

COMPILADORES

Carlos Diego Martínez Cinca y Gonzalo Scivoletto

Estado de derecho y legitimidad democrática

Perspectivas, problemas y propuestas

PRÓLOGO

José Luis Martí

CONTRIBUCIONES

Donald Bello Hutt • Tania Busch Venthur • Marcela Chahuán Zedan
Lucrecia D'Agostino • C. Ignacio Giuffré • David F. L. Gomes
Carlos Diego Martínez Cinca • Leticia Morales • Nicolás Emanuel Olivares
Mariela Puga • Gonzalo Scivoletto



Editores
del Sur



Editores del Sur nace para generar ideas y debatir la enseñanza del derecho en el siglo 21, con espíritu y pensamiento críticos.

Con miras a contribuir en la profundización de la democracia, tenemos como vocación la divulgación social de las reglas del debido proceso para toda clase de espacio, donde el lenguaje sirva de puente para las personas que buscan acceder al sistema de justicia.

Pretendemos tener un alcance regional, para compartir visiones sobre el derecho y la justicia en distintos rincones de nuestro país y el continente. Para ello, trabajamos incesantemente en la construcción de relaciones de cooperación y coordinación, con el firme propósito de llevar nuestras publicaciones a diversos espacios de pensamiento de la actualidad.

Estado de derecho
y legitimidad democrática

COMPILADORES

Carlos Diego Martínez Cinca y Gonzalo Scivoletto

Estado de derecho y legitimidad democrática

Perspectivas, problemas y propuestas

PRÓLOGO

José Luis Martí

CONTRIBUCIONES

Donald Bello Hutt

Tania Busch Venthur

Marcela Chahuán Zedan

Lucrecia D'Agostino

C. Ignacio Giuffré

David F. L. Gomes

Carlos Diego Martínez Cinca

Leticia Morales

Nicolás Emanuel Olivares

Mariela Puga

Gonzalo Scivoletto



Editores
del Sur

Estado de derecho y legitimidad democrática: perspectivas, problemas, propuestas / Carlos Martínez Cinca y Gonzalo Scivoletto (Comps.). - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2021.

308 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-8418-09-4

1. Derecho. I. Carlos Martínez Cinca y Gonzalo Scivoletto (Comps.).

CDD 340.115



© 2021. Editores del Sur
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo
Dirección editorial: Hernán Simkin
contacto@editoresdelsur.com

Diseño de tapa: Eduardo Argañarás
Armado: Eleonora Silva

Impresión: Prosa Amerian
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor.
Impreso en Argentina — *Printed in Argentina*



Contenido

PRÓLOGO

El futuro del estado democrático y de derecho 13

José Luis Martí

Presentación 25

Carlos Diego Martínez Cinca y Gonzalo Scivoletto

CAPÍTULO 1

Hacia un constitucionalismo dialógico. Una defensa del control judicial
de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo 31

C. Ignacio Giuffré

I. Introducción 31

II. Emergencia del constitucionalismo dialógico y giro contextual 36

III. Descontentos con los procesos de creación legislativa en Mendoza 37

IV. Respuestas dialógicas de la jurisdicción constitucional frente al problema 43

IV.A) Audiencias públicas 44

IV.B) Control de constitucionalidad procedimental 45

V. Conclusiones 55

Bibliografía 55

CAPÍTULO 2

Algunos comentarios críticos a las propuestas neoconstitucionalistas
(y del 'nuevo constitucionalismo latinoamericano') sobre el rol de los jueces 59

Marcela Chahuán Zedan

I. Sobre el neoconstitucionalismo 59

II. El rol de los jueces según las propuestas neoconstitucionalistas.
Observaciones críticas a la propuesta de la "lectura moral de la constitución" 64

III. Breve observación sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano' 72

IV. Observación conclusiva 74

Bibliografía 75

CAPÍTULO 3

La garantía de los derechos sociales como condición de la legitimidad democrática.
Una defensa del control de constitucionalidad contra Jeremy Waldron 81

Leticia Morales

1. Introducción 81

2. La objeción contrademocrática y las condiciones de una sociedad
bien establecida. La crítica liberal de Waldron 83

3. Revisión de las condiciones de una sociedad bien establecida.....	88
4. Una defensa democrática de la garantía de los derechos sociales en el escenario constituyente chileno	94
5. Conclusión	99
Bibliografía	100

CAPÍTULO 4

La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales	103
---	-----

Mariela Puga

Introducción	103
1. Primera aclaración conceptual: La relación del caso estructural con el trámite colectivo.....	105
2. Jurisdicción estructural y exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales	108
3. Razones de acceso a la justicia bajo la racionalidad del mercado.....	110
4. Razones de justicia distributiva bajo la racionalidad del mercado	112
5. La Jurisdicción estructural pública y la objeción contramayoritaria.....	115
6. Las razones pragmáticas para la jurisdicción estructural	117
7. El argumento del bloqueo político, la incapacidad institucional, y los remedios experimentalistas	119
Conclusión	128
Referencias bibliográficas	129

CAPÍTULO 5

Claves para una nueva legitimidad de la Justicia Federal en Argentina.....	131
--	-----

Carlos Diego Martínez Cinca

I. Planteo del problema.....	131
II. Análisis retrospectivo de la justicia federal en clave de legitimidad 'republicana'	134
II. 1. Expectativas en torno a la selección y designación de los jueces: la importancia de los perfiles	140
II. 2. Expectativas en torno a la remoción de jueces y juezas: ¿la mejor república? ..	144
III. La legitimidad de los/las jueces/zas en clave "popular": alcances y límites.	147
III. 1. Hacia una praxis legitimante del accionar de los/as jueces/zas	151
IV. Consideraciones finales: arreglos institucionales para una nueva legitimidad.....	154
Referencias bibliográficas	155

CAPÍTULO 6

Apertura, deliberación y legitimación. Posibilidades y tropiezos de la organización de la jurisdicción constitucional.....	159
---	-----

Tania Busch Venthur

Introducción	159
Innovaciones procedimentales latinoamericanas, potencial deliberativo y refuerzo de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional	161

Las innovaciones procedimentales latinoamericanas en el Tribunal Constitucional chileno	166
(i) Contexto del Tribunal Constitucional chileno	166
(ii) Recepción de estrategias comunicativas.....	169
(iii) Recepción de la realización de audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad.....	172
(iv) Recepción de los amicus curiae y presentaciones de “terceros ajenos al litigio”	174
Conclusiones	178
Referencias	180

CAPÍTULO 7

El dominio de los números y la legitimidad democrática.....	195
---	-----

Lucrecia D’Agostino

Introducción	195
I. Números, estadísticas, indicadores	197
II. Un lugar para las estadísticas en el Estado	191
III. La legitimidad, los números y la democracia	197
IV. Indicadores, políticas públicas y modelos de administración	202
Comentario final	206
Bibliografía	206

CAPÍTULO 8

La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia. Un estudio exploratorio.....	209
--	-----

David F. L. Gomes

1. Introducción	209
2. La comunicación escrita como centro de gravitación de las comunicaciones intersubjetivas en general	212
3. Democracia moderna y centralidad de la comunicación escrita.....	214
3.1. La democracia como el gobierno de las opiniones bien fundadas	215
3.2. Democracia, opinión y verdad	216
3.3. Democracia, ciencia y prensa.....	219
4. La pérdida de la centralidad de la comunicación escrita	224
5. Consideraciones finales.....	228
Bibliografía general	231

CAPÍTULO 9

Deliberación y representación política. Dos problemas concretos, una sugerencia general	235
--	-----

Donald Bello Hutt

1. Introducción	235
2. Democracia deliberativa y representación.....	237
3. Mini-públicos y representación	245

4. Conclusiones	251
Bibliografía	252

CAPÍTULO 10

Tres hipótesis exploratorias acerca del populismo. Distancias y cercanías con el republicanismo contemporáneo	257
--	-----

Nicolás Emanuel Olivares

1. Introducción	257
2. Acerca del estatus teórico del término populismo.....	258
2.1. El populismo como construcción discursiva	259
2.2. El populismo como síndrome	263
2.3. El populismo en tanto relato político	265
2.4. El populismo como tradición política contemporánea	267
3. Una tradición política contemporánea: dos versiones democráticas	270
3.1. Populismo decisionista.....	271
3.2. Populismo cívico	273
4. Conclusión	280
Bibliografía general	282

CAPÍTULO 11

Ética discursiva y legitimidad democrática. Acerca del rendimiento político del discurso moral	285
---	-----

Gonzalo Scivoletto

Introducción	285
1. De la aplicación de la norma ética fundamental	289
2. Las coerciones (<i>Sachzwänge</i>) institucionales.....	296
A modo de conclusión	301
Referencias	304

PRÓLOGO

El futuro del estado democrático y de derecho

JOSÉ LUIS MARTÍ¹

El libro que el lector tiene en sus manos es un libro coral, plural, rico, informado, un libro lleno de argumentos, análisis, críticas y propuestas originales. Es decir, posee muchos de los ingredientes que requiere la receta de la legitimidad democrática. Pero posee también un ingrediente adicional que lo convierte en un plato especial: se trata del producto del trabajo arduo de un conjunto de jóvenes teóricos constitucionales y del derecho, buena parte de ellos argentinos, de una nueva generación de académicos que tienen muchos años de carrera de investigación por delante para transformar con su visión el futuro del estado de derecho, de nuestros sistemas constitucionales y de la legitimidad democrática misma. En este libro se escuchan las voces del presente y del mañana en nuestras disciplinas, y es necesario que todos les prestemos la máxima atención.

Pero ¿qué futuro le espera al estado de derecho y la legitimidad democrática? ¿Hacia dónde van a evolucionar nuestros sistemas constitucionales democráticos? Es difícil saberlo con seguridad. Al fin y al cabo, los académicos no somos adivinos y el futuro no es más que un horizonte lleno –al parecer, cada vez más lleno– de incertidumbres. Sin embargo hay algunas tendencias que sí podemos identificar y que seguramente van a jugar un rol decisivo en los sistemas jurídicos y democráticos del futuro, buena parte de las cuáles aparecen de algún modo u otro en las páginas de este libro. A

1 Licenciado en Derecho, Doctor en Teoría Política y Social, Profesor Titular de Filosofía del Derecho, y actual Vicerrector de Innovación (Universitat Pompeu Fabra). Coeditor de la Revista *Law, Ethics and Philosophy (LEAP)* y miembro del Consejo Asesor de las revistas *Isonomía*, *Teoría Política y Ética & Política*. Ha sido Laurance S. Rockefeller Fellow (Princeton University) y Profesor Visitante (University of Richmond).

estas tendencias me gustaría dedicarle las breves páginas de este prólogo, y me gustaría que se entendieran como una invitación a los jóvenes y excelentes académicos que han escrito los capítulos de este libro –a ellos y a todos sus colegas de generación– a que continúen por la senda iniciada de la forma más ambiciosa e innovadora posible, a que nos ayuden a pensar con frescura en ese futuro. En esta época de profundos cambios e incertidumbres necesitamos más que nunca ideas y miradas nuevas. Al final y al cabo, Heráclito tenía razón: el mundo está en permanente movimiento. La transformación es inevitable. Pero en nuestras manos, principalmente en las manos de los jóvenes, se encuentra el poder de darle, al menos en parte, una determinada dirección a dicha transformación, una dirección que haga al mundo un poco mejor, y que sobre todo no nos conduzca a ningún precipicio histórico.

Pero antes de tratar de otear el futuro, permítanme echar la vista atrás con tal de partir de una perspectiva lo más amplia posible del momento histórico que nos ha tocado vivir. El estado de derecho y la democracia han sido dos de las grandes conquistas –junto con los derechos humanos, que de hecho derivan de ellas– de la historia de la humanidad, y esperemos que hayan venido para quedarse, que sean conquistas ganadas para siempre. Utilizando la feliz expresión que el filósofo Peter Singer acuñó para referirse a la evolución de la práctica de la moralidad, esperemos que formen parte del “círculo expansivo” que supone el acervo cultural de la especie humana. Igual que una vez, por fin, asentada en nuestras sociedades la idea de que la esclavitud, la discriminación entre sexos, o por razones ideológicas, religiosas o de orientación sexual, o la existencia de castas, resultan todas prácticas moralmente inaceptables, ya no es pensable una renuncia a ninguna de ellas, del mismo modo esperemos que los valores del estado de derecho y la legitimidad democrática sean ya irrenunciables. Es más, contra un cierto discurso, llamémoslo defensivo, muy abundante estos días, que trata de “salvar” la democracia y el estado de derecho de las nuevas amenazas –que a menudo no son más que los viejos lobos con nuevos disfraces–, más bien el reto que tenemos por delante es un reto “ofensivo”, o “proactivo” o, mejor, “constructivo”, y consiste en estudiar bien de qué manera podemos expandir los horizontes de estos dos valores, para profundizar en ellos y acercarnos más que nunca a sus respectivos ideales.

De lo que no hay duda es de que ambos valores, la noción de estado de derecho y el ideal de democracia, en su sentido moderno, han seguido una evolución histórica relativamente paralela desde que empezaron a forjarse en la Alta Edad Media, en los siglos XIV y XV, y tras haberse consolidado y alcanzado su plenitud en los siglos XIX y XX, ahora muestran ciertos síntomas de agotamiento. La culminación del estado de derecho en su sentido moderno llegó, primero, con la codificación iniciada a principios del XIX, y más tarde con el surgimiento del constitucionalismo y el desarrollo de los diversos órdenes constitucionales en el mundo, erigidos con sus características defensas y salvaguardas –la separación de poderes, la independencia del poder judicial, los sistemas de frenos y contrapesos, los principios de legalidad, seguridad jurídica y presunción de inocencia, la protección de los derechos fundamentales, etc. Una fortaleza coronada por el neoconstitucionalismo y el control judicial de constitucionalidad, con todas las variaciones existentes y las preguntas todavía abiertas respecto a cada uno de sus elementos. Con respecto a la democracia, y aun considerando los precedentes históricos del republicanismo renacentista por ejemplo de las ciudades-estado norte-italianas, su culminación moderna se inicia con el prodigioso diseño de la primera democracia representativa a gran escala, la estadounidense, glorificada en la Constitución federal de 1776, y que constituye el molde a partir del cuál se irían cocinando y construyendo el resto de las democracias existentes en el mundo. De hecho, debemos a los *Founding Fathers* estadounidenses el gran acierto de haber tenido la visión de conciliar ambos ideales, el constitucionalismo moderno y la democracia representativa, y de haber dado forma a los principales elementos e instituciones propios de uno y otra.

Lo que hemos visto en los últimos dos siglos ha sido, por una parte, una muy destacada expansión geográfica de ambos ideales, el estado de derecho constitucional y la democracia, y por la otra una profundización progresiva en la materialización de ambos ideales en aquellos países que los han adoptado. A pesar de los discursos apocalípticos sobre la crisis de la democracia o la crisis del estado moderno, si vemos el momento actual con perspectiva histórica amplia, es indiscutible que nunca las democracias habían alcanzado el nivel de transparencia, participación informada, debate público, rendición de cuentas, y en definitiva de calidad que el que han alcanzado hoy en día. Lo mismo puede decirse sobre el estado de derecho

y el constitucionalismo. Por más problemas que reconozcamos hoy, no podemos albergar dudas sobre lo mucho que se ha avanzado históricamente en la conquista de derechos civiles y políticos, en la protección de los valores y principios constitucionales básicos, en el propio ideal de estado de derecho e incluso en su protección incipiente a nivel internacional.

Es de hecho este avance destacable en ambos frentes lo que ha posibilitado la identificación más clara de potenciales conflictos o tensiones entre ambos ideales, como por ejemplo la dilatada discusión sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Es cierto que se trata de una controversia tan antigua como el propio constitucionalismo moderno, a la que ya contribuyeron autores como Alexander Hamilton y Brutus. Pero también que nunca hemos estado tan cerca de entender bien el núcleo del problema y de encontrar las soluciones más adecuadas que nos permitan conciliar nuestros valores como en los últimos veinte años. Esta controversia, y muchas otras de las planteadas en los capítulos de este libro, no son más que el resultado de nuestra progresiva madurez y comprensión de estos dos ideales. Cuando, por ejemplo, Dworkin y Waldron acercan posiciones en relación al debate sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, y acuerdan que se trata de un debate de diseño institucional altamente contextual y contingente, están reconociendo lo esencial, que no mantienen un desacuerdo sobre los valores de fondo, y que simplemente están embarcados en la tarea común de encontrar una forma adecuada de armonizarlos en la práctica.

Quiero insistir en un punto, siguiendo con el ejemplo del debate sobre el control judicial de constitucionalidad. Es cierto que la controversia no es nueva, y como ha he dicho antes, surgió incluso antes de que *Marbury v. Madison* autoadjudicara a la Corte Suprema por primera vez en la historia la competencia de revisar la legislación de un parlamento democrático, pues la discusión de Hamilton y Brutus es incluso anterior a esta importantísima decisión judicial. Pero la visión que ellos dos, o Thomas Jefferson o John Marshall, o más tarde Hans Kelsen o Carl Schmitt, tenían respectivamente de la democracia y de la función judicial era una visión bastante ingenua, estereotipada y demasiado primaria. Los problemas centrales los vieron todos, eso sí debemos reconocérselo, pero se hallaban muy lejos de comprender todas las implicaciones, así como de poder explorar las soluciones más satisfactorias. Y ello no por falta de sagacidad, pues estamos hablando

de algunas de las personas más perspicaces y brillantes de los últimos 250 años. Pero solo tras la evolución de nuestras instituciones constitucionales y de la experiencia acumulada durante más de dos siglos, hemos podido abordar de nuevo el debate con provecho, y comprender mejor el problema con tal de hallarle mejores soluciones. En cualquiera de los 11 capítulos que componen este libro se encuentra mucha más sofisticación analítica respecto a este y otros problemas y tensiones del constitucionalismo democrático que en todos los escritos de los padres de esta tradición en Estados Unidos, Europa o América Latina. Esta es la consecuencia de la tesis del círculo expansivo. Avanzamos de manera ascendente, subiendo peldaños, conquistando nuevos círculos concéntricos, y sólo cuando pasamos de un nivel inferior a otro superior podemos comenzar a vislumbrar los detalles precisos del siguiente nivel.

¿Quiere esto decir que la historia de evolución y consolidación de la democracia y el estado de derecho constitucional es necesariamente ascendente, que ha avanzado siempre hacia delante y seguirá haciéndolo sin posibilidad de retroceso? En absoluto. La tesis del “círculo expansivo” de Singer que estoy aplicando aquí a nuestras ideas de legitimidad política y jurídica no es una tesis determinista o de necesidad histórica de tipo hegeliano. De nuevo, no hay más que echar la vista atrás para ver los terribles obstáculos con los que se ha topado la democracia constitucional moderna en estos 250 años. Tal vez el más notable de ellos fue la aparición del fascismo y el comunismo del siglo XX, con el Holocausto, la Segunda Guerra Mundial, y posteriormente la Guerra Fría. Nada en el siglo XX estaba determinado, ni fue históricamente necesario que ocurriera como ocurrió. El resultado de las Guerras Mundiales bien podría haber sido el contrario. Y nadie nos asegura que no ocurran nuevas tragedias humanas y políticas en las décadas y siglos por venir. A pesar de que la evolución histórica de los ideales de democracia y estado de derecho en estos siglos ha sido a grandes rasgos una historia de evolución, consolidación y madurez, que nos ha permitido extender, expandir y profundizar progresivamente en ellos, se trata de ideales frágiles que pueden deteriorarse fácilmente.

La tesis del círculo expansivo, tal como yo la entiendo, es en el fondo y principalmente una tesis sobre la cultura y las creencias humanas (sobre la cultura moral o sobre la cultura política y jurídica), y sólo parcialmente sobre nuestras prácticas. Lo que sostiene dicha tesis es que nuestra visión sobre

los problemas (morales o jurídicos y políticos) avanza y madura conquistando cotas respecto a nuestros valores básicos y expandiendo nuestras creencias sobre nuestros derechos fundamentales. Que nuestras prácticas sean siempre coherentes con esta visión expansiva de nuestras concepciones y que nuestras instituciones sean tan sólidas y estables como ellas no está en ningún lugar escrito y garantizado. Y ni siquiera a nivel de las creencias y nuestra cultura la tesis del “círculo expansivo” presupone determinismo alguno. Lo que hoy nos parece patente y obviamente inaceptable puede convertirse el día de mañana en un diabólico canto de sirenas. Como ya he dicho, no es una tesis de necesidad histórica sino de probabilidad psicológica. Y no hay duda además de que incluso aunque el resultado global haya sido ascendente y positivo, en la historia de estos dos ideales han habido, como ya he señalado, momentos de claro retroceso.

Esto me lleva a la siguiente pregunta. ¿Podría ser entonces que estuviéramos viviendo precisamente ahora uno de esos momentos de crisis o retroceso? Aunque sé que nado contracorriente aquí, creo sinceramente que no. Todo depende de cómo definimos retroceso, y en qué marco espacio-temporal nos situamos. No hay ninguna duda de que en términos democráticos y de estado de derecho constitucional los cuatro años de la Administración Trump han supuesto un durísimo retroceso con respecto a los ocho años anteriores de la Administración Obama. Aunque, incluso en ese marco tan concreto, también puede verse el vaso medio lleno y concluir que las estructuras del orden constitucional y democrático estadounidense fueron puestas a prueba como nunca lo habían sido antes en su historia –con la única excepción de la Guerra Civil– y que en cambio superaron la prueba con notable éxito. Trump perdió la elección de 2020, lo que demuestra que ni siquiera estando en la Casa Blanca pudo amañar las reglas electorales en su favor. No pudo tampoco dar un golpe de estado, ni atrincherarse en la propia Casa Blanca ante los resultados desfavorables, a pesar del vergonzoso asalto al Capitolio. Y, finalmente, una Corte Suprema de color eminentemente conservador, con dos nuevos magistrados propuestos por el propio Trump, no dio credibilidad a sus acusaciones de manipulación electoral y certificó la limpieza de las elecciones, en un claro acto de afirmación de independencia judicial. Pero, además, ¿por qué íbamos a limitar nuestro análisis a lo que haya pasado en un único país

democrático, por más importantes que sean los Estados Unidos, y sólo al período 2016-2020?

Haber comenzado este prólogo con una perspectiva histórica amplia, que nos sitúa por lo menos en el escenario marcado por los ideales modernos de estado de derecho y democracia, que es el de los últimos 250 años, nos permite justamente calibrar que cuando hablamos del *presente* deberíamos tomar como referencia un marco por lo menos de 10 o 20 años. Y, en este sentido, una posibilidad razonable sería adoptar una mirada global sobre lo que ocurre en todos los estados del mundo en lo que llevamos de siglo XXI. Si ampliamos el foco, por tanto, a todos los países, sin centrarnos en ninguno en particular, y comparamos cómo ha progresado el desarrollo de los ideales democrático y de estado de derecho en estos últimos 20 años, comparados con, por ejemplo, los 20 anteriores, creo que la conclusión debe ser en general bastante positiva. Muchos países no democráticos –régimenes híbridos y autoritarios– han hecho pasos decisivos para consolidar sus democracias y sus estados de derecho en estos últimos 20 años –pensemos, por ejemplo, justamente, en la región de América Latina, pero también en el sudeste asiático y en África, e incluso en el mundo árabe. Y los propios estados democráticos y de derecho han hecho también grandes progresos en estos últimos 20 años en los que, por ejemplo, una clara agenda reformista a favor de una mayor transparencia, una mayor rendición de cuentas, una gobernanza más abierta y una mayor y mejor participación ciudadana se ha abierto rápidamente camino.

Se habla mucho, es cierto, de la crisis de la democracia. Y, aunque hay que comenzar advirtiendo que se ha hablado de crisis de la democracia desde el mismo momento en que se instauró la primera democracia en la historia de la humanidad, la ateniense, y no ha habido nunca gobierno democrático alguno que no provocara un cierto discurso de crisis, lo cierto es que no faltan evidencias objetivas que sustenten una preocupación genuina y justificada por su salud. La más grave, a mi juicio, es la evidencia empírica que muestra un deterioro generacional del grado de apoyo hacia la democracia como forma de gobierno en comparación con sus alternativas, las formas más autoritarias de gobierno. Las generaciones más jóvenes de hoy muestran un apoyo a la democracia sustancialmente menor a las generaciones mayores y, lo que es peor, también menor al apoyo que mostraban

las generaciones más jóvenes de hace 20 años. Este deterioro es grave y deberíamos estudiar a fondo sus causas.

Mi impresión, y la de muchos estudiosos de la democracia, es que una parte de esa pérdida grave de confianza en las instituciones representativas deriva de una frustración continuada y profunda de sus expectativas. Estas generaciones esperaban mucho más de sus gobiernos democráticos en términos de representación política y gestión adecuada de los grandes problemas que atenazan al mundo de hoy –como el cambio climático, la crisis sanitaria de la pandemia, las abismales desigualdades socio-económicas, etc.– de lo que las jóvenes generaciones de los 80 y 90 esperaban de las suyas. Y no olvidemos que en las últimas décadas se ha consolidado un grito desesperado de alarma en muchas democracias –y también en países con gobiernos de naturaleza híbrida– de que los gobiernos y parlamentos “no representan” adecuadamente las demandas de la ciudadanía. Por ello muchos autores especifican que la llamada “crisis actual de la democracia” es primordialmente una “crisis de la representación política democrática”. Pero esto nos debe llevar a constatar que el hecho que las expectativas de nuestros conciudadanos, y en especial de los más jóvenes, sean tan altas no es más que el resultado positivo de una visión crítica de la democracia que exige la mejora paulatina de su calidad y la profundización en los ideales democráticos. Lo que mucha gente reclama es una mejor democracia. Y esto, en sí mismo, yo lo interpreto como una consecuencia de la tesis del “círculo expansivo”, como un motor de cambio que muy probablemente nos permitirá alcanzar cotas de calidad democrática y legalidad cada vez mayores, por más que temporalmente se produzcan algunos desajustes.

Al deterioro de la confianza se le agregan, es cierto, otros retos o amenazas para la democracia que haríamos bien en no ignorar y analizar pormenorizadamente, muchos de las cuáles han sido tratados en diversos capítulos de este libro. Uno de ellos es el populismo que, recordemos, no es un “exceso” de democracia, sino una traición frontal a los propios valores democráticos -a los valores de libertad e igualdad política, así como al valor de respeto por el pluralismo político, entre otros. El populismo no es más que un engaño, una manipulación. Nunca un líder populista –pensemos en los ejemplos clásicos, como Perón o Berlusconi, pero también en los más recientes, como Chávez, Maduro, Bolsonaro o Trump– se propuso realmente “devolverle la voz al pueblo”, sino que sólo pretendió gobernar él,

sin trabas ni límite alguno, eliminando las molestias que siempre supone tener oposición política al frente. Y puesto que la posibilidad de manipulación se ha visto multiplicada gracias a las nuevas tecnologías, y en particular gracias a las redes sociales y el dominio sobre los datos que ejercen las grandes compañías tecnológicas, las *fake news*, la polarización social y el populismo campan a sus anchas en nuestras democracias contemporáneas erosionando de forma muy preocupante los fundamentos esenciales de las mismas. El populismo es tan antidemocrático como el autoritarismo, pues en el fondo es una forma de autoritarismo. Es un lobo con piel de cordero que ha entrado a nuestro rebaño.

Lo mismo podemos decir del exceso contrario, el autoritarismo policial o judicial que escudado en un discurso aparentemente tecnocrático sólo persigue cercenar los valores democráticos, pero también los propios valores del estado de derecho constitucional. Así se muestra claramente en la manifestación más extrema de esta forma de autoritarismo, que es el *lawfare*, el abuso del derecho para perseguir fines políticos o ideológicos que vulneran los propios derechos fundamentales y los principios básicos del estado de derecho. Cuando se usa el derecho penal de forma ilegítima para perseguir desproporcionadamente a determinados colectivos, cuando la policía despliega una acción desproporcionada y actúa sobre la base de sesgos culturales, raciales o de género, cuando los jueces sienten que pueden moldear el derecho a su gusto con tal de perseguir una determinada agenda política o atacar a un determinado ciudadano o colectivo, se erosionan los nobles fundamentos del estado de derecho. El autoritarismo judicial no es ni la mejor versión, ni tan sólo un “exceso” de estado de derecho. Es, de nuevo, un engaño, una manipulación, una traición grave a los propios valores que dice servir.

Pero estos problemas presentes y bien conocidos por todos, que como he dicho ya son convenientemente tratados en el libro, deben ser complementados aún por otros retos presentes de primera magnitud, que además suponen a mi juicio los retos de futuro más importantes que deben afrontar tanto el estado de derecho como la legitimidad democrática. En primer lugar, la globalización económica, social, cultural, y ahora también el conjunto de retos y amenazas existenciales de escala planetaria que debemos abordar como humanidad: desde la crisis de emergencia climática hasta la pandemia de covid19, pasando por la regulación de los flujos financieros

internacionales, la coordinación de los sistemas impositivos, la ayuda internacional en casos de catástrofes naturales o accidentes de seguridad, por ejemplo nucleares, la protección frente al terrorismo internacional, o las crecientes desigualdades socioeconómicas mundiales, entre muchos otros. Todos estos retos evidencian que hay un grave desajuste de escala entre el nivel en el que operan la mayoría de nuestras instituciones jurídicas y democráticas, básicamente el nivel estatal en el que se ha erigido la fortaleza del orden constitucional democrático, y el nivel en el que crecen y se extienden estas amenazas existenciales, que es sin duda global. Es lo que muchos autores han comenzado a llamar la era del Antropoceno, caracterizada por la constatación del dominio casi total, para bien o para mal, que la humanidad ejerce sobre el planeta y sobre sus elementos. Hasta ahora ese dominio se ha traducido básicamente en destrucción. Pero lo más importante es constatar que las leyes básicas del Antropoceno también permiten que sea la humanidad la que revierta cualquier proceso destructivo en marcha si así se lo propone. Nuestras instituciones fueron diseñadas a fines del siglo XVIII –o copiadas más tarde siguiendo a grandes rasgos el molde estadounidense de ese siglo– para hacer frente a los retos propios de aquel siglo, que durante los dos siguientes mantuvieron una escala manejable determinada.

El mundo del estado de derecho y democrático moderno, a pesar de las obvias variaciones históricas que ha experimentado, se ha mantenido en buena medida inalterado en lo fundamental, en las proporciones de escala mencionadas. Pero dichas instituciones están demostrando no poder afrontar con eficacia y legitimidad suficiente los nuevos retos planetarios del Antropoceno. Si el principal reto político del siglo XVIII no fue tanto inventar la democracia en sí –pues llevaba veintitrés siglos existiendo en diversos momentos y lugares– sino repensarla y adaptarla a una escala nueva, nacional, la propia del estado-nación y por lo tanto supra-local, uno de los retos fundamentales que afrontamos hoy en día es el de ser capaces de repensar y reconstruir nuestros ideales democráticos y de estado de derecho en una escala apropiada para el tamaño de los nuevos retos gigantes que afrontamos. Igual que la democracia local, que según afirmaba Rousseau todavía en pleno siglo XVIII, era la única democracia digna de ese nombre, dejó de ser efectiva para resolver los problemas propios del inicio de la edad contemporánea, la democracia estatal o nacional ha dejado de ser efectiva para afrontar con eficacia retos como el cambio climático, la pandemia de

covid19 o las desigualdades globales, como los hechos nos demuestran de forma evidente. Cabe añadir que la democracia representativa moderna que los estadounidenses se atrevieron a esculpir a escala nacional fue posible también gracias a los cambios tecnológicos, y en particular la prensa escrita que permitía distribuir información a territorios muy distantes entre sí.

En segundo lugar, y en relación con el último punto, vivimos en plena revolución digital que, por un lado, está profundizando aún más el cambio de escala de muchos de nuestros problemas y acelerando el proceso de globalización cultural, y por el otro está transformando profundamente nuestras sociedades, nuestras economías, nuestras relaciones personales, e incluso nuestra cultura, pero también nuestro derecho y nuestras democracias. Es difícil exagerar el impacto que las nuevas tecnologías digitales están teniendo y van a tener aún más en el futuro. La mayoría de analistas coinciden en que nos encontramos ante un auténtico cambio de era. Sea por las transformaciones actuales producidas por internet, la telefonía móvil, o las redes sociales, o por las tecnologías de futuro –aunque ya de presente también– como el blockchain, la realidad virtual o la inteligencia artificial, entre muchas otras, los procesos democráticos, legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales van a verse profundamente transformados. Y uno de los principales retos que tenemos los especialistas en estos campos es ser capaces de repensar dichos procesos de manera que preservemos los valores últimos que constituyen los ideales de la democracia y el estado de derecho pero lo hagamos adaptando las instituciones y procesos a la nueva realidad en la que van a operar.

La irrupción de los Smart Contracts basados en tecnología blockchain, el reto de regular las criptomonedas o las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAO) construidas sobre la base de esa misma tecnología, el reto de introducir regulaciones globales sobre el desarrollo de la Inteligencia Artificial, sin las cuáles, como afirmó el físico Stephen Hawking en una de las últimas entrevistas antes de morir, la humanidad corre el riesgo de desaparecer, las oportunidades que presentan los mecanismos de Crowd-Law que experimentan con diversas formas de participación ciudadana en cualquier tipo de proceso de toma de decisiones públicas, desde los procesos de reforma constitucional y legislativa, a las decisiones de agencias reguladoras o administraciones públicas de cualquier nivel o las propias decisiones judiciales, o la irrupción de momento todavía demasiado

precaria de la inteligencia artificial en el ámbito judicial o en la actuación de los abogados, todos estos son ejemplos de algunas de las transformaciones que van a caracterizar la nueva era del derecho y la democracia. Si tuviera que elegir un concepto fundamental que nos permita repensar el futuro de la democracia y el estado de derecho, apostaría por la idea de inteligencia colectiva, que reforzada por mecanismos de inteligencia artificial y de otras tecnologías transformadoras, puede ser la clave que necesitamos en estos momentos de urgentes y gigantes retos planetarios. En este sentido, y adaptando las palabras seminales de uno de mis héroes y uno de los padres de la tecnología digital, el ingeniero Douglas Englebart, lo que precisamos como objetivo último y central a la hora de rediseñar nuestras instituciones y optimizar el uso de las tecnologías es el reto de *aumentar la democracia* y *aumentar el estado de derecho*. Igual que las tecnologías nos están permitiendo hablar hoy de realidad aumentada, tal vez ha llegado el momento de pensar en un *derecho democrático aumentado*. Aumentado significa, por un lado, extendido al ámbito global, de escala planetaria. Pero significa también profundizado, sofisticado, fortalecido, empoderado.

Con estas reflexiones de futuro, que sin duda me han llevado demasiado lejos, pues ya he dicho que los juristas y filósofos no hemos sido agraciados con dotes adivinatorias, y reiterando mi invitación a los excelentes autores jóvenes que han escrito las diversas contribuciones a este volumen para que continúen con la línea de análisis riguroso que ya han iniciado y de la que este libro es una prueba, pero para que se atrevan también a pensar en los retos del futuro, en la siguiente fase histórica del estado de derecho y la legitimidad democrática, concluyo este breve prólogo, y animo al lector a adentrarse en la lectura de este libro cargado de razones y argumentos, de voces frescas y plurales, y sobre todo de ilusiones. Porque ni la democracia ni el estado de derecho pervivirán, y mucho menos se fortalecerán, si no es acompañados de mucha ilusión y optimismo.

Presentación

CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA¹ Y GONZALO SCIVOLETTO²

Desde el siglo XX, las polémicas y las obras teóricas en torno al contenido y al alcance de la noción de *Estado de Derecho* han crecido notablemente. Incluso, la cuestión ha logrado traspasar los márgenes del debate académico para ocupar un lugar central en las discusiones que hoy atraviesan buena parte de la esfera pública. Muchos de los procesos políticos acaecidos durante los últimos años en nuestra región ponen de manifiesto la centralidad del debate.

Por mencionar solo un ejemplo, pensemos en el creciente activismo judicial que ha llevado a múltiples tribunales de diferentes fueros y jurisdicciones a erigirse en actores centrales de procesos que transitan por las cornisas de la democracia, provocando una obligada discusión en torno a si revisten la autoridad suficiente para derogar –por vía de la interpretación judicial– las leyes votadas y promulgadas por el Congreso, es decir, por un poder electo democráticamente y compuesto por los representantes del pueblo. Estos procesos nos obligan a reflexionar sobre un aspecto crucial

- 1 Licenciado en Filosofía por la Universidad del Salvador (Argentina). Abogado y Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Profesor Titular Efectivo de “Filosofía Social y Política” en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo.
- 2 Profesor de Grado Universitario en Filosofía (Universidad Nacional de Cuyo) y Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de Lanús). Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción a la Filosofía (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo) y Profesor Titular de Filosofía (Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo). Codirector de la Revista *Ética y Discurso* (La Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso).

para el fortalecimiento del Estado de Derecho: *la cuestión de la legitimidad democrática de las decisiones públicas*.

Pero también otros problemas de importancia similar ponen de manifiesto la necesidad de repensar la cuestión de la legitimidad democrática: la desigual distribución de los recursos económicos y la pobreza, la deficiente regulación jurídica de la prensa, la manipulación de las estadísticas y de la información pública, la falta de independencia de los tribunales en los procesos de investigación de la corrupción pública y privada, la carencia de deliberación democrática en los procedimientos de toma de decisiones políticas, entre tantos otros.

La legitimidad democrática ha sido pensada tradicionalmente como una noción bifronte. Por un lado, se la ha vinculado al origen de un gobierno fundado en elecciones libres, transparentes y universales. Por otro lado, se la ha vinculado al ejercicio de un poder sujeto al mandato de la Constitución y leyes. Sin embargo, esta visión, en apariencia clara, de la legitimidad adquiere diferentes tonalidades y ángulos de análisis según la concepción de la democracia que se adopte: populista, deliberativa, agregacionista, republicana, entre otras. A su vez, las diferentes concepciones de la legitimidad democrática son tan importantes como sus experiencias históricas en contextos concretos. Son ambos aspectos los que nos conducen a repensar la noción tradicional de *Estado de Derecho*.

La obra que los y las lectoras tienen en sus manos se posiciona en el centro de esta discusión actual. Los diferentes capítulos que componen este libro de autoría colectiva intentan arrojar algo de luz sobre cada uno de estos problemas medulares para la reconfiguración de una auténtica democracia en nuestro siglo.

En el capítulo 1, Carlos Ignacio Giuffré examina un modelo de *control judicial de constitucionalidad de tipo procedimental* que, inspirado en los ideales del constitucionalismo dialógico, contribuya a mitigar la falta de legitimidad democrática de los procedimientos de creación de leyes signados por la falta de deliberación inclusiva, y lo hace a través del análisis de un caso de alto impacto político y social acaecido recientemente en la Provincia de Mendoza, Argentina.

En el capítulo 2, Marcela Chahuán realiza un análisis del *neoconstitucionalismo* y de sus proyecciones en Latinoamérica como modelo o paradigma que en cierto modo promueve o favorece una “lectura moral de la Constitución” por parte de los jueces, señalando con agudeza algunos de los peligros que entraña un modelo normativo semejante que les confiere el poder de transformar sus ideologías o concepciones morales en Derecho, equiparándolos de ese modo al legislador (algo que resulta problemático con la noción misma de democracia).

En el capítulo 3, anclada a los procesos sociales y políticos por los que atraviesa Chile en la hora actual, Leticia Morales revisa la objeción waldroniana de *ilegitimidad democrática* contra el *control judicial* de los derechos –sobre todo de los derechos sociales– y evalúa dicha objeción a la luz de los valores políticos actualmente en juego en el debate que en este momento se está dando en el país trasandino en torno al mejor diseño institucional para la protección de tales derechos. Como dijimos antes, ningún análisis conceptual de ideales normativos puede prescindir de las concreciones y realizaciones históricas que la hora actual exige.

En el capítulo 4, Mariela Puga explora las razones que tradicionalmente se han esgrimido a favor y en contra de la intervención de los jueces en la solución de las injusticias estructurales que afectan a una determinada sociedad, y tomando particularmente en cuenta el contexto del Estado argentino a la luz de su jurisprudencia más reciente, revisa las razones que justifican la intervención judicial en los “casos estructurales”, es decir, en aquellos casos en los que está en juego un interés colectivo.

En el capítulo 5, Carlos Martínez Cincá proporciona algunas claves para la construcción de una nueva legitimidad democrática que sirva de base a la Justicia Federal en Argentina. Para ello, revisa el concepto de legitimidad republicana a la luz de la reforma constitucional de 1994 y lo hace tomando en cuenta el déficit de las expectativas incumplidas que aquella reforma no logró colmar, señalando el horizonte de una nueva legitimidad en un momento histórico como el presente en que se discute una reforma estructural del fuero federal en Argentina.

En el capítulo 6, desde el horizonte abierto por la democracia deliberativa tanto en la dimensión normativa-regulativa como en la empírica-descriptiva,

Tania Busch Venthur analiza con rigor la todavía deficitaria incorporación y regulación de instituciones deliberativas y participativas en el Tribunal Constitucional de Chile, lo que en definitiva ha terminado poniendo en tela de juicio la legitimidad democrática de dicha institución, y en consecuencia, frustrando el ansiado propósito de fortalecer el Estado de Derecho que se buscó con su creación.

En el capítulo 7, Lucrecia D'Agostino muestra desde un enfoque politológico que el empleo de las estadísticas, de los números y de los indicadores sociales, lejos de constituir una dimensión secundaria en la configuración de las instituciones políticas, resulta ser un elemento crucial en los procesos de construcción de la legitimidad democrática. Los números no hablan por sí mismos: necesitan siempre de un intérprete que les dé una determinada carta de ciudadanía en el discurso político.

En el capítulo 8, David Gomes analiza la creciente pérdida de importancia que frente al avance de los medios audiovisuales y de la “cultura de la imagen” ha ido experimentando en nuestro tiempo la prensa escrita –un elemento clave para el fortalecimiento de la democracia dada su evidente conexión con la libertad de expresión–, y al mismo tiempo, siguiendo las sugerencias de Habermas, hace visible el impacto negativo que esa pérdida provoca en la sociabilidad humana, habida cuenta de la constelación moderna que integran la ciencia, el Derecho, la verdad, la emancipación y la democracia.

En el capítulo 9, Donald Bello Hutt aborda dos aspectos problemáticos de la representación política y de la legitimidad que le sirve de base en una democracia deliberativa, esbozando una posible solución. El primero de ellos, desde una dimensión normativa, apunta al tipo de argumentos que los representantes deberían sostener en nombre de los representados; el segundo, desde una dimensión empírica, a la necesidad de revisar los diseños institucionales como garantía de respeto a los intereses de todos los posibles afectados por las normas. En el análisis de ambos problemas, la atención a las preferencias más que a los intereses de los representados y el reconocimiento de una razonable independencia de juicio por parte de los representantes se muestran como el camino más seguro para la construcción de una nueva legitimidad democrática.

En el capítulo 10, Nicolás Emanuel Olivares propone un interesante cotejo dialéctico entre dos grandes visiones o concepciones de la democracia contemporánea: la tradición republicana y la tradición populista, mostrando sus distancias y cercanías. Lo más interesante de ese cotejo dialéctico es la aguda forma en que propone tres hipótesis exploratorias en torno al populismo contemporáneo, distinguiendo con claridad dos variantes del mismo (un populismo cívico y otro decisionista) para mostrar la inconsistencia de las lecturas que presentan ambas tradiciones –la populista y la republicana– como la verdadera antinomia de la democracia.

Por último, en el capítulo 11 Gonzalo Scivoletto, siguiendo las pistas de Karl-Otto Apel, acepta el desafío de conectar la ética discursiva con la democracia deliberativa, mostrando que la necesaria referencia al ideal normativo que la primera propone no significa caer en la mera “moralización de la política”, como frecuente y erradamente se cree, ni tampoco suponer que la política no sea más que ética aplicada. Al contrario, el principio o ideal de la democracia deliberativa en el que una determinada comunidad política se da a sí misma sus propias leyes a través de un proceso de debate abierto e irrestricto es un principio fundamentalmente ético, y la comprensión de esta dimensión no podrá soslayarse nunca si se pretende articular de forma cabal el Estado de Derecho con la legitimidad democrática.

Como el lector o la lectora podrá apreciar, cada capítulo se focaliza en algún aspecto crucial de los múltiples desafíos que la cuestión de la legitimidad democrática plantea hoy a la noción tradicional de Estado de Derecho. Damos por descontado que la lista de esos desafíos no se agota en los casos que este libro analiza y problematiza, pero estamos convencidos de que algunos de los más importantes han sido abordados con el rigor que el tema exige y prestando especial atención a los procesos históricos que nuestra América Latina atraviesa en la hora presente, que exige de todos y todas una renovada defensa de la democracia.

Como directores y compiladores de la presente obra colectiva queremos agradecer especialmente a todos y todas las participantes que aceptaron el desafío de escribir y publicar un libro que en cierto modo fuese un espacio abierto en el que personas que proceden de tradiciones diferentes y que abrigan diferentes visiones de problemas comunes, se reúnen para

argumentar de manera plural la forma de reconstruir la legitimidad democrática de algunas de las principales teorías y diseños institucionales del Estado de Derecho en América Latina.

Además, queremos agradecer a la Secretaría de Investigación, Internacionales y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo por el financiamiento del *Proyecto de Investigación Bianual “Desafíos actuales al Estado de Derecho. Parte II: La cuestión de la legitimidad democrática”*. El apoyo a dicho proyecto hizo posible la presente obra.

Por último, deseamos expresar nuestra profunda gratitud a José Luis Martí, uno de los teóricos más prominentes sobre la legitimidad democrática, por la generosidad de prologar este trabajo colectivo.

Mendoza, noviembre de 2020

CAPÍTULO 1

Hacia un constitucionalismo dialógico

Una defensa del control judicial de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo¹

C. IGNACIO GIUFFRÉ²

I. INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XX tiene lugar un *giro dialógico del constitucionalismo*. Esta propuesta teórica e institucional apunta a que los asuntos constitucionales o de moral pública sean interpretados y decididos a través de diseños institucionales que aseguren procesos de deliberación con carácter público, argumentativo y continuo, que incluyan tanto a las diferentes ramas de gobierno, como así también a la sociedad. Pese al creciente interés por el estudio del constitucionalismo dialógico en general, el presente artículo delimita doblemente dicho foco de análisis.

Por un lado, este trabajo ha de circunscribirse, dado el alcance de los desarrollos académicos e institucionales en la senda del constitucionalismo dialógico, a la reflexión sobre el *giro contextual* de esta corriente, es decir, a sus aportes y límites en procesos legislativos carentes de legitimidad

1 Agradezco los comentarios formulados por Daniel Oliver-Lalana a una versión preliminar de este trabajo. Asimismo, dicho borrador fue discutido con los integrantes del proyecto de investigación “Desafíos actuales del Estado de Derecho. Parte II: la cuestión de la legitimidad democrática” radicado en la Universidad Nacional de Cuyo, a quienes también agradezco sus reflexiones.

2 Docente e Investigador Predoctoral (Universitat Pompeu Fabra); Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Internacional Menéndez Pelayo); Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova y Universitat de Girona); Especialista en Derecho Constitucional (UCA); Abogado (Universidad de Mendoza). ignaciogiuffre@hotmail.com.

democrática que tienen lugar en Latinoamérica. Más allá del consenso académico en torno al creciente descontento con los procesos legislativos problemáticos en muchos países de la región, este trabajo ha de abordar un caso específico: el procedimiento de sanción de la ley que regula la minería en la provincia de Mendoza (Argentina), su procedimiento de revisión judicial de constitucionalidad y su procedimiento de reforma legal.

En cuanto al procedimiento de *sanción* de ley mendocina, ante movilizaciones sociales de extendido alcance que demandaban mayor protección del recurso hídrico en el año 2007, la legislatura emitió la ley 7.722 con la intención de priorizar la protección del ambiente por sobre la autonomía y libertad empresarial. Sin perjuicio del extraordinario apoyo social, la norma fue sancionada de manera exprés y sin una deliberación parlamentaria profunda. En cuanto al procedimiento de *revisión judicial de constitucionalidad*, ante la decena de acciones de inconstitucionalidad interpuestas por las empresas del sector minero, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza las rechazó en el año 2015. Más allá de eso, la Corte negó las solicitudes de audiencias públicas formuladas por los defensores de la ley en el curso del proceso, a la vez que no abordó en la sentencia el aspecto atinente a la falta de argumentación en el proceso de sanción de la norma. En cuanto al procedimiento de *reforma*, ante la asunción de las nuevas autoridades a finales del año 2019, la legislatura emitió la ley 9.209, caracterizada por la flexibilización del desarrollo de la actividad minera. Sin perjuicio de las multitudinarias y reiteradas movilizaciones sociales en contra, la legislatura desoyó las protestas y aprobó la norma bajo la misma dinámica que su precedente, de manera apresurada y sin una deliberación profunda.

Por otro lado, este trabajo ha de circunscribirse a los límites y aportes que específicamente puede ofrecer la *jurisdicción constitucional* al problema planteado si se compromete con el constitucionalismo dialógico. Más allá del profuso estudio académico en torno al constitucionalismo dialógico, en este trabajo ha de abordarse el control judicial de constitucionalidad, pero no el modelo clásico o *puro* según el cual los tribunales determinan la validez constitucional a partir de un examen del contenido o sustancia, vale decir, del producto final de proceso de elaboración de las normas. En cambio, aquí se procura analizar un fenómeno novedoso: la revisión judicial del proceso deliberativo de creación legislativa.

Con carácter reciente, de forma paulatina y a contraluz de la tendencia histórica, ha comenzado a expandirse un interés jurisprudencial y académico por el *control judicial de constitucionalidad del proceso de génesis legislativa*. Este modelo de revisión constitucional se justifica, al menos, por las siguientes razones. *Primero*, porque consiste en un medio robusto de protección de los derechos constitucionales, pues alienta a los parlamentos a prestarles mayor atención mediante un exigente proceso de deliberación. *Segundo*, porque relativiza las principales objeciones que se le dirigen a la jurisdicción constitucional, pues las invalidaciones judiciales de este tipo de control no se limitan a imponer la última palabra sobre las controversias, sino que promueven respuestas legislativas, a la vez que dejan espacio para la elección legislativa de los aspectos sustantivos de las normas. *Tercero*, porque se halla en línea con los postulados del constitucionalismo dialógico, pues no se asienta sobre la idea de supremacía judicial, sino que promueve la deliberación inclusiva sobre los derechos constitucionales hacia fuera del poder judicial.

En atención al marco teórico delimitado y al problema descripto, el presente trabajo pretende responder a la siguiente *pregunta de investigación*: ¿Qué rol debiera asumir la jurisdicción constitucional, a la luz de los principios del constitucionalismo dialógico, para afrontar un marco de procesos de creación legislativa defectuosos como los que tuvieron lugar en Mendoza? Por lo tanto, el *objetivo general* de este trabajo consiste en examinar, a partir del caso mendocino, un modelo de control judicial de constitucionalidad que, inspirado en los ideales del constitucionalismo dialógico, contribuya a mitigar las falencias de procedimientos de creación de leyes caracterizados por la falta de justificación intersubjetiva.

Desde este ángulo de análisis, la *tesis* que este trabajo defenderá es la siguiente: el alto alcance de la política ambiental y minera no se condice con la deliberación inclusiva que debió seguirse –por un lado– en el procedimiento de sanción de la ley que regula dichos aspectos ni en el procedimiento de su reforma legal, como así tampoco –por el otro lado– en el proceso de revisión judicial de constitucionalidad. En estas instancias, las autoridades de Mendoza han prestado poca atención, cuando no nula, a la deliberación democrática, lo cual ha generado ostensibles problemas de legitimidad democrática. A su vez, los problemas de este tipo –recurrentes en la región– pueden matizarse a través de un control de constitucionalidad

de tipo procedimental, que exija a la legislatura el cumplimiento de deberes deliberativos e inclusivos en el procedimiento de sanción de leyes.

En lo que sigue, entonces, este trabajo pretende cumplimentar el siguiente *programa*. *Primero*, reconstruir la emergencia e importancia del constitucionalismo dialógico que este trabajo utiliza como fuente de insumos críticos (II). *Segundo*, abordar el creciente descontento con los procesos de creación legislativa y sus causas, puntualmente en Mendoza con relación a la regulación de la actividad minera (III). *Tercero*, reflexionar sobre las posibilidades y límites, en un contexto de procesos de creación legislativa defectuosos como el mendocino, de la celebración de audiencias públicas en sede judicial y del ejercicio de un control de constitucionalidad de tipo procedimental –en sintonía con los estándares normativos del constitucionalismo dialógico– (IV). *Finalmente*, exponer algunas apreciaciones conclusivas pero provisionarias (V).

La *justificación* de este trabajo obedece a que contribuye a la comprensión de los aspectos más relevantes del modelo de control de constitucionalidad procedimental. Asimismo, implica un aporte para reflexionar, a partir del caso mendocino, sobre los crecientes descontentos con los procesos de creación legislativa que tienen lugar en América Latina. Todo esto hace falta en la creciente, pero desperdigada, preocupación académica por el constitucionalismo dialógico.

II. EMERGENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO Y GIRO CONTEXTUAL

A finales del siglo XX emerge el *constitucionalismo dialógico*. Esta teoría y modelo constitucional es concebido como un *enfoque democrático deliberativo del constitucionalismo* (Ghosh, 2018, p. 221). Esta nueva manera de articular los asuntos constitucionales, particularmente comprometida con la deliberación democrática, defiende varios diseños y prácticas institucionales –vgr. sondeos deliberativos, jurados constitucionales, referéndums deliberativos, audiencias públicas, *inter alia*–. Pese a la diversidad de dichos arreglos y prácticas institucionales, este trabajo se concentra en el control de constitucionalidad deliberativo.

Las *circunstancias de aparición* de esta propuesta son, por lo menos, las dos siguientes. *Por un lado*, a partir de década de 1960 y hasta

la actualidad, diversas teorías de la democracia y del constitucionalismo comienzan a plantear *objeciones estructurales a la jurisdicción constitucional*. Principalmente, las críticas se dirigen hacia la denominada dificultad contramayoritaria de la revisión judicial (Bickel, 1962, pp. 16-20). Esta crítica denuncia el déficit de legitimidad y de credenciales democráticas de la potestad judicial de declarar la (in)constitucionalidad de normas que atañen a la fibra más íntima de una sociedad, aun en contra de las preferencias de la ciudadanía o de sus representantes políticos electos.

Sin embargo, este planteo es solamente uno de los más discutidos, puesto que desde entonces se vienen objetando otros aspectos igual de significativos. En este sentido, pueden mencionarse los siguientes: *el carácter puramente sustancial del control judicial de constitucionalidad* (Ely, 1980, pp. 97-214)³; *el escaso valor epistémico, junto con el déficit de imparcialidad, de las decisiones judiciales sobre asuntos públicos* (Nino, 1997, p. 273, *inter alia*); *la ofensa a la igual dignidad moral, a la toma de decisiones mediante la regla de la mayoría, al ideal del autogobierno y al hecho de los desacuerdos sobre los derechos* (Waldron, 1993, pp. 36-38); *la extensión de la noción de supremacía constitucional hasta el extremo de supremacía judicial* (Tushnet, 1999, pp. 6-32); *el carácter rígido y estricto del sistema de división de poderes* (Gargarella, 2014, pp. 22-34); entre otros.

Por otro lado, desde los años 1980 y también con radicales críticas a los mecanismos de toma de decisiones públicas, emerge la *democracia deliberativa*. Desde una perspectiva genérica, esta corriente puede definirse como un modelo normativo de toma de decisiones políticas que defiende un particular ideal regulativo, según el cual la legitimidad e imparcialidad depende del seguimiento de un proceso inclusivo y argumentativo entre las autoridades públicas y grupos o personas que se encuentran

3 Con posterioridad a Ely, Habermas viene a señalar que “El Tribunal Constitucional no debería confundir la Constitución con un ‘orden concreto de valores’ y en los procedimientos de control de normas se debería limitar en lo esencial a vigilar que la producción de derecho haya tenido en efecto carácter democrático, es decir, a vigilar que en la producción legislativas se cumplan efectivamente los presupuestos normativos del proceso democrático” (1997, p. 171). Esta objeción es particularmente interesante para este trabajo, pues como se verá más adelante, recientemente ha sido retomada por autores que defienden el control procedimental.

potencialmente interesadas⁴. El procedimiento democrático deliberativo de discusión y toma de decisiones se sustenta en los siguientes *postulados*: *argumentación, apertura, colectividad, continuidad, inclusión, publicidad, igualdad de los participantes, y libertad de los interesados* (Martí, 2006, pp. 90-97).

Por lo tanto, frente a las recién identificadas objeciones estructurales a la jurisdicción constitucional y a la luz de los aludidos postulados de la democracia deliberativa, el constitucionalismo dialógico ofrece diversas respuestas institucionales. Una de esas respuestas está dada por el control de constitucionalidad dialógico, el cual busca matizar las críticas a la autoridad judicial de un modo singular: promoviendo la deliberación inclusiva.

Con esta propuesta institucional, el constitucionalismo dialógico viene a suplir el escaso abordaje sistemático de los arreglos institucionales por parte de la academia dedicada a la democracia deliberativa (Parkinson, 2018, p. 246). En efecto, pese a que el giro deliberativo de la democracia proporciona importantes herramientas normativas para evaluar los métodos decisorios y las instituciones existentes en las sociedades modernas, también es cierto que su alcance no es el mismo respecto de los diseños y prácticas institucionales de la jurisdicción constitucional (Levy y Kong, 2018, p. 2). Dicha limitación de la teoría democrática deliberativa resulta problemática, pues las objeciones a los tribunales no han sido abordadas de manera sistemática y contextual por esta corriente. Así pues, el constitucionalismo dialógico viene a suscribir los postulados de la teoría deliberativa de la democracia, pero además su preocupación se centra, ahora sí, en explicitar, evaluar y revertir las críticas que se arremeten contra los arreglos institucionales del poder judicial.

En la actualidad, dada el escaso abordaje sistemático y contextualmente situado de los diseños institucionales por parte de la teoría democrática deliberativa, y dado el marco de expansión de los desarrollos del constitucionalismo dialógico, se plantea la necesidad de inaugurar una nueva etapa, relacionada con el *giro contextual* de esta corriente (Gargarella, 2019, p. 33). Particularmente, aquí el desafío estriba en pensar las posibilidades y

4 Esta definición genérica, sin perjuicio de algunos matices específicos, se halla respaldada por Elster (1998), Nino (1997), Rawls (2006), Martí (2006), Habermas (2008), entre tantos otros.

límites de la jurisdicción constitucional –a la luz de los principios del constitucionalismo dialógico– de cara a transformar los problemas y necesidades de las democracias en América Latina.

Por lo tanto, este trabajo abordará a continuación uno de los tantos problemas que azotan a Latinoamérica, puntualmente el atinente a los procedimientos de creación legislativa de carácter defectuoso que han tenido lugar en Mendoza en materia de minería y el rol que ha llevado adelante la Suprema Corte de Justicia (III). A su vez, también reflexionará sobre el rol que debiera asumir la jurisdicción constitucional para superar problemas de este tipo (IV).

III. DESCONTENTOS CON LOS PROCESOS DE CREACIÓN LEGISLATIVA EN MENDOZA

Desde un *nivel de referencia general*, puede afirmarse que en la actualidad se asiste a un contexto de crecientes descontentos con los procesos de creación de leyes. Muchas de esas críticas tienen que ver con el incumplimiento de las reglas que rigen los procedimientos de sanción de leyes al interior de los parlamentos; la obstaculización del autogobierno por parte del pueblo; la crisis de la representación política; la exclusión de minorías precarizadas o grupos opositores; el abuso de posiciones dominantes por parte de ciertos partidos políticos; la sanción de leyes de forma precipitada que carecen de la debida consulta y deliberación entre todas las personas potencialmente interesadas; la falta de justificación intersubjetiva de la legislación; la ausencia de canales dialógicos entre la ciudadanía y sus representantes políticos; entre otras.

Desde un *nivel de referencia situado*, en lo que sigue se abordará la cabida que dichos problemas tuvieron en los procedimientos de creación legislativa en materia minera en Mendoza, como así también el rol que asumió la Suprema Corte de Justicia frente a ellos. A continuación, entonces, se analizará el procedimiento de creación de la legislación minera, el posterior proceso de revisión judicial de constitucionalidad y la reciente reforma legislativa.

En el año 2007, frente a los avances de emprendimientos mineros que pulsaban por un modelo económico de extractivismo, comenzaron a desarrollarse manifestaciones sociales generalizadas a lo largo y ancho del

territorio mendocino en demanda de mayor protección del recurso hídrico⁵. Ese contexto estuvo caracterizado por la movilización amplia y la discusión profunda entre ambientalistas, investigadores, organizaciones sociales, asambleístas, movimientos autoconvocados, lugareños de las zonas ricas en minerales y ciudadanía en general. La particularidad del caso residió, entonces, en que el proceso de creación normativa fue iniciado por un sector de la sociedad en la esfera pública informal.

En respuesta a dicha gesta social, los representantes políticos atendieron el reclamo de mayor regulación de la actividad minera en el territorio provincial. Así, en el año 2007, la legislatura emitió la ley 7.722 con el objetivo de proteger el ambiente y el recurso hídrico por encima de la libertad empresarial. La norma, también llamada “ley corta”, contiene tan solo seis artículos, pero dos de ellos son los relevantes⁶. Por un lado, el artículo 1 dispone el impedimento en el territorio provincial del uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico y otras sustancias tóxicas similares en los procesos mineros metalíferos obtenidos a través de cualquier método extractivo. Por su lado, el artículo 3 determina que la Declaración de Impacto Ambiental –una especie de aprobación definitiva del proyecto empresarial y último eslabón de la Evaluación de Impacto Ambiental–, debe contar, ya no con una simple declaración del Poder Ejecutivo, sino con una ratificación legislativa.

Ahora bien, sin perjuicio del robusto apoyo y discusión social, la ley fue sancionada de manera exprés, sin una genuina deliberación parlamentaria y sin justificar adecuadamente la decisión adoptada. La Cámara de Senadores dio media sanción al proyecto legislativo, con tratamiento sobre tablas –una especie de aprobación abreviada–, el día 19 de junio del año 2007⁷. Tan solo un día después y también con tratamiento sobre tablas, la

5 Según Wagner (2008, pp. 195-206), la oposición a la actividad minera en Argentina se inició en el municipio de Esquel (Chubut), mientras que en Mendoza comenzó en el departamento de San Carlos en el año 2004, luego se sumaron los departamentos de General Alvear y San Rafael en el año 2006, y finalmente en el año 2007 los reclamos se propagaron a lo largo y ancho de la provincia.

6 El texto completo de la ley puede verse aquí: <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>.

7 El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Senadores es el 50.031. El proyecto fue aprobado por 23 votos afirmativos contra 12 negativos.

Cámara de Diputados dio estado parlamentario y aprobó el proyecto que venía con media sanción de la Cámara Alta⁸. Al día siguiente, el Decreto 1.423 del Gobernador de turno (Julio Cobos) promulgó la ley 7.722, que fue publicada en el Boletín Oficial un día después.

Tales fechas son lo suficientemente ilustrativas del escueto tiempo dedicado por la legislatura para deliberar y justificar argumentativamente la adopción de una medida de singular importancia. Este déficit fue señalado en el debate parlamentario por los propios representantes de las Cámaras de Senadores⁹ y de Diputados¹⁰ de múltiples partidos políticos.

Al cabo de la aprobación de la llamada “Ley anti-minera”, las empresas del sector plantearon una decena de acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Las empresas denunciaron tres grandes aspectos. Por un lado, que la prohibición de uso de sustancias químicas implica lisa y llanamente la anulación de la minería metalífera, pues sin esas sustancias no es posible llevar a cabo proyectos mineros. Por otro lado, que esa prohibición supone una infracción al orden de prelación de las leyes, dado que imposibilita el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente de propiedad y de ejercicio de industria. Por último –y especialmente interesante para este trabajo–, que el trámite parlamentario de sanción de la ley estuvo signado por la “falta de argumentación” de los legisladores¹¹.

Tras ocho años de espera de la resolución judicial, tuvo lugar un derrame de cianuro nocivo para el agua y el ambiente en la provincia vecina de San Juan, el cual motivó nuevas movilizaciones sociales en Mendoza. En ese contexto, en el año 2015, llegó la sentencia plenaria de la Corte, la cual

8 El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Diputados es el 45.814.

9 El debate parlamentario en la Cámara de Senadores puede verse aquí: <http://www.legislaturamendoza.gov.ar/diario/dia08-07.pdf>. Al respecto, puede verse en los diarios de sesiones, entre otras, las expresiones de los senadores Guerra, Sáenz, Camerucci, Amstutz, Gómez, entre otros.

10 El debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede verse aquí: <http://www.hcd-mza.gob.ar/web/images/archivos/diariosdesesiones/20-06-07.pdf>.

11 Así surge de las diez demandas de inconstitucionalidad –prácticamente idénticas– interpuestas contra la ley 7.722. En el siguiente link puede verse, a modo de ejemplo, una de las sentencias particulares en donde la Suprema Corte aplica la sentencia plenaria y reconstruye detalladamente la posición de la parte actora: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5395087117>.

estableció por unanimidad que la disposición objetada cumplía todos los estándares –impuestos por la Constitución de la Provincia y de la Nación, cuanto por las leyes ambientales del país y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos– para ser considerada constitucional¹².

Específicamente, resulta importante remarcar que la Corte también, al igual que el procedimiento de creación de la ley en la legislatura, soslayó la relevancia de la deliberación inclusiva. De un lado, porque en el curso del proceso judicial previo a la sentencia negó –aunque hubo tres votos minoritarios en disidencia– la audiencia pública solicitada por el Procurador General del Ministerio Público¹³ y el Fiscal de Estado¹⁴, la cual fue enérgicamente apoyada por los sectores defensores de la ley 7.722. Del otro lado, porque no abordó el agravio vertido por los accionantes relativo a que los legisladores aprobaron la ley sin llevar adelante un debate argumentativo y robusto con carácter previo a la votación. Con esto, de ninguna manera se quiere decir que la ley 7.722 es objetable en cuanto a su contenido ni mucho menos que los sectores mineros tenían mejores argumentos para invalidarla. Tan solo se pretende destacar la importancia de dar razones en los procesos decisorios, incluso frente a los adversarios políticos que sostienen planteos que se consideran equivocados o injustos.

En el año 2019, cuatro años después de la sentencia y ni bien asumieron las nuevas autoridades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, tuvo lugar la reforma que llegó de la mano de la ley 9.209¹⁵. Con el procedimiento de sanción de la llamada “Ley cianuro”, nuevamente Mendoza se enfrenta al mismo tema y con torpezas mucho más graves. En efecto, doce años después de la sanción de la ley 7.722 –convalidada judicialmente–, el Estado decide volver sobre sus propios pasos para flexibilizar la actividad minera, y bajo la misma dinámica: sancionando la nueva regulación de alto impacto

12 La sentencia plenaria (Suprema Corte de Justicia, “Minera del Oeste c/ Gobierno de Mendoza p/ Acción de Inconstitucionalidad”, N° 13-02843392-6, 16-12-2015) puede verse aquí: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4519771086>.

13 El decisorio judicial puede verse aquí: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4287981853>.

14 El decisorio judicial puede verse aquí: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4332689658>.

15 El texto completo de la ley puede verse aquí: <https://www.legislaturamendoza.gov.ar/consulta-de-leyes-provinciales/>.

en escasísimos días y sin una robusta deliberación parlamentaria ni con la ciudadanía.

El proyecto de modificación de la ley 7.722 fue puesto en consideración de la Cámara de Senadores por el Gobernador regente (Rodolfo Suárez) al día siguiente de la asunción en el cargo, esto es, el día 10 de diciembre del año 2019. Dicha Cámara lo aprobó durante la mañana del día 20 de diciembre¹⁶, mientras que la Cámara de Diputados lo aprobó durante la tarde del mismo día¹⁷.

De nuevo y al igual que en el caso de la ley 7.722, en esta oportunidad las referidas fechas demuestran el escueto tiempo dedicado por la legislatura para consultar a la sociedad sobre sus miradas, como así también para deliberar y justificar la adopción de un proyecto de reforma con alto alcance que supone un giro respecto de la legislación vigente. Este déficit argumentativo también fue señalado en el recinto parlamentario por los propios representantes de distintos partidos políticos ante las Cámaras de Senadores¹⁸ y de Diputados¹⁹.

Ahora bien, a diferencia del contexto que caracterizó la aparición de la ley 7.722, la reciente reforma resulta mucho más problemática en términos de legitimidad democrática, por cuanto se presenta adversa a los reclamos sociales multitudinarios, reiterados en el tiempo y propagados en toda la provincia en defensa del agua. Estas marchas, asambleas y protestas, de concurrencia y extensión inédita en Mendoza, llegaron a tener repercusión a nivel nacional e internacional²⁰. Por lo tanto, da la impresión de que la

¹⁶ El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Senadores es el 73.773. El proyecto fue aprobado por 29 votos positivos contra 7 negativos.

¹⁷ El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Diputados es el 77.074. El proyecto fue aprobado por 36 votos positivos, 11 negativos y 1 abstención.

¹⁸ El debate parlamentario en la Cámara de Senadores puede verse aquí: https://www.youtube.com/watch?v=BgpLe0pROCI&feature=emb_title. Al respecto, puede verse en los diarios de sesiones, entre otras, las expresiones de los senadores Romano, Jiménez, entre otros.

¹⁹ El debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede verse aquí: https://www.youtube.com/watch?v=sxkqnW4o8ko&feature=emb_title. Al respecto, puede verse en los diarios de sesiones, entre otras, las expresiones de los diputados Majstruk, Pérez, Soto, entre otros.

²⁰ Ver, por caso, las notas publicadas en los diarios *The Guardian* (<https://www.theguardian.com/world/2019/dec/23/argentina-mendoza-protests-water-protection-law>) y *El*

flamante modificación fue el resultado del silencioso lobby desplegado por el grupo de interés vinculado a la minería, como así también del acuerdo entre cúpulas partidarias, ambos de espaldas a la masiva oposición social.

Sin perjuicio del carácter multitudinario e extendido de estas manifestaciones sociales, ambas Cámaras de la legislatura aprobaron la flexibilización de la regulación minera. A su turno, el Gobernador en funciones también desoyó los pedidos masivos de derogar la reforma y, cuatro días después –el 24 de diciembre–, la promulgó mediante el Decreto 3.085 y la publicó en el Boletín Oficial.

Luego de la promulgación, la movilización adquirió un alcance impactante, extraordinario y sin precedentes en la historia de Mendoza –principalmente, con “la marcha de los cien kilómetros” y la protesta masiva en la capital. Paralelamente, muchos intendentes se comprometieron a no aplicar la ley en sus municipios; se suspendieron las respectivas fiestas vendimiales; se pronunciaron en repudio múltiples organizaciones no gubernamentales provinciales, nacionales e internacionales; también se sumaron a la crítica sectores científicos, artistas, políticos, académicos y ciudadanos de todo el país y el exterior.

Aquí, a los fines de este trabajo resulta fundamental destacar que los sectores defensores de la ley 7.722 aseguraron que, en caso de promulgarse la reforma, iban a interponer acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia para invalidar la ley 9.209. A más de los aspectos relativos al contenido de la nueva ley que este sector entendía que se vulneraban –tales como los principios precautorio y de no regresividad ambiental, junto con los derechos a un ambiente sano y al desarrollo sustentable, entre otros–, para este trabajo resulta relevante enfatizar que también objetaban el proceso decisorio. En efecto, criticaron explícitamente el procedimiento de sanción legislativa en función de estar signado por la falta de consulta y deliberación con la sociedad, incluso por la falta de argumentación y justificación intraparlamentaria.

Finalmente, a raíz del amplio repudio, el Gobernador anunció el 26 de diciembre que no iba a reglamentar la flamante ley. Sin embargo, los movimientos sociales consideraron que esa medida era insuficiente y solicitaron

País (https://elpais.com/sociedad/2019/12/23/actualidad/1577120663_984854.html), entre otras.

su derogación. En medio de un clima de confrontación, el Gobernador reconoció que “la megaminería no cuenta con licencia social en Mendoza” y presentó un proyecto para derogar la ley 9.209 y restablecer la anterior ley 7.722. El proyecto fue aprobado por la Cámara de Senadores el día lunes 30 de diciembre del año 2019²¹, mientras que horas más tarde la Cámara de Diputados lo aprobó y convirtió en ley²². Al día siguiente, el Poder Ejecutivo promulgó y publicó en el Boletín Oficial la ley 9.210²³. De esta forma, quedó sellada la corta vida de la reforma, la cual solo tuvo una vigencia de poco más que una semana.

En conclusión, según una perspectiva deliberativa del constitucionalismo, los asuntos políticos de relevancia deben articularse mediante dos exigencias procedimentales: el debate y la inclusión. Solo si ambos elementos constitutivos están presentes en el procesamiento decisorio, las medidas políticas han de gozar de legitimidad democrática. Desde ese prisma crítico se deriva que dado que la regulación de la minería tiene un impacto extraordinario sobre la sociedad –particularmente sobre sus recursos naturales, ambiente, salud, trabajo y matriz productiva–, la regulación debiera resultar de una deliberación inclusiva. Sin embargo, ni uno ni otro componente de esta corriente crítica estuvieron presentes en el caso mendocino descripto.

IV. RESPUESTAS DIALÓGICAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE AL PROBLEMA

El creciente descontento con los procesos de creación de leyes, en general, ha dado lugar a múltiples propuestas de reformas, principalmente de la regulación electoral, de los partidos políticos, de los reglamentos internos de las cámaras legislativas, entre otras. Pero, más allá de aquellas propuestas de solución, este apartado busca responder específicamente a la pregunta atinente a qué rol debiera asumir la jurisdicción constitucional a fin de controlar y mejorar los procesos de creación de leyes. Entonces, en

²¹ El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Senadores es el 73821. El proyecto fue aprobado por 34 votos afirmativos contra 2 negativos.

²² El expediente del trámite administrativo en la Cámara de Diputados es el 77080. El proyecto fue aprobado por 44 votos afirmativos contra 3 negativos.

²³ El texto completo de la ley puede verse aquí: https://www.legislaturamendoza.gov.ar/busqueda/pdfreport_ley/.

aras de superar los deficientes procedimientos de génesis legislativa que han tenido lugar en Mendoza, a continuación ha de reflexionarse sobre las posibilidades y límites del rol dialógico que podría asumir la jurisdicción constitucional mediante la celebración de audiencias públicas (A) y el ejercicio de la revisión de constitucionalidad de tipo procedimental (B).

IV.A) Audiencias públicas

En lo que concierne al rol de la Suprema Corte de Justicia de la provincia en el trámite del proceso judicial de revisión de la ley 7.722, cabe destacar que estuvo lejos de considerarse dialógico e inclusivo. Pues tal como se anticipó en el apartado anterior, rechazó los pedidos de realización de una audiencia pública mediante argumentos que resultaron cuestionables.

El *primer argumento* gravitó en la supuesta naturaleza “facultativa” de las audiencias públicas. Sin embargo, dichas instancias serían imperativas a la luz de los artículos 19 y 20 de la ley Nacional General de Ambiente N° 25.675²⁴. El primero establece que “Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente”. El segundo dispone que “Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente”.

De igual manera, si se tiene presente la citada *objeción contramayoritaria*, se arriba luego a que este argumento de la Corte soslayó que aun cuando el sistema constitucional le atribuya la última palabra, ella debería fortalecer la deliberación democrática entre las instituciones y la ciudadanía. Mediante las audiencias públicas se pueden matizar las objeciones a la autoridad judicial, dotar de mayor legitimidad a las decisiones políticas, asegurar una instancia de participación social distinta al sufragio, lograr un

²⁴ Asimismo, las audiencias públicas constituyen un instituto que se encuentra en línea con el principio republicano (artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional) y que posibilita a la ciudadanía tanto el acceso a la información de los procesos judiciales de interés público, como así también la participación en ellos, de conformidad con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 19 y 20 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos).

gobierno abierto, y garantizar la transparencia de la información, acceso a la justicia y control social de la actividad judicial. Específicamente, ellas permiten asegurar lo que en el procedimiento de creación de la ley 7.722 estuvo ausente: un amplio espacio para la justificación intersubjetiva.

El *segundo argumento* radicó en que la materia objeto de litigio versaba sobre una supuesta “cuestión de estricto contenido jurídico”, en cuyo ámbito no se advertía la necesidad de la audiencia pública. Para esta mirada pareciera que la sociedad no debe inmiscuirse en la discusión de los asuntos “jurídicos”, en tanto ese terreno sería patrimonio exclusivo de los tribunales. Sin embargo, desde una mirada dialógica del constitucionalismo, la discusión jurídica no tiene que reducirse a tal ámbito, sino que debe expandirse a la interacción entre la esfera pública formal y la esfera pública informal. La propuesta constitucional deliberativa confiere al espacio público informal un protagonismo relevante para definir los contornos de estos aspectos. Puntualmente, las audiencias públicas posibilitan a la sociedad un lugar central en la tarea colectiva de interpretación constitucional y construcción de significados jurídico-políticos.

El último argumento, referente a que si la Corte promoviera la deliberación ciudadana se estaría inmiscuyendo en competencias propias del Poder Legislativo, también resulta reprochable. Lo que se propone desde una perspectiva dialógica del constitucionalismo es, precisamente, la asunción de un rol activo por parte de la jurisdicción constitucional en la promoción de la deliberación democrática, sobre todo frente a casos de creación de leyes mediante procedimientos deficitarios. Lo que busca esta propuesta es una dinámica de división de poderes en la cual la deliberación no sea una función sino de todas las ramas del Estado.

En suma, a partir de los argumentos expuestos, la Corte perdió la oportunidad de abordar un tema de elevado impacto –como lo es la minería, los recursos naturales y la actividad económica– a través de un procedimiento idóneo para la formación de consenso, difusión de la información, racionalidad de la decisión y democratización del servicio de justicia.

IV.B) Control de constitucionalidad procedimental

A continuación, ha de sostenerse que el modelo de *revisión de constitucionalidad procedimental* puede contribuir a mejorar procesos de sanción de

leyes defectuosos como los que tuvieron lugar en Mendoza. Dicho de otro modo, llamados de atención de este tipo podrían evitar la reiteración de procesos parlamentarios indiferentes a la deliberación inclusiva. Puntualmente, el control judicial procedimental podría desalentar la aprobación de leyes con dinámicas tales como las que recientemente signaron la sanción de la ley 9.209 en Mendoza.

Como punto de partida general, debe tenerse presente que el control de constitucionalidad de tipo sustancial es la regla en la jurisprudencia y la academia. Dicha regla suele sustentarse en tres principios: *por un lado*, el principio de “las cuestiones políticas no justiciables”, según el cual –en lo que a este trabajo concierne– el proceso de formación y sanción de leyes por parte del Parlamento debe quedar exento del control y autoridad de los tribunales; *por el otro*, el principio de división de poderes, según el cual cada rama de gobierno debe abstenerse de intervenir en las esferas de autonomía y asuntos internos de las otras ramas de gobierno; *por último*, el principio según el cual el proceso de sanción de leyes debe transcurrir exclusivamente a partir de la deliberación y decisión de “los representantes” pero no del “pueblo”.

Posiblemente, el origen de esta regla se encuentre en el artículo 9 del *Bill of Rights* del año 1969 en Reino Unido, el cual dispone lo siguiente: “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament”. Cien años más tarde esta redacción se reitera de modo similar en la sección 6.1 del artículo I de la Constitución Estados Unidos que, aunque no re-cepta el principio de soberanía parlamentaria, dispone: “... *for any Speech or Debate in either House, they (Senators and Representatives) shall not be questioned in any other Place*” (Gardbaum, 2019, p. 4). En Argentina, esta inmunidad se expande en términos semejantes al artículo 68 de la Constitución Nacional: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”. En términos prácticamente idénticos se pronuncia el artículo 96 de la Constitución de Mendoza. Inmunidades similares pueden encontrarse en las constituciones de Alemania (artículo 46), España (artículo 71), Sudáfrica (artículos 58 y 71), entre tantas otras.

Sobre la base de esta regla y estos principios los tribunales constitucionales o cortes supremas, jurisprudencialmente, se han autolimitado al análisis de la sustancia de las leyes y han evitado ingresar en el análisis de sus procedimientos de su génesis. De igual manera, en las causas judiciales en las cuales las controversias giran en torno de la violación de derechos fundamentales –tales como el ambiente sano, la libertad de expresión, la propiedad, entre otros–, la sociedad y las partes del proceso esperan de los tribunales que resuelvan la sustancia del asunto y protejan el contenido de dichos derechos –de acuerdo con criterios de razonabilidad, proporcionalidad, no regresividad, *inter alia*–. Así pues, la doctrina y la jurisprudencia –de modo prácticamente unánime– consideran inaceptable que los tribunales se atrevan a impugnar una ley en razón de que no haya sido producto de una mínima deliberación legislativa (Meßerschmidt, 2016, p. 375).

Específicamente, en lo que atañe a la jurisprudencia argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de la historia omitió pronunciarse sobre la constitucionalidad del proceso de formación, deliberación y sanción de las leyes, pues consideraba que se trata de una cuestión política no justiciable, que consistía en una materia privativa de otra rama de gobierno, y que era lo que exigía el principio de división de poderes²⁵. Sin embargo, en el año 1998 declaró la inconstitucionalidad de una ley en virtud de la violación de los requisitos esenciales para su sanción²⁶. Allí, pese a reiterar que se trataba de una situación de índole no justiciable, señaló que tal principio admite una excepción cuando se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que la Constitución Nacional establece para la creación o producción de leyes. Ahora bien, pese a la mínima modificación descripta, es posible colegir que en la jurisprudencia argentina no existen antecedentes en los cuales se haya examinado la constitucionalidad del proceso argumentativo de creación legislativa

25 Este posicionamiento se advierte en las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Dr. Baldomero Llerena s/ Inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad”, Fallos 53:420, 1893; “Compañía Azucarera Tucumán S.A. c/ Provincia de Tucumán”, Fallos 141:271, 1924; “Petrus S.A. de Minas c/ Nación Argentina”, Fallos 210:855, 1945.

26 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición D.G.I.”, Fallos 321:3487, 1998.

(Bianchi, 1992, pp. 199-200). Lo mismo cabe afirmar de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Más aún, con carácter reciente el máximo tribunal nacional ha explicitado que “el departamento judicial no podía contestar ni sobre el fondo ni sobre la forma de las deliberaciones en las que el Congreso había ejercido una atribución política”²⁷.

Ahora bien, a contraluz de ese modo de evaluar la constitucionalidad de la norma centrado exclusivamente en la sustancia o en *qué* se decide, desde hace pocos años y, en sintonía con la senda del constitucionalismo deliberativo, la atención del control judicial ha comenzado a redirigirse hacia el procedimiento de sanción de la norma o hacia *cómo* se la sanciona. El *giro procedimental* tiene lugar tanto a nivel doctrinario, como en la jurisprudencia de tribunales extranjeros y supranacionales (Gerards y Brems, 2017, p. 4). Desde el plano *doctrinario*, recientemente diversos artículos comienzan a defender la potestad del Poder Judicial de intervenir en pos de controlar –y asegurar– la deliberación y la justificación de leyes sancionadas sin un exigente proceso de argumentación previa²⁸. Desde el plano *judicial*, paulatinamente también comienzan a emerger múltiples causas en las cuales la jurisdicción constitucional se ha pronunciado sobre la relevancia del debate democrático como precondition de legitimidad de la legislación y ha invalidado leyes que no ostentan el grado necesario de participación, discusión y fundamentación en el Parlamento y ante la sociedad²⁹.

El modelo de revisión judicial de tipo procedimental consiste en una fusión del examen del *proceso* de promulgación de la norma con el examen de su *sustancia* (Bar-Siman-Tov, 2012, p. 272, *inter alia*). En efecto, no se trata de una revisión procesal a solas, en la cual los tribunales se enfocan exclusivamente en el proceso de promulgación y, en su caso, anulan la

²⁷ Al respecto, ver el fallo “Barrick” citado en la nota al pie anterior.

²⁸ Tales como Roberto Gargarella, Patricia Popelier, Juan Carlos Bayón, Stephen Gardbaum, Ittai Bar-Siman-Tov, Daniel Oliver-Lalana, Klaus Meßerschmidt, Eva Brems, Jenneke Gerards, entre tantos más.

²⁹ En tal sentido, pueden verse los siguientes decisorios: Tribunal Constitucional de Sudáfrica, “Doctors for Life International vs. The Speaker of the National Assembly and Others”, 17-08-2006; Corte Constitucional de Colombia, “SC-372”, 27-04-2004; Corte Constitucional de Colombia, “SC-776”, 09-09-2003; Suprema Corte Israelí, “Quantinsky v. The Israeli Knesset”, 06-08-2017; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Hirst (Nº 2) v. The United Kingdom”, 06-10-2005; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Animal Defenders International v. United Kingdom”, 22-04-2013; entre tantos otros.

legislación únicamente por defectos en el proceso. En cambio, su *ejercicio* es doble. *Por un lado*, los tribunales recurren a una revisión de la sustancia, donde evalúan el contenido de un determinado estatuto y definen si infringe las normas y derechos constitucionales. *Por el otro lado*, los tribunales recurren a una revisión del proceso legislativo, donde evalúan el cumplimiento de principios procesales democráticos –tales como la deliberación previa a la toma de la decisión, la publicidad de dicho debate, la participación social y la justificación argumentativa de la medida. En definitiva, este modelo no se limita exclusiva e independientemente al procedimiento, sino que este es evaluado a la par que la sustancia (Meßerschmidt, 2016, pp. 378-379). En rigor, entonces, la revisión sustantiva y procesal no deben considerarse como estrictos adversarios o sustitutos, sino que se refuerzan mutuamente y funcionan como escrutinios complementarios.

El control judicial procedimental no lleva a sostener de manera exclusiva el *principio de interferencia* o el *principio de deferencia*, por cuanto estos criterios estrictos o reglas fijas de actuación judicial no satisfacen los fines del instituto bajo análisis. En cambio, el control procedimental reclama uno u otro principio *según el tipo de caso* sometido a adjudicación constitucional. Así pues, en algunas causas se exigirá mayor interferencia frente al Parlamento, mientras que en otras se exigirá mayor deferencia. Esta llave depende de la calidad inclusiva y deliberativa del procedimiento de creación legal. En consecuencia, si esa doble calidad estuvo ausente en el procedimiento legislativo, será más justificable la interferencia judicial; a la inversa, si esa doble calidad estuvo presente en el procedimiento legislativo, será más justificable la deferencia.

Cuando se determina con claridad que no están cumplidos los requerimientos procedimentales atinentes a la participación y la deliberación, la magistratura no debiera decidir sobre el fondo del asunto, sino que tendría que remitirlo al Parlamento para que sea él quien lo resuelva. Así, los tribunales, en vez imponer criterios sustanciales, fijan pautas discursivas para que sea la sociedad y la legislatura quienes decidan sobre esos criterios de fondo. En este marco, un control judicial de tipo procedimental puede promover que los parlamentos se tomen seriamente el deber de deliberar y justificar argumentativamente sus decisiones. De este modo la jurisdicción constitucional puede fijarle obligaciones procedimentales a las instituciones

democráticas, relativas a la transparencia, la consulta, la inclusión deliberativa y la justificación razonada.

La cuestión estriba en cómo determinar si una ley ha sido adecuadamente debatida y justificada por aquellos a quienes se les ha confiado aprobarla (Oliver-Lalana, 2016). Sin embargo y de antemano, corresponde aclarar que la tarea de evaluar el desempeño del Poder Legislativo en la deliberación constitucional y la toma de decisiones es difícil, porque requiere un “punto de referencia de la buena interpretación” para medir los esfuerzos de los legisladores (Tushnet, 2009, p. 500), y sobre esto suelen surgir los desacuerdos. De hecho, puede llegar a resultar más complejo examinar el procedimiento de creación de una ley que su sustancia (Gardbaum, 2019, p. 4; Bar-Siman-Tov, 2011, p. 1915). Entonces, puesto que dilucidar la calidad inclusiva y deliberativa de la génesis legislativa no es una tarea libre de complejidad, el parámetro adecuado para la solución de *casos dudosos* ha de ser el de la deferencia judicial.

Pese a la jurisprudencia y literatura novedosa, aún quedan varias preguntas abiertas, por ejemplo no existe una respuesta definitiva acerca de cuándo la presencia o ausencia de ciertos requisitos de procedimiento en la promulgación resulta decisivo para determinar el destino de la legislación (Bar-Siman-Tov, 2012, p. 279; Coenen, 2001, pp. 316-318). Tampoco está enteramente clara la cuestión atinente a cuándo debe ser ejercitado este tipo de control ni sus límites. Lo que sí está claro es que el hecho de que una decisión sea aprobada por el Parlamento a partir de una votación mayoritaria, otorga una razón necesaria pero no suficiente para considerarla como válida. Para el control judicial de constitucionalidad de tipo sustancial el procedimiento es insignificante, pero para el control procedimental esto viene a ser algo relevante.

Dado que no es tarea sencilla determinar cuándo una ley ha sido el resultado de un debate genuino, profundizar en el estudio jurisprudencial de la argumentación parlamentaria seguramente contribuiría a la tarea (Oliver-Lalana, 2016). La *teoría jurisprudencial* –término proveniente del latín *prudentia legis*, y usado para contrastar con la jurisprudencia– pone de relieve la elaboración de las leyes desde una perspectiva racional como condición de validez. Además, desde esta perspectiva ya no se da por sentada la posición central del tribunal como principal agente legal, sino que también se les exige a los parlamentarios el cumplimiento de determinados

deberes –tales como de atención a hechos relevantes, de peso y balanceo de alternativas, de prospección, de corrección, de retrospección, y de formulación de problemas (Wintgens, 2012, pp. 283-307).

Por supuesto que la revisión judicial del proceso legislativo no es una panacea para todas las patologías habidas en los procesos legislativos actuales, ni debe sustituir la responsabilidad primaria de los parlamentos de mejorar el proceso legislativo (Bar-Siman-Tov, 2015). Pero si la jurisdicción constitucional lleva adelante un control de constitucionalidad de tipo procedimental se obtienen notables *implicancias normativas e institucionales* (I), las cuales pueden sistematizarse del siguiente modo: I1) se promueve una división deliberativa de poderes, con diálogo interorgánico y con la sociedad; I2) se obtiene mayor imparcialidad, legitimidad y consistencia en la toma de decisiones políticas; I3) se alivia la tensión entre constitucionalismo y democracia; I4) se aproxima el sistema institucional al ideal regulativo de la democracia deliberativa; I5) se trascienden visiones extremas sobre el rol de los jueces, tales como el control puramente procedimental o sustantivo, en pos de una posición intermedia; I6) se matizan las objeciones que tradicionalmente se le dirigen al Poder Judicial, sobre todo la atinente a la escasa legitimidad para imponer la última palabra; I7) se mejora el rendimiento y eficacia de las ramas del Estado; I8) se compromete el control de constitucionalidad con los postulados del constitucionalismo dialógico, pues promueve la deliberación inclusiva sobre los derechos constitucionales fuera del Poder Judicial; I9) se alienta a los legisladores a prestar más atención a la mejor forma de proteger los derechos constitucionales mediante un exigente proceso de deliberación hacia adentro y hacia fuera de la legislatura; y, por último, I10) se promueven procedimientos de creación legislativa inclusivos y deliberativos³⁰.

Una vez dilucidado el contexto de aparición, noción, funcionamiento e implicancias del control judicial de constitucionalidad de tipo procedimental, corresponde retomar el caso mendocino. Tal como fue demostrado, a diferencia de otras experiencias institucionales que han sido positivas³¹, los

30 De modo similar, pero no idéntico, pueden verse las ventajas que argumenta Bar-Siman-Tov (2012).

31 Un ejemplo interesante en Argentina lo constituye el proceso de discusión anterior a la aprobación de la Ley Nacional 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Otro caso lo constituye el debate inclusivo que caracterizó la discusión del proyecto para

parlamentarios no cumplimentaron las exigencias de argumentación inter-subjetiva frente a los destinatarios de la legislación. Esto es problemático, pues aún las posiciones de justicia que se estiman más equivocadas deben ser derrotadas mediante *la fuerza del mejor argumento*. A su vez, en lo que concierne al modelo de revisión judicial de constitucionalidad que llevó adelante la Suprema Corte de Justicia sobre la ley 7.722, cabe reiterar que no abordó el aspecto relativo a que los legisladores aprobaron una ley sin un debate argumentativo con carácter previo a la votación. En efecto, no exhortó a la legislatura a evitar procedimientos de creación de leyes signados por la falta de inclusión y deliberación. Sin perjuicio de lo anterior, en algunos pasajes de la sentencia –en línea con lo planteado por los parlamentarios en los trámites de aprobación del proyecto de ley y por los demandantes en sus acciones– reconoció que “la política no resolvió lo que debió ser una legislación producto del consenso”, “el brevísimo tratamiento legislativo de la ley 7.722”, y que “el tratamiento legislativo tuvo como principal característica su brevedad en el tiempo y la urgencia del mismo”³².

La pregunta de cara al porvenir, entonces, radica en si resulta adecuado que la autoridad judicial no se expida en el marco de causas que se someten a su jurisdicción sobre los procedimientos de sanción de leyes tan relevantes –como las que regulan la minería– que son aprobadas mediante

legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, aunque lamentablemente iniciativa no fue aprobada.

- 32 Al respecto, puede verse el voto del Dr. Adaro, como así también el del Dr. Nanclares, emitidos en la sentencia plenaria citada en la nota anterior. Asimismo, la Corte se expresó en términos muy similares en las causas particulares en las cuales se aplicó dicha sentencia plenaria. Por un lado, el Dr. Palermo dijo: “esta cuestión exigía ser abordada por el órgano constitucional representativo, mayoritario, con legitimidad popular directa y deliberativo por excelencia, esto es el Poder Legislativo, a través de una legislación que fuera producto del consenso social y de un inclusivo diálogo argumentativo en pie de absoluta igualdad entre todos los interesados” (Suprema Corte de Justicia, “Concina Raúl E. c/ Gbno. de la Provincia s/ Acción Inconstitucionalidad”, N° 13-02843395-0, 18-04-2017). Por otro lado, el Dr. Adaro dijo: “hubiera sido conveniente que tal cuestión sea abordada a través de una legislación que fuera el resultado de un amplio debate social con participación real de todos los involucrados en aras de alcanzar un genuino consenso comunitario” (Suprema Corte de Justicia, “Minera San Jorge S.A. c/ Gbno. de la Provincia s/ Acción Inconstitucionalidad”, N° 13-02843397-7, 17-04-2017). La primera sentencia puede verse aquí: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5395108265>; la segunda sentencia puede verse aquí: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5399044281>.

trámites abreviados y sin una justificación intersubjetiva. La respuesta a dicho interrogante no puede soslayar que el respeto de la *dignidad humana* (artículo 11 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, y artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) origina en cabeza del Estado un deber específico, el de poner a disposición de los habitantes las razones de las normas o medidas de gobierno que los implican de manera directa o indirecta. Tal *derecho a la justificación* se erige contra la imposición coercitiva de las decisiones, implicando así una condición necesaria para la legitimación de la actuación del Estado (Forst, 2015). Bajo dicha tesitura, en contextos de mayor demanda de justificación de las leyes, el deber de dar razones no puede confinarse a la adjudicación judicial (Oliver-Lalana, 2016). En respuesta a dicha demanda, un control judicial atento a los procedimientos de creación de normas podría limitar el ejercicio del Parlamento en términos de mera voluntad y, en cambio, promover el ejercicio de poder de tipo discursivo.

Al cabo de lo expuesto, cabe concluir que las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que sostienen que los tribunales no pueden ni deben evaluar los requisitos del procedimiento racional de creación de normas resultan injustificadas, al menos por las siguientes razones. *Primera*, porque la Ley Nacional General de Ambiente N° 25.675 dispone que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos que se relacionen con la preservación del ambiente (artículo 19), como así también que las autoridades deben institucionalizar audiencias públicas para la autorización de actividades que puedan generar efectos significativos sobre el ambiente (artículo 20).

Segunda, porque la Constitución Nacional asume una exigencia deliberativa, por cuanto dispone que luego de que una Cámara Legislativa apruebe un proyecto de ley, el mismo debe ser “discutido” por la otra Cámara (artículo 78); dicha exigencia es reiterada a lo largo del texto constitucional (artículos 22, 83, 106 y 100 inciso 9)³³. Estas exigencias deliberativas se trasladan a las provincias argentinas en general y a Mendoza en particular

33 Aquí merece destacarse que la Constitución de Colombia va mucho más allá, pues explícitamente dispone que corresponde a la Corte Constitucional de Colombia “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación” (artículo 241.4).

en función del artículo 5 de la Constitución Nacional; de igual manera, Mendoza asume compromisos deliberativos en los trámites legislativos a partir de los artículos 9 y 135 de la Constitución Provincial, como así también en los reglamentos internos de las Cámaras de Diputados³⁴ y de Senadores³⁵, que regulan el procedimiento de *discusión* y votación de los proyectos de ley.

Tercera, porque el principio de división de poderes delimita ámbitos de competencia específicos para cada rama de gobierno que no pueden ser invadidos por otras ramas ajenas, pero cuando esas competencias privadas se ejercen en violación de las normas hay abuso de poder, el cual no puede quedar fuera de control judicial. Por lo tanto, frente a procedimientos de creación legislativa problemáticos, la intervención judicial queda justificada en pos de hacer cumplir al Parlamento su función distintiva³⁶ –aunque no exclusiva–.

En síntesis, al menos por estas tres razones la legislatura tiene el deber de deliberar en los procedimientos de sanción de normas y, correlativamente, el control judicial del cumplimiento de dicho deber está justificado.

En definitiva, la falta de deliberación inclusiva en los procesos de génesis legislativa, como los que tuvieron lugar en Mendoza, generan problemas de legitimidad democrática. El caso analizado demuestra que dos sectores antagónicos, atravesados por un desacuerdo muy profundo, experimentaron la elaboración de leyes que se les impusieron en condiciones de falta de justificación argumentativa. En ese marco, quedó claro que los destinatarios de las normas ven que una de las salidas al problema está en la judicialización. Sin embargo, también quedó demostrado que la revisión

34 El reglamento interno puede encontrarse aquí: https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwinl53cm4jnAhX-PAMMBHSSVCmEQFjAAegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.hcdmza.gob.ar%2Fweb%2Fimagenes%2Farchivos%2Freglamento_hcd%2Freglamentointerno-hcd-2008.pdf&usq=AOvWaw1yDTfxO1IR9DV_-LZe1ZBA

35 El reglamento interno puede encontrarse aquí: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&sxsrf=ACYBGNQ-70AvoilKXo2IYFLzkkLJJ89aEg%3A1579181255483&ei=x-2QgXp-LHdTKgw7z5iwBQ&q=reglamento+camara+de+senadores+mendoza&oq=reglamento+camara+de+senadores+mendoza&gs_l=psy-ab.3..35i39j0i8i30.1587.3214..3316...0.0..0.102.1014.10j2.....0....1..gws-wiz.....0i8i7i30j35i304i39.0mvkkHbLEmE&ved=0ahUKEwjiPOnljnAhVU5eAKHfsnBIYQ4dUDCAo&uact=5

36 La legislación requiere tiempo y deliberación cuidadosa (Waldron, 2009, p. 352).

judicial de constitucionalidad de tipo sustancial no garantiza que procesos legislativos defectuosos dejen de repetirse.

V. CONCLUSIONES

Tanto la jurisprudencia de los tribunales como la doctrina han prestado poca atención a la deliberación parlamentaria y a los acuerdos sociales que tienen lugar en la esfera pública. Rara vez han considerado a estos aspectos como condiciones para la validez de las normas. A contraluz de esa tendencia y a partir del análisis de un caso concreto, este trabajo intentó poner de manifiesto que ambos aspectos son de utilidad para evaluar y mejorar el desempeño argumentativo e incluso de los parlamentos en un contexto de crecientes descontentos con los procesos de creación legislativa. Por eso, este trabajo ensayó algunas pistas para pensar y ejercer un modelo de revisión de constitucionalidad atento a los procedimientos de sanción de las leyes que se cuestionan en sede judicial. Sin embargo, no debe perderse de vista que el control judicial de constitucionalidad de tipo procedimental es tan solo una, pero no la única, entre muchas soluciones posibles que pueden ofrecerse para resolver el problema.

BIBLIOGRAFÍA

- Bar-Siman-Tov, I. (2011). "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process". *Boston University Law Review*, 91, pp. 1915-1974.
- Bar-Siman-Tov, I. (2012). "Semiprocedural Judicial Review". *Legisprudence*, 6, 3, pp. 271-300.
- Bar-Siman-Tov, I. (2015). "The Role of Courts in Improving the Legislative Process". *The Theory and Practice of Legislation*, 3, 3, pp. 295-313.
- Bianchi, A. (1992). *Control de Constitucionalidad*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill.
- Coenen, D. T. (2001). "The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review". *Southern California Law Review*, 75, pp. 1281-1406.

- Elster, J. (1998). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Forst, R. (2015) *Justificación y crítica: Perspectiva de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Gardbaum, S. (2019). "Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa: The Rule of Law, the Separation of Powers & Anti-corruption Efforts". *Constitutional Court Review*, 9, pp. 1-18.
- Gargarella, R. (2014). "'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances". *Current Legal Problems*, 67, 1, pp. 1-47.
- Gargarella, R. (2019). "Presentación. Cinco movimientos de un debate inacabado. Sobre «La justicia constitucional de la democracia deliberativa», de Roberto Niembro". R. Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 17-36.
- Gerards, J. y Brems, E. (2017). "Introduction". J. Gerards y E. Brems (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-14.
- Ghosh, E. (2018). "Deliberative Constitutionalism: An Empirical Dimension". R. Levy, H. Kong, G. Orr, J. King (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 220-232.
- Habermas, J. (1997). *Más allá del Estado nacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4a ed. Madrid: Trotta.
- Levy, R. y Kong, H. (2018). "Introduction: Fusion and Creation". R. Levy, H. Kong, G. Orr, J. King (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-13.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Meßerschmidt, K. (2016). "The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies?". K.

- Meßerschmidt y A. Daniel Oliver-Lalana, *Rational Lawmaking under Review*. Springer International Publishing, pp. 373-403.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa.
- Oliver-Lalana, A. D. (2016). "Legislative Argumentation and the Rule of Law". E. T. Feteris, H. Kloosterhuis, H. J. Plug y C. E. Smith (Eds.), *Legal Argumentation and the Rule of Law*. The Hage: Eleven, pp. 159-170.
- Parkinson, J. (2018). "Ideas of Constitutions and Deliberative Democracy and How they Interact". R. Levy, H. Kong, G. Orr, J. King (Eds.), *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 246-255.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from de Courts*. New Jersey: Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2009). "Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation?: Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution". *Boston University Law Review*. 89, pp. 499-509.
- Wagner, L. (2008). "La lucha contra la contaminación y el saqueo: de las movilizaciones en Mendoza a la unión de las reivindicaciones socioambientales en América Latina". *História Unisinos*, 12, 3, pp. 195-206.
- Waldron, J. (1993). "A Right-Based Critique of Constitutional Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, pp. 18-51.
- Waldron, J. (2009). "Representative Lawmaking". *Boston University Law Review*, 89, pp. 335-355.
- Wintgens, L. J. (2012). "Legisprudence and the Duties of Power: A Legisprudential Assessment of Rational Legislation", en *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Surrey, Burlington: Ashgate, pp. 283-307.

CAPÍTULO 2

Algunos comentarios críticos a las propuestas neoconstitucionalistas (y del ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’) sobre el rol de los jueces¹

MARCELA CHAHUÁN ZEDAN²

I. SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo es un término propuesto por Sussana Pozzolo y otros miembros de la escuela genovesa³, para designar un modo de acercarse al derecho. Se trata de algunas tesis ‘antipositivistas’ compartidas por ciertos autores sobre los criterios para identificar al derecho. La autora hace especial referencia a las tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, y en alguna medida, Carlos S. Nino⁴. Según ella, los autores neoconstitucionalistas sostienen, además, que el positivismo no logra dar cuenta de los procesos de constitucionalización, ni de las diferencias entre normas y principios, como tampoco de la especificidad

1 Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en el seminario “Dworkin: legado y vigencia”, Facultad de Derecho, Universidad Chile, Santiago de Chile (01/11/2018) y en las “III Jornadas de Filosofía e Historia del Derecho”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza Argentina (11/10/2019). Quisiera agradecer a los organizadores de dichos seminarios que me invitaron a discutir mis ideas, respectivamente: a los estudiantes Consejeros del Departamento de Ciencias del Derecho, Alain Drouilly y Marcelo Zúñiga; y a Gonzalo Scivoletto e Ignacio Giuffré en Mendoza. También quisiera agradecer a Felipe Chahuan Zedan quien tuvo la generosidad de leer y comentar el borrador de este trabajo, permitiéndome corregir errores y precisar algunos argumentos.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile) y Doctora en Derecho (Universitat de Girona). Profesora de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez de Chile). marcela.chahuan@uai.cl, mchahuan@derecho.uchile.cl

3 Véase Pozzolo, 1998, 2001, 2008, 2011a, 2011b, 2015, 2016; Comanducci, 2002, 2009; Barberis, 2003, 2011; Guastini, 1998, 2001; 2013; Ratti, 2105

4 Dworkin, 1977, 1986, 1996a; Alexy, 1989, 1993, 2004; Zagrebelsky, 1996; Nino, 1985, 1996.

de la interpretación de la constitución y el rol que los jueces constitucionales tienen al respecto⁵. Por su parte, la misma autora y otros autores positivistas han mostrado que el neoconstitucionalismo es, también, una doctrina que propone un cierto modelo de constitución y de control de constitucionalidad.

Utilizando el modelo de Bobbio⁶ para dar cuenta de distintos aspectos del positivismo jurídico, Paolo Comanducci distingue entre: (i) Neoconstitucionalismo teórico, entendido como un conjunto de tesis que buscan describir un fenómeno, este es, los procesos de constitucionalización de los órdenes jurídicos; (ii) Neoconstitucionalismo metodológico, que opera como criterio de identificación del derecho según la moral, y; (iii) Neoconstitucionalismo ideológico, como una propuesta normativa de un cierto modelo constitucional caracterizado por constituciones extensas en lo relativo a la protección de derechos fundamentales, rígidas (las normas constitucionales no pueden ser modificadas ni derogadas si no es mediante un procedimiento especial de reforma, el cual tiene requisitos y quórum de aprobación que son calificados respecto de la legislación ordinaria), y una ampliación de los poderes de los jueces constitucionales⁷.

Ratti, propone distinguir entre un neoconstitucionalismo negativo y un neoconstitucionalismo positivo⁸. El primero designa a las tesis que se oponen a las teorías dominantes de la literatura jurídica, esto es, al positivismo jurídico, por una parte, y al iusnaturalismo por la otra. En este sentido, autores neoconstitucionalistas consideran que su propuesta es una “tercera teoría del derecho”⁹. Sin embargo, tal como observa Ratti, en realidad, el neoconstitucionalismo no se opone tanto al iusnaturalismo. Por el contrario, entre el iusnaturalismo y algunas tesis del neoconstitucionalismo existen aspectos comunes, especialmente en lo que dice relación con la introducción de criterios morales para identificar y aplicar el derecho¹⁰.

5 Pozzolo, 2015: 366 y ss.

6 Bobbio, 1992.

7 Comanducci, 2002: 87-112; Comanducci, 2009: 87-99.

8 Ratti, 2015

9 Al respecto, Barberis, 2011.

10 Ratti, 2015: 239-244

El neoconstitucionalismo como negación a la metodología positivista se opone a la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Uno de los argumentos para atacar esta tesis es que los principios de justicia operan como puente entre el derecho y moral, así como la idea de que las constituciones son sometidas a una 'lectura moral' por parte de los órganos aplicadores¹¹. El neoconstitucionalismo ataca, también, al positivismo teórico caracterizado, a grandes rasgos, de modo siguiente: (i) la tesis, según la cual, el estado mediante el órgano legislativo es el único competente para producir normas jurídicas; (ii) la idea de que la ley es la fuente principal de derecho; (iii) el formalismo interpretativo. Al respecto, se señala que el positivismo es una teoría inadecuada para describir a los estados constitucionales. Además, se objeta la teoría de las normas y del razonamiento judicial entendido como la aplicación taxativa de reglas jurídicas. Según se sostiene, el positivismo no da cuenta de los principios de justicia identificables mediante juicios morales, cuya aplicación consiste en la ponderación de los principios en juego, evaluándose el peso relativo de cada principio en relación con cada caso en concreto que sea sometido a la resolución judicial¹².

El neoconstitucionalismo positivo, en cambio, afirma una serie de tesis de diversa índole que no están, necesariamente, conectadas entre sí¹³. En mi opinión, todas las propuestas neo-constitucionalistas incluyen un componente ideológico o normativo. En síntesis, el neoconstitucionalismo puede concebirse como una serie o conjunto de tesis que no solo se limita a describir los procesos de constitucionalización del derecho, y el papel que desempeña el texto constitucional en algunos estados contemporáneos. Se sostiene también una tesis metodológica de la conexión necesaria entre el derecho y la moral a través de principios de justicia, y se promueve una serie de propuestas normativas atinentes a los modelos constitucionales, las técnicas de interpretación constitucional, así como la ampliación de los poderes de los jueces constitucionales.

11 Ibid.: 243

12 Ibid.: 237.

13 Ibid.: 244 y ss.

Riccardo Guastini detecta algunas de las características centrales del neoconstitucionalismo¹⁴:

1. La idea de una superioridad axiológica de la constitución sobre la ley.
2. La idea de que las constituciones contemporáneas democráticas contienen principios objetivos y universalmente válidos de justicia.
3. La idea de que existe una estrecha conexión entre derecho y moral, al menos en los denominados estados constitucionales, a través de los principios de justicia¹⁵.
4. Los principios constitucionales permean a todo el orden jurídico y predeterminan toda la actividad legislativa, dejando márgenes muy estrechos para la discrecionalidad política del legislador. En relación con esto, se defienden las garantías jurisdiccionales de la constitución, la idea de la 'omnipresencia del juez constitucional' en desmedro de la autonomía del legislador.
5. La superioridad axiológica de principios y valores sobre las reglas.
6. La idea de que las reglas deben ceder ante principios, a fin de que el caso concreto tenga solución justa.
7. La tesis, según la cual, las reglas y los principios son distintos por el modo en que se identifican y, también, por la diferente forma en que se aplican. Las reglas se identifican por su pedigrí u origen, esto es, por haber sido formuladas por órganos competentes. Los

¹⁴ Guastini, 2013, también Pozzolo, 2016.

¹⁵ Hay distintas formas en que sea ha sostenida la conexión entre el derecho y la moral. Una de esas formas son los discursos que plantean la conexión conceptual, es decir necesaria, entre el derecho y la moral (Dworkin, 1977, 1978, 1986, 1991, 1996 a y b), de modo que la ley injusta no es derecho. Otra forma de sostener lo anterior, es la postura que afirma que el derecho incorpora una pretensión de justicia (Alexy, 2004). Una propuesta distinta es la que plantea que la conexión entre derecho moral es contingente y, por tanto, no conceptual o necesaria. Según esta última, solo en algunos órdenes jurídicos existiría esta conexión, así en los estados constitucionales contemporáneos. La conexión se daría porque las constituciones contemporáneas contienen principios que remiten a la moral. De este modo, se sostiene que la identificación de estos principios requiere de valoraciones morales (Moreso, 2001, 2009). La conexión entre el derecho y la moral se ha abordado, además, a través de los estudios del razonamiento judicial (al respecto: Atienza, 1996, 2006; Atienza y Ruiz Manero, 1991; Schauer, 1991; Redondo, 2005, 2014; Moreso, 2014). Se discute también sobre qué tipo de moral refiere esta conexión. Sobre esto último profundizaré más adelante.

principios no necesariamente han sido formulados por autoridades competentes y, por tanto, pueden no estar 'expresados' en los textos jurídicos, pues su origen está en la moral, de modo que su identificación requiere una evaluación o juicio moral. Las reglas se aplican mediante subsunción y de modo disyuntivo, y los principios requieren, por el contrario, un juicio de ponderación de su peso relativo en cada caso concreto¹⁶.

8. La especificidad de la actividad interpretativa de la constitución¹⁷. En el neoconstitucionalismo dworkiniano se postula la tesis de la lectura moral de la constitución¹⁸.

En esta ocasión me referiré al problema normativo de sostener algunas de la tesis que han sido identificadas como neoconstitucionalistas. No profundizaré sobre la compatibilidad o incompatibilidad del neoconstitucionalismo con el positivismo jurídico¹⁹, ni me pronunciaré sobre la cuestión acerca de cuál teoría describe mejor los procesos de constitucionalización. Tampoco ahondaré en torno a la cuestión metodológica sobre la separación entre el derecho y la moral. Creo que hay bastante desarrollo de los argumentos destinados a mostrar que el positivismo no niega que las disposiciones constitucionales tengan o puedan tener un contenido altamente indeterminado que pueda ser objeto de múltiples interpretaciones. El positivismo jurídico metodológico no niega que la práctica jurídica, tanto de los legisladores al formular textos normativos, como la actividad interpretativa de los jueces, esté influida por sus valoraciones morales o ideologías política. Por el contrario, es una tesis que subraya lo anterior cuando afirma que las normas que componen al derecho son producto de la voluntad de las autoridades normativas²⁰. La tesis positivista de la separación conceptual

¹⁶ Dworkin, 1997: cap. II.

¹⁷ Al respecto, Pozzolo, 1998: 339 y ss.; Guastini 2001: 255-273; 2011: 303-333;

¹⁸ Dworkin, 1996a

¹⁹ Sobre la relación entre neoconstitucionalismo y positivismo puede verse, Pozzolo, 2001; Mazzaresse, 2002; Barberis, 2006; Pino, 1999, 2011; Prieto, 1999. Josep Joan Moreso postula que el positivismo y el neoconstitucionalismo (al menos un neoconstitucionalismo teórico) pueden ser teorías compatibles. Moreso, 2001, 2003, 2009.

²⁰ Quizás vale la pena anotar lo siguiente. Según un positivismo de corte formalista en materia de interpretación, los actos del legislador son actos de voluntad, en cambio los

entre derecho y moral solo propone distinguir entre el derecho que es y su valoración moral. Ahora bien, en esta ocasión, no pretendo responder a la propuesta de Ronald Dworkin sobre este punto²¹.

Me interesa, sobre todo, analizar críticamente la tesis normativa sobre el rol interpretativo de los jueces, y su recepción en los juristas de América Latina. A continuación, me detendré en la propuesta de Ronald Dworkin sobre el rol interpretativo de los jueces constitucionales, denominada por el propio autor como ‘lectura moral’, sobre la cual desarrollaré algunas críticas.

II. EL ROL DE LOS JUECES SEGÚN LAS PROPUESTAS NECONSTITUCIONALISTAS. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA PROPUESTA DE LA “LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN”

La lectura moral de la constitución que propone Dworkin es, según el mismo autor, “una tesis interpretativa-evaluativa” sobre el rol que cumplen los jueces respecto de la aplicación de la constitución a los casos concretos²². A grandes rasgos, consiste en el tratamiento de la constitución (el autor alude a la Constitución de Estado Unidos) como expresiva no solo de normas y principios jurídicos que pueden extraerse de un texto constitucional mediante una actividad de atribución de significado. Según esta tesis, la constitución no puede reducirse a su texto. Consiste, sobre todo, en el conjunto de los principios morales que implica²³. Los principios constitucionales operan, así, como un puente entre el derecho y la moral.

Dworkin plantea que estos principios tienen un contenido altamente indeterminado o abstracto, y que no pueden aplicarse a los casos particulares

actos jurisdiccionales de aplicación son un acto de conocimiento de normas y de los hechos del caso. De este modo, la aplicación del derecho consiste, meramente, en subsumir casos particulares en el campo de aplicación de las normas previamente formuladas por el legislador. De acuerdo con un positivismo escéptico en materia de interpretación de textos jurídicos, tanto los actos del legislador consistentes en formular textos normativos, como la actividad de interpretación de los textos normativos son actos de voluntad. Los interpretes deciden los significados de las textos, para extraer de estos las normas (significados).

²¹ Ya Hart respondió las críticas que Dworkin formuló en este sentido al positivismo jurídico. Hart, 1994

²² Dworkin, 1996a

²³ Al respecto, Guastini, 2017: 347 ss.

de la misma manera que las reglas jurídicas, es decir, de modo disyuntivo, o “todo o nada”. Solo se pueden aplicar a casos concretos a través de juicios morales que requieren nuevas valoraciones o decisiones caso por caso por parte de los jueces, para que estos puedan identificar los principios constitucionales que justifican la decisión judicial. Requieren así de una “concreción” que varía en relación con los diferentes casos específicos. La concreción de cada principio requiere su equilibrio, es decir, la evaluación de su “peso relativo” en el caso concreto, en relación con otros principios que pueden resultar contradictorios²⁴. Así, la concreción de un principio es una actividad evaluativa que requiere de genuinos juicios morales. En particular, juicios de justicia en torno a la solución del caso concreto en cuestión.

Las disputas constitucionales, según Dworkin, no pueden resolverse ‘de una manera moralmente neutral’, simplemente ateniéndose al texto constitucional. Pero la lectura moral tampoco consiste en una interpretación ‘originalista’. En esta línea afirma:

“La lectura moral insiste que la Constitución significa lo que los constituyentes intentaron decir. El originalismo insiste en que significa lo que ellos esperaban que su lenguaje significaría, lo cual, como he dicho es una cuestión muy diferente [...] De acuerdo con el originalismo, las grandes cláusulas de la Declaración de Derechos deben ser interpretadas no como consagrando los principios morales abstractos que realmente describen, sino en su lugar como aludiendo, en un tipo de código o disfraz, a las suposiciones y a las expectativas propias de los constituyentes acerca de la aplicación correcta de esos principios”²⁵.

Pero entonces, ¿en qué consiste, exactamente, la lectura moral de la constitución? Según plantea Dworkin, la interpretación constitucional no consiste en la interpretación de un texto, esto es, en una actividad de atribución de significado, sino más bien, en un razonamiento moral que asume principios dados. Acorde a esta propuesta, el juez debe reconstruir y decidir los casos particulares sobre la base de los principios morales que el texto constitucional presupone. Si esto es así, la aplicación del derecho no puede definirse como un tipo especial de razonamiento práctico de carácter

²⁴ Dworkin, 1977: 77-80.

²⁵ Dworkin, 1996a: 17.

institucionalizado, limitado por reglas del derecho positivo. Sino como un razonamiento práctico abierto, sin limitación alguna. En la propuesta de Dworkin, el razonamiento del juez constitucional para una determinada concretización de un principio es un ‘razonamiento moral’, pues incluye entre sus premisas un principio moral. Sin embargo, ¿cómo los jueces ‘identifican’ o reconstruyen estos principios morales, a efectos de justificar sus decisiones?

De la lectura de la obra de Dworkin, se puede extraer que defiende alguna forma de objetivismo o cognitivism ético²⁶. Sin embargo, el autor en *La lectura moral de la constitución* distingue entre las interpretaciones de la constitución que realiza un juez “liberal” y las de un juez “conservador”, y afirma que “la moral política es inherentemente incierta y controversial”²⁷. De esto último, podría pensarse que Dworkin plantea que la interpretación de la constitución es inevitablemente discrecional, pues cada juez leerá la constitución según sus preferencias ideológicas. No obstante, rechaza la idea de que la “lectura moral” confiera a los jueces el poder de imponer sus propias convicciones. El juez estaría obligado a ofrecer una interpretación que sea consistente con la historia institucional del sistema al que se hace referencia, y señala que debe, además, resultar axiológicamente coherente. Esto es lo que el autor denomina ‘integridad constitucional’. En este sentido afirma:

...la interpretación constitucional es disciplinada, bajo la lectura moral, por el requerimiento de integridad constitucional [...] Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las abstractas cláusulas morales como expresando un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes de la interpretación constitucional del pasado de otros jueces. Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales, pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver que aquello que contribuyen encuadre (*fits*) con el resto. (He dicho en otra parte que los jueces son como los autores que conjuntamente

²⁶ Dworkin, 1978, 1991, 1996b

²⁷ Dworkin, 1996a: 2

crean una novela en serie en la cual cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de una historia como un todo [...] Los jueces deben deferir a entendimientos generales, acordados acerca de la naturaleza del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide encontrar la mejor concepción de principios morales constitucionales [...] Enfatizo las restricciones de historia e integridad, porque demuestran que es exagerada la queja común de que la lectura moral da a los jueces un poder absoluto para imponer sus propias convicciones morales sobre el resto de nosotros [...]. Nuestra constitución es derecho, y como todo derecho está anclado en historia, práctica, e integridad²⁸.

Ahora bien, el propio Dworkin sostiene que, a pesar de tales restricciones de historia e integridad:

Los jueces cuyas convicciones políticas son conservadoras van naturalmente a interpretar principios abstractos constitucionales de una manera conservadora [...] [mientras que] (l)os jueces cuyas convicciones son más liberales van naturalmente a interpretar aquellos principios en un modo liberal [...]. La lectura moral no es, en sí misma, ni un estatuto (*charter*) o estrategia liberal ni una conservadora²⁹.

En realidad, estas limitaciones no son restricción alguna. Pues, ¿cómo las juezas y jueces identifican esos entendimientos generales?, ¿de qué manera seleccionan esa ‘moralidad coherente’ y construyen la novela constitucional? La lectura moral de la constitución se reduce, al fin y al cabo, a las preferencias ético-políticas de cada juez, y sobre todo a las de los jueces constitucionales que tienen la última palabra al respecto.

Tal como se señaló unos párrafos más arriba, según esta propuesta, a los jueces les corresponde no solo determinar el significado de las disposiciones constitucionales, sino que, identificar y reconstruir los principios morales que implican, de modo que entre las premisas de las decisiones judiciales hay una norma moral y, por tanto, estas consisten también en establecer aquello que consideran moralmente correcto³⁰.

²⁸ Dworkin, 1996a: 14-15.

²⁹ Dworkin, 1996a: 3.

³⁰ En este sentido, Guastini, 2017: 350.

Me detendré en el problema normativo: ¿a qué norma(s) moral(es) deben acudir los jueces para justificar la premisa normativa de sus decisiones sobre los casos particulares? Paolo Comanducci ha explicado que esta propuesta puede referirse, al menos, a cuatro respuestas³¹:

1. una norma moral objetiva verdadera que debe identificar el juez;
2. una norma moral objetiva racional (aceptable por un auditorio) que debe identificar el juez;
3. una norma subjetivamente escogida por el juez;
4. una norma intersubjetivamente aceptada por la comunidad de jueces que debe identificar el juez.

Paolo Comanducci argumenta que la primera opción supone objetivismo y presenta serios problemas ontológicos y epistemológicos, pues el juez elegiría una norma que cree que es moralmente verdadera, según su propia ideología y es, por tanto, reducible a la tercera alternativa. La segunda alternativa presenta también problemas, pues considerando que existen varias teorías morales, el juez tendría que escoger entre alguna de ellas y, en consecuencia, es también reducible a la tercera. La tercera opción supone que la configuración de la premisa normativa queda totalmente en las manos del juez. La cuarta solución supone a un “juez sociólogo” que para justificar sus decisiones debe identificar las normas morales de su país, o las morales compartidas por la comunidad de jueces. Claramente esta respuesta presenta problemas epistemológicos. Los jueces, generalmente, no poseen instrumentos necesarios para precisar las normas morales de su país, y hay que considerar que en las sociedades hay diversidad de moralidades, de modo que ellos mismos decidirán cuáles son esas normas morales (nuevamente reducible a la tercera opción). También es prudente considerar el tipo de formación y el modo de selección de los jueces, pues no están preparados para un razonamiento de este tipo, pero sobre todo, me parece que estas ideas son peligrosas para una democracia.

Tal como plantea Comanducci, incluso si superan los problemas epistemológicos, es decir, aun cuando se crea y sostenga que existe una moral objetiva (verdadera, o racional), o una moral comunitaria, y que es posible

³¹ Comanducci, 2002: 114 y ss.

que las juezas y jueces puedan llegar a identificar esas normas morales, persisten otros problemas. Pues, en la mayor parte de las sociedades no existe homogeneidad moral, tampoco una moral que sea compartida por toda una comunidad de jueces; ni estos son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no siempre argumentan de manera racional³². Además, hay que tener en cuenta otra cuestión. Si aquello que se considera como ‘normas morales’ de una comunidad ya están incorporadas en reglas o principios jurídicos positivos, es decir, formulados por órganos competentes, entonces esta propuesta sería superflua, pues la justificación sobre la base de una norma moral sería co-extensiva a la justificación jurídica³³.

Si aún se insiste en que es posible que los jueces puedan identificar algunas normas morales, y que resulta útil o conveniente que la justificación de las decisiones judiciales se realice sobre la base de una norma moral positiva, hay todavía un aspecto me parece muy problemático. De acuerdo con estas propuestas, a los jueces se les el poder de convertir la moral (su moral) en derecho, pues las decisiones que surten efectos jurídicos se tomarían sobre la base de lo que jueces consideran moral o políticamente correcto o adecuado. Sin embargo, esto parece ser lo que hace propiamente el legislador, de modo que se borraría la distinción entre legislación y jurisdicción, y el derecho formulado por el legislador se convertiría en superfluo para las decisiones sobre casos particulares. Entonces, ¿por qué elegir este modelo, porqué es mejor que los mecanismos democráticos? No creo que haya buenas razones para preferir este modelo de justificación moral de las decisiones judiciales frente al modelo de decisiones judiciales tomadas sobre la base de normas positivas formuladas por el legislador democrático (sin perjuicio de los defectos que pueda tener)³⁴.

Llama la atención que Dworkin haya criticado al positivismo de la mano de Herbert Hart por apostar por una discrecionalidad en sentido fuerte de los jueces en los casos difíciles. Según propone Hart³⁵, en los casos difíciles, es decir, aquellos en que existen dudas acerca del sentido de un texto

³² Ibíd.: 109.

³³ Ibíd.: 118.

³⁴ En un sentido similar, véase Pozzolo, 1998: 347- 353.

³⁵ Hart, 1961: cap. VII.

normativo, o en aquellos casos en que no resulta claro si es que caen o no en el campo de aplicación de una regla, son resueltos discrecionalmente por los jueces. Es decir, atribuyen un significado a los textos normativos que no está sujeto a parámetro de corrección, porque existen múltiples significados posibles. Incluso, de acuerdo con un escepticismo como el de Kelsen y el de Guastini, los textos formulados por el legislador son una fuente de derecho de los cuales se extraen las normas (entendidas como los significados de dichos textos). La actividad interpretativa de las juezas y jueces consiste en decidir un significado de los textos, actividad que se realiza dentro un marco de significados plausibles³⁶, los cuales son identificados por medio de los diversos métodos interpretativos que son utilizados en la práctica jurídica. Si los intérpretes escapan de los márgenes, entonces, no interpretan, sino que construyen, es decir, crean normas que no son reconducibles a texto (normas ‘inexpresas’)³⁷.

Según plantea Dworkin, el positivismo se equivoca al señalar que en los casos difíciles el derecho queda indeterminado y que no hay parámetros de corrección, y sostiene que en estos casos el derecho está determinado por principios morales. De esta manera Dworkin critica la discrecionalidad que detectan los positivistas no formalistas, pero finalmente apela a una discrecionalidad prácticamente ilimitada. Pues como se señaló, la identificación de estos principios morales depende de las preferencias ético-políticas de cada juez, de modo que más que una actividad de interpretación de la constitución es una actividad de creación de principios.

En consecuencia, la creación y configuración de principios caso por caso no contribuye a disminuir, sino que aumenta la indeterminación del derecho. Ahora bien, podría defenderse la idea de que este modelo de la justificación de las decisiones judiciales, si bien no contribuye a la certeza jurídica, cumple con otros objetivos políticos. Ahora bien ¿cuáles son esos objetivos políticos? La tesis de la lectura moral no contiene ninguna política constitucional en específico que pueda permitir defender el cumplimiento de ciertos objetivos políticos definidos, pues como afirma Guastini,

³⁶ Kelsen, 1960a: cap. VIII.

³⁷ Guastini, 2011: 59-61; 2012.

es una propuesta vacía de contenido político³⁸. Para una propuesta normativa de este tipo, es necesaria una 'doctrina constitucional'³⁹.

Dworkin propone como tesis justificativa de las decisiones judiciales lo que constata el realismo radical como tesis descriptiva. Guastini observa que Dworkin recomienda a los jueces interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de sus propias concepciones de la justicia. Y en ese sentido afirma que, así entendida, la tesis de la lectura moral está casi desprovista de contenido político, ya sea porque sugiere a los jueces hacer lo que ya hacen de todos modos (porque, según el mismo Dworkin, no pueden no hacerlo), o porque es una propuesta vacía de contenido político en tanto no prevé una política del derecho definida (esta puede ser pues puede ser al gusto de liberales, y al gusto de conservadores)⁴⁰.

En consecuencia, Dworkin parece sostener lo siguiente: de hecho, los jueces de la Corte Suprema estadounidense (hay que considerar que los ejemplos que utiliza para defender su propuesta están situados en ese contexto) utilizan como premisa de sus decisiones los principios morales que construyen sobre la base de sus concepciones de justicia. De lo anterior deriva una tesis normativa: es correcto que lo sigan haciendo, porque en el contexto de ese país ha contribuido a que se produzcan ciertos avances sociales. En la justificación de sus decisiones han usado un razonamiento moral con que el autor está de acuerdo, y se han logrado objetivos políticos importantes.

Con todo, llama la atención que una teoría particularista localista y evaluativa como la de Dworkin (situada en el contexto angloamericano) haya tenido tanta difusión en Latinoamérica⁴¹. Pues habría que mostrar que, en el contexto chileno, por ejemplo, los tribunales superiores de justicia están preparados para un razonamiento moral de este tipo, y que esto ha producido avances sociales como los que alude el autor en sus ejemplos. Sobre lo anterior, al menos en nuestro contexto, tengo serias dudas.

³⁸ Guastini, 2017: 350.

³⁹ Véase Celano, 2013.

⁴⁰ Guastini, 2017: 350

⁴¹ En este sentido, Pozzolo afirma: «por la persistente sensación de fragilidad de los derechos, en [los] países [latinoamericanos] el discurso neoconstitucionalistas es y ha sido más fuerte» Pozzolo, 2011a: 9. Algo similar sostiene en Pozzolo, 2016: 149.

III. BREVE OBSERVACIÓN SOBRE EL ‘NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO’

Algunos autores como Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau⁴² han propugnado la tesis, según la cual, los procesos constituyentes desarrollados a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI en algunos países de Latinoamérica, tienen ciertas características nuevas o particulares que permiten hablar de un ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’ (en adelante, NCL). Este designaría una teoría que describe dichos fenómenos, así como las constituciones que fueron producto de dichos procesos constituyentes. Sin embargo, sostienen que más que una teoría surgida desde la academia, el NCL alude a la ideología de los movimientos políticos y sociales que impulsaron los procesos constituyentes de las últimas décadas del siglo XX, y primeras décadas del siglo XXI del contexto latinoamericano.

Los promotores del NCL apuntan que este comparte algunas de las características del neoconstitucionalismo europeo y angloamericano. Se asume un modelo constitucional que promueve la superioridad axiológica de la constitución, la cual no sólo se limita a distribuir poderes públicos, sino que se enfocan, sobre todo, en la protección de un amplio listado de derechos fundamentales que permean todo el orden jurídico. Estas constituciones, además de extensas, son de carácter rígido a efectos de garantizar la superioridad constitucional, y se promueve a ampliación de poderes de los jueces constitucionales para interpretar a la constitución, la cual no se reduce a su texto, sino a los principios que la inspiran. Es decir, el NCL coincide, sobre todo con las propuestas normativas de lo que ha sido designado como ‘neoconstitucionalismo ideológico’.

Ahora bien, según se sostiene, el NCL se distingue del neoconstitucionalismo que describe los procesos de constitucionalización europeos y angloamericanos, porque además de estas características, el NCL tendría la peculiaridad de que los procesos políticos y las constituciones de América Latina que describe (y promueve) gozan de legitimidad democrática. Según plantean estos autores, el NCL describe los procesos constitucionales iniciados en Colombia entre en 1990 que culmina con la aprobación de la

⁴² Una síntesis de estas propuestas pueda verse en Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2010, 2012; Benavides Ordóñez, 2016.

Constitución colombiana de 1991, pero sobre todo a los procesos constituyentes y las constituciones implantadas en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2008), las cuales tendrían un gran impacto en el contexto de América Latina⁴³. Se plantea así que, si bien estos procesos y constituciones son distintos, tienen como factor común que las constituciones fueron aprobadas por la intervención directa de sus ciudadanos vía referéndum. La configuración del poder constituyente, así como las disposiciones constitucionales que regulan los cambios constitucionales establecen la participación vía referéndum de sus ciudadanos, lo cual le otorga la legitimidad democrática popular a la que aluden los autores, y sería esta la característica que distingue al NCL. Además, según se señala, estas constituciones incorporan una serie de derechos que tienen su origen en cosmovisiones autóctonas, y en ideologías como ecologismo, así como la inclusión de grupos tradicionalmente excluidos o marginados⁴⁴.

En mi opinión, estas tesis o más bien “aspiraciones normativas” propugnadas por los defensores del NCL están en tensión, porque contiene pretensiones contradictorias. Pues, por una parte, el NCL asume las

⁴³ Según algunos autores, el NCL abarca más procesos constituyentes o de reforma constitucional que ocurrieron desde fines de la década de los ochenta, tales como Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), Bolivia (2009). Véase Uprimny, 2011.

⁴⁴ Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2012: 4-6. Según observa Roberto Gargarella, en realidad, el NCL no es nuevo ni innovador en el sentido que se le asigna, sino que “simplemente, refuerza algunos de los rasgos ya bien presentes en el marco constitucional de América Latina” Gargarella, 2018: 115. Según sostiene este autor, las constituciones a las que se hace referencia continúan caracterizándose por mantener las “viejas estructuras de poder promovidas por constitucionalismo del siglo XX de la región. En sentido afirma que: “i) la parte orgánica de las nuevas constituciones sigue estando caracterizada por una estructura de poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente; mientras que ii) la parte dogmática sigue distinguiéndose por la presencia de declaraciones de derechos robustas, generosas y extensas, que combinan derechos individuales y sociales de diverso tipo. En otros términos, la “doble marca” que comenzara a definir al constitucionalismo latinoamericano desde comienzos del siglo XX sigue tan vigente como entonces”. Las novedades de la última oleada de reformas o nuevas constituciones de la región se relaciona con la incorporación de declaraciones derechos que tienen por objetivo: “reparar tres grandes tipos de “faltas” históricas del constitucionalismo regional: i) su desatención a los derechos de “los postergados entre los postergados” (típicamente, comunidades indígenas); ii) su persistente desdén frente a los derechos humanos; y iii) su incapacidad para garantizar y hacer efectivos los derechos políticos de la mayoría de la participación incentivando así una “ciudadanía activa objeto”. *Idem*.

propuestas normativas del neoconstitucionalismo europeo y angloamericano que promueven la idea de una constitución rígida en cuya estructura la última palabra en materia de interpretación es atribuida a tribunales constitucionales, a los cuales se les atribuye el poder no solo para interpretar textos jurídicos, sino para extraer principios morales. Por otra parte, defienden la idea de un modelo democrático participativo en donde las ciudadanas y ciudadanos pueden definir en último término los contenidos de las disposiciones constitucionales.

En el punto anterior desarrollé la idea de que propuestas como la lectura moral de la constitución (que ha tenido una importante recepción en Latinoamérica a través de propuestas de este tipo) son problemáticas para la democracia, por las razones que expuse, y por tanto incompatibles con idea del nuevo constitucionalismo latinoamericano de promover la participación ciudadana directa en la determinación del contenido de las constituciones. Si son los jueces, y en último término los jueces constitucionales, los que tienen la última palabra en la determinación de los contenidos constitucionales (y ya no sólo al decidir el significado de disposiciones o textos constitucionales de contenido vago y abstracto cuando ejercen el control de constitucionalidad⁴⁵), y además pueden extraer, o más bien, crear principios para la justificación de las decisiones judiciales, pues entonces la idea de que la voluntad popular es la que determina, fija o aprueba la constitución se ve mermada.

Es significativo tener esta idea institucional presente en el diseño de nuevas constituciones en Latinoamérica cuya virtud precisamente radicará en su gestación impulsada por una elección democrática.

IV. OBSERVACIÓN CONCLUSIVA

A lo largo de este trabajo he intentado mostrar algunos problemas que presenta la tesis de la lectura moral de la constitución formulada por Dworkin. En concreto, me he referido a cómo esta propuesta supone conferir a los jueces, en especial a las juezas y los jueces constitucionales, un poder absoluto en la determinación del contenido del derecho. La supuesta

⁴⁵ Sobre el cuestionamiento al control judicial de constitucionalidad puede verse: Bickel, 1986; Waldron, 2005; Habermas, 2008; Atria, 2000.

identificación de principios morales a la que alude esta tesis es, en realidad, una construcción de principios sobre la base de sus propias concepciones de justicia. Pues no hay algo así como ‘una moral objetiva y cierta’ a la que se pueda acudir para identificar estos principios, sino una heterogeneidad de ideologías o concepciones, tampoco una moral que sea compartida por toda una comunidad de jueces. Incluso, y aun cuando llegase a aceptarse una idea de este tipo, hay también una objeción que me ha parecido importante subrayar.

La propuesta normativa sobre una lectura moral hace que el documento constitucional se torne irrelevante, pues se confiere así a los jueces el poder de convertir sus ideologías o concepciones morales en derecho (y, además, determinar lo que es moralmente correcto) convirtiéndolos o haciéndolos indistinguibles del legislador. Este modelo claramente no contribuye a la certeza jurídica, y claramente es problemático con una democracia. Tampoco ofrece una política o doctrina constitucional definida que permita defender esta postura porque contribuye a la consecución de objetivos políticos concretos que sean beneficiosos para una sociedad, y que puedan obtenerse mediante esa lectura moral.

A su vez, el nuevo constitucionalismo latinoamericano surge como una forma de neoconstitucionalismo situado en el contexto de América Latina, pero que añade pretensiones sobre la legitimidad democrática de las constituciones. Estas pretensiones son problemáticas entre sí, pues ampliar aún más los poderes de los jueces constitucionales (incluso más allá de la discrecionalidad que en la práctica opera en la actividad de atribución de significados de los textos) es un peligro para la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, 1989: *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

____ 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

____ 2004: *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona.

Atienza, Manuel, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona.

- ____ 2006: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en: Ramos Pascua, J. A. y Rodilla Gonzales, M. A. (eds.) *El positivismo jurídico a examen*.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1991: “Sobre principios y reglas”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991:101-120.
- Atria, Fernando, 2000: «Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha», en *Estudios Público*, nº 79, invierno del 2000: 347-402.
- Barberis, Mauro, 2003: “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid: 259-278.
- ____ 2006: *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. Fontamara, México.
- ____ 2011: “El neoconstitucionalismo. Third Theory of law”, en Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra: 2249- 269.
- Benavides Ordóñez, Jorge, 2016: “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, en *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 5:173- 188.
- Bickel, Alexander M., 1986: *The least dangerous branch*. Yale University Press, New Haven, U.S.A.
- Celano, Bruno, 2013: *I diritti nello stato costituzionale*. Il Mulino, Bologna.
- Comanducci, Paolo, 2002: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, 16, pp. 89-112.
- ____ 2009: “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en *Positivismismo y neoconstitucionalismo*. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid: 85-122.
- Dworkin, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, MA. Citado por la versión castellana: *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- ____ 1978: «No right answer? », en Hacker, P.M.S, y Raz, J.: *Law, Morality, and Society. Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford: 58-84.
- ____ 1986: *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, MA. Citado por la versión castellana de *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

- ___ 1991: «Pragmatism, Right Answers, and True Banality», en Brint, M., y Weaver, W. (eds.): *Pragmatism in Law & Society*. Westview Press Boulder, San Francisco, Oxford: 359-387.
- ___ 1996a: "The Moral Reading of the Constitution", *N.Y. Rev. Books*, mar. 21: 6-46.
- ___ 1996b: "Objectivity and Truth: You'd better believe it", en *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25: 87-139.
- ___ 2004: "La lectura moral y la premisa mayoritaria", en HONGJU, H. Y SLYE, R.: *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Gedisa, Barcelona.
- Gargarella, Roberto, 2018: "Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano" en *Revista Uruguay de Ciencia Política*, vol. 27, n°1, ICP, Montevideo: 109-129
- Guastini, Riccardo, 1998: "La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano", en *Ragion pratica*, 11: 185-206.
- ___ 2001: *Estudios de Teoría Constitucional*. Fontamara, México.
- ___ 2011: *Interpretare e argumentare*. Giuffrè, Milano.
- ___ 2012: «El escepticismo ante las reglas replanteado», en *Discusiones*, XI abril de 2012: 27-57.
- ___ 2013: "A propósito del neoconstitucionalismo", en *Doctrina Constitucional*, 2013: 231-240. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/docsum/art.%20Guastini.pdf>
- ___ 2016: *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons, Barcelona, Madrid.
- ___ 2017: *Discutendo*. Marcial Pons, Barcelona, Madrid.
- Habermas, Jürgen, 2008: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trotta, Madrid.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, 1961: *The concept of Law*. Clarendon Press, Oxford. Citado por la versión castellana de Carrió, G.: *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963
- ___ 1994: *Post Scriptum*. Oxford, Oxford University Press.
- Mazzarese, Tecla, 2002: *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli.
- Moreso, Josep Joan, 2001: "In difesa del Positivismo giuridico inclusivo", en *Ars Interpretandi*, 2001, pp. 335-365.

- ____ 2003: "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", en *Isonomía* n° 19, octubre de 2003.
- ____ 2009: *Constitución: un modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid.
- ____ 2014: "Ethica more iuridico incorporata", en Scamardella, F. y Luque Sánchez, P., *Gli argomenti del costituzionalismo*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Nino, Carlos Santiago, 1985: *La validez del derecho*, Astrea, Barcelona.
- ____ 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven - London.
- Pozzolo, Sussana, 1998: Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 2, 1998: 339-353.
- ____ 2001: *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli, Torino.
- ____ 2008: "Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38: 405-418.
- ____ 2011a. "Introducción", en Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011: 7-12.
- ____ 2011b: *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*. Palestra, Lima.
- ____ 2015: "Apuntes sobre "Neoconstitucionalismo", en Zamora, F. & Núñez Vaquero, A. (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. México: UNAM: 363-405.
- ____ 2016: "Neoconstitucionalismo", en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*
- Pino, Giorgio, 1999: "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States, en *Law and Philosophy*, 18, 1999: 513-536;
- ____ 2011: "Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011: 201-228.
- Prieto, Luis, 1999: *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª edición. Fontamara, México.
- ____ 1996: "Costituzionalismo e positivismo", en P. Comanducci, R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto. Ricerche di filosofia analitica*. Turín, Giappichelli: 207-226
- Ratti, Giovanni, 2015: "Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo", en *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4, 2014/2015: 227-261.

- Redondo, Cristina, 2005: "Legal reasons: Between Universalism and Particularism", en *Journal of Moral Philosophy*, vol 2, Issue 1, 2005: 47-68.
- ____ 2014: "Sull'incorporazione della morale nel diritto", en Scamardella, F. y Luque Sánchez, P., *Gli argomenti del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014: 85-99.
- Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and Life*. Oxford Clarendon Press, Oxford.
- Uprimny, Rodrigo, 2011: "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.
- Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmau, R., 2011: *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en *Gaceta Constitucional* 48, 2011:307-328.
- ____ 2012: "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Ávila Linzán, L.F. (Ed.), *Política, justicia y Constitución*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional: 157-188.
- Waldron, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid.
- Zagrebelsky, Gustavo, 1996: *El derecho dúctil*. Trotta, Madrid.

CAPÍTULO 3

La garantía de los derechos sociales como condición de la legitimidad democrática

Una defensa del control de constitucionalidad contra Jeremy Waldron

LETICIA MORALES¹

1. INTRODUCCIÓN

En 2018 la Corte Suprema de Chile hizo lugar a un recurso de protección a favor de un niño gravemente enfermo (en contra del Fondo Nacional de Salud FONASA, del Servicio de Salud Concepción y del Ministerio de Salud), ordenando la provisión de un medicamento por un valor de U\$D 640.000 para el primer año de tratamiento. Esta decisión judicial se sumó a una lista de fallos de similares características que han sido adoptados a partir del 2015 y que en 2019 se volvió frecuente. La madre no contaba con los medios para adquirir el único tratamiento disponible para que su hijo continúe con vida. La Corte Suprema decidió por mayoría a su favor con base en el artículo 19.1 de la Constitución que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Al igual que en similares decisiones judiciales adoptadas en varios países latinoamericanos, la Corte de Chile ha sido acusada de activismo judicial. En efecto, contra este tipo de fallos se suele alzar la crítica de la “judicialización” de materias sociales (como salud, educación y vivienda), cuya decisión, según se afirma, correspondería por su propia naturaleza a los otros poderes públicos. Se sostiene

¹ Abogada (Universidad Nacional de Mar del Plata), Master en Filosofía y Ciencia Política (Universidad Nacional de Mar del Plata), Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Público (Universitat Pompeu Fabra) y Doctora en Derecho (Universitat Pompeu Fabra). Profesora de Derecho (Universidad Austral de Chile, Sede Puerto Montt).

que los tribunales de justicia carecen de competencia por su falta de legitimidad democrática para controlar y en su caso adoptar decisiones que corresponden al cuerpo legislativo. Es el congreso el órgano competente para adoptar reglas, y son estas las que los tribunales deben aplicar en la resolución de conflictos concretos.

La acusación contra la intervención judicial en estas materias encuentra marco teórico en la *objeción contrademocrática* dirigida a debilitar el control de constitucionalidad robusto asignado a los tribunales superiores de justicia, típico de las constituciones latinoamericanas contemporáneas. En los últimos años, ha crecido la corriente que aboga por algún diseño institucional que asigne un papel menos protagónico al poder judicial. Bajo la denominación de control de constitucionalidad débil, se propone que los tribunales de justicia adopten una posición de deferencia hacia el poder legislativo en un espacio de diálogo institucional, quedando en el congreso la decisión de mantener una norma aun cuando haya sido cuestionada su inconstitucionalidad².

El actual escenario chileno político y social presenta una oportunidad sin igual para examinar la objeción contra el control judicial a la luz de las exigencias de legitimidad democrática. El 18 de octubre de 2019 marcó un punto de inflexión de la crisis social en Chile con el denominado “estallido social” y las múltiples protestas que denunciaron la profunda desigualdad social y económica en todo el país. A la par, se agudizó la crisis política de representatividad dadas las insuficientes intervenciones del gobierno para atender los reclamos de la calle. Los representantes de los partidos políticos pronto acordaron llamar a un plebiscito para resolver la aprobación de una nueva Constitución que sustituya la de 1980 adoptada durante el gobierno del dictador Pinochet, la cual en materia social establece magramente los derechos a la salud y a la educación como libertades individuales. A partir de entonces se han generado múltiples espacios de discusión sobre cuál

2 El diseño de los sistemas jurídicos que adoptan una forma debilitada de garantía constitucional de los derechos consiste en la incorporación de mecanismos jurídicos para que los legisladores puedan insistir en la defensa de una ley a pesar de que el órgano de control se haya pronunciado en contra de su constitucionalidad. Algunos sistemas jurídicos como los del Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda han adoptado en las últimas décadas esta forma de control de la constitucionalidad de las leyes sobre derechos fundamentales.

debería ser el contenido de la próxima carta fundamental, ubicándose a los derechos sociales entre las principales cuestiones a incluir.

En este contexto de proceso constituyente que se ha abierto en Chile, resulta necesario volver a revisar la objeción de ilegitimidad democrática contra el control judicial de los derechos, en particular de los derechos sociales, y evaluarla a la luz de los valores políticos y sociales en juego en el debate del mejor diseño institucional de protección de tales derechos.

Este artículo tiene por objetivo examinar, primero, el argumento contra-democrático al control robusto de constitucionalidad erigido por Jeremy Waldron en los casos de sociedades que funcionan bien de manera razonable (casos nucleares del argumento), y los presupuestos sobre los que se asienta. En segundo lugar, se revisan críticamente las condiciones asumidas con el fin de hacer explícita la necesidad de garantizar las precondiciones materiales del procedimiento legítimo de toma de decisiones. En tercer y último lugar, se analiza el caso chileno bajo dos posibles enfoques, como un caso periférico del argumento de Waldron, y como un caso central, revisando la fortaleza de las razones en contra de la protección judicial. Bajo cualquiera de las dos miradas, el trabajo concluye en la justificación democrática de la garantía constitucional de los derechos sociales en el escenario constituyente chileno.

2. LA OBJECCIÓN CONTRADEMOCRÁTICA

Y LAS CONDICIONES DE UNA SOCIEDAD BIEN ESTABLECIDA.

LA CRÍTICA LIBERAL DE WALDRON³

La cuestión de la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones está directamente relacionada con la cuestión de la autoridad política. Esta última se propone dar cuenta de la pregunta acerca de quién debería tomar las decisiones colectivas en una sociedad. De manera habitual se afirma que se justifica la autoridad política cuando esta adopta decisiones colectivas a través de cierto procedimiento, como la regla de la mayoría. Desde este enfoque, se prioriza la legitimidad política del procedimiento sobre el contenido de las decisiones. Contrariamente, se ha justificado la autoridad para imponer decisiones colectivas estableciendo cuáles resultados

3 Esta sección se basa en Morales 2015: capítulo VI.

aquella debería adoptar. Bajo esta otra perspectiva, la prioridad está puesta en lo que exige la justicia social, en tanto determinación de los principios de distribución de bienes, recursos y oportunidades que deberían guiar la asignación de cargas y beneficios de la actividad económica de un Estado.

Cuando se discute sobre la protección constitucional de los derechos sociales estos dos enfoques subyacen en tensión. Por un lado, se esgrime una “objección contrademocrática” dirigida a cuestionar la falta de legitimidad de tribunales constitucionales para invalidar, con efectos inmediatos (o con carácter de última palabra), decisiones socio-económicas adoptadas por mayoría del cuerpo legislativo⁴. Se sostiene que habilitar al poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes o actos de la administración significa sujetarse a la decisión de órganos que no son representativos ni políticamente responsables, es decir, que los tribunales de justicia son quienes terminan estableciendo el alcance y contenido de derechos sociales constitucionales.

La crítica democrática al control robusto de constitucionalidad aparece frente a la conjunción de tres elementos: la diferencia en el grado de legitimidad representativa de los jueces en comparación con los legisladores, la falta de determinación de las disposiciones constitucionales y la rigidez de las constituciones (Ferrerres 1997: 42-46). El problema está, por un lado, en la menor legitimidad de origen de los tribunales constitucionales en relación con los miembros electos para la representación de la ciudadanía en la legislatura. Por el otro lado, se destaca el carácter abstracto e indeterminado de los términos con los que se formulan las disposiciones en las cartas de derechos, como es el caso del artículo 19 de la Constitución chilena en la que se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica la persona (inc.1) o el derecho a la protección de la salud (inc. 9). Esto haría, según Ferrerres, especialmente discrecional la tarea de interpretación constitucional realizada por el poder judicial, en donde se

4 La literatura académica sobre el control de constitucionalidad es extensa, tanto de parte de quienes presentan argumentos a favor como en contra. Bickel caracterizó este problema como “la dificultad contramayoritaria” (1962: 16-18) y se suele adoptar como punto de partida de la discusión nacida en el ámbito anglosajón, luego extendida a los ámbitos hispano y latinoamericano. La referencia a la objeción como “contrademocrática” es más adecuada para dar cuenta de que la crítica se dirige a la falta de legitimidad democrática de origen del órgano de control.

establece el significado último de los términos comprendidos en las disposiciones constitucionales. Por último, hay que considerar la dificultad que encuentra la mayoría legislativa, su desinterés o desidia, para contrarrestar el juicio adverso mediante la reforma del texto dado el grado de rigidez presente en este modelo constitucional. La consecuencia de la unión de estos tres factores produce que el control robusto de constitucionalidad tenga un especial efecto contrademocrático.

Jeremy Waldron se opuso de manera general al mecanismo del control robusto de constitucionalidad para proteger derechos fundamentales a partir de la defensa de la legitimidad democrática del órgano representativo (Waldron 2005). Para ello, formuló un *argumento nuclear contra el control robusto de constitucionalidad*, desvinculado de manifestaciones históricas en un país determinado y de los problemas sobre los efectos de las decisiones en los casos particulares (Waldron 2006)⁵. En lo que respecta al objeto de este trabajo, cabe circunscribir la crítica de Waldron al control de las leyes en materia social y económica promulgadas por la legislatura electa en una comunidad, es decir, sistemas en los que un tribunal judicial tiene “la autoridad para rechazar la aplicación de una ley en un caso particular [...] o para modificar los efectos de una ley” de forma que su aplicación se conforme con los derechos sociales con efectos inmediatos (Waldron 2006: 1354).

El autor se propone identificar, entonces, los “casos centrales” (*core cases*) en los que la objeción al control de constitucionalidad es completamente aplicable, y distinguirlos de otros casos, los “casos no centrales” (*non-core cases*) o periféricos, en los que “el control judicial podría considerarse apropiado como una disposición anómala para tratar con patologías especiales” (Waldron 2006: 1359).

De tal manera, el argumento contra el control de constitucionalidad es condicional a la existencia de cuatro asunciones en una sociedad democrática contemporánea (Waldron 2006: 1359-1369):

5 Según Waldron hace falta “alguna comprensión general, no contaminada por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad” (2006: 1352). No obstante, el autor aclara que su argumento en contra del control judicial no es incondicional sino que está sujeto a ciertos rasgos institucionales y políticos que atribuye a las democracias liberales modernas y reales (Waldron 2006: 1353).

- 1) hay instituciones democráticas que funcionan razonablemente bien, respetando los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, plasmados a través de una legislatura representativa, elecciones políticas periódicas, y mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad;
- 2) hay instituciones judiciales, políticamente independientes, que también funcionan bien de manera razonable, y cuya finalidad es resolver los conflictos individuales aplicando el derecho, y autorizadas a controlar la legalidad y la constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo, en las que sus miembros no son ni democráticamente elegidos, ni políticamente responsables por sus decisiones;
- 3) la mayoría de la sociedad está fuerte y seriamente comprometida con la idea del respeto a los derechos humanos individuales y de las minorías y, con esa finalidad, se ha dotado de una declaración de derechos, dejando claro que existe una distinción tanto a nivel cultural como institucional entre asumir un compromiso fuerte con los derechos y la necesidad de que tal consenso se vea protegido por algún mecanismo institucional específico; y por último,
- 4) existen desacuerdos sustantivos sinceros y razonables sobre el contenido y alcance de los derechos, incluso respecto del propio núcleo de cada uno, que involucran cuestiones de filosofía política y moral con consecuencias fundamentales en la vida de mucha gente. Este punto se relaciona de manera crucial con la condición tercera. El hecho de que la mayoría esté comprometida con el respeto a los derechos fundamentales no impide que surjan conflictos sobre qué significa en realidad ese compromiso y qué se deriva del mismo. Por ejemplo, el acuerdo sobre la existencia del derecho a la salud no elimina la contraposición entre quienes defienden, por un lado, la obligación estatal correlativa de proveer un sistema público, universal y de calidad de la sanidad, y quienes, por el otro lado, afirman que solo se sigue una obligación del estado de garantizar la libre elección del sistema de salud, sea este público o privado.

En sociedades con estas características, donde hay un compromiso con los derechos pero se discrepa sobre los mismos y, a la vez, es necesario llegar a un consenso que posibilite la acción colectiva, el foro legislativo

es el espacio apropiado para tomar tales decisiones. La legitimidad de un procedimiento de decisiones sería según Waldron la respuesta al problema de los desacuerdos sustantivos, morales y políticos, y no la justificación por los méritos de las decisiones que determinado procedimiento pueda arrojar (2006: 1371). Aun cuando contemos con razones acerca de la consecución de los mejores resultados, estas no serían suficientes para inclinar la balanza a favor del control judicial sino que, en el mejor de los casos, equilibrarían las posiciones de ambas instituciones (Waldron 2006: 1386, 1393)⁶.

En cambio, las razones que sostienen el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones, “operan principalmente en descrédito del control judicial mientras dejan indemne la toma de decisiones legislativa” (Waldron 2006: 1375). Permitir que los tribunales judiciales examinen las cuestiones controvertidas sobre derechos y controlen la constitucionalidad de las decisiones legislativas, dotando de efectos inmediatos a sus resoluciones, significaría para Waldron una grave afectación a los requisitos de la legitimidad en tanto que importantes valores políticos estarían en juego. Porque “privilegiar el voto de la mayoría entre un pequeño número de jueces no electos y no responsables, priva del derecho de representación a los ciudadanos ordinarios y desdeña principios apreciados de representación e igualdad política en la resolución final de las cuestiones sobre derechos” (Waldron 2006: 1353).

Si consideramos entonces el argumento waldroniano respecto de los derechos sociales constitucionales, parece que no estaría justificado reducir la esfera de toma de decisiones por mayoría en una sociedad democrática con el fin de garantizar exigencias socio-económicas mínimas a través del mecanismo judicial robusto. El autor rechaza un enfoque sustancialista de los derechos que otorgue prioridad a la obtención de ciertos resultados, porque caería en una petición de principio. Dado que las concepciones sustancialistas de la democracia presupondrían que es posible conocer la

6 Como razones orientadas a los resultados a favor del control judicial de constitucionalidad, Waldron menciona y critica el argumento de que los jueces están mejor preparados para tratar y resolver los casos particulares con trascendencia moral; el argumento de que una carta de derechos requiere que los jueces resuelvan los conflictos que se presentan entre formulaciones abstractas de derechos; y el argumento de que dado que los jueces están obligados a fundamentar sus sentencias ofrecen razones para sus decisiones (Waldron 2006: 1376-1386).

verdad acerca de qué derechos poseen las personas, el procedimiento que asegure la protección de estos derechos es el que estaría investido de autoridad para resolver esta misma cuestión. Pero, de acuerdo con Waldron, presuponer que hay una respuesta verdadera sobre qué derechos tienen las personas y cuáles son sus límites, significaría asumir desde el inicio la posibilidad de acuerdos entre los individuos sobre sus derechos, y ello equivaldría a no tomarse en serio el problema de los desacuerdos.

Su propuesta consiste en situar el problema de los desacuerdos sobre derechos entre las circunstancias de la política, colocando la cuestión de la autoridad en primera línea, en el sentido de que lo principal sería *quién* toma las decisiones. Para este enfoque procedimental, la autoridad recae solo en los participantes del procedimiento mediante el cual aquellas se adoptan por mayoría. En esta línea, el control de constitucionalidad de las leyes sobre derechos sociales es ilegítimo desde el punto de vista representativo, por lo que no se justifica como cuestión de principio.

3. REVISIÓN DE LAS CONDICIONES DE UNA SOCIEDAD BIEN ESTABLECIDA⁷

Waldron suscribe la existencia de una relación fundamental entre la idea de derechos y la de democracia, que consistiría en *una relación entre derechos* pertenecientes a dos categorías o clases principales, a los que denomina “derechos asociados a la democracia” (Waldron 2005: 337-340). De un lado, señala la categoría de los derechos que son constitutivos del procedimiento democrático. Del otro lado, delimita la categoría de los derechos que representan condiciones necesarias para su legitimidad, si bien no son constitutivos del procedimiento democrático.

Los derechos de la primera categoría, constitutivos del procedimiento democrático son, según Waldron, los relativos a las cuestiones formales del procedimiento político: en su modelo de democracia procedimental, sólo el derecho de participación de todos como iguales en la elaboración de las leyes. Esto es, al menos un derecho individual, el derecho de participación política, sería constitutivo del procedimiento democrático.

7 Esta sección se basa en Morales 2015: capítulo VII.

Pero también son importantes en la teoría waldroniana los derechos de la segunda categoría, representativos de las condiciones de la legitimidad del procedimiento o “de la respetabilidad moral de la toma de decisiones democráticas” (Waldron 2005: 339). Estos serían derechos obvios en una democracia como los derechos de libertad de expresión y asociación.

Entre estos dos conjuntos de derechos habría una relación que representaría “la relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad” (Waldron 2005: 340): los derechos de la segunda clase, en tanto requisitos previos de la legitimidad, serían precondiciones del ejercicio legítimo de los derechos de la primera clase, aquellos que constituyen el propio procedimiento político. Es decir, los derechos como los de libertad de expresión y asociación estarían presupuestos por el derecho de participación política y, con ello, por la democracia. De este modo, para Waldron, una decisión política sólo sería legítima, y podría legítimamente ser impuesta sobre los individuos, bajo ciertas condiciones, que podrían representarse como el respeto por los derechos de aquellos a quienes se les imponen. Todos estos derechos, en la concepción procedimental de la democracia de Waldron, podrían considerarse condicionamientos a aquello que los participantes podrían decidir en el procedimiento de toma de decisiones por mayoría.

Ahora bien, como vimos en la sección anterior lo que caracteriza a la posición del autor es que el reconocimiento de los derechos de las personas y su relación con la democracia en tanto límites a lo que puede decidirse por mayoría, no justificaría la adopción de un control judicial robusto de constitucionalidad o alguna otra institución que carezca de credenciales democráticas. Este argumento está condicionado a sociedades con características referidas: 1) existencia de instituciones democráticas que funcionan razonablemente bien, respetando los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política; 2) existencia de instituciones judiciales, políticamente independientes, que también funcionan bien de manera razonable; 3) existencia de un compromiso fuerte con los derechos humanos individuales y de las minorías; y 4) existencia de desacuerdos sustantivos razonables sobre el contenido y alcance de los derechos.

El argumento waldroniano en contra del control judicial robusto de constitucionalidad se apoya en el hecho de los desacuerdos sustantivos sobre derechos (sus asunciones tercera y cuarta) en sociedades cuyas instituciones legislativas y judiciales funcionan razonablemente bien (asunciones

primera y segunda), acentuando que, en las sociedades así concebidas, el desacuerdo sobre derechos cuenta como una razón que excluye la justificación del control robusto de las leyes por parte del poder judicial. De esta forma, la clave para objetar la protección robusta de los derechos estaría en el hecho de los desacuerdos razonables en la sociedad respecto del contenido de tales derechos, afirmando que sus otras dos asunciones (la existencia de instituciones democráticas y la existencia de instituciones judiciales, ambas funcionando bien de manera razonable) no suponen ningún sentido controvertido.

Una primera crítica respecto a esta imagen simplificada que presenta el autor de una sociedad liberal actual estaría dirigida a señalar que es a la vez demasiado optimista y extremadamente implausible, por lo que nos lleva a dudar o directamente negar la posibilidad de su existencia. Esto es, no se cuestionaría su imagen de la sociedad en sí, sino el hecho de que exista algún país que en realidad pueda ser caracterizado de tal forma; en otras palabras, que su argumento funcionaría solamente en un mundo ideal. El propio Waldron se empeña en sostener que sus condiciones no aluden a sociedades perfectas en mundos ideales, sino que son realistas, y como ejemplo cita las deliberaciones de la *House of Commons* (Reino Unido) sobre la ley de terminación médica del embarazo de 1966 (2006: 1355, 1402). En cambio, sociedades democráticas como Nueva Zelanda y Estados Unidos serían ejemplos de casos patológicos, que deberían quedar fuera de su argumento nuclear (Waldron 2006: 1361, 1362, 1385-1386). Podría insistirse contra Waldron que el ejemplo de una legislatura de 1966 del Reino Unido actuando en el examen de una ley particular y bajo condiciones extraordinarias de deliberación, sea suficiente para mostrar la plausibilidad de su argumento, pero no creo que este sea un punto fuerte que valga la pena perseguir.

El argumento de Waldron ha sido criticado recientemente por su limitada comprensión de lo que implica el respeto por los desacuerdos políticos y morales (Kaufman y Runnels 2016). Desde esta posición, denominada *constitucionalista*, se cuestiona el argumento waldroniano de favorecer la regla mayoritaria de los órganos legislativos como forma correcta de interpretar el respeto a los desacuerdos plurales en sociedad. Se sostiene que es posible justificar la protección constitucional de los derechos, no en la limitación de la entrada de las preferencias individuales en el procedimiento

democrático, sino para prevenir la adopción de ciertas decisiones legislativas que impongan desventajas que no puedan ser políticamente justificadas por las personas afectadas en términos de su aceptación razonable (Kaufman y Runnels 2016: 214). Esta defensa del control judicial se centra en justificar el rol de los tribunales de justicia en tanto revisores de los resultados adoptados por el procedimiento democrático.

Aceptemos, en cambio, que las sociedades democráticas contemporáneas más desarrolladas se caracterizan en los términos estipulados por Waldron, entre los cuales la participación política es considerada como “el derecho de los derechos” (Waldron 2005: 277). Me propongo examinar con mayor detenimiento la primera condición, ya que considero que se siguen implicaciones sobre derechos que deberían hacerse explícitas si se la ha de tomar en serio. Para este autor, esta consiste en asumir la existencia de un conjunto de propiedades que hacen al funcionamiento razonable de las instituciones democráticas: elecciones políticas periódicas, legislatura representativa, respeto por los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, y establecimiento de mecanismos que garanticen el debate en las instituciones políticas y en la sociedad.

Lo que propongo ahora es dirigir la atención a esta primera condición asumida por Waldron. La afirmación de la existencia de instituciones democráticas que funcionan razonablemente bien genera problemas porque asume sin argumentos adicionales que esta condición está presente en la sociedad. En cambio, sostengo que en ella están presupuestos implícitamente ciertos derechos fundamentales mínimos sobre los que no habría desacuerdos sustantivos. Es decir, que para asumir la existencia de un funcionamiento razonable de las instituciones democráticas sería necesario presuponer el establecimiento y garantía de algunos derechos asegurados para todos los individuos respecto de los cuales el hecho de los desacuerdos fundacionales no los alcanzaría. Es en esta primera característica donde considero que se debería hacer explícito el acuerdo sobre la existencia de ciertas precondiciones mínimas de la democracia y su necesaria garantía para todos los miembros de la sociedad. Cuando Waldron sostiene que su descripción de esta primera asunción no implica ninguna noción controvertida, ello requeriría asumir la existencia de un cierto consenso respecto de mínimos democráticos, esto es, precondiciones necesarias para que la característica de funcionamiento razonable de las instituciones legislativas

democráticas tenga sentido, tales como ciertas precondiciones materiales mínimas: exigencias de contenido socioeconómico justificadas en el propio procedimiento democrático, como educación básica, vivienda, ingreso básico y asistencia médica⁸.

¿Pero el argumento de los desacuerdos no derriba también la posibilidad de afirmar la existencia del contenido de las precondiciones materiales del procedimiento? La respuesta sucinta es “no”. Esta se justifica en una distinción relevante entre *desacuerdos fundacionales o sustantivos* y *desacuerdos operativos o fácticos*. Los primeros son aquellos que existen respecto de los principios o los valores fundamentales subyacentes a las concepciones de la justicia. Ellos se distinguen de los operativos que son caracterizados como desacuerdos en la implementación práctica de cuestiones sobre las que existe un consenso mínimo. Me refiero a discrepancias respecto de creencias sobre cómo es el mundo y sobre cómo funciona (acerca de hechos), las que podrían ser corregidas o resueltas mediante el acceso a la información necesaria o a través de estudios empíricos, experimentos, etc.

Entonces, ¿qué significaría tener un desacuerdo sobre las precondiciones mínimas del procedimiento de toma de decisiones? Cuando se afirma que no hay acuerdo sobre tales precondiciones, ello no se refiere al mismo tipo de desacuerdos normativos que existen respecto de los valores o principios de justicia, sino que se trata de desacuerdos que implican cuestiones diferentes. Estos son desacuerdos en la concreción práctica (operativa) de aquello que básica y mínimamente hay acuerdo. Gran parte de las discusiones públicas son ociosas por confundir esos dos tipos de desacuerdos. Por ejemplo, mientras todos y todas estaríamos de acuerdo en que es necesaria una acción colectiva para reducir los casos de Covid-19 y proteger la salud pública, podría haber desacuerdo si el uso de máscaras cumple ese fin. Este último es un desacuerdo operativo en la medida en

⁸ Para Carlos S. Nino (1997: 192), ciertas precondiciones del procedimiento democrático de decisiones podían entenderse como fundamento de una declaración de derechos, “dado que estos son bienes que se le deben dar a la gente”, en tanto prerequisites para el adecuado funcionamiento del procedimiento democrático. Nino defendió una concepción deliberativa de la democracia que requiere, entre otros valores, una noción de igualdad política sustancial, por lo que el conjunto de precondiciones y el alcance que reivindica sería más extenso que el que se presupone en este trabajo. Véase Morales, 2015: 259 y ss.

que podemos resolver la controversia recurriendo a la evidencia empírica en materia sanitaria.

Teniendo presente esta distinción entre tipos de desacuerdos, diré que si se parte de la importancia de la democracia y de la participación política como derecho constitutivo, ello nos compromete con al menos un valor común: para que un procedimiento democrático tenga valor intrínseco tiene que permitir la participación *real* de todos. Ello no equivale a negar que más allá de este acuerdo general y básico sobre el valor de la participación política persisten los desacuerdos sobre la forma y el contenido precisos del procedimiento democrático, pero se trata de desacuerdos sobre la cuestión del diseño institucional de la democracia, que serían desacuerdos de tipo operacional.

Ese valor debería asegurarse a través de las precondiciones que posibilitan la participación efectiva de todos y todas en el procedimiento, entre las que se encuentran las materiales. Dicho de otro modo, si se afirma que el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene valor en las sociedades contemporáneas pero se niega la exigencia de protección de un conjunto de precondiciones de dicho procedimiento, tales posiciones o bien son inconsistentes en tanto no sería posible afirmar la superioridad de un procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas solamente con el reconocimiento de derechos formales, o bien no son posiciones democráticas, porque no valorarían el procedimiento democrático de toma de decisiones ni siquiera mínimamente y, en ese caso, caerían fuera del alcance del argumento.

En definitiva, la objeción de los desacuerdos fundacionales sobre derechos (cuarta característica en el argumento waldroniano) no sería válida contra la tesis de las precondiciones mínimas de la democracia, presupuestas necesariamente para la existencia de instituciones legislativas que funcionan razonablemente bien (primera característica en el mencionado argumento). Por lo tanto, el argumento contra la protección robusta de esas precondiciones se debilita.

4. UNA DEFENSA DEMOCRÁTICA DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESCENARIO CONSTITUYENTE CHILENO

Retomemos el argumento waldroniano contra el control judicial de constitucionalidad discutido previamente para examinar Chile, uno de los países latinoamericanos que se ha destacado en la región por sus altos índices de PIB y también de desigualdad social y económica. Deberíamos en primer lugar analizar si Chile puede ser calificado como un caso periférico, o como una sociedad que funciona razonablemente bien y por lo tanto un caso central del argumento. Por un lado, hay razones en la actualidad para considerar a Chile como un *caso no central* en el que se ha desarrollado una patología especial. Las instituciones democráticas no funcionarían razonablemente bien en tanto que es dudoso que existan mecanismos que garanticen el debate y la participación en las instituciones políticas y en la sociedad (condición primera).

Claudia Heiss (2017) señala que el tipo de transición que tuvo lugar desde la dictadura militar chilena llevó a una forma de democracia incompleta y defectuosa, a la vez que permitió que ciertos aspectos relevantes de la vida social y política se democratizaran. La Constitución de 1980 todavía vigente, adoptada durante la dictadura de Pinochet, ha hecho inviable la consolidación de la democracia en Chile en tanto que establece obstáculos insuperables que impiden que el procedimiento democrático traduzca las necesidades de la ciudadanía en apropiada regulación jurídica. Si bien se sucedieron varias reformas, estas no lograron desarmar el proyecto de la dictadura plasmado en la carta fundamental, mediante el cual ciertas áreas claves, especialmente sociales y económicas, el rol subsidiario del Estado y su relación con el mercado, quedan vedadas al procedimiento democrático. La ilegitimidad de origen de la Constitución no ha conseguido sanearse durante los siguientes 40 años de vida. La crisis de las instituciones políticas chilenas se fue acentuando, a la vez que aumentando el número de movilizaciones sociales.

En este sentido, el estallido social de octubre de 2019 da cuenta de la acuciante crisis de representatividad política de las instituciones democráticas. Las demandas de la sociedad civil se fundaron en las profundas desigualdades e injusticias en materia social y económica producto del

modelo neoliberal impuesto en la década del '80. En las calles del país se levantaron con fuerza las banderas de reforma del sistema de salud y del sistema de pensiones, aumento del salario mínimo, mejora de la educación y reconocimiento del derecho a una vivienda digna.

Este escenario podría caracterizarse como un conflicto de intereses que exige un arreglo de protección especial. Según Waldron en este caso no se seguiría de forma automática la justificación del mecanismo de control robusto de constitucionalidad dado que habría que tener en cuenta otras consideraciones de índole contextual (2006: 1365). Sin embargo, las circunstancias peculiares llevarían a contar con un argumento a su favor en tanto la necesidad de una protección particular de los intereses de las mayorías vulnerables sin poder respecto de las decisiones de quienes detentan el poder político. Tal sería el caso respecto de decisiones judiciales, como la mencionada al comienzo del trabajo, que imponen la obligación de provisión de medicamentos y tratamientos médicos necesarios para la salud y la vida. En materias que se vinculan con las precondiciones materiales del procedimiento democrático la intervención de la Corte Suprema resulta fundamental y decisiva. Dado el escenario de graves desigualdades sociales y económicas, y el severo deterioro de las instituciones representativas que sufre la sociedad chilena, se justifica un control robusto de constitucionalidad que asegure las precondiciones materiales del procedimiento democrático.

Esto no significa afirmar que en los hechos los tribunales de justicia necesariamente lo harán de este modo. No obstante, de no hacerlo incurrir en una violación a un deber institucional. El Estado constitucional de derecho les impone a los tribunales judiciales un deber de control consistente en evitar que se vulneren los derechos humanos, tanto por la acción de privados como de órganos públicos. Las reglas dirigidas a la judicatura le otorgan a la función judicial un papel preponderante en la resolución de conflictos constitucionales resguardando los derechos fundamentales de las personas.

Entonces, desde la concepción waldroniana podría acordarse que Chile es un caso que quedaría fuera del núcleo de su argumento contra el control robusto de constitucionalidad, dejando a este indemne. Sin embargo, el punto que sostuve en las sesiones previas tiene un alcance más extenso. En los casos denominados centrales también es necesario un mecanismo

de resguardo de ciertas precondiciones del procedimiento. Para que Chile, o cualquier otro país, pueda ser caracterizado como un caso central en los términos de Waldron, es necesaria la garantía de las precondiciones materiales para la legitimidad procedimental.

Waldron se equivoca al descalificar el control robusto de constitucionalidad como cuestión de principio. Si bien su justificación tiene más peso en los casos periféricos como el chileno, en los casos centrales representa una garantía en la medida que debe asegurarse que no se desarrolle alguna patología institucional en los órganos democráticos que los convierta en casos patológicos. En otras palabras, no es correcto afirmar que frente a sociedades que funcionan razonablemente bien no se justificaría este mecanismo de control. En cambio, este debe servir para garantizar que el procedimiento democrático no excluya a ninguna persona por falta de satisfacción de sus necesidades materiales.

Según la propuesta procedimental de Waldron, el respeto a los derechos de las personas en los casos centrales estaría a cargo del propio congreso. Esto significa que en una sociedad democrática que funciona de manera razonable todos los derechos, incluyendo el derecho de participación política y los demás asociados a la propia democracia entre los que se encuentran los sociales, *estarían al alcance de la mano* (2006: 1364-1366). Como respuesta a una posible reacción de pánico hacia el autogobierno político, el autor afirma que es el precio a pagar por el reconocimiento de la agencia moral de los titulares de derechos con sus propios sentidos de la justicia.

De todos modos, Waldron dice que para reducir la inseguridad que se sigue de que todo esté a merced de las mayorías legislativas, se podría, por ejemplo, volver más complicado el procedimiento legislativo, dificultando la posterior revisión de cuestiones de principios una vez que una decisión al respecto ha sido adoptada, sin que tales mecanismos signifiquen un menoscabo democrático. Waldron asume que existiría en este tipo de sociedad una cultura política con un amplio compromiso con los derechos humanos y el respeto general hacia los derechos individuales y de las minorías. Por tanto, la protección de los derechos descansaría en el reconocimiento y asignación de relevancia a *la cultura política* y a *la autocomprensión pública* de la sociedad acerca del compromiso con los derechos de todos (2006:

1365-1366). Es por demás curioso que en la actualidad no parece posible nombrar ninguna sociedad que pueda ser caracterizada de esta manera.

Pero asumamos que es posible y que la sociedad chilena podría ser entendida prospectivamente como un caso central. La clave en la protección de los derechos está en el elemento de la cultura política. El autor nos indica que la única manera de respetar los derechos en pie de igualdad de todos es a través de un procedimiento de decisión por mayoría en el que participen todos formalmente en iguales términos, provistas ciertas condiciones necesarias para la legitimidad de dicho procedimiento. Pero, para que quienes detentan el poder político no menoscaben los derechos del resto, deben asegurarse sus derechos de alguna manera. Waldron nos dice que en las sociedades bien organizadas sus miembros “cuidan de los derechos, mantienen bajo constante consideración y vívido debate las perspectivas sobre los derechos propias y de los otros, y están alertas sobre las cuestiones de derechos acerca de todas las decisiones sociales que son propuestas o discutidas entre ellos” (Waldron 2006: 1365). Ahora bien, ¿cuál es el sujeto de confianza en la cultura política de compromiso hacia los derechos? ¿Son los individuos en una comunidad política, son las propias instituciones, o ambos? ¿Quiénes tienen el compromiso de respeto hacia los derechos, los ciudadanos, los representantes legislativos, o ambos? El autor no lo desarrolla y nos encontramos por lo tanto con una noción de cultura pública problemática dado el papel central que juega en el resguardo de los derechos.

Podríamos interpretar el compromiso hacia los derechos de dos maneras. Por un lado, podría sostenerse que el compromiso hacia los derechos que asume Waldron alude al aspecto interno de conciencia política de cada una y cada uno de los chilenos que conforman el cuerpo político (sean los ciudadanos o sus representantes) respecto de los derechos de los demás. Pero esta parece ser una interpretación que provee una garantía demasiado débil de los derechos. Como teoría no ideal de la democracia, esta propuesta no reduce el miedo que surge si se piensa esa noción para las comunidades reales en las que la realización de tales estándares de respeto político hacia los derechos parece inalcanzable.

Podemos sostener en cambio que la de Waldron es una *justificación contextual* del control judicial de constitucionalidad⁹. La justificación de la protección de los derechos por parte del órgano legislativo dependería del grado de maduración de la cultura pública de cada comunidad política. Pero ocurre que en aquellas sociedades en las que la cultura de compromiso político hacia los derechos está suficientemente desarrollada los derechos son de hecho respetados. Y aquellas sociedades patológicas en las que la cultura política no está suficientemente desarrollada, esa cultura no representará ningún límite para el avasallamiento de tales derechos. En consecuencia, en ninguno de los dos casos esta apelación al compromiso político juega un papel como límite al avasallamiento de los derechos. La tutela de los derechos requeriría de un límite normativo; el que de hecho se los respete no es un límite normativo ni de ninguna otra índole.

Por el otro lado, podría sostenerse que la noción de cultura política pública de compromiso hacia los derechos alude a su respeto a través de los mecanismos institucionales democráticos. Por ejemplo, para Richard Bellamy (2007) existen canales institucionales bien establecidos mediante los cuales puede limitarse o constreñirse a la voluntad mayoritaria de manera de evitar decisiones políticas que vulneren los derechos fundamentales de todos, tales como medidas que aumenten los costos de transacción de la toma de decisiones o aquellas que otorgan más poder a los actores con capacidad de veto. Pero ocurre que este tipo de medidas han sido establecidas en la Constitución de 1980 precisamente para limitar la participación democrática en Chile (Heiss 2017), trasluciendo una falta de confianza absoluta en que la mayoría tomará decisiones que respeten los derechos respecto de todos (Christiano 2008: 283).

Además, desde posiciones de la democracia procedimental como la de Waldron se justifican canales institucionales internos al procedimiento que condicionen lo que el órgano legislativo podría legítimamente decidir. El problema que veo con esta posición es que cuantos más componentes restrictivos se incorporan a las instituciones que posibilitan el procedimiento de decisiones por mayoría con el fin de garantizar el compromiso hacia los

⁹ Una defensa contextual del control robusto de constitucionalidad de los derechos es sostenida en Bayón 2000; 2004. En contra de la defensa contextual de este mecanismo de protección de los derechos, véase Linares 2008: 87-94.

derechos, menor es la diversidad de puntos de vista que se admiten, y menos se representa una igual valoración de la pluralidad, y esto parece apuntar a que se admiten límites a la exigencia de tomarse en serio los desacuerdos sustantivos. Por esta vía interpretativa, las razones en favor de la protección de los derechos mediante mecanismos restrictivos al funcionamiento del órgano legislativo servirían para justificar la protección de los derechos a través del control judicial robusto de constitucionalidad. No parece haber una distinción cualitativa importante para aceptar los primeros y rechazar el segundo. Tampoco parece ser cierto que alcanza con la confianza en la cultura política del congreso para el adecuado resguardo de los derechos dado que se justifican órganos internos de revisión que no serían más representativos y políticamente responsables que los órganos jurisdiccionales de control.

Si pensamos entonces en la posibilidad de concebir a algún país, como podría ser Chile en el futuro, como un caso de sociedad que funcione razonablemente bien en términos de su legitimidad democrática, también en este supuesto de caso central parece razonable incorporar algún mecanismo de control que garantice la protección de los derechos en general, incluidos los derechos sociales. Bajo esta hipótesis es plausible justificar en el momento constituyente chileno, un control robusto de constitucionalidad sobre los derechos en tanto garantía de las precondiciones del procedimiento democrático en la carta fundamental. A la vez, dado el supuesto de relativa justicia social y cierta solidez institucional se abre la posibilidad de justificar un control de constitucionalidad minimalista (Sunstein 1999) y débil, del tipo propuesto como *justicia dialógica* en materia de desacuerdos políticos y morales sustantivos (Gargarella 2014).

5. CONCLUSIÓN

Desde la perspectiva de la aspiración a una democracia procedimental legítima, decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia chilena en situaciones como la mencionada en la introducción resultan justificadas en sociedades caracterizadas por profundas desigualdades socio-económicas y crisis de representatividad política. Frente a casos no centrales existen razones en favor del control robusto de constitucionalidad de los derechos sociales, debilitándose la objeción contrademocrática.

Si nos situamos en el escenario asumido por Waldron de casos centrales consistentes en sociedades que funcionan bien de manera razonable, la objeción contrademocrática contra la revisión judicial de los derechos sociales también pierde fuerza. La necesidad de garantizar las condiciones implícitas que se presuponen en la caracterización de las instituciones políticas y en la participación de toda la ciudadanía justifican un mecanismo robusto de protección de las precondiciones materiales del procedimiento democrático.

Frente a la posibilidad de redactar una nueva constitución para Chile en democracia se abre un especial espacio de debate que concierne no sólo el establecimiento de derechos fundamentales, sino también de los mecanismos de protección institucional de esos derechos. En este trabajo he defendido que las garantías de los derechos sociales deben ser parte de la constitución precisamente para fortalecer la participación política y asegurar que nadie se quede afuera del proceso de toma de decisiones colectivas. En las condiciones de una sociedad como caso central en la forma concebida por Waldron, el control de constitucionalidad puede tener un papel mucho menor que en los casos no centrales. Sin embargo, permanece una justificación en tanto garante de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bayón, Juan Carlos. 2000. "Derechos, democracia, y constitución", *Discusiones* 1, pp. 65-94.
- 2004. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. Betegón, F. Laporta, J. de Páramo y L. Prieto (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138.
- Bellamy, Richard. 2007. *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bickel, Alexander. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Christiano, Thomas. 2008. *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferreres, Víctor. 1997. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- — 2000. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa* 23, pp. 29-48.
- Gargarella, Roberto (2014). *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Heiss, Claudia. (2017). “Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile: A legacy of authoritarianism”, *Constellations* 24, pp. 470-479.
- Kaufman, Alexander y Michaels Runnels. 2016. “The Core of an Unqualified Case for Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron and Contemporary Critics”, *Brooklyn Law Review* 82(1), pp. 163-216.
- Linares, Sebastián. 2008. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Morales, Leticia. 2015. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Barcelona/Madrid: Marcial Pons.
- Nino, Carlos. 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa. Citado por la traducción al castellano de R. Saba. Título original: *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- Sunstein, Cass. 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press.
- Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons. Citado por la traducción castellana de J. L. Martí y A. Quiroga. Título original: *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- — 2006. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115(6), pp. 1346-1406.

CAPÍTULO 4

La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales

MARIELA PUGA¹

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 1994 elevó notablemente el amperímetro de legitimidad de la jurisdicción estructural en el derecho argentino. El amparo colectivo no es la primera figura procesal colectiva en nuestro derecho², ni es el primer trámite que admite la participación de varios actores³, pero sí es la primera vez que la Constitución consagra un principio procesal

- 1 Abogada (Universidad Nacional de Córdoba), Magíster en Derecho (Columbia School of Law), Magíster en Derecho (Universidad de Palermo) y Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora Titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Entre Ríos) y Profesora y Adjunta (Universidad Nacional de Córdoba). Directora de la Clínica Jurídica de Interés Público de Córdoba. Investigadora CONICET.
- 2 A nivel federal, ya un año antes de la reforma constitucional se había autorizado a las asociaciones de consumidores a demandar en representación de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, en el artículo 52 de la ley N° 24.240 de Protección y Defensa de los Consumidores de 1993. A nivel provincial existían figuras procesales colectivas desde bastante antes. Así, la ley de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos (ley N° 8.369, 1990) que prevé un amparo ambiental con amplia representación colectiva en su capítulo V, y anterior a ésta, la ley de intereses simples o difusos de la Provincia de Santa Fe, en la que se establece un recurso contencioso administrativo sumario en defensa de intereses simples o difusos (ley N° 10.000, 1987).
- 3 La llamada *liss communis* (*litisconsorcio*) la que supone varios demandantes (pasivos o activos) existía ya en el *agere per formulas*, en la etapa *in iure* (o *iurisdiction*) del Procedimiento Clásico Romano. En ese momento, el litisconsorcio podía ser “voluntario, cuando a las partes les une su posición de cotitulares de un derecho, o [bien] litisconsorcio necesario, en los casos de coautores, cofiadores y, en la última época clásica, los copropietarios de un esclavo (o propietario y usufructuario) que ejercitan la *Vindicatio in servitutum*” (Betancourt, F. 1995, 2007, p. 223. Casi todos los Códigos Procedimiento Civil y

habilitantes de decisiones judiciales estructurales. En efecto, el derecho a reclamar derechos de incidencia colectiva en representación de un colectivo, o clase, no sólo es la consagración de una categoría particular de derechos, sino el reconocimiento de una función judicial diferente a la canónica o bipolar. Cabe anotar también, que aunque las intervenciones judiciales estructurales tienen más de un siglo en nuestro país, por las vías procesales tradicionales⁴, la habilitación constitucional de un trámite específico, allanó el camino para dejar atrás doctrinas prohibitivas de sospechada vaguedad, tales como la de las “cuestiones políticas no-justiciables”, o la de los “derechos programáticos” no exigibles judicialmente.

En este nuevo contexto de legitimidad, el ejercicio de la jurisdicción estructural llevó a los analistas a sugerir la necesidad de una relectura del rol de los jueces, e incluso, una redefinición de la idea de “causa” del artículo 116 de la CN. Tales relecturas, o redefiniciones doctrinarias, son aún embrionarias, y quizás hasta se encuentren estancadas por la insuficiencia de elementos teóricos sobre los que apoyarse. De igual manera, se advirtió una tensión creciente entre este rol judicial relegitimado, y el principio de democracia representativa, en los términos de que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (artículo 22 de la CN). Esta aproximación está también lejos de ser explorada en profundidad aún en el campo del derecho argentino, frente al débil desarrollo de la fundamentación teórico-política de la jurisdicción estructural. También estuvieron las voces críticas, que vieron en el ejercicio de este tipo de jurisdicción una ampliación desmedida de las competencias del Poder Judicial frente a otros poderes, y peligros de desequilibrio republicano bajo una forma de gobernanza contra-mayoritaria. Estas críticas también han quedado en

Comercial de nuestro país prevén esta figura. En el derecho argentino, ver el capítulo VII, Título II, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley N° 17454, 1967).

- 4 Según la concepción de intervenciones judiciales estructurales que se sostendrá aquí, éstas se registran desde principios de siglo XX, tramitadas bajo el procedimiento individual tradicional. Line Schjolden (2009, p. 93) refiere a distintos casos de derechos laborales de comienzos del siglo XX en Argentina que son evidencia de casos estructurales en la justicia argentina temprana. Los casos más recientes y conocidos de este tipo, aunque todavía anteriores a la reforma constitucional de 1994, son el conocido caso “Siri” de 1957, y “Kot” de 1958. Ya a través de procedimientos colectivos no constitucionalizados, quizás el más recordado sea el caso “Kattan” de 1983.

algún nivel de estancamiento, frente a lo abstracto del planteo, y los escasos elementos teóricos con los que conversar.

El enfoque del presente trabajo no aborda estos marcos generales de análisis y críticas, ni pretende hacer las relecturas pendientes. Busca, en cambio, caminar unos pasos antes. Intenta reflexionar sobre las razones específicas que fundamentarían la legitimidad de la función judicial estructural, intentando aportar elementos teóricos que contribuyan a aquellas posibles relecturas. La contribución que se busca no es otra que la de un recuento analítico de razones, y alguna reflexión sobre el peso de ellas en las distintas instancias de la intervención judicial. Si esto ayudara a ordenar los cimientos teóricos para evaluar el impacto democrático de la jurisdicción estructural, el trabajo habría cumplido su objetivo.

En este esfuerzo serán necesarios, sin embargo, algunos acuerdos conceptuales que se irán explicitando, e incorporan estructuralmente, a las razones en favor de la legitimidad de la jurisdicción estructural.

1. PRIMERA ACLARACIÓN CONCEPTUAL: LA RELACIÓN DEL CASO ESTRUCTURAL CON EL TRÁMITE COLECTIVO

En trabajos anteriores referí a los casos estructurales como conflictos policéntricos, categoría teórica que contrasta con los conflictos bipolares. También señalé que no todos los casos estructurales se tramitan en procesos colectivos, aunque todo proceso colectivo aborda un caso estructural (Puga 2013-14)⁵. Intentaré aclarar aquí estos conceptos.

La categorización de los conflictos en policéntricos y bipolares suele atribuirse a los juristas norteamericanos Lon Fuller⁶ y Abram Cha-

5 Puga, M. (2013) *Litigio Estructural* (tesis doctoral) Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga; (2014) Litigio estructural. *Revista de Teoría de la Universidad de Palermo*, año 1, (Nº 2), Noviembre de 2014, 41-82.

6 Fuller, L. (1978-1979) The Forms and Limits of Adjudication. 92 *Harvard Law Review* 353. El primer borrador de este artículo fue escrito en 1957 (según lo explica el editor), y revisado en 1959 y 1961. Es a partir de este artículo que se le atribuye a Lon Fuller el concepto de “caso policéntrico”, el que abrevia del concepto más general de tarea policéntrica que proviene del trabajo de Michel Polanyi (1951) en *The Logic of Liberty. Reflections and Rejoinders*. Londres, Inglaterra: Routledge & Kegan Paul. p. 170 y ss. Fuller, al igual que Polanyi nunca dio una definición precisa de caso policéntrico, aunque su detallada

yes⁷. Se trató de juristas con ideas encontradas sobre los límites de la decisión judicial, pero cuyas propuestas categoriales son usualmente tomadas como parte de un mismo marco conceptual⁸. Un problema policéntrico, según las ideas de Fuller (1978-79) es aquel que imbrica una red de relaciones interconectadas, tal que, un cambio en una de esas relaciones produce cambios en las otras relaciones ligadas a ella. Es esta interdependencia de relaciones la que constituye un problema en policéntrico.

Cada una de esas relaciones imbricadas entre sí, son para Fuller “centros interactivos” a los que ejemplifica con las uniones de los hilos de una red de telaraña. Los puntos de unión de una telaraña pretenden ilustrar los centros interactivos, donde los agentes de las relaciones interactúan entre ellos a través de negociaciones, intercambios, o de alguna otra manera. Se ilustra además cómo la interconexión determina que una interferencia sobre alguna de esas relaciones impacte en las demás, de la misma manera que la tensión aplicada sobre la hebra de una telaraña se distribuye hacia el resto de la red (Fuller, 1978-79. p. 397). Visto así, la intervención de un juez en un problema policéntrico arriesga tener efectos indeseables e incontralables en otras relaciones que no reclamaron su jurisdicción.

Otra metáfora explicativa de Fuller es la del puente. Ella ilumina la necesidad de que el decisor subordine el interés aislado de las partes individuales a una definición global del problema que las interconecta. El autor

explicación, y difundidos ejemplos (la telaraña y el puente), tuvieron gran impacto en la teoría del derecho.

- 7 Chayes, A. (1976) *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. 89 *Harvard Law Review*, 1281. A Chayes se le atribuye el concepto de “caso bipolar”, el que distingue de los casos que llama de “derecho público”. El autor explica y justifica la intervención judicial en éstos últimos, cuyas características son asimilables a los que Fuller llama policéntricos.
- 8 Mientras Fuller refería a los problemas policéntricos como aquellos que constituirían el límite de la actividad judicial, lo que en nuestras pampas llamaríamos “casos políticos no justiciables”, Chayes los veía como la manifestación clara de la forma de judicialización de las nuevas regulaciones públicas del estado de bienestar. Para Chayes la categoría de caso bipolar (la que para Fuller sería el paradigma de la adjudicación) no daba cuenta de que los jueces estaban avanzando irreversiblemente al otro lado de la supuesta frontera de judicialización, en histórico *leading cases* de ese momento, tales como *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). A pesar de que en el derecho norteamericano la objeción a la justiciabilidad de un caso por su policentría perimió rápidamente, la categoría de caso policéntrico como categoría de análisis, nunca perdió actualidad en los debates de otros sistemas jurídicos, incluido el nuestro.

propone imaginar que las demandas individuales en relación a un conflicto policéntrico son como la pretensión individual de colocar una de las columnas que sostienen un puente a cierto ángulo de inclinación del tirante del puente. Para responder a ese reclamo, reflexionaría Fuller, el decisor necesita tener una idea previa del puente como “un todo”. Sólo de esta idea estructural previa puede surgir la respuesta a la pertinencia o no de poner la columna a 80° del tirante del puente. En definitiva, la decisión sobre el ángulo apropiado para instalar cada pieza de un puente, está subordinada al diseño del puente. La necesidad prioritaria de la visión del todo, equivaldría a la necesidad del tratamiento conjunto (que aquí llamamos estructural) de intereses que la constitución llama colectivos.

Ahora bien, que un juez pueda decidir sobre la pertinencia de un interés individual, sobre la base de su interdependencia con otros y su subordinación a un problema policéntrico o estructural, no significa que necesite, o que deba decidir sobre todos los intereses imbricados. El trámite procesal individual tradicional, pensado para casos bipolares, todavía es útil para tomar una decisión que solo alcance al reclamante, aunque el interés de este sea discernido por el juzgador como imbricado en un caso estructural.

Las pretensiones individuales de demandantes y demandados en conflictos que tienen características policéntricas, dependerán de una definición de la *litis* como un todo común o colectivo que comprende otras relaciones imbricadas o interdependientes. Pero para que la decisión judicial tenga autoridad sobre todas esas relaciones, se requiere un trámite procesal diferente. Es aquí cuando aparecen los procesos colectivos, como forma de garantizar el debido proceso en decisiones estructurales que pretenden tener, además, eficacia estructural.

La policetría de los conflictos es una categoría que explica y justificar la colectivización del trámite procesal, con sus características definitorias de representación colectiva y efectos erga omnes. Admitir una legitimación activa que permita representar intereses o relaciones que reclamaron la jurisdicción, ni dieron un poder de representación, es una forma de habilitar la competencia judicial sobre ellas. Por ello el trámite procesal colectivo estará diseñado centralmente para garantizar el derecho de defensa de aquellos alcanzados por la decisión (notificaciones, publicidad, participación, posibilidad de exclusión, audiencias públicas, control de idoneidad del representante, actividad de oficio del juez, etc.). Ello habilita no sólo el

abordaje estructural del problema, sino que justifica decisiones que alcancen o excluyan a quienes tienen sus intereses imbricados en ese problema así definido. Cuando la decisión judicial narra una *litis* con las características policéntricas resaltadas estamos ante un caso estructural. Si además ella se toma en el marco de un proceso colectivo, estamos ante un caso estructural con pretensiones de alcance u eficiencia estructural.

Esto explica que no todos los casos estructurales sean tramitados por vías colectivas que aceptan una representación amplia, y que terminan en decisiones que alcanzan a quienes no participaron como parte del proceso. Casos célebres de nuestra jurisprudencia como *Badaro*⁹, *Bustos*¹⁰, *F.A.L.*¹¹ o *Arriola*¹², por nombrar algunos, fueron casos estructurales (por la forma en que se narró y abordó el conflicto), pero tramitados en procesos tradicionales o individuales. Por lo tanto, la resolución solo alcanzó a las partes que participan en el caso, y no a todos los intereses imbricados en la definición del caso. Los jueces que narran la *litis* de forma estructural, dan cuenta de intereses imbricados o interdependientes en esa narración, pero sólo remedian la situación de quienes son parte del proceso.

En definitiva, todo litigio con trámite colectivo juzga un caso estructural, aunque no todos los casos estructurales se tramitan en procesos colectivos. De manera que podemos distinguir las razones en favor de la decisión estructural, con independencia de su alcance o remedio judicial, de las razones en favor de decisiones con alcance estructural o remediaciones estructurales.

2. JURISDICCIÓN ESTRUCTURAL Y EXIGIBILIDAD DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El enfoque más difundido en favor de la jurisdicción estructural es, quizá, el que la vincula con la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, y

⁹ “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26/11/2007. B.675.XLI.

¹⁰ “Bustos, Roque c/ PEN s/ AMPARO” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26/10/2004. B.139.XXXIX.

¹¹ “F.A.L. s/ Medida Autosatisfactiva” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 13/03/2012. 259.XLVI.

¹² “Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 25/08/2009. A.891.XLIV.

culturales (DESC). Es necesario, sin embargo, sopesar esta relación en su justa medida.

La cuestión suele enmarcarse en un antiguo debate teórico sobre la pretendida distinción entre derechos operativos y programáticos, así como entre derechos negativos y positivos. Puede afirmarse que la legitimación de la jurisdicción estructural a nivel constitucional impactó significativamente en este debate, aunque no resulta obvio que las razones que definen este debate sean a su vez argumentos en favor de la judicialización estructural. En efecto, los debates sobre derechos operativos, programáticos, negativos y positivos, se zanjaron en buena medida con argumentos que tendieron a diluir las distinciones categoriales entre esos derechos, o bien, a mostrar los sesgos políticos detrás de esas distinciones¹³. Sin embargo, estos debates no llegaron a decantar en razones concluyentes en favor de la necesidad de la judicialización estructural o colectiva de los DESC.

La idea de la exigibilidad judicial de DESC ha conseguido imponerse en nuestro sentido común jurídico. Al respecto, la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, costarricense, brasilera, mexicana y argentina es concluyente. No obstante, la pieza clave de este paradigma es la idea de derechos individuales que funcionan como precondiciones de acceso a otros derechos individuales, o como precondiciones de la democracia. Esta idea no alcanza, como tampoco alcanzan las razones que despejaron las objeciones conceptuales a la exigibilidad de los DESC, para justificar un abordaje estructural de dichos derechos, ni para determinar la necesidad de procesos colectivos que canalicen ese abordaje. Se necesitan argumentos adicionales, e incluso independientes a la naturaleza de los derechos judicializados. En lo que sigue me centro en este tipo de argumentos.

13 Ver Abramovich, Victor y Courtis, Christian (1997) "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: Editores del Puerto). Ver también Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. (2011) *El costo de los derechos. Porque la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores).

3. RAZONES DE ACCESO A LA JUSTICIA BAJO LA RACIONALIDAD DEL MERCADO

La identificación de conflictos que no llegarían a ser juzgados bajo una concepción jurisdiccional individualista del caso justiciable (concepción signada por el principio procesal dispositivo, que dicta que cada persona debe controlar su propio proceso), sería un indicador de violación del derecho al igual acceso a la justicia. Se entendería que si los tribunales solo consideran justiciables casos individuales o mancomunados (agregación de casos individuales), la jurisdicción resultaría bloqueada para cierto tipo de conflictos. Con ello se habilitaría, e incluso se incentivaría, violaciones masivas de derechos¹⁴. Se denuncia entonces, un vínculo tripartito entre la concepción de casos justiciables, las reglas procesales individualistas de acceso a la jurisdicción, y las condiciones que determinan o incentivan las violaciones sistemáticas de derechos.

Antes de avanzar en un ejemplo, es importante recalcar en que el argumento no se apoya exclusivamente en el valor del derecho al acceso igual a la jurisdicción de cierto tipo de casos, sino que intenta exponer a las reglas procesales individualistas como las responsables de un esquema institucional de incentivos a la violación masiva o sistémica de derechos. Un ejemplo ideal en este sentido es el caso conocido como “moneditas”¹⁵.

¹⁴ En general se piensa en los *small claims* (o reclamos pequeños). Yeazell, S. C. (1980) From group Litigation to class action. *UCLA Law Review*. (27), 1980 p. 514; Pernerantz (1970) New developments in Class Actions. Has their Deth Knell Been Sounded?. 25 Bus. Law 1259; Finklestein, Herman (1954) The composer and The public interest-regulation of Performing Rights Societies. 19 *Law and Contemporary Problems*, p. 275.

¹⁵ Este es el nombre que la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo que patrocinó el caso le dio. Su carátula judicial fue “ADECUA c/ Telefónica de Argentina S.A. s/Amp. Procedimiento Sumarísimo. Art. 498 del CPCCN”. En 1997 la tarifa de la telefonía pública para llamadas urbanas era de 22 centavos (\$ 0,22). “Los teléfonos públicos instalados por las empresas licenciatarias que funcionaban con monedas como medio de pago estaban programados con un sistema llamado “mejor vuelto” según el cual se restituye al usuario el mejor vuelto posible de acuerdo con las monedas que el usuario había introducido para esa llamada en particular y el costo efectivo de la llamada. A su vez, los teléfonos no aceptaban monedas de un centavo. En consecuencia resultaba imposible para los usuarios pagar el importe exacto para sus comunicaciones. En el caso de las llamadas urbanas, si el costo del servicio era \$ 0,22, lo mínimo que un usuario podía pagar era \$ 0,25. Ante esta situación, la licenciataria Telecom bajó su tarifa a \$ 0,20, pero Telefónica de Argentina mantuvo su práctica de cobro inalterada. De este modo obtenía

Se trató de una empresa de teléfonos públicos que cobraba 0,02 centavos de más a los usuarios de teléfonos públicos. Ocurría que, si el usuario pagaba la llamada sin el cambio exacto, las máquinas de teléfono (que en ese momento solo recibía monedas de circulación legal), se quedaba con la diferencia de lo pagado por el usuario. Lo exiguo del monto escamoteado a cada usuario (0,02 centavos) hacía improbable el reclamo de algún usuario. No había incentivo económico suficiente para iniciar demandas individuales, y los costos de coordinación entre todos los usuarios afectados eran demasiado altos para justificar la articulación de una acumulación de reclamos en una demanda mancomunada. De manera que el primer dato que denota el caso es un enriquecimiento indebido de las empresas frente a la falta de incentivos de los usuarios para demandar, y los altos costos de coordinación de sus acciones.

La regla procesal que sólo admite reclamos individuales o acumulables en interés propio, es parte constitutiva de este orden de interacciones que garantiza la indemnidad jurisdiccional para este tipo de prácticas de enriquecimiento ilícito. Al tratarse de millones de usuarios, el enriquecimiento acumulativo para la empresa será exponencial. Es decir, habrá un alto incentivo para sostener la práctica ilegítima. Estamos, típicamente, ante un esquema que incentiva la violación de derechos a gran escala, con bajo riesgo de inhibición judicial.

Nótese que el análisis precedente se asienta en categorías propias del análisis del mercado, tales como la idea de “bloqueos”, “incentivos”, “riesgos” y “costos” de coordinación. Esas categorías ponen a las reglas procesales en el lugar de bloqueos, que disminuyen riesgos jurisdiccionales, y aumentan costos de exigibilidad, habilitando los incentivos para el enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, si en cambio la jurisdicción admitiera el abordaje estructural del problema, reconocimiento una causa común, y subordinación de los intereses individuales a la cuestión estructural, y en consecuencia se admitieran procedimientos que habiliten la representación colectiva en juicio de los intereses imbricados en esa causa común, el sistema de incentivos cambia.

una ganancia ilegítima por cada llamada que se realizaba y que luego fue calculada por la autoridad de control (CNC) en una suma cercana a los diez millones de pesos” Ver relato del caso en la página de la Universidad de Palermo. https://www.palermo.edu/derecho/facultad/clinicas_juridicas/casos/moneditas.html [última visita 14-9-2020].

La accesibilidad jurisdiccional de este tipo de conflictos se incrementa, y por tanto el riesgo de demanda para las empresas aumenta, al superarse los costos de coordinación y las faltas de incentivos a nivel individual. Así es como las reglas procesales de acceso, asentadas en el abordaje estructural, evitan que la jurisdicción habilite un marco para la violación a escala de derechos. En otras palabras, la posibilidad de una decisión efectiva de alcance estructural disminuye las condiciones que incentivan el aprovechamiento masivo de los consumidores.

Esta es, según creo, una razón autónoma y de peso relativo para decisiones judiciales de alcance estructural que, en última instancia, se relaciona con la eficacia de la jurisdicción misma.

4. RAZONES DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA BAJO LA RACIONALIDAD DEL MERCADO

La falta de incentivos económicos en los llamados *small claims*, y los costos de coordinación para demandar mancomunadamente son solo una de las versiones posibles de obstáculos de acceso a la justicia. Una comprensión más amplia advierte que la falta de información, de calificación, o de recursos suficiente para detectar y articular un reclamo jurídico, son también obstáculos usuales para que ciertos casos lleguen a la justicia. Estas dificultades están ligadas a desigualdades preexistentes a los incentivos eventuales de cada tipo de caso. En particular, las vulnerabilidades económicas, sociales y culturales inherentes a cierto tipo de justiciables dificultan la identificación, coordinación y articulación de reclamos. Desde hace tiempo, hay reglas internacionales y nacionales de acceso a la justicia que advierten y categorizan a los justiciables como personas “vulnerables” por razones sociales, económicas y culturales a los fines de adoptar procedimientos jurisdiccionales más accesibles¹⁶.

¹⁶ Las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad” adoptada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Marzo de 2008, y sus subsiguientes actualizaciones y reformas, proporcionan un amplio catálogo de circunstancias de vulnerabilidad (pobreza, género, edad, discapacidad, etc.) así como de dispositivos preventivos. Una investigación clásica en la materia es el trabajo de Capeletti M. y Garth B. (1978-1983) *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Informe General*. La Plata, Buenos Aires: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.

Por este camino entraron en escrutinio no sólo las reglas procesales de acceso a la jurisdicción, sino también las reglas mismas del juego litigioso. Así, la mirada se centró en cómo las desigualdades preexistentes son transformadas en ventajas y desventajas en los procesos judiciales y administrativos de adjudicación de derechos. Los principales estudios de acceso a la justicia de los años 60⁷ denunciaban que las personas vulnerables, o desposeídas, aun cuando tuvieran suficientes incentivos económicos para reclamar, y pudieran articular sus demandas individuales, se veían, igualmente, desincentivadas a seguir adelante frente a las desventajas en las que eran puestas por las reglas de adjudicación. Ahora es la baja probabilidad de éxitos tangibles, o en un tiempo conveniente, lo que actúa como desincentivo para reclamar la violación de derechos de los desaventajados o más vulnerables. En este esquema, los favorecidos también estarían incentivados a violar derechos, de acuerdo a la racionalidad de mercado.

Mac Galanter¹⁷ refirió a este tipo de esquema como un límite distributivo del sistema legal, en atención a las ventajas de las que gozan los que llama “poseedores” (los más ricos y poderosos), sobre los “desposeídos”. Propuso examinar el funcionamiento tanto de las demandas presentadas ante tribunales, como ante otras instituciones de adjudicación de derechos, para advertir la relevancia que tienen eventos tales como las amenazas de demandar, las negociaciones factibles, y las tretas y similares que rodean en la penumbra a esas demandas. Desde este enfoque más amplio del proceso de adjudicación de derechos distinguió a los demandantes ocasionales (DO), de los demandantes frecuentes (DF). Analizó exhaustivamente las ventajas de la tipología de los DF en relación a los DO en el litigio, sosteniendo que las personas desposeídas ocupaban, en general, el lugar de los DO¹⁸. Como consecuencia de ello, el litigio tendería a reforzar y a per-

17 Galanter, Marc (1974-2001) Porque los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico, en García Villegas, M. (ed) (2001) *Sociología Jurídica. Teoría del derecho y teoría sociológica en Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

18 “Lo que hace este análisis es definir una posición ventajosa en la configuración de las partes litigantes e indicar como quienes poseen otras ventajas [ricos] tienden a ocupar esta posición ventajosa y reforzar e incrementar así sus otras ventajas. Esta posición favorecida es una de las maneras como un sistema jurídico, que formalmente asume una posición neutral entre “poseedores” y “desposeídos”, puede aumentar y perpetuar las ventajas de los primeros”. Galanter, Marc (1974-2001). p. 96-97

petuar las ventajas (desigualdades) preexistentes entre los litigantes. Estos hallazgos lo llevaron a proponer una serie de reformas para igualar armas entre los DO y DF, entre las que señaló la necesidad del “mejoramiento de la posición estratégica” de las partes desposeídas en el litigio.

Para ello, Galanter recomendaba “organizar a las partes “desposeídas” (1974-2001, 96), en tanto DO, en grupos coherentes con capacidad de actuar de manera coordinada. Apelaba, en fin, a formas procesales que permitieran agregar demandas que son insignificantes en relación al costo de las soluciones, o bien, reducir las demandas a un tamaño manejable mediante la acción colectiva para eliminar o compartir riesgos inadmisibles. Las “acciones de clase”, decía Galanter (en el contexto norteamericano), serían el recurso para incrementar el riesgo de un DF en el proceso, reduciendo su posición estratégica frente a un DO que individualmente está en desventaja. A la vez, ellas colocarían a los DO en una posición en la que disfrutaran de las ventajas del DF, sin que sea necesario que se organicen previamente (Galanter, M., 1974-2001, p. 96).

En fin, el abordaje del caso judicial como un todo estructural permitiría que los tribunales sean escenarios más igualitarios y amigables a los reclamos de los desposeídos. En este sentido las desigualdades distributivas previas entre los justiciables tendrían menos impactos procesales, y por tanto, habría menos desincentivos para que los desposeídos reclamen sus derechos.

Si concebimos este análisis como un esquema de justificación de la jurisdicción estructural, entonces, él mismo estaría orientado a evitar que las decisiones jurisdiccionales sean captadas por los poderosos en desmedro de los intereses de los más vulnerables. Esta preocupación seguiría respondiendo, en cierta medida, a la racionalidad del mercado, en tanto intenta evitar incentivos a la violación sistémica de los derechos de los pobres, a través de la neutralización de su contracara, tal, los desincentivos para demandar de los desposeídos. Evitar el aprovechamiento de las desventajas espurias que sufren los DO en el proceso de adjudicación, o “igualar armas”, como también se ha dicho, se transforma en una razón prototípica para la colectivización del trámite procesal, y así, para justificar la jurisdicción estructural.

Este esquema argumental es notable, en términos de legitimidad de la justicia estructural, en cuanto se asienta en un principio substantivo de

igual tratamiento de la ley a los justiciables. La función de la jurisdicción estructural se vuelve entonces medular para un Estado de Derecho que se pretenda igualitario.

5. LA JURISDICCIÓN ESTRUCTURAL PÚBLICA Y LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Cuando el Estado es considerado un potencial violador de derechos, los términos de justificación de la jurisdicción estructural empiezan a revisarse. Por un lado, la racionalidad del mercado no es una explicación adecuada de la acción estatal violadora de derechos públicos. Por otro lado, los problemas de acceso a justicia en estos casos no sólo comprometen la legitimidad del sistema jurisdiccional frente a las desigualdades preexistentes, sino que involucran al estado como responsable de esas desigualdades.

En efecto, por un lado el Estado no parece verse incentivado a violar derechos con la misma racionalidad que movería a los agentes del mercado, tal, la de obtener ganancias a bajo riesgo. En los casos de violación de derechos públicos se está frente a “fallas” del Estado antes que frente a acciones motivadas en el aprovechamiento o enriquecimiento ilegítimo. Mientras las categorías explicativas del mercado no alcanzan para justificar el control jurisdiccional estructural sobre la acción estatal, los obstáculos de acceso a la justicia tampoco pueden representarse como parte de un esquema de incentivos a la violación sistemática. No obstante, esos obstáculos son parte de un esquema que disminuye ilegítimamente la responsabilidad política de los gobernantes, hospedando la persistencia imperecedera de las fallas estatales. En fin, es un problema que afecta a la eficacia de la acción estatal y a su capacidad de autocorrección.

Por otro lado, los obstáculos de acceso a la justicia que ha denunciado históricamente la sociología jurídica, incluido el de las ventajas que el Estado tiene como litigante, en cuanto típico caso de DF (en los términos de Galanter (1974-2001), son obstáculos más graves cuando involucran derechos públicos. La inaccesibilidad jurisdiccional de reclamos contra violaciones provenientes de la ley o de la administración pública, es dramática para el Estado de Derecho, cuando además involucra a ciudadanos desposeídos, vulnerables o con problemas de coordinación o insuficiente información. El Estado sin responsabilidad judicial por su acción fallida contra

grupos vulnerables se deslegitima drásticamente en términos republicanos, en cuanto contribuye directamente a la perpetuación y ampliación de las desigualdades.

Entonces, el argumento prevalente en favor de la jurisdicción estructural pública es el del valor republicano del igual acceso ciudadano a la jurisdicción, tanto para evitar fallas estatales que hieran de muerte su eficiencia, como escenarios de deslegitimación de la democracia republicana.

Pero este argumento no termina de cerrar el debate sobre la legitimidad de la jurisdicción estructural. Sucede que el *topos* de esa jurisdicción lo constituyen casos donde el objeto de judicialización son instituciones legales y políticas públicas fallidas regidas por la racionalidad administrativa o burocrática, bajo la autoridad de órganos políticos (ejecutivo y legislativo). De manera que el control jurisdiccional aquí, estaría poniendo en tela de juicio la racionalidad y autoridad de otros órganos de gobierno en el ejercicio de sus funciones propias. Ello puede verse como una intromisión en la esfera de funciones de otros poderes, atentando entonces contra el principio republicano de separación de funciones estatales.

Esta amenaza cobra un cariz especial en la adjudicación estructural de derechos. En efecto, si el control judicial recae sobre el caso de uno, o a grupo reducido de ciudadanos, estaríamos en el terreno de la normalidad del control entre poderes. Pero cuando esa regla pretende invalidar o exigir decisiones generales tales como políticas o leyes, la tensión toma una dimensión diferente. Aquí ya estaríamos frente a la decisión de un órgano no-electivo invalidando o reemplazando decisiones propias de órganos legitimados por la elección popular. A esta tensión suele enunciarse como la *objeción contramayoritaria*. De manera tal que en la adjudicación estructural pública, parecen quedar enfrentadas las razones republicanas de igualdad ante la ley y responsabilidad política de los actos de gobierno, por un lado, con las razones también republicanas del equilibrio de los poderes del estado y la supremacía de la democracia representativa.

No voy a abordar esta tensión de forma directa. Como adelanté, la aproximación de este trabajo es particularista, en cuanto se concentra en el peso específico de las razones en favor de la jurisdicción estructural. Sin embargo, no pretendo ignorar la llamada *objeción contramayoritaria*, ni otras que se oponen a la jurisdicción estructural. Sencillamente, intento contribuir

al debate de forma transversal, esto es, avanzando sobre el peso de las razones particulares en favor de la necesidad de la jurisdicción estructural.

6. LAS RAZONES PRAGMÁTICAS PARA LA JURISDICCIÓN ESTRUCTURAL

Las exigencias de economía procesal, por un lado, y la tendencia a adecuar las representaciones jurídicas de los problemas públicos a las representaciones culturales de esos problemas, por el otro, son las dos caras de las razones que aquí llamaré pragmáticas.

Ya en 1976 Abram Chayes refería a una nueva tendencia de casos judiciales en los Estados Unidos a la que llamaba litigio público, y que aquí califico como *litigio estructural público*. El jurista norteamericano la caracterizaba como “un reflejo de nuestra creciente conciencia de que un montón de interacciones públicas y privadas importantes –quizás las más importantes en la definición de las condiciones y oportunidades de vida de la mayoría de la gente –se gestionan sobre bases rutinarias o burocratizadas y no pueden ya ser visualizadas como transacciones bilaterales entre individuos privados” (Chayes 1976, 6; la traducción es propia).

En otras palabras, el surgimiento del Estado de bienestar y la creciente burocratización del derecho público, impuso una representación cultural sobre muchas de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos como si fueran imágenes repetidas de un mismo problema. En ellas los ciudadanos son parte de grupos, relacionados estructuralmente con el Estado, ya sea porque son grupos identitarios, en el sentido de auto percibidos como tales (indígenas, homosexuales, evangélicos, etc.), y/o porque aparecen como grupos estructurados por la misma política estatal (jubilados, presos, internos psiquiátricos, beneficiarios de una asignación social, etc.), o porque la definición cultural-jurídica del tipo de conflicto es la que estructuran la relación pública (la protección de un bien público, por ejemplo). Así, se van codificando judicialmente como conflictos únicos o estructurales, las relaciones conflictivas entre cada uno de estos grupos y el Estado.

De manera que tal que evitar la multiplicación de trámites iguales, que podrían ser tratados de la misma manera, es una de las razones de economía procesal en favor del abordaje estructural. Razón que, por otro lado, depende de la emergencia de representaciones culturales sobre los

conflictos públicos. Estas son razones pragmáticas para el abordaje judicial estructural.

Por otro lado, esas razones pragmáticas se alinean perfectamente con la necesidad de reducir la posibilidad de decisiones judiciales contradictorias sobre conflictos análogos. Esta es otra razón práctica, o de eficiencia de la jurisdicción, que tiene como anverso a la idea teórica de Fuller, de que sí “hay” ciertos problemas estructurales, para ellos la mejor solución es la global, debido a la interdependencia de los intereses involucrados, y la consecuente subordinación de estos al interés colectivo. En fin, estos son los principales componentes sobre los que se disciernen las razones pragmáticas preponderantes en favor del abordaje judicial estructural.

En el caso *Verbitsky (2005)*¹⁹ la Corte Suprema argentina se asienta en una justificación de este tipo (pragmática) para ejercer la jurisdicción estructural sobre una política pública de grandes dimensiones. La Corte refirió a los hechos no controvertidos de este caso como una “una situación genérica, colectiva y estructural”, que consiste en la “superpoblación carcelaria” en la provincia de Buenos Aires (considerando 23° del fallo). El tribunal asumió, además, la interconexión de ese “hecho genérico” (estructural) con ciertas condiciones específicas de hacinamiento sufridas por los internos, las que especificó como déficit de higiene, de instalaciones sanitarias, de ventilación, de luz natural, de mobiliarios en los calabozos y de alimentos. Todas ellas violatorias de normas jurídicas que el tribunal reseñó. En un primer nivel de análisis, es posible conjeturar que para la Corte una intervención judicial focalizada en cualquiera de esas condiciones de hacinamiento supondría tensionar la compleja red de la superpoblación carcelaria de una manera imprevisible o previsiblemente indeseable. Es decir, si se reclamara mejorar la higiene en las cárceles, por ejemplo, ello llevaría a la reducción de recursos para alimentación y viceversa. Desde otro ángulo, como lo denunció la demandante, puede entenderse que interponer *habeas corpus* individuales ante los jueces de ejecución ocasionaba el traslado de los internos de un lugar a otro. Es decir, aliviaba la situación de algún interno, pero agravaba la de otros (los que se alojaban en el establecimiento de recepción). Digamos, derramamos el vaso de un lado, intentando impedir

¹⁹ “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus” sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 03/05/2005.

que se derrame del otro. Cabe recordar aquí, que desde la visión teórica de Fuller (1978-79), la superpoblación carcelaria podría representarse como una situación de interconexión policéntrica de intereses, donde la interdependencia de las situaciones, imprime la necesidad pragmática del abordaje estructural.

En síntesis, la jurisdicción estructural encontró razones pragmáticas de dos órdenes para respaldar la toma de decisiones estructurales. Por un lado, representaciones culturales emergentes del problema público del hacinamiento en las cárceles, que imponían la necesidad de verlos en conjunto, tanto para remediarlos correctamente, como para evitar desgastes procesales innecesarios. Por otro lado, la idea teórica de la interdependencia de problemas e intereses en un caso definido como poli céntrico, la que exigía la resolución colectiva o estructural, para evitar los riesgos de soluciones singularizadas que provocarían desbordes imprevistos.

Estas razones que llamamos pragmáticas, se suman a las razones de igual acceso a la justicia de las personas vulnerables víctimas de las fallas estatales, así como a las razones de justicia distributiva, es decir, al argumento de evitar que las desigualdades económicos, sociales y culturales preexistentes, se transformen en ventajas procesales a favor del estado en el proceso de adjudicación de derechos públicos.

7. EL ARGUMENTO DEL BLOQUEO POLÍTICO, LA INCAPACIDAD INSTITUCIONAL, Y LOS REMEDIOS EXPERIMENTALISTAS

La complejidad fenomenológica de un problema público puede ser un indicador que alerta sobre un nuevo argumento en favor de la adjudicación estructural de derechos. Esa complejidad podría sugerir que sería más eficiente que intervenga la justicia con un proceso de remediación estructural, en lugar de exigir deferencia a los poderes políticos fallidos. Este es el argumento en el que se apoyan las llamadas propuestas remediales experimentalistas, como la de Sabel y Simon (2004), o la de Sturm (2001) (2002), referidas al específico terreno de los remedios estructurales complejos en organizaciones públicas.

En efecto, cuando la complejidad es producto de la persistencia temporal de un agravio que se ha enquistado como práctica normalizada del sistema burocrático, los experimentalistas como Sabel y Simon encuentran

en ese hecho un indicador de la incapacidad de los responsables institucionales para llevar adelante las transformaciones necesarias. A lo que se refieren, según lo entiendo, es a una incapacidad objetiva (no coyuntural), de las entidades institucionales u organizacionales, la que queda probada a partir de un prolongado gerenciamiento fallido.

El argumento es particularmente interesante para sopesarlo con una de las versiones de la objeción contramayoritaria que sostiene que la incompetencia funcional del Poder Judicial para entender este tipo de problemas, se traduce en una incompetencia técnica para abordarlos y resolverlos. En otras palabras, que la competencia para gestionar los problemas públicos es una competencia “típicamente” administrativa, que tiene como contracara la falta de competencia técnica para abordarlos de los órganos jurisdiccionales.

Nótese que el enfoque es diametralmente distinto en el trabajo de Sabel y Simon (2004), el que es uno de los principales hitos teóricos sobre los remedios judiciales complejos. En él, los autores se ocupan exclusivamente de los remedios para casos que involucren la reforma de instituciones u organizaciones públicas. Los autores observan la evolución jurisprudencial de los casos norteamericanos que Chayes llamó de “litigio público,” y en ellos advierten una nueva tendencia remedial a la que califican de “experimentalismo”.

La situación de la que parten estos autores, como ya adelanté, es la de una institución pública que ha venido fracasando administración tras administración, generando a través de ese fracaso un agravio constitucional indiscutible y grave. Éste no es un señalamiento anecdótico en los casos observados por los experimentalistas, ni una mera contingencia del contexto de descubrimiento. Se trata de su hipótesis de trabajo, la que funciona como eje de explicación y de justificación de la intervención experimentalista.

La hipótesis implica, en primer lugar, la *prueba* de que los procesos políticos tradicionales no pueden solucionar la situación agravante. A ello suele llamarse “bloqueo político”. Se trata de “instituciones que han fracasado sistemáticamente “... y permanecen inmunes a fuerzas tradicionales de [remediación] política” (Sabel y Simon, 2004, 1016). De manera que una orden remedial simple, de prohibición o autorización, dirigida al responsable de la burocracia política, sería igual a un pedido de agua en medio del desierto.

El caso *prima facie* al que refieren Sabel y Simon tiene dos elementos: la falla sistemática en alcanzar los estándares mínimos que justifican a la institución, y un bloqueo político para salir de esa falla, a lo que califican de “inmunidad a la corrección a través de los procesos políticos”. Explican los autores que “Cuando los actores privados se inmunizan frente a la competencia, intervienen las leyes antimonopólicas. En contraste, las instituciones del gobierno tienden a ser monopólicas. Su principal mecanismo de responsabilidad pública son los procesos electorales y políticos. Las normas públicas juegan un rol análogo a las leyes antimonopólicas en cuanto irrumpen en instituciones que se han escudado en acero frente a la presión política.” (Sabel, C. F. y Simon, W. H., 2004:1062-65).

Aceptado esto, la hipótesis funciona de hecho como una *razón pragmática* para fundar una intervención no deferente a los procesos de decisión política probadamente incapaces. Si los procesos ordinarios de toma de decisión política han mantenido el agravio sin solución a pesar de los cambios de liderazgo y de los procesos electorales, la deferencia hacia ellos sería auto-frustrante, y en cierta medida, cómplice de la irresponsabilidad estatal.

La hipótesis de trabajo asume además que el fracaso institucional es un agravio categórico. No se trata de una falla técnica menor de la institución, sino de un tipo de agravio cuya injusticia no es susceptible de discusión en el escenario político reinante. Esto es importante, porque radicaliza el carácter anacrónico de la discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de la intervención judicial en casos con estas características.

La idea subyacente en la frase “derechos desestabilizadores” que utilizan los autores, es la de una injusticia grave y fuera de discusión que se encarna en un reclamo de derechos. Es una injusticia con una potencia política tal que puede generar disposiciones políticas decisivas en favor de intentos renovados de revertirla. Justamente, cuando la *litis* de una decisión instaura ciertos hechos institucionales indiscutiblemente injustos en la categoría de “agravio a ciertos derechos”, estos últimos se convierten en una poderosa herramienta deslegitimadora de la institución (o de la política).

El desafío experimentalista es transformar esas instituciones deslegitimadas. Para ello será necesario “desatrincherar” las instituciones en cuanto conjunto de reglas de decisión, reconvirtiéndolas en reglas más sensibles a

los hechos que se denuncian como agravio²⁰. Esto requiere, desde la perspectiva de los autores, descentralizar las decisiones que la teoría del derecho históricamente ha llamado *regulativas* y *constitutivas* de la institución. He aquí el eje articulador de la propuesta experimentalista, la que al fin debe leerse sencillamente como una propuesta de descentralización institucional.

Escrutando de cerca el caso *Verbitsky* (2005) citado, podemos observar que representa con fidelidad la hipótesis de hecho, o caso *prima facie*, sobre el que avanza el experimentalismo. Una de las cosas que más llama la atención de ese proceso fue que las partes no hayan disputado ni los hechos del caso, ni su carácter agravante. No se discutió cuáles eran las condiciones de los centros de detención y cárceles de Buenos Aires, y ni siquiera estuvo en debate el caracterizarlas como “inhumanas”, o juzgar que ellas violaban los derechos humanos de los detenidos. La adversarialidad sobre los hechos y

20 El atrincheramiento político (*entrenchment*) de las instituciones que señalan Sabel y Simon tiene varias connotaciones posibles. No obstante, hay un significado preciso desde la teoría jurídica sobre la idea de atrincheramiento en la toma de decisiones que me resulta particularmente aplicable aquí. Me refiero a la idea de Schauer de que “La toma de decisiones [basada en reglas] casi siempre proviene de una generalización prescriptiva, pero puede adoptar dos direcciones distintas... [en una de ellas] el decisor trata a esas generalizaciones como atrincheradas y considera al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción (o decisión) incluso cuando las experiencias recalcitrantes abren una brecha entre las generalizaciones y las justificaciones que las generalizaron” (Schauer, F., 1999, 2004:111-112).

Entiendo que las instituciones deslegitimadas a las que refiere el experimentalismo, bien pueden representarse como instituciones que muestran grandes brechas entre las reglas de funcionamiento, y los fundamentos que en su momento las justificaron.

También siguiendo a Schauer podrían encontrarse otras razones para desconfiar de los procesos institucionales de toma de decisión históricamente fallidos. Explica que el atrincheramiento es en gran medida un fenómeno psicológico que “...hace que las propiedades soslayadas por una generalización resulten menos aptas para ser recuperadas cuando se lo necesita, las generalizaciones atrincheradas moldean de tal modo nuestra imaginación y captación que los recursos de nuestro intelecto que podrían concentrarse en propiedades diferentes [que estas últimas] se vuelven comparativamente inaccesibles” (Schauer, F., 1999, 2004:102)

En este mismo sentido, Sabel y Simon destacan que “[e]l efecto de la inicial intervención de la corte es desestabilizar las expectativas previas de las partes a través de efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían las posibilidades de experimentación experimentalista.” (Sabel, C. F. y Simon, W. H., 2004:1020) (La traducción y el resaltado son propios)

Estas ideas están también en línea con el pensamiento crítico más amplio de William Simon, en relación al juicio categorial y rígido que se basa en las reglas, en comparación con los juicios más contextuales que, en cambio, serían habilitados por el uso de estándares (Simon, 1998-2000).

el derecho durante la tramitación del proceso fue casi nula, y puso en evidencia la injusticia categorial detrás del reclamo de derechos²¹.

Lo notable del caso es que tampoco hubo adversarialidad respecto al marco inculpatório. El agravio fue objetivizado como producto de una incapacidad institucional que trascendía al gobierno de turno. Se explicitó la falla de la institución carcelaria, se advirtió que ella venía gestándose desde hacía varias décadas, pero nadie vinculó esa situación a ninguna acción singular de los funcionarios del gobierno presente. Esta circunstancia, de responsabilidad sin inculpaciones, favoreció la predisposición del gobierno demandado a la no-adversarialidad procesal. Incluso, favoreció una inicial disposición gubernamental a colaborar con el proceso de remediación. Así se planteó el primer escenario ideal que tienen en vista los experimentalistas para iniciar un proceso de acuerdo y descentralización. Algo que, lamentablemente, en los hechos no sucedió, de manera que la continuidad de la centralización estatal en el gerenciamiento de la política carcelaria hizo que la predisposición desapareciera de la agenda pública, con el cambio de administración.

Más allá de las contingencias posteriores, lo que me interesa advertir es que el caso *Verbtsky* ofreció un marco de responsabilidad no inculpatório que debe verse como una circunstancia crucial para posibilitar el experimentalismo remedial. Es decir, el gobierno asumió la responsabilidad ante los jueces no como culpable o malicioso causante del estado de las cárceles de Buenos Aires. Sino como una administración cociente que no podía solucionarlas. La remediación institucional se presenta entonces como un desafío epistémico y tecnológico, y no como un acto de fuerza del poder judicial dirigido a la rectificación de una acción deliberada o negligente.

Aquí se encuentra la otra clave de justificación práctica para la descentralización institucional que propone el experimentalismo. La descentralización debe verse como una estrategia epistémica, y no como una desautorización, o sanción. Ella se dirige a encontrar las capacidades institucionales

21 En el caso *Verbtsky* el Poder Ejecutivo provincial (demandado), había reconocido la situación denunciada al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01. También lo reconoció en audiencia ante la Corte en 2005, la que al decidir señala en el considerando 23° que “existen hechos no controvertidos en las actuaciones que [...] fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad” (la negrita es agregada).

que no existen, y/o se desconocen. Descentralizar permitiría abrir las reglas institucionales atrincheradas a su revisión, a su crítica y reformulación, desde un reclamo contextual y reflexivo, abandonando la estrategia de decisiones burocráticas centralizadas desde un panóptico que viene fracasando.

El otro punto crucial, que lamentablemente suele perderse de vista, es que esta recreación institucional descentralizada no está librada a la discrecionalidad ilimitada de las partes procesales. En la *litis* el juez ya instauró un interés colectivo o estructural que funciona como el predicado fáctico de una regla, guía u horizonte para la recreación institucional. Es decir, la regla de decisión del caso operará, en la instancia remedial, como una guía regulativa que sirve de base a la supervisión judicial remedial.

Equivocadamente, otros han visto en el experimentalismo una propuesta remedial enmarcada en las teorías deliberativas. En esta instancia debería resultar obvio que las teorías deliberativas de la jurisdicción parten de un supuesto diferente. En general, ellas asumen la validez *prima facie* de la *objeción contramayoritaria*, su aproximación es desde una lógica organicista, proponiendo la conversación entre el órgano jurisdiccional (y su racionalidad adjudicativa) y el órgano político (y su racionalidad administrativa o política). El experimentalismo, en cambio, lejos de aceptar *prima facie* la *objeción contramayoritaria*, o pensar la legitimidad en términos del origen de las decisiones, propone un eje de legitimación funcional y reflexiva. Es decir, el experimentalismo es un proceso funcional de remediación judicial estructural fundado en valoraciones pragmáticas de eficiencia, y no un proceso dialógico de remediación fundado en la debida deferencia entre órganos gubernamentales con funciones diferentes.

En la misma línea es un equívoco interpretar que la propuesta experimentalista lleva a que los jueces se desentiendan de la tarea remedial, librando sus resultados a la “negociación de las partes”. La crítica de Lucas Grosman, por ejemplo, se enfoca en que las partes negocian el remedio y, por tanto, el autor pretende que en ello renegocian libremente las reglas del caso. Así, asume que en el caso *Verbitsky* el experimentalismo llevaría a negociar “las condiciones dignas de detención” (Grosman, 2008: 151). Esta es una forma de distorsión exagerada de la propuesta experimental. Ella pasa por alto que las condiciones dignas de detención en *Verbitsky*, por ejemplo, fueron fijadas por los jueces con una referencia clara a los estándares establecidos por las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para

el Tratamiento de los Reclusos (1922)". Lo que las partes negociarían, si lo hubieran hecho, serían los procedimientos para alcanzar esos estándares, los que encarnan el interés estructural instaurado en la *litis*. Lo que un eventual proceso experimentalista hubiera fijado, en todo caso, es el modo de alcanzar las condiciones dignas establecidas en la sentencia, pero no cuáles son esas condiciones.

El hecho de que los jueces no tomen la decisión remedial completa, o que no apunten a exigir a la administración que las tome a través de los procedimientos burocráticos tradicionales, no presupone tampoco que "lo único que está en juego [para el experimentalismo] es el interés de las partes", como piensa Grosman (2008: 154). La decisión de auto restricción remedial del juez experimentalista tiene que ver con un simple juicio práctico que se asienta en razones pragmáticas, tales como, la convicción de que la solución no se encontrará de esa manera. Ese juicio práctico, como ya se dijo, es un supuesto de hecho de la decisión remedial. No se trata ni de proponer un acuerdo político a través de una conversación entre poderes, ni de confiar en que en la deliberación entre justicia y administración se encontrará el remedio, sino en descentralizar la institución fallida, instaurar un proceso reflexivo de metas, acciones y monitoreo continuo, bajo supervisión judicial, y en el marco de los estándares-objetivos generales establecidos en la regla de decisión.

Insisto, estamos ante casos cuya complejidad multicausal y persistencia histórica evidencian que no hay una receta de reforma institucional que esté aguardando en el cajón del funcionario público, o receta que el juez conoce y la administración ignora o resiste. La reacción descentralizadora propuesta tampoco responde a un juicio normativo sobre quién tiene competencias para decidir en esta situación, sino a un juicio pragmático sobre cuáles son las capacidades disponibles, cuáles las faltantes, y cómo generarlas. Insisto, el experimentalismo no pretende mucho más que postular una estrategia epistémica. Ella es fruto de un juicio pragmático que exige responder a la pregunta de cómo alcanzar capacidades institucionales que no están disponibles.

Finalmente, hay quienes han criticado la descentralización experimentalista desde el ángulo estricto de la *objeción contramayoritaria*. Consideran que esta estrategia remedial supone desplazar competencias administrativas hacia quienes no han sido elegidos popularmente, tales como

comisiones de técnicos, o actores con experiencia o información clave. Como ya advertí antes, este tipo de crítica respecto a cualquier estrategia remedial es, en principio, anacrónica en cuanto presupone capacidades administrativas que en el caso concreto se prueba categorialmente que no existen. Pero además de ello, se debe notar que la crítica pasa por alto el hecho de que las decisiones institucionales casi siempre son tomadas por quienes no han sido elegidos popularmente. En efecto, el director del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, fue elegido por un ministro, y no por elecciones populares. El ministro tampoco fue elegido en los comicios, sino designado por el presidente. En todo caso, lo que se critica es que quien designe a la persona encargada de tomar las decisiones de gerenciamiento no sea “directamente” un funcionario político, o que no provenga de un órgano político.

En tal sentido, la crítica es bastante más débil frente a la evidencia del *bloqueo político* expuesta en el caso *prima facie* del experimentalismo, y su debilidad se acrecienta cuando se advierten los términos más específicos de la descentralización experimentalista. En efecto, esa descentralización no es una orden judicial que desplazaría al jefe del Servicio Penitenciario designando un síndico, sino un “acuerdo remedial” en el que intervienen los órganos de decisión política también. Es decir, la descentralización es promovida por la intervención judicial desestabilizadora, pero no necesariamente es decidida ni articulada por ella (aunque ésta también es una alternativa). Pensemos en términos más concretos para capturar debidamente la idea.

Supongamos, por ejemplo, que en el caso *Verbitsky* la mesa de diálogo que ordenó la Corte (entre el Ministerio de Justicia de la Provincia, la demandante y las organizaciones que presentaron *amicus curiae en la causa*), hubiera acordado un proceso descentralizado de reforma institucional. Es decir, imaginemos que sentados a conversar el gobierno y sus demandantes hubieran decidido, por ejemplo, formar un comité con representantes técnicos de distintas agencias vinculadas al servicio penitenciario. Piénsese en expertos de las agencias penitenciarias específicas, fuera del gobierno, representantes de los detenidos en distintas circunscripciones, de los jueces de ejecución (por mencionar algunos actores con experiencia e información clave). Supongamos además que, por acuerdo remedial de la mesa de diálogo, se hubiese delegado en ese comité la tarea de alcanzar algunos objetivos a mediano y corto plazo (derivados de la interpretación de los

estándares impuestos por la Corte), y recomendar las medidas para alcanzarlos. Imaginemos, además, que los negociadores de la descentralización se comprometieran a hacer que se cumpliera con las medidas recomendadas por el comité para alcanzar esos objetivos. A continuación, también se asegurarían de establecer mecanismos de supervisión del cumplimiento de dichas medidas, así como de revisión y reformulación de medidas conforme a los objetivos propuestos. El monitoreo permanente, la idea de ensayar medidas que se evalúan en base a su capacidad para alcanzar un fin, y que pueden ser reformuladas en caso de fracasar, es la principal apuesta procesal de experimentación institucional²².

En el ejemplo imaginario, la potestad de decisión institucional del comité, además de delegada y respaldada por la mesa de diálogo, estaría limitada por los objetivos remediales que le son fijados. La homologación de la Corte del acuerdo remedial de las partes, dependerá de que los objetivos fijados para el comité resulten razonablemente instrumentales para alcanzar la *pretensión regulativa* de su decisión. El rol de la Corte será, entonces, de evaluador pragmático del acuerdo, y posteriormente, de garante del cumplimiento del acuerdo remedial. Finalmente, si la metodología del comité es la de un régimen de ensayo y error de medidas provisionales, monitoreadas y evaluadas conforme a su resultado, el desarrollo remedial será nítidamente experimentalista.

En resumen, la propuesta experimentalista consiste en la descentralización de instituciones basada en el reconocimiento de una incapacidad de las formas institucionales centralizadas para revertir situaciones de injusticia

22 “La regulación experimentalista combina normas más flexibles y provisionales con procedimientos que permiten la participación continua de las partes interesadas y con una responsabilidad medida. En los casos más distintivos, las normas de gobierno son estándares generales que expresan los objetivos que se espera que alcancen las partes –es decir, los productos y los insumos. Típicamente, el régimen concede a las partes una discreción sustancial para decidir cómo alcanzar estos objetivos. Al mismo tiempo, especifica tanto los estándares como los procedimientos para la medición del rendimiento institucional. El rendimiento es medido tanto en relación a lo que las partes se comprometieron inicialmente como en relación al rendimiento de otras instituciones con las que se compara [...] La regulación experimentalista es característica de la gobernabilidad en «red» o con «multiniveles», la que prolifera en Estados Unidos y la Unión Europea, procesos de toma de decisión que no son ni jerárquicos ni cerrados y que permiten que personas de diferente nivel, unidad e incluso de diferentes organizaciones, colaboren en la medida en que las circunstancias lo demanden” (Sabel, C. F. y Simon, W. H., 2004, 1019).

indiscutibles. Cuando se acuerdan entre las partes objetivos remediales intermedios (a mediano y corto plazo), ellos pueden funcionar como el marco de ensayo de medidas dirigidas a alcanzarlos. Esas medidas inicialmente provisionales, se transformarán en reglas de decisión estable cuando demuestren capacidad para alcanzar los objetivos remediales. Así, ese ensayo va creando la tecnología remedial dirigida a hacer efectiva la *pretensión regulativa* de la decisión judicial desestabilizadora.

Es importante tener presente que no todos los casos que involucran a instituciones públicas reúnen las condiciones de incerteza remedial, bloqueo político e injusticia categorial que favorecen procesos de descentralización colaborativa. En condiciones diferentes, las intervenciones judiciales enfrentan complejidades remediales distintas, y a veces deben hacerlo en procesos altamente adversariales que no generan oportunidades de acuerdo, y que reviven la tensión impuesta por la *objeción contramayoritaria*. Las premisas pragmáticas para evaluar la legitimidad de las decisiones remediales serán, entonces, muy diferentes²³.

CONCLUSIÓN

La jurisdicción estructural debe verse en primer término como una herramienta para garantizar el igual acceso a la justicia, y con ello, legitimar el rol jurisdiccional. En los conflictos entre particulares su objetivo puede verse como el de evitar que las reglas procesales funcionen como esquemas de bloqueo a ciertos reclamos. Este esquema tiene como contracara, el servir de incentivo para que los agentes del mercado violen derechos a gran escala, y se aprovechen de las desigualdades preexistentes en la sociedad. Se

²³ Vale mencionar que las condiciones de incerteza y de injusticia categorial pueden aparecer también en el marco de organizaciones privadas demandadas donde sin embargo, no puede hablarse de bloqueo político. Ello ocurre usualmente en los procesos comerciales de concursos y quiebras, o en las demandas de discriminación estructural institucional. Susan Sturm (2001) se ha ocupado de reflexionar sobre la remediación experimentalista en estos escenarios. Además, esas condiciones pueden aparecer también en situaciones agraviantes que no derivan directamente de la acción organizacional, ni pública ni privada. Una creciente mortalidad por desnutrición infantil, por ejemplo, es un caso que tendría estas características: incerteza remedial, injusticia categorial, e incluso bloqueo político. Esas condiciones para la descentralización y la experimentación remedial podrían, quizá, ser suficientes para legitimar la intervención judicial estructural experimentalista.

trata entonces de un dispositivo jurisdiccional de autocorrección, tendiente a asegurar la eficiencia del proceso adjudicativo de derechos, y que resulta sensible a las desigualdades estructurales preexistentes en la sociedad.

Además de servir como herramienta de acceso a la justicia, la jurisdicción estructural atiende a razones pragmáticas de economía procesal, y eficacia jurisdiccional frente a las formas burocratizadas de las violaciones a derechos. En particular, en los conflictos públicos el objetivo de la adjudicación estructural es evitar la perpetuación de fallas estructurales del Estado en contra de los derechos de poblaciones vulnerables. La remediación estructural pública, en cambio, sólo se justifica frente a la necesidad de superar los *bloqueos* de acceso a los procesos políticos de grupos vulnerables, bloque que impiden rectificar instituciones largamente fallidas. En estos casos, el experimentalismo se presentó como una alternativa pragmática con gran potencialidad para la legitimación política de la remediación judicial estructural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (1997), "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Betancourt, F. (1995,2007), *Derecho Romano Clásico*. 3º edición. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Capeletti M. y Garth B. (1978-1983), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. Informe General*. La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.
- Chayes, A. (1976), The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89, 1281.
- Finklestein, Herman (1954), The composer and the public interest-regulation of Performing Rights Societies. *Law and Contemporary Problems*, 19, 275.
- Galanter, Marc (1974-2001), "Porque los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico". En Mauricio García

- Villegas (ed.), *Sociología Jurídica. Teoría del derecho y teoría sociológica en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Grosman, Lucas S. (2008), *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. (2011), *El costo de los derechos. Porque la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Pemerantz, P. (1970), New developments in Class Actions. Has their Deth Knell Been Sounded?, *Bus. Law*, 25, 1259.
- Polanyi, M. (1951), *The Logic of Liberty. Reflections and Rejoinders*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Puga, M. (2013), *Litigio Estructural* (tesis doctoral). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga.
- Puga, M. (2014), "Litigio estructural". *Revista de Teoría de la Universidad de Palermo*, 1, 2.
- Sabel, Ch. F. y Simon, W. H. (2004), "Destabilization Rights: How public law litigation succeeds". *Harvard Law Review*, 117, 1015.
- Sabel, Ch. y Dorf, Michael (1998), "A Constitution of Democratic Experimentalism". *Colum. L. Rev.* 98, 267.
- Schjolden, L. (2009), "Sentencing the Social Question: Court-Made Labor Law in Cases of Occupational Accidents in Argentina, 1900-1905". *Journal of Latin American Studies*, 41.
- Simon, W. (1998, 2000), *The practice of Justice*. Boston: Harvard University Press.
- Sturm, S. (2001), "Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach". *Columbia Law Review*, 101, 458.
- Sturm, S. (2002), "Remedying Organizational Discrimination". En R. Kagan, M. Krygier y K. Wilson (eds.), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*. Recuperado de: <http://www2.law.columbia.edu/ssturm/pdfs/Remedying%20Organizational%20Discrimination.pdf> [última visita 24/09/2020].
- Yeazell, S. C. (1980), "From group Litigation to class action". *UCLA Law Review*, 27.

Claves para una nueva legitimidad de la Justicia Federal en Argentina¹

CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA²

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

En agosto de 2019 se cumplieron 25 años de la última reforma de la Constitución Nacional Argentina. Como es sabido, uno de los mecanismos institucionales que los y las convencionales constituyentes de 1994 reformaron con el anhelo de elevar la transparencia, la credibilidad, la seguridad jurídica y la independencia del Poder Judicial fue el procedimiento por el cual los jueces y las juezas federales habrían de ser seleccionados/as, designados/as, controlados/as y removidos/as en sus cargos a partir de la jura de la nueva Constitución.

Sin embargo, parece existir una tensión manifiesta entre el discurso apologético de aquella reforma –cierto discurso ‘republicano’ que se ha articulado a través de los textos mediante los cuales se ha enseñado el Derecho Constitucional en la mayoría de las universidades públicas argentinas en este último cuarto de siglo– y las demandas insatisfechas de buena parte de la población por una justicia realmente independiente.

- ¹ El presente trabajo es un resultado parcial de las investigaciones realizadas al seno del Proyecto 06/E067: “Desafíos actuales al Estado de Derecho. Parte II: La cuestión de la legitimidad democrática”, financiado por la Secretaría de Investigación, Internacionales y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo.
- ² Licenciado en Filosofía por la Universidad del Salvador (Argentina). Abogado y Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Profesor Titular Efectivo de “Filosofía Social y Política” en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo.

Dicha tensión se patentiza, por ejemplo, en el cuestionamiento a la legitimidad del accionar de los jueces y las juezas cuando, fruto del activismo judicial que atraviesa buena parte de nuestra región, se involucran en “cruzadas contra la corrupción” delineadas e impulsadas por el poder político de turno en detrimento del accionar de los organismos administrativos expresamente creados para ese fin. Esa tensión ha cobrado una mayor visibilidad institucional en nuestros días a raíz del reciente pedido de informes por parte del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de los Magistrados y Abogados a raíz de la denuncia formulada ante ese organismo por la Liga Argentina por los Derechos Humanos, el colectivo AJUS (Abogados por la Justicia Social) y la ONG “Iniciativa Justicia” (“La justicia argentina en shock por el pedido del Relator de la ONU” en *Página 12*, martes 5 de noviembre de 2019)³.

Sin embargo, el fenómeno del activismo judicial y de la “cooptación” de los jueces –como se suele decir hoy– en pos de la judicialización de la política no es algo reciente a pesar de la cobertura mediática que ha logrado en los últimos años. De hecho, una aguda reflexión que en tiempos de la reforma constitucional de 1994 hacía un filósofo del Derecho de nuestro país ponía de manifiesto que ya en aquellos años latían fuertes sospechas sobre la falta de independencia del poder judicial respecto de los poderes fácticos que los controlaban y que a la larga socavarían buena parte de su legitimidad:

Con la reconducción democrática del continente, se revalorizó el papel de una justicia independiente y se puso en sus manos la palabra final acerca de la legitimidad de las estrategias mediante las cuales, los gobiernos que protagonizaron los complejos procesos de transición democrática, resolvieron saldar sus cuentas con el pasado y construir una nueva institucionalidad. Ahora bien, ese proceso no se cumplió sin graves zozobras. Las democracias recuperadas estuvieron sometidas a severas sobre-determinaciones que, si en las primeras épocas adquirieron la forma de la amenaza sediciosa, proveniente de corporaciones militares desprestigiadas aunque con poderes fácticos preservados,

3 En torno a las atribuciones y cometidos del Relator Especial de Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados, puede verse el sitio oficial del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Judiciary/Pages/IDPIndex.aspx> (28/IX/2020)

con el correr del tiempo adquirieron, en cambio, la forma de la extorsión económica. Extorsión, no solo proveniente de un sistema de dominación mundial que se tornó a la vez unipolar y global, sino también de grupos económicos internos, asociados a aquel y beneficiarios del desguace del Estado a cualquier precio, que dicho sistema impuso, en nombre de la eficiencia económica (Cárcova, C. 1995, 32)

Pero lo cierto es que al margen de fenómenos como el activismo judicial, la creciente judicialización de la política, el continuo “acoso” del poder ejecutivo y la “evidente dependencia del poder judicial argentino” (Gargarella, R. 2011, 247), los jueces y las juezas federales constituyen uno de los tres poderes clásicos de toda república moderna, y por esa razón no pueden escapar a la cuestión de qué tan legítimo resulte el ejercicio del poder que la Constitución les otorga y que en la última instancia federal –la Corte Suprema de Justicia de la Nación– resulta ser un poder claramente político, no meramente jurisdiccional.

Por esa razón, el presente trabajo intenta problematizar la cuestión de la legitimidad democrática específicamente en relación al poder judicial, y para ello se propone revisar algunas de las tensiones latentes entre cierto ‘saber republicano’ recogido de la corriente principal del Derecho Constitucional argentino –visible en los manuales de uso en las universidades públicas argentinas– y determinadas prácticas institucionales cuyos registros proporcionan fuertes indicios de un desplazamiento social en torno a esa legitimidad específica. Dicho de otro modo, las crecientes demandas por una mayor participación popular en la selección, designación, control y remoción de los jueces y las juezas registradas en los últimos años parecen sugerir que la ‘legitimidad republicana’ proyectada por los y las convencionales constituyentes de 1994 no ha estado funcionando en la dirección esperada.

En consecuencia, resulta necesario reflexionar en torno a la distancia existente entre la legitimidad proyectada por los convencionales de 1994 y un tipo diferente de legitimidad exigida hoy por el grueso de la sociedad; una legitimidad que –entre otros beneficios– permita acortar la brecha existente entre cierto ‘saber republicano’ y las prácticas reales a través de las cuales no solamente se seleccionan, designan, controlan y remueven los jueces y las juezas federales en Argentina, sino también –y sobre todo– se

legítima el ejercicio mismo del poder “jurisdiccional”. Por las razones que se proporcionan más adelante, la legitimidad que hoy parece exigir el grueso de la sociedad de los jueces y juezas se acerca bastante a lo que Pierre Rosanvallon califica como una legitimidad de “proximidad” o de “cercanía”.

Para ello, se procederá de la siguiente manera. En primer lugar, se partirá de una redefinición del concepto de ‘legitimidad republicana’ a la luz de lo que fueron los mecanismos proyectados por los y las convencionales constituyentes de 1994 para analizar inmediatamente algunos parámetros que proporcionen pautas objetivas del grado de satisfacción o cumplimiento de las expectativas sociales depositadas en torno a esos mecanismos.

En segundo lugar, a través de un ejercicio dialéctico, se evaluarán las posibilidades teóricas y prácticas de una legitimidad de base ‘popular’ –por llamarla de algún modo, atendiendo a la idea de una mayor participación de la ciudadanía en la selección, designación, control y remoción de los jueces y las juezas– con el objeto de contrastar tales posibilidades con las demandas de auténtica justicia por parte de las minorías todavía excluidas y marginadas de nuestra sociedad. Hacia el final, se postulará la necesidad de una *praxis* jurídica orientada hacia una nueva forma de legitimidad basada en la ‘proximidad’ o ‘cercanía’, con el alcance y en los términos planteados en la última sección del trabajo.

II. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE LA JUSTICIA FEDERAL EN CLAVE DE LEGITIMIDAD ‘REPUBLICANA’

Para poder comprender la noción de ‘legitimidad republicana’, resultará útil partir de la diferencia, en primer lugar, entre las nociones de ‘legalidad’ y de ‘legitimidad’.

A grandes rasgos podría decirse que la legalidad de un título depende de su ajuste o adecuación a determinados requisitos formales establecidos normativamente. Las normas establecen repartos, títulos y sanciones imputables a diversas conductas humanas, y la teoría jurídica distingue –entre otros conceptos– la validez formal y sustancial de determinados títulos a los que la conducta humana debe ajustarse. Sin embargo, en el marco de este trabajo se dejará de lado la cuestión de la validez de los títulos, y se reconducirá esa distinción a la cuestión más relevante de la legalidad y de la legitimidad, asimilando a grandes trazos –y sólo a efectos didácticos– la

validez formal de un título a la cuestión de la legalidad, y la de la validez material o sustancial a la de la legitimidad.

Así por ejemplo, si nos referimos a una situación jurídica concreta, como es el caso de la ocupación por parte de los trabajadores de una fábrica cerrada por sus propietarios en una maniobra de vaciamiento de empresa, en caso de que dicha ocupación no se ajuste a los procedimientos establecidos en la normativa vigente podrá caratularse como ilegal; pero otra cosa es que la ocupación, hecha para preservar las fuentes de trabajo, resulte ilegítima. La cuestión de la legitimidad entraña aspectos políticos que –al menos en ese ejemplo concreto– superan los alcances del encuadre jurídico. En otro ejemplo ilustrativo –y de algún modo más cercano a las tensiones que este trabajo procura poner de manifiesto–, presidentes y jueces o juezas de una determinada república ejercerán un poder legal si se ajustan formalmente a las competencias establecidas en la Constitución, pero no necesariamente legítimo si en ese ejercicio no respetan exigencias mínimas de justicia. Por ejemplo, dictar 8 (ocho) imputaciones penales en un solo y mismo día contra una persona acusada de cohecho, desvío de fondos en obras públicas y otras causas de larga y compleja sustanciación podrá “ajustarse a derecho” como suele decirse, pero difícilmente será legítimo si con ello se violenta un razonable derecho a la defensa y al debido proceso.

Ahora bien, como definir el derecho y la justicia ha traído a no pocos juristas por la calle de la amargura (Atienza, M. 2009, 33) ya que las diversas concepciones de justicia y de derecho hoy vigentes son sencillamente inconmensurables entre sí, la cuestión de la legitimidad no debería quedar atada a una indefinición teórica imposible de zanjar. La legitimidad o ilegitimidad de una determinada praxis es ante todo una cuestión de hecho, ligada fundamentalmente a *expectativas* y demandas sociales. Las demandas de la población por condiciones que hagan posible una mayor legitimidad de la justicia federal en términos de transparencia, credibilidad e imparcialidad son, en nuestros días, evidentes para todos/as. Eso exige, entonces, que la cuestión de la legitimidad tenga que conceptualizarse desde horizontes y bases más firmes que las proporcionadas por una abstracta teoría de la justicia, cualquiera que fuese ésta.

Una base firme en la que apoyar la cuestión de la legitimidad (en sus diversas variaciones) parece estar dada por la satisfacción de determinadas *expectativas* sociales. La acción humana –tanto individual como social– es

posible gracias a ese “presentimiento humano, que distingue al hombre de los demás animales, que es la expectativa misma” (Cruz, L. 2000, 76). En palabras de Jeremy Bentham, la expectativa es fruto de la imaginación del ser humano cuando éste proyecta la futura realización de una conducta sobre la base de un juicio más o menos firme acompañado de una persuasión más o menos intensa (Bentham, J. 1983, 90).

En este sentido, y en relación a las tensiones que este trabajo procura poner de manifiesto, se podría definir la legitimidad (al menos el tipo de legitimidad que servirá como marco de referencia ideal en la presente búsqueda) como la capacidad de dar respuestas a las expectativas sociales depositadas en torno a determinadas conductas institucionalizadas por el derecho. Si se circunscribe el concepto al tipo de legitimidad que un determinado saber –cierto saber ‘republicano’– atribuye al poder judicial, podría definirse, entonces, dicho concepto como la *capacidad de dar respuestas a las expectativas sociales de imparcialidad depositadas en torno a la selección, designación, control y remoción de los jueces y las juezas de una determinada república*⁴. Pero si, por el contrario, se apunta a otro tipo de legitimidad que según Rosanvallon se ha ido abriendo paso en las últimas décadas a través de un nuevo y más exigente ideal de vida democrática, entonces podríamos definirla como la *capacidad de dar respuestas a un conjunto de expectativas sociales depositadas en torno al comportamiento de los gobernantes* (entre los cuales habría que incluir a los/as magistrados/as, en sentido amplio), un comportamiento que se espera de ellos y ellas en términos de presencia, de atención, de escucha, de equidad, de compasión, de reconocimiento y de respeto a las particularidades y a las diferencias (Rosanvallon, P. 2009, 35). Una cosa es, en efecto, que la designación de un juez o jueza haya sido legítima por respetar el mecanismo de imparcialidad previsto en la reforma, y otra cosa es que ese juez o jueza pueda legitimarse en su comportamiento cotidiano, de cara a la sociedad, por su cercanía y proximidad a las particularidades y diferencias de las minorías, sobre todo de los/as excluidos/as. En cualquier caso, lo común a

4 El intento por rastrear los orígenes de la legitimidad judicial basada en las expectativas de *imparcialidad* que ella despierta podría remontarse hasta los argumentos proporcionados por John Locke en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1689) en torno a la necesidad de un árbitro imparcial en cuyas manos se deposite la administración de justicia.

cualquier definición de legitimidad es la capacidad de responder a determinadas expectativas sociales, como puede apreciarse.

Pero si bien es cierto que las expectativas tienen una ineludible base subjetiva, y que la medición cardinal y la comparación interpersonal de las mismas ha resultado un problema insoluble para quienes, por ejemplo, intentaron sentar sobre ellas las bases de una teoría económica de la acción humana (Martínez Cínca, C.D. 2013, 277), esa dificultad desaparece cuando las expectativas a tomar en cuenta son las que el propio derecho establece como relevantes, las jerarquiza y las normativiza. En definitiva, los fines del ordenamiento jurídico de los que habla el artículo 10 del Código Civil y Comercial argentino al regular la institución del abuso del derecho definiéndolo como una acción contraria a dichos fines, no son más que expectativas sociales cuya relevancia tomó en cuenta el legislador al jerarquizarlos y normativizarlos.

Ahora bien, es evidente que la jerarquización y la normativización de determinadas expectativas sociales proceden, en todo momento de la historia humana, desde un cierto y determinado saber. A los fines del presente trabajo, el saber desde el cual los/las convencionales constituyentes de 1994 jerarquizaron y normativizaron las expectativas sociales depositadas en torno al accionar de los futuros jueces y juezas se identificará aquí con el nombre de ‘saber republicano’. La elección de ese rótulo se hace en mérito a lo que cierta tradición política, desde Cicerón en adelante, ha señalado como rasgos básicos de una república: la división de poderes y la *imparcialidad* en la revisión y el control de los actos de gobierno, entre otros⁵.

En efecto, los y las convencionales constituyentes de 1994 creyeron posible dotar a la justicia federal de una mayor legitimidad republicana si le quitaban a la Corte Suprema de Justicia de la Nación las facultades disciplinarias y administrativas sobre el Poder Judicial –como había sido costumbre a partir de la constitución alberdiana de 1853– y colocaban los mecanismos de selección y designación de los jueces y juezas federales

5 A diferencia de otras corrientes de pensamiento político, el ‘saber republicano’ nunca se constituyó como un cuerpo doctrinal unívoco y dogmático, cuyos temas y cuestiones hayan permanecido inalterables a lo largo del tiempo. “Por eso, más que de una corriente filosófica o teórica asociada a un único filósofo o escuela, debemos hablar de una tradición republicana cuyos orígenes se remontan a la Roma antigua” (Bignotto, N. 2006, 716).

en manos del Consejo de la Magistratura (artículo 114 de la Constitución reformada), y los de control y remoción tanto en este organismo como en el Jurado (o *Jury*) de Enjuiciamiento (artículo 115). Diversas leyes posteriores a la reforma constitucional se encargaron de reglamentar la composición y el funcionamiento de ambos organismos, pero más allá de las vicisitudes experimentadas en torno al número y a la calidad de sus integrantes, lo cierto es que los y las convencionales de 1994 pensaron que se ganaría en credibilidad, transparencia e imparcialidad si el Consejo se integraba de un modo tal que se procurase “el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal... [como] asimismo por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”, tal como reza el mencionado artículo 114.

Si se toman en cuenta las categorías desarrolladas por Pierre Rosanvallon en esa gran obra abocada al estudio de los orígenes históricos y a la evolución de la legitimidad democrática, podría decirse que el desplazamiento de legitimidad operado por la reforma de 1994 en torno al mecanismo de selección, designación, control y remoción de los jueces y las juezas federales estaba destinado a visibilizar en nuestro país –aunque en una dirección sesgada– la transformación de la mayoría de las democracias occidentales operada a partir de la década de 1980, es decir, el ingreso a una nueva era de la legitimidad democrática en la que el antiguo sistema dual de la “doble legitimación” (legitimidad de origen o establecimiento y legitimidad de desempeño o funcionamiento) fue avanzando hacia nuevas formas de legitimidad derivadas de tres formas diferentes de entender la “generalidad social”: la legitimidad por respeto a la imparcialidad, a la reflexividad y a la proximidad.

En efecto, parece evidente que los y las convencionales constituyentes de 1994 apuntaron en esta materia a una legitimidad del poder judicial basada, ante todo, en el respeto a la imparcialidad en la designación y remoción y derivada de una comprensión de la “generalidad social” en términos de negatividad y de control, tal como lo explica Rosanvallon en el segundo capítulo de esa obra (Rosanvallon, P. 2009, 119-180). Sin embargo, el filósofo francés señala allí que “la redefinición de la legitimidad procede de una deconstrucción y de una redistribución de la idea de generalidad social que lleva a pluralizar radicalmente sus formas”, y puesto que hay diversas

formas de actuar y de hablar en nombre del pueblo o de la “generalidad social”, las tres nuevas formas de legitimidad democrática resultan *complementarias*, de modo que en ausencia de alguna de ellas no parece que se puedan satisfacer las expectativas sociales que hoy genera el nuevo y exigente ideal de vida democrática (Rosanvallon, P. 2009, 31).

Esta advertencia de uno de los filósofos políticos contemporáneos que más de cerca ha estudiado la cuestión de la legitimidad democrática en nuestro tiempo pone de manifiesto, entonces, cierto déficit en la apuesta de los convencionales constituyentes de 1994 por una legitimidad de los jueces basada exclusivamente en la imparcialidad en la elección y en la evaluación del desempeño de los jueces y de las juezas federales. Dicho de otro modo, la apuesta por una legitimidad basada solamente en la imparcialidad de selección y de remoción –incluso suponiendo que efectivamente ella se lograra– era una apuesta que, un cuarto de siglo más tarde, habría de resultar insuficiente. La cuestión de si se podría haber apostado o no por una legitimidad de bases más amplias en aquel determinado momento histórico de la Argentina es un tema difícil de responder que, además, excede los propósitos del presente trabajo.

De todas formas, como sugiere un estudioso del derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz, buena parte de las discusiones que desde la reforma y hasta el presente se suscitaron en nuestro país han girado en torno a si la tradición republicana francesa o más bien la americana fue la que inspiró a los y las convencionales de 1994 la creación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, pero “casi no existen trabajos que hayan focalizado la atención en el funcionamiento de ambas instituciones” (Benente, M. 2019, 75-76). En los párrafos que siguen, habiendo definido provisoriamente la legitimidad republicana –en lo que concierne a la Justicia Federal– como la *capacidad de dar respuestas a las expectativas sociales depositadas en torno a la imparcialidad en la selección, designación, control y remoción de los jueces y las juezas de una determinada república*, basada en una comprensión de la generalidad social como una negatividad sometida a control, se analizará en qué medida dichas expectativas han sido satisfechas o cumplidas para analizar más adelante los *déficits* que entraña esa comprensión sesgada –por incompleta– de la legitimidad.

*II. 1. Expectativas en torno a la selección y designación de los jueces:
la importancia de los perfiles*

Hasta 1994 los jueces y las juezas federales eran designados/as por el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado de la Nación, mediante arreglos de naturaleza esencialmente política. Pero a partir de la reforma y de las leyes posteriores que reglamentaron la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, los jueces y las juezas federales acceden a sus cargos a través de un mecanismo de concurso que arroja al final del procedimiento una terna vinculante de la cual el/la presidente de la República propone a uno/a de los/as candidatos/as que requiere del acuerdo del Senado para su efectiva designación. El procedimiento del concurso, en la actualidad, es sustanciado por un Jurado designado por el plenario del Consejo de la Magistratura, y consta de tres etapas. La primera consiste en una compulsu y calificación de antecedentes; la segunda en un examen escrito; y la tercera en una entrevista personal con el/la postulante. Cada etapa concluye con las calificaciones correspondientes que se suman para la determinación del puntaje final.

El impacto que esta reforma produjo en términos de un avance y consolidación del saber republicano en los manuales de la enseñanza universitaria quedó rápidamente atestiguada por la defensa que hiciera de ella el exponente más conspicuo y reconocido de esa tradición en nuestro país, en medio del general escepticismo –cuando no rechazo– con el que evaluó los principales aspectos de la reforma:

Lo que sí estamos en condiciones personales de adelantar es favorable en algunos aspectos. La intervención del Consejo de la Magistratura en el proceso de *designación* y de *enjuiciamiento de jueces* se nos hace satisfactoria, porque amortigua la gravitación político-partidista que el sistema anterior dejaba en ciernes, con todas las malas consecuencias que, muchas veces, nos atestiguó la experiencia en la constitución material (Bidart Campos, G. 1995, 499)

Pero como se dijo al comienzo, ha transcurrido un cuarto de siglo ya lo bastante largo como para evaluar, con parámetros objetivos, el grado de cumplimiento o satisfacción de las expectativas sociales generadas por ese

saber republicano, y eso es lo que se pretende realizar en este apartado del trabajo.

Lo primero que urge señalar es que el sistema de pruebas de oposición y antecedentes define el *perfil* de juez o de jueza que luego integrará la terna, porque como sostiene Benente (2019, 78), más allá de que luego sea el Poder Ejecutivo quien eleve al Senado el pliego del o de la postulante que quedó en el tercer puesto en lugar del que o de la que quedó en el primero o en el segundo, es evidente que los/las tres postulantes que finalmente integran la terna vinculante surgen de un mecanismo de selección configurado en base a determinados saberes, destrezas y competencias que otorgan mayores o menores puntajes a los ojos del Consejo y que, en consecuencia, definen un *perfil* de juez y de jueza. Sin embargo, el minucioso estudio que Benente cita en su trabajo, fruto de las investigaciones llevadas a cabo por el Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial de la Universidad Nacional de José C. Paz, muestra una serie de llamativas deficiencias en ese perfil de los jueces y juezas que el proceso del concurso pretende evaluar.

En efecto, en cuanto a la compulsa de antecedentes, realizada conforme a la tabulación contenida en el Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación (aprobado por Resolución del Consejo de la Magistratura previsto en la reforma del 94) llama la atención, por ejemplo, que las publicaciones científicas en revistas indexadas no tengan previsto un puntaje especial (con el valor agregado que supone la publicación en una revista de alto impacto con arbitraje de evaluadores ciegos), o que la principal variable de ajuste y la que otorgue mayor puntaje sea el haber ocupado durante mayor tiempo cargos similares al concursado (como si el mero transcurso del tiempo fuese una fuente de legitimidad suficiente), o que a un doctorado (el máximo grado académico que se puede alcanzar) se le asigne el mismo puntaje que un ciclo de formación o capacitación realizado en alguna escuela judicial de las que funcionan en diversas circunscripciones, entre otras singularidades (Benente, M. 2019, 81). A la luz de estas llamativas tabulaciones, resulta difícil sostener que el Consejo de la Magistratura –a través del reglamento del Concurso– haya querido proyectar un perfil académico de excelencia sobre los jueces o juezas federales de la Argentina, y en todo caso lo que parece evidente es que se privilegia –al menos en la

calificación de los antecedentes— la “endogamia” del sistema, con todas las consecuencias negativas que ella trae aparejada en términos de corporativismo y de ausencia de incentivos para superar la mediocridad intelectual en un poder que, paradójicamente, la mayoría de los juristas no duda en calificar como un “cuerpo aristocrático” (Posner, R. 1999, 465).

En cuanto a las pruebas o evaluaciones escritas que se toman a los/as candidatos/as, también resulta llamativo, por ejemplo, que no se evalúen destrezas o habilidades básicas de trabajo en equipo, ni capacidades retórico-argumentativas como tampoco de redacción ni de escritura. Resulta bastante conocida y difundida la tendencia en el mundo de habla hispana a combatir el formalismo jurídico que se manifiesta —entre tantos otros aspectos— en el uso de una prosa ampulosa, en el empleo de un lenguaje oscuro y evasivo en las sentencias y en la abusiva apelación a los valores abstractos y a las arcaicas citas de autoridad (Atienza, M. 2013, 49). De hecho existe toda una corriente promovida desde la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (a través de su Centro de Información Judicial⁶), como también desde diferentes universidades públicas y privadas de nuestro país que propugna el empleo de un lenguaje jurídico claro y sencillo con la finalidad de llegar al entendimiento de la gente común —de los *legos*, como suelen decir los juristas—. No obstante, esas competencias están fuera de la evaluación por la que deben pasar los/as futuros/as jueces y juezas de la República.

Pero más llamativa aún es la ausencia de criterios para evaluar perspectivas de clase o de género —vinculadas a injusticias de redistribución y de reconocimiento, respectivamente— que los jueces y las juezas deberían ineludiblemente poseer hoy a riesgo de ignorar los esquemas estructurales a través de las cuales se siguen reproduciendo en nuestro mundo profundas injusticias que todavía afectan a minorías discriminadas por medio de patrones culturales cristalizados en las normas jurídicas (Fraser, N. – Honneth, A. 2006, 13-88). Es un dato que en Argentina toda controversia judicial con cobertura mediática y —por consiguiente— fuerte impacto en la opinión pública parece resolverse en un contexto atravesado por injusticias de redistribución y de reconocimiento. Sin embargo, en lugar de incentivar las

6 Véase, por ejemplo: <https://www.cij.gov.ar/nota-33385-Sentencias-en-lenguaje-claro.html> (28/IX/2020).

aproximaciones jurídicas y conceptuales a las problemáticas, por ejemplo, de *piso pegajoso* y de *techo de cristal* que padecen las mujeres en el ámbito laboral (entre otras muchas injusticias), el sistema de evaluación parece modelar un perfil de juez y de jueza ‘formalista’ que resuelve sus casos con independencia de tales consideraciones (Benente, M. 2019, 84-85).

Por último, las entrevistas personales que se realizan a los/as candidatos/as no contribuyen prácticamente en nada a la legitimidad por imparcialidad en el proceso de selección. En efecto, a pesar de no otorgar puntaje alguno, y de abarcar temarios que se superponen habitualmente con los de las evaluaciones escritas, los criterios de evaluación para las entrevistas contenidos en el Reglamento antes dicho apelan a baremos tan generales e imposibles de verificar o de someter a una cuantificación objetiva (por ejemplo el “sentido común y la prudencia” del postulante) que las sospechas de parcialidad –y de arreglos políticos– en el proceso de selección terminan siendo muy fuertes, como se deja ver por el simple hecho de que en dos de cada tres procesos se revierte el orden de mérito arrojado por la evaluación escrita (concretamente, en el 68,8% de los casos: Benente, M. 2019, 87).

En definitiva, el análisis realizado hasta aquí permite extraer dos conclusiones parciales. La primera es que las expectativas abrigadas por los referentes del saber republicano en nuestro país en cuanto a una mayor transparencia e imparcialidad en el proceso de selección de los jueces y de las juezas no parece haberse cumplido de manera satisfactoria, y que persisten las sospechas de “arreglos políticos” en relación a la situación que denunciaba Germán Bidart Campos con anterioridad a la reforma. La segunda, que las expectativas sociales en torno a quienes no son electos por el voto popular pero no obstante están llamados a impartir justicia por sus aparentes méritos intelectuales (¿qué otros se pueden evaluar tal como está diseñado el proceso de selección?) difícilmente puedan cumplirse si, como se ha visto, no se evalúan competencias mínimas y básicas para una cabal administración de justicia teniendo en cuenta los déficits señalados con anterioridad. Ciertamente, de esta segunda conclusión parcial no se puede inferir que si se evaluaran efectivamente tales competencias y destrezas, mermarían entonces los recurrentes cuestionamientos sociales a la legitimidad de la justicia federal en Argentina. Aún restaría analizar si realmente están dadas las condiciones materiales y estructurales para que el

saber que esas destrezas o competencias encierran se vea reflejado en un cambio cabal de la jurisprudencia. Pero al menos sería un avance.

II. 2. Expectativas en torno a la remoción de jueces y juezas: ¿la mejor república?

A fin de arrojar algo más de luz en torno a la cuestión central del presente trabajo, tal vez resulte pertinente aclarar que la legitimidad que entraña la imparcialidad tanto en la designación como en la remoción de un determinado funcionario por mal desempeño no es privativa sólo del poder judicial, ni tampoco de todos los órganos de gobierno que no sean electos por el voto popular. De hecho, en el caso de los docentes de las universidades nacionales argentinas –funcionarios, también, sometidos a las mismas obligaciones de todos los funcionarios conforme a las leyes de ética pública y declaración patrimonial de bienes– se emplea igualmente la figura del concurso de antecedentes y oposición, con entrevistas personales y orden de mérito que se eleva para decisión final del órgano electo por el voto de la respectiva comunidad para legitimar tanto el acceso al cargo docente como su permanencia en el mismo –y eventualmente, también, su remoción–. Y como la comparación en este caso resulta interesante, no estará de más señalar que la legitimidad que alcanza quien accede a una plaza universitaria mediante un concurso imparcial no es suficiente para la larga y desafiante tarea que empieza el día después de la designación. En efecto, en las universidades públicas argentinas abundan ejemplos de docentes que ganaron concursos hasta cierto punto imparciales, pero perdieron su supuesta legitimidad de base por falta de cercanía y proximidad a las problemáticas que afectan a los y a las estudiantes que estaban llamados a servir.

Quizás por eso, y para cerrar el arco de la legitimidad por imparcialidad (una imparcialidad unida siempre a la idea de una generalidad social *negativa* en el sentido de una situación ideal en la que nadie debería poder obtener un beneficio o privilegio para sí al que los demás no pudiesen también, en principio, acceder [Rosanvallon, P. 2009, 149])– los y las reformadores de 1994 proyectaron el mecanismo del *Jury* de Enjuiciamiento para la destitución de los jueces y las juezas federales por mal desempeño en sus funciones, en remplazo del mecanismo de juicio político que regía

anteriormente, con las mayorías agravadas exigidas para su sustanciación en la Cámara de Diputados (órgano de acusación) y en el Senado de la Nación (órgano de destitución). Pero este mecanismo parece haber estado también bastante lejos de cumplir las expectativas sociales depositadas en él. Algunos datos objetivos bastarán de muestra.

Argentina es un país dividido, según la ley n° 24.050, en 17 (diecisiete) jurisdicciones federales que abarcan distintos fueros (civil y comercial, contencioso-administrativo, penal-económico) e instancias (primera o de apelación). Según los datos obrantes en el portal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en octubre de 2019 existían aproximadamente unos 1600 (mil seiscientos) magistrados/as federales –exceptuada la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para cuyos/as integrantes el mecanismo de destitución sigue siendo el juicio político–. Todos/as esos/as magistrados/as se encuentran sometidos/as, eventualmente, a las funciones disciplinarias del Consejo de la Magistratura⁷. Sin embargo, desde setiembre de 1999 –en que se inició el primer proceso de *Jury* de Enjuiciamiento previsto en la reforma (Benente, M. 2019, 93)– hasta el presente el Consejo sólo ha formulado 36 (treinta y seis) acusaciones por mal desempeño, de las cuales 23 (veintitrés) obtuvieron veredicto, pronunciándose 18 (dieciocho) de ellas por la destitución. Es decir, si se tomase como constante el número actual de magistrados/as federales –con la advertencia de que esa cifra fue aumentando progresivamente desde 1999 hasta la actualidad–, las acusaciones por mal desempeño habrían alcanzado sólo al 2,25 % de la planta actual. Dicho de otro modo, menos de 5 (cinco) por cada 200 (doscientos/as) magistrados/as federales habrían sido alcanzados por una denuncia por mal desempeño. De este dato se podrían inferir, en principio, dos conclusiones: o bien que vivimos en una república ideal, en la que no resultan necesarios los mecanismos de control para aquellos/as funcionarios/as vitalicios/as que no acceden a sus cargos por el voto popular, o bien que los mecanismos previstos para su remoción y sustitución han sido ineficaces.

7 Véase la base de datos contenida en <http://datos.jus.gob.ar/dataset/magistrados-justicia-federal-y-de-la-justicia-nacional/archivo/065a572b-edae-49cd-8d6c-5e129c14b4f2> (28/IX/2020)

Pero por otra parte resulta conveniente tener en cuenta que las denuncias por mal desempeño (que pueden ser formuladas tanto por otros/as funcionarios/as, organismos públicos y privados, como por particulares) no necesariamente deben concluir en la acusación formal, sustanciación del *Jury* y ulterior destitución del juez o de la jueza. Existe la posibilidad de que la denuncia derive simplemente en una sanción menor (desde el simple apercibimiento y/o multa a la suspensión temporal en el cargo). Sin embargo, los datos aquí son más crudos todavía –al menos en términos de control efectivo–. De 1.126 (mil ciento veintiséis) denuncias que el Consejo recibió entre 2013 y 2017, sólo 2 (dos) de ellas derivaron en alguna sanción, es decir, menos del 1 (uno) por ciento. Como sostiene el autor del estudio empírico que el presente trabajo ha tomado como insumo fundamental, “si la regla casi unánime es que los jueces y las juezas cumplen de modo impoluto su labor” (Benente, M. 2019, 101), o sea, si en el período de cuatro años solamente 2 (dos) conductas de jueces y juezas merecieron algún reproche menor a la acusación ante el *Jury* de Enjuiciamiento, cuesta encontrarle sentido, entonces, a todo el aparato de recursos económicos, simbólicos e institucionales que se ponen en juego no sólo con las denuncias que el Consejo de la Magistratura recibe año tras año, sino con la existencia, conformación y funcionamiento del Consejo mismo.

Finalmente, para cerrar este primer apartado dedicado al análisis de las expectativas sociales que la reforma de 1994 despertó en torno a la legitimidad por imparcialidad en la designación, control y remoción de los jueces y juezas federales de nuestro país, no parece arriesgado afirmar que las sospechas de parcialidad, de arreglos políticos, de intereses creados, de endogamia y defensa corporativa que un cuarto de siglo atrás pesaban sobre la magistratura federal argentina hayan desaparecido siquiera en un grado suficiente como para creer que la apuesta de los y las convencionales constituyentes del 94 por una nueva clase de legitimidad haya rendido sus frutos. Sin embargo, tampoco sería justo atribuirles una responsabilidad exclusiva por ese fracaso.

En este último cuarto de siglo –particularmente en nuestra región– se desarrollaron complejos procesos erosivos que fueron desgastando las bases sociales, económicas y culturales de la democracia tal como la habíamos conocido hasta el segundo tercio del siglo XX. Los sujetos y las fuerzas movilizadoras de esos procesos han resultado difíciles de descifrar

incluso para los historiadores más lúcidos (Hobsbawm, E. 1998). Con todo, existen señales suficientes para buscar esas fuerzas y esos actores entre los artífices del “Consenso de Washington” con sus ataques al Estado de Bienestar y a las relaciones de producción que lo sustentaban (Harvey, D. 2007), entre los nuevos rostros de una derecha globalizada con intereses financieros en todos los rincones del globo (Traverso, E. 2018) y entre muy diversos fenómenos que han favorecido una degradación lenta y progresiva de los lazos comunitarios que en otro tiempo fueron los pilares de la democracia (Lasch, C. 1996).

Esos procesos en buena medida explican la suerte corrida por la mayoría de los dispositivos institucionales previstos por la reforma en nuestro país. La fallida democratización de los medios de comunicación en Argentina constituye sólo un ejemplo –aunque uno de los más crudos– del poder de fuego que poseen hoy los medios hegemónicos y que evocan a los poderes fácticos que antaño denunciaba Cárcova. Sin embargo, existe un abismo de diferencia entre el *lobby* parlamentario que los grupos de presión ejercían en la segunda mitad del siglo XX –al que la ciencia política reconocía como parte de una “normalidad” democrática– y la “cooptación” de jueces y fiscales por parte de los poderes concentrados para derribar presidentes electos democráticamente o armarles causas judiciales para abortar su carrera política. La sucinta mención de semejantes procesos –cuyo análisis escapa a los límites del presente trabajo– es traída a colación aquí sólo con el propósito de contextualizar y exculpar, de algún modo, a los y las convencionales constituyentes del 94 por el fracaso de las expectativas depositadas en torno a un tipo de legitimidad que ya parece haber entrado a formar parte de las promesas incumplidas de aquella reforma.

III. LA LEGITIMIDAD DE LOS/LAS JUECES/ZAS EN CLAVE “POPULAR”: ALCANCES Y LÍMITES.

Como sostiene un autor que ha estudiado largamente la problemática de la legitimidad democrática en los tres poderes clásicos de las repúblicas modernas post-revolucionarias, el poder judicial se enfrenta hoy a problemas prácticos que afectan su buen funcionamiento: las presiones cada vez más frecuentes por parte de otros poderes, el peligro de aislarse de la ciudadanía hasta el grado de perder contacto con ella, el riesgo de burocratizar su

funcionamiento dilatando la reflexión judicial hasta el punto de favorecer su remplazo por la actuación de los/as funcionarios/as intermedios/as, entre otros (Gargarella, R. 2011, 122). Frente a problemas de esta naturaleza, algunos estados de Norteamérica han adoptado la iniciativa de convocar a elecciones para determinar el nombramiento de jueces y juezas locales pertenecientes a tribunales inferiores. Los jueces y juezas, en esos casos, son designados/as a partir de la decisión de la voluntad popular, por un tiempo limitado, tras campañas electorales en las que informan a la ciudadanía sobre el futuro desempeño de su función, en caso de resultar electos/as (Gargarella, R. 2011, 130).

Sin embargo, la iniciativa ha sido bastante reciente –y distante, tanto geográfica como culturalmente– como para poder evaluar hasta qué punto se han cumplido las expectativas sociales depositadas en torno a estos proyectos encaminados a dotar a la magistratura de una legitimidad de base popular –por llamarla de algún modo–. De modo que aquí sólo podrán esgrimirse argumentos y razones –no datos, como en el apartado anterior– para evaluar los alcances y límites de una legitimidad de este tipo.

Como explica a grandes rasgos Rosanvallon en otro trabajo (2017), las elecciones han cumplido, tradicionalmente, 5 (cinco) importantes funciones en la vida democrática de una república: 1) articular la representación de distintos grupos sociales (inicialmente a través del ideario de los partidos políticos y luego, tras la crisis de representación a la que también ellos se vieron succionados, a través de la imagen autorreferencial del “líder” [Abal Medina, J.M. 1996, 273]); 2) contribuir a la legitimación de las instituciones políticas y de los gobiernos, dado el carácter “ascendente” de la soberanía popular anclada culturalmente en el ideario de la modernidad (Martínez Cincas, C.D. 2018); 3) permitir el control de los/las representantes, sobre todo a través del poder de veto retrospectivo que tienen las reelecciones sobre aquellos/as candidatos/as –o espacios políticos– que han defraudado las expectativas depositadas anteriormente en ellos/as; 4) contribuir a la “producción” de ciudadanía, mediante el abandono de los viejos esquemas censitarios y el estímulo a la participación que supone la idea de “una persona = un voto”, sobre todo en aquellos estados en que el sufragio resulta obligatorio; y 5) la animación de la deliberación en el espacio público, sobre todo a través del debate que implican las elecciones entre modelos y propuestas antagónicas.

Ahora bien, resulta innegable que cada una de estas cinco funciones ha experimentado un notable declive merced a los procesos de erosión y desintegración de la democracia a los que antes se aludió (y que esquematiza con singular acribia Abal Medina en el artículo citado arriba). En efecto, ¿a quién representan hoy los partidos o los espacios políticos? Suponiendo que el grueso de la ciudadanía logre identificar todavía con claridad el ideario político de un espacio o partido político, el dilema de la representación pasa más bien hoy por la dificultad en captar el complejo proceso multidireccional de reconfiguración de las subjetividades que ha tenido lugar en las dos últimas décadas y que ofrece un mosaico de identidades imposibles de aglutinar por un solo y mismo espacio político de manera simultánea.

A partir de la gran diversidad de preferencias morales, sexuales, políticas, económicas, culturales, artísticas, deportivas y un largo *etcétera* imposible de enumerar aquí, la opción –la tentación– más segura que se le ofrece hoy a los partidos que han perdido su identidad (o que simplemente nunca la tuvieron) es acudir a las encuestas de *Big-Data* y al monitoreo de las redes sociales para decirle al votante lo que el votante quiere escuchar. El “nuevo elector” pertenece a una mayoría despolitizada, una mayoría que se ha emancipado de las tradiciones políticas que en el pasado orientaban o determinaban su voto (Natanson, J. 2018: 80) arrojando de ese modo al canasto de las antigüedades la idea clásica de representación política. De hecho, resulta casi una hipérbole seguir hablando hoy del “voto de la mayoría”. Al margen de la lógica performativa que el término ‘pueblo’ –en cuanto significativo vacío– sigue teniendo en el trazado de una frontera política que delimita un espacio hegemónico (Laclau, 2015: 91), lo cierto es que desde el punto de vista sociológico el pueblo ya no parece ser una masa homogénea (si es que alguna vez lo fue) y la sociedad se presenta más bien como una totalidad difractada en minorías, cada una de ellas narrada a través de un universo de historias singulares. Como afirma Rosanvallon (2009: 26), hoy pueblo equivale al “plural de las minorías”.

Pero, además, hoy también resulta difícil separar el auténtico control que los representados puedan tener sobre sus representantes –a través del “voto castigo”– por un lado, de la manipulación que los medios hegemónicos hacen de la opinión pública en miras a la construcción de un “sentido común” favorable a los intereses creados, por el otro. A ello se suma el

desinterés y la apatía de la ciudadanía por los temas ausentes en la agenda mediática, lo que se ve reflejado dramáticamente en la escasa participación de los/as ciudadanos/as comunes en las asambleas y audiencias públicas en las que se deciden –incluso– cuestiones vitales para el medio ambiente y para las generaciones futuras.

En cuanto a las dos últimas funciones que las elecciones cumplieron tradicionalmente en las democracias del siglo XX, el declive de las mismas se advierte con igual claridad tanto en el “empoderamiento” que hoy proporcionan las redes sociales a todos/as los/as ciudadanos/as (un empoderamiento que para la “producción de ciudadanía” resulta mucho más atractivo e influyente que el sufragio anónimo y esporádico) como en la banalización de las campañas y debates pre-eleccionarios, la mayoría de las veces reducidas a eslóganes simplistas, a la suelta de globos y a los *jingles* pegadizos –las primeras–, y a combates de boxeo o a diálogos de sordos –los segundos–, tornando de ese modo casi ilusoria la pretensión de contribuir a la animación de la deliberación en el espacio público.

Lejos de constituir un alegato contra la participación popular en la vida democrática, los fenómenos antes descriptos pretenden tomar en serio la advertencia de realismo que Maquiavelo lanza en el capítulo XV de su más conocida obra a quienes pretendan fundar el poder sobre bases sólidas:

siendo mi propósito escribir algo útil para quien lo lea, me ha parecido más conveniente ir a la verdad real de la cosa que a la representación imaginaria de la misma. Muchos se han imaginado repúblicas y principados que nadie ha visto jamás ni se ha sabido que existieran realmente (Maquiavelo, N. 2007: 95).

Siguiendo esa advertencia, resulta lógico preguntarse si acaso la participación popular en la elección de los jueces y juezas federales contribuirá de modo significativo a la construcción de una nueva legitimidad del poder judicial en Argentina. Como antes se dijo, la iniciativa implementada en algunos estados de Norteamérica es bastante cercana en el tiempo y distante en el espacio cultural como para evaluar los aportes positivos que la misma haya podido tener en términos de legitimidad. Y si retrocede en el tiempo para sacar enseñanzas de la historia, la experiencia de la elección popular de los jueces ordinarios durante la Revolución Francesa fue decepcionante. Luego de haber sido recibida con elogios incluso por el sector

más moderado de la Asamblea –ya que constituía uno de los medios más idóneos para romper verdaderamente con el pasado, además de erigirse en “un signo de comunión [...], un operador de representación, un símbolo de participación, un sacramento de igualdad” (Rosanvallon, 2009: 228)– Napoleón terminó suprimiendo en 1802 la elección de los jueces sin recibir ningún tipo de quejas ni oposición. En la práctica, el mecanismo electoral sólo había servido para establecer una magistratura al servicio del ejecutivo de turno.

En definitiva, si no existen razones *a priori* para esperar que las elecciones de jueces y juezas –al margen del entusiasmo inicial que susciten– escapen al declive general de las funciones que han experimentado en las últimas décadas las elecciones de los restantes órganos de gobierno, entonces tampoco se advierten razones de peso para avanzar en esa dirección, sobre todo si habrá que esperar otro cuarto de siglo para evaluar el resultado de la apuesta.

III. 1. HACIA UNA PRAXIS LEGITIMANTE DEL ACCIONAR DE LOS/AS JUECES/ZAS

El asombro que George Busch mostró ante las cámaras de televisión la primera vez que en su vida –siendo ya presidente de los Estados Unidos de Norteamérica– vio un lector de barras en la caja de un supermercado, puso crudamente en evidencia hasta qué punto las barreras que habían separado a las élites políticas del ciudadano común se habían transformado –en aquel país– en un obstáculo insalvable para comprender los problemas cotidianos que afectan al resto de la población (Lasch. 1996:13). De manera semejante podría narrarse la anécdota que un colega refirió a quien esto escribe cuando en marzo de 2001, meses antes de la severa crisis económica y política desatada a fines de ese año, un juez federal en la Provincia de Mendoza justificó el paro general al que adhirieron los judiciales en pos de una recomposición salarial argumentando que “un juez federal tiene derecho a cambiar todos los años su automóvil y a mantener un estilo de vida y el estatus económico que le corresponde”⁸.

⁸ Detalles de ese paro general pueden consultarse en la página 18 del Documento de Trabajo N° 33 del Programa de Investigación sobre el Movimiento de la Sociedad Argentina, de Carrera, Nicolás Iñigo (“Las huelgas generales en Argentina: 1983-2001: un ejercicio

Estos ejemplos apuntan al nudo gordiano de una de las grandes cuestiones que hoy parecen estar detrás de los problemas de la legitimidad democrática, y que podrían formularse en los siguientes términos: si la democracia como estilo de vida significa “atender a todos/as, en sus particularidades”, mediante una escucha atenta y una consideración explícita de las condiciones que limitan sus posibilidades de inserción en el tren de la historia; si “no ser representado” significa hoy ser un “invisible” en la esfera pública de modo tal que los problemas que afectan su vida no sean discutidos ni tenidos en cuenta, empujando a esos y a esas “invisibles” a guetos cada vez más alejados de la mirada de quienes gobiernan; si, en definitiva, la calidad de la democracia depende de la presencia permanente en la esfera pública de las realidades que viven los/as ciudadanos/as y del recuerdo de sus derechos (Rosanvallon, P. 2017: 154); entonces: ¿cómo podrían legitimarse en su función de gobierno quienes por estilo de vida, por historia, por educación y por las condiciones estructurales del sistema se hallan separados mediante un abismo de los problemas que afectan a los/as ciudadanos/as comunes?

El *marketing* político y los asesores de imagen parecen haberlo comprendido bien al elaborar “manuales del timbreo” (Natanson, J. 2018: 90) y formatear a un candidato para un cargo electivo presentándolo como un hombre o una mujer común y corriente que por su cercanía y proximidad a la “gente de a pie” estará en mejores condiciones de resolver sus problemas. Pero, nuevamente, semejante instrumentalización –y banalización– del problema tendría sentido si la solución a la legitimidad del poder judicial pasase sólo por la elección popular de sus miembros, solución sobre la que se arrojó un manto de dudas en el apartado anterior. El punto clave es que no se puede confiar en quien es un extraño y de quien nada se sabe; por consiguiente, tampoco se puede gobernar o administrar justicia en su nombre. Ciertamente la legitimidad de proximidad o de cercanía parece estar ausente en quienes durante años se han resistido corporativamente a pagar el impuesto a las ganancias que tributa el resto de los ciudadanos; pero el problema consiste en cómo lograr esa proximidad o cercanía sin caer en tratamientos cosméticos que bajo la superficie mantengan abiertas

las grietas que vuelven extraños/as a unos/as respecto de otros/as. Algo se dirá sobre esto en el apartado final. Previo a ello resulta indispensable esclarecer mejor el concepto de legitimidad por proximidad o cercanía, particularmente en lo que hace a la administración de justicia.

Lejos de constituir una aspiración romántica o una veleidad filantrópica, la legitimidad que procede de la proximidad y de la cercanía de los gobernantes ha sido objeto de numerosos estudios empíricos en el campo de la psicología social (Tyler, T. et al. 1996: 913-930; Smith, H. et al. 1998: 470-493; Branden, N. 2001; Mruk, Ch. 2006; y sobre todo el trabajo pionero de Lind, A. y Tyler, T. 1988). Esos estudios, como explica Rosanvallon, han demostrado que los miembros de un determinado grupo o comunidad se muestran más dispuestos a acatar las decisiones de las autoridades –incluso cuando esas decisiones les son adversas– si las autoridades han escuchado sus argumentos y si se han mostrado equitativas, atentas, respetuosas con ellos/as. La razón estriba en que ese trato recibido implica un reconocimiento por parte de quien está por encima, y ese reconocimiento fortalece en los individuos la autoestima, la seguridad, y el orgullo de pertenecer a un grupo o comunidad en la que se tiene un auténtico “estatus” de igualdad. Se produce, incluso, un encadenamiento virtuoso, una potente retroalimentación entre la legitimidad de los poderes así de próximos y cercanos con la positiva afirmación de sí mismo (Rosanvallon, 2009: 254).

Conforme a los resultados que arrojan estos estudios, quizás una de las pistas para la construcción de la nueva legitimidad que la sociedad espera de la justicia federal en Argentina sea el fortalecimiento de aquellos instrumentos jurídicos que favorezcan la escucha atenta, la cercanía, el respeto y el reconocimiento de las particularidades por parte de los/as magistrados/as (como las audiencias públicas, las mediaciones, la oralidad de los procesos y la presencia de los jueces y juezas en ellos). En ese sentido, vale la pena recordar la legitimidad social alcanzada por los jueces y juezas federales que llevaron –y llevan– adelante los juicios por la verdad y la memoria en nuestro país, en los que las víctimas de la represión y del terrorismo de Estado de la última dictadura han tenido la posibilidad de ser oídas, escuchadas y tratadas con la consideración y el respeto que sus torturadores les negaron. Esa legitimidad nunca estuvo tan patente como cuando la ciudadanía –sin distinción de banderas políticas– se movilizó en su defensa hace unos años para repudiar un cambio en la doctrina jurídica de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación que intentaba beneficiar a los represores condenados por delitos de lesa humanidad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA UNA NUEVA LEGITIMIDAD

El presente trabajo ha mostrado las tensiones latentes entre cierto saber republicano que un cuarto de siglo atrás apostó por la legitimidad de la justicia federal basada exclusivamente en la imparcialidad en la elección, designación, sanción y remoción de los jueces y juezas que la integran, y la frustración de las expectativas sociales despertadas por aquella reforma a la luz de los datos objetivos proporcionados en los apartados II.1 y II.2 respecto de lo que ha sido, hasta hoy, el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (el órgano diseñado por los/as convencionales constituyentes como el encargado de garantizar aquella imparcialidad). La tensión entre determinados saberes y las prácticas que los contradicen se resuelven (o aligeran) en gran medida acortando la brecha que los separa.

La imparcialidad en la elección, designación, sanción y remoción de aquellas autoridades que no resultan instituidas por el voto popular y que están ligadas a una idea “negativa” de la generalidad social –en el sentido de una generalidad a la que debe *controlar*– sigue siendo una dimensión insoslayable del nuevo ideal de vida democrática presente en nuestras sociedades contemporáneas, de modo tal que en lugar de rebajar el ideal de imparcialidad, lo que se debe hacer es elevar las prácticas institucionales que están destinadas a producir esa imparcialidad. En otras palabras, lejos de eliminar el Consejo de la Magistratura y el proceso de selección, designación, sanción y remoción de los/as magistrados/as federales, habrá que procurar eliminar los déficits que en el cuerpo del trabajo se señalaron como insostenibles, particularmente la ausencia de toda perspectiva de género en las evaluaciones por las que pasan los/as postulantes, y el perfil “técnico-formalista” de juez o jueza que parecen modelar esas evaluaciones tal como hoy están instrumentadas.

Si la imparcialidad es un valor que legitima tanto la elección como el desempeño de las autoridades, la proximidad o cercanía no lo es menos. Pero esa cercanía o proximidad, teniendo en cuenta el declive de las funciones democráticas que las elecciones han venido sufriendo en las últimas

décadas por las razones expuestas en el apartado III, difícilmente pueda alcanzarse mediante el dispositivo de la elección popular de los jueces y juezas. La experiencia histórica –escasa, por cierto– parece desaconsejarla. Y dado el alto costo que hay que pagar en términos de reformas constitucionales (que tanto más aumenta cuanto mayor es el tiempo que debe transcurrir para su evaluación) lo más seguro es alcanzar esa cercanía o proximidad a través de aquellos mecanismos (audiencias, mediaciones, oralidad de los procesos con presencia de los/as magistrados/as) que los estudios de psicología social citados en el apartado III han mostrado como idóneos para ese fin. No obstante, se requerirá un amplio y arduo trabajo de educación y “cambio de actitud” en quienes deban llevar adelante ese proceso. Incluso las reformas más moderadas fracasan cuando la mentalidad y la actitud de quienes deben llevarlas a la práctica siguen ancladas a viejos prejuicios y estructuras mentales.

Años atrás, siguiendo las huellas del Adam Smith muy poco leído de la *Teoría de los sentimientos morales*, Martha Nussbaum argumentó que la estimulación de la imaginación “empática” –a la que calificaba como una auténtica virtud política (Nussbaum, M. 1997: 18)– era el camino más seguro para lograr que los jueces y juezas se pusieran en “el lugar del otro”. La obra sugería que el gusto y la enseñanza de cierta literatura resultaba clave en la formación temprana de esa imaginación “empática” de los futuros jueces y juezas, y daba cuenta de su experiencia enriquecedora como docente en la Universidad de Chicago leyendo e interpretando las grandes tragedias clásicas a sus estudiantes de Derecho. Tal vez hay allí una lección importante que aprender. Los jueces y juezas a través de los y de las cuales las minorías excluidas o invisibilizadas esperan ser escuchadas y comprendidas empiezan a formarse en los programas de estudio de nuestras universidades, no en la preparación del examen que deben dar ante el Consejo de la Magistratura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abal Medina, Juan Manuel. 1996. “El camino hacia la democracia posrepresentativa. Reflexiones sobre la modernidad, la representación, los partidos políticos y la democracia”. En: Revista *POSTData* 2, Nov/96: 253-285.

- Atienza, Manuel. 2009. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, Manuel. 2013. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Branden, Nathaniel. 2001. *The Psychology of Self-Esteem: A Revolutionary Approach to Self-Understanding that Launched a New Era in Modern Psychology*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Benente, Mauro. 2019. "Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura". En: Mauro Benente (comp.) *Las deudas y promesas incumplidas de la Reforma Constitucional de 1994. A 25 años*. José C. Paz: EDUNPAZ.
- Bentham, Jeremy. 1983. "A Table of the Springs of Action". En: Goldworth, A. (ed.) *Deontology together with a Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press.
- Bidart Campos, Germán. 1995. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires: Ediar.
- Bignotto, Newton. 2006. "Republicanismo". En: Barretto, Vicente (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. Río de Janeiro: Renovar.
- Cárcova, Carlos María. 1995. "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada". En: Revista *Jueces para la Democracia*, 24: 32-37.
- Cruz, Luis. M. 2000. *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*. Barañain (Navarra): EUNSA.
- Fraser, Nancy, y Honneth, Axel. 2006. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata.
- Gargarella, Roberto. 2011. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (*Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, 3).
- Harvey, David. 2007. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal.
- Hobsbawm, Eric. 1998. *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Crítica (Grijalbo).
- Laclau, Ernesto. 2015. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Lasch, Christopher. 1996. *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Lind, Allan E. – Tyler, Tom R. 1988. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum Press.
- Maquiavelo, Nicolás. 2007. *El Príncipe*. Buenos Aires: Alianza.

- Martínez Cínca, Carlos Diego. 2013. "Tiempos difíciles: del cálculo utilitarista a la imaginación simbólica". En: *Filosofía de la Economía*, I-2: 275-293.
- Martínez Cínca, Carlos Diego. 2018. "Paradojas de la soberanía popular. Un análisis en clave filosófica". En: *Revista República y Derecho*, III: 1-26.
- Mruk, Christopher J. 2006. *Self-Esteem Research, Theory and Practice: Toward a Positive Psychology of Self-Esteem*. New York: Springer.
- Natanson, José. 2018. *¿Por qué? La rápida agonía de la Argentina kirchnerista y la brutal eficacia de una nueva derecha*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nussbaum, Martha. 1997. *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*. Santiago de Chile: Andrés Bello
- Posner, Richard. 1999. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rosanvallon, Pierre. 2009. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial.
- Rosanvallon, Pierre. 2017. "La democracia del siglo XXI". En: *Revista Nueva Sociedad*, 269: 148-162.
- Smith, Heather, Tyler, Tom, Huo, Yuen & Ortiz, Daniel. 1998. "The Self-Relevant Implications of the Group-Value Model: Group Membership, Self-Worth, and Treatment Quality". En: *Journal of Experimental Social Psychology*, 34: 470-493.
- Traverso, Enzo. *Las nuevas caras de la derecha*. 2018. *Conversaciones con Régis Meyran*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Tyler, Tom, DeGoey, Peter & Smith, Heather. 1996. "Understanding why the justice of group procedures matters: A test of the psychological dynamics of the group-value model" En: *Journal of Personality and Social Psychology*, 70(5): 913-930.

CAPÍTULO 6

Apertura, deliberación y legitimación

Posibilidades y tropiezos de la organización de la jurisdicción constitucional

TANIA BUSCH VENTHUR¹

INTRODUCCIÓN

La expansión de la jurisdicción constitucional a partir de la postguerra ha implicado que hoy la institución del control de constitucionalidad se plantea, en nuestra cultura constitucional, como uno de los elementos de garantía del Estado Constitucional de Derecho. El poder que ejerce la jurisdicción constitucional no encuentra fácil acomodo en las categorías tradicionales de separación de poderes. Pese a ello, la jurisdicción constitucional se ha expandido y se ha consolidado su poder dentro de los sistemas democráticos (Ferrerres, 2011). Este proceso ha ido en paralelo a un prolongado y profundo debate filosófico y desacuerdos respecto de la justificación, aportes o perjuicios que la garantía jurisdiccional de la Constitución implica para la democracia.

La existencia de una Constitución rígida, que limita el poder de la mayoría y la protección de ésta a través del control jurisdiccional de constitucionalidad, enfrenta la llamada *objeción democrática* o *dificultad contramayoritaria*. Ésta refiere a lo problemático que resulta el justificar que leyes aprobadas por asambleas elegidas por el pueblo y, por tanto, expresión de la soberanía popular, puedan ser invalidadas por un tribunal no electo. La

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Concepción), Magíster y Doctora en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile). Académica Área de Derecho Público (Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello).

literatura que aborda esta dificultad es hoy vastísima. Filósofos del derecho y constitucionalistas abordan el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad sosteniendo posturas diversas sobre este discutido punto².

Las ideas que planteo en este trabajo se sitúan en una perspectiva de constitucionalismo deliberativo, asumiendo que, si bien la objeción contramayoritaria es una cuestión insoslayable, y la tensión entre regla de la mayoría y límites no puede ser ignorada, ésta puede ser graduada. Quiero decir que la intensidad de la dificultad contramayoritaria dependerá del modo específico en que esté diseñada la jurisdicción constitucional. Impactan en esta tensión el grado de abstracción o detalle del texto constitucional, su mayor o menor rigidez en cuanto al proceso de reforma, la organización “externa” de la jurisdicción constitucional y el modo de organización e integración de ésta, así como también el modo específico en que se organiza el control de constitucionalidad en sus aspectos adjetivos o procesales: quién, cómo, y en qué casos puede iniciarlo, y los efectos de éste respecto de las decisiones de los poderes electos.

Bajo una mirada de constitucionalismo deliberativo y dialógico (Gargarella, 2013; Gargarella, 2019; Niembro, 2017; Tushnet, 2015), se parte de la premisa de que, bajo ciertos supuestos de diseño, el control jurisdiccional de constitucionalidad puede mejorar la calidad del proceso democrático³. Esto en ningún caso importa asumir una superioridad de la deliberación judicial por sobre la deliberación que se realiza en el proceso político. Esta no puede ser reemplazada, ni aun si garantiza buenos resultados en términos de protección de derechos. Sin embargo, un diseño adecuado de la jurisdicción constitucional puede favorecer el enriquecimiento del proceso deliberativo y que la comunidad política se tome los derechos en serio

2 Para una síntesis sobre las diversas formas en que se ha enfrentado el problema de la objeción contramayoritaria desde la filosofía y la teoría constitucional ver (Busch, 2019b).

3 Esta línea se inauguró por Ely quien propone que la justicia constitucional se justifica en cuanto garantice la apertura del proceso democrático a las minorías. (Ely, 1980). En el medio hispanoamericano, en esta línea, (Bayón, 2003; Bayón, 2010; Ruiz Miguel, 2004) que se inspiran en sistemas como el canadiense, pronunciándose por un “constitucionalismo débil”, y a los deliberativos (Nino, 1991; Gargarella, 1996; Gargarella, 2019; Ferreres, 1997; Ferreres, 2011; Linares, 2008; Bello, 2017), entre otros.

(Niembro, 2017), así como también puede permitir la participación de la ciudadanía en la interpretación de la Constitución.

En la realidad, los tribunales constitucionales no son meros custodios del proceso deliberativo democrático. Su rol en el sistema constitucional puede tener un carácter más activo (Busch y Szmulewicz, 2020), sea por los argumentos de sus sentencias que viene a enriquecer los argumentos disponibles en el debate democrático (su rol más clásico), o incluso porque el proceso de control jurisdiccional de constitucionalidad se puede constituir, en sí mismo, como un espacio de deliberación democrática abierta a la ciudadanía. Este trabajo se enfoca en esta última posibilidad, sus potencialidades y también los tropiezos en que se puede incurrir, cuando el diseño es subóptimo.

En los próximos párrafos revisaré cómo en Latinoamérica la jurisdicción constitucional ha adoptado por rasgo distintivo la apertura hacia la ciudadanía a través de innovaciones procedimentales y estrategias de comunicación que tiene por objeto el reforzar la legitimidad de la jurisdicción constitucional. La doctrina ha entendido estas innovaciones como una manifestación de la democracia deliberativa. Insistiré en que esto sólo es posible con un diseño adecuado, que considere el contexto político y social en que se insertan y una regulación que otorgue certeza respecto de los procedimientos para la participación. Finalmente, voy a plantear que para el caso del Tribunal Constitucional chileno (en adelante TCCh), la recepción desregulada y discrecional de las instituciones de apertura hacia la sociedad y estrategias de comunicación, no han servido para la legitimación de la jurisdicción constitucional, y que su deficiente recepción ha venido más a erosionar que a fortalecer la legitimidad de la institución.

INNOVACIONES PROCEDIMENTALES LATINOAMERICANAS, POTENCIAL DELIBERATIVO Y REFUERZO DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Los sistemas de control de constitucionalidad en Latinoamérica han generado innovaciones procedimentales y de organización buscando legitimar el rol de las cortes constitucionales, ya no sólo frente a los poderes electos, sino directamente frente a la ciudadanía. A través de la apertura de los procesos de control de constitucionalidad, o de elevar los niveles de

transparencia y participación en torno a sus instituciones, se busca elevar la legitimidad democrática de cortes que funcionan en contextos de sistemas democráticos con instituciones representativas debilitadas.

Destaca como rasgo característico de la jurisdicción constitucional en América Latina el énfasis que han puesto las cortes en fortalecer sus estrategias comunicativas y en crear vínculos directos con la ciudadanía. Como ha señalado Pou, el modo en que las cortes latinoamericanas han entendido su rol público, su búsqueda por aumentar la transparencia, su gusto por la exposición pública y el modo en que interactúan activistas, litigantes y jueces, ha moldeado su posición política y creado nuevos foros para el debate democrático que sin duda singularizan el desarrollo judicial en la región, y han generado nuevos paradigmas de legitimidad normativa en un espacio judicial continental, en el que los tribunales a veces se conciben a sí mismos como una especie de comunidad deliberativa (Pou, 2017b)

La interpretación, e incluso, creación del derecho constitucional no sólo corresponde al poder constituyente derivado y a los jueces constitucionales, sino que es un proceso dinámico en que participan también actores políticos, la academia y la sociedad civil. Es así como, tanto a nivel doctrinario como a nivel institucional, en la última década se observa un creciente reconocimiento a la importancia de una justicia constitucional abierta a la ciudadanía y la opinión pública, en orden a fortalecer su legitimidad. En este sentido, es relevante que estos actores e intérpretes constitucionales no institucionales, puedan contar con instancias formales en que sus interpretaciones de la Constitución tengan la posibilidad de expresarse dentro del proceso de control de constitucionalidad.

Si la interpretación constitucional se concibe como un continuo que se vincula también a la forma en que la Constitución es vivida y entendida por la ciudadanía (Häberle, 2008). Y si el proceso de interpretación incorpora elementos creativos cuya plausibilidad está abierta a la deliberación de los participantes de la práctica interpretativa, entonces, es posible pensar en canales institucionales que permita a los intérpretes constitucionales formales que la Constitución establece (jueces constitucionales desde luego, pero también órganos representativos al ejercer sus competencias) obtener esos “elementos creativos” que surgen desde los y las ciudadanos “de a pie”. Por el contrario, si la judicatura constitucional concibe a la ciudadanía

como ajena a la política constitucional, no se avanzará en concreciones institucionales que favorezcan dicha participación.

Las actitudes de los ciudadanos no son independientes de su contexto institucional. Un sistema que no contemple canales para que la ciudadanía exprese sus inquietudes constitucionales será un ambiente en que éstas difícilmente aparecerán. Desde luego, los actores políticos y la academia cuentan con vías conocidas para involucrarse y actuar dentro del proceso de creación del derecho constitucional. Menos clara es la cuestión en relación con las formas posibles de arreglos institucionales que puedan integrar la opinión de la sociedad civil dentro de la jurisdicción constitucional. Conforme con esto, más que preocuparse de su relación con las ramas electas Legislativo y Ejecutivo, las cortes se han enfocado en sus relaciones con la ciudadanía, generando estrategias comunicacionales e innovaciones procedimentales que permitan establecer canales directos con ésta.

Aunque la fundamentación de sus sentencias es la fuente de legitimidad principal de un tribunal, la argumentación jurídica se inserta necesariamente en un contexto psicosocial, que no se puede separar enteramente de las fuerzas sociales subyacentes (Perelman, 1988). Luego, es relevante que existan mecanismos para canalizar institucionalmente los planteamientos de la ciudadanía frente a una controversia constitucional, de modo que no se produzca insularidad y aislamiento de la jurisdicción constitucional respecto de las fuerzas sociales de la comunidad política en que ésta se inserta (Busch, 2020).

En esta lógica se han incorporado innovaciones procedimentales dentro del proceso de control de constitucionalidad con carácter participativo, dialógico o estructural. Experiencias recientemente implementadas como la deliberación televisada de los jueces constitucionales⁴, la realización de audiencias públicas y regulación de la presentación *amicus curiae* dentro de los procesos de control de constitucionalidad responden a este fenómeno. (Abramovich, 2013; Gargarella, 2013; Pou, 2017a; Pou, 2017b; Sancari, 2015; Tushnet, 2015).

Asimismo, las cortes constitucionales en Latinoamérica se han destacado por ejercer su poder de forma abierta y frontal hacia la ciudadanía,

4 Tienen un sistema de deliberación abierta televisada la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México y el Supremo Tribunal Federal en Brasil.

cultivando un perfil público y visibilidad que resulta ajeno a la cultura formalista tradicional de la judicatura. En este sentido, se han desarrollado estrategias comunicacionales innovadoras, como ha sido el caso en los sistemas argentino, brasileño y mexicano.

Debe advertirse que las innovaciones descritas son producto de procesos de reformas constitucionales importantes o procesos constituyentes relativamente recientes. Estas transformaciones se dieron en un contexto en que la Constitución goza de legitimidad, y de instituciones representativas debilitadas⁵. El empoderamiento de la jurisdicción constitucional, entonces, se afirma en alzarse en la defensa de una Constitución que la ciudadanía considera un pacto político propio y legítimo. Esto es particularmente relevante cuando las constituciones son producto de procesos de cambio constitucional –modificaciones o reemplazos totales– relativamente recientes que han ampliado los catálogos de derechos fundamentales que las cortes constitucionales pueden garantizar (Uprimny, 2011). A esto se suma el modo en que se han diseñado las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales: En el contexto latinoamericano, la legitimación activa en las acciones protectoras de derechos fundamentales en general es amplia. Estos rasgos, como veré más adelante, no son necesariamente predicables respecto del caso chileno.

Estos rasgos novedosos de la justicia constitucional latinoamericana son interpretados por la doctrina como una concreción institucional de las ideas de democracia deliberativa. Ya que la interpretación de la Constitución involucra a toda la sociedad, la apertura de los procesos en torno a la jurisdicción constitucional los refuerza frente a la ciudadanía, al elevar su potencial deliberativo (Abramovich, 2013; Busch y Szmulewicz, 2020; Correa y Mendes; 2017; Correia, Da Silva y Tenorio, 2018; Gargarella, 2013; Giuffré, 2016a; Giuffré, 2016b; Hennig, 2014; Nosetto, 2018; Sancari, 2015; Tushnet, 2015). La evaluación positiva que se ha tenido de estas experiencias apunta a que su entrada en juego compensaría la erosión de los canales tradicionales de debate y acción democrática, otorgando espacio a una ciudadanía que, de otro modo, no tendría canal de expresión, y que permite alertar sobre los puntos de bloqueo de los canales formales, mejorando así el desempeño global del sistema democrático. Esto, se destaca, puede ser

5 El caso paradigmático es el de la Corte Constitucional colombiana.

particularmente relevante para la justificación de la jurisdicción constitucional en sociedades como las de la región, marcadas por la desigualdad y la exclusión (Pou, 2011; Gargarella, 2019).

Como he afirmado en otro lugar, un diseño orgánico y procedimental interno de la jurisdicción constitucional, pensado en perspectiva deliberativa, ofrece razones sustantivas e instrumentales para fortalecer la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la adhesión al sistema constitucional en su conjunto. La democracia deliberativa ofrece un modelo interesante frente al control de constitucionalidad, desde que releva no sólo el aspecto de la regla de la mayoría en la democracia, sino que pone el acento en el intercambio de razones y la reflexividad, lo que se corresponde con el rol que en un sistema constitucional corresponde a las cortes constitucionales. Bien diseñadas, pueden fortalecer la legitimidad de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad y, de esta forma, hacer frente a las objeciones contramayoritarias (Busch y Szmulewicz, 2020).

Es importante insistir en que el potencial deliberativo y, por tanto, legitimador de la jurisdicción constitucional va a depender del modo específico en que cada sistema contemple estas instituciones. Luego, el optimismo en relación con estas nuevas instituciones y formas de organización de la jurisdicción constitucional debe ser matizado. Las innovaciones que vienen desde el Sur ofrecen nuevos elementos para repensar el problema de la relación entre democracia y jurisdicción constitucional, tensiones y objeciones que miradas desde los sistemas de control de constitucionalidad en sus modelos tradicionales no se han logrado resolver. Pero se debe tener conciencia respecto de que este potencial deliberativo sólo se desplegará si se logra un diseño institucional adecuado, pensado para un contexto concreto. Así lo ha advertido Pou, quien señala que los efectos de estas innovaciones pueden variar mucho según las particularidades contextuales, y “lo que en un caso puede ser epistemológicamente enriquecedor y socialmente incluyente, en otro puede limitarse a privilegiar a actores sociales no representativos o provocar que la “puesta en escena” y el protagonismo personal vayan en detrimento del debate sobre los argumentos” (Pou, 2011).

Será clave, entonces, una consideración cuidadosa del contexto político social y de cultura jurídica en que se insertará la institución, así como la definición del objetivo institucional a concretar, a la hora de que una jurisdicción constitucional decida implementar una o más vías de apertura de

la jurisdicción constitucional hacia la sociedad. Esto requiere, además, un grupo de jueces constitucionales comprometidos con un ideal de democracia deliberativa. Cuestión que no se puede dar por descontado. Como ha advertido Gargarella, “en ciertos contextos, las alternativas dialógicas se vuelven populares, entre jueces, como una estrategia para recuperar la legitimidad popular y la consideración que perdieron en el camino” (Gargarella, 2019). Más allá de la cuestión de si la apertura es o no sincera por parte de los jueces, o por el contrario, es el producto de un cálculo estratégico, el éxito de su implementación dependerá de que exista cierta claridad sobre las premisas teóricas y objetivos institucionales que se busque concretar.

LAS INNOVACIONES PROCEDIMENTALES LATINOAMERICANAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

En este apartado revisaré cómo ha sido la recepción de este rasgo característico de las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, destacando las particularidades del caso chileno, que adelantara, no necesariamente ha tenido el efecto virtuoso que han demostrado en otros sistemas.

Las formas de apertura de la jurisdicción constitucional se han presentado también en la práctica del TCCh. Digo “en la práctica” ya que, a diferencia de otras experiencias latinoamericanas, su introducción se ha caracterizado por una falta de regulación y, por lo mismo, de certeza en su implementación. Paradojalmente, la incorporación de las instituciones deliberativas ha sido opaca y discrecional. Aquello que en otros lugares ha servido para reforzar la legitimidad de la jurisdicción constitucional, en el caso chileno ha tenido resultados, a lo menos, dudosos.

Revisaré en lo sucesivo (i) el contexto en el que se inserta el TCCh; (ii) la recepción de las estrategias comunicativas; (iii) la recepción de la realización de audiencias públicas; y (iv) la recepción de los *amicus curiae* y presentaciones de terceros ajenos al proceso.

(i) Contexto del Tribunal Constitucional chileno

La justicia constitucional en Chile se encuentra diseñada de un modo dual. La competencia de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos

normativos se encuentra radicada en el TCCh⁶. La competencia de control de eficacia de los derechos fundamentales, propia de la jurisdicción constitucional, se entrega por la Constitución principal, aunque no exclusivamente, a los tribunales superiores de justicia –Cortes de Apelaciones y Corte Suprema (en adelante CS)– a través de las acciones de protección⁷ y de amparo⁸ (que corresponde al *habeas corpus*). El TCCh y la CS Chile son percibidos de forma muy diferente por la ciudadanía y la academia, por razones cuya explicación excede el objetivo de este trabajo. Esto justifica su tratamiento separado. Puedo, sí, adelantar que ha sido el TCCh, más que la CS, la jurisdicción que ha recepcionado en mayor medida las prácticas de apertura antes tratadas.

El problema de la dificultad contramayoritaria en Chile es particularmente agudo. No sólo enfrenta la crítica democrática propia de cualquier sistema de control de constitucionalidad en un contexto de Constitución rígida. El TCCh enfrenta una objeción democrática agravada. Es la misma Constitución que debe custodiar la que no encuentra una sólida justificación democrática. Paradójicamente, esta puede ser una explicación al escaso tratamiento que la objeción democrática a la justicia constitucional ha recibido el medio chileno. La respuesta a la crítica contramayoritaria admite diversas posiciones⁹, pero hasta las defensas más robustas del control judicial de constitucionalidad remiten finalmente a alguna concepción, más o menos sustantiva, de democracia. Esto en Chile es difícil de sostener, puesto que no es posible vincular a la Carta de 1980 al poder constituyente originario y el texto presenta un severo déficit de legitimidad (Heiss y Szmulewicz, 2018). Como en el cuento, por mucho tiempo en el constitucionalismo chileno “nadie se atrevió a decirle al Rey que iba desnudo”, y con contadísimas excepciones, se optó por no enfrentar la aporía de justificar democráticamente un Tribunal Constitucional guardián de una constitución impuesta.

6 Artículo 93 de la Constitución de 1980.

7 Artículo 20 de la Constitución de 1980.

8 Artículo 21 de la Constitución de 1980.

9 Negar toda justificación, negar la justificación en general, pero aceptarla en democracias deficientes, justificarla por su potencial deliberativo o decididamente justificarla en función de concepciones de democracia sustancial, por señalar algunas de las posibles respuestas al problema de la justificación democrática de la jurisdicción constitucional (Busch, 2019).

Este problema se ha visto cada vez más cuestionado, a partir del rol que ha jugado el tribunal en el sistema democrático¹⁰.

El TCCh se ha transformado en una institución que juega un rol relevante en el sistema político chileno. En los últimos años, ha demostrado abandonar las *virtudes pasivas* por el activismo (Carrol y Tiede, 2012; Couso, 2011), interpretando sus competencias de una forma extensiva, llegando a vulnerar el principio de corrección funcional. Principio que, por cierto, le es aplicable. Aunque parezca redundante recordarlo, el TCCh es también un poder constituido, y debe someter su acción a los límites y procedimientos que imponen la Constitución y las leyes. Conviene insistir en esto, puesto que, a diferencia de todos los demás órganos en el sistema constitucional chileno, no está sometido a controles externos (Busch, 2019b). Lo anterior impacta en la autocomprensión del TCCh, y quizá explica la poca preocupación que ha demostrado por las regulaciones procedimentales, que constituyen tanto habilitación como límites para el ejercicio de la jurisdicción (Lovera, 2020).

De modo que el contexto en que se recepcionan estas innovaciones procedimentales es muy diferente al de los sistemas que la literatura usualmente describe. Este es un contexto de una Constitución cuya legitimidad está fuertemente cuestionada¹¹ y un tribunal que es percibido por la ciudadanía como un freno a la democracia, y fuertemente cuestionado desde la academia (Bassa, 2015; Ahumada, 2018).

¹⁰ El propio tribunal es consciente y ha reconocido estar en crisis. Este creó un “Comité de Crisis” durante el 2020, y se planteó el tener un consejo asesor de ex presidentes del TCCh Ver noticia de El Mercurio Legal de 27 de junio de 2020 disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2020/06/27/TC-avanza-en-propuestas-por-crisis-separa-plenos-hara-jornadas-de-reflexion-y-retoma-comites.aspx> Estos órganos no se encuentran tampoco contemplados en la ley Orgánica que lo regula, y es discutible si estas decisiones tienen una fuente legal habilitante. En cualquier caso, este comité no aparece reglamentado dentro de las normas publicadas en la página web del tribunal www.tribunalconstitucional.cl

¹¹ A la fecha en que se escribe este artículo --septiembre de 2020-- en Chile se desarrolla un proceso de cambio constitucional desencadenado por una fuerte crisis social y de legitimidad de las instituciones públicas. Aunque el problema constitucional chileno encuentra sus raíces mucho más atrás (Busch, 2012) el itinerario institucional de cambio constitucional fue gatillado por el proceso denominado el estallido social de octubre de 2019.

La recepción de los rasgos específicos de la jurisdicción constitucional latinoamericana que, como se viera, tienen potencial deliberativo y de refuerzo de la legitimidad, no ha sido tan virtuosa en el contexto descrito. La recepción desregulada e informal de las instituciones, y de algunas prácticas comunicativas, en ocasiones ha significado una apertura relevante a la sociedad civil, pero en otras, en vez de ayudar a legitimar la institución, resultaron contraproducentes.

(ii) Recepción de estrategias comunicativas

Aunque quizá de forma menos evidente que en otras jurisdicciones constitucionales como el Supremo Tribunal Federal en Brasil (Rufino, 2017), la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (Pou, 2017a), que han presentado estrategias de total transparencia de sus deliberaciones, o la estrategia explícita de la Corte Suprema argentina (Thury, 2010), el TCCh ha innovado en el modo de comunicación de su labor, informando directamente a la ciudadanía sus decisiones y realizando declaraciones en otras materias. De esta forma, ha abandonado la actitud propia de una cultura jurídica formalista en la que “los tribunales hablan a través de sus sentencias”, buscando tener una voz propia y directa en los asuntos que le conciernen.

El TCCh ha adoptado la práctica de emitir comunicados. Estos se refieren, por regla general, a un adelanto de la decisión a la que se ha llegado por el tribunal en casos de alta connotación pública, dejando para más adelante el dar a conocer la sentencia. No me referiré en este trabajo a este tipo de comunicados, ya asentados en la práctica del tribunal, aunque es discutible si se ajustan o no a la regulación legal a la que está sometido el TCCh¹².

En la línea de la limitación al poder de las cortes constitucionales, un argumento relevante sostiene que la estructura del proceso en sí misma constituye un límite para el ejercicio del poder de la jurisdicción constitucional. Los tribunales constitucionales no pueden escoger las materias que

¹² Sobre este punto Lovera advierte que esta práctica es de dudosa legalidad, y que, aunque se han regulado en el Auto Acordado “Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad” de 30 de diciembre de 2014, el autor sostiene que esta regulación contradice el régimen legal al que el tribunal debe someterse. (Lovera, 2020).

conocen, ni la oportunidad para abordarlas. Deben actuar en el marco del proceso que al efecto se ha diseñado por la Constitución y la ley. El control de constitucionalidad de la ley se activa sólo en los casos que la Constitución indica, a instancias de los órganos o personas a los que la Constitución les ha otorgado legitimación activa para ello. En el derecho chileno esto se establece por los artículos 93 de la constitución y 44 de la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC), que indican quiénes pueden participar en los procedimientos ante el TCCh, distinguiendo entre órganos y personas legitimadas y órganos constitucionales interesados. Los primeros son aquellos que están habilitados para promover ante el tribunal cada una de las cuestiones y materias de su competencia. Y los segundos son aquellos que pueden intervenir en las cuestiones que se promuevan ante el Tribunal, en defensa del ejercicio de sus potestades o del orden jurídico vigente.

De ahí la importancia de detenerse en analizar otro tipo de declaraciones o comunicados que se han emitido por los presidentes del TCCh, en relación con debates respecto de cuestiones de constitucionalidad planteadas en el debate político contingente, pero que no han sido sometidas al conocimiento del tribunal. Es decir, en que el tribunal no ha sido requerido por los órganos constitucionales legitimados para impulsar el inicio de un proceso de control de constitucionalidad que deba terminar con una sentencia constitucional, ni existía norma constitucional o legal que lo habilitara a actuar de oficio. Revisaré dos comunicados que ilustran este punto.

El primero es el “caso Banco Estado”¹³. Previo a las elecciones presidenciales de 2017 uno de los candidatos, que ejercía como parlamentario a la fecha, solicitó un crédito al Banco del Estado para financiar su campaña. La institución financiera rechazó la solicitud, puesto que, conforme la interpretación del Banco, se incurriría en una causa de cesación en el cargo para el parlamentario, dado que aplicaría el artículo 60 inciso segundo de la Constitución¹⁴. Conforme al artículo 93 N° 14 de la Carta, el TCCh es competente para pronunciarse respecto de las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios *a requerimiento del presidente de la República*,

¹³ Para un tratamiento más detallado de este caso ver (Ahumada, 2018; Lovera, 2020).

¹⁴ Ver noticia de Diario La Nación, 22 de agosto de 2017, disponible en <http://www.lanacion.cl/bancoestado-se-defiende-por-no-entregar-credito-a-campana-politica-de-guillier/>

o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio. Pues bien, sin que mediara requerimiento alguno, el entonces presidente del TCCh, ministro Iván Aróstica, emitió una declaración pública en que se pronuncia sobre la situación, señalando que el crédito solicitado no correspondía a aquellos respecto de los cuales se aplicaba la causal referida por la institución financiera ¹⁵. De esta manera, zanjó la discusión sin mediar requerimiento, y finalmente, el crédito le fue otorgado al candidato¹⁶.

El segundo caso se refiere a la declaración de la actual presidenta del TCCh, ministra María Luisa Brahm. Frente a un conflicto producido entre el Congreso Nacional y el Ejecutivo en que, a través de declaraciones de prensa se discutió la constitucionalidad de proyectos de ley presentados por parlamentarios para hacer frente a la crisis económica producida por la pandemia¹⁷, la Presidenta del TCCh emitió una declaración pública titulada “Respeto integral a la Constitución” que comenzaba con la frase “Creemos necesario salir de nuestro habitual silencio institucional y dejar de ser leídos a través de nuestras sentencias. Son momentos en que es necesario decir algo sobre la Constitución que nos rige y respecto de la cual se nos ha encomendado su control”¹⁸.

Los comunicados descritos son una muestra de una autocomprensión del TCCh que se aparta de las “virtudes pasivas” y que, a través de dichos comunicados, participa de las discusiones políticas contingentes, sin

¹⁵ Texto íntegro de la declaración disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/comunicado-creditos-candidatos.pdf>

¹⁶ Ver noticia de Diario La Tercera de 17 de octubre de 2017, disponible en <https://www.latercera.com/noticia/guillier-obtiene-credito-bancoestado-1-000-millones/>

¹⁷ La declaración se produjo a propósito de reparos planteados por el presidente Sebastián Piñera a la admisibilidad de varios proyectos de ley presentados por parlamentarios en el contexto de la pandemia, que el ejecutivo consideraba inconstitucionales. La prensa y parlamentarios de oposición interpretaron la declaración como un apoyo a los dichos del Ejecutivo. Ver: noticia en Radio Cooperativa de fecha 24 de junio de 2020, disponible en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/constitucion/presidenta-del-tc-pi-de-respeto-integral-a-la-constitucion-si-se/2020-06-24/162820.html>

¹⁸ La Tercera, 24 de junio de 2020, disponible en <https://www.latercera.com/nacional/noticia/presidenta-del-tc-aborda-pugna-entre-gobierno-y-congreso/VNPBTG2YKND5LJ-GHGXB MUSXY2E/> La declaración generó un clima de quiebre dentro del mismo tribunal, señalando algunos de sus ministros que no correspondía al órgano un pronunciamiento como el señalado, ya que son los poderes colegisladores son los que deben ejercer sus roles, sin que corresponda al Tribunal Constitucional entrar a intervenir.

que exista una disposición constitucional que le habilite a pronunciarse de oficio. Este tipo de declaraciones, desde luego aumentan la visibilidad pública de la jurisdicción constitucional, pero no en un sentido de apertura y transparencia que fortalezca su legitimidad. Por el contrario, erosionan la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de toda jurisdicción, y sobre todo a la jurisdicción constitucional.

(iii) Recepción de la realización de audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad

Las audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad son instituciones que se han justificado también desde el ideal deliberativo. El tribunal convoca a personas y/o instituciones que no son parte en la controversia constitucional a exponer oralmente ante el tribunal sobre la cuestión que está conociendo. Estas instancias se orientan principalmente a escuchar consideraciones o argumentos extrajurídicos, invitando a comparecer a la sociedad civil y a quienes se verán involucrados por el impacto que la sentencia tendrá, más allá de las partes. Su realización es facultativa para el tribunal, y tienen por finalidad ilustrar a los jueces constitucionales respecto consecuencias fácticas o jurídicas de la controversia constitucional sometida a su conocimiento. Por lo general se realizan en casos de alta connotación pública o de notorias consecuencias políticas.

Se trata de una institución de reciente aparición. Las primeras experiencias se encuentran en la Corte Constitucional colombiana, que comenzó la práctica de las audiencias públicas en la segunda mitad de la década de los '90. Su expansión por América Latina se produce a partir de la segunda mitad de la década del 2000. En Chile, la primera audiencia pública fue convocada el año 2007, y hasta hoy se ha convocado a alrededor de una veintena de audiencias.

En otras jurisdicciones constitucionales latinoamericanas como el Supremo Tribunal Federal en Brasil (Correa y Mendes, 2017; Correia de Oliveira, Da Silva y Tenorio de Amorim, 2018), la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (Sotelo, 2010), la Corte Suprema de Justicia en Argentina (Abramovich, 2013; Benedetti y Sáenz, 2016; Giuffré, 2016) o la Corte Constitucional colombiana, la convocatoria y procedimiento de las audiencias pública se encuentra reglamentada. En contraste, las audiencias

públicas que convoca el TCCh, son el resultado de una práctica del tribunal, y no una institución jurídica que esté regulada de forma organizada y coherente. La LOCTC no las menciona ni las regula. Tampoco existe a su respecto un auto acordado que las reglamente clara y sistemáticamente. Sólo es posible encontrar referencias a las audiencias como una cuestión tangencial en el Auto Acordado “Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad” de 30 de diciembre de 2014.

Cuando el TCCh convoca a audiencias públicas, dicha convocatoria se funda en el artículo 37 de la LOCTC. Esta disposición, inserta dentro de las “Normas generales de procedimiento”, faculta al tribunal para “decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto de que conozca”.

Por su parte, el mencionado auto acordado en su artículo 39 establece, de forma general, que una de las formas de intervención de “terceros ajenos al litigio” es a través de la audiencia pública. En su artículo 37 señala que son terceros ajenos al litigio las “personas naturales o jurídicas, agrupaciones o entidades, que tengan algún interés vinculado con la resolución del proceso, que no sean partes directas o indirectas en él ni tampoco detenten la calidad de órganos constitucionales interesados. Así, se consideran terceros, entre otros, los organismos públicos, las universidades, los centros de estudios, los académicos, las organizaciones no gubernamentales, fundaciones, juntas de vecinos y otras entidades análogas”.

El artículo citado dispone, además, que el Tribunal convocará a una audiencia pública en aquellos casos en que, conforme al artículo 37 de la LOCTC, lo estime necesario para una mejor resolución del asunto. Agrega que se procederá a fijar audiencia pública, especialmente, en los casos del artículo 93, N° 7 y N° 16 de la Constitución Política de la República, correspondientes a la acción de inconstitucionalidad de la ley y al control de constitucionalidad de decretos supremos, respectivamente. Asimismo, señala que para participar en dicha audiencia el interesado deberá registrarse en la forma en que se indique por la resolución que el tribunal dicte al efecto. Como se observa, no existe una regulación que defina las audiencias, los requisitos de los participantes, el objetivo de la convocatoria, la ritualidad de la audiencia, etc.

En definitiva, el Tribunal llamará a audiencia pública a su discreción, y los requisitos para admitirse a una persona u organización a las audiencias dependen exclusivamente de la resolución que convoca en cada caso, que por regla general sólo exigen tener un interés involucrado en el asunto. No se especifica qué tipo de interés.

El riesgo es que, pese a su objetivo de apertura a la deliberación, las audiencias públicas puedan transformarse en un espacio de opacidad y tener un efecto contraproducente. Sobre todo, si su deficiente regulación y organización redundan en que quienes participan de éstas se sienten formando parte de una puesta en escena o una estrategia utilitaria de legitimación, que es arbitraria en su convocatoria, o inútil desde el punto de vista de la argumentación del fallo que decidirá la cuestión debatida (Busch, 2020).

Una configuración procesal adecuada, no obstante, podría constituir a las audiencias públicas en una herramienta valiosa para el enriquecimiento del debate dentro del proceso de control de constitucionalidad, sea para incorporar la visión de los sectores afectados por una decisión, sea para dar un espacio a los grupos vulnerables dentro del debate público, sea para incorporar elementos técnicos ajenos al conocimiento jurídico.

(iv) Recepción de los amicus curiae y presentaciones de “terceros ajenos al litigio”

Finalmente, revisaré la recepción de la figura de los *amicus curiae* por parte del TCCh. Esta herramienta es una institución procesal que permite que terceros no involucrados en una causa hagan una presentación dentro del proceso atendido el interés *público* comprometido en el asunto. Su finalidad principal es ilustrar al tribunal sobre algún punto de derecho relevante en la causa y sus fundamentos se encuentran en el derecho de petición. Se presenta por un tercero ajeno al litigio. No es un perito ni se trata de un informe en derecho presentado por las partes, pero el tercero que interviene cuenta con una reconocida competencia en la materia discutida en la causa. No devenga honorarios. Y, muy importante para efectos de este trabajo, su intervención tiene por objeto la defensa de un interés público.

En Latinoamérica, la institución se ha recepcionado en los sistemas de control de constitucionalidad de países como Argentina, México, Perú y Brasil, reglamentándose a través de autos acordados. En Chile, los *amicus*

curiae no encuentran un reconocimiento general en la legislación¹⁹, y tampoco existe una regulación para su presentación ante el TCCh. Pese a lo anterior, es cada vez más frecuente que organizaciones de la sociedad civil presenten *amicus curiae*, particularmente cuando se tratan materias de alto interés y controversia social. Ha entendido el TCCh que la sociedad civil puede intervenir en los asuntos de los que conoce, sin ser parte en el proceso presentado un *amicus curiae*, fundado en el derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 19 N°14 y en el artículo 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

La única regulación existente es el ya mencionado Auto Acordado “Normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad”. El artículo 38 señala los principios que rigen la intervención de estos terceros, señalando que estos deben actuar de forma respetuosa, y no afectar la imparcialidad ni la independencia del tribunal. Luego, el artículo 39 señala que pueden intervenir a través de la participación en una audiencia pública, anteriormente explicada, o a través de una presentación escrita, definiendo ésta como “cualquier escrito que, formulado en términos respetuosos, se entregue en la Secretaría del Tribunal, asociado a un proceso que se encuentre en actual tramitación” y señalando los requisitos de dicha presentación, indicando en su número dos que debe mencionar el interés público *o privado* que promueve. Destaquemos que la regulación permite expresamente que se intervenga en defensa de un interés *privado*.

La herramienta de los *amicus curiae* puede ser virtuosa, al abrir el proceso de interpretación de la Constitución a la ciudadanía. Así lo ha demostrado en diversas causas sustanciadas ante el TCCh en que existían intereses públicos relevantes comprometidos²⁰. Las presentaciones de *amicus curiae* pueden enriquecer el debate, canalizando los argumentos

¹⁹ Sólo se contemplan en la ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales.

²⁰ En casos recientes de materias muy relevantes de interés público, los *amicus curiae* han jugado un rol relevante. Es el caso de materias como procedencia de beneficios carcelarios e indultos para condenados por delitos de lesa humanidad (roles 5678-2018 y 8574-20, respectivamente), o derechos de las mujeres y de pueblos originarios (rol 8792-20), por poner sólo algunos ejemplos en que la institución ha servido para ampliar la deliberación.

constitucionales de la sociedad civil organizada y de la academia, dando lugar a una sentencia constitucional más razonada, y conectada con la interpretación constitucional que realizan los grupos afectados por la decisión, principalmente si se trata de grupos vulnerables (García, 2008; Mena, 2010; Henning, 2010).

El TCCh ha ampliado el espectro de los participantes en sus procesos, sin intervención del legislador orgánico constitucional. La práctica ha introducido mecanismos más o menos (in)formales que permiten a privados concurrir a sede constitucional argumentando sobre un conflicto de constitucionalidad del que se está conociendo. Estos mecanismos han sido, como se viera, los *amicus curiae*, la convocatoria a audiencias públicas dentro del proceso de constitucionalidad, y la inquietante expansión de la figura del “téngase presente”. Se trata, en todo caso, de figuras diferentes que se han confundido en la práctica del TCCh, y cuya irrupción plantea la siguiente interrogante ¿quiénes han de tener derecho a voz dentro del proceso de control de constitucionalidad?

La deficiente regulación y comprensión de la figura por parte del TCCh, que ha confundido al *amicus curiae* con cualquier presentación de *terceros ajenos al litigio*, sin mayores precisiones, ha desvirtuado esta apertura. No están considerados en la regulación los elementos característicos de la institución, como la reconocida competencia de quien presenta su opinión al tribunal, el no devengar honorarios, y particularmente, la defensa de un interés público (Bazán, 2014).

Al permitir la introducción de intereses privados, a través de la figura procesal de los escritos de “téngase presente”, se han generado distorsiones cuyas implicancias son relevantes. En los hechos, se ha producido una especie de extensión fáctica de la legitimación activa de particulares en defensa de los más variados intereses. Por medio de los escritos de “téngase presente” asociaciones gremiales e individuos han presentado sus argumentos en procesos de control de constitucionalidad de la ley, particularmente en casos de control de constitucionalidad preventivo de proyectos de ley²¹. Esto ha generado importantes cuestionamientos y críticas, princi-

21 Competencia respecto de la cual la Constitución no otorga legitimación activa a los particulares, sino que la establece como uno de los trámites obligatorios para el proceso de formación de la ley (Art.93 N°1) o la reserva para los poderes electos (Art. 93 N° 3).

palmente a raíz de las presentaciones que se hicieron en las causas en que el interés público se enfrentaba a intereses económicos²² (Ahumada, 2018; Bassa y Mondaca, 2018).

El control de constitucionalidad tiene como objeto velar por el principio de supremacía constitucional, cuya protección es cuestión de interés público. La Constitución y la LOCTC establecen expresamente quiénes pueden activar el control de constitucionalidad y a quiénes se ha de escuchar dentro del proceso, distinguiendo entre individuos y órganos legitimados e interesados. La práctica del Tribunal Constitucional ha sido ir extendiendo a los sujetos que pueden concurrir a plantear sus argumentos en sede constitucional, primero con la aceptación de *amicus curiae*, luego con la convocatoria a audiencias públicas y finalmente, aceptando la intervención de particulares en defensa de intereses privados. La apertura a la ciudadanía puede verse en positivo, como un elemento democratizador de la jurisdicción constitucional, que abre el proceso a los mejores argumentos, transparentándolo. Sin embargo, esta apertura desregulada, y sin criterios claros respecto de cuándo, cómo, y en defensa de qué intereses, ha de aceptarse la participación de privados en el proceso de control de constitucionalidad también lo ensombrece y opaca. Permitir la introducción de la defensa de intereses privados, o la sola duda de que esto sea posible, arroja un manto de duda sobre las razones que llevan al tribunal a fallar, erosionando su legitimidad.

22 Ejemplo de esto fue la intervención en sede de control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Rol 4012-17. En que en una sentencia extremadamente controvertida se declaró la inconstitucionalidad de las potestades sancionatorias que el proyecto de ley otorgaba al Servicio Nacional del Consumidor, frente a vulneraciones de derechos de los consumidores. En lenguaje de la prensa, la sentencia dejó a la institución como “un león sin dientes”. Otro caso relevante se produjo en el control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre educación superior Rol N° 4317-2018. En este caso, el TCCh declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de que las universidades tengan como sostenedores a empresas con fines de lucro. Conviene recordar que la gratuidad de la educación y la prohibición del lucro fueron demandas claves de los movimientos sociales desde el año 2006 en adelante, y han marcado la agenda política chilena en la última década.

CONCLUSIONES

Los sistemas de control de constitucionalidad en Latinoamérica han generado innovaciones procedimentales y de organización buscando legitimar el rol de las cortes constitucionales, ya no sólo frente a los poderes electos, sino directamente frente a la ciudadanía. A través de la apertura de los procesos de control de constitucionalidad, o de elevar los niveles de transparencia y participación en torno a sus instituciones, se busca elevar la legitimidad democrática de cortes que funcionan en contextos de sistemas democráticos con instituciones representativas debilitadas.

Estas innovaciones procedimentales se han justificado principalmente desde una perspectiva de democracia deliberativa: ya que la interpretación de la Constitución involucra a toda la sociedad, la apertura de los procesos en torno a la jurisdicción constitucional los refuerza frente a la ciudadanía, al elevar su potencial deliberativo. Este potencial depende, no obstante, del diseño específico de las instituciones. Una recepción inadecuada de estas innovaciones, sin suficiente claridad en su reglamentación, puede no lograr el objetivo de fortalecer la legitimidad e incluso frustrar este propósito.

Todo tribunal constitucional ha de lidiar con el déficit de legitimidad democrática. Esto es particularmente delicado en el caso chileno, donde se ha cuestionado no sólo al órgano sino también a la Constitución que custodia. A pesar de lo anterior, las instituciones de apertura a la sociedad tienen un potencial deliberativo que podría desplegarse, incluso en el caso chileno, con sus particularidades. Sin embargo, para que esto suceda es necesaria una mirada atenta a las asimetrías, desigualdades y exclusiones que existen en la sociedad chilena y que atentan contra la deliberación democrática.

A través de esa mirada atenta los jueces pueden ayudar a promover el debate público y prevenir que las decisiones públicas se vuelvan solo el producto de los “intereses desnudos”. Debe asegurarse que la ley exprese los intereses públicos, más que las exigencias privadas (Gargarella, 2019). La advertencia de Gargarella es especialmente pertinente para el caso que se revisa. Como se ha visto, la recepción de las instituciones de apertura no ha sido diseñada con suficiente cuidado. Esto significa que las instituciones que pueden ser deliberativas, y abrir un canal para la expresión de todos los grupos sociales, puedan ser instrumentalizadas por las élites, ya

suficientemente representadas, formal o informalmente, en el debate público. Al ampliarse la participación sin una mirada selectiva o atenta a las desigualdades, sino con una mirada de igualdad formal extrema, la apertura ha redundado en ocasiones en un refuerzo de los intereses privados (téngase presentes de gremios, por ejemplo) o políticos (participación de partidos y parlamentarios en audiencias públicas). Y los canales de comunicación directa del TCCh a la ciudadanía, en los casos analizados, no han sido interpretados como transparencia, sino como intervención en la política contingente.

Los diseños institucionales y la forma en que se delinean las instituciones determinan sus resultados. No es suficiente el “abrir la puerta” para que entre la ciudadanía. El diseño debe ser cuidadoso y pensar en las condiciones materiales culturales y políticas en que esa apertura se inserta. La desregulación y la discrecionalidad aumentan las posibilidades de que quienes utilicen estas instituciones no sea la sociedad civil “de a pie”, sino que se conviertan en un amplificador de la voz de las élites políticas y económicas.

La implementación de las instituciones debe ser pensada desde objetivos institucionales definidos y regulada de modo que haya certeza. Las asimetrías de recursos, económicos y culturales, se expresan también en la capacidad de acceso a las estrategias judiciales (Busch, 2019a). Las instituciones de participación pueden ser relevantes para democratizar y aumentar la deliberación, pero para que eso se logre, su diseño debería estar atento a las asimetrías referidas, con el objeto de conjurar la posibilidad de captura por parte de las élites.

En síntesis, la forma en que las instituciones descritas o los rasgos característicos de la jurisdicción en Latinoamérica que se han estudiado y destacado como positivos en otros países se han incorporado en Chile sin una suficiente regulación y reflexión. Aunque a veces su realización ha sido virtuosa, particularmente en relación con la recepción de *amicus curiae* y en algunos casos de audiencias públicas, en otros no lo ha sido tanto. El ejercicio de apertura a la sociedad civil que ha realizado el TCCh puede conspirar contra sí mismo. Parece necesario insistir en la importancia del respeto al derecho procesal constitucional, y regular con detalle, sea por ley, sea por auto acordado, la procedencia, requisitos e intereses que justifican la presentación de *amicus curiae*, y lo mismo respecto de la convocatoria de audiencias públicas, y explicitando qué intereses pueden legítimamente

pueden invocarse dentro del proceso de control de constitucionalidad. De tal manera, la apertura y democratización vendrá a fortalecer la legitimidad de nuestra jurisdicción constitucional.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. (2013). La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema. *Pensar en Derecho* (3), pp. 17-23.
- Ahumada, P. (2018). El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional. En C. Huneeus & O. Avendaño (Eds.). *El sistema político de Chile*, pp. 379-410. Santiago: Lom.
- Bassa, J. (2015). El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente. En J. Bassa Mercado, J.C. Ferrada Bórquez & CH. Viera Álvarez (Eds.), *La Constitución chilena*, pp. 253-284. Santiago: LOM.
- Bassa, J. & Mondaca, D. (2018). *Tribunal Constitucional: un téngase presente inconstitucional*. Chile: La ley al día. Recuperado de <http://www.laleyaldia.cl/?p=3688#> [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019].
- Bayón, J. C. (2003). Derechos, democracia y Constitución. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 211-238. Madrid: Trotta.
- Bayón, J. C. (2010). *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. En L. García Jaramillo & M. Carbonell (Eds.), *El canon neoconstitucional*, pp. 285-355. Madrid: Trotta.
- Bazán, V. (2014). Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. *Revista Derecho del Estado* (33), pp. 3-34, p. 26.
- Benedetti, M.A. & Sáenzs, M.J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Bello Hutt, D. (2017). Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución. *Revis Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (33), pp. 100-102. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/3727> [Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020].
- Busch Venthur, T. (2012). El Concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile. *Global Jurist* 12 (2). doi: 10.1515/1934-2640.1410.

- Busch Venthur, T. (2019). ¿La acción como un derecho político oblicuo? Judicialización, participación y representación política. En P. Riberi (Coord.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, pp. 134-148. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.
- Busch Venthur, T. (2019). *El Control del Juez Constitucional: Control y responsabilidad en la jurisdicción constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Busch Venthur, T. (2020). Audiencias públicas dentro del proceso de control de constitucionalidad: Desafíos de su configuración procesal. En E. Navarro y F. Zúñiga, *Derecho Procesal Constitucional Libro homenaje al Profesor Juan Colombo Campbell*, Valencia: Tirant lo Blanch (en prensa).
- Busch Venthur, T. & Szmulewicz, E. (2020). Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica. *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Artículo aceptado para su publicación.
- Carroll, R. & Tiede, L. (2012). Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalitions in the Adjudication of Rights. *Journal of Human Rights*, 11 (1), pp. 85-105.
- Correa Marona, M. & Mendes da Rocha, M. (2017). Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Sociologia e Política*, 25 (62), pp. 131-156.
- Correia de Oliveira, J., Da Silva, I.L y Tenorio de Amorim, F.S. (2018). As Audiências Públicas no STF: a adoção de um modelo cooperativo de controle de constitucionalidade das normas. *Seqüência*, (78), pp. 175-198.
- Couso, J. (2011). Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970-2010. *Texas Law Review*, 89, pp. 1517-1536.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- García, R. (2008). A democratic theory of amicus advocacy. *Florida State University Law Review*, 35, pp. 315-358.

- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel.
- Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14, pp. 1-32.
- Gargarella, R. (2019). La revisión judicial para las democracias latinoamericanas. En R. Niembro & S. Verdugo (Coords.) *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación y ICON-S México.
- Giuffré, C. I. (2016). *Audiencias públicas informativas en el Poder Judicial: una mirada a través de la obra de Jürgen Habermas*. *La ley Online*, Thomson Reuters, junio de 2016.
- Giuffré, C. I. (2016). *Democracia deliberativa: institucionalización de instrumentos jurídico-dialógicos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Judicial. Recuperado de https://www.academia.edu/25376685/Democracia_deliberativa_su_institucionalizaci%C3%B3n_a_trav%C3%A9s_de_instrumentos_jur%C3%ADdico-dial%C3%B3gicos [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017].
- Häberle, P. (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, (6), pp. 29-61.
- Heiss, C. & Szmulewicz, E. (2018). La Constitución política de 1980 en C. Henneus, & O. Avendaño (Eds.), *El sistema político de Chile*, pp. 57-83. Santiago: Lom.
- Henning Leal, M.C. (2010). La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, 8 (1), pp. 283-304.
- Henning Leal, M.C. (2014). As audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro; Uma nova forma de participação? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 19 (2), pp. 327-347.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Lovera, D. (2020). ¿La deformación del Derecho? El Tribunal Constitucional y el derecho adjetivo. Manuscrito en poder del autor.

- Marín Hernández, G. (2018). ¿Protagonismo ante las cámaras de TV? Deliberación pública y disenso judicial en la Suprema Corte mexicana, 1998-2012. (Tesis de Maestría en Ciencia Política, inédita). Centro de Investigación y Docencias Económicas A.C. Recuperado de: <http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2421/161196.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 3 de enero de 2019].
- Mena Vázquez, J. (2010). El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa. *Revista Justicia Electoral*, 1 (6), pp. 173-196.
- Niembro Ortega, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. (Tesis Doctoral, inédita). Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/43557/1/T39001.pdf> [Fecha de consulta: 30 de enero de 2019].
- Nino, C. S. (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates* (29), pp. 97-135.
- Nosetto, L. (2018). Legitimidad democrática y judicialización de la política: El caso de la Argentina contemporánea. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 21, pp. 145-166.
- Perelman, Ch. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Trad. M. León Alonso), Madrid: Dykinson.
- Pou Giménez, F. (2011). Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 109-138. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Pou Giménez, F. (2017). Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. En R. Davis & D. Taras (Eds), *Justices and Journalism. The Global Perspective*. Cambridge: University Press, pp. 209-234. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/315734490_Changing_the_Channel_Broadcasting_Deliberations_in_the_Mexican_Supreme_Court [Fecha de consulta: 9 de julio de 2017].
- Pou Giménez, F. (2017). Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice. En R. Sieder & K. Ansolabehere (coords.), *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*. Londres: Routledge.
- Rufino do Vale, A. (2017). *La Deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía*, 21, pp. 51-84.
- Sancari, S. (2015). El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en el impulso de la participación política en la jurisdicción. *Ecuador Debate*, 96, pp. 39-49.
- Sotelo Gutiérrez, A. (2010). *Dejad que los ciudadanos se acerquen a mí: entre la legitimidad y la representación: las audiencias públicas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la despenalización del aborto en el Distrito Federal* (Tesis de Maestría, Maestría en Ciencias Sociales). FLACSO México. Recuperado de: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/2792> [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2017].
- Thury Cornejo, V. (2010). Políticas comunicacionales, representaciones mediáticas y legitimidad judicial. un estudio de caso sobre la Corte Suprema de la República Argentina. *Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, 10, pp. 77-105
- Tushnet, M. (2015). New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper No. 15-08*. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2589178 [Fecha de consulta: 13 de enero de 2018].
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 109-138. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

CAPÍTULO 7

El dominio de los números y la legitimidad democrática

LUCRECIA D'AGOSTINO¹

INTRODUCCIÓN

Números, estadísticas, indicadores son inscripciones frecuentes en los discursos que circundan a las prácticas políticas. Las cifras sintetizan propuestas electorales, estructuran debates legislativos, robustecen los diagnósticos que fundamentan acciones gubernativas, miden la aprobación de los y las gobernantes, encienden alarmas cuando los asuntos comunes no van bien. Circulan en memorias administrativas y políticas, informes institucionales, medios de comunicación, redes sociales y también como mercancías (en particular, aquellos datos que, capturados en sondeos de opinión o algoritmos, prometen reflejar los sentimientos públicos). La naturalidad con la que incorporamos sus múltiples usos y aplicaciones puede explicarse por propagación del lenguaje numérico en las sociedades contemporáneas. La omnipresencia de la numeración limita cualquier intento de identificar de manera exhaustiva dónde están y para qué se utilizan los números en la actualidad. Frente a esa imposibilidad, basta con señalar que difícilmente podríamos imaginar nuestra cotidianidad fuera de un entorno numérico.

En este capítulo proponemos un conjunto de reflexiones acerca de la expansión del dominio de los números sobre las dinámicas políticas formuladas a partir de una serie de contribuciones que han aportado a desentrañar

¹ Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública (Universidad Nacional de Cuyo) y Doctoranda en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Cuyo). Docente de “Estado, sociedad y política” y de “Historia de la ciencia” (Universidad Nacional de Cuyo).

los aspectos sociales y políticos de la producción estadística. En particular, nos interesa abordar cómo la cuantificación de la política se vincula con la construcción de legitimidad en las democracias contemporáneas. Como clave interpretativa para orientar un camino de lecturas consideramos que la numeración antes que definirse como una dimensión secundaria, externa o posterior, resulta un elemento central que se encuentra en la base de los procesos de construcción de legitimidad democrática. Por un lado, aquellos gobiernos representativos que sembraron la participación popular individual como base de legitimidad incorporaron a la aritmética en el corazón de sus arreglos constitutivos. Por otro lado, en la medida en que estos gobiernos devinieron en propuestas democráticas –con la extensión del voto a un universo más amplio de ciudadanía–, nuevos asuntos pudieron ser problematizados y también traducidos como nuevas figuras estadísticas. En este punto es posible reconstruir una historia que ligue la participación y movilización popular con los temas que son *observados* por la estadística. La estadística puede ser interpretada como un campo de visibilidad de lo social en el que contar no refiere solamente a una operación aritmética sino al hecho de que distintos temas o sujetos sociales sean considerados o reconocidos por una sociedad.

Expresar que el dominio de los números se ha ampliado refiere a un doble proceso que podemos presentar haciendo uso de la ambivalencia del vocablo. Por un lado, el *dominio* refiere a un territorio o espacio sobre el cual se tiene competencia. Decir que el dominio de los números se amplía sugiere que cada vez más actividades sociales pueden ser expresadas en un lenguaje numérico. La expresión, frecuente en la bibliografía, *cuantificación de lo social*, refiere a este hecho. Por otro lado, el dominio puede ser significado para describir una relación asimétrica o de poder (dominación). Dentro de esta posible interpretación, la mención a la expansión del dominio de los números remite al lugar simbólicamente privilegiado que las cifras tienen para ordenar un campo social. En este sentido, afirmamos que los números ordenan. Apelando a una nueva licencia para hacer uso de la ambivalencia del lenguaje, sugerimos que la acción de ordenar puede significar que los números aportan a un esquema interpretativo y también los números dirigen o mandan.

Con el objetivo de dar cuenta de la centralidad que los números tienen para la construcción de legitimidad democrática, proponemos un recorrido

que cumple con el propósito de abordar en términos generales y panorámicos esta cuestión. En el primer apartado *Números, estadísticas, indicadores* exponemos algunos atributos asignados a los números que favorecen la cuantificación de lo social –es decir, la expresión numérica de fenómenos económicos, políticos y sociales que antes de ingresar al dominio de las cifras era descriptos en términos cualitativos– y presentamos algunas contribuciones críticas que fueron aportadas en las últimas décadas por las ciencias sociales. El segundo apartado, *Un lugar para las estadísticas en el Estado*, nos permite introducir algunas notas históricas indispensables para identificar las principales tradiciones que confluyeron en la estadística moderna. Recuperamos en este punto, algunas claves de lectura que sugieren una asociación entre la cuantificación de lo social y el establecimiento de las nuevas figuras jurídicas de la Modernidad que colocaron al individuo en el centro de la escena social y política. Luego, en el tercer apartado, *La legitimidad, los números y la democracia*, damos cuenta de la incidencia de los números en los procesos de construcción de la legitimidad democrática entendida en un sentido dual que distingue al momento de competencia electoral del ejercicio de gobierno. Más allá de la mirada panorámica propuesta, ésta es la parte del texto que se vincula de manera más directa con la pregunta que orienta este trabajo. Finalmente, en el apartado *Indicadores, políticas públicas y modelos de administración*, proponemos una serie de reflexiones sobre la relación de los números con la gestión y la administración pública. Antes que señalar un proceso lineal de recepción y uso de estadísticas e indicadores, sugerimos que la convivencia de diferentes lógicas administrativas condiciona el uso de los datos. Particularmente este último apartado nos introduce en un conjunto de reflexiones que no tienen como intención ni celebrar el dominio de los números ni condenar su utilización. La numeración forma parte de nuestras vidas, se trata solamente de brindar un conjunto de lecturas que aporten a construir una actitud reflexiva y crítica sobre la misma.

I. NÚMEROS, ESTADÍSTICAS, INDICADORES

Números, datos, estadísticas, indicadores son términos que suelen formar parte de discursos políticos. A veces se utilizan de manera indistinta sin advertir la confusión que genera el uso de estos conceptos. Incluso resulta

difícil encontrar cierto acuerdo entre quienes se proponen aportar alguna precisión al respecto. Por ello, y con el propósito de orientar al lector o lectora sobre el alcance que le damos en este trabajo, exponemos las siguientes definiciones. Utilizamos el concepto de dato para referir a un contenido mínimo de información sobre un hecho o situación, no necesariamente definido en términos cuantitativos. Por *números*, entendemos un conjunto de símbolos que expresan cantidades y sobre los cuales pueden recaer operaciones de cálculo aritmético. El hecho de que funcionan como un sistema nos permite afirmar la existencia de un lenguaje numérico. Por *numeración* consideramos al proceso de aplicación de ese lenguaje a una realidad, evento o actividad determinada. Por *estadística*, no nos referimos a la recreación epistémica de conocimientos ligados al desarrollo del cálculo de probabilidades sino a la práctica de reunir y analizar una colección de registros numéricos que son relevantes para representar hechos, situaciones, dinámicas que atraviesan distintos objetos de indagación social. La producción estadística supone un proceso de transformación numérica de datos. Si bien es frecuente que los términos *estadística* e *indicador* sean usados indistintamente como sinónimos, los indicadores suelen estar más asociados a figuras sintéticas que sirven para la toma de decisiones en coyunturas concretas y para el monitoreo de acciones programadas. En su conjunto, números, estadísticas e indicadores sirven al propósito de dar cuenta, en un lenguaje sintético, de fenómenos y dinámicas sociales.

La operación de simplificación que subyace a la producción estadística permite la agregación de conjunto o series de datos con el propósito de obtener cifras sintéticas que pueden compararse y agregarse o combinarse en nuevas medidas estadísticas. La estadística permite la comparación temporal y espacial entre distintas unidades y tiene por ello el potencial de hacer contrastables situaciones cuyas disimilitudes o heterogeneidad sugieren un límite para la conmensurabilidad. A partir de un proceso de selección de dimensiones significativas que habilitan la reducción de la complejidad y singularidad originarias, los datos se desprenden de sus contextos, y pueden circular dejando atrás todo aquello que queda fuera de la medición ya sea por el proceso selectivo subyacente a la producción estadística o por el carácter numéricamente inaprensible de algunas dimensiones de los fenómenos sociales que representan. Luego, los datos desprendidos de sus contextos circulan como objetos estadísticos que tienen un amplio

campo de aplicación. Precisión, confianza, rigor metodológico, objetividad, imparcialidad son valores que las sociedades modernas reconocen en la ciencia y se imprimen en las estadísticas.

El avance tecnológico dado en las últimas décadas posibilita que los datos tiendan a producirse de manera automática y en tiempo real y, además, puedan visualizarse utilizando herramientas interactivas que permitan recorrerlos sin necesidad de ser especialista en la materia. De este modo, una audiencia más extendida puede consultar e interpretar este tipo de construcciones numéricas. Las estadísticas han pasado a formar parte de las dinámicas de interacción más cotidiana. Ya no se trata sólo de estadísticas oficiales que interesan a un gobierno o a públicos especializados sino de *números públicos*, es decir, de aquellos números que trasvasan los estrechos ámbitos especializados, son objeto de atención mediática y susceptibles de ser apropiados, readaptados, traducidos, significados de manera diversa por distintos actores sociales (Daniel, 2013).

En las últimas décadas, un conjunto contribuciones provenientes de la historia, la sociología, la economía, la ciencia política y la antropología, entre otras disciplinas, han invitado a pensar en la constitución de un campo científico emergente: el de la sociología de la estadística o de la cuantificación (Camargo, 2009; Daniel, 2016; Diaz-Bone y Didier, 2016). Las estadísticas han despertado un nuevo interés en las ciencias sociales. Si originalmente se incorporaron como cifras que permitieron sentar bases robustas para reflejar regularidades sociales –dentro de una visión positivista de la ciencia–, en la segunda mitad del siglo XX tuvo lugar la apertura a una reflexión crítica sobre las connotaciones epistemológicas y las condiciones sociales en las cuales se producen las cifras. El giro kuhniiano, la búsqueda de lecturas que superaran las interpretaciones internalistas o externalistas de la historia de la ciencia, los aportes de la sociología de la ciencia y la tecnología (como la perspectiva constructivista aportada por Bruno Latour), fueron algunas de las piezas que invitaron a cuestionar la idea de que las estadísticas sean un registro o reflejo de una realidad preexistente al proceso de medición.

Más allá de los matices y de la variedad de las problematizaciones propuestas –y del acervo multidisciplinario que invita a revisar la denominación asociada solamente a una disciplina social: la sociología– un elemento común es la mirada recurrente sobre la historia como un espacio habitado por

aquellas genealogías que permiten dar cuenta del origen social y político de las estadísticas. La obra de Alain Desrosières (1940-2013) –sociólogo francés que recreó una historia de la razón estadística como parte de un entramado social y político– es una de las principales referencias de este campo en formación. Desrosières destacó la naturaleza social de la cuantificación: en sus trabajos propone recrear las constelaciones sociopolíticas que involucran objetos, seres humanos, instrumentos, convenciones y prácticas relacionadas con las cadenas de producción estadística.

Originariamente fue Paul Starr quien acuñó el término con la publicación de “Sociología de la estadística oficial” (1987). En este capítulo (que pertenece a una obra colectiva que sentó un hito en la construcción del campo) Starr introdujo el concepto de sistema estadístico para indicar la existencia de una estructura cognitiva y una estructura social organizadas alrededor de las estadísticas. Mientras la primera refiere a la configuración de la información en sí, a los límites y supuestos de la investigación, al modo de clasificar y medir, y a las reglas que orientan la interpretación y presentación de los datos, la segunda remite al conjunto de relaciones sociales y económicas establecidas entre quienes responden las encuestas, las agencias estatales, las firmas privadas, las profesiones, las organizaciones internacionales y otros actores involucrados en la producción de los datos (Starr, 1987). Producir estadísticas implica definir procedimientos de muestreo, recolección de datos, métodos de registro y análisis, y entrenar una mirada técnica, entre otras tareas. Supone un proceso de estandarización en las destrezas que deben tener quienes producen y quienes utilizan estadísticas. Como lo sugiere Theodore Porter (Porter, 1993) la cuantificación es efectiva porque estandariza tanto su objeto como su sujeto.

En la medida en que definir un problema resulta en ocasiones sugerente de alternativas para su atención, las estadísticas también son consideradas señales performativas. En este punto, resulta preciso distinguir a la objetividad (como una pretendida correspondencia entre los datos y la realidad que la sociología de la cuantificación se esfuerza por desarmar) y la objetivación como un proceso de abstracción que implica un conjunto de operaciones para conceptualizar y estandarizar procedimientos y métodos. En palabras de Desrosières: “La realidad se presenta como el producto de una serie de operaciones materiales de inscripciones, producto tanto más real cuánto más generales sean estas inscripciones, es decir que las convenciones de

equivalencia que las fundan están más sólidamente establecidas a partir de atribuciones de mayor amplitud” (Desrosières, 2004, p. 27).

Las estadísticas configuran un campo de visibilidad social y por ello, resulta relevante indagar en el contexto y en las dinámicas que subyace a su producción: ¿qué temas resultan nombrados o contados?, ¿quiénes los establecen?, ¿cuáles son los puntos controversiales alrededor de las definiciones conceptuales y metodológicas?, ¿qué posiciones prevalecen y cuáles no son finalmente incorporadas?, ¿qué elementos políticos o ideológicos condicionan a las convenciones estadísticas?, ¿cuáles son los temas que una comunidad se resiste a incorporar? Estas son algunas de las preguntas que permiten delinear el marco sociopolítico en el cual se encuadra la producción de categorías y de clasificaciones. Una lectura de este tipo, propia de la sociología de la cuantificación, enfatiza entonces en el análisis de los primeros eslabones de la cadena de producción estadística y en indicar que, en el proceso de definición de las categorías y clasificaciones, el lenguaje estadístico moldea o prefigura la realidad que luego se *observa*.

La cuantificación posibilitó la modernización de los Estados, de las ciencias y de la economía en particular y, al mismo tiempo, los estados, la ciencia y la economía fueron las fuerzas motrices de los procesos de cuantificación (Díaz-Bone y Didier, 2016). Establecer equivalencias, formular parámetros, estandarizar y monetizar operaciones de mercado, unificar e imponer sistemas de medida y desarrollar un conjunto de destrezas y saberes para el manejo de los datos fueron acciones que alimentaron esta relación circular. El proceso histórico de surgimiento de la estadística como práctica estatal, da cuenta de una relación de afirmación entre la estadística y la formación de los Estados modernos. La estadística se desarrolla como una forma de contabilizar las actividades del Estado (Desrosières, 1996) y al mismo tiempo es un recurso que se incorpora como capacidad estatal (Brambor et al., 2019) o como dispositivo asociado al ejercicio de una nueva racionalidad gubernamental (Foucault, 2006).

II. UN LUGAR PARA LAS ESTADÍSTICAS EN EL ESTADO

Pruebas arqueológicas de prácticas estadísticas en Egipto y en la región mesopotámica hacia el año 3000 a.C. testimonian que la estadística, como práctica de reunir y analizar datos sobre un territorio y una población,

ya tenía cierta envergadura en la Antigüedad (Otero, 2006). En Roma, la realización de relevamientos censales periódicos tuvo un lugar central en la planificación fiscal, militar, política y administrativa entre el siglo VI a. C. y el año 73 de nuestra era.

Los cambios cosmológicos, económicos y sociales que definieron los orígenes de la Modernidad significaron un límite al fatalismo religioso y un espacio para que la incertidumbre pudiera ser pensada como una condición humana. Los destinos sociales ya no estaban sujetos a los poderes divinos, sino que podían también interpretarse y controlarse construyendo ciertas regularidades (como lo expresa Patricia Cohen en una obra que es abordada por Rose, 1991). El surgimiento de la probabilidad entre los siglos XVII y XVIII se relacionó con la posibilidad de ordenar un mundo cuyas bases determinantes se habían erosionado (Hacking, 2012). Antes que el intercambio epistolar entre Pierre de Fermat y Blas Pascal (observado como uno de los hechos fundantes del cálculo de probabilidades), el encuentro de Occidente con las civilizaciones de América y Oriente implicó la apertura a un mundo radicalmente nuevo habitado por la alteridad cultural que movilizó las certidumbres sobre la propia condición humana. Esta es una interesante lectura que aporta la antropóloga mexicana Leticia Mayer Celis (2015). Con el afán de recrear en las metrópolis estos lejanos territorios desconocidos, se desarrolló un intenso tráfico de objetos y de inscripciones provenientes de las relatorías de viajeros y conquistadores. Si bien el lenguaje era predominante cualitativo, supuso la práctica de registrar, compilar y sistematizar datos, condición elemental para la cuantificación.

A fines del XVIII y de las primeras décadas del siglo siguiente la palabra estadística –como lo explica Jesús Bustamante (2014)– ingresó en la mayoría de las lenguas europeas para designar un procedimiento científico de incuestionable utilidad. Para comprender la novedad estadística de la Modernidad conviene tener presente la existencia de dos tradiciones científicas –una más cualitativa y política “de letras”, y otra más cuantitativa y de ingeniería social “de ciencias”–. Mientras la primera implicó cierta continuidad con las prácticas más antiguas ligadas al registro administrativo en censos y padrones, la segunda se caracterizó por su vínculo con el desarrollo del cálculo de probabilidades y por sus implicaciones político-morales. Estas tradiciones convivieron por un largo período y recién en el siglo XX es posible dar cuenta de la prevalencia indiscutida de la estadística cuantitativa.

A la otra tradición, que aunque no descontaba el uso del conteo se basaba en descripciones cualitativas, se le debe la elaboración del vocablo “estadística” como ciencia del Estado (el término fue acuñado originalmente por Gottfried Achenwall, en 1749).

Las implicaciones político-morales de la tradición moderna se relacionaron con la expansión del liberalismo y la noción de la sociedad como una construcción social que podía ser transformada. La idea de ciudadano, que como categoría jurídico-política recreaba el ámbito de la individualidad y de las libertades personales, tensiona con la noción estadística del hombre medio referida a una mirada sobre un conjunto de individuos a partir de la cual es posible identificar ciertas regularidades o constantes. La cuantificación de los seres humanos significó la posibilidad de un cambio cualitativo en la percepción de las sociedades y sus miembros. En ese sentido, aunque se tratara de una ficción analítica, estos patrones permitieron establecer un sistema jurídico que respondiera a los principios de generalidad y universalidad (Mayer Celis, 2014). Los liberales creían en la libertad individual pero la ley de los grandes números les demostró que existía una regularidad colectiva. Los que sabían de estas regularidades podían cambiar las condiciones sociales de los gobernados. El paso siguiente, indica Mayer Celis, fue unir la higiene con la moralidad y los niveles de la moralidad al progreso. Además de tener derechos y gozar de libertades, los individuos eran seres posibles de cuantificar. En la formación de las leyes civiles y penales, está la idea de la cuantificación. No se puede codificar si no hay modelos, si los seres a los que se quiere gobernar no responden a un patrón relativamente común.

En el siglo XIX la estadística conquistó su propio espacio en la mayoría de los Estados europeos y su utilización se expandió en las nacientes ciencias sociales, definidas por Adolphe Quetelet como una *física de lo social* (expresión retomada por el positivismo de Auguste Comte). Antes de analizar cómo se vincula la estadística pública con la legitimidad democrática, repasemos brevemente cuáles fueron las características más relevantes de algunos países que son normalmente referenciados en la bibliografía (Desrosières, 2004; Otero, 2006).

Si bien Francia tenía una tradición de producción censal significativa, el postulado revolucionario de hacer *tabula rasa* del pasado monárquico tuvo su correlato en la construcción de un nuevo orden estadístico a partir de 1789. Como lo sugiere Hernán Otero (2006), si hasta ese momento los

censos eran entendidos como como instrumento de gobierno antes que como un medio para conocer científicamente la sociedad, estos se resignificaron como un instrumento para conocer una amplia serie de temas económicos y sociales dando “el paso de una estadística de tipo fiscal a una *máquina de explorar la sociedad* [referencia a Le Bras]” (Otero, 2006: 90). Esta transformación se dio en un contexto más amplio de reformas que incluyó la laicización del registro civil, la unificación del sistema de pesas y medidas, el establecimiento de nuevos sistemas de tributación y la imposición de la lengua francesa. El concepto de ciudadanía –que reemplazó a la representación estamental por la misiva un “individuo=un voto” –, otorgó otro significado al conteo de la población que adquirió una inusitada centralidad en el nuevo proceso de legitimación de las autoridades políticas. Volveremos sobre este último punto más adelante.

En Gran Bretaña, el desarrollo de la estadística oficial estuvo íntimamente ligado a los debates sociales establecidos alrededor del impacto de la revolución industrial y la conformación de grandes urbes y el riesgo de que éstas se transformaran en potenciales focos de epidemias y miseria. Además de estos debates, que protagonizaron científicos e intelectuales, el poder de las autoridades locales fue otro factor que condicionó la construcción de un complejo sistema estadístico descentralizado y con reparticiones diferenciadas para producir estadísticas económicas y demográficas². La construcción de este sistema no puede entenderse sin reparar en el marco de referencia liberal que caracterizó a la construcción del Estado moderno: la defensa de las libertades individuales, el libre comercio, la importancia de los poderes locales (autoridades de condados y comunas) y el auxilio a los pobres en asilos de trabajo son algunas de sus características principales. Históricamente, la realización de relevamientos censales se consideró una intromisión del Estado en las libertades civiles hasta 1800 cuando una ley dispuso la realización de un censo general que se realizó al año siguiente.

Las notas históricas de la estadística alemana se relacionan con la tradición descriptiva que mencionamos anteriormente y por las particularidades que le imprimió el proceso de unificación tardía de sus reinos en

2 La *General Register Office* (estado civil no religioso de alcance nacional, estadísticas vitales) y el departamento de estadística en el marco del *Board of Trade* (posteriormente, *Labour Department*).

un Estado-nación. La preocupación por la identidad nacional y regional, el predominio de debates filosóficos, históricos y políticos y la centralidad de la observación histórica fueron algunas de las notas características de la estadística alemana decimonónica. En 1871 se creó el servicio imperial de estadística que congregó a un conjunto heterogéneo de servicios pre-existentes en cada reino. A partir de ese año comenzaron a organizarse grandes encuestas y censos que se publicaron, junto a extensas monografías descriptivas, como un recurso más del método (sin tener como un propósito la deducción de leyes a partir de la identificación de regularidades). Como sugiere Hernán Otero, “la matematización de los hechos sociales coexistió largo tiempo con la matriz jurídica, filosófica, holista e historicista propia de la tradición intelectual germana” (Otero, 2006, p. 96). Si bien el hecho de que los directores de las oficinas de estadísticas muchas veces fueron profesores universitarios de *ciencias del Estado*, las relaciones entre los académicos fueron “complejas, a menudo conflictivas, y rara vez alcanzaron la flexibilidad y la fluidez observadas en Gran Bretaña” (Desrosières, 2004, p. 197).

En Estados Unidos, el proceso de formación de un Estado y la modificación continua de los equilibrios políticos entre regiones y partidos, la extensión de las fronteras hacia el Oeste, el crecimiento migratorio, la urbanización, las crisis económicas y los conflictos étnicos o raciales condicionaron la configuración histórica de la estadística pública. Estos factores contextuales pusieron a la estadística en el centro de los grandes debates nacionales dados alrededor de la abolición de la esclavitud, la imposición de sistema de cuotas restrictivas a la inmigración, la integración racial en la década de 1920, la atención de la pobreza y el desempleo luego de la Gran Depresión. Entre las principales características de la estadística oficial estadounidense destacadas en la bibliografía consultada (Desrosières, 2004; Otero, 2006) se destacan, por un lado, la construcción de lazos de las oficinas de estadística con centros de investigación, fundaciones privadas y sociedades científicas; y, por otro lado, la discusión política y parlamentaria que brindó el consenso necesario para construir la legitimidad estadística. A pesar de que se trató de un sistema fragmentado en una pluralidad de servicios diferentes y sin una estructura permanente hasta la formalización

del *Census Bureau* en 1902³, la experiencia norteamericana resalta por la periodicidad y regularidad de los censos realizados entre 1790 y 1990 (se concretaron veintidós relevamientos). El *Census Bureau* no tuvo posibilidad de establecer una coordinación administrativa en materia estadística hasta 1933. Por estos años, la crisis económica sentó las bases para un Estado planificador que, de manera creciente, demandaba información para desplegarse en nuevos espacios de intervención. En este marco, se ubican un conjunto de nuevas mediciones ligadas al desarrollo de la econometría entre 1910 y 1930 y el cálculo de las cuentas nacionales que fueron luego recibidas en otros países. La creación de la primera máquina capaz de procesar grandes volúmenes de datos a partir del sistema binario (máquina perforadora desarrollada por Herman Hollerith para el censo de 1890) y la alternativa de optimizar los relevamientos con la introducción de técnicas de muestreo (incorporadas como indagación complementaria en los censos a partir de 1940) constituyeron una revolución estadística hacia mediados del siglo XX. Estas innovaciones tecnológicas y metodológicas se propagaron a partir de entonces por la mayoría de los países occidentales.

En América Latina, la presencia de los pueblos originarios, el desplazamiento forzado de personas sometidas a esclavitud y los procesos inmigratorios que se dieron a partir de la segunda mitad del siglo XIX formaron parte de una heterogeneidad social de la cual la estadística nacional debió dar cuenta (Otero, 2018). Más allá de las particularidades que caracterizó la constitución de aparatos estadísticos en cada país, algunos rasgos comunes para la región fueron la dificultad para vincular el conocimiento técnico en el ámbito estatal con las dinámicas de los actores económicos y sociales, el poco uso de la información producida, las tensiones entre autonomía

3 Antes de esa fecha, se conformaron comisiones y estructuras temporarias *ad hoc* que tenían por funciones el diseño, la ejecución, el análisis y la publicación de los resultados. Los aspectos generales se definían con la sanción de una ley especial para cada censo. En materia censal, algunas definiciones plasmadas en la constitución norteamericana de 1787 fueron recibidas en Argentina: la obligación de levantar censos decenales de población, el requisito de dar un debate legislativo que confluyera en una ley para cada censo y la introducción de la cláusula poblacional como elemento para definir la integración del Congreso. Al igual que en nuestro país, el problema de la ciudadanía y de la representación política quedó planteado, aunque tuvo sus notas locales como la segregación racial esclavista (¿los esclavos contaban?, ¿de qué modo?) tensionaron los equilibrios territoriales, políticos y sociales. Para profundizar en el caso argentino se recomienda la lectura de Hernán González Bollo (González Bollo, 2014).

de los cuerpos burocráticos y los lineamientos políticos, la menor influencia de sociedades estadísticas especializadas tuvieron sobre las definiciones oficiales y el menor peso de los poderes locales (Otero, 2018). La internacionalización de las prácticas estadísticas y la integración regional fueron temas que adquirieron centralidad en la década del 1940 con la creación del Instituto Interamericano de Estadística (IASI por su nominación en inglés) y la propuesta de realizar, de manera sincronizada, el Censo de las Américas en 1950. En la segunda mitad del siglo XX, la Comisión Económica para América Latina tuvo un lugar destacado entre los organismos internacionales que promovieron la estadística y su estandarización (Giraudo, 2014).

En la medida en que disponer de información precisa tiene incidencia en la relación entre las acciones gubernamentales propuestas y los resultados efectivamente alcanzados, la función estadística puede ser analizada como una capacidad estatal central en los estados modernos, junto con los recursos económicos y los técnicos burocráticos (Brambor et al., 2019; Lindvall y Teorell, 2016). Tener información precisa, fiable y oportuna hace a la capacidad informativa, es decir, a la capacidad que tiene el Estado de reunir, almacenar y procesar información sobre sí mismo, sobre su población y territorio. Por su transversalidad, además de ser una capacidad en sí misma, constituye un recurso que contribuye al ejercicio de otras actividades del Estado. La producción estadística, ya sea a través de la realización de relevamientos o de la inscripción y recuperación de registros de actividades comerciales o sociales comprende las tres instancias que según James Scott permiten la construcción de una sociedad legible: crear unidades comunes de medida y codificación, traducir los casos particulares de acuerdo a las categorías, producir hechos sinópticos que permiten lecturas minimizadas de lo social (Scott, 1998). La emergencia prácticamente conjunta de registros civiles y catastrales, la producción de cartografías, el establecimiento de archivos y digestos estatales, nos animan a afirmar que se trató de un conjunto de dispositivos y técnicas que facilitaron el ejercicio de gobierno.

III. LA LEGITIMIDAD, LOS NÚMEROS Y LA DEMOCRACIA

Los números constituyen la base aritmética de la legitimidad que da origen a los gobiernos democráticos. Se encuentran en el corazón del dispositivo que organiza las contiendas electorales que anteceden a la designación de

las autoridades ejecutivas y legislativas. Esta condición vincula a la individualización y a la numeración con el reconocimiento de derechos políticos.

La noción más extendida de las democracias modernas remite a la activación de la soberanía popular en los procesos electorales establecidos para la designación de autoridades (democracia es el gobierno elegido por el pueblo), dejando en un lugar secundario la relación entre gobernantes y ciudadanía fuera de la contienda electoral. En *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Pierre Rosanvallon (2009) sugiere que el supuesto de los regímenes democráticos decimonónicos que indicaban que el momento electoral valía por la duración del mandato tendió a desgastarse en el siglo XX. En este proceso, la administración pública dejó de ser entendida como una pura prolongación del poder surgido de las urnas y con el tiempo también dejó de representar la generalidad (administración pública como organización que se orienta por el logro del bienestar común). Rosanvallon propone una noción de legitimidad democrática que tiene un carácter dual que se relaciona con la formación y el ejercicio del gobierno. La erosión o refuerzo de cúmulo de la legitimidad adquirida en las urnas (legitimidad de origen) depende de la función y resultados de gobierno. En cierto sentido, la legitimidad se caracteriza por su constitución precaria.

En las siguientes páginas proponemos analizar qué papel tienen las estadísticas en los procesos de construcción democrática más allá de las contiendas electorales. Siguiendo la lectura de Rosanvallon, durante el período de ejercicio de gobierno las lógicas de pluralización de las expresiones de la soberanía social, el reclamo de la atención de la particularidad y la demanda de una actitud imparcial condicionan especialmente la posibilidad de conservar o construir legitimidad. ¿Cómo se hacen presentes los números en estos procesos?

Para el sociólogo británico Nikolas Rose, el poder democrático es poder calculado, y los números son intrínsecos a las formas de justificación que dan legitimidad al poder político en las democracias. En *Governing by numbers* (1991) aborda la relación entre la cuantificación y la política como una asociación mutuamente constitutiva. Particularmente en democracia el ejercicio de la política depende de los números; los actos de cuantificación social se politizan; nuestras imágenes de la vida política aparecen moldeadas por las realidades que las estadísticas parecen revelar. Sobre la base

de las contribuciones de Patricia Cohen acerca de la ampliación del dominio de los números en la historia de Estados Unidos, es posible señalar que la expansión del cálculo numérico se asoció no sólo a la propagación del espíritu comercial sino también a una programática noción republicana: la democracia requiere ciudadanos informados, que puedan tomar decisiones en un ámbito de racionalidad. A este propósito sirvieron el desarrollo de sistemas educativos y la incorporación de la aritmética como parte de una estrategia de alfabetización numérica.

Los usos de los números en los gobiernos democráticos son múltiples y diversos. No obstante, Rose recupera cuatro tipos de números políticos. En primer lugar se encuentran los números que definen quién ejercerá el poder político. Estos no son un elemento secundario: constituyen una parte intrínseca del mecanismo para conferir legitimidad a la autoridad política en una democracia. Como resultados electorales, los números se utilizan para identificar una mayoría (y eventualmente definir si corresponde una segunda vuelta de validación electoral) y para distribuir las bancas de órganos colegiados (de acuerdo a algún sistema, proporcional o no, que reconozca a las minorías). Pero antes de ello, ya han sido utilizados para determinar distritos electorales o la distribución de escaños en el cuerpo legislativo. En estas definiciones, que incorporan al cálculo poblacional como base de delimitación política, los censos son un recurso clave que condiciona la distribución del poder político⁴. También, y de manera creciente en las últimas décadas, los números se han aplicado en procesos electorales a través de

4 Los censos han despertados grandes debates y controversias en países que consideran estos relevamientos como base para determinar la representación política. No solo se trata de definir cómo se distribuyen las bancas en un momento dado sino de cómo actualizar esa relación entre habitantes y representación. En Argentina, por ejemplo, las olas inmigratorias de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX tuvieron un impacto considerable en la distribución poblacional. Impacto que fue tempranamente advertido por las provincias menos favorecidas por los desplazamientos migratorios. Ello explica que luego de realizarse el primer censo nacional en 1869, y contra el mandato constitucional de repetirlo con una periodicidad decenal, se bloqueara reiteradamente la concreción de este relevamiento (González Bollo, 2010, 2014). Entre los primeros cuatro censos de población (1869, 1895, 1914, 1947) mediaron casi ochenta años. La serie tendió a estabilizarse a partir de 1960. Sin embargo, la concentración de la población dada principalmente por migraciones internas hacia las metrópolis ubicadas en algunas regiones persiste y la relación entre base censal y representación política continúa siendo conflictiva. La actualización de la constitución de la Cámara de Diputados, que requiere una ley del propio Congreso, es un acto que suscita resistencia.

sondeos que los partidos políticos encargan a consultoras privadas para recrear o anticipar qué peso tendrá cada fuerza en la elección. Además de utilizarse para calibrar las propuestas electorales y los candidatos y candidatas que las encarnan, la decisión de difundir o no estas mediciones resulta una definición táctica en tanto se considera que una encuesta pre-electoral puede orientar el comportamiento. Este hecho pone en relieve el carácter performativo que las estadísticas pueden tener.

Las cifras que representan las dinámicas electorales sugieren división, expresión de la diferencia. Como afirma Rosanvallon (2009), esta partición es una novedad de la Modernidad dado que hasta el establecimiento de las democracias representativas las designaciones de autoridades expresaban un ritual de unidad o comunión. La unanimidad tenía un valor central y no lograrla podía significar un mal presagio o la amenaza de un quiebre para el orden social. Más allá de que, en sus orígenes, la noción de mayoría sólo pudo ser aceptada con fines prácticos sin que el horizonte de la unanimidad fuera abandonado, el reconocimiento de los derechos del individuo inauguró una noción aritmética de democracia. El sufragio universal cambió progresivamente los términos del problema: del sacramento de la unidad a un medio de expresión de la división social. Por otra parte, si los resultados de una elección sugieren división, el procedimiento que la funda unifica. En un día determinado es el foro que absorbe a todos los demás, reduce la diversidad pero no la disuelve. La materialidad de la expresión mayoría del pueblo-electoral representada en cifras y diferencias es el hecho fundante de la democracia representativa⁵.

Los otros tres tipos de *números políticos* a los que refiere Rose (1991) se vinculan fundamentalmente con el ejercicio de gobierno.

El segundo tipo refiere a los números que traducen las percepciones ciudadanas sobre el accionar de los gobiernos fuera de los procesos electorales. Dentro de esta tipología se encuentran las encuestas que intentan representar la opinión ciudadana en escalas numéricas y porcentajes que

5 Los censos de población han sido también analizados en términos similares, como un ritual o una comunión no religiosa donde las identidades individuales confluyen en una identidad nacional (Steve Kelman William Petersen recuperado por Rose, 1991). Si las categorías establecidas sirven al propósito de analizar una estructura social, en su conjunto sus resultados se presentan como un mosaico que armoniza la diferencia.

permiten, a quienes gobiernan, alinear el ejercicio de la autoridad pública con los valores y creencias más esparcidos en la población.

El tercer tipo describe el uso de las estadísticas como elementos que son utilizados por la ciudadanía para formar juicio sobre una administración política en aquellos asuntos que marcan el rumbo de los destinos nacionales a partir de un conjunto reducido de indicadores. Medidas como el producto bruto interno, el índice de precios o la balanza de pagos son señales que suelen tomarse para juzgar la salud de una economía. La tasa de criminalidad resulta indicativa del orden público o de los índices de pobreza, de cobertura social, de brechas educativas, y al igual que muchas otras cifras se constituye como base de reclamos distributivos. Los números, sostiene Claudia Daniel, constituyen un sistema de referencia compartido para expresar el disenso o el desacuerdo (*discutir con números*) y también pueden resultar el propio objeto del debate social (*discutir sobre números*). En estos últimos casos, que ponen en entredicho la construcción de sentidos fijos, “las estadísticas se ven despojadas de sus ropajes “asépticos” y desnudan su carácter convencional” (Daniel, 2013, p. 32).

El cuarto tipo reúne a las estadísticas que se incorporan como elementos intrínsecos en el proceso de toma de decisiones y formulación de políticas públicas. Los datos sirven para justificar la intervención del Estado y su función redistributiva dentro de una sociedad. Brindan una base empírica para justificar la asignación de recursos entre distintos organismos y coparticipar recursos fiscales a un conjunto políticamente heterogéneo de unidades de gobierno. En tramas densamente habitadas por la política, los números ingresan como elementos que prometen “despolitizar” las decisiones públicas. Esta promesa bien podría formar parte de los usos políticos del conocimiento científico que recrea Carol Weiss en un artículo publicado hace ya tiempo, titulado *The many meanings of research utilization* (Weiss, 1979). Escudarse detrás de las murallas del saber científico para justificar medidas impopulares es uno de los comportamientos que incluye dentro del modelo táctico que allí propone. Como parte de un conjunto de saberes que tienen un componente científico, a pesar de ser producidos fuera de las instituciones que cultivan la ciencia, las afirmaciones de Weiss bien pueden ser aplicadas al uso de las estadísticas.

IV. INDICADORES, POLÍTICAS PÚBLICAS Y MODELOS DE ADMINISTRACIÓN

El desarrollo de la estadística pública estuvo ligado a la noción de administración científica de lo público y a la organización racional asociada al modelo burocrático-weberiano. Si en sus comienzos la estadística pública había tenido un carácter más artesanal influenciada por la experiencia y la formación muchas veces autodidacta de quienes la promovían, en el siglo XX el desarrollo del aparato estadístico se aproximaba más a una fábrica organizada a partir de la despersonalización de la producción de datos, la organización y división de tareas, la estandarización de metodologías, la introducción de máquinas para procesar en menos tiempo más información y la profesionalización de cuadros técnicos. La incorporación de la figura del experto en la producción de nuevos saberes estatales es otra característica de época. Su actuación transmite una actitud orientada por el conocimiento técnico y políticamente desinteresada que le permite construir un lugar de enunciación privilegiado frente a otros actores políticos, académicos y sociales interesados. Los saberes expertos adquirieron una creciente capacidad en la construcción de la realidad, brindaron marcos interpretativos para abordarla y con ello, orientaron los cursos posibles de acción pública (Pereyra, 2012; Plotkin y Zimmermann, 2012). En materia estadística ocupan hoy un lugar central en la definición operativa de las nuevas temáticas que ingresan al campo de la visibilidad numérica, particularmente en contextos de crisis económica o social.

Una nueva avalancha de datos se relacionó históricamente con la emergencia del Estado de bienestar. Los derechos sociales, económicos y culturales, la emergencia de nuevos sujetos sociales y la recreación de dinámicas de la población que fomentaron la formación de una clase media urbana fueron algunos de los factores que denotaron la necesidad de ampliar el campo de lo visible en materia estadística. La asociación entre buen gobierno y gobierno informado adquirió sus propios matices en el siglo XX en consonancia con un Estado planificador que adquirió mayor injerencia en los asuntos económicos y sociales. Los números oficiales resultan elementos privilegiados para construir imágenes ficticias que representan expectativas sobre el futuro y que se incorporan en la planificación.

En la segunda mitad del siglo XX, la masificación de la educación media y el crecimiento de la matrícula en las universidades, la aparición de nuevas disciplinas sociales que se forjaron a la luz de la cuantificación (como la sociología o la economía), la expansión y diversificación de los medios de comunicación fueron factores que favorecieron la ampliación de los espacios de circulación de los datos. El desarrollo y la extensión del uso de nuevas tecnologías de información junto a las profundas transformaciones dadas en las relaciones económicas y sociales generaron a partir de la década de 1970 un nuevo escenario para el dominio de la cuantificación. En este marco, el aumento del uso de indicadores numéricos respondió a la demanda de conocimientos orientadores y accesibles capaces de brindar claves interpretativas para desenvolverse en un complejo mundo globalizado (Bartl *et al.*, 2019).

Durante la década de 1980 la expansión a nuevos campos impulsados por las nociones de medición y control configuró un nuevo paradigma administrativo conocido como la “Nueva Gestión Pública”. En este modelo, la legitimidad de resultados se antepone a la legitimidad de origen (Fritz Scharpf citado en Bartl *et al.*, 2019, p. 8). Se trata de un conjunto de postulados, asociados al neoliberalismo, que propician la introducción de dinámicas propias de la competencia privada en la administración pública, la flexibilización administrativa, la lógica gerencial y la jerarquización de la función de control. El énfasis puesto en los resultados impone la necesidad de establecer estándares e indicadores que permitan conocer si se han alcanzado de manera eficiente las metas (Abal Medina, 2012). Las estadísticas e indicadores adquieren un lugar central en la formulación, implementación y monitoreo de la gestión pública. No obstante, la resistencia a la precarización de las condiciones laborales, las culturas organizacionales y la estructuración que organiza el funcionamiento administrativo (ligado a dispositivos del modelo racional-legal weberiano), conlleva a que los regímenes administrativos conserven dinámicas propias del modelo burocrático más tradicional en convivencia con los aportes de la nueva gestión pública.

Los indicadores aparecen como elementos que robustecen las políticas públicas en cualquiera de sus etapas (diagnósticos, definición de objetivos, programación, implementación y evaluación). Resultan especialmente relevantes en los momentos preliminares, esto es, cuando los temas están en la agenda pública y se define el alcance del problema. En estas instancias

resulta más plausible la apertura de la *caja negra* de las estadísticas y la discusión acerca de su alcance o impacto político y sobre sus aspectos conceptuales-metodológicos. Sin embargo, su carácter compacto y los atributos asociados a los datos llevan a una recepción que a veces resulta acrítica o ingenua. A la luz de las lógicas gerenciales se propone la elaboración de políticas públicas basadas en evidencia. Parece claro que la incorporación de evidencia empírica –como referencia a una realidad concreta– resulta un aspecto relevante para la adecuación de las políticas a un contexto determinado. El problema deriva de sobredimensionar la variable técnica sobre otros aspectos que suelen recrearse en la formulación de políticas y en reducir la incorporación de evidencia a datos cuantitativos.

Otra particularidad que es posible distinguir en nuevas dinámicas socio-políticas que recrean estadísticas e indicadores es el giro dado a la función de control. Ya no recaen exclusivamente sobre las políticas públicas, sino que proyectan una mirada supervisora sobre los poderes públicos (centralmente el Poder Ejecutivo) y las autoridades políticas. Más allá de los organismos específicos que se crean dentro del propio aparato estatal, la ciudadanía es animada a participar de la función supervisora en un contexto donde la capacidad regulatoria de los Estados es puesta bajo sospecha. En este marco pueden ser interpretados los nuevos requerimientos de leyes de acceso a la información y las políticas de transparencia en la gestión pública.

Los organismos internacionales han alimentado esta versión de un nuevo *ethos* republicano (que, si bien puede ligarse al principio de publicidad de los actos de gobierno, tiene como marca contemporánea el manto de sospecha que se esparce sobre la política y la administración). Los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁶ y la Alianza para el Gobierno Abierto⁷ ejemplifican las nuevas dinámicas que recaen sobre la formu-

6 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible representan un acuerdo promovido por la Organización de Naciones Unidas que delimita una agenda común con metas organizadas alrededor de 17 objetivos que los gobiernos que participan de la iniciativa se proponen alcanzar al año 2030. Una primera experiencia de internacionalización del marco de las políticas públicas, que también incluía objetivos cuantificables, fue el establecimiento de los Objetivos del Milenio. Puede consultarte más información en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (28/IX/2020)

7 La Alianza para el Gobierno Abierto (OGP, por sus siglas en inglés) es una iniciativa multilateral que busca comprometer a los gobiernos en acciones que tienen como propósito

lación de políticas y sobre los gobiernos que las llevan a cabo. La ejemplificación no es casual, sino que responde a la intención de señalar el interés de los organismos internacionales para estas nuevas acciones embebidas de cuantificación y parametrización de la política.

En un contexto de crisis de representación política y de desgaste de los mecanismos que permiten a los gobiernos democráticos construir su legitimidad de origen esto ha producido un nuevo costo, no económico. La producción y publicación de estadísticas en materias que son consideradas sensibles se traduce en exposición de las autoridades. Dos factores agudizan la situación de traducir la publicidad de los actos de gobierno como exhibición personal y política: por un lado, la información circula de manera mucho más rápida y menos controlada de lo que quisiera la política y, por otro lado, los datos que señalan las debilidades de una gestión resultan más atractivos que las tradicionales memorias de gestión.

La información brindada por los organismos oficiales de estadística, en general producidas de un modo tradicional a partir de relevamientos, convive con la proliferación de datos generados por universidades, consultoras, organizaciones de la sociedad civil y de manera creciente con información que se registra, procesa y circula a partir de la navegación en internet. El uso de plataformas digitales ha transformado el modo de producir y consumir datos. El registro de navegación se transforma en una fuente permanente de información para los procesadores que generan de manera relativamente automática indicadores. La interactividad y las herramientas de graficación que se incorporan permiten “dar vistazos” rápidos a información sintetizada y, al mismo tiempo, abrir, explorar, recorrer los datos en líneas más finas. Estas posibilidades, que son aprovechadas por los estudios de mercado y las agencias de publicidad, tienen un potente impacto en la racionalidad subjetiva y en la lógica de la administración pública. Más allá de que ha cambiado el modo de producirse y comunicarse la información, las cifras no han perdido sus atributos primarios: organizan una interpretación

“promover la transparencia, luchar contra la corrupción y mejorar los servicios públicos”. Presentado formalmente en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2011 han adherido cerca de 80 países. La apertura de los datos producidos por el Estado (a través de portales de datos públicos) es uno de sus pilares fundamentales. Puede consultarte más información en: <https://www.opengovpartnership.org/tag/alianza-de-gobierno-abierto/> (28/IX/2020)

de una realidad compleja, sugieren criterios de asignación distributiva, prefiguran escenarios frente a un contexto de incertidumbre.

COMENTARIO FINAL

En las páginas precedentes hemos propuesto un conjunto de aportes teóricos y reflexiones generales que nos han permitido construir una noción global acerca del lugar de la numeración y de las estadísticas en las democracias contemporáneas. Esta recreación, que ha tenido por propósito brindar una mirada panorámica de la cuestión, nos anima a sostener que la cuantificación es dispositivo medular de la democracia representativa.

Una tarea que consideramos necesaria es profundizar nuestra indagación sobre la relación entre estadísticas y democracia, tomando como punto de partida el concepto de ciudadanía. Ahondar en el estudio de la asociación entre reconocimiento de derechos, participación política y la estadística podría brindar nuevas claves de lectura para interpretar el vínculo de una sociedad que problematiza y un Estado que reconoce la pluralización de las identidades culturales, sociales y políticas en el campo de visibilidad estadística.

Consideramos necesario problematizar algunas dimensiones relacionadas con el uso de los datos en las sociedades contemporánea, entre ellas: las condiciones que imponen las nuevas tecnologías a la producción y circulación de datos, el tratamiento mediático que promueven la espectacularización de las cifras en desmedro de la construcción de entornos que favorezcan interpretaciones más integrales y, en relación a las dinámicas de gobierno, la necesidad de incorporar estadísticas e indicadores con un sentido crítico en las decisiones públicas y en la definición de políticas gubernamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abal Medina, J. M. (2012). "El Estado". En Abal Medina, J.M., Cao, H. (comps.) *Manual de la nueva administración pública argentina* (pp. 29-112). Ariel.
- Bartl, W., Papilloud, C., y Terracher-Lipinski, A. (2019). "Governing by Numbers—Key Indicators and the Politics of Expectations: An Introduction". *Historical Social Research*, 44(2), pp. 7-43.

- Brambor, T., Goenaga, A., Lindvall, J., y Teorell, J. (2019). "The Lay of the Land: Information Capacity and the Modern State". *Comparative Political Studies*, 53(2), pp. 175-213.
- Bustamante, J. (2014). "¿Estadística o censo? La probabilidad como una cuestión política y moral". En Bustamante, J., Giraudo, L. y Mayer, Leticia, *La novedad estadística. Cuantificar, cualificar y transformar las poblaciones en Europa y América Latina, siglo XIX y XX*, pp. 17-83. Polifemo.
- Camargo, A. de P. R. (2009). "The sociology of statistics: The possibilities of a new field of investigation". *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, 16(4), pp. 903-925.
- Daniel, C. (2013). *Números públicos. Las estadísticas en Argentina (1990-2010)*. Fondo de Cultura Económica.
- Daniel, C. (2016). "La sociología de las estadísticas. Aportes y enfoques recientes". *Revista Contenido. Cultura y Ciencias Sociales*, 7, pp. 73-94.
- Desrosières, A. (1996). «Do singular ao geral - a informação estatística e a construção do Estado». Presentado en *Encontro Nacional de Produtores e Usuários de Informações Sociais, Econômicas e Territoriais* (II CONFEST - IV CONFEGE), IBGE., Rio de Janeiro.
- Desrosières, A. (2004). *La política de los grandes números. Historia de la razón estadística*. Melusina.
- Diaz-Bone, R., y Didier, E. (2016). "The sociology of quantification—Perspectives on an emerging field in the social sciences". *Historical Social Research*, 41(2), 7-26.
- Foucault, Michel. *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Giraudo, L. (2014). "Entre «atraso estadístico» e «indigenismo científico». Uniformar los censos y definir a los indígenas en las Américas". En Bustamante, J., Giraudo, L. y Mayer, L., *La novedad estadística. Cuantificar, cualificar y transformar las poblaciones en Europa y América Latina, siglo XIX y XX* (pp. 127-197). Polifemo.
- González Bollo, H. (2010). "Sobre la amenazante mayoría de dos provincias y una ciudad: Los tres primeros censos demográficos y su impacto político en Argentina (1853-1920)". *Estadística Española*, 52(174), pp. 299-319.
- González Bollo, H. (2014). *La fábrica de las cifras oficiales del Estado argentino (1869-1947)*. Ed. Universidad Nacional de Quilmes.

- Hacking, I. (2012). *La domesticación del azar: La erosión del determinismo y el nacimiento de las ciencias del caos*. GEDISA.
- Lindvall, J., y Teorell, J. (2016). "State Capacity as Power: A Conceptual Framework" *Working Paper N° 1*. Department of Political Science, Lund University.
- Mayer Celis, L. (2014). Entre el «ciudadano» y el «hombre medio». leyes estadísticas, mortalidad e higiene en el siglo XIX. En Bustamante, J., Giraudo, L. y Mayer, L., *La novedad estadística. Cuantificar, cualificar y transformar las poblaciones en Europa y América Latina, siglo XIX y XX* (pp. 85-126). Polifemo.
- Mayer Celis, L. (2015). *Rutas de incertidumbre. Ideas alternativas sobre la génesis de la probabilidad, siglos XVI y XVII*. Fondo de Cultura Económica.
- Otero, H. (2006). *Estadística y Nación. Una historia conceptual del pensamiento censal de la Argentina moderna. 1869-1914*. Prometeo.
- Otero, H. (2018). "Socio-History of Statistics on Latin America: A Review". *Histoire y mesure*, XXXIII (2), pp. 13-32. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/histoiremesure.7934>. Fecha de consulta: 11/09/2020.
- Pereyra, E. (2012). "El Estado y la Administración Pública nacional en perspectiva histórica. Análisis crítico de la producción académica sobre el período 1930-1976". *PolHis*, 9, pp. 92-112.
- Plotkin, Mariano, y Eduardo Zimmermann. *Los saberes del Estado*. Buenos Aires: EDHASA, 2012.
- Porter, T. (1993). "Statistics and the politics of objectivity". *Revue de synthèse*, 114(1), 87-101.
- Rosanvallon, P. (2009). *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Manantial.
- Rose, N. (1991). "Governing by number: Figuring out democracy". *Accounting Organizations and Society*, 16(7), pp. 673-692.
- Scott, J. (1998). *Seeing like a State*. Yale University Press.
- Starr, P. (1987). "The sociology of official statistics". En Alonso, W.; Starr, P. (comps.) *The politics of numbers* (pp. 7-57). Russel Sage Foundation.
- Weiss, C. (1979). "The many meanings of research utilization". *Public Administration Review*, 39(5), pp. 426-431.

CAPÍTULO 8

La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia

Un estudio exploratorio¹

DAVID F. L. GOMES²

1. INTRODUCCIÓN

Si miramos a la historia, no es difícil sospechar que haya una correlación positiva fuerte entre derecho, democracia y comunicación escrita. Ha sido así con los antiguos (Oliveira, 2014; Themudo y Agrello, 2017), y se da lo mismo en la modernidad. Si es ese el caso, puede entonces formularse la hipótesis de que una crisis en el ámbito de la comunicación escrita tiende a generar impactos en el derecho y en la democracia –por lo tanto, desde nuestro punto de vista contemporáneo–, tiende a generar consecuencias para el Estado Democrático de Derecho. En el trasfondo de esa relación entre comunicación escrita, democracia y derecho se releva, empero, una relación todavía más elemental: aquella entre sociedad y verdad³.

En ese sentido, no es al azar que J. Habermas ha desarrollado, en el seno de su teoría de la sociedad, una teoría de la razón, una teoría de la

1 Agradezco a Ana Clara Presciliano, Marina Leite de Moura e Souza, Maria Carolina Fernandes Oliveira, Rayann K. Massahud de Carvalho y Tales Resende de Assis por sus comentarios a la primera versión del texto. Agradezco también al profesor Gonzalo Sciavolletto, de la UNCuyo, en Argentina, por sus ricas sugerencias a la segunda versión del texto.

2 Doctor en Derecho, Profesor de grado en Derecho y en Ciencias del Estado, y de postgrado en Derecho (Universidade Federal de Minas Gerais).davidflgomes@yahoo.com

3 Esa relación es discutida por J. Habermas, con argumentos distintos, en diferentes momentos de su obra. Por ejemplo, en Habermas, 2003; 2010a; 2010c; 2014a y 2019.

comunicación y de la acción comunicativa (Habermas, 2010b), una teoría del derecho (Habermas, 2008), una teoría de la democracia (Habermas, 2008; 2018) y también una teoría de la verdad (Habermas, 2010c). Ni parece ser una simple casualidad que uno de los principales puntos de partida para esa su teoría de la sociedad sea su investigación sobre la prensa moderna en relación con los ideales y la autocomprensión de la sociedad burguesa (Habermas, 2014b). Si tenemos en cuenta el todo de su proyecto teórico y el compromiso nunca olvidado con la emancipación humana⁴, la idea rectora que amalgama esos distintos elementos es justamente la de una emancipación tomada como autoconocimiento, autodeterminación y autorrealización (Habermas, 1987, pp. 336-337), lo que a su vez exige el curso de comunicaciones no distorsionadas sistemáticamente. Con ello se completa una constelación de categorías: sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia, emancipación.

Sin embargo, el mismo J. Habermas no ha puesto énfasis en la diferencia específica de la comunicación escrita⁵. Una de las razones que se puede señalar para tanto se encuentra en el hecho de que, a lo largo de las décadas en las que ha desarrollado la mayor parte de su obra, a la centralidad de la escritura uno podía tomársela como un dado incuestionable de la realidad social. Pero ese aspecto de la sociedad moderna –poco visible desde un punto de vista filosófico y sociológico exactamente por estar demasiado arraigado en nuestro cotidiano – ha cambiado profundamente en los últimos años.

Al mismo tiempo, los últimos años más recientes han estado marcados por la creciente preocupación con la temática de la crisis de la democracia. El ascenso de la derecha e incluso de la extrema derecha en muchos países de diferentes continentes y regiones del mundo se ha hecho acompañar de una literatura que intenta con esfuerzos muy valiosos comprender ese fenómeno⁶. Pero en esa literatura ha predominado un tipo de enfoque

4 No obstante las reservas de J. Habermas cuanto a la expresión ‘emancipación’ (Habermas, 1993, p. 95-112).

5 Pese a que reconosca, en una perspectiva biográfica, la superioridad de la “forma precisa de la expresión escrita” y la relación con la distinción entre acción comunicativa y discurso (Habermas, 2006b, p. 23-24).

6 Por ejemplo, Castells, 2018; Levitsky y Ziblatt, 2018; Mounk, 2019; Runciman, 2018. Agradezco a Marcelo Sevaybricker por el acceso a su aclarador manuscrito: Sevaybricker, 2019.

analítico –muy propio de la filosofía política y de la ciencia política anglosajona– cuyos presupuestos y métodos padecen de un inequívoco déficit sociológico. Los factores de producción de ese escenario actual se quedan la mayor parte de las veces resumidos sobre todo a elementos formales e institucionales –como lo son el arreglo de los poderes del Estado, de los partidos políticos y de las elecciones y el problema de la financiación de las campañas electorales– o a elementos relacionados al comportamiento objetivamente mensurable y descriptible de individuos y grupos. Cambios más profundos en la estructura y en la dinámica de la sociedad no suelen tener relevancia en las explicaciones que así se ofrecen.

El objetivo del presente texto es justamente intentar ofrecer una contribución para un enfoque de la temática de la crisis de la democracia desde una perspectiva sociológica. Partiendo de la constelación entre sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia y emancipación, se afirma que la comunicación escrita ha sido imprescindible para la estabilización de esa constelación en la modernidad. Por lo tanto, la reciente pérdida de la centralidad de la escritura conlleva riesgos para una tal estabilización– riesgos, en suma, para la supervivencia del Estado Democrático de Derecho. Pese a que haya también riesgos para el derecho en su especificidad técnica, los riesgos más grandes son aquellos que afectan a la democracia y, en ese sentido, al derecho no más en su especificidad técnica, sino como una categoría de integración social que solo se puede comprender en su conexión interna con la propia democracia (Habermas, 2006a, pp. 113-128; 2008; 2018, pp. 419-434).

Es menester decir que esos planteamientos tienen un carácter provisional, pues a ellos corresponde una investigación todavía en un nivel introductorio de desarrollo. Para avanzar en esa investigación, en las secciones siguientes lo que se busca es presentar de la manera la más clara posible cada uno de los elementos conceptuales de la hipótesis sobre la pérdida de la centralidad de la escritura y su relación con posibles riesgos para el Estado Democrático de Derecho. Para no dejar dudas en cuanto al carácter provisional y abierto de los planteamientos así expuestos, al final se discurre sobre cuestiones y direcciones de investigación que pueden ser ulteriormente seguidas.

2. LA COMUNICACIÓN ESCRITA COMO CENTRO DE GRAVITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES INTERSUBJETIVAS EN GENERAL

El primer punto es aclarar a que se refiere la idea de una centralidad de la escritura. El desarrollo de la comunicación escrita ha sido un paso decisivo para la historia de la especie humana y ha acompañado esa historia desde entonces. Pero hasta que se hubiera creado un mecanismo para posibilitar la reproducción de los signos del lenguaje escrito en una escala ampliada y con una gran velocidad, la comunicación era predominantemente no escrita, predominantemente oral. La invención de la prensa a los comienzos de la modernidad fue el momento tras el cual un tal mecanismo estuvo disponible y, por ello, es ese el hito inaugural de una sociedad en que la comunicación escrita adquiere centralidad.

Por supuesto, no se trata solo de una determinación mecánica de la sociabilidad, pues el invento mismo de la prensa responde a su vez a las necesidades de una sociabilidad nueva, más extendida en términos territoriales, numéricamente ampliada y cualitativamente más compleja: si la invención de la prensa está estrechamente relacionada a la Reforma Protestante, no es sin razón recordar por otro lado la importancia del cambio de informaciones acerca de los mercados para el impulso inicial del funcionamiento regular de los periódicos (Habermas, 2014b, pp. 114-117). En otros términos, la comunicación escrita se va mostrando como el medio de comunicación más adecuado a la nueva sociedad que se está a erigir en los siglos XVI, XVII y XVIII, y el surgimiento de la prensa como una herramienta es tanto un síntoma de esa constatación como un factor de facilitación y de aceleración del proceso de nacimiento de la sociedad moderna.

Pero la prensa no tiene que ver solo con imperativos funcionales de la nueva sociabilidad, como lo son las necesidades de información del modo de producción capitalista en su forma todavía embrionaria. La prensa responde también a la otra cara de la moneda que es la ambigua modernidad: responde a las expectativas normativas de una sociedad que poco a poco comprende a sí misma como teniendo de ponerse sobre sus propios pies (Habermas, 1987, pp. 1-22). Así, el peso de las tradiciones heredadas se va desplazando y disminuyendo por distintos caminos: la ciencia, en aquello que dice respecto a nuestra relación con la naturaleza, la filosofía política y moral, en aquello que dice respecto a nuestras relaciones unos con los

otros, la crítica del arte, en aquello que se refiere a los valores estéticos. Si los intercambios epistolares privados juegan también un rol ineludible en la emergencia del perfil completo de la sociedad moderna y de sus miembros al posibilitar la adquisición de la conciencia de uno mismo y la correspondiente noción de la diferencia entre público y privado, los logros en la ciencia, en la filosofía política y moral y en la crítica estética no habrían sido posibles sin la prensa y su potencial para ampliar la comunicación escrita a un público más grande, disperso en el espacio y en el tiempo. E incluso los intercambios epistolares privados deben ser comprendidos en el seno de una sociabilidad que fundamentalmente pasa a gravitar –gracias a la prensa– alrededor de la comunicación escrita.

Ese concepto de gravitación es crucial para el entendimiento de la hipótesis de una pérdida reciente de la centralidad de la escritura, pues solo se puede plantear esa hipótesis si fuera posible aseverar que antes había una centralidad la que entonces se perdió. Pero ¿cómo hablar de una centralidad de la comunicación escrita mientras un número muy grande de personas –la mayoría de ellas– sigue sin saber leer y escribir? Ese es el caso en todos los países del mundo –en lo que se incluyen por supuesto también aquellos países más ricos– hasta por lo menos los fines del siglo XIX y los comienzos del siglo XX. Los conceptos de gravitación y de centro de gravitación ofrecen la respuesta. La centralidad de la escritura no significa en términos práctico-sociales que la comunicación de todas las personas y entre todas las personas ocurre en la forma escrita: sin duda, a eso equivaldría más bien la imagen distópica de una vida social sin cotidiano vivido, pues que la trama de ese cotidiano se cose a cada instante en infinitas cadenas orales. El fenómeno social al que se refiere la idea de una centralidad de la escritura tiene distintamente la característica de que incluso las comunicaciones no escritas, que siguen absolutamente en un número mucho más grande, se basan de manera determinante en aquello que tiene lugar en la comunicación escrita. Es decir, la centralidad de la escritura es una expresión que alude a una sociedad que tiene la comunicación escrita como centro de gravitación de la totalidad de las comunicaciones intersubjetivas que ocurren dentro de esa sociedad y por medio de las cuales los sentidos compartidos por sus miembros se mantienen, se reproducen y se cambian.

Los ejemplos más conocidos de prácticas sociales en las que se expresa esa idea son los salones, los cafés y las sociedades secretas de Europa (Koselleck, 1999; Habermas, 2014b, pp. 141-163). Las conversaciones que ocurrían allí resonaban y les daban continuidad a las discusiones que venían impresas en libros, panfletos y periódicos. Pero, aunque más tarde, lejos de Europa también se podían encontrar prácticas similares. En América Latina, discusiones que partían de panfletos y de periódicos para tener continuidad en distintos espacios de oralidad hasta llegar a la calle marcaron los procesos que culminarían en las independencias nacionales en el contexto de la crisis del antiguo sistema colonial.

En Brasil, por ejemplo, la relación entre comunicación escrita y comunicación oral a lo largo de su proceso de independencia es muy nítida (Gomes, 2019, pp. 73-131). De un lado, muchos de los textos impresos en las primeras décadas del siglo XIX tenían el propósito explícito de aportar algo para la aclaración de la población, aunque esa población fuera formada básicamente por personas analfabetas. Ese propósito era manifiesto en el contenido y en la forma de los textos, que demostraban una clara intención pedagógica (Gomes, 2019, p. 78). De otro lado, para que ese intento de aclaración pudiera obtener logros eran necesarios espacios en los que esos textos fuesen leídos para un público que no podría él mismo leer: desde sermones religiosos hasta reuniones en casas privadas, pero para las cuales se hacía una convocatoria pública, tales espacios se fueron organizando (Gomes, 2019, pp. 77-81). Por consiguiente, incluso en una sociedad predominantemente analfabeta como aquella se puede observar la comunicación escrita como centro de gravitación de la comunicación en general.

3. DEMOCRACIA MODERNA Y CENTRALIDAD DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA

Un segundo punto para aclarar es la relación entre la democracia moderna y la comunicación escrita. En la medida en que la prensa – y la comunicación escrita que por medio de ella ha logrado llegar al puesto de centro de gravitación de la comunicación intersubjetiva en general – está relacionada no solo con los imperativos funcionales de la economía capitalista, sino también con las expectativas normativas de la modernidad, ella ha tenido un rol destacado en las luchas liberales de los fines del siglo XVIII y los

comienzos del siglo XIX. De igual manera, su potencial ha sido explotado a lo largo del siglo XIX y del siglo XX en las luchas por una ampliación democrática y republicana del orden liberal que había sido establecido.

Esa imbricación históricamente verificable entre la democracia moderna, en su lento proceso de afirmación y maduración, y la prensa apunta para la necesidad de ocuparse de esa relación desde una mirada conceptual.

3.1. La democracia como el gobierno de las opiniones bien fundadas

La filosofía política moderna ha dedicado muchos esfuerzos al intento de ofrecer una definición sobre las exigencias que se deben cumplir para que se tenga modernamente un régimen democrático. Una de las más conocidas de esas definiciones entiende la democracia como un gobierno de la opinión⁷. Al mismo tiempo, la advertencia sobre los riesgos de esa opinión gobernante se ha tornado célebre por lo menos desde A. Tocqueville (1963). Las contribuciones de J. Habermas a una teoría discursiva de la democracia pueden ser comprendidas como un conjunto de formulaciones que toman en serio la imprescindibilidad de la opinión pública en las democracias modernas, mientras siguen atentas a los peligros que le pueden acompañar.

La conocida solución habermasiana consiste fundamentalmente en dos pasos: de un lado, demostrar la dependencia recíproca –más que ello: la cooriginalidad y la equiprimordialidad– entre autonomía pública y autonomía privada, entre derechos humanos fundamentales y soberanía popular, y, de otro lado, desplazar la énfasis desde el contenido de las opiniones o los sujetos concretos que las emiten hacia flujos comunicativos anónimamente dispersos en la sociedad (Habermas, 2018, pp. 397-418, 419-434). Si se suman a esos pasos una cultura liberal arraigada en la sociedad y un arreglo institucional, jurídicamente establecido, que la reconozca y la fomente, entonces es posible hacer coincidir la democracia con los procesos intersubjetivos de formación de la opinión y de la voluntad.

Esa manera de enfrentarse a la difícil temática de la democracia permanece sostenida sobre la creencia sociológica de que a los resultados que se alcancen en esos procesos intersubjetivos se los pueden suponer como

7 Para un enfoque más reciente, ver Urbinati, 2013.

derivados del ‘mejor argumento’. Pero, si tenemos en cuenta las relaciones de la teoría discursiva del derecho y de la democracia de J. Habermas con su teoría más general de la sociedad moderna y todavía más generalmente con su teoría de la sociedad humana en su desarrollo histórico (Habermas, 2003, pp. 1-51; 2010b, pp. 457-588; 2016), ese mejor argumento no puede tener un simple carácter *ad hoc*.

La democracia moderna no se comprende en todo su resplendor sino a la luz del contenido normativo de la modernidad: autoconocimiento, auto-determinación y autorrealización (Habermas, 1987, pp. 336-337). Al mismo tiempo, ese contenido se puede traducir como una emancipación delante de la naturaleza interna de uno mismo, delante de la naturaleza externa con la que nos quedamos ineludiblemente relacionados y también como una emancipación en lo que atañe a nuestra relación intersubjetiva, es decir, entre nosotros mismos. Es precisamente esa relación entre democracia y emancipación la que impide el carácter meramente *ad hoc* del mejor argumento, pues él no puede ser interpretado como si a él le pudiera corresponder un contenido cualquiera: en el horizonte más amplio de la teoría de la sociedad habermasiana, la democracia no es solo el gobierno de las opiniones, sino más propiamente el gobierno de las opiniones bien fundadas.

3.2. *Democracia, opinión y verdad*

En el contenido normativo de la modernidad se reflejan los tres conceptos formales de mundo que J. Habermas ha desarrollado para, además de la diferencia entre sistema y mundo de la vida, seguir afirmando la diferencia entre acción y discurso: el mundo subjetivo, el mundo objetivo y el mundo social (Habermas, 2010b, p. 106-138). En ese sentido, la emancipación puede ser pensada como un proceso de aclaración de cuestiones referentes a esos distintos mundos. Pero eso no es suficiente para definirla, pues, para que un tal proceso no se convierta en el círculo vicioso de una negación indeterminada, es necesario añadir algún criterio por medio del cual se sepa distinguir entre la aclaración y formas patológicas de comprensión –e incluso de autocomprensión. Si la categoría de la crítica tiene que ver con la doble tarea de analizar y juzgar– esto es, reconocer un estado crítico y tomar una decisión frente a él (Habermas, 2013, pp. 375-389), entonces ese criterio no es sino el criterio normativo de la crítica que J. Habermas se

ha vuelto decididamente a buscar desde los comienzos de la década de 1970 en su ajuste de cuentas con los maestros de la primera generación de la Escuela de Frankfurt (Habermas, 2010a).

Las pretensiones de validez a las que se puede rescatar y sostener discursivamente en prácticas comunicativas que, contrafácticamente, ya anticipan aquí y ahora el horizonte de una comunicación no distorsionada, sistemáticamente desempeñan el rol de ese criterio crítico. Talladas a la medida de discursos en los que se puede asumir, siempre contrafácticamente, el cumplimiento de las condiciones ideales de habla, esas pretensiones se configuran por ello mismo como pretensiones universales de validez.

No obstante cada acto de habla conlleve siempre suposiciones concernientes a los tres mundos formales simultáneamente (Habermas, 2010b, pp. 317-387), en su relación con esos tres mundos las pretensiones universales de validez se difractan en tres tipos distintos: sinceridad o veracidad, cuando la referencia primaria es al mundo subjetivo, a su mundo interno a que uno mismo tiene acceso privilegiado; corrección, cuando la referencia primaria es al mundo social, al mundo intersubjetivamente compartido entre nosotros mismos; y verdad, cuando la referencia primaria es a un mundo objetivo de estados de cosas que existen, por así decir, fuera de uno mismo y también fuera de nuestras relaciones entre nosotros mismos.

La democracia, tanto como el derecho, está más directamente ligada al mundo social. Pero, como esos tres conceptos de mundo son conceptos formales, en el anclaje de la democracia, así como del derecho (Habermas, 2008, p. 146), en el mundo vivido como un todo ella se conecta también a los otros dos mundos formales, o sea, al mundo subjetivo y al mundo objetivo. Volveré a la discusión sobre el mundo subjetivo abajo. Por el momento, es crucial comprender más a fondo la relación entre la democracia y el mundo objetivo en la sociedad moderna.

Un primer aspecto para tanto es la progresiva monopolización del saber metódico en lo que atañe a las cuestiones del mundo objetivo. Así, en el transcurso de la modernidad la ciencia se ha vuelto la depositaria exclusiva de los parámetros para la verificación de la verdad. Un segundo aspecto relevante es la progresiva importancia que la ciencia va adquiriendo en el todo de los sentidos compartidos socialmente, es decir, en la imagen que la sociedad moderna tiene de sí misma. Por consiguiente, también aquellas cuestiones que dicen respecto más inmediatamente al mundo subjetivo y al

mundo social se dejan determinar en proporción creciente por parámetros científicos, o sea, las pretensiones de sinceridad y de corrección necesitan rendir cuentas cada día más a las pretensiones de verdad: abordajes como el behaviorismo o la neuropsicología, de un lado, y como la ética etológica o la neuroética, de otro, son no más que síntomas exacerbados de un paradigma común en el trasfondo, a saber, el paradigma de una sociedad que tiende a esperar de la ciencia respuestas para todas las preguntas, incluso para aquellas que por definición no pueden ser respondidas solo con los parámetros científicos.

Si así lo es, si también para las cuestiones atinentes al mundo subjetivo y al mundo social son cobradas respuestas que mantengan plausibilidad desde la perspectiva de la ciencia, es decir, desde la perspectiva de la verdad referida a los asuntos atinentes al mundo objetivo, entonces las opiniones políticas no estarán bien fundadas si no lo estuvieren según los términos científicos: opiniones bien fundadas son las que puedan encontrar respaldo científico, y son ellas las que deben gobernar en una democracia. La distinción heredada de los antiguos entre opinión y verdad –entre *doxa* y *aletheia*, en la tradición que remonta a Parménides, o entre *doxa* y *episteme*, en el legado de Platón– deviene menos nítida.

Eso no significa, por supuesto, que la ciencia pueda o deba sustituir directamente la política –no significa, pues, que la corrección pueda ser reducida a la verdad–. Pero, en lo que atañe a su génesis, incluso la posibilidad de que se presenten con tanta intransigencia, y con algún éxito, propuestas tecnocráticas de administración del Estado reposa sobre el cuadro general de una sociedad en la que la ciencia, con sus cuestiones de verdad referidas al mundo objetivo, adquiere primacía.

Al mismo tiempo, no es sin motivo que la democracia moderna emerge dentro de una constelación en la que también se encuentra la primacía de la ciencia –así como su relación específica con la idea de una opinión bien fundada–. La democracia sirve normativamente al propósito inmediato de la autodeterminación. Luego, las temáticas sobre las que decidían antes los jefes políticos autocráticos después de consultados los sabios, los mandarines y los consejos de estadistas ahora son decididas por una población numéricamente amplia y cualitativamente muy compleja. Para que tales decisiones no conduzcan la población ella misma al colapso, la sociedad a la ruina, es fundamental que las opiniones que han de gobernar preserven

una conexión fuerte con las exigencias de la verdad⁸: cuanto más democrática una sociedad, más indispensable se revela la ciencia, más decisiva se muestra la relación entre sociedad y verdad.

La creencia, pues, de la teoría discursiva de la democracia en los mejores argumentos aflorando de flujos comunicativos anónimos –sean ellos dispersos socialmente o institucionalizados– no puede subsistir si se toma a la categoría del mejor argumento como una categoría vacía: el mejor argumento que se espera pueda derivar de los procesos intersubjetivos de formación de la opinión y de la voluntad no es la simple suma formal de las muchas opiniones, ni también un cualquier resultado aunque cuando alcanzado en términos de un entendimiento intersubjetivo discursivamente construido. En esa categoría del mejor argumento queda implícita la expectativa, sociológicamente fundada, de una relación densa entre opinión y verdad. Sin la explicitación de esa expectativa, la teoría discursiva de la democracia se expone en una versión débil y no logra contestar de manera satisfactoria a las críticas, equivocadas, sobre su supuesto carácter demasiado abstracto y la supuesta apertura de sus procedimientos a un contenido cualquiera –incluso los peligrosos para la democracia misma–.

3.3. *Democracia, ciencia y prensa*

La concepción de democracia como un gobierno de las opiniones bien fundadas llama la atención para el hecho de que el Estado Democrático de Derecho no está relacionado solo a las cuestiones de la formación de la opinión y de la voluntad, sino también a las cuestiones de la verdad científica. Por lo tanto, en esa concepción puede verse sin dificultades aquella constelación presentada arriba, en la introducción de este texto, entre sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia y emancipación.

Por otro lado, ese Estado Democrático de Derecho, esa forma institucional moderna para la democracia como régimen político, tiene sus bases arraigadas en una sociedad en la que la comunicación escrita ha devenido el centro de gravitación de las comunicaciones intersubjetivas en general.

⁸ Entiendo en ese sentido la referencia de J. Habermas a un *continuum* entre cuestiones empíricas y teóricas, instrumentales y estratégicas, morales y jurídicas, éticas y estéticas (Habermas, 2019, segundo tomo, p. 776).

La primera parte de la hipótesis sobre la pérdida de la centralidad de la escritura y los correspondientes riesgos para la democracia parte de esa coincidencia histórica entre Estado Democrático de Derecho y centralidad de la escrita para establecer una relación cuya fuerza es más grande que la de la simple coincidencia. Ella puede ser reanudada de esa manera: la comunicación específicamente escrita, potenciada por la prensa, ha sido imprescindible para la estabilización moderna de la constelación entre sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia y emancipación, constelación que se refleja en la forma institucional del Estado Democrático de Derecho.

En lo que respecta a la ciencia con sus pretensiones de validez referidas a la verdad del mundo objetivo, la comunicación escrita potenciada por la prensa fundamentalmente torna posible la ampliación en el espacio y en el tiempo de la búsqueda cooperativa de esa verdad. Así, los intercambios de informaciones pueden volverse más intensos y numerosos dentro de la comunidad científica de una misma generación, tanto como lo pueden ocurrir más y de modo más denso entre generaciones distintas de la comunidad científica: hay un profundo sentido sociológico en la confesión de I. Newton según la cual él se habría subido a hombros de gigantes para poder ver más lejos. Simultáneamente, la comunicación escrita permite también que los logros de la ciencia no se queden restringidos a la comunidad científica, sino que sean difundidos para la sociedad entera, de modo que poco a poco esa sociedad deviene la sociedad científizada de que se trató arriba.

En lo que respecta más inmediatamente a la democracia y a su diseño institucional como Estado Democrático de Derecho, la comunicación escrita potenciada por la prensa va de brazos dados con los intentos de domesticación de la autoridad política hacia la configuración de un poder legítimo. Esa legitimidad se va construyendo por lo menos desde J.J. Rousseau como, en términos habermasianos, la expectativa de que los destinatarios de las leyes se puedan reconocer a sí mismos también como los coautores de ellas. Una expectativa grandiosa a tal punto ni siquiera habría emergido en la historia si no fuera posible que en la sociedad moderna, numéricamente ampliada y cualitativamente más compleja, hubiera disponible una forma de comunicación que le ofreciera a la idea de soberanía popular un lastre empírico. Los intercambios de informaciones igualmente aumentados en el espacio y en el tiempo por la comunicación escrita – como centro de

gravitación de las comunicaciones intersubjetivas en general – dan lugar a una infinidad de procesos simultáneos de formación de la opinión y de la voluntad, procesos en el seno de los cuales la expectativa de legitimidad que acompaña a la idea moderna de soberanía popular puede encontrar el requerido lastre empírico⁹.

Pero no es solo eso. Hasta este punto, se ha tratado del rol estabilizador de la centralidad de la comunicación escrita potenciada por la prensa desde el punto de vista del discurso, es decir, desde el punto de vista de una institucionalización de formas de comunicación ampliadas en el espacio y en el tiempo, por medio de las cuales tanto la búsqueda cooperativa de la verdad como la formación democrática de la opinión –bien fundada en el sentido de respaldada por la ciencia– y de la subsiguiente voluntad pueden hacerse efectivas. Sin embargo, ese rol estabilizador se cumple también desde el punto de vista de la acción, o sea, en la configuración cotidiana de los distintos actos que uno ejecuta y que, juntos, forman algo como la rutina social.

Esa rutina social tiene en general algunas características. Tres de ellas importan más directamente aquí. En primer lugar, ella engloba una cantidad muy grande de actos: desde actos nítidamente diferenciables –como irse a trabajar en ciertos horarios o visitarse a los familiares en determinadas épocas del año– hasta actos menos perceptibles –como el empeño de uno a quedarse consigo mismo en actitud reflexiva por un tiempo más corto o más largo, o la manera como uno se enfrenta a la información, lo que incluye la recepción de ella, su elaboración y su retransmisión concordante o crítica–. En segundo lugar, períodos históricos distintos tienden a presenciar rutinas sociales distintas, correspondientes a las condiciones sociológicas que permanecen en el trasfondo estructurando la vida. En tercer lugar, esas rutinas sociales históricamente específicas se arraigan de tal manera que para sus contemporáneos ellas asumen un carácter naturalizado: no se las

⁹ La no comprensión de ese punto, de la imbricación sociológica profunda entre democracia moderna y centralidad de la comunicación escrita potenciada por la prensa, es lo que lleva a alguien como C. Schmitt, con todo el séquito de sus discípulos, a sospechar de toda democracia que no sea una democracia por aclamación – y, por lo tanto, a hacer con que la democracia, tomada de antemano como identidad del gobernante y del gobernado, solo pueda erigirse modernamente alrededor de algo como la figura del *Führer* (Schmitt, 1996).

perciben como rutinas sociológicamente condicionadas, lo que vale incluso para aquellos actos más nítidamente diferenciables.

La centralidad de la escritura ha condicionado en la modernidad una rutina social en la que se entraña una específica tendencia de uno a que-darse consigo mismo en actitud reflexiva y una forma propia de tratar a los contenidos e informaciones recibidos. Esos elementos de la rutina social moderna parecen tan indispensables a la estabilidad de aquella constelación que se refleja en el Estado Democrático de Derecho como lo son los aportes discursivos potenciados por la prensa. Tales aportes desde el punto de vista de la acción, diluidos y naturalizados en la gran trama de actitudes y hábitos que se entrelazan formando la rutina social, quedan no percibidos lo suficiente como indispensables hasta que cambios sociológicos más profundos produzcan modificaciones equivalentes en la propia rutina social, modificaciones que, según su grado, pueden llegar a poner en jaque la estabilidad social a la que acompañaba la rutina hasta entonces establecida. Ese es el caso en torno a la pérdida de centralidad de la escritura en los últimos años.

Antes de discurrir sobre esa pérdida, empero, algunas aclaraciones son importantes. La primera de ellas se refiere a la forma, condicionada por la centralidad de la comunicación escrita, de tratar a los contenidos y a las informaciones recibidos. El contenido o la información recibidos oralmente se apartan inmediatamente de la persona emisora del pronunciamiento lingüístico. Con eso, ya de salida hay una fluidez ineludible, pues la única opción para asegurarse la exactitud de lo que ha sido dicho es preguntando a la persona emisora o a algún testigo, y en los dos casos no se puede ase- verar que la recordación de una o de otro va a corresponder a lo que había sido efectivamente dicho. La experiencia vivida desde la niñez en procesos de comunicación con esa característica genera un aprendizaje – en regla no consciente ni elaborado, y por eso mismo demasiado arraigado – sobre la ineludibilidad de esa fluidez. De ese modo, las personas que como un todo comparten procesos comunicativos similares no reivindican en ellos más de lo que esa fluidez desde antes comprendida puede dar: en otras palabras, la expectativa de exactitud en la comunicación queda sociológicamente debilitada. Ello tiene consecuencias sin dudas dañinas para la circulación de las opiniones en su vinculación a quienes las expresan, pero

tiene consecuencias todavía más severas para la circulación de contenidos científicos con sus pretensiones de verdad.

En esa doble consecuencia negativa se manifiesta una vez más, ahora por contraste, la relación de base entre la comunicación escrita y el Estado Democrático de Derecho moderno. Pues en la comunicación escrita se pasa el contrario de que en la comunicación oral: el contenido o la información quedan registrados en un medio al que se puede volver siempre. Así, quienes emiten un proferimiento valiéndose de la forma escrita lo hacen sabiendo que eso quedará disponible para ser conferido hasta que el medio en que se lo ha registrado sea destruido; de otro lado, quienes, luego de recibirlo, quieran referirse a aquello proferimiento para corroborarlo o para criticarlo de igual manera lo saben que las razones que aportan para corroborar o para criticar pueden ser verificadas en comparación con el texto mismo del proferimiento. En ese sentido, el aprendizaje que se desarrolla desde la niñez es el aprendizaje de una expectativa fuerte de exactitud en la comunicación, y es esa exactitud que las personas que establecen entre sí vínculos comunicativos reivindican, aunque de modo contrafáctico, unas de las otras – están, por eso, asentados los cimientos para un gobierno de las opiniones bien fundadas.

Una segunda aclaración tiene que ver con la actitud reflexiva que es sociológicamente condicionada por la centralidad de la escritura. A diferencia de lo que ocurre en la comunicación oral, la relación de la persona que emite un pronunciamiento escrito con el contenido de ese pronunciamiento ya tiende a ser una de más reflexión: por un lado, ella sabe que lo que va escrito tiene un carácter perenne y ha aprendido –en la mayor parte de los casos sin elaborarlo con consciencia– que se reivindica de ella una exactitud en lo que dice; por otro lado, la simple necesidad de manejar el lenguaje escrito exige a uno que se quede un tiempo más largo consigo mismo mientras objetiva a sí en un papel o una pantalla¹⁰.

De la parte de la persona que recibe un contenido o una información por el medio escrito, algo semejante se pasa. El contacto inmediato con el texto, y solo mediato con quienes lo han producido, interrumpe el flujo continuado de dichos que se van siguiendo unos a los otros en la comunicación

¹⁰ También en ese sentido las cartas tendrán una importancia singular en la formación de la subjetividad moderna (Habermas, 2014b, p. 164-176).

oral, exigiendo de la persona lectora que se quede sola en su relación con el contenido escrito; en esa relación, ella, socializada en una sociedad en la que la escritura ocupa el centro de gravitación de la comunicación en general, ha aprendido que debe orientarse por una expectativa de exactitud –la que debe reproducir después cuando se refiera en comunicaciones ulteriores al texto leído– que estructuralmente le demanda una concentración mayor, una actitud reflexiva más intensa. Esa actitud reflexiva, condicionada por el proceso mismo de la lectura, sigue condicionada a la secuencia por aquella interrupción del flujo de la oralidad, pues luego de haber leído el texto la persona lectora en general no lo reproduce –sea en una postura de corroboración o crítica– de pronto, sino que permanece elaborando, con consciencia e intención o no, el contenido con lo que ha tomado contacto.

Una tercera aclaración, a su vez, recuerda la noción de centro de gravitación. Seguramente, la tendencia a quedarse consigo mismo en actitud reflexiva y la específica manera de tratar a los contenidos e informaciones no se expanden indistintamente por toda la sociedad. Pero también aquí lo fundamental es que tal actitud y tal manera de tratar a los contenidos e informaciones recibidos estén establecidas y difundidas lo suficiente como para constituir un núcleo de gravitación. Además, pese a que la tendencia a una actitud reflexiva y la forma de tratar a los contenidos e informaciones sosteniendo una expectativa de exactitud no se difundan igualmente a lo largo de todos los grupos y todas las capas sociales, esas dos características, en la rutina social de la modernidad como un todo, van, desde el centro de gravitación de la comunicación en general, influyendo en grados variados también a las comunicaciones y a las personas que no se ubican en ese núcleo de interacciones escritas.

4. LA PÉRDIDA DE LA CENTRALIDAD DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA

Es conocida la importancia de la radio para el ascenso del nazismo (Horkheimer y Adorno, 1985, p. 149). Algo equivalente se puede decir sobre la llegada al poder o la permanencia en el poder de muchos otros regímenes autoritarios de la época –como fue el caso de Brasil bajo la dictadura de Vargas–. Sin embargo, la hipótesis acerca de una pérdida de la centralidad de la escritura no se refiere a la expansión de la radio, ni tampoco a

la expansión, años más tarde, de la televisión. No se trata, pues, de una hipótesis que pueda ser resumida a una reflexión en contra de los llamados medios de comunicación de masa. Hasta fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, esos medios de comunicación ya habían logrado una expansión bastante grande, pero esa expansión seguía todavía insertada en el todo de una sociedad en la que permanece central la comunicación escrita. Así, una segunda parte de la hipótesis sobre la pérdida de la centralidad de la escritura puede ser formulada de esta manera: hasta la transición entre el siglo XX y el siglo XXI, la difusión de los medios de comunicación de masa no implicó un cambio estructural en lo que atañe a la conformación de una sociedad cuyas comunicaciones en general gravitan alrededor de la comunicación en su forma escrita. Ese cambio más profundo está ubicado precisamente en el pasaje de un siglo al otro, y se manifiesta como consolidado en estos últimos años de la segunda década del siglo XXI.

Se eso es el marco temporal de la pérdida de la centralidad de la escritura, el fenómeno fundamental que en él transcurre es el hecho de que también para vehículos tradicionales de la prensa, como lo son los periódicos, se vuelve secundaria su forma escrita e impresa hacia la primacía de su formato electrónico. Ese el caso, por ejemplo, de *Clarín*, en Argentina, o de la *Folha de São Paulo*, en Brasil. En ese nuevo formato electrónico, sin duda permanecen elementos escritos –el texto mismo–, pero ahora tales elementos devienen más y más secundarios delante elementos audiovisuales.

Ese paso de la prensa, en el sentido específico que ella ha ganado exactamente por su dependencia de la forma escrita impresa, en dirección al predominio de un formato electrónico es como un último dique que se rompe: eso paso ello mismo se puede comprender como un síntoma, como una reacción al proceso más amplio, que se va paulatinamente transcurriendo, de progresivo desplazamiento de la escritura desde el centro en que se había ubicado hasta entonces. Pero, como último dique a romper, luego de esa rotura se acelera el flujo de aquello proceso más amplio.

Los determinantes tecnológicos cruciales de tal proceso no fueron la radio o la televisión, sino la internet y la difusión de aparatos, portables individualmente, para acceder a ella. Y, como canales para la catalización de los nuevos procesos comunicativos en los que la escritura no más se pone como el centro de gravitación, vinieron rápidamente a la mano las plataformas electrónicas y las aplicaciones para los móviles y las tabletas.

Algunos ejemplos pueden volver más nítido aquello a que dice respecto concretamente la idea del paso hacia una nueva configuración de las comunicaciones intersubjetivas en general, en la que la centralidad de la escritura se pierde. Un primer ejemplo viene de la comunidad universitaria: de la parte de alumnas y alumnos, la consulta a los libros está siendo sustituida en un ritmo creciente por la visualización de clases y ponencias en el *YouTube* –a punto de empezarse a demandar de profesoras y profesores que se queden atentos y procuren producir no solo libros, sino también, o más bien, contenidos adecuados a esa tendencia–. Con un impacto más grande en términos de alcance social, un segundo ejemplo es la reciente explosión del consumo de podcasts. Ese segundo ejemplo tiene no obstante un alcance menor que el del tercero: las generaciones más jóvenes han hecho una transición masiva desde el *Facebook* para el *Instagram*¹¹, y una de las principales diferencias entre las dos redes sociales es justamente que en el *Facebook* hay todavía una mayor abertura para contenidos escritos, mientras en el *Instagram* la comunicación intersubjetiva es mediada predominantemente, sino casi exclusivamente, por imágenes. Pero ningún otro ejemplo es comparable en sus dimensiones sociales a lo que ocurre en herramientas como el *WhatsApp* o el *Telegram*: en un gran número de casos –quizás en la mayoría de ellos–, las interacciones son establecidas hoy día por medio de memes, imágenes GIF, audios y videos.

Por supuesto, también cuanto a todo eso algunas aclaraciones son necesarias. En primer lugar, el desplazamiento de la escritura desde una posición de centralidad no significa la eliminación de la escritura. También aquí es central la idea de un centro de gravitación: la comunicación escrita ha estado ubicada en el centro de gravitación de las comunicaciones en general de la sociedad moderna por lo menos desde el invento de la prensa, y ahora, en los últimos años, ella deviene desplegada de este centro. Pero permanece, sin dudas, relevante para el proceso de comunicación social como un todo.

Por ello, los antiguos periódicos no han simplemente abandonado la forma escrita al pasar de la primacía de su forma impresa para la primacía de su forma electrónica. A eso atañe, empero, una segunda aclaración:

11 Eso se puede ver, por ejemplo, en el resultado de investigaciones realizadas por empresas de marketing digital: Forbes, s. f.; Echosis, s. f.

aunque esos periódicos conserven su forma escrita, ella deviene cada vez más secundaria en la pantalla donde se la puede leer, pantalla en la cual los elementos primarios tienen un carácter imperante imagético o auditivo.

En tercer lugar, las nuevas aplicaciones y plataformas electrónicas han proporcionado un fenómeno que a primera vista amenaza arruinar la hipótesis de una pérdida de la centralidad de la escritura: interaccionando sea en las plataformas, sea entre sí mismos y mismas, las personas nunca han escrito tanto antes en la historia¹². En que pese su rol de centro de gravitación, la escritura ha continuado en el transcurso de la modernidad siendo un privilegio a lo cual muchas pocas personas tenían un acceso pleno, y también entre esas personas privilegiadas no muchas seguían haciendo un uso frecuente de la escritura al largo de sus vidas. Esa situación cambia con una plataforma como el *Facebook* o una aplicación como el *WhatsApp*: en ellas, todas las personas, incluso aquellas que no tienen un razonable dominio formal de la lengua, son invitadas a escribir. Sin embargo, ese periodo de expansión inclusiva de la escritura en el seno de las redes sociales o de las nuevas herramientas de comunicación instantánea fue muy corto. Como se ha dicho arriba, en el *WhatsApp* predominan hoy los memes, las imágenes GIF, los audios y los videos; y, sobre el *Facebook*, no solo se puede ver la migración desde él hasta el *Instagram*, sino también que en el propio *Facebook* abundan progresivamente las imágenes –los memes, las imágenes GIF, las fotos y los videos– en detrimento de los textos escritos.

La convergencia de esos casos y de tantos otros similares, con sus múltiples variaciones y ramificaciones, va produciendo el cambio fundamental desde una sociedad en la que la comunicación escrita está ubicada en el centro de gravitación de las comunicaciones en general hacia una sociedad en la que la comunicación escrita ha perdido esa centralidad. Si los argumentos presentados hasta aquí suenan convincentes, esa pérdida de la centralidad de la escritura no es algo trivial: ella puede tener implicaciones sociológicas muy profundas, y entre esas unas que se relacionan más directamente al Estado Democrático de Derecho. Pues si la centralidad de la comunicación escrita, potenciada por la prensa, ha desempeñado un rol estabilizador imprescindible para la constelación moderna entre sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia y emancipación,

12 Agradezco a Margarida Salomão por haber llamado mi atención para ese punto.

entonces la pérdida de esa centralidad conlleva riesgos bastante grandes para tal constelación.

La tercera y última parte de la hipótesis sobre la pérdida de la centralidad de la escritura en los años recientes dice no más que ello: los cambios sociológicos que están en curso y que se conectan con la pérdida de la centralidad de la comunicación escrita, al condicionar una nueva sociabilidad en la que la expectativa de exactitud en las comunicaciones se esfuma y con ella el anclaje para las pretensiones de verdad y así también para las pretensiones de un gobierno de las opiniones bien fundadas, ponen en peligro la supervivencia del Estado Democrático de Derecho, es decir, del reflejo institucional de aquella constelación moderna.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Hay al menos dos elementos que singularizan la presente crisis de la democracia delante otras crisis antecedentes semejantes: la proporción que han logrado las *fake news*¹³ y la dimensión de la ofensiva contra la ciencia. La hipótesis desarrollada en las páginas anteriores permite conjugar sin dificultades la crisis institucional de la democracia con la crisis de la circulación de las informaciones y con la crisis de la legitimidad social de la ciencia: tratase de la crisis de elementos distintos de una misma constelación. Esa crisis, por supuesto, tiene factores múltiples que con ella establecen una correlación fuerte: sería muy ingenuo, por ejemplo, olvidar el cuadro económico que se arrastra desde 2008 y asignar a la pérdida de la centralidad de la escritura la condición de sola causa para esa crisis de facetas plurales. Pero tal pérdida de centralidad parece no poder ser ignorada, como viene siendo, en el intento de comprensión de esas facetas diversas que componen la crisis.

Además, la hipótesis de la pérdida de la centralidad de la escritura ilumina un punto fundamental: no son solo los elementos de una misma constelación que se encuentran en crisis, sino que es la constelación misma que atraviesa una crisis severa. En otras palabras, en la crisis del Estado Democrático de Derecho, como reflejo institucional de esa constelación, se puede vislumbrar la crisis de la constelación entera, por lo tanto también

¹³ Como se puede ver, por ejemplo, en el caso contemporáneo de Brasil.

una crisis de la emancipación –de ella misma y de su legitimidad social como un ideal válido–. Ese es ciertamente el riesgo mayor de nuestro tiempo.

Como fue anunciado al empezarse el texto, este es un primer informe conceptual correspondiente a una investigación que está todavía en sus niveles introductorios de desarrollo. Para que no haya dudas sobre el carácter provisional de este primer informe, las consideraciones siguientes cierran el texto dándole a él un aspecto abierto referente a direcciones de investigación que puedan ser ulteriormente seguidas –por mí mismo o por otras personas–.

Son dos los tipos de aporte estabilizador, como se ha dicho, que la centralidad de la escritura, potenciada por la prensa, ofrece: uno desde el punto de vista del discurso, el otro desde el punto de vista de la acción. Sobre el aporte discursivo, se puede preguntar si el desplazamiento de la centralidad de la escritura no tendría más efectos positivos que negativos: como la comunicación escrita siempre ha sido algo de acceso restringido, las comunicaciones talladas por medios audiovisuales y difundidas por una internet accedida desde aparatos individuales amplía la comunidad discursiva mucho más que la prensa, tanto en el espacio como en el tiempo. Es difícil decir hasta qué punto la complejidad de algunas temáticas– sea de la ciencia, sea de la política –puede ser adecuadamente elaborada sino en la forma escrita, con todas sus peculiaridades. Pero, suponiendo que lo sea, todavía hay los aportes desde el punto de vista de la acción. ¿Es posible que en una rutina social no más condicionada por la centralidad de la escritura se entrañe la misma manera de tratar a las informaciones y los contenidos recibidos –la idea de una expectativa fuerte de exactitud– y así también una semejante tendencia de uno a quedarse consigo mismo en actitud reflexiva?

Sobre el modo de tratar a las informaciones y contenidos recibidos, uno puede plantear que con los medios audiovisuales se pasa igual que con el medio escrito: aquello que es proferido permanece registrado, y puede ser averiguado en cualquier momento. Sin embargo, subyacente a un planteamiento como ese puede estar una suposición equivocada, según la cual la actitud de “irse a averiguar” es una actitud humana natural; por consiguiente, estando disponibles las herramientas para tanto, una tal actitud tendería a imponerse como rutina. Al revés, como se ha dicho arriba, una rutina social en la que está entrañada, a punto de naturalizarse, esa

actitud –con la consecuente expectativa de exactitud en las interacciones comunicativas– ha sido ella misma condicionada en la modernidad por la centralidad de la escritura. Así, la cuestión que debe suscitarse es si una sociedad en la que la escritura no más se ubica en el centro de gravitación de sus comunicaciones en general podrá condicionar una rutina social en la que también se entrañe, hasta que se naturalice, una actitud similar. La velocidad del flujo de informaciones y contenidos y el riesgo de manipulación robótica de ese flujo –dos de los más importantes factores de las *fake news*– son obstáculos con los que ya de salida esa sociedad tiene que enfrentarse en el camino de establecimiento de una nueva rutina o de renovación de la vieja rutina social.

En lo que dice respecto a la tendencia de uno a quedarse consigo mismo en actitud reflexiva, de ella se puede partir en dirección a una cuestión más profunda al tiempo que más amplia, que solo puede ser respondida con ayuda de investigaciones en el campo de la psicología, sobre todo de la psicología del desarrollo y de la psicología social: ¿cuáles son los impactos de la centralidad de la escritura para la formación específicamente moderna de la personalidad, es decir, su impacto en las relaciones que uno va construyendo con su mundo subjetivo a que tiene un acceso privilegiado? ¿Habría una relación de dependencia interna muy estricta entre la personalidad típicamente moderna –esculpida en comunicaciones intersubjetivas que gravitan alrededor de la centralidad de la escritura– y el Estado Democrático de Derecho? Si sí, ¿esa relación puede encontrar un equivalente con personalidades desarrolladas ya en el contexto de pérdida de la centralidad de la escritura?

Por último, la hipótesis sobre la pérdida de la centralidad de la comunicación escrita y sobre sus posibles consecuencias, si leída sin generosidad hermenéutica, puede engendrar la siguiente crítica: al aferrarse a la escritura, que hasta hoy día permanece privilegio bajo el control de no muchos, esa hipótesis deja oculta detrás de sí una nostalgia conservadora. Sin duda, además del acceso nunca generalizado a la comunicación escrita, si la prensa pudo jugar un papel importante en luchas obreras del siglo XIX, muy temprano su privatización debilitó intensamente la capacidad que ella podría tener al aliarse a las luchas sociales. Esa crítica, empero, es un tanto falaz. Por un lado, no se puede sin más presuponer que los medios audiovisuales contemporáneos, con su específica configuración y

dinámica, sean necesariamente más accesibles –lo que habría de significar más accesibles para todas las personas, de todas las edades y de todas las capas sociales–. A eso se debe añadir que la privatización también ya se ha enseñoreado en gran medida de los llamados medios alternativos, que mucho parecían prometer cuando surgieron. Dejar de lado la forma escrita y hacer una defensa intransigente de la nueva sociedad mediada sobre todo por comunicaciones audiovisuales no es, pues, una opción que conlleve ineludiblemente logros emancipatorios. Por otro lado, si de hecho se pudiera afirmar que la centralidad de la escritura es imprescindible no solo para la constelación moderna entre sociedad, razón, comunicación, ciencia, derecho, democracia y emancipación, sino para la propia idea normativa de emancipación, no se estaría con eso renunciando en términos conservadores a la imagen de un futuro emancipado: al revés, se tendría más claridad sobre los pasos necesarios, aquí y ahora, hacia ese futuro.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Castells, M. (2018). *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Zahar.
- Echosis (s. f.). *Instagram e Snapchat se firmam como as redes mais usadas pelos jovens*. Consultado el 05 de julio de 2020. <https://www.echosis.com.br/instagram-e-snapchat-se-firmam-como-as-redes-mais-usadas-pelos-jovens/>
- Forbes (s. f.). *O Facebook está se tornando uma rede para o público mais velho?* Consultado el 05 de julio de 2020. <https://forbes.com.br/colunas/2019/03/o-facebook-esta-se-tornando-uma-rede-para-o-publico-mais-velho/>.
- Gomes, D. F. L. (2019). *A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil*. D'Plácido.
- Habermas, J. (1987). *The philosophical discourse of modernity – Twelve lectures* (transl. Frederick Lawrence). MIT Press.
- Habermas, J. (1993). *Passado como futuro* (trad. Flavio Siebeneichler). Tempo Brasileiro.
- Habermas, J. (2003). *Truth and justification* (transl. Barbara Fultner). MIT Press.

- Habermas, J. (2006a). *Time of Transitions* (transl. C. Cronin y M. Pensky). Polity Press.
- Habermas, J. (2006b). *Entre naturalismo y religión* (trad. Pere Fabra, Daniel Gamper, Francisco Martín, José Luis de Lizaga, Pedro Madrigal y Juan Carlos Velasco). Paidós Ibérica.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo. 4a. ed.). Trotta.
- Habermas, J. (2010a). Preleções para uma fundamentação linguística da sociologia – Christian Gauss Lectures. En: Habermas, J. *Obras Escolhidas*. V. 1, Fundamentação linguística da sociologia. Edições 70, pp. 29-136.
- Habermas, J. (2010b). *Teoría de la acción comunicativa* (trad. Manuel Jiménez Redondo. 2 t.). Trotta.
- Habermas, J. (2010c). *Obras Escolhidas*. V. 2, Teoria da racionalidade e teoria da linguagem. Edições 70.
- Habermas, J. (2013). *Teoria e práxis: estudos de filosofia social* (trad. Rúrion Melo). Unesp.
- Habermas, J. (2014a). *Conhecimento e interesse* (trad. Luiz Repa). Unesp.
- Habermas, J. (2014b). *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa* (trad. Denílson Luís Werle). Unesp.
- Habermas, J. (2016b). *Para a reconstrução do materialismo histórico* (trad. Rúrion Melo). Unesp.
- Habermas, J. (2018). *A inclusão do outro: estudos de teoria política* (trad. Denilson Luís Werle). Unesp.
- Habermas, J. (2019). *Auch eine Geschichte der Philosophie* (2 B.). Suhrkamp.
- Horkheimer, M. y Adorno, T. (1985). *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos* (trad. Guido Almeida). Zahar.
- Koselleck, R. (1999). *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. (trad. Luciana Villas-Boas Castelo-Branco). Contraponto, 1999.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem*. Zahar.
- Mounk, Y. (2019). *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Companhia das Letras.

- Oliveira, R. (2014). *Pólis e Nómos: o problema da lei no pensamento grego*. Editora Loyola.
- Runciman, D. (2018). *Como a democracia chega ao fim*. Todavia.
- Schmitt, Carl. (1996). *Teoría de la Constitución* (trad. Francisco Ayala). Alianza.
- Sevaybricker, M. (2019). *Democracias no século XXI: causas, sintomas e estratégias para superar a sua crise* (manuscrito presentado para publicación). Departamento de Ciências Humanas, Universidade Federal de Lavras.
- Themudo, T. y Agrello, A. (2017). O princípio da publicidade e o problema da transmissão da propriedade no direito privado grego. *Revista Jurídica Da FA7*, 14(2), pp. 31-41.
- Tocqueville, A. (1963). *La democracia en America*. Fondo de Cultura Económica.
- Urbinati, N. (2013). Crise e metamorfoses da democracia (trad. Pedro Galé e Vinicius Soares). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 28(82).

Deliberación y representación política

Dos problemas concretos, una sugerencia general

DONALD BELLO HUTT¹

1. INTRODUCCIÓN

La democracia deliberativa mantiene una relación compleja con la representación política. En este trabajo pretendo centrarme en dos aspectos de esa relación: uno normativo y otro institucional. El primero (sección 2), el normativo, refiere al hecho que nuestras democracias contemporáneas son, al parecer inexorablemente, democracias representativas. La representación, entonces, permeará nuestras reflexiones acerca de cómo nuestros modelos de democracia han de ser pensados e implementados. La democracia deliberativa no es una excepción. La primera pregunta de este trabajo es entonces, ¿cómo podemos tener democracias deliberativas al tiempo que estamos sujetos a pensar este modelo de democracia desde los límites de la representación política? Nuestros representantes son elegidos, en principio, en virtud de las preferencias que expresamos al votar por ellos. Sin embargo, la deliberación supone que quienes participan en procesos de toma de decisiones han de estar comprometidos con cambiar sus preferencias a la luz de mejores argumentos. Si el compromiso del representante es con el mejor argumento, y si nuestras preferencias no necesariamente y, se podría incluso decir, casi nunca reflejan el mejor curso de

¹ Doctor en Teoría Política (King's College London), Doctor en Filosofía (Universidades de Valladolid y Salamanca). Profesor de Filosofía Moral y Política (Universidad de Valladolid); Investigador Colaborador (Instituto de Filosofía, KU Leuven, RIPPLE: Research in Political Philosophy Leuven).

acción posible en materia de decisiones colectivas, ¿por qué necesitamos que nuestros legisladores respondan a nuestras preferencias?

Para contestar esta pregunta, centraré mi discusión en una versión extrema pero importante de las denominadas teorías constructivistas de la representación. Según estas tesis, las preferencias de los representados no son datos objetivos puestos en el mundo para que el representante use y en función de las cuales decida. Por el contrario, el representante participa en la construcción de las mismas. Una versión extrema del constructivismo sostiene que no hay algo así como una preferencia del representado a partir de la cual el representante pueda entonces proceder a construir para efectos de adoptar sus decisiones. En esta sección señalaré que prescindir de las preferencias de los representados nos lleva a un problema normativo que convierte la representación en un ejercicio de paternalismo. Evitar eso nos lleva a adoptar concepciones de la representación que necesariamente otorgan un cierto grado de independencia de juicio a los representantes con el agregado que dicha independencia está inexorablemente comprometida con interpretar las preferencias de los representados. Esto, que presento como una solución (parcial) al problema normativo, da lugar a otro problema de implementación institucional: ¿cómo pueden los representantes conocer las preferencias de sus representados?

El segundo problema es, en consecuencia, institucional. Trataré este problema a partir de un modelo específico, esto es, los llamados mini-públicos (sección 3). Es el siguiente: los mini-públicos tienen como función general generar las condiciones para que grupos representativos de ciudadanos deliberen acerca de temas que les afectan de modo que sean las mejores preferencias y los mejores argumentos los que sobrevivan el proceso de deliberación. Sin embargo, su uso para efectos de decidir asuntos que afecten a la sociedad en su conjunto no está exento de problemas. En concreto, no es obvio que los resultados que generen las deliberaciones que ocurren en el seno de estos mini-públicos puedan ser usados como representativos de la ciudadanía en su conjunto.

Como he adelantado, mi contribución a este libro girará alrededor de estos dos asuntos que, creo, si bien limitados en su alcance, pueden analizarse como dos problemas diferentes, pueden tratarse como parte de una discusión común sobre el valor de la representación política y de su convivencia con la deliberación. Por mostrar mi cartas por adelantado,

argumentaré que ambos problemas son reflejo de una concepción de la representación política que debe ser superada por otra que aquí propongo: por una noción de representación que si bien está comprometida con las preferencias de todos los potencialmente afectados por una decisión, considera que es normativamente deseable que los representantes políticos cuenten con una distancia que les permita discutir acerca de los méritos de las mejores soluciones y argumentos posibles para problemas que afectan a la sociedad en su conjunto. Los mini-públicos pueden tener un rol importante en ese proceso en la medida que entendamos que su empleo sea continuo para dar lugar a participación plena en el tiempo y que sus resultados no sean tomados como mandatos imperativos, sino como expresiones informadas de la opinión pública.

2. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y REPRESENTACIÓN

La democracia deliberativa es un modelo de toma de decisiones según el cual la medida de la legitimidad, moralidad, o calidad de una decisión colectiva es la existencia de un debate previo a la decisión que permita el intercambio de argumentos, razones, preferencias, deseos, opiniones, etc., entre sujetos potencialmente afectados por la decisión en cuestión (Manin, 1987, pp. 349-353, 359; Miller, 1992, p. 55; Cohen, 1997, p. 67; Bohman, 1998, p. 400; Martí, 2006, p. 39; Cohen, 2009, p. 248). Estos sujetos son vistos como libres e iguales, con capacidad para formar sus juicios, exponerlos, escuchar a otros, y someterse libremente a una restricción fundamental que orienta la discusión: los participantes han de estar comprometidos con las mejores razones para una decisión y, en consecuencia, con la posibilidad hipotética de que esos mejores argumentos les fueren a cambiar sus preferencias (e.g., Elster, 2001; Martí, 2006, pp. 50, 90-92). Por usar la expresión más común: han de estar comprometidos con la fuerza no coercitiva del mejor argumento (e.g., Habermas, 1988, pág. 108; 2008, pág. 352; Cohen, 2009, pág. 249). Desarrollaré algunos de estos puntos a continuación.

La democracia deliberativa implica varias ideas relativas a la noción de preferencia que la distinguen como teoría de la democracia (Elster, 1997). Por ejemplo, la democracia deliberativa rechaza la tesis de las teorías agregativas y económicas de la democracia que ve las preferencias como

fijas, formadas fuera del procedimiento democrático y expresadas exclusivamente mediante el voto (e.g., Nozick, 1974, pág. 325; Held, 2006, pág. 213; Martí, 2006, págs. 65-66). No se limita a aplicar una regla de decisión –usualmente la regla de la mayoría– al conjunto de las preferencias y agregarlas para arribar a una decisión colectiva.

La democracia deliberativa se presenta como un modelo alternativo a estas propuestas porque los problemas a que se enfrentan las teorías alternativas no son menores. Por nombrar algunos: problemas de información en la formación de las preferencias, problemas de incoherencia entre las preferencias individuales y la decisión colectiva y –una versión más fuerte del problema de la incoherencia– imposibilidad de traducir preferencias individuales en una voluntad colectiva que refleje dichas preferencias individuales (e.g., Arrow, 2012; Riker, 1982). En vista de dichos problemas, los deliberativistas muestran con éxito que las preferencias no son pre-políticas, que los problemas de información se atenúan como consecuencia de que los participantes del proceso de discusión ofrecen el conocimiento que puedan tener sobre los asuntos que les convocan y, finalmente, que los problemas de incoherencia e imposibilidad son más bien problemas analíticos que dificultades que surjan en la práctica. En último término, la llamada imposibilidad se subsana en la medida que la deliberación permita filtrar y estructurar las preferencias antes de aplicar reglas de decisión mayoritaria. Si bien los problemas no desaparecen, sí se atenúan de forma considerable (Mackie, 2003).

Ahora bien, este modelo tiene pretensión de aplicación institucional, práctica, en todos los niveles de decisión, desde experimentos sobre asuntos concretos, hasta reformas constitucionales de alta complejidad. Tiene pretensión de aplicación, en concreto, en el marco de democracias constitucionales y estas democracias son, sino todas, la mayoría, democracias representativas. Se ha señalado, incluso, que si queremos que sea mínimamente relevante para la interacción de sus participantes, la democracia deliberativa ha de ser “inherentemente representativa” (Bohman, 2012, pág. 76). Siendo ese el caso, cabe preguntarse, ¿cómo se relacionan estas consideraciones sobre el papel de la deliberación en la formación y transformación de preferencias con la representación política?

En su formulación más simple el problema es el siguiente: si hemos elegido representantes en función de que serán nuestras preferencias,

deseos, opiniones, etc., las que considerarán a la hora de votar ¿cómo se acompasa esto con la idea de que un representante se comprometerá también con deliberar y, en consecuencia, con cambiar de opinión a la luz de mejores argumentos. Esos mejores argumentos no son, necesariamente, los que le han hecho ocupar su escaño (Parkinson, 2006, pág. 5; Schäfer, 2017, pág. 1).

Obviamente, como digo, esta es una formulación simple y que no alcanza a dar cuenta de los múltiples factores que intervienen en la relación entre representante y representado. Los candidatos a representante ofrecen respuestas a problemas complejos desde el horizonte de su presente, sin acceso a información que será posiblemente relevante cuando ocupen su cargo. Mientras más complejo el problema, más restringido el acceso a dicha información. Por lo demás, la política es un juego que se juega “en equipo”, muchas veces contra la voluntad de los jugadores. Es de esperar que la consecución de los fines prometidos en campaña requiera que los representantes pacten con partidos con líneas ideológicas diferentes. Los representados no tienen por qué, sin embargo, comulgar con estos acuerdos incompletamente teorizados, aunque idealmente surjan como consecuencia inevitable del mejor argumento.

Los problemas que se derivan para la teoría de la democracia deliberativa son de diverso orden. Por ensayar algunos, hay dificultades, llamémosle, de principio. Salvo una rara excepción (Worley, 2009) no parece ser que el principio de transformación de preferencias sea uno que los deliberativistas estén dispuestos a desechar sin claudicar al mismo tiempo a otros elementos centrales para la teoría. Por otra parte, la teoría no es sólo eso, una teoría, sino un modelo de democracia: sirve como horizonte o ideal regulativo o dirección de ajuste de instituciones y prácticas políticas reales. Pero si este modelo no puede dar buena cuenta o si es incompatible con una de dichas prácticas –la de la representación– no parece que su poder explicativo y normativo sea tal que nos permita valorar las acciones de nuestros representantes; el ideal regulativo se convierte más bien en una quimera. Descrita así la teoría, nos encontramos en una encrucijada: o valoramos la teoría y consideramos como problemáticas las prácticas representativas *porque* son representativas, o bien desechamos la teoría o aspectos fundamentales de la misma.

En lo que queda de esta sección ensayaré una solución a estos problemas. El punto fundamental de mi argumento es que la relación entre la representación y la transformación deliberativa de preferencias es un problema en la medida que la representación política se conciba o bien de forma puramente instrumental –esto es para resolver un problema de escala–, o bien como desconectada de las preferencias de los representados. Concebir la representación de estas maneras tiene sus problemas propios en los que no entraré aquí. Sostendré que si queremos tener deliberación política entonces debemos comprometernos con una tesis de la representación política que ni la conciba como un mero instrumento para resolver problemas de escala, ni que se desentienda completamente de las preferencias de los representados ni, por supuesto, de ambas.

La representación y su posible compatibilidad con la transformación de preferencias es un problema genuino en la medida que hay formas de representación, defendidas en la teoría, que ciertamente son incompatibles con el hecho de que los representantes actúen con relativa independencia de juicio. Por tanto, es menester determinar qué concepciones ponen a la representación y a la democracia deliberativa en una situación de relativo conflicto. En otro sitio he sugerido que una buena forma de pensar la representación es analogándola a la idea de interpretación jurídica (Aceptada para publicación), y creo que esa comparación puede servir para los propósitos de este capítulo. Permítaseme el desvío momentáneo para explicar a qué me refiero.

La interpretación –al menos según la entienden un buen número de juristas– es una práctica de adscripción o imposición de significado a un objeto, típicamente una disposición jurídica (e.g., Fish, 1982, pág. 211; Dascal & Wróblewski, 1988, págs. 203-204; Marmor, 1992, págs. 14, 32; Raz, 2009, págs. 250, 268; Guastini, 2015, pág. 46). Y esa imposición de significado está circunscrito o limitado por dos polos o extremos. Por una parte, un polo semántico, donde el significado del objeto está determinado por la naturaleza del objeto: el intérprete constata o descubre el significado del objeto en cuestión. Por otra, la práctica interpretativa se gobernado por una dimensión pragmática y, por tanto, fuertemente influenciada por el contexto en el que se interpreta. De este modo el intérprete es un creador de significados que no están fijados por la naturaleza del objeto, sino por una serie de factores externos al mismo. La imposición del significado deja de

cobrar esa dimensión de descubrimiento y se acerca más a un ejercicio de creación. Dos polos: descripción y creación. Todo lo que hay entre medio y sin situarse plenamente en esos extremos, lo llamo interpretación.

La representación puede ser pensada en términos análogos. Sin perjuicio de la amplísima gama de concepciones acerca de qué es la representación, la literatura carece de precisión conceptual (Rehfeld, 2009, pág. 216; 2018, pág. 219; Dovi, 2018; Brito Viera & Runciman, 2008, pág. 4). Creo que pensar en la representación de forma análoga a como pensamos la interpretación en derecho es útil para efectos de atenuar dicha imprecisión. Es útil porque un repaso a la diversidad de concepciones sobre la representación muestra que éstas se pueden ordenar en un espectro que sitúa las relaciones entre representante y representado desde aquellas que, por una parte, consideran que la tarea del primero es ser un reflejo de las preferencias del segundo, y aquellas que, por otra parte, consideran que los representantes han de tener independencia de juicio a pesar de que esas decisiones se les imputen a sus representados con independencia de sus preferencias. Los representantes, según concepciones situadas más cerca de este segundo extremo, no tienen conocimiento o un acceso directo a las preferencias de sus representados, por lo que han de actuar sin tomar dichas preferencias como material a partir del cual sus decisiones han de ser adoptadas. Una versión extrema de estas tesis es la que, por ejemplo, ha defendido Saward (2006).

Mi tesis es, entonces, que los modelos de representación que se encuentran comprometidos con el descubrimiento de las preferencias de sus representados pueden ser análogos a tesis acerca de la interpretación que ponen el énfasis en el descubrimiento o descripción del significado de un objeto. A su vez, aquellos modelos de representación que prefieren o enfatizan la independencia de juicio del representante respecto de las preferencias de los representados pueden ser análogos a tesis acerca de la interpretación que consideran que no hay una correspondencia inequívoca entre el objeto y su significado y que, por tanto, el significado de las disposiciones jurídicas es relativo a su contexto y que está determinado, por esa razón, con su uso.

Este razonamiento es analógico en un sentido amplio: comparo ambas categorías sobre la base de, primero, su función: determinar el significado de una disposición o un grupo de disposiciones jurídicas en la

interpretación y el significado de las preferencias de los representados en la representación. En segundo lugar, ambas categorías se comparan desde el punto de vista de sus límites: descripción y creación. Tanto la interpretación como la representación están determinados en sus confines por estas dos dimensiones de modo que nunca pueden habitar plenamente ni la una ni la otra: pura descripción y pura creación son eso, descripción y creación, pero no interpretación. Puro reflejo de preferencias y pura sustitución de las mismas son eso, reflejo y sustitución. Pero no representación.

Retomo la senda de este capítulo planteando una pregunta: en la medida en que se esté comprometido con el ideal de la democracia deliberativa ¿qué modelo de representación es el que permite dar mejor cuenta del principio de transformación de preferencias? Para saber eso hay que recorrer el *iter* de las concepciones de la representación que he descrito arriba.

La primera parte del recorrido no es difícil de imaginar y consiste en la idea de representación como descripción de las preferencias de los representados. En este modelo la función del representante (reflejar preferencias y decidir en función de ellas) es también su horizonte normativo. De modo que el hecho de que el representante se vea confrontado con nueva información, nuevos puntos de vista, o mejor información, no es razón suficiente para decretar como buena su decisión.

No es difícil ver por qué un modelo de democracia comprometido con transformar las preferencias de quienes integran un foro de toma de decisiones estará reñido con una concepción de la representación como la descrita. Volver sobre esas razones será redundante. Lo que me interesa dejar claro en este punto del argumento es que contrastar una concepción de la representación como la descrita con la democracia deliberativa y su principio de transformación de preferencias no hace más que dar el primer paso en este debate. Nos pone simplemente en la posición de preguntarnos por qué esta incompatibilidad no es simplemente tratada como un problema que afecta a una y no a todas las concepciones de la representación política.

Un posible paso adelante en la respuesta es ponerse en el extremo opuesto. Considérese, por ejemplo, la noción defendida por Saward que carecemos de acceso *a priori* a las preferencias de sus representados y que un ideal de representación que ponga dichas preferencias como punto de partida de su reflexión está condenado al fracaso. De esto se sigue

que los representantes han de actuar en función de su propio criterio para después someterse al escrutinio público de sus representados, quienes se reservan la última palabra en la evaluación de aquello que los representantes sostienen como decisión representativa (*claim*). O pensemos en las denominadas teorías de la representación virtual. Estas incluyen, por ejemplo, a aquella defendida por Mansbridge de la representación giroscópica, donde los representantes pueden permanecer firmes en sus juicios con relativa sin demasiado peligro de ser sancionados por sus representados (2003). Nótese que, en la primera versión, más fuerte, de la representación virtual, el problema de las preferencias se descarta *ab initio*, de modo que la democracia deliberativa podría encontrar un acomodo en ellas. Los representantes podrían debatir acerca de cuáles son los mejores cursos de acción a adoptar dejándose guiar nada más (en una versión idealizada, por cierto) que, por la fuerza no coercitiva del mejor argumento, con independencia del parecer de sus representados. Democracia deliberativa y representación son, en este caso, compatibles.

Pero el problema no está resuelto, lamentablemente. Para que esté resuelto, tendríamos que dar por buena la tesis de Saward acerca de la imposibilidad de conocer las preferencias de los representados. Pero esta tesis tiene sus problemas, normativos e institucionales. Respecto del problema normativo, lo que Saward acaba haciendo en último término es caer en un ejercicio de paternalismo político. Prescindir de las preferencias de los representados no sólo supone el reconocimiento de una supuesta dificultad de carácter empírico-epistemológico, sino una renuncia muy fuerte a una intuición que en una democracia es muy difícil de abandonar. La democracia (y la democracia representativa es una especie de la misma) predica como elemento central que las decisiones colectivas han de poder vincularse por medio de algún mecanismo con las voluntades, preferencias, deseos, o intereses de quienes están vinculadas con las mismas. La ausencia de dicho vínculo, en consecuencia, merma el carácter democrático de la teoría de la representación en cuestión y transforma el vínculo entre representante y representando en uno de paternalismo, no en uno que entiende que los ciudadanos representados son libres e iguales y han de tener la posibilidad de que sean sus voces las que en último término guíen o conduzcan las actuaciones del poder político. Esto último es señal de que una tesis de

representación como la de Saward, tiene que ofrecer argumentos adicionales que muestren que no hay pérdidas en términos de legitimidad.²

Pero el problema normativo no es el único. También existe un problema institucional. La tesis constructivista de Saward descansa en un esquema de instituciones que no toma en consideración que considerar las preferencias de los representados como imposibles de ser conocidas es algo que no ha de hacerse sin tomar en cuenta innovaciones institucionales. De existir la imposibilidad en cuestión, existe porque el mecanismo mediante el cual se intenta tener acceso a dichas preferencias –el voto– es limitado para dichos propósitos. Y esto último es parcialmente cierto; la información que puede contener un voto es, en efecto, limitada. Pero ampliar dicha información es algo que dependerá de nuestra imaginación institucional, no un problema que carece de solución. Volveré sobre esto en la sección siguiente.

De modo que ni el polo de la pura descripción representado por las tesis que defienden versiones del mandato imperativo, ni el de la pura creación, donde las preferencias de los representados son catalogadas como incognoscibles, son satisfactorias para resolver el problema planteado en este capítulo. La democracia deliberativa será compatible con el principio de transformación de preferencias de los representantes en tanto y en cuanto las preferencias de los representados no se pierdan de vista. Las preferencias operan, de este modo, como un límite al punto hasta el cual la mentada transformación puede tener lugar, o también como un motivo para la exigencia de razones para dicho cambio de parecer.

La cuestión ahora no es ya si es legítimo cambiar de parecer en virtud de nueva información, mejores argumentos etc., sino si es que ese cambio se hace cargo, de alguna manera, de las preferencias de los representados sobre el tema de que se trate. El problema ya no es uno de incompatibilidad al nivel de la teoría, sino uno de condiciones de posibilidad: ¿cómo podemos conocer las preferencias de los representados al tiempo que se les pueda ofrecer razones para un eventual cambio de parecer en virtud de mejores argumentos?

Parece que el voto no puede hacer todo el trabajo y que, en consecuencia, necesitamos imaginación institucional para solventar sus limitaciones

² En ese sentido, véase Dish (2015).

informativas. La sección siguiente es una reflexión en esa clave. No sugiere un mecanismo institucional concreto, sino que reflexiona acerca de las posibles relaciones entre un sistema institucional que permite formar las preferencias de los representados y hacerlas públicas para los representantes: los llamados mini-públicos. Al entrar en esta discusión pretendo, por una parte, presentar este mecanismo institucional como una ayuda efectiva para que los representantes tengan acceso al material al partir del cual han de poder deliberar y decidir. Por otra, pretendo discutir un problema relativo a la representatividad misma de los mini-públicos. Respecto de esto no diré nada nuevo, limitándome a describir una crítica de Cristina Lafont, quien sugiere dudas legítimas acerca del uso de estas innovaciones democráticas cuando se trata de representar a la sociedad en su conjunto. Esta advertencia, que tomo como válida, no es, sin embargo, en mi opinión, una que desaconseje el uso de los mini-públicos en su totalidad. Creo que en efecto su representatividad es limitada, pero no por eso debemos desechar la posibilidad que arrojen resultados que sean *más* representativos que los que el sólo voto nos ofrece. Dicho eso, creo que la advertencia de Lafont funciona como una justificación para que los representantes políticos, quienes tendrían acceso a los resultados del mini-público, y por tanto a alguna idea relativamente robusta de las preferencias de sus representados, puedan en último término cambiar de opinión cuando mejores argumentos les lleven a ello.

3. MINI-PÚBLICOS Y REPRESENTACIÓN

Esta sección examina las relaciones entre una forma de institucionalizar la democracia deliberativa y la representación política: los llamados mini-públicos. Mi interés en los mini-públicos es doble. Por una parte, su utilización ha sido profusa en contextos diversos (e.g., Grönlund, Bächtiger, & Setälä, 2014). Segundo, porque su utilización ha generado no solo entusiasmo entre los deliberativistas, sino también preocupación. Concretamente, ha generado una crítica respecto de la posibilidad de presentar los resultados arrojados por un mini-público como representativos de la sociedad en su conjunto y aplicar políticas públicas en función de esa representatividad. La crítica, cuya versión más articulada es la que presenta Lafont (2015), permitirá explorar los problemas que atañen a este capítulo.

Comenzaré primero describiendo brevemente qué es un mini-público y la sugerencia de su uso en contextos de gran escala social. En segundo lugar, describiré brevemente la crítica de Lafont para cerrar con reflexiones relativas al modelo de representación política defendido en la sección anterior y la capacidad de los mini-públicos para institucionalizar esa relación. La conclusión, como se verá, es sugerir caución ante el uso de mini-públicos por mor de compatibilizar deliberación democrática y representación. Dicho esto, esta sugerencia no es una claudicación sino el reconocimiento de que, como muchas categorías en teoría política, la implementación de un ideal como la democracia deliberativa en contextos de representación tendrá que operar equilibrando distintos principios.

Los mini-públicos son innovaciones democráticas que ofrecen a los ciudadanos la posibilidad de debatir asuntos políticos, en algunas ocasiones dándoles poder real de decisión. Éstos han sido una de las herramientas más utilizadas a efectos de poner en práctica la teoría de la democracia deliberativa. Su uso tiene por fin, fundamentalmente, incrementar la calidad de la discusión real de ciudadanos ordinarios.

Existen muchas definiciones de estas instituciones en la literatura, desde algunas más amplias, como la de Fung (2003), que incluye experimentos tan diversos como la Asamblea de ciudadanos de la Columbia Británica, juntas de planificación (*planning cells*), jurados, *consensus conferences*, presupuestos participativos, políticas públicas comunitarias, etc. Otros ofrecen definiciones más limitadas, por ejemplo, Fishkin (e.g., (1997; 2003; 2009; Ackerman & Fishkin, 2004), que restringe su análisis a las llamadas encuestas deliberativas, esto es, a la selección aleatoria de varios cientos de ciudadanos que se juntan a deliberar en grupos pequeños, donde se mide los cambios o transformaciones en sus preferencias por medio de encuestas de opinión antes y después del proceso deliberativo. Definiciones intermedias como las de Goodin y Dryzek (2006) y la de Smith (2009) son más flexibles, especialmente en lo relativo a métodos de selección de los participantes.

Un mini-público parece ser una forma interesante de reducir la brecha que existe entre representante y representado cuando lo que perseguimos es implementar una concepción de la representación que no pierda de vista las preferencias de los ciudadanos al tiempo que da independencia de juicio a los representantes; que permitan que los ciudadanos transmitan

sus preferencias informadas a los representantes, quienes a su vez habrían de tomar en cuenta dichas preferencias para sus propias deliberaciones y posterior toma de decisiones.

Pero necesitamos pensar un poco más sobre el tema. El uso de estas innovaciones institucionales se ha propuesto fundamentalmente en dos tipos de contextos. Por una parte, en contextos *micro*, donde ya sea el procedimiento, sus participantes, o sus efectos son limitados en su alcance. Por otra, se ha defendido una aproximación “integrador”, que combina las virtudes de un enfoque *micro* con uno *macro* o enfoque a gran escala. La versión más influente de tal enfoque es, quizás, el conocido en la literatura como el de sistemas deliberativos. Un enfoque sistémico es uno que renuncia a exigir a un solo individuo o sitio o grupo que encarne todas las virtudes o principios que los deliberativistas ven como valioso. El presupuesto es que tal sitio no existe, sino que distintos individuos, sitios o grupos con diferentes capacidades deliberativas pueden contribuir a la legitimidad del sistema, considerado como un todo (Mansbridge, y otros, 2012; Bello Hutt, 2017). En este sentido, quienes adoptan una perspectiva integradora ven a los mini-públicos como una oportunidad para que distintos individuos puedan contribuir al sistema. Desde el punto de vista de esta distinción, el uso del mini-público para efectos de reducir la brecha representativa descrita anteriormente, ha de adoptar un punto de vista integrador.

En ese sentido, mi sugerencia se enfrenta con una crítica. Me refiero a una crítica de Cristina Lafont a la adopción de una perspectiva integradora en la institucionalización de la democracia deliberativa, incluyendo de manera más conspicua, a la noción de un sistema deliberativo. No repetiré la crítica en su totalidad, pues Lafont discute el problema y los efectos que este tiene para la legitimidad de la democracia deliberativa. Mi interés aquí es relativo a la representatividad de los mismos y, aunque ambas son nociones concomitantes, merecen un tratamiento separado. Mi aplicación de la crítica de Lafont a la posibilidad de los mini-públicos como mecanismos representativos sugiere que los problemas de representación que he descrito antes no se resuelven plenamente, y que, en consecuencia, la representatividad de las decisiones de los representantes en una democracia deliberativa ha de ser reforzada por mecanismos de justificación pública que, si bien han de hacerse cargo explícitamente de las deliberaciones de

los mini-públicos, estos no han de poder considerarse como la última palabra en decisiones colectivas.

Según la leo, el punto central de la crítica de Lafont es que una ciudadanía que elige a una porción de sus integrantes para que deliberen y tengan acceso a formar sus puntos de vista de modo que el resultado de su ejercicio sea el que la mejor versión de sí mismos emerja, es una que inevitablemente creará distancia entre decisores y obligados. Adicionalmente, en la medida en que los participantes refinan y cambian sus posiciones como consecuencia de la deliberación, la distancia aludida será cada vez mayor. De esta manera, Lafont nos muestra que el problema del uso de los mini-públicos tiene un aspecto negativo: en la medida que se empleen como mecanismos de adopción de políticas públicas, quienes no participan en el proceso de deliberación del mini-público se encuentran finalmente en una situación de dominación. Lo único especial de este tipo de dominación es que sería una ejercida por la mejor versión de sí mismos. La conclusión, es que los demócrata-deliberativos no pueden ignorar el problema de la participación masiva o plenamente inclusiva y que, en consecuencia, el uso de los mini-públicos no debiera tener por fin la creación e implementación de políticas públicas, sino la formación y transformación de la opinión pública. La decisión debe estar en otro sitio.

Tiendo a pensar en esta crítica como correcta. Creo, sin embargo, que Lafont da un paso un tanto rápido y otorga demasiado peso al problema de la eventual dominación de los participantes de los mini-públicos. Su crítica, correcta, como digo, en lo que toca al uso de estas innovaciones institucionales, parece, sin embargo, desconocer que el uso de un mini-público pudiera ser repetido en el tiempo y que la composición de sus miembros puede por tanto variar conforme más ejercicios de deliberación tengan lugar y que, en consecuencia, todos los miembros de la comunidad puedan eventualmente participar. Es cierto que el problema de la falta de representatividad será más patente al principio. Pero conforme más ciudadanos tengan la posibilidad de ser elegidos en el tiempo, la dominación potencial de un sector sobre otro podrá ser contrarrestado por la posibilidad de que otros grupos participen en el futuro. Visto como un ejercicio repetido de deliberación democrática, el problema de la dominación pierde fuerza.

Mi sugerencia aquí es que en la medida que la selección de participantes sea aleatoria, que el ejercicio de deliberación sea reiterado en el tiempo,

y que los resultados de dichas deliberaciones sean públicos, los dos problemas para la representación política y la deliberación que he descrito en este trabajo pierden fuerza. Los mini-públicos permiten hacer públicas las razones subyacentes al voto de los ciudadanos, dando de ese modo acceso a los representantes a las preferencias de los mismos. Podrían operar, de esa manera y bajo las mentadas condiciones, como puentes informativos entre los ciudadanos y quienes acaban finalmente adoptando la política pública en cuestión.

Ahora, usar estas innovaciones como un punto intermedio tiene sentido en la medida que entendamos que la representación política no puede ni prescindir de las preferencias de los representados, ni tomar dichas preferencias como mandatos imperativos. Por una parte, las preferencias son la razón de ser del trabajo del representante y la materia prima a partir de la cual decide, pero, por otra, los problemas identificados por Lafont me llevan a entender la representación como una categoría que ha de permitir independencia de juicio al representante. En la medida en que la información sobre preferencias es tomada como un punto de partida, y que entendemos que la representatividad de un mini-público es imperfecta, es necesario que también se permita a los representantes tomar distancia de dichas manifestaciones –por informadas y deliberadas que sean–.³

Esta reflexión lleva a la conclusión que tanto el problema normativo como el problema de implementación de la democracia deliberativa encuentran una solución posible en su compatibilidad con concepciones de la representación que se mantengan más bien cerca del polo constructivista, pero no al punto de tomar partido por una noción de la misma que, como Saward, prescinde de las preferencias de los representados.

La conclusión no es *per se* novedosa. El vínculo entre democracia deliberativa y una concepción constructivista de la representación política es uno que encuentra ya defensores en la literatura y, en mi opinión, de manera

3 Los problemas y virtudes limitadas que aquí menciono respecto de los mini-públicos no son las únicas razones por las que creo que ha de existir una distancia entre representante y representado, pero sí son las que más se relacionan con el argumento de este trabajo. Las otras razones tienen que ver con el producto de la actividad del representante, esto es, la ley (entendida en un sentido amplio) y la ley, por definición, ha de abstraerse de las preferencias específicas que cada individuo mantenga respecto de políticas públicas específicas. He desarrollado esta idea en Bello (2019; aceptada).

más manifiesta, en la noción de representación como abogacía, propugnada por Urbinati (2000; 2006). Ésta puede ser descrita como una versión discursiva del modelo de confianza (*trustee*), que ve en las prácticas representativas que otorgan cierta independencia de juicio de sus representantes unas características deliberativas que la representación entendida como mera descripción no es capaz de reflejar. Esta concepción, constructivista en esencia, descansa en la posibilidad de los representantes de no sólo describir las preferencias de sus representados sino también de crearlas, moldearlas, pero sin que puedan proceder en dicha tarea sin haber considerado las mismas en primer lugar. Esta idea le otorga un sentido especial al voto, que ya no se convierte sólo en un mecanismo de autorización, sino además en una herramienta que refleja una deliberación que ha desechado algunas preferencias y preferido otras; una herramienta que refleja deliberación pública y preferencias articuladas y (más) estructuradas.

Entendida de este modo, la representación política puede ser defendida al tiempo que se hace propio el principio de transformación de preferencias, fundamental para los demócrata-deliberativos. En la medida que los ciudadanos participen de un procedimiento que en sí mismo también está pensado para hacerles cambiar de punto de vista en lo tocante a asuntos comunes, habrán de estar comprometidos con la idea que más y mejor información, y más y mejores argumentos, han de ser los que guíen el proceso de tomar de decisión. No deberían rechazar, idealmente, un proceso de toma de decisiones por parte de sus representantes que se sustenta justamente en ese principio.

De este modo emerge la segunda forma de compatibilidad ya en el plano institucional promovido por la segunda sugerencia de este artículo. Un mini-público ciudadano que no tenga carácter de decisión final puede ayudar a los representantes a lograr el mentado equilibrio entre considerar preferencias y abstraerse de las mismas. No obstante, tomarse en serio la crítica de Lafont nos hace tomar precauciones: no podemos darle carácter final, so pena de caer en el problema que el mini-público mismo intenta evitar. Esto es, so pena de darle al mini-público una representatividad que es limitada. No podríamos, en consecuencia, simplemente descansar en las preferencias más articuladas de la ciudadanía que podrían emerger en el mini-público como decisión final (como política pública, en lenguaje de Lafont) sino como una indicación de una opinión pública informada y

estructurada que luego puede y debe ser considerada por mecanismos de representación formales como los parlamentos para efectos de tomar decisiones. Lo que subyace a este juego de ideales e instituciones es una concepción de la representación política que hace suya la idea de democracia deliberativa y, con ella, la posibilidad de que las preferencias expresadas en sede de mini-público puedan no necesariamente representar la última palabra de los representantes. En cuanto legisladores, estos últimos podrán, a la luz de mejor información y mejores argumentos, decidir en un sentido diferente si dichos argumentos y dicha información los guían en tal sentido. La transformación de preferencias, valorada por la democracia deliberativa y la representación política, acaban estando un tanto más armonizadas.

4. CONCLUSIONES

Este capítulo ha explorado dos problemas que afectan a la teoría de la democracia deliberativa en su relación con la representación política. El primero el llamado problema de escala, es relativo a que los deliberativistas defienden que los participantes de un diálogo han de estar comprometidos con un principio de transformación de preferencias. El problema es que, si los ciudadanos han votado por un representante en función de que comparten preferencias iniciales, y luego el representante podrá cambiar su opinión como consecuencia de la deliberación, entonces las razones por las cuales ha obtenido su escaño, desaparecen.

El segundo problema es uno empírico o institucional. Una forma aquí sugerida para lidiar con el problema de escala, léase la implementación de mini-públicos, sufre a su vez de un déficit de representación en la medida que se utilice para la adopción de políticas públicas.

He sugerido aquí que ambos problemas han de tomarse en serio pero que su resolución es conjunta y que la descripción de los mismos como problemas deriva de una concepción de la representación que no necesariamente hace suya la democracia deliberativa. Una noción discursiva constructivista de la representación política que descansa en la idea de deliberación, combinado con un uso no autoritativo de los mini-públicos (esto es, con el uso que Lafont reserva para los mismos como indicadores de opinión pública), nos permite describir el problema normativo de escala y de implementación, como susceptibles de solución. Dada la naturaleza

limitada del modelo institucional que he explorado en este capítulo, he de admitir que la solución que ofrezco es parcial. Dicha parcialidad nos debe llamar a ser cautos a la hora de valorar decisiones como plenamente representativas y a preferir modelos de representación que institucionalicen deliberación continua en el tiempo, inclusiva de la mayor parte de la población en ejercicios sucesivos de modo que las decisiones, abstraídas de las preferencias concretas de esos mismos ciudadanos y adoptadas de forma autoritativa, sean susceptibles de ser revisadas por todos los potencialmente afectados por las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B., & Fishkin, J. S. (2004). *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press.
- Arrow, K. (2012). *Social Choice and Individual Values*. New Haven & London: Yale University Press.
- Bello Hutt, D. (2019). Political Representation as a Regulative Ideal: A Comment on the Democratic Objection to Constitutional Review. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. doi:10.4000/revus.5146
- Bello Hutt, D. E. (2017). Deliberation and Courts: The Role of the Judiciary in a Deliberative System. *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, 152(64), pp. 77-103.
- Bello Hutt, D. E. (Aceptada para publicación). Political Representation as Interpretation: A Contribution to Deliberative Constitutionalism. *Ratio Juris*.
- Bohman, J. (1998). Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, 6(4), pp. 400-425.
- Bohman, J. (2012). Representation in the deliberative system. En J. Parkinson, & J. Mansbridge (Edits.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale* (pp. 72-94). Cambridge: Cambridge University Press.
- Brito Viera, M., & Runciman, D. (2008). *Representation*. Cambridge: Polity Press.
- Cohen, J. (1997). Deliberation and Democratic Legitimacy. En J. Bohman, & W. Rehg (Edits.), *Deliberative Democracy* (pp. 67-92). Cambridge, Massachusetts & London: The MIT Press.

- Cohen, J. (2009). Reflections on Deliberative Democracy. En T. Christiano, & J. Christman (Edits.), *Contemporary Debates in Political Philosophy* (págs. 247-263). Oxford: Wiley-Blackwell.
- Dascal, M., & Wróblewski, J. (1988). Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. *Law and Philosophy*, 7, 203-224.
- Dish, L. (2015). The Constructivist Turn in Democratic Representation: A Normative Dead-End? *Constellations*, 22(4), 487-499.
- Dovi, S. (2018). Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Political Representation*. (E. Zalta, Ed.) Recuperado el 10 de 10 de 2019, de <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/political-representation/>>
- Elster, J. (1997). The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. En J. Bohman, & W. Rehg (Edits.), *Deliberative Democracy* (págs. 3-34). London: The M.I.T. Press.
- Elster, J. (2001). Introducción. En AA.VV., *La democracia deliberativa* (J. M. Lebrón, Trad., págs. 13-34). Barcelona: Gedisa.
- Fish, S. (1982). Working on the Chain Gang: Interpretation in The Law and in Literary Criticism. *Critical Inquiry*, 9(1), 201-216.
- Fishkin, J. (2003). Consulting the public thorough deliberative polling. *Journal of Policy Analysis and Management*, 22(1), 128-133.
- Fishkin, J. S. (1997). *The Voice of the People. Public Opinion and Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Fishkin, J. S. (2009). *When the People Speak*. Oxford: Oxford University Press.
- Fung, A. (2003). Survey Article: Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences. *The Journal of Political Philosophy*, 11(3), 338-367.
- Goodin, R. E., & Dryzek, J. S. (2006). Deliberative Impacts: The Macro-Political Uptake of Mini-Publics. *Politics & Society*, 34(2), 219-244.
- Grönlund, K., Bächtiger, A., & Setälä, M. (Edits.). (2014). *Deliberative mini-publics. Involving citizens in the democratic process*. Colchester: ECPR Press.
- Guastini, R. (2015). A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, 27, 45-54.
- Habermas, J. (1988). *Legitimation Crisis*. (T. McCarthy, Trad.) Cambridge: Polity Press.

- Habermas, J. (2008). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. Jiménez, Trad.) Madrid: Trotta.
- Held, D. (2006). *Models of Democracy* (3rd ed.). Cambridge: Polity.
- Lafont, C. (2015). Deliberation, Participation; and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-publics Shape Public Policy? *The Journal of Political Philosophy*, 23(1), 40-63.
- Mackie, G. (2003). *Democracy Defended*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Manin, B. (1987). On Legitimacy and Political Deliberation. *Political Theory*, 15(3), 338-368.
- Mansbridge, J. (2003). Rethinking Representation. *American Political Science Review*, 97(4), 515-528.
- Mansbridge, J., Bohman, J., Chambers, S., Christiano, T., Fung, A., Parkinson, J. R., . . . Warren, M. (2012). A systemic approach to deliberative democracy. En J. Parkinson, & J. Mansbridge (Edits.), *Deliberative systems : deliberative democracy at the large scale. Theories of Institutional Design* (págs. 1-26). Cambridge: Cambridge University Press.
- Marmor, A. (1992). *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Miller, D. (1992). Deliberative Democracy and Social Choice. *Political Studies*, 40(1), 54-67.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books.
- Parkinson, J. (2006). *Deliberating in the Real World*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Rehfeld, A. (2009). Representation Rethought: On Trustees, Delegates, and Gyroscopes in the Study of Political Representation and Democracy. *American Political Science Review*, 103(2), 214-230.
- Rehfeld, A. (2018). On Representing. *The Journal of Political Philosophy*, 216-239. doi:10.1111/jopp.12137
- Riker, W. H. (1982). *Liberalism against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*. San Francisco: W.H.Freeman.

- Saward, M. (2006). The Representative Claim. *Contemporary Political Theory*, 50(3), 297-318.
- Schäfer, A. (2017). Deliberation in representative institutions: an analytical framework for a systemic approach. *Australian Journal of Political Science*, 1-17. doi:10.1080/10361146.2017.1330397
- Smith, G. (2009). *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Urbinati, N. (2000). Representation as Advocacy. *Political Theory*, 28(6), 758-786.
- Urbinati, N. (2006). *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago & London: University of Chicago Press.
- Worley, J. J. (2009). Deliberative Constitutionalism. *Brigham Young University Law Review*, 2009(2), 431-480.

Tres hipótesis exploratorias acerca del populismo

Distancias y cercanías con el republicanismo contemporáneo¹

NICOLÁS EMANUEL OLIVARES²

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte de una tesis descriptiva ampliamente aceptada por especialistas en teoría de la democracia: el populismo contemporáneo posee bases conceptuales radicalmente controvertidas, de manera que sus definiciones actuales resultan infra y sobre inclusivas. El grado de contestabilidad de sus presupuestos es tal que actualmente las y los analistas discuten sobre el estatus teórico del término populismo preguntándose si el mismo debe ser considerado una construcción discursiva, síndrome, relato, o tradición.

En este particular contexto es que proyectaremos tres hipótesis exploratorias, una referida al actual estatus teórico del término populismo, otra

1 El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco de una Beca de Investigación Posdoctoral Externa CONICET-GIRONA (2019-2021) siendo el título del proyecto: “Republicanismo Deliberativo. Fines, sujetos y diseños de una concepción democrática emancipatoria.” Agradezco a C. Martínez Cinca, S. Linares, S. Martí i Puig, A. Martín Álvarez, J. Garro y a los integrantes del Proyecto de Investigación “Desafíos actuales al Estado de Derecho. La legitimidad democrática en cuestión” (UNCUYO 2019-2020) por los valiosos comentarios efectuados a una versión preliminar del mismo.

2 Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (Universidad Nacional de Córdoba), y Profesor Universitario (Universidad Católica de Cuyo). Profesor en Historia Constitucional y Profesor en Derecho Constitucional (Universidad Nacional de La Pampa). Becario Posdoctoral (CONICET-GIRONA). olivares.nicolasmanuel@gmail.com.

relativa a una atractiva distinción interna al mismo y finalmente una atinente a ciertas conexiones de sentido con una reconocida tradición política contemporánea.

En primer lugar, en el segundo apartado de este trabajo (2.), defendemos una primera hipótesis, conforme la cual, atento el desarrollo conceptual hasta aquí alcanzado, el populismo democrático podría ser considerado *una tradición política contemporánea sustentada en acuerdos incompletamente teorizados* emergente tras el derrumbe del modelo bienestarista de Estado ocurrido a fines de 1980.

En segundo lugar, en el tercer apartado (3.) adoptaremos una segunda hipótesis exploratoria, conforme la cual podríamos distinguir entre una versión *decisionista* y otra *cívica* del concepto de populismo. Esta distinción ofrecería mayor potencialidad explicativa que la usual diferenciación entre populismos de derecha e izquierda.

En tercer lugar, en el cuarto apartado (4.) partiendo de una novedosa bibliografía especializada en la temática, afirmaremos la existencia de ciertas relaciones conceptuales entre populismo y republicanismo, demostrando que las diferencias entre dichas tradiciones podrían ser matizadas.

Finalmente, en el último apartado de este trabajo (5.) explicitaremos ciertas reflexiones provisionales, planteando tres fuentes de interrogantes específicos, relativos a ciertas conexiones de sentido entre las tradiciones contemporáneas populista y republicana, los cuales permitirían delinear los contornos de una posible y futura agenda de análisis teórico.

2. ACERCA DEL ESTATUS TEÓRICO DEL TÉRMINO POPULISMO

Actualmente el término populismo constituiría una noción política imprecisa, compatible con diversos usos semánticos, lo cual habilitaría una compleja discusión acerca de su estatus teórico (Fassin, 2018: 28-37). Dicho debate resulta explícito en el análisis efectuado por diversas autoras y autores, debiendo distinguir entre: a) quienes han defendido el estatus de construcción discursiva del populismo (Laclau, 2005; Mouffe, 2018); b) aquellos que lo han catalogado como una reacción, consecuencia o más precisamente un síndrome (Hermet, 2008); c) aquellos otros que definen al populismo como un relato político (Ungureanu y Serrano, 2018); y d) finalmente podrían ubicarse a quienes entienden que el populismo constituye una tradición

política contemporánea (Rinesi, 2015; Villacañas Berlanga, 2015; Aboy Carlés, 2016; Cadahia, 2019), postura que defenderemos como primera hipótesis de este trabajo.

2.1. *El populismo como construcción discursiva*

En primer lugar, tanto E. Laclau (2005: 1-10) como C. Mouffe (2018: 23-25), otorgan la entidad de *construcción discursiva* al término populismo.

Por un lado E. Laclau (2005) asume una perspectiva discursiva e identitaria sobre el populismo que pretende superar otras aproximaciones sobre el mismo las cuales no distinguen adecuadamente su faz empírica de su faz normativa. Desde esta perspectiva discursiva el populismo no pretende ser definido como un fenómeno político particular ni como una concepción general de la política, sino que parte de la pregunta acerca de cómo se forman las identidades colectivas. Así, el populismo permitiría coordinar ciertas demandas sociales fragmentadas que no serían completamente satisfechas por las instituciones políticas existentes. De este modo, E. Laclau recurre a la noción de *significante vacío*, el cual puede referir a los términos pueblo, nación o comunidad, y que permite construir mediante complejos procesos discursivos una cadena equivalencial de demandas heterogéneas (Ungureanu y Serrano, 2018: 15).

Con relación al aspecto identitario, E. Laclau afirma que resulta indeseable e impracticable la aspiración a la unidad social, es decir la meta de alcanzar una comunidad política cuyos ciudadanos vean satisfechas todas sus demandas. Adoptar dicho objetivo implicaría recaer en un trascendentalismo, dado que proyecta un horizonte inalcanzable. Desde esta perspectiva antagonista radical, ciertos conflictos o antagonismos sociales son inerradicables, con lo cual resulta imposible construir un escenario de relaciones públicas no-conflictivas (Rivera García, 2019: 500). En este contexto teórico, conectado con el carácter identitario de su enfoque populista, E. Laclau introduce una particular definición del término pueblo. El mismo es definido como “...una realidad trascendente o ideal, pues el pueblo, en tanto que universal o unidad sin fisuras de los diversos elementos sociales, siempre permanece ausente...” (Rivera García, 2019: 502). De este modo, en la teoría de E. Laclau la acción populista, a la que considera política por antonomasia, consiste en construir el pueblo, generar la unidad desde

la multiplicidad, conectar las diversas demandas sociales en un discurso complejo pero unificado del pueblo (Rivera García, 2019: 502). Así también, cabe afirmar que para E. Laclau los momentos históricos en los cuales se puede apreciar la construcción de un pueblo serían excepcionales. Solo durante dichos períodos emergería un poder constituyente, lo político se manifestaría como tal, dado que se produce una profunda situación de disgregación social que pretende romper con el orden de cosas existentes, proponiendo políticas emancipatorias. En este particular contexto, lo instituido sería aquello a destruir y lo instituyente sería una fuerza demoledora genuinamente política (Rivera García, 2019: 504).

Por su parte, C. Mouffe, afirma que no pretende efectuar un aporte conceptual decisivo "...al campo ya pletórico de estudios sobre el populismo...", así como tampoco desea ingresar "...en el estéril debate académico sobre la verdadera naturaleza del populismo..." (Mouffe, 2018: 23), por lo que adhiere a la definición brindada por E. Laclau del término populismo. Al respecto, dicha filósofa política señala que el populismo debiera ser definido "...como una estrategia discursiva de construcción de una forma política que divide a la sociedad en dos campos y convoca a la movilización de los de abajo contra aquellos en el poder..." (Mouffe, 2018: 24). Desde este enfoque, el populismo no constituiría una ideología ni podría ser reducido a un régimen o programa político específico. En síntesis, si aceptamos que el populismo debe ser definido como una construcción discursiva, entonces el mismo resultaría compatible con diversas ideologías y diseños institucionales (Mouffe, 2018: 24-25).

En este contexto teórico, C. Mouffe afirma que resulta teóricamente atractivo distinguir entre un momento populista y una hegemonía neoliberal, así como diferenciar populismos de izquierda y derecha. Por un lado, estaríamos en presencia de un momento populista "...cuando, bajo la presión de transformaciones políticas o socioeconómicas, la multiplicación de demandas insatisfechas desestabiliza la hegemonía dominante..." (Mouffe, 2018: 25). De este modo, "...el momento populista es la expresión de una serie de demandas heterogéneas que ya no pueden formularse sólo en términos de intereses vinculados a categorías sociales determinadas..." (Mouffe, 2018: 18). Así, los momentos populistas serían diferenciables de una formación política hegemónica neoliberal la cual promueve como ideal

regulativo una política del tipo centro-centro la cual pretende borrar la existencia de una derecha y una izquierda (Mouffe, 2018: 13-25).

Por otro lado, como antídoto frente al avance de movimientos, partidos y gobiernos calificados como populistas de derecha, C. Mouffe señala que resulta necesario defender “...un movimiento populista de izquierda que unifique todas las luchas democráticas...” (Mouffe, 2018: 37). A su consideración, ambos tipos de populismo buscarían unificar diversas demandas insatisfechas, así como partirían de sentimientos análogos, pero lo harían mediante estrategias diferentes. La principal diferencia residiría en la particular definición del nosotros y del ellos (Mouffe, 2018: 38). En primer lugar, el populismo de derecha sería aquel que pretende recuperar la soberanía popular y restaurar la democracia, pero entendiendo que únicamente aquellos ciudadanos que cumplen con ciertas pautas culturales son el verdadero pueblo. Los populistas de derecha no estarían interesados en promover igualdad sino en excluir a diversas personas de aquello que llaman pueblo (Mouffe, 2018: 38). En segundo lugar, el populismo de izquierda, sería aquel que desea recuperar la democracia de las fauces de la oligarquía, pretendiendo con ello profundizar y ampliar los derechos. El pueblo desde el populismo de izquierda sería un constructo discursivo, un nosotros, capaz de enfrentar a la oligarquía (Mouffe, 2018: 39).

Sin embargo, consideramos que incluso bajo su mejor luz la definición del populismo como *construcción discursiva* de E. Laclau (2005), así como la distinción defendida por C. Mouffe (2018) entre *populismos de izquierda y de derecha* serían pasibles de ciertas objeciones.

Por un lado, en cuanto a la definición de populismo como construcción discursiva, cabe formular tres objeciones. En primer lugar, cabe afirmar que generalmente las perspectivas políticas suelen propiciar una construcción discursiva específica. Por ejemplo, el liberalismo tecnocrático promueve un particular relato centrado en los valores de seguridad jurídica, eficiencia, descentralización, el cual suele conectarse con una perspectiva individualista de la política que enfatiza la libertad de oportunidades (Rancière, 2010). En otras palabras, el populismo, podría pensarse como una especie de construcción discursiva política, pero no reclamar la exclusividad de tal definición, es decir no puede acaparar el género (Aboy Carlés, 2007). En segundo lugar, si admitiésemos que el populismo constituye una particular construcción discursiva, ello no negaría la existencia de ciertos

presupuestos normativos preexistentes a la proyección de dicha discursividad. En este sentido, el populismo no constituye una perspectiva política que aspira a la mera performatividad ilocucionaria y perlocucionaria, sino que se enfrenta en términos normativos a otras perspectivas acerca de lo político. Prueba de ello es que las y los defensores de una perspectiva populista suelen explicitar distintas distancias y objeciones a ciertas tradiciones o concepciones normativas de lo político, criticando especialmente al enfoque liberal tecnocrático (Villacañas Berlanga, 2015). En tercer lugar, incluso si admitiéramos que el populismo constituye una construcción discursiva específica de lo político que no necesariamente parte de una perspectiva normativa general, igualmente cabe reparar en su particular interpretación de la idea de pueblo. Al respecto, la específica manera en que el populismo identifica y cualifica a las partes del todo social, constituyen una particular manera de entender quién forma parte del pueblo, la cual se opone y/o diferencia a otras definiciones alternativas. De admitirse este último argumento, entonces el populismo no podría ser reducido completamente a una construcción discursiva, sino que debería admitir al menos una específica inclinación normativa, aunque solo sea en lo referido a la voz pueblo (Cadahia, 2019).

Por otro lado, con relación a la distinción entre populismos de izquierda y de derecha podrían plantearse tres objeciones a dicha clasificación. En primer lugar, en un sentido fuerte, cabría afirmar que resulta extremadamente difícil o imposible comprobar si un determinado gobierno califica propiamente como populista. Esta primera objeción parte de la comprobada vaguedad, ambigüedad e imprecisión del concepto mismo de populismo. El argumento sería el siguiente: si no existe una nómina inexpugnable de elementos o caracteres que permitan calificar a un gobierno realmente existente como populista, entonces toda distinción posterior entre populismos de izquierda o de derecha sería insostenible conceptualmente (Hermet, 2008). En particular, se ha señalado que los denominados gobiernos populistas contemporáneos se sostienen sobre bases normativas e interpretaciones claramente liberales de términos fundamentales tales como constitución, ley y mercado (Aboy Carlés, 2007, 2016). En segundo lugar, en un sentido débil, de admitirse la existencia de ciertos elementos o caracteres generalmente aceptados como definitorios de un gobierno populista, igualmente resultaría extremadamente difícil o imposible comprobar

si un determinado gobierno califica indiscutiblemente como populista de izquierda o de derecha (Navas García, 2014). Al respecto, cabe afirmar que la distinción general entre gobiernos de izquierda y derecha, sean ellos o no populistas, ha sido severamente criticada, incluso considerada inapropiada, imprecisa o con escasa potencialidad explicativa y transformativa para dar cuenta del funcionamiento de las actuales y complejas democracias occidentales (Greppi, 2012). La realidad política indica que los gobiernos democráticos realmente existentes combinan medidas y estrategias discursivas de derecha e izquierda, persiguiendo fines políticos más concretos tales como la lucha contra la corrupción, el narcotráfico, el hambre, el pago de la deuda externa, entre otros (Ungureanu y Serrano, 2018). En tercer lugar, si incluso concediéramos que puede calificarse con meridiana claridad a un gobierno como populista y si admitimos que la distinción entre izquierda y derecha posee potencialidad explicativa y transformativa, igualmente podría señalarse que la estrategia de adoptar un populismo de izquierda no resulta atractiva. En este sentido, podría afirmarse que el populismo de izquierda partiría de una confusión que paradójicamente termina alimentando la imagen de la derecha. Más específicamente, C. Mouffe considera que los populismos de derecha e izquierda compartirían ciertas emociones políticas, pero ello no sería así. En términos generales, los partidos de derecha suelen construir sus discursos desde el resentimiento, afirmando que existen personas que disfrutan inmerecidamente de ciertos derechos, en lugar de otras que sí hicieron méritos pero que no gozan de ellos, mientras que los de izquierda proyectarían sus plataformas electorales desde la indignación, promoviendo la construcción de un sistema en el que todos los ciudadanos disfrutarían por igual. Esta distinción ideológica resultaría demasiado profunda como para ser incorporada en una misma tradición política, con lo cual el populismo no puede ser de izquierda y de derecha a la vez, a riesgo de caer en la sobre o infra inclusión de las preferencias políticas actuales (Fassin, 2018: 85-106).

2.2. *El populismo como síndrome*

En segundo lugar, G. Hermet afirma que el populismo debe ser entendido como un *síndrome* de una particular situación política contemporánea dominada por las directrices de una ideología neocapitalista (2008: 1-10).

Al respecto, G. Hermet afirma que "...el populismo es un síndrome, que abarca muchas realidades temporales tanto como espaciales..." (Hermet, 2008: 9). En este sentido, aquello que definiría al populismo sería su carácter antipolítico, es decir, su constante de satisfacer de forma inmediata y reformista las necesidades populares. Es por ello, que el populismo como síndrome sería considerado como la antítesis de la gobernanza democrática (Hermet, 2008: 9). Ante la comparación, conexión y relaciones de sentido trazados por diversos autores entre aquellos gobiernos, movimientos y facciones que han sido caracterizados recientemente como populistas democráticos, G. Hermet afirma que "...no hay nada en común entre el neopopulismo de Europa central y oriental y el neopopulismo de América Latina..." (Hermet, 2008: 11). Así también, dicho autor señala que el populismo "...no es una ideología y tampoco hace suya una que le sea exclusiva [...] es incluso compatible con cualquier ideología..." (Hermet, 2008: 14). En este sentido, G. Hermet advierte que el populismo democrático no es la única teoría política que idealiza la figura del pueblo, así como tampoco promueve un diseño institucional, forma u organización política específica (Hermet, 2008: 14).

A mayor abundamiento, G. Hermet afirma que "...el populismo constituye un síndrome que sería abusivo realzar al nivel de concepto en la medida en que no posee una doctrina suficientemente unificada..." (Hermet, 2008: 17). En este sentido, su referido carácter no conceptual y antipolítico se vería explicitado en su registro temporal, el cual indica que no existe mediación entre la masa social y el líder político, así como que las promesas de campaña deben ser cumplidas en el corto plazo (Hermet, 2008: 18). De este modo, "...su relación con el tiempo político constituye así el núcleo propiamente distintivo del populismo [...], es el elemento que lo diferencia de la democracia..." (Hermet, 2008: 20). En definitiva, desde esta perspectiva, el populismo entendido como síndrome implicaría entonces "...la abolición de la dimensión cronológica de la razón política..." (Hermet, 2008: 21).

Además de dicho elemento temporal principal, es decir, más allá de constituirse en un enfoque directo, vertical y fugaz de la temporalidad política, G. Hermet identifica tres caracteres subsidiarios del populismo. El primero hace referencia a que el populismo no rechaza el principio de representación democrática, sino que lo restringe, limita y simplifica. El segundo refiere a una potente retórica sobre la multiplicidad y flexibilidad con que se

interpreta el término pueblo, a los fines de acomodar las normas, instituciones y medidas políticas a aquella temporalidad fugaz. El tercero asume que el populismo no pertenece a una específica tradición filosófica política, sino que constituye una cadena de episodios empíricos que dan forma a un ciclo antipolítico particular (Hermet, 2008: 21-22).

A consideración de G. Hermet, este ciclo populista antipolítico emerge de unas particulares condiciones normativas no ideales, entre las cuales cabe destacar la crisis del estado social o benefactor producida en las últimas décadas del siglo XX, lo cual habría anulado la tranquilidad, seguridad y estabilidad de diversos mecanismos políticos de contención de la radicalidad democrática impuestos desde fines del siglo XIX. Con radicalidad democrática, dicho analista político se refiere a la pulsión ciudadana de hacerse de forma directa con la deliberación y decisión de todos y cada uno de los asuntos de gobierno. Ante esta crisis política, social y conceptual del estado democrático social, emergieron diversas respuestas dirigidas a contener la soberanía popular. Las dos principales respuestas identificadas por dicho autor son las del populismo y la gobernanza (Hermet, 2008: 38-39). La *gobernanza tecnocrática* constituiría la némesis del populismo y estaría emparentada con una concepción libertaria o conservadora del liberalismo político, entendido como un régimen pluralista limitado que no promueve mayor equidad social ni participación democrática (Hermet, 2008: 41). En definitiva, la gobernanza tecnocrática sería el término, pretendidamente neutral con el que suele definirse a la democracia en tiempos en los que el mercado financiero y cierto aparato elitista burocrático administrativo comandan los procesos de deliberación y decisión de la res pública (Hermet, 2008: 65-66).

2.3. *El populismo en tanto relato político*

En tercer lugar, C. Ungureanu e I. Serrano afirman que el populismo debe ser entendido como un *relato político* "...poniendo el foco en la importancia de la imaginación y de las emociones políticas..." (2018: 13). En este sentido, dichos autores afirman que quienes definen al populismo como ontología o ideología asumen interpretaciones intelectualistas "...que no confieren suficiente importancia a la centralidad de los patrones narrativos míticos ni a la lógica de las emociones populistas..." (2018: 19).

Por el contrario, proponen entender al populismo como un relato político que lejos de sustentarse en una combinación de principios abstractos, se sostiene sobre figuras narrativas simples y accesibles imbuidas de una dinámica emocional antagónica entre pueblo y oligarquía. De este modo, las características del relato político populista "...pueden ser realizados en parte y con distintas intensidades; además, en la práctica, un líder o un partido político pueden adoptar una estrategia populista sin ser necesariamente populistas..." (Ungureanu y Serrano, 2018: 19-20).

Sin embargo, a diferencia de C. Mouffe (2018), los referidos autores afirman la nocividad de dicho relato político populista, atento el mismo "...ha permitido ocultar la aparente paradoja de que muchos de los líderes y movimientos con trazos populistas provienen de lo que el mismo populismo definiría como élites, e incluso defienden, a menudo, los intereses de las élites económicas..." (Ungureanu y Serrano, 2018: 29). En este sentido, dichos autores, no niegan que puedan calificarse a ciertos gobiernos como populistas de izquierda. Sin embargo, efectúan dos grandes reparos. Por un lado, afirman que actualmente las fuerzas populistas de derecha predominan por sobre las de izquierda y crecen exponencialmente a nivel mundial. Por otro lado, ante la actual crisis de representatividad política, los individuos y movimientos sociales solicitan respuestas más complejas que las populistas, es decir requieren propuestas alternativas a sus habituales estrategias electorales. Más precisamente, un amplio porcentaje de ciudadanos considera necesario incorporar nuevos mecanismos de participación popular en los sistemas políticos, que permita un mayor control de representados sobre representantes (Ungureanu y Serrano, 2018: 30).

No obstante, podría afirmarse que las definiciones del término populismo como *síndrome* y *relato* serían pasibles de diversas objeciones. Por un lado, la perspectiva que define al populismo como un síndrome descalifica innecesariamente al mismo, señalando que es signo de la antipolítica, de la mala gobernanza democrática, así como implica necesariamente una moralización de la política. Sin embargo, en este trabajo consideramos que el populismo debe ser entendido como una genuina y razonable perspectiva política democrática, así como no necesariamente implica una moralización de la política (Aboy Carlés, 2007, 2016). Por otro lado, quienes entienden al populismo como un relato señalan que el mismo no alcanza el estatus teórico de concepto, así como que debe ser definido únicamente en función

de la apelación a ciertas emociones políticas y patrones narrativos míticos que constituyen la antítesis de toda racionalidad política. No obstante, al igual que diversas y diversos colegas consideramos que las objeciones que pueden dirigirse al populismo no impiden otorgarle el estatus de concepto político (Villacañas Berlanga, 2015), así como que el populismo no puede ser reducido a una perspectiva meramente sustentada en emociones y discursos mitológicos, sino que asume una determinada concepción de la racionalidad política (Cadahia, 2019).

2.4. *El populismo como tradición política contemporánea*

Finalmente, en cuarto lugar, es que en este trabajo procederemos a justificar nuestra primera hipótesis teórica, conforme la cual, el actual estatus teórico del populismo se correspondería con *una tradición política contemporánea sustentada sobre acuerdos incompletamente teorizados*.

En primer lugar, el carácter de *tradición política* superaría las dificultades de definirlo como una construcción discursiva, un síndrome o relato político, así como nos libra de la vaguedad, ambigüedad e imprecisión en general atribuida al término. Aquí entendemos por tradición política aquella perspectiva de un pasado real o inventado que impone ciertas prácticas, relatos y definiciones fijas con miras a estructurar de forma estable ciertos aspectos de la vida política, formal e informal, reforzando mediante la repetición de dichas prácticas, relatos y definiciones la hipótesis de que existe cierta continuidad histórica (Hobsbawm y Ranger, 2002: 7-9).

Al respecto, A. Velasco Gómez afirma que tras revisar diversas conceptualizaciones del término tradición política podrían identificarse ciertos aspectos y funciones principales, tales como los siguientes cuatro: a) las tradiciones políticas no son entidades ideales o abstractas, sino que están histórica y socialmente arraigadas, es decir, se construyen intersubjetivamente en sociedades y períodos más o menos delimitados; b) ello sin embargo, no implica que estén enteramente circunscritas a la sociedad y tiempo específicos donde surgieron y se desarrollaron, ni que permanezcan cerradas ante otras tradiciones; c) si bien es cierto que toda tradición política se caracteriza por defender ciertos conceptos, principios y diseños institucionales, la interpretación y aplicación de ellos no es homogénea; y d) están integradas tanto por contenidos teóricos racionales como por

sentimientos y discursos ideológicos orientados a la solución de problemas prácticos (Velasco Gómez, 2006: 32-34).

En segundo lugar, aplicamos el adjetivo *contemporánea* por dos razones de relevancia. Por un lado, nuestro análisis se circunscribe al período histórico político posterior al derrumbe del muro de Berlín de 1989, con lo cual evitamos confundir aquellas discusiones atinentes al estado de bienestar social con las referidas al populismo. En síntesis, consideramos que el populismo contemporáneo no puede solaparse con la noción de Estado bienestarista de mediados de siglo XX, dado que constituye un intento infructuoso, complejo y problemático de superación de dicho modelo político social (Fassin, 2018: 42). Por otro lado, al señalar que es una tradición política contemporánea evitamos efectuar aquella operación técnicamente inapropiada, que en historia conceptual de lo político se conoce como retrolepsis. Esta última consiste en atribuir ciertos caracteres o usos semánticos actualmente vigentes a un término que o bien no existió con anterioridad, o si lo hizo debiera inscribirse en una constelación semántica diferente a la actual (Palti, 2018). De este modo, el populismo se define actualmente de forma positiva, atribuyéndole ciertos elementos, o bien de forma negativa, demostrando su carencia de algunos caracteres, por contrastación, relación y conexión con las discusiones filosóficas políticas contemporáneas (Canovan, 2001).

En tercer lugar, la caracterización del populismo democrático como una tradición política contemporánea sustentada sobre *acuerdos incompletamente teorizados* recupera las precisiones vertidas por C. R. Sunstein acerca de la existencia y relevancia en las sociedades democráticas actuales de ciertos consensos provisionales (Sunstein, 1995).

Al respecto, dicho filósofo norteamericano señala que en el actual contexto democrático occidental existen profundos y persistentes desacuerdos acerca de cuáles principios normativos deben promoverse. No obstante, las crecientes necesidades de la ciudadanía requieren que las decisiones políticas deban tomarse rápidamente, así como la paz social nos compele a buscar una adecuada y razonable manera de convivir en sociedad (Sunstein, 1995: 1735). En otras palabras, la convivencia pacífica y democrática requiere que en numerosas ocasiones generemos acuerdos incompletamente teorizados para alcanzar ciertos resultados benéficos para las y los afectados. En dichos casos, los miembros de la comunidad democrática,

así como de la científica, estarían provisionalmente de acuerdo en el resultado y en ciertas explicaciones relativamente limitadas o de bajo nivel, sin alcanzar un acuerdo sólido y estable sobre el principio fundamental que lo sostiene. En aquellas situaciones los interlocutores no ofrecen explicaciones más generales o abstractas que las realmente necesarias para decidir el caso, ya que cuando no están de acuerdo con una generalización o abstracción, se mueven hacia un nivel de mayor particularidad. Como puede apreciarse, para C. R. Sunstein los acuerdos incompletamente teorizados constituyen una fuente importante de estabilidad social y una forma importante para que representantes y representados demuestren respeto mutuo (Sunstein, 1995: 1735-1736).

Ahora bien, el lector se preguntará: ¿cuáles son las implicancias de aplicar la idea de acuerdos incompletamente teorizados a la discusión sobre el estatus teórico del término populismo?

Por un lado, una respuesta más general a dicho interrogante implica señalar que actualmente la comunidad científica especializada en filosofía y ciencia política, posee notorios desacuerdos en un nivel más general o abstracto acerca de que entiende por populismo, pero acuerda en cuestiones políticas más concretas, de medio o bajo nivel teórico. Entre los acuerdos incompletamente teorizados pero comunes a las y los diversos especialistas cabría destacar dos. En primer lugar, la existencia de una perspectiva política contemporánea, entendida como fuente de principios, prácticas y relatos generados en respuesta al derrumbe del modelo democrático del Estado bienestarista ocurrido a fines de los años 80 del siglo XX. En segundo lugar, la constante oposición entre dicha emergente tradición populista y una nueva concepción de lo político sustentada sobre una versión tecnológica de la tradición filosófica política liberal.

Por otro lado, una respuesta más específica a aquel interrogante, hace propias dos hipótesis convincentemente defendidas por reconocidos teóricos, a saber: a) no existe actualmente en la comunidad científica un consenso unánime acerca de cuáles son los elementos necesarios y suficientes que permiten definir ecuánimemente que se entiende por populismo (Hermet, 2008; Ungureanu y Serrano, 2018; Fassin, 2018; Rivera García, 2019); y b) la relación, distancia y cercanía entre el populismo democrático y otros conceptos, concepciones o teorías contemporáneas no ha sido suficientemente explorada, debiendo adoptarse una definición que permita

trazar conexiones de sentido apropiadas entre las mismas (Villacañas Berlanga, 2015; Rinesi, 2015; Cadahia, 2019).

De este modo al afirmar que el populismo se sustenta sobre acuerdos incompletamente teorizados, deseamos adoptar un justo término medio entre quienes defienden posturas extremas, las cuales implican respectivamente recaer en un defecto o bien acometer un exceso. Al respecto, hemos señalado que mientras algunos autores niegan su estatus teórico como concepto político (Hermet, 2008; Ungureanu y Serrano, 2018), otros sostienen que constituye un concepto con contenido, límites y alcance parcialmente determinado (Canovan, 2001; Laclau, 2005; Mouffe, 2018; De la Torre, 2013).

No obstante, entender al populismo como una tradición política contemporánea sustentada sobre acuerdos incompletamente teorizados no nos libra completamente de la vaguedad y ambigüedad atribuida al término, ya que todavía debemos ofrecer una clasificación más adecuada que la objetada distinción efectuada por C. Mouffe entre populismos de izquierda y de derecha. A los fines de evitar este segundo nivel de vaguedad y ambigüedad conceptual es que en el próximo apartado defenderemos la distinción entre un populismo decisionista y un populismo cívico, en el entendimiento de que la explicitación de dichas dos versiones posee mayor potencialidad explicativa.

3. UNA TRADICIÓN POLÍTICA CONTEMPORÁNEA: DOS VERSIONES DEMOCRÁTICAS

Como hemos señalado en el apartado anterior, es que en este apartado (3.) ofreceremos una distinción conceptual al interior de la tradición populista, a nuestro juicio más precisa que la ofrecida por C. Mouffe (2018), identificando una versión *decisionista* y otra *cívica*. Dicha clasificación parte de dos hipótesis, una metodológica y otra conceptual.

En primer lugar, en términos metodológicos se discute si debe definirse al populismo conforme ciertos elementos ideales o bien mediante ciertas experiencias empíricas concretas. Al respecto, consideramos apropiado asumir una perspectiva normativa situada y constructivista, dado que "... cuando se trata de elementos de la praxis histórica no se pueden separar las prácticas y los conceptos [...] la praxis histórica se construye con

conceptos que son índices y pautas de realidad. Describen o explican, pero también intervienen y cambian...” (Villacañas Berlanga, 2015: 19-20).

En segundo lugar, en términos conceptuales cabe afirmar que el vocablo populismo “...puede oscilar entre su identificación con una práctica demagógica y manipulatoria cuyo único norte sería el fortalecimiento de liderazgos discrecionales o, por otro lado, aludir al proceso de constitución del sujeto soberano en la modernidad...” (Aboy Carlés, 2016: 6). Esta hipótesis conceptual nos ofrecería una mayor capacidad explicativa evidenciada en dos aspectos. Por un lado, el *populismo decisionista* nos permitiría identificar aquellos modelos de gobierno o gobiernos que centralizan notoriamente las principales decisiones políticas en un individuo o pequeño grupo de individuos, argumentando que la capacidad de acción del poder Estatal, de la administración o mejor dicho del poder ejecutivo debe ser directamente proporcional a los desafíos que cierta oligarquía u oligopolios posan sobre el valor justicia social. Por otro lado, el *populismo cívico* nos permitiría identificar aquellos modelos de gobierno o gobiernos que promueven activamente la participación ciudadana en la deliberación, control y decisión de los principales asuntos de gobierno. A continuación, desarrollaremos con mayor profundidad los presupuestos fundamentales de ambas versiones de la tradición populista contemporánea.

3.1. *Populismo decisionista*

La versión del populismo que aquí sindicamos como decisionista abreviaría de las teorizaciones efectuadas en el siglo XIX por C. Schmidt acerca de la necesidad de erigir un poder ejecutivo fuerte como respuesta frente a los múltiples problemas de coordinación, corrupción, e ineficiencia producidos por los gobiernos parlamentarios (Flax, 2004: 1-16). El decisionismo se sostiene sobre dos premisas centrales, a saber: a) *la excepción* como aquello que da sentido a lo político; y b) *la guerra* como la expresión más acabada de la actividad política. Por un lado, la inserción de la idea de excepción se efectúa en reemplazo de la idea de regla. La excepción suele adoptar con el tiempo el carácter de conducta política habitual o definitoria de los poderes ejecutivos, con lo cual las principales medidas de gobierno se justifican puramente en situaciones excepcionales, evitando la posibilidad de que otros poderes constituidos como el legislativo y judicial, o bien la ciudadanía en

general participe o influya genuinamente en el curso del proceso decisorio. Por otro lado, la introducción de la noción de guerra es efectuada en reemplazo de la idea de argumentación racional. La guerra como metáfora o encarnadura de la política conlleva necesariamente a la adopción de una concepción política antagonista que vuelve al enfrentamiento el método político por antonomasia (Flax, 2004: 17-28).

No obstante, sus orígenes más distantes, la formulación contemporánea del decisionismo político se sostiene sobre un fenómeno político trascendental desde mediados de siglo XX hasta la actualidad, a saber: la presidencialización de la política (Poguntke y Webb, 2005). Dicho fenómeno puede ser definido como un complejo proceso mediante el cual los regímenes de gobierno se están volviendo más presidenciales en su práctica cotidiana, aunque ello no implique cambiar sus diseños institucionales (Poguntke y Webb, 2005: 1). Entre las causas de la presidencialización política podrían identificarse factores estructurales y contingentes. Los factores contingentes serían al menos tres: la historia o práctica constitucional, el contexto político actual y la personalidad o rasgos de carácter de los líderes políticos. Los factores estructurales harían referencia no solamente a ciertos caracteres de los diseños institucionales constitucionales, sino también a otros cuatro: la internacionalización de la política, el crecimiento del estado, los cambios habidos en la estructura de los medios de comunicación masiva y la erosión de la existencia de partidos políticos de clivaje (Poguntke y Webb, 2005: 13).

En este contexto político definido por la excepcionalidad y la presidencialización, el populismo decisionista otorga primacía a la voz política de un líder demagógico y define a la ciudadanía como un sujeto político colectivo pasivo, atentando contra el valor legitimidad democrática. Desde este enfoque, la república se proyecta como un espacio político sostenido sobre un criterio de validez unanimista detentando la última palabra un ejecutivo carismático. El populismo decisionista construye desde el resentimiento político un *nosotros* enfrentado a un *ellos* (Fassin, 2018: 95-99) y promueve la existencia de un líder constitucional que gobierna sobre el *nosotros* popular y el *ellos* oligárquico (Souroujon, 2012: 149). En este sentido, el populismo decisionista puede ser entendido como una concepción particular de democracia plebiscitaria, conforme la cual, en un primer momento, los ciudadanos pueden elegir a un decisor político, para luego en un segundo

momento, constituirse en sujetos políticos pasivos a los cuales puede consultarse de forma no vinculante antes o después de tomar determinadas medidas políticas (Canovan, 2001: 675).

El populismo decisionista promueve que el jefe de Estado sea el principal intérprete de la constitución, así como otorga a los ciudadanos escasas herramientas de control sobre las medidas estatales. La autoridad y correlativo deber de obediencia al derecho no se funda en un proceso colectivo de discusión y decisión racional ciudadano, sino en la decisión estatal adoptada por el jefe del poder ejecutivo. Dicho proceso decisorio vertical signa el tipo de criterios y medidas económicas adoptadas, impidiendo a las y los ciudadanos definirlos y controlarlas (De la Torre, 2013). De este modo, contra una adecuada división de poderes políticos, "...el poder ejecutivo en manos del líder populista [...] se dirige contra todos los demás poderes institucionales, hasta someterlos a la tarea única [...] de la construcción de lo político..." (Villacañas Berlanga, 2015: 90).

3.2. Populismo cívico

La versión del populismo que aquí sindicamos como cívica abreviaría de las teorizaciones efectuadas en el siglo XVIII por J. J. Rousseau acerca de la necesidad de erigir una ciudadanía activa, participativa y soberana como respuesta frente a los múltiples problemas de coordinación, corrupción, y dominación política producidos por un gobierno puramente delegativo o representativo. El civismo político de J. J. Rousseau se cimentaría sobre dos premisas principales, a saber: a) una noción colectivista de la voluntad política, según la cual los órganos o asociaciones pueden suscribir voluntades que son de manera constitutiva distintas a la mera agregación de voluntades individuales de sus miembros; y b) una concepción participativa radical de la política, según la cual la legitimidad democrática depende de la posibilidad de tomar parte de modo directo en pie de igualdad en la toma de decisiones políticas vinculantes (Linares, 2019: 32).

Independientemente de sus orígenes teóricos más remotos, la formulación contemporánea del populismo cívico se sostiene sobre un fenómeno político trascendental desde fines de siglo XX hasta la actualidad, a saber: la crisis de representatividad política y el consabido reclamo de mayor participación ciudadana en la cosa pública (Greppe, 2012; Blondiaux, 2013).

Entre numerosos factores causales de dicha crisis podrían destacarse dos principales. Por un lado, actualmente existen numerosas organizaciones intermedias, entre el poder político nacional formal y la sociedad civil, que no están sujetas al control político de los ciudadanos ni de sus representantes y por tanto se vuelven organizaciones antidemocráticas (Greppi, 2012: 15-16). Por otro lado, las instituciones políticas democráticas, propias de la esfera Estatal nacional, pierden constantemente eficacia y legitimidad frente a una realidad contemporánea de tipo plural, postsoberana y compleja (Greppi, 2012: 91-94).

La consecuencia más ostensible de esta crisis de representatividad es la emergencia de una creciente demanda ciudadana de participación en los procesos de deliberación y decisión política. Así, "...los ciudadanos de las democracias contemporáneas no aceptan ya permanecer en silencio entre elección y elección [...] El nuevo espíritu de las democracias es la emergencia de un imperativo participativo..." (Blondiaux, 2013: 13).

El populismo cívico, se presenta como aquella concepción democrática participativa que proclama el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Este enfoque sostiene que quienes pueden y deben resolver sus propios problemas políticos son los ciudadanos directamente afectados. Dicho proceso decisorio horizontal permitiría a las y los ciudadanos definir el tipo de criterios y controlar las medidas económicas a adoptar (Canovan, 2001: 675-678).

Los populistas cívicos no solo reivindican el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo, sino que además critican el sistema representativo sustentado en el sistema de frenos y contrapesos. Desde esta perspectiva, la delegación del poder implicada en tal sistema de interacción agonal de poderes es entendida como un signo de tiranía y falta de libertad política para los ciudadanos delegantes. De este modo, a su juicio, el buen gobierno político requeriría un sistema de interacción entre poderes constituidos basado en la estricta separación de poderes y controles directos por parte de la ciudadanía para con los representantes (Gargarella, 2012: 106-107).

La concepción populista cívica sostiene que el pueblo es el principal intérprete de la constitución, sea ello efectuado de forma directa o indirecta. De este modo, los ciudadanos que integran ciertos mecanismos participativos pueden proponer, interpretar y cuestionar las medidas estatales. No obstante, el poder ejecutivo es ejercido por un líder que oficia de

representante de la soberanía estatal y debe prestar deferencia a los sentimientos y razones del pueblo que lo erigió como representante (Villacañas Berlanga, 2015: 16). Así, partiendo de la indignación política, el populismo cívico promovería la construcción de un *nosotros popular* que lucha contra las resistencias generadas por un *ellos oligárquico* (Fassin, 2018: 85-97).

3.3. Cercanías y distancias conceptuales entre populismo y republicanismo

En este apartado nos proponemos explicitar una tercera tesis exploratoria la que ha tenido recientemente un profuso tratamiento. Nos referimos a la postura conforme la cual *populismo y republicanismo no debieran de ser consideradas tradiciones políticas antitéticas*. Por el contrario, las y los especialistas son contestes en efectuar ciertas conexiones de sentido, las cuales permitirían identificar ciertas cercanías y distancias entre ambas concepciones políticas.

Para explicitar adecuadamente dicha hipótesis, consideramos adecuado atender a dos interrogantes específicos: ¿cuáles son los presupuestos de la tradición política republicana?, ¿en qué se asemejan y diferencian republicanismo y populismo?

En respuesta al primer interrogante, J. L. Martí afirma que el republicanismo puede ser definido como aquella tradición histórica erguida frente a cualquier tipo de ejercicio opresivo, tiránico o elitista de poder, es decir de dominación, que brega por la igualdad política de las y los ciudadanos (Martí, 2007: 151). Por dominación entendemos aquí una situación en la cual un sujeto u organismo puede interferir de manera arbitraria en el curso moral de acción de otro (Martí, 2007: 153). Así la libertad política "...desde un punto de vista republicano consiste [...] en no estar dominado, es decir, en no encontrarse sometido bajo el poder arbitrario de otro hombre o de otros hombres..." (Viroli, 2014: 41-42).

Frente a otras perspectivas republicanas de tipo representativa, consideramos que la mejor manera de realizar el principio republicano de libertad como no dominación consiste en asumir una particular forma activa de participación política ciudadana que es la deliberación pública. Desde dicho enfoque republicano, la legitimidad democrática de los procedimientos políticos se sustenta sobre la genuina posibilidad de generar una igual

participación política de todas y todos aquellos afectados por la norma, institución o medida política que sea objeto de debate (Martí, 2007: 156-160). Esta perspectiva republicana, de tipo deliberativa participativa requeriría la implementación de órganos colectivos conformados por ciudadanos designados por sorteo, mérito, o elección, que permitan diseñar, aplicar y evaluar políticas públicas de gobierno. Sin embargo, no proponemos la deliberación y decisión ciudadana, sea individual o grupal, constante sobre todos y cada uno de los puntos sometidos a debate, sino solo sobre ciertos momentos y temas identificados como relevantes (Martí, 2007: 159). En este sentido, consideramos deben superarse los diseños institucionales liberales que otorgan poco o nulo espacio a las y los ciudadanos en el proceso de decisión política, generando nuevos espacios formales y vinculantes de participación (Martí, 2007: 154).

En respuesta al segundo interrogante, J. L. Villacañas Berlanga entiende al populismo “...como un medio de reactivación de los potenciales democráticos en el contexto de la sociedad de masas, en la que las formas de gestión tecnocráticas y burocráticas sustituyen progresivamente la política por la mera administración...” (Villacañas Berlanga y Ruiz San Juan, 2018: 19). En este contexto normativo no ideal, el populismo podría ser definido como “...el republicanismo mínimo de tiempos póstumos, apocalípticos, desesperados...” (Villacañas Berlanga, 2015: 117).

Por otro lado, el republicanismo compartiría con el populismo algunos aspectos fundamentales (Cadahia, 2019: 56). En particular, el republicanismo ofrecería “...la posibilidad de orientar las instituciones hacia la participación ciudadana y hacerlas políticas efectivas, reactivando las dinámicas democráticas, al igual que el populismo...” (Villacañas Berlanga y Ruiz San Juan, 2018: 23). Aquí el republicanismo democrático es entendido como un “...institucionalismo abierto y flexible, que lucha contra un cierre oligárquico e inercial en la práctica de las instituciones...” (Villacañas Berlanga, 2015: 112).

No obstante, J. L. Villacañas Berlanga objeta que el populismo se basa “...en prácticas discursivas y operaciones retóricas que en esencia se limitan a enmascarar o desplazar los problemas, sin darles una solución real...” (Villacañas Berlanga y Ruiz San Juan, 2018: 22). Es por ello, que a su entender resultaría necesario depurar al populismo de aquellos elementos objetables para acercarlo gradualmente a los estándares de un modelo republicano (Villacañas Berlanga, 2015: 68-118).

De este modo, identificados los límites y defectos del populismo, dicho pensador considera necesario adoptar un enfoque republicano que atienda a las dimensiones que recoge el populismo, tales como: "...la constitución de la subjetividad, el papel de los afectos y la fundación del liderazgo..." (Villacañas Berlanga y Ruiz San Juan, 2018: 23). Más precisamente, desde este enfoque, el populismo sería considerado como una experiencia transitoria aunque necesaria para alcanzar un régimen político republicano (Villacañas Berlanga, 2015: 111-120).

Por su parte, E. Rinesi afirma que si entendemos al populismo como lo hace la concepción liberal tecnocrática o bien como lo hace la perspectiva populista decisionista, entonces debiéramos concluir que el populismo, constituye no solo una teoría distinta sino opuesta al republicanismo. Por un lado, los liberales tecnocráticos consideran que el populismo constituye un tipo de articulación política signada por la fuerte presencia de un liderazgo personalista y carismático, por la ausencia de mediaciones institucionales adecuadas, así como por la confusión general de los participantes de ese fenómeno equívoco. Por otro lado, los populistas decisionistas consideran que la república suele ser pensada como un reino de armonía y de funcionamiento no conflictivo de las instituciones, mientras que el populismo presupone el conflicto político antagónico inexpugnable entre fuerzas ópticas opuestas y la permanente apertura de la historia, sin posibilidad de alcanzar un consenso siquiera parcial o provisorio (Rinesi, 2015: 90).

Sin embargo, las conexiones entre las tradiciones populista y republicana son más complejas que las propuestas por liberales y decisionistas. En primer lugar, el republicanismo no es de por sí incompatible con la existencia de un líder político, sino con un determinado tipo de liderazgo que va contra la posibilidad de que los ciudadanos deliberen y decidan por sí mismos ciertas cuestiones o bien que efectúen ciertos controles sobre los poderes políticos constituidos. Así también la función del líder político en el populismo tiene por función principal concentrar fuerzas contra ciertos sujetos políticos particulares, individuales y grupales, que dominan a otros más desaventajados, aspecto que resulta compatible con la concepción republicana de libertad política, entendida como no dominación. En segundo lugar, la dimensión de apertura o carácter inconcluso del populismo no debe ocluir su dimensión de clausura y cierre. En otras palabras, el populismo no es solo conflicto y crisis de todos los poderes instituidos,

sino también cierre, hegemonía, orden, e institucionalidad. A mayor abundamiento, la tradición populista bajo su versión cívica se propone garantizar la ampliación, universalización y profundización de derechos jurídicos positivos. En tercer lugar, el republicanismo no puede ni deber ser reconstruido como una tradición política que niega relevancia al conflicto, agonismo y desacuerdo, privilegiando el consenso, la institucionalidad y estabilidad. Más precisamente, la tradición republicana admite explícitamente el carácter conflictual de lo político, así como el valor constructivo de las revueltas, tumultos y manifestaciones ciudadanas, las cuales deben de ser consideradas como los contextos de construcción de una nueva institucionalidad política republicana más sensible a las consideraciones públicas de los ciudadanos (Rinesi, 2015: 91).

A su turno, L. Cadahia critica aquellos enfoques estrictamente formalistas e historicistas que entienden al populismo como el eterno retorno contemporáneo de un hecho maldito de la política, es decir, como un desvío o camino político fallido de las deseadas democracias liberales, así como definen al republicanismo como un adecuado correctivo del liberalismo (Cadahia, 2019: 53). Estos enfoques que exageran el carácter peyorativo del populismo, así como los rasgos elogiosos del republicanismo condicionan seriamente nuestras posibilidades teóricas de trazar puentes conceptuales entre ambos (Cadahia, 2019: 54).

No obstante, cabe advertir que en trabajos recientes "...se aprecian distintos esfuerzos por situar en una misma constelación los debates del populismo y del republicanismo..." (Cadahia, 2019: 54). Al respecto, desde el ámbito latinoamericano se han trazado dos conexiones de sentido relevantes entre populismo y republicanismo. Por un lado, C. Vila ha definido al populismo como "...una especie de republicanismo práctico en cuanto levanta la bandera de la primacía de los intereses y bienes del conjunto (pueblo, nación patria) por encima de los intereses y los privilegios particulares..." (Cadahia, 2019: 54-55). Por otro lado, E. Rinesi ha señalado que el populismo latinoamericano debiera ser entendido "...como la forma en que el republicanismo se ha desarrollado en América latina..." (Cadahia, 2019: 54-55).

L. Cadahia propone un intercambio positivo entre ambas tradiciones. Por un lado, el populismo tendría necesidad del republicanismo para no erigirse un sistema despótico, así como el republicanismo necesitaría del

populismo para no derivar en un gobierno oligárquico (Cadahia, 2019: 62). En otras palabras, podría afirmarse la existencia de un populismo republicano o republicanismo plebeyo. Con dichas expresiones la autora no pretende efectuar "...una fusión del republicanismo y el populismo, como una especie de síntesis superadora, sino la posibilidad de establecer una contaminación especulativa entre ambos..." (Cadahia, 2019: 62).

El sintagma republicanismo plebeyo emergería de la clasificación entre dos versiones de la tradición republicana "...una oligárquica o elitista y otra democrática o plebeya, que puede ayudar a reflexionar mejor sobre este posible vínculo..." (Coronel y Cadahia, 2018: 77-78). Dicha distinción permitiría detectar el origen del principal desencuentro entre populismo y republicanismo, a saber el descuido de aquella bifurcación entre un republicanismo liberal y otro popular.

El primero de ellos, intenta combinar los presupuestos del liberalismo clásico con una particular reflexión sobre las instituciones republicanas. Este primer enfoque se centra en la dimensión consensual de las instituciones políticas y desatiende la idea de conflicto, así como las formas populares de organización. Desde esta perspectiva "...el conflicto es experimentado como una falla o debilidad de las instituciones y la democracia, y su existencia supone un signo de deterioro..." (Coronel y Cadahia, 2018: 79). El segundo, identifica el republicanismo con el poder popular, permitiendo generar un diálogo valioso con el populismo. En particular podría afirmarse que ambas tradiciones asumirían una concepción del conflicto diferente de la asumida por la tradición liberal consensual: mientras ésta última entiende a las instituciones políticas como un espacio excluyente de regulación y limitación del conflicto, las tradiciones populista y republicana, interpretan el conflicto como constitutivo de las instituciones políticas, las cuales tendrían por principal función expresarlo y regularlo sin neutralizarlo (Coronel y Cadahia, 2018: 80). Más específicamente el republicanismo plebeyo apelaría a la dimensión conflictual de las instituciones políticas como mecanismo de ampliación de derechos y distribución equitativa de bienes y oportunidades (Coronel y Cadahia, 2018: 78).

4. CONCLUSIÓN

En el primer apartado de este trabajo presentamos el problema de investigación, así como tres hipótesis exploratorias, señalando la existencia de notorias controversias acerca de cuál debiera ser el estatus teórico del término populismo (1).

En el segundo apartado (2.), tras preguntarnos si el populismo debiera definirse como construcción discursiva, síndrome, relato o tradición, explicitamos una primera hipótesis exploratoria, conforme la cual el populismo podría ser considerado *una tradición política contemporánea sustentada sobre acuerdos incompletamente teorizados*.

En el tercer apartado (3.) adoptamos una segunda hipótesis, referida a la diferenciación entre una versión *decisionista* y otra *cívica* de la tradición populista contemporánea. Esta distinción ofrecería a nuestra consideración mayor potencialidad explicativa que la clasificación defendida por C. Mouffe entre populismos de derecha y de izquierda.

En el cuarto apartado (4.) explicitamos una tercera hipótesis exploratoria, la cual rechaza una lectura antitética de las tradiciones políticas contemporáneas populista y republicana. Allí exploramos ciertas conexiones de sentido entre ambas tradiciones, a partir de las teorizaciones efectuadas por J. L. Villacañas Berlanga (2015: 111-120), E. Rinesi (2015: 91) y L. Cadahia (2019: 62).

En este último apartado (5.) explicitaremos ciertas reflexiones provisorias, planteando tres fuentes de interrogantes específicos, relativos a algunas conexiones de sentido entre las tradiciones contemporáneas populista y republicana, los cuales permitirían delinear los contornos de una posible y futura agenda de análisis teórico.

En primer lugar, atendiendo a las intuiciones de J. L. Villacañas Berlanga, nos preguntamos si la transición de un modelo populista a otro republicano refiere al plano ideal o no ideal, así como cuales serían los pasos graduales aceptables para su efectivización. Incluso si aceptáramos que, con relación al republicanismo, el populismo constituiría un segundo mejor ideal o sistema de gobierno, surgen ciertas incógnitas. Por un lado, si entendemos que la idea de transición refiere a ideales políticos: ¿puede un ideal regulativo transformarse en otro?, de ser posible ¿qué criterios metanormativos nos permitirían evaluar dicho pasaje?, en definitiva ¿cuáles

son las circunstancias ideales bajo las cuales debiera de producirse dicha transición? Por otro lado, si la transición refiere al plano institucional ¿cuáles son los derechos ciudadanos y mecanismos de decisión políticos que debieran transformarse?, ¿cómo debiera producirse dicha transformación?, ¿debiéramos efectuar una transición abrupta o lenta?, ¿quiénes debieran ser las y los legitimados para proyectar, ejecutar y evaluar dicha transición institucional?

En segundo lugar, partiendo de las teorizaciones ofrecidas por E. Rinesi, sostuvimos que el populismo cívico no debiera ser considerado anti institucionalista, así como el republicanismo no debiera ser definido como consensualista. Sin embargo, esta observación no elucida ciertos interrogantes fundamentales. Por un lado, ¿existen instituciones políticas netamente populistas?, en caso de respuesta afirmativa, ¿qué diferencias existen entre una institucionalidad populista decisionista y otra cívica? Al respecto, si bien en el tercer apartado de este trabajo (3.) hemos insinuado algunas posibles respuestas a esta incógnita, consideramos resulta necesario indagar con mayor profundidad en esta temática específica. Por otro lado, ¿cuáles son las instituciones políticas que el republicanismo contemporáneo proyectaría para canalizar adecuadamente el conflicto político?, ¿son suficientes los mecanismos institucionales vigentes desde el constitucionalismo liberal del siglo XIX?, ¿cómo promovemos de manera efectiva, es decir no ilusoria, la participación ciudadana en el siglo XXI?, ¿cómo debería definirse desde el republicanismo contemporáneo las nociones de sujeto constituyente y cambio constitucional?

En tercer lugar, teniendo en consideración las reflexiones de L. Cadahia, pareciera posible trazar una relación de mutualismo entre las tradiciones contemporáneas populista y republicana. No obstante, emergen diversas cuestiones de relevancia que permanecen sin respuesta: ¿cuáles principios políticos o diseños institucionales específicos serían los que ofician en una u otra tradición como filtros de legitimidad democrática?, de identificarse ¿acaso el populismo cívico no podría ser considerada una perspectiva política populista ya depurada por ciertos criterios republicanos? Peor aún, si admitimos que el republicanismo es genuinamente sensible al conflicto político y promueve activamente la participación ciudadana, ¿igualmente necesita que el populismo oficie como filtro normativo de sus postulados o medidas de gobierno?; en todo caso, si como afirma la autora, el

republicanismo admite una versión elitista y otra cívica, así como el populismo admitiría una versión despótica y otra plebeya, ¿acaso ello no abona el atractivo conceptual de distinguir entre un populismo decisionista y otro cívico?

Finalmente, cabe advertir que un completo y adecuado análisis de las tres fuentes de interrogantes aquí planteados excede con creces la acotada finalidad teórica del presente trabajo. No obstante, consideramos que las tres hipótesis exploratorias aquí defendidas aportan interesantes bases conceptuales desde las cuales proyectar atractivas respuestas. Es por ello, que nos proponemos en un próximo artículo de investigación científica atender a dichas incógnitas con mayor detenimiento.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Aboy Carlés, G., (2007), “La democratización beligerante del populismo”, en *Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, N° 12, pp. 47-58.
- Aboy Carlés, G., (2016), “Populismo y democracia liberal. Una tensa relación”, en *Identidades*, Dossier 2, Año 6, pp. 5-26.
- Blondiaux, L., (2013), *El nuevo espíritu de la democracia: actualidad de la democracia participativa*, Buenos Aires: Prometeo.
- Cadahia, L., (2019), “Intermitencias: materiales para un populismo republicano”, en Villacañas Berlanga, J. L. y Ruiz Sanjuán, C. (Eds.), *Populismo versus Republicanismo. Genealogía, historia, crítica*, Madrid: Biblioteca Nueva, pp. 51-65.
- Canovan, M., (2001), “Populism”, en Clarke, P. B. y Foweraker, J., *Encyclopedia of Democratic Thought*, New York: Routledge, pp. 674-687.
- Coronel, V. y Cadahia, L., (2018), “Populismo republicano: más allá de «Estado versus pueblo»”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 273, pp. 72-82.
- De La Torre, C., (2013), “El populismo latinoamericano, entre la democratización y el autoritarismo”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 247, pp. 120-137.
- Fassin, E., (2018), *Populismo de izquierdas y neoliberalismo*, Goldstein, V. y Masó, J. (trads.), Barcelona: Herder.
- Flax, J., (2004), *La democracia atrapada. Una crítica del decisionismo*, Buenos Aires: Editorial Biblos.

- Gargarella, R., (2012), *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial*, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, CEDEC, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 3.
- Greppi, A., (2012), *La democracia y su contrario*, Madrid: Trotta.
- Hermet, G., (2008), *Populismo, democracia y buena gobernanza*, Barcelona: El viejo topo.
- Hobsbawm, E. y Ranger, T., (2002), *La invención de la tradición*, Barcelona: Crítica.
- Laclau, E., (2005), *La razón populista*, Buenos Aires: F.C.E.
- Linares, S., (2019), “Rousseau, populismo y democracia”, en X. Carreras Doallo y G. Mateo (comps.), *Entre viejos y nuevos populismos*, Buenos Aires: Ediciones Ciccus, pp. 29-45.
- Martí, J. L., (2006), *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.
- Martí, J. L., (2007), “Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa”, en Arango, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 147-166.
- Mouffe, C., (2018), *Por un populismo de izquierda*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Navas García, A., (2014), “Izquierda y Derecha: ¿una tipología válida para un mundo globalizado?”, en *Revista de Comunicación*, N° 13, pp. 163-176.
- Palti, E., (2018), *Una arqueología de lo político. Regímenes de poder desde el siglo XVII*, México: F.C.E.
- Poguntke, T. y Webb, P., (2005), *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford: Oxford U.P.
- Rivera García, A., (2019), “Pueblo, multitud y res publica: potencia y límites del pensamiento de Laclau y Negri”, en Villacañas Berlanga, J. L. y Ruiz Sanjuán, C. (Eds.), *Populismo versus Republicanismo. Genealogía, historia, crítica*, Madrid: Biblioteca Nueva, pp. 499-519.
- Rinesi, E., (2015), “Populismo y republicanismo”, en *Revista Ensamblés*, Año 2, N° 3, pp. 84-94.
- Souroujon, G., (2012), “Modernización y autoritarismo y El Estado burocrático autoritario de O’Donnell. Una nueva lectura para comprender las claves del dilema argentino”, en *Revista Temas y Debates*, Año 16, N° 24, pp. 147-156.

- Sunstein, C. R., (1995), "Incompletely theorized agreements", en *Harvard Law Review*, Vol. 108, N° 7, pp. 1733-1772.
- Ungureanu, C. y Serrano I., (2018), "El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, N° 119, pp. 13-33.
- Velasco Gómez, A., (2006), *Republicanismo y Multiculturalismo*, México: Siglo XXI Editores.
- Villacañas Berlanga, J. L., (2015), *Populismo*, Madrid: La Huerta Grande.
- Villacañas Berlanga, J. L. y Ruiz Sanjuán, C., (2019), "Prólogo", en Villacañas Berlanga, J. L. y Ruiz Sanjuán, C. (Eds.), *Populismo versus Republicanismo. Genealogía, historia, crítica*, Madrid: Biblioteca Nueva, pp. 19-25.
- Viroli, M., (2014), *Republicanismo*, R. di Carli y M. López (Trads.), Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria.

Ética discursiva y legitimidad democrática

Acerca del rendimiento político del discurso moral

GONZALO SCIVOLETTO¹

INTRODUCCIÓN

En la tradición filosófico-política de la democracia deliberativa existe una conexión estructural entre las discusiones propiamente políticas –entre ellas, por ejemplo, las referidas a determinados arreglos institucionales– y su fundamentación normativa (ética). El principio o ideal de una comunidad político-jurídica que se da a sí misma sus propias leyes a través de un proceso de debate abierto e irrestricto es un principio fundamentalmente ético. La pregunta acerca de su fundamentación, esto es, *por qué* se trata de un principio que *debe ser* respetado y en consecuencia puesto en práctica es tarea de la ética normativa. La pregunta acerca de *cómo* se institucionaliza ese principio y sus preguntas derivadas, tales como si hay excepciones, es decir, situaciones en las que *no se debería* realizar una discusión abierta e irrestricta –por las razones que fuere–, o acerca de qué tipo de instituciones promueven ese ideal y cuáles lo limitan, entre otras, son las que establecen un puente entre la ética y la política.

La ética discursiva (*Diskursethik*) es una teoría filosófica que se originó hacia fines de los años 1960 y comienzos de 1970 en Alemania, primero

1 Profesor de Grado Universitario en Filosofía (Universidad Nacional de Cuyo) y Doctor en Filosofía (Universidad Nacional de Lanús). Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción a la Filosofía (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo) y Profesor Titular de Filosofía (Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo). Codirector de la Revista Ética y Discurso (La Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso).

con Karl-Otto Apel y luego con Jürgen Habermas, y que continúa desarrollándose en todo el mundo, especialmente en Argentina y América Latina. La democracia deliberativa, en cambio, tiene un trayecto propio, ajeno a la ética discursiva, pero Habermas hará converger ambos campos y tradiciones en su gran obra de filosofía del derecho y filosofía política: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* [Facticidad y validez. Contribuciones a una teoría discursiva del derecho y del Estado de Derecho democrático], publicada en 1992 (Habermas, 1998). Esto no quiere decir que antes de ello no hubiera estudios e investigaciones que vincularan ética discursiva y democracia, pero es esta obra de Habermas la que apunta de manera directa al núcleo articulador entre moral, derecho y política. Apel dedicó buena parte de sus trabajos durante la década de 1990 a pensar *con/contra* y más allá de Habermas esa articulación de la filosofía práctica, por ejemplo, la relación entre la *norma fundamental básica* o principio del discurso y la democracia. Son varios los trabajos donde Apel retoma una y otra vez estas cuestiones en forma polémica con Habermas, aunque los aspectos centrales pueden encontrarse formulados en el “tercer ensayo para pensar a Habermas contra Habermas”, publicado en su libro *Auseinandersetzungen* de 1998. (Los tres ensayos críticos de Apel sobre Habermas se encuentran traducidos al español en Apel, 2004).

Ahora bien, mientras que la fundamentación discursiva habermasiana de la democracia deliberativa ha sido y es objeto de numerosas investigaciones, debates y polémicas, no ha tenido el mismo impacto en la filosofía política en general la perspectiva de Karl-Otto Apel. Una de las razones posibles para ello es que el propio Apel se mantiene en un registro de fundamentación filosófica, con un complejísimo y abstracto aparato categorial que en muchos casos desalienta a quienes tienen intereses más vinculados a la realidad institucional y política en un determinado contexto. Por otro lado, en la literatura especializada sobre la filosofía de Apel no es lo más usual encontrar indagaciones que vayan más allá de ese marco teórico específico y dialoguen con las temáticas, métodos o discusiones de la teoría política actual (incluida la propia agenda de la teoría de la democracia deliberativa). Pero hay otra razón de mayor peso, y tiene que ver con el carácter aparentemente “idealista” o “moralizante” de la ética discursiva de Apel. Esta es una crítica que ya se le ha realizado a Habermas e incluso a la misma

democracia deliberativa: estar demasiado cargada de supuestos normativos. En Apel, donde incluso la ética normativa es más robusta y el principio del discurso tiene un carácter superior al principio de la democracia, esta percepción se vuelve todavía más aguda.

Si bien este trabajo no pretende modificar tal prejuicio, sí se propone ofrecer algunas indicaciones programáticas para una posible conexión de la ética discursiva de Apel con la política, bajo una forma que, aunque comparte importantes supuestos de fondo con la propuesta habermasiana, se aparta de ella precisamente en lo que atañe al rendimiento político del discurso moral². El hilo conductor para ello lo ofrece la problemática de las *condiciones marco* para la institucionalización de la deliberación o discurso práctico (Scivoletto, 2020): Si la norma básica fundamental puede ser formulada como un imperativo categórico del tipo: “argumentad con todos los afectados en condiciones de simetría discursiva”, cuya traducción política constituye el principio de legitimidad democrática, entonces la problemática propiamente filosófico-política atañe a los límites y alcances de la implementación de discursos prácticos en contextos específicos. Los criterios políticamente relevantes para tal implementación o institucionalización pueden ser extraídos de las *condiciones marco* que la hacen posible. Las condiciones marco pueden ser divididas en internas y externas: las primeras obedecen a criterios inmanentes al discurso, como por ejemplo un lenguaje universalmente accesible o comprensible por todos los interlocutores³. Entre las externas se encuentran las condiciones ligadas a las posibilidades de participar en un discurso práctico mediante dispositivos jurídico-políticos (libertades básicas de expresión, participación, etc.) y sociales (medios y recursos), y también a las condiciones ligadas a la formación de la *personalidad* no autoritaria (democrática, crítica, falibilista, etc.). Pero esas condiciones mismas son el resultado de procesos históricos y de socialización contingentes, y su realización concreta es a menudo compleja

2 El término *discurso* (*Diskurs*) en la ética discursiva tiene un significado técnico preciso: se trata del ámbito de resolución de pretensiones de validez controversiales. Por discurso práctico se entiende la resolución de pretensiones de validez *normativas*. Aunque existen diferencias entre discurso y deliberación, a los fines de este trabajo serán tomados como sinónimos.

3 He abordado esta condición en el marco de la discusión acerca del uso de “razones religiosas” en la discusión pública. Ver Scivoletto, 2017 a; 2017 b).

y contradictoria: no se puede contar con ellas de manera absoluta ni ser creadas desde un punto cero. De aquí que el proceso de su realización práctica o *institucionalización* implica el conocimiento de los límites, alcances y posibilidades de las instituciones ya existentes.

En este sentido, el abordaje de la política –por ejemplo, de la articulación entre la democracia y el Estado de derecho–, desde la perspectiva de la ética del discurso puede ser entendido como una extensión o aplicación de la ética normativa. Ahora bien, que la política se encuentre dentro del horizonte normativo de la ética no significa que *toda* la política se reduzca a mera ética aplicada o, en otros términos, que se “moralice” la política. El rendimiento político del discurso en la versión de Apel ciertamente es más robusto que en la concepción habermasiana, en la medida que la ética sirve de marco orientador de la política (de lo normativo en general). Pero en lugar de ver en ello una debilidad –por su presunta falta de “realismo”– creo que puede verse una fortaleza, pues por ejemplo no se corre el riesgo de identificar la democracia con *una* forma histórica de realización. Como afirmara el propio Apel en una entrevista: “La democracia también es solo un resultado histórico contingente, para el que todavía no conocemos ninguna alternativa –esto es, a la democracia parlamentaria, a la democracia de partidos. Pero eso no significa que deba identificarse con el objetivo más alto de la ética, sino que es una forma de realización política que hasta ahora consideramos como la mejor” (Apel, 2020, 31. Traducción G. S.). Esta escisión, que puede y debe ser mantenida, es políticamente relevante en nuestros contextos democráticos, donde en muchos casos se ha realizado el proceso inverso de identificar ciertas formas particulares de las democracias europeas como modelos de la democracia deliberativa, y a su vez, como modelos de lo que deberían ser nuestras democracias latinoamericanas. Este procedimiento tiene la dificultad –más allá de su efecto ideológico– de que hipostasía la idea de democracia e impide la imaginación institucional ligada al proceso de aprendizaje político colectivo. Un ejemplo de esto lo representan algunas críticas a la democracia populista o al populismo en general, que en muchos casos provienen o se valen del aparato categorial de la democracia deliberativa⁴.

4 A modo de ejemplo, acerca de cómo puede mostrarse que democracia deliberativa y (ciertos aspectos del) populismo no son necesariamente incompatibles, ver Möller, 2018.

Ahora bien, el despliegue argumentativo de Apel no siempre es coherente con aquella separación entre el principio del discurso (moral) y su realización política en el principio democrático. Pero el conflicto no se produce tanto en la dimensión ética en sí misma (ni en la *parte A* ni en la *parte B* de la fundamentación de la aplicación), como en la teoría social subyacente. Esto se manifiesta cuando Apel analiza las *coerciones* a las que se encuentran sometidos los sujetos por las grandes instituciones como el mercado, el Estado y el derecho. Tales instituciones tienen un carácter inevitable para Apel, en la medida que desempeñan funciones específicas como subsistemas sociales. En ese sentido, si bien pueden y deben ser sometidas a crítica mediante el discurso, no podrían ser remplazadas sin que la sociedad perdiera un elemento que hace posible su funcionamiento. De hecho, el término alemán que utiliza Apel para designar las restricciones que ejercen estas instituciones, *Sachzwang*, parece indicar que se trata de algo que forma parte de su naturaleza misma, con lo cual hay que contar como un hecho coercitivo puro. Pero más allá de las cuestiones exegéticas el problema apunta a una cuestión que excede la obra de Apel y es central para la filosofía práctica –un problema eminentemente *político*–: ¿cuánta coerción al principio moral del discurso es normativamente aceptable? ¿Cuánta racionalidad funcional-estratégica de las instituciones es legítimamente soportable para que efectivamente desempeñen su rol y hasta qué punto es posible convertirlas en instituciones discursivas (deliberativas)?⁵

1. DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA ÉTICA FUNDAMENTAL

La ética discursiva no sólo se ha ocupado del problema de la fundamentación de las normas morales, también aborda el problema de su *aplicación* al mundo real, esto es, a un mundo ya constituido históricamente por una *eticidad* concreta encarnada en instituciones, prácticas sociales, normas jurídicas, etc. Pero, mientras que Habermas otorga preeminencia a la institucionalización jurídica (Günther, 1993; Habermas, 1998) Apel propone una ética de la corresponsabilidad referida a la historia o *parte B* de la ética

En una dirección similar, pero desde un punto de vista sistemático que articula la razón deliberativa y la razón populista, ver Casullo, 2009.

5 Los siguientes dos puntos son una reelaboración de Scivoletto, 2016.

discursiva (Apel, 1988; 1991; 1993; 2001; 2007). Esta ética debe responder a la pregunta básica sobre qué se debe hacer cuando no están dadas las condiciones para la realización de un discurso práctico. Ahora bien, más allá de las diferencias entre la ética de Habermas y la de Apel, hay un aspecto en el que ambas propuestas pueden encontrar un punto de convergencia: la aplicación práctica de la ética discursiva al mundo real consiste en un proceso de *institucionalización* progresiva del discurso frente a, o dentro de, las *instituciones*. En algunos casos, se trata de un *frente a* porque las instituciones mismas no podrían ser convertidas en discursos prácticos, como aparentemente sería por ejemplo el caso del mercado. El derecho en todo caso puede regular, orientar o poner límite, pero en tanto subsistema social posee su propia lógica y hasta su propia legitimidad funcional. En otros casos, se podría pensar en una institucionalización del discurso *dentro de* las instituciones, lo que las convertiría por ejemplo en más deliberativas.

Apel entiende a las instituciones⁶ como *sistemas de autoafirmación* (*Selbstbehauptung*), en el sentido de que configuran las identidades y roles de los sujetos, y que *median* sus interacciones en el mundo de la vida. Las *macro* instituciones como el sistema político, el mercado y el derecho imponen coerciones fácticas (*Sachzwänge*) que deben ser tenidas en cuenta para la aplicación del principio del discurso o deliberación práctica (Apel, 2007), pero, al mismo tiempo, las normas ideales inherentes al discurso funcionan como instancia u horizonte crítico de tales instituciones. Por eso Apel entiende que el discurso tiene un carácter *meta-institucional*. Como parte de esta problemática, sería importante desarrollar entonces una teoría de la institucionalización, la cual podría abarcar, en principio, los siguientes campos problemáticos. En primer lugar, como categoría filosófica, debería explicitar un aspecto sistemático de la fundamentación en relación con el *principio de complementación* de una ética de la corresponsabilidad referida a la historia (Apel, 1988: 141 ss. También Apel, 1991; 1993; 2001), y en el caso de Habermas, a la positivización jurídica del discurso práctico

6 En este trabajo no podemos ocuparnos en detalle de la concepción de las instituciones de Apel. Como referencia central hay que tener en cuenta que el punto de partida, y al mismo tiempo blanco de la crítica, es la filosofía de las instituciones de Arnold Gehlen (Apel 1985 I: 191-214). Luego será también importante la teoría de sistemas de Luhmann, y la propia teoría social de Habermas.

(como complementario de un principio de democratización) (Habermas, 1998). Pero, además, el proceso de institucionalización del discurso debería ser interpretado en tensión, por así decir, con las *coerciones funcionales sistémicas* del mercado, la política y el derecho (Apel, 2007, pp. 133 ss.); y la forma en que se interprete dicha “tensión” no sólo debería abrir un determinado horizonte de acción a futuro, bajo un cierto ideal emancipador, sino también un criterio normativo de reconstrucción histórica de la evolución social (Apel, 2013; Habermas, 1971). En este sentido, por último, la filosofía práctica debería expandirse desde la reflexión sobre los presupuestos normativos de la praxis hacia una interrelación más directa y dinámica con la praxis. Las múltiples formas que adopta la institucionalización del discurso práctico en la actualidad, por ejemplo, en *comités* de bioética, *consejos asesores* en las instituciones educativas o la tendencia creciente a la deliberación en el sistema judicial (De Zan, 2004) ponen a la ética discursiva en diálogo con las ciencias sociales y la crítica a las instituciones (Michelini, 2008; Prono, 2013; Reigadas, 2006). Es necesario desarrollar, entonces, un examen más detenido de dichas instituciones y desde una perspectiva contextualizada o situada.

Pero volvamos a la norma moral básica inherente al principio del discurso. La ética discursiva presenta la particularidad de que “postula *idealiter* discursos reales (de las personas afectadas o de sus representantes) para la solución de problemas morales, esto es, para la fundamentación de normas morales concretas, materiales y situacionales” (Apel, 2001, p. 77). Frente a una controversia moral, donde hay pretensiones de validez normativa en pugna, la norma moral básica obliga a la realización de una discusión en la que participen todos los afectados por dicha norma. Por ejemplo, en el caso de que se discuta si es moralmente aceptable la eutanasia o el aborto, la norma moral básica o principio del discurso no establecerá cuál es la respuesta correcta, sino cuál es el procedimiento legítimo para encontrar esa respuesta, independientemente de que se arribe a ella en algún momento. Es decir que la fundamentación en el campo de la filosofía práctica presenta dos dimensiones. Por un lado, tenemos la fundamentación (reflexiva-última, pragmático-trascendental) de la norma básica de que ante cualquier discusión sobre pretensiones de validez normativa se ha de apelar a un discurso práctico; y, por otro lado, tenemos las normas morales mismas (materiales) fundamentadas por los interlocutores en el discurso

práctico. Pero del primer nivel pueden extraerse, también mediante un procedimiento pragmático reflexivo, otras normas inherentes a ese principio del discurso (Damiani, 2016). Apel por ejemplo identifica la igualdad y la corresponsabilidad: todo interlocutor, en tanto participante de un discurso práctico, es igual a otro interlocutor en el sentido de que en el discurso no puede haber exclusiones o discriminación. Por su parte, la corresponsabilidad presupone la capacidad individual de todo interlocutor discursivo de poder *dar cuenta de (accountability)*, pero también más allá del marco de la responsabilidad individual definida en sus respectivos contextos institucionales (matrimonio, familia, partido político, etc.) hay un nivel de responsabilidad por el diseño y crítica de las instituciones que no pueden ser imputados de forma puramente individual⁷. Estos dos principios morales básicos tienen un carácter trascendental, es decir, pueden ser reconocidos como condiciones de posibilidad *a priori* del propio discurso. Sin igualdad ni corresponsabilidad no podría darse el discurso práctico. En el caso de que un interlocutor cuestionara la norma fundamental o simplemente preguntara “¿por qué los conflictos morales *tienen que* ser resueltos en un discurso práctico?”, la respuesta (fundamentación) debería seguir un procedimiento filosófico-reflexivo bajo la forma de un argumento trascendental, pues no puede ser extraída del acuerdo de los propios sujetos porque es la condición de posibilidad de todo acuerdo legítimo. Para el caso de la corresponsabilidad, el argumento (trascendental-reflexivo) reviste la siguiente forma: “... uno no puede impugnar sin autocontradicción en el discurso que para la concreta determinación de la validez universal de una máxima de la acción o de una norma se requiere en principio la comprobación de la aceptabilidad de las previsibles consecuencias de su implementación, o la aptitud para el consenso por parte de todos los afectados” (Apel, 2007, p. 108).

Ahora bien, si la aplicación efectiva de la ética depende de discursos reales, entonces nos encontramos con dos tipos de problemas. El primer tipo de problemas consiste en el *ingreso* al discurso o a la deliberación práctica. Esta dimensión presenta además dos subniveles: primero la

7 Por ejemplo, para Apel, no se le puede achacar a un banquero o a un empresario aislado el empobrecimiento del Tercer Mundo, en el sentido que las acciones que realiza en gran medida están prescriptas por el sistema económico capitalista general. Pero sí ese individuo es corresponsable por la transformación de las reglas y diseños institucionales que producen esos efectos (Apel, 2007, p. 98).

voluntad de querer formar parte de un discurso y la *posibilidad* fáctica de hacerlo, y segundo, la *buena* voluntad⁸ de participar de manera genuina, y no, por ejemplo, instrumentalizar el discurso para la realización de intereses previos ya fijados⁹. En el primer caso, el interlocutor tiene que querer participar de un discurso, lo que supondría someterse a la fuerza no coercitiva de los mejores argumentos. Esto nos ubica en un plano psicológico y político-práctico que concierne a las circunstancias fácticas, por ejemplo institucionales, que favorecen o impiden la participación real de los afectados en la discusión: esto constituye, a grandes rasgos, el objeto de la teoría crítica. Traducido al plano de la legitimidad democrática, los problemas atañen entonces a: la *negativa* de los agentes (ciudadanos, grupos sociales, etc.) a participar, la *imposibilidad* fáctica de participar de quienes quieren hacerlo y el interés por participar *genuinamente* como interlocutores discursivos.

El segundo tipo de problemas no se refiere a los participantes sino al contenido de las discusiones. Allí nos encontramos con el problema de la determinación de los intereses que están en juego y deben ser tenidos en cuenta (Anderson, 2001), y la determinación de las consecuencias y efectos colaterales posibles de las normas propuestas. Si bien Apel realiza esta distinción entre dos dimensiones en el problema de la aplicación (Apel, 2001, p. 78), en mi opinión, sólo la primera representa un problema estructural o filosóficamente relevante, pues se trata de la constitución misma del discurso. La segunda, en cambio, por difícil que sea la determinación de intereses o consecuencias, se presupone ya la realización de un discurso para dicha determinación. En este último caso, el discurso práctico habrá de articularse con un discurso teórico y/o con un discurso hermenéutico acerca de la comprensión (y autocomprensión) del sentido, por ejemplo,

8 De acuerdo con Damiani, el concepto de *buena voluntad* proveniente de Kant puede ser conservado si se lo comprende, a la luz del giro pragmático, como *voluntad del interlocutor discursivo*. “Entiendo por interlocutor discursivo alguien que contribuye a la solución de un problema mediante la propuesta y evaluación de argumentos, *porque* está interesado en encontrar esa solución. Por ello, lo único que un interlocutor discursivo quiere y puede querer es contribuir a resolver con argumentos las pretensiones de validez, que él u otros interlocutores discursivos elevan cuando proponen soluciones para el problema en cuestión” (Damiani, 2015, p. 107).

9 En este sentido, no toda discusión argumentativa es en sentido estricto un discurso práctico. Las negociaciones también utilizan argumentos, pero el objetivo no es resolver una pretensión de validez sino obtener un beneficio, o el mayor beneficio posible.

de las expresiones simbólicas de las necesidades, intereses y demandas de los interlocutores¹⁰. En síntesis, el problema específico que presenta la cuestión de la *aplicación* es que esta, al depender de discursos reales, depende a su vez de la buena voluntad de los interlocutores posibles, de sus competencias o capacidades y de que estén dadas las condiciones sociales o políticas que lo permitan.

Por problema de la *aplicación* de la ética no debe entenderse entonces la clásica cuestión del pasaje de un principio general a un caso particular. La aplicación y su respectivo principio de complementación apunta a responder la pregunta acerca de qué debemos hacer en aquellos casos en que el discurso no puede ser efectivamente realizado porque no tenemos las garantías de que nuestros interlocutores efectivamente *quieren* guiarse por las normas del discurso, o si *pueden* hacerlo debido a las circunstancias o a la responsabilidad asumida previamente dentro de una institución o sistema de autoafirmación. La pregunta a la que se debe responder, mediante el principio de complementación (*Ergänzungsprinzip*), apunta a “lo que uno *debería* hacer en casos donde las normas ideales procedimentales de resolución de problemas morales mediante discursos prácticos no pueden ser aplicadas” (Apel, 2001, p. 86).

Para comprender mejor el punto anterior se puede analizar el siguiente ejemplo. Imaginemos un político que quiera, tiene la *buena* voluntad de actuar conforme a la norma moral básica, es decir el caso de un *político moral*. En tal caso, este político que en todo quisiera obrar conforme al imperativo categórico discursivo no podría hacerlo *siempre*, simplemente porque no le estaría permitido en función de la responsabilidad intrínseca de su cargo o rol, pues podría poner en peligro el propio sistema de autoafirmación al cual responde y debe mantener incluso legalmente (Apel, 2001: 86). (Como es sabido, Weber explicitó este problema bajo la oposición entre ética de la convicción y ética de la responsabilidad).

¹⁰ Ambas dimensiones, las del ingreso al discurso de los interlocutores y las del contenido a ser considerado y sus posibles efectos, sí son igualmente relevantes desde un punto de vista histórico, en la medida que representan una novedad en la historia de la ética. Por ejemplo, en Kant, ninguna de las dimensiones representa un problema, debido a su solipsismo (no es necesario ingresar en un discurso real con todos los afectados para determinar la validez de la máxima) y a su rigorismo (se considera la intención y no las consecuencias). En el caso del utilitarismo, según Apel, tampoco habría una reflexión sobre la dimensión intersubjetiva, la apelación al discurso real.

Según Apel, en tal caso, hay dos caminos posibles para abordar este dilema, aunque ambos son insuficientes. Por un lado, podría exigírsele al político que *quiere* actuar moralmente que renuncie a las responsabilidades asumidas junto con su cargo o su rol (por ejemplo, la pertenencia a un partido, un bloque en el Parlamento, o las responsabilidades ante sus votantes) y actúe “como si las condiciones de una comunidad ideal de comunicación fueran realmente existentes” (Apel, 2001: 86). En caso de política exterior, por ejemplo, esto podría llegar a ser catastrófico desde el punto de vista de las consecuencias. Por otro lado, podría exigírsele que renuncie a la norma moral básica y actúe por principios puramente pragmáticos, esto es, que se mueva en el ámbito de la *Realpolitik*. Es decir, que no trate ni a sus votantes ni a sus opositores como interlocutores, sino que se comporte de forma puramente estratégica. Cualquiera de los dos caminos supondría, precisamente, el abandono de la idea misma de política-moral. Este caso por supuesto no es el único donde el principio moral debe ceder ante las coerciones de la situación, y donde por ejemplo sería irresponsable ingresar en un discurso práctico debido a que no están aseguradas las condiciones de reciprocidad, es decir, no está garantizada la buena voluntad discursiva de otros interlocutores. El problema que se presenta aquí surge del doble sistema de responsabilidad en el que se encuentran comprometidos los sujetos mencionados anteriormente: una responsabilidad que emana del principio de la corresponsabilidad discursiva (rol de interlocutor discursivo) y otra que emana de la responsabilidad institucional o sistémica (rol social).

La solución propuesta por la ética de la corresponsabilidad, como parte B de la ética discursiva, ha sido reconstruida por Maliandi bajo la etiqueta de *paradigma de restricción compensada*. Afirma Maliandi,

[l]a restricción ocasional de la aplicación del principio, por parte de un agente que lo ha reconocido, tiene que ser *compensada*: el agente queda, en un caso así, automáticamente comprometido a reordenar por completo su vida práctica en el sentido de contribuir, en la total medida de sus posibilidades, a la *paulatina institucionalización de los discursos prácticos* (cursiva, G. S.), lo que equivale también a la paulatina minimización de las situaciones en las que la aplicación del principio resulte moralmente imposible (Maliandi, 2007, p. 56).

En el ejemplo del político (que quiere ser) moral de Kant y Apel, entonces, en casos donde éste deba actuar de manera no discursiva debería al mismo tiempo comprometerse en la institucionalización de las condiciones marco necesarias para que en un futuro sea posible un actuar consensual-comunicativo. (Esto implicaría una transformación de las relaciones de poder; en términos modernos, supondría por ejemplo la salida del Estado de Naturaleza también por parte de los Estados entre sí en un sistema internacional).

Esta solución al problema de la aplicabilidad parece en cierto sentido razonable, sin embargo, presenta una dificultad fundamental, que es la de la determinación del *momento* de la “restricción” y de los límites o el alcance de la acción estratégica. En tal sentido la guerra por “razones humanitarias” o de autodefensa (Habermas, 1999; Apel, 2002), o las estrategias no violentas tales como la mentira y el engaño, podrían encontrar legitimidad en cuanto medidas *contra-estratégicas* para la ética discursiva. Formaría parte de lo que Apel llama “estrategia moral de largo plazo”.

2. LAS COERCIONES (SACHZWÄNGE) INSTITUCIONALES

El análisis del punto anterior pone en evidencia el carácter central que tiene la *mediación institucional* de los sujetos en la realización del discurso práctico. Pero las instituciones no sólo tienen un carácter limitante de la acción humana, es decir no sólo funcionan como *coerciones* del libre accionar, sino que también tienen un carácter positivo en la medida que liberan a los sujetos de la carga de la acción, esto es, del peso cognitivo de tener que decidir siempre y en cada ocasión qué es lo que se debería hacer. La alienación de los agentes en las instituciones tiene en cierto punto un carácter inevitable. Como afirma Gehlen:

Las instituciones son las formas supremas del orden y del destino que nos amparan y nos amparan sobreviviéndonos largamente, y a las cuales se entregan los hombres perspicaces con un grado de libertad acaso mayor para aquél que se atreve que el que tendría actuando por sí mismo... Y las instituciones como el matrimonio, la propiedad, la iglesia o el estado enajenan a los hombres precisamente de propia subjetividad inmediata, prestándoles una subjetividad más elevada que atraviesa los designios del mundo y de la historia, mas también les

protegen de sí mismos, dándoles opción, sin exigírselo, a un ajustamiento de la subjetividad supremo e incomparable (Apel, 1985 I, p. 200).

Apel por supuesto cuestiona y se aparta del carácter conservador de la concepción gehleniana de las instituciones, pues precisamente la función de la razón práctica es la *crítica* de las instituciones. Sin embargo, la alienación en las instituciones es para Apel algo “inevitable”, y proponer su eliminación total conduciría a un “utopismo ético” (Apel, 2001, p. 97). Pero si es imposible saltar por encima de la alienación institucional, lo cual supone saltar por encima de la historia social y de la *eticidad*, entonces la razón práctica que debe encargarse de la crítica institucional debe tener también una forma institucional, es decir, la razón práctica no puede funcionar en un marco desinstitucionalizado, en un punto cero de la historia, en una relación directa *face to face* de dos sujetos en el mundo de la vida. La ética, desde este punto de vista, es radicalmente siempre una ética social y política, y el discurso o deliberación práctica debe adoptar una forma institucional. Para Apel, la razón comunicativa, en tanto razón práctica, “puede ser institucionalizada como una esfera pública racional (*räsonnierende Öffentlichkeit*)” (Apel, 2001, p. 8). Por lo tanto, la mediación de la eticidad, las instituciones dadas de antemano, no puede ser entendida como un mero elemento externo o limitante, sino que tiene que formar parte de la racionalidad práctica misma. Esto es lo que distingue, dicho sea de paso, el universalismo kantiano del universalismo ético-discursivo. Para la ética del discurso, al ser los afectados mismos (con sus intereses y respectivos “*ethos*”) los que tienen que llegar a un consenso en un discurso práctico, la mediación institucional forma parte del proceso mismo de determinación de la validez de una norma. En ese sentido, para Apel, y a diferencia de Kant, la ética es también un tema complejo, donde “para el hombre común” no es tan fácil determinar qué es lo correcto, y donde se requiere, además de tener en cuenta el interés de todos los afectados, “el conocimiento disponible de expertos para aportar información sobre los efectos directos y colaterales de la observación universal de tales normas” (Apel, 2001, p. 62).

Este punto permite observar que Apel se encuentra en una posición ambigua en relación con la crítica a las instituciones. Por un lado, entiende que las instituciones “pueden llegar a ser obstáculos importantes para una moralidad *posconvencional* y *universalmente válida* de la razón” y por lo

tanto la ética discursiva debe someterlas a una crítica constante y progresiva (Apel, 2001, p. 96), mientras que, por otro lado, en el modo de abordar o concebir las coerciones, sobre todo del mercado, parece naturalizar dichas coerciones y adoptar una actitud meramente reformista o correctiva, pero no transformadora (Fernández, 2006). Si bien Apel no considera a las coerciones como determinaciones causales, sí las considera como necesarias desde un punto de vista histórico evolutivo, del desarrollo de los subsistemas funcionales de la modernidad. A mi juicio, esto se manifiesta claramente en la caracterización de Apel de la globalización¹¹ como un proceso irreversible (Apel, 2000, p. 138) y de la economía de mercado, junto con la política y el derecho como subsistemas histórico-evolutivamente diferenciados que “tienen que ser aceptados por todos los afectados”. Respecto de la economía de mercado, por ejemplo, si bien Apel quiere distanciarse críticamente de la “utopía neoliberal”, considera que las “coerciones funcionales del sistema funcional de la economía de mercado deben ser aceptadas” (Apel, 2007, p. 162). De un modo similar, *tienen que ser aprobadas* las coerciones de la política o el Estado y del derecho positivo. En el primer caso, para “sostener y mantener sistemas de poder de autopreservación”; y en el segundo, para sostener “un orden de justicia”.

Independientemente de la evaluación empírica que se pueda realizar sobre la evolución de los subsistemas funcionales en la modernidad occidental, estas consideraciones plantean una contradicción –o al menos una tensión– en la propia defensa de Apel de la diferencia trascendental que se planteaba al comienzo de este trabajo entre el principio del discurso y su realización política en las democracias modernas. El problema es si se trata de una contradicción o tensión desde un punto de vista estructural o filosófico normativo o entre la dimensión normativa y la reconstrucción empírica histórico-evolutiva. La forma en la que se comprendan las coerciones sistémicas de las instituciones es lo que dará la pauta para responder esta

11 Apel entiende a la globalización como la última etapa, hasta el momento, de un proceso que comenzó con la conquista y la colonización europea. Pero a esta globalización “de primer orden” le contraponen una globalización de segundo orden, como desafío externo de una macro-ética global. Las tareas que tal “globalización de segundo orden” debe llevar a cabo son: 1) realizar un orden cosmopolita de derecho, 2) realizar un orden cosmopolita de economía, entendido como “economía social de mercado de escala global” y 3) realizar un orden social multicultural global (Apel, 2001, p. 12).

pregunta. Si las coerciones son comprendidas de forma cuasi naturalista, entonces se encontrarían inmunizadas a la crítica y por lo tanto fuera del alcance del discurso práctico. Esta conclusión no sólo resulta cuestionable desde un punto de vista político, sino también resulta contradictoria con el propio principio del discurso. El propio Habermas parece sugerir esta línea de interpretación cuando afirma que las normas del discurso alcanzan sólo a quienes se encuentran “dentro” del discurso, pero no para quienes no han ingresado o se han salido de él. En sus palabras:

No resulta evidente en modo alguno que las reglas que son inevitables *dentro* de los discursos también puedan aspirar a validez para la regulación de la acción *fuera* de tales discursos. Incluso aunque los participantes en la argumentación estuvieran obligados a obrar con presupuestos de contenido normativo (por ejemplo, a considerarse mutuamente como sujetos responsables, a tratarse como interlocutores iguales, a concederse crédito recíproco y a cooperar mutuamente), podrían liberarse de esta exigencia pragmático-trascendental en cuanto salieran del círculo de la argumentación. Tal obligación no se transmite inmediatamente del discurso a la acción. En todo caso, la fuerza *reguladora de la acción* del contenido normativo descubierto en los presupuestos pragmáticos de la *argumentación* precisaría una fundamentación especial (Habermas, 1987, p. 109).

Por el contrario, la ética discursiva en su versión apeliana defiende la idea de un *discurso virtual acompañante*. Se trata de la idea básica de que toda acción humana con sentido supone implícitamente la posibilidad de una evaluación crítica mediante un discurso. Como afirma Damiani, “si la acción humana es acompañada, implícita y virtualmente, por un discurso práctico en el que podría determinarse la corrección normativa de la misma, entonces los presupuestos necesarios de ese discurso también la acompañan” (Damiani, 2016, p. 86). Esto quiere decir que, tal como se mostró anteriormente, si la simetría discursiva o igualdad y la corresponsabilidad son principios inherentes al discurso, entonces tales principios pueden funcionar como instancia crítica de los cursos de acción que se deciden en los diferentes subsistemas sociales. ¿Pero es posible cuestionar esos sistemas subsistemas en su conjunto? Responder esta pregunta supondría justificar desde un punto de vista trascendental las funciones

que desempeñan tales subsistemas sociales, es decir, como funciones no meramente contingentes en el proceso de evolución social. Esto supone desarrollar una arquitectónica entre derecho, moral y política alternativa a la forma en que la propone Habermas en *Facticidad y validez*. Esta tarea está delineada programáticamente por Apel hacia el final de su mencionado ensayo de pensar con Habermas contra Habermas (Apel, 1998, pp. 813 y ss.). El esquema propuesto por Apel se distancia de Habermas no sólo por el reconocimiento del contenido moral del principio del discurso que se ha analizado aquí, sino por el grado de superioridad que otorga al derecho respecto de la política, y de la articulación también del derecho con la economía de mercado –un tema que, en Habermas, como mínimo es muy ambivalente (Jütten, 2013)–.

El derecho cumple, para Apel, una función complementaria al principio ideal del discurso, en el marco de una ética de la corresponsabilidad en relación con la historia y las instituciones. Dado que, como se ha mostrado, la aplicación directa del principio del discurso podría ser irresponsable o riesgosa –por ausencia de responsabilidad recíproca, por ejemplo, cuando no hay voluntad de argumentar–, entonces es necesaria una función complementadora, y esto es precisamente la que realiza el derecho basado en la fuerza o poder legítimo del Estado. A partir de ello, Apel deriva tres funciones del derecho: la primera alude a la exigencia de fundamentación del derecho en base a la capacidad de consenso de todos los afectados y a la idea regulativa de identificación entre legislador y destinatario de la norma (Apel, 1998, p. 814); la segunda, apunta a la exigencia de restringir las obligaciones del ciudadano a la limitación de la voluntad (*Willkür*) en relación con el comportamiento externo, para que se encuentre liberado (*Entlastung*) de autodefenderse de manera violenta; la tercera se refiere a la exigencia de autonomía, de disponer de la propiedad y la libertad de negociar y realizar contratos. Como se puede observar, el derecho realiza su función de complementariedad del discurso a través de una triple vinculación con derechos básicos (humanos), con el monopolio de la fuerza del Estado y con la economía. Estas indicaciones ciertamente son lo suficientemente generales como abrir enormes interrogantes en cuanto a los arreglos institucionales respectivos. Sin embargo, en este punto quisiera destacar la intención más que el resultado. Es decir, como se dijo al comienzo, la comprensible insatisfacción de la fundamentación filosófica en

este enfoque –que no atañe sólo a la política– puede traducirse en una doble ventaja. En primer lugar, la articulación de los campos de acción de la filosofía práctica (ética, derecho, política, economía) se obtiene a partir de la estructura misma de la racionalidad práctica (transformada por el giro lingüístico pragmático) y no se basa en el resultado de una forma particular de modernización social (esta, en todo caso, atañe a su génesis, pero no a su validez). En segundo lugar, el principio del discurso y los principios de igualdad y corresponsabilidad inherentes funcionan como criterios normativos para la institucionalización de esos campos de acción. Esto permite pensar, como se lo ha venido haciendo en la ética discursiva, en la posibilidad de imaginar formas de institucionalización más allá del Estado nacional. Queda pendiente imaginar si es posible también ir más allá de una forma de institucionalización de la economía que, al mismo tiempo que asegure la autonomía privada, no produzca asimetrías moralmente injustificables.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El marco en el que Apel se refiere a la institucionalización de la deliberación o discurso práctico es el de la organización de la corresponsabilidad colectiva frente a cuestiones que particularmente *hoy* ponen en peligro a la humanidad en su totalidad (guerras nucleares, desastres ecológicos, pobreza extrema, etc.) (Apel, 1985 b; 1994 b; 2001 a; 2001 b). En tal sentido, la institucionalización del discurso práctico se interpreta a partir de la configuración de foros internacionales o, por así decir, de redes de redes, que den respuestas globales a desafíos globales. El entramado de *miles de coloquios y conferencias* (Apel, 2007) y opiniones publicadas a través de los medios de comunicación que configuraría una esfera pública racional-internacional, y que encarna una realización imperfecta pero aproximada del discurso práctico, funcionaría, para Apel, como contrapeso de las grandes instituciones o subsistemas funcionales, tales como el mercado o el Estado. Pero además de esta especie de sociedad civil mundial, ya funcionando, también se requeriría la institucionalización político-jurídica de un orden cosmopolita e incluso de una economía *social* de mercado.

Este proyecto macroético posee enormes dificultades cuando se piensa en su implementación o su efectividad. En primer lugar, no cabe duda de que la opinión pública y la conciencia generada a través de movimientos

sociales o el activismo funcionan como un mecanismo de presión central a la hora de establecer agendas incluso dentro de los propios Estados nacionales, pero aquí no se tienen en cuenta los mecanismos o vasos comunicantes a través de los cuales se produce esa presión. Tampoco se tienen en cuenta las posibilidades que ofrece el sistema político en su interior porque, como en gran parte de los deliberativistas, hay una especie de visión un tanto maniquea que divide a la “buena” política que emerge de la sociedad civil del “sospechoso” *sistema* político (administrativo-burocrático) que respondería sólo a intereses de poder, luchas de cargos, etc. Además, se encuentra representado de manera muy ingenua el papel de los medios de comunicación masiva y de las propias organizaciones internacionales –como los organismos multilaterales de crédito (Banco Mundial, FMI, etc.)–.

Pero este déficit en cuanto al diagnóstico político-institucional, esto es, a las dificultades en el análisis tanto de los límites de la esfera pública racional global como de las potencialidades del propio sistema político, por ejemplo, del Estado nacional (incluidas instituciones como los partidos políticos), no impiden valorar la cuestión de fondo en el sentido filosófico-normativo. Esta dimensión estructural que atañe al vínculo entre filosofía moral y filosofía política puede ser reconducida manteniendo el estatuto propio de ambas, sin remitirlas a una supuesta co-originariedad que, con razón, despierta la sospecha de indistinción entre los principios normativos y la realización de esos principios bajo la configuración particular de la modernidad europea.

El análisis de las condiciones marco para la institucionalización del discurso práctico, en el contexto de una ética de la corresponsabilidad referida a la historia y las instituciones, ofrece herramientas que permiten desarrollar una teoría crítica de las instituciones sin recaer en una especie de idealismo utópico donde la sociedad podría comenzar de cero, pero sin resignarse al cinismo del “es lo que hay” –una forma criolla de TINA (*There is no alternative*)–. La intención de la ética discursiva de Apel va en esta dirección, más allá de los cuestionamientos o tensiones que se han intentado mostrar en este trabajo. Tales tensiones pueden ser atribuidas a dos causas fundamentales: en primer lugar, al contexto histórico de la crisis del modelo socialista y de una relativa aceptación de la razonabilidad sistémica-funcional de la economía de mercado capitalista. Una economía que puede ser *domesticada*, controlada o compensada con un criterio moral de justicia

social (Kuhlmann, 2015), pero nada más (aunque en nuestro contexto actual, nada menos). La otra razón, más profunda y que demanda un trabajo de investigación sostenido, tiene que ver con el marco teórico-metodológico que se encuentra en el trasfondo de la teoría social y de la modernidad de Habermas, que Apel, a pesar de todas sus críticas, en cierto sentido da por sentada.

Para terminar, es importante entonces poner en valor el rendimiento político del principio del discurso y su institucionalización. En especial, si nos detenemos en la cuestión de la inclusión en el discurso podemos observar que hay dos condiciones marco: por un lado, la posibilidad interna o auto posibilitación de participar, que atañe a la formación de la voluntad y la racionalidad práctica de los sujetos, lo que incluye la capacidad de desempeñarse en un marco democrático; por otro lado, las condiciones externas, por ejemplo, de las garantías de una participación libre que no ponga en riesgo la responsabilidad asumida frente a otros sistemas de autoafirmación o de los medios materiales indispensables. En cualquier caso, la pregunta por la producción de prácticas sociales o instituciones que promuevan esas condiciones marco no es una pregunta externa al principio del discurso, sino que es inherente a él, en la medida que el discurso implica su realizabilidad práctica, esto es, el diálogo argumentativo real con todos los afectados. Por lo tanto, la legitimidad democrática no puede desentenderse de la pregunta por las condiciones de posibilidad reales para la inclusión ni puede dar por supuesta que esas condiciones están ya dadas por los mecanismos legales-formales vigentes. En este sentido puede existir un punto de convergencia entre la racionalidad estratégica y la racionalidad ética-comunicativa. Lo que determina la justificación de una estrategia moral es si se dirige a la realización de las condiciones de simetría discursiva e igual corresponsabilidad: toda aquella medida que apunte en esta dirección estará justificada incluso si no ha sido tamizada por la deliberación. Pues no hay deliberación genuina, discurso práctico en sentido estricto, si no están todos los afectados sentados a la mesa.

REFERENCIAS

- ANDERSON, J. (2001). "Competent Need-Interpretation and Discourse Ethics", en Rehg, W. y Bohman, J. (eds.). *Pluralism and the Pragmatic Turn. Essays in honor of Thomas McCarthy*. Cambridge: MIT Press.
- APEL, K.-O. (1985). *La transformación de la filosofía*. 2 tomos, Madrid: Taurus.
- APEL, K.-O. (1988). *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs Poskonventionellen Moral*, Frankfurt: Suhrkamp.
- APEL, K.-O. (1991). *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.
- APEL, K.-O. (1993). "Discourse Ethics as a Response to the Novel Challenges of Today's Reality to Coresponsibility". *The Journal of Religion*, 73(4), 496-513.
- APEL, K.-O. (1997). "Plurality of Good? The Problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society". *Ratio Juris*, 10(2), 199-212.
- APEL, K.-O. (1998). Auflösung der Diskursethik? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas' *Faktizität und Geltung*, en *Auseinandersetzungen in Erprobung des Transzendentalpragmatischen Ansatzes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 728-837.
- APEL, K.-O. (2000). "Globalization and the Need for Universal Ethics". *European Journal of Social Theory*, 3(2), 137-155.
- APEL, K.-O. (2001). *The Response of Discourse Ethics to the Moral Challenge of the Human Situation Specially Today*, Leuven, Peeters.
- APEL, K.-O. (2002). "On the Relationship between Ethics, International Law and Political-Military Strategy in Our Time. A Philosophical Retrospective on the Kosovo Conflict", *European Journal of Social Theory* 4(1), 29-39.
- APEL, K.-O. (2004). *Apel versus Habermas*. Granada: Comares.
- APEL, K.-O. (2007). *La globalización y una ética de la responsabilidad: Reflexiones filosóficas sobre la globalización*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- APEL, K.-O. (2011). *Paradigmen der Ersten Philosophie. Zur reflexiven transzendentalpragmatischen Rekonstruktion der Philosophiegeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- APEL, K.-O. (2020). "Kontingente Identität und historische Haftung. Ein Gespräch mit Karl-Otto Apel 1990 – revisited", entrevista realizada por M.

- Brumlik y H. Brunkhorst, en *Topologik. Rivista Internazionale di Scienze Filosofiche, Pedagogiche e Sociali*, 26. Disponible en: http://www.topologik.net/Special_Issue_26_Karl_Otto_Apel_Vita_e_Pensiero_Leben_und_Denken_Volume_2.htm (Recuperado el 1 de Septiembre de 2020).
- BERGER, P. (1965). "Arnold Gehlen and the Theory of Institutions", en *Social Research*, 32(1), 110-115.
- BÖHLER, D. (1982). "Transzendentalpragmatik und kritische Moral. Über die Möglichkeit und die moralische Bedeutung einer Selbstaufklärung der Vernunft", en Kuhlmann, W., Böhler, D. (Ed.) (1982), *Kommunikation und Reflexion. Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik Antworten auf Karl-Otto Apel*, Frankfurt: Suhrkamp.
- BURCKHART, H. (2000). "Nichtintergebarkeit und Unverzichtbarkeit einer diskursethischen Begründung von Moral", en Burckhart, H, Reich, K. (Eds.), *Begründung von Moral: Diskursethik versus Konstruktivismus*, Würzburg: Königshausen und Neumann.
- CASULLO, M. E. (2009). *Expanding the Borders of Democracy: Deliberative Democracy and Populism*, Faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University, PhD. Dissertation.
- DAMIANI, A. (1997). "Teoría de la Argumentación y Ética Discursiva", en *Revista de Filosofía*, X (18), Universidad Complutense de Madrid, 187-216.
- DAMIANI, A. (2007). "Sinceridad y Argumentación", en Michelini, D. et al. (eds.), *Ética del Discurso. Recepción y Críticas desde América Latina*, Río Cuarto: Ediciones del ICALE, 65-80.
- DAMIANI, A. (2015). "La buena voluntad. Un examen ético-discursivo", en Michelini, D. et al. (Eds.), *Ética, política y discurso*, Tomo 1, Río Cuarto: Ediciones del ICALE, 105-112.
- DAMIANI, A. (2016). "Simetría discursiva y responsabilidad práctica", en *Ética y discurso*, 1 (1), 69-88.
- DE ZAN, J. (2004). *La ética, los derechos y la Justicia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- FERNÁNDEZ, G. (2006). "La ética del discurso de K.-O. Apel frente al problema de las coerciones funcionales sistémicas (*Sachzwänge*)", *Agora Philosophica. Revista marplatense de filosofía*, VII, 14.
- GÜNTHER, K. (1993). *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, New York: SUNY Press.

- HABERMAS, J. (1971). Algunas dificultades en el intento de mediar entre teoría y praxis, Introducción a la segunda edición de *Teoría y praxis*, Madrid: Tecnos.
- HABERMAS, J. (1987). *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Taurus.
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (1999). “Bestialidad y humanidad. Una guerra en el límite entre derecho y moral”, en *ABC*, Madrid, 3/5/99.
- HABERMAS, J. (2002). *Verdad y justificación*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (2003). *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, Buenos Aires: Paidós.
- HABERMAS, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Trotta.
- HONNETH, A. (2014). *El derecho a la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, Buenos Aires: Katz.
- JÜTTEN, T. (2013). “Habermas and the Markets”, *Constellations*, 20(4), 587-603.
- KANT, I. (2007). *Crítica de la razón práctica*, Buenos Aires: Losada.
- KUHLMANN (2015). “Economía y justicia social”, en Michelini, D. et al. (Eds.), *Ética, política y discurso*, Tomo 2, Río Cuarto: Ediciones del ICALA, 275-283.
- MALIANDI, R. (2007). “Importancia y límites del paradigma de restricción compensada en la ética del discurso de Karl-Otto Apel”, en Michelini, D., De Zan, J., *Ética del discurso. Recepción y críticas desde América Latina*, Río Cuarto: Ediciones del ICALA.
- MICHELINI, D. (2008). *Bien común y ética cívica. Una propuesta desde la ética del discurso*, Buenos Aires, Bonum.
- MÖLLER, K. (2018). Popular Sovereignty, Populism and Deliberative Democracy, en *International PHILOSOPHICAL INQUIRY*, v. 42, n° 1-2.
- PRONO, S. (2013). “Moral, política y derecho. La ética del discurso y sus aportes al estado democrático de derecho”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 17, 47-69.
- REIGADAS, C. (2006). “Democracia y sociedad civil en América Latina”, en Michelini, D. (Ed.), *La filosofía ante los desafíos del mundo contemporáneo*, Río Cuarto: Fundación ICALA, 307-325.
- SALERNO, G. (2015). “Inevitabilidad de la alienación en el marco de la economía monetaria. Análisis y crítica provisoria”, en Michelini, D. et al.

(Eds.), *Ética, política y discurso*, Tomo 2, Río Cuarto: Ediciones del ICA-
LA, 143-150.

SCIVOLETTO, G. (2016). "Institucionalización". *Erasmus. Revista para el diálogo intercultural* 18, nº 1, 27-48.

SCIVOLETTO, G. (2017 a). "Lenguaje y comprensibilidad. Acerca de la traducción del contenido semántico del discurso religioso". *Ética y discurso*, 2 (2), 87-99.

SCIVOLETTO, G. (2017 b). "La religión en la esfera pública. Análisis de la cláusula de traducción del discurso religioso al lenguaje secular". *Análisis. Revista de investigación filosófica* 4, nº 1.

SCIVOLETTO, G. (2020). "Ética del discurso como ética referida a las instituciones". *Disputatio. Philosophical Research Bulletin* 9, nº 12.

La presente obra de autoría colectiva ofrece un análisis interdisciplinar sobre las diversas perspectivas de la legitimidad democrática que se debaten en la actualidad, en su relación tensional con el Estado de Derecho, desde el liberalismo, el comunitarismo, el populismo, la democracia deliberativa y el republicanismo.

Cada trabajo que integra este libro puede ser leído de forma autónoma e independiente. Sin embargo, hay una importante conexión de sentido: examinar los bordes de la legitimidad democrática en el Estado de Derecho contemporáneo. Estos estudios se centran, tanto en problemas de investigación teórica y normativa, como en problemas de diseño institucional y casos empíricos, produciendo un diálogo de saberes entre la filosofía jurídica y política, la sociología, las ciencias políticas y la historia.

¿Acaso no existen profundos y persistentes desacuerdos acerca de lo que debe entenderse por legítimo en el Estado de Derecho del siglo XXI? ¿Cómo conviven la potencia transformadora de la democracia, en cuanto soberanía popular, con las instituciones contrademocráticas del derecho? Sobre estas cuestiones giran las reflexiones de la presente obra, con la esperanza de contribuir a la discusión pública y al fortalecimiento de nuestras democracias.