

Respuesta a Jensen. Sobre “El derecho como conversación política”

A Reply to Jensen. On “El derecho como conversación política”

*Roberto Gargarella**

Resumen

En su artículo “El derecho como conversación política...” (Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, Nro. 12), Guillermo Jensen ha llevado a cabo un análisis crítico de diversos temas contenidos en mi último libro *El derecho como una conversación entre iguales*. Por medio de la presente nota, me propongo dar respuesta a sus comentarios, haciendo énfasis en aquellos que considero de mayor relevancia.

Palabras clave: Jensen – derecho constitucional – política – disonancia – autogobierno – constitucionalismo dialógico – democracia deliberativa – conversación entre iguales

Abstract

In his article “El derecho como conversación política...” (Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, No. 12), Guillermo Jensen has carried out a critical analysis of several matters included in my last book *El derecho como una conversación entre iguales*. Through this note, I would like to give an answer to his comments, emphasizing those ones that I consider more relevant.

Keywords: Jensen – constitutional law – politics – dissonance – self-government – dialogic constitutionalism – deliberative democracy – conversation among equals

* Sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of Chicago y Post-Doctorado en la Balliol College, Oxford. Profesor en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires, Argentina) y profesor titular en la Universidad de Buenos Aires de Derecho constitucional (Buenos Aires, Argentina).

I. Introducción

Es muy grato para mí tener la oportunidad de responder a los comentarios que hiciera Guillermo Jensen a mi último libro, *El derecho como una conversación entre iguales*. Agradezco entonces, en primer lugar, a Guillermo por sus reflexiones, y a la Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés por darme la oportunidad de dialogar con él. Guillermo Jensen es uno de los (pocos y) grandes lectores con los que uno puede tener la suerte de encontrarse, más cuando tratamos sobre este tipo de temas (de derecho y política) y, mucho más claramente, cuando lo hacemos desde la Argentina. Guillermo es un lector crítico, exhaustivo, agudo y sobre todo honesto, con el que da gusto “conversar” y con quien, por ello mismo, solemos debatir de manera habitual.

Mis desacuerdos con Guillermo Jensen son extensos y profundos, y buena parte de las réplicas que presentaré a comentarios –importantes, pertinentes, valiosos, en casi todos los casos– reflejarán dichas divergencias “de fondo”. Algunas otras de mis réplicas se deberán a (lo que considero) malentendidos de su parte, y solo en pocos casos me quejaré de, o reprocharé, sus intervenciones (señalo esto con ironía). Guillermo –como anticipara– es un gran lector, que antes de llevar adelante sus revisiones críticas, estudia con detenimiento “la obra” general de la persona a quien va a comentar. Agradeciendo entonces, de antemano, su valioso trabajo, paso ahora a responderle, centrándome en los puntos que considero más relevantes (de entre muchos) de sus comentarios.

II. Las promesas incumplidas de la democracia constitucional

El primer punto que quisiera abordar tiene que ver con la relación entre “pasado” y “presente” y, en particular, con una afirmación que suelo hacer en mis escritos recientes, acerca de las “promesas incumplidas” de nuestras democracias constitucionales. Guillermo afirma –e insiste con– la idea de que “no se incumplió ninguna promesa”, ya que el autogobierno “solo pudo desarrollarse” del modo en que lo hizo, esto es “ligado a instituciones representativas”, y con “mayor o menor presencia de elementos democráticos puros”.¹ Aquí tenemos un primer desacuerdo “de fondo” relacionado con el modo en que leemos e interpretamos la historia. Ambos sabemos que estamos hablando en sentido figurado (y no vinculado con el Representante R haciendo la Promesa P

¹ Guillermo Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, Nro. 12 (diciembre de 2021): p. 13.

durante alguna Asamblea Constitucional) y aludiendo a una cuestión relevante. La pregunta que nos importa es: ¿el diseño institucional original fundamentalmente expresó o frustró las expectativas legítimas que había convocado inicialmente? En mi opinión, es claro que ocurrió lo segundo, mientras que para Guillermo parece resultar claro que sucedió lo primero: estamos frente a una diferencia relevante y difícil de dilucidar. Para explicar mi posición al respecto, quisiera confesar que, desde hace décadas, ejerce sobre mí una enorme influencia el trabajo de Gordon Wood –a mi criterio, el mejor historiador constitucional de los Estados Unidos–. De Wood, en particular y sobre este punto, retomaré y subrayaré una cita, que es la que siempre se me aparece cuando pienso sobre estos asuntos. La cita proviene del político federalista Fisher Ames, abogado muy involucrado en la discusión constitucional original, en los Estados Unidos. Ames expresó tempranamente su horror por el panorama que visualizaba unos años después de terminada la revolución. Él decía –y esta es la cita– que el pueblo estaba comenzando a volcar “contra sus maestros las doctrinas que les habían inculcado como modo de efectivizar la revolución”.² Las “doctrinas” inculcadas por los “maestros” eran las del autogobierno. Se trataba de un ideal azuzado en su momento por los líderes independentistas, con el objeto exclusivo de movilizar a la ciudadanía en pos de la revolución (incitándola a entregar sus propiedades y aun su vida). El hecho fue, sin embargo, que, una vez conseguida la independencia, el discurso del autogobierno desapareció súbitamente de la escena pública. Así, hasta que el pueblo comenzó a utilizar ese mismo discurso contra sus antiguos “maestros”, ahora en posiciones de poder, y decididos a permanecer en sus puestos, rodeados de los privilegios a los que habían accedido.

Dicha reflexión, que ocupa un lugar central en los escritos de Wood, me ha perseguido todo este tiempo, es la que resume la lectura histórica con la que me siento comprometido y la que me resulta más persuasiva. Nuestras constituciones, en América, fueron escritas al calor de discursos emancipatorios creíbles y valiosos –discursos que, como ciudadanos, tuvimos razones para tomar en serio y hacer nuestros–. Sin embargo, lamentablemente, una vez que se establecieron las instituciones constitucionales, ellas aparecieron más dirigidas a dificultar que a hacer posible la realización de aquellos ideales emancipatorios, a los que apelaban para justificarse. Y cierro el punto –sobre el cual, insisto, podemos tener un desacuerdo genuino y en buena medida irresoluble– con una

² Gordon Wood, *The Radicalism of the American Revolution* (New York: Alfred Knopf, 1992), p. 397.

consideración fundamentalmente teórica (y ello así, porque entiendo que lo que está en juego es algo que va más allá de algunos hechos históricos empíricamente contrastables, como el expuesto más arriba).

Toda constitución encierra, en su interior, esa promesa de autogobierno, porque para ganar legitimidad necesita hacerlo. La constitución, a través de su sola existencia, expresa un “pacto entre iguales”: ella se dirige a “todos” y reclama ser escrita por todos (“We the People”) o en nombre de todos (“Nos los representantes”). Y “todos”, bajo reflexión, tenemos razones para pensar que esto que nos promete, implícitamente, toda constitución, es cierto. Se trata, finalmente (y sin necesidad de distorsión teórica alguna) del ideal que expresara Abraham Lincoln en su discurso de Gettysburg: hablamos del gobierno “del pueblo, por el pueblo, y para el pueblo”³ –una idea que, de formas más o menos rigurosas, todos asociamos con la estructura básica de nuestra organización política (por ello la hondura que alcanzara el reclamo de Lincoln, y la trascendencia y reconocimiento históricos de que fuera objeto su discurso)–.

III. *Et pluribus unum*

Un segundo punto que quisiera mencionar, frente a los comentarios de Guillermo Jensen, se refiere a una cuestión que presenta en las páginas 14 y 15 de su trabajo, cuando –citando a Madison– refiere a la necesidad de preservar la “pluralidad”, “sin eliminar la libertad que la hace posible”.⁴ Guillermo apela a esta idea como crítica a alguna de mis afirmaciones acerca de los cambios institucionales que exige la renovación de nuestra “sociología política”. Para decirlo de un modo más claro: el pluralismo multicultural hoy prevaeciente, no resultaba la lectura social dominante, en el tiempo en que se escribieron nuestras constituciones. Ellas –sostengo en mis escritos– fueron redactadas bajo supuestos muy diferentes respecto de los rasgos distintivos de la sociedad. Nuestras constituciones vinieron a vestir o revestir a sociedades o cuerpos sociales que ya no existen. Conclusión: ellas merecen cambiar, para hacer posible que el “traje constitucional” se “ajuste” a las nuevas bases sociales existentes. Guillermo impugna esta idea y me señala que “modernamente”, los “diseños constitucionales liberales democráticos” buscaron “encauzar la pluralidad y la fragmentación” de modo tal de

³ Abraham Lincoln, “Discurso de Gettysburg”, disponible en: <https://libertad.org/discursos/abraham-lincoln-discurso-de-gettysburg/>.

⁴ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, pp. 14-15.

“construir un nosotros”, en lugar de replicar las formas sociales, fomentando así “la atomización en individuos”.

Aquí vuelvo a disentir con Guillermo Jensen, en un desacuerdo que es a la vez histórico y teórico (más allá de no entender bien sus referencias a la “atomización en individuos”). En mi opinión, desde la Antigüedad clásica (pienso en Aristóteles y en Polibio), pasando por la República Romana en sus distintas facetas, hasta llegar a Inglaterra y las propuestas de la “constitución mixta”, el constitucionalismo siempre estuvo en diálogo directo con el orden social prevaleciente (o, más bien, en diálogo con la imagen predominante, en las elites, sobre el orden social). En su momento, se pretendió que la constitución hiciera lugar a los distintos “órdenes sociales” existentes (digamos, a lo que se consideraba como la parte “democrática”, “oligárquica” y “aristocrática” de la sociedad). Más luego, en los Estados Unidos, se hizo lo propio, aunque sin apelar al lenguaje de la “constitución mixta inglesa”, que generaba rechazo.⁵ Como dijera el gran historiador Maurice Vile, el modelo norteamericano de los *checks and balances* expresó, de un modo muy cercano a la “constitución mixta”, aquella misma pretensión de integrar, a través de un texto común, a los distintos órdenes sociales.⁶ El apoyo histórico a esta aproximación es –en mi opinión– contundente, y mi cita favorita al respecto es una de Alexander Hamilton, dentro de la Asamblea Federal (Constituyente). Entonces, Hamilton vinculó a las distintas ramas de gobierno con los “acreedores” y los “deudores”; y también con los “muchos” (*the many*) y los “pocos” (*the few*). La idea, para él, era asegurar que esos distintos órdenes sociales ocuparan –cada uno– una porción distinta de poder (pongamos, para simplificar: los más ricos en la Cámara de Senadores, los más pobres en la Cámara Baja), y se vieran así obligados a negociar acuerdos, e impedidos de oprimirse mutuamente.⁷

Finalmente, lo que me interesa señalar, y señalarle a Guillermo Jensen en particular, es que –nos guste o no– nuestras constituciones se vincularon muy habitualmente con aquella pretensión de expresar la diversidad (convirtiéndose, en los hechos, y como dijieran algunos y se negaran a admitir otros, en un “espejo de la sociedad”). La pretensión era, mucho menos, la de “construir un nosotros”, que la de dar cuenta de la pluralidad, para forzar así (digamos) acuerdos interesados entre las partes.

⁵ Ver Maurice Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford: Clarendon Press, 1967).

⁶ Ver Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*.

⁷ La cita se encuentra en Max Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 1 (New Haven: Yale University Press, 1937), p. 431.

IV. Sobre la “disonancia”

Hay un tema interesante, vinculado con el anterior, y del que Guillermo Jensen se ocupa en la página 16 de su escrito, del que también quisiera decir algo.⁸ Me refiero a la cuestión de la “disonancia” entre expectativas e instituciones. Al respecto, agregaré unas pocas cosas, aunque (y porque) se trata de un tema del que me vengo ocupando bastante, en los últimos tiempos, pero que (por ello mismo) amenaza con llevarnos demasiado lejos (y así, amenaza con alejarme del propósito, más estrecho, de esta respuesta).

Señala Jensen que en mi libro asumo “sin más” que “la disonancia entre expectativas y realidad debe resolverse jubilando a las instituciones constitucionales actuales, sin realizar un análisis más detallado respecto de la base social en la que se apoyan los diseños institucionales actuales”. Y agrega luego, inmediatamente y citando a Hartmut Rosa, que “la fragmentación social y el individualismo consumista” presionan sobre los diseños institucionales “de una forma notable, dificultando su eficaz funcionamiento”.⁹

Lo que aquí se advierte es una nueva diferencia, empírica y de análisis teórico, entre lo que afirma Guillermo y lo que sostengo en mis trabajos. En todo caso, el debate de fondo que, en mi opinión está en juego, se encuentra menos vinculado con lo que señala Rosa, que con una vieja discusión (importantísima, a mi gusto), que impulsaran en su momento autores como Joseph Schumpeter en los años 40, o Samuel Huntington en los años 60. En autores como los citados (y, según creo, actualmente en casos como el de Guillermo Jensen) lo que se advertía era una preocupación institucional “grave” ante lo que (autores como los citados) advertían como un incremento en las expectativas y demandas democráticas de la ciudadanía: un incremento de expectativas y demandas que el sistema institucional encontraba cada vez más difícil satisfacer.

Quizás el trabajo de Joseph Schumpeter sea el que ofrece el ejemplo más importante y conocido de este punto de vista. En 1942, Schumpeter publicó el ahora clásico *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, en el que el pensador austríaco examinaba los problemas derivados de las visiones más participativas de la democracia. Frente a tales visiones, Schumpeter aludió a la irracionalidad y la falta de conocimientos que eran

⁸ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 16.

⁹ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 16.

típicas entre una mayoría de los votantes, y abogó en favor de formas más limitadas o restrictivas de la democracia.¹⁰

De manera todavía más clara, unas décadas después, Samuel Huntington, junto con Michael Crozier y Joji Watanuki, publicaron el famoso “Informe de la Comisión Trilateral sobre la Gobernabilidad de las Democracias” (en adelante, “Informe”). Basado en datos recopilados desde la década de 1960 y publicados en 1975, el Informe describió la presencia de un abismo cada vez mayor entre, por un lado, las expectativas y demandas sociales existentes y, por el otro, la capacidad del sistema institucional para satisfacer esas demandas. El sistema político –sostenía el Informe– aparecía entonces “recalentado” o, mejor, “sobrecargado” por las demandas de la ciudadanía. Como en el caso de Schumpeter, Huntington y sus colegas concluyeron su análisis instando a la moderación con respecto a las demandas democráticas y sugirieron que la única “cura” razonable al problema de un sistema institucional “sobrecargado” era el de fijar límites adicionales sobre la democracia. Según el Informe, “el funcionamiento eficaz de un sistema político democrático” requería de “cierto grado de apatía y falta de participación por parte de algunos individuos o grupos”.¹¹

Considero que mis trabajos recientes comparten, con los estudios referidos (y también, probablemente, con la visión de Guillermo) *un mismo diagnóstico*, relacionado con la “sobrecarga de demandas democráticas”, hoy existente y la incapacidad creciente del sistema institucional para satisfacerlas. Sin embargo, y de manera notable, según entiendo, me diferencio de tales presentaciones en los “remedios” o “respuestas” que ofrezco, ante los males diagnosticados. Mientras que en aquellos trabajos (y, según creo, en la visión de Guillermo) lo que prima es una demanda por limitar, de algún modo, las ansiedades y apetencias de los ciudadanos (y consumidores), en mis estudios lo que se advierte es un reclamo por tornar al constitucionalismo más sensible frente a (lo que considero) las razonables demandas democráticas que, crecientemente, presenta la ciudadanía.

¹⁰ Ver Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London: Harper Classics, 2008).

¹¹ Ver Michael Crozier, Samuel Huntington y Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, Paperback (New York: New York University Press, 1975); Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (Chicago: The University of Chicago Press, 1956); Samuel Huntington, *American Politics: The Promise of Disharmony* (Cambridge: Harvard University Press, 1983).

V. Estabilidad y juegos de “todo o nada”

En cuarto lugar, y de un modo muy breve, quisiera aludir a algunas consideraciones recurrentes de Guillermo Jensen, en torno a la “estabilidad o gobernabilidad” (por ejemplo, en páginas 11 o 17), y sus repetidas referencias a la “democracia posible” (según cita de Carlos Strasser) frente a la pretensión (que me atribuye) de querer “cambiarlo todo” con el riesgo de que nos quedemos “sin nada” (página 14). En este tipo de afirmaciones se advierte al Jensen (permítanme decirlo, sin incluir una valoración negativa en el término) más “conservador”. El conservadurismo suele estar asociado con el discurso de la “estabilidad política” y las apelaciones a “lo posible”. Y esa vinculación se torna evidente –como en este caso– cuando la alternativa en juego es descripta, injustificadamente, en términos apocalípticos (“lo que se pretende es cambiarlo todo”, “lo que va a ocurrir es que nos quedemos sin nada”).¹² Como considero que esta porción del argumento de Guillermo es la menos justificada y la más “ideológica” (en el sentido de ser producto más de prejuicios que de razones) de su texto, no voy a presionar mucho sobre sus dichos.

Diré, simplemente, que la cuestión de la estabilidad me preocupa también – ¡obviamente!– y que por ello me sorprendió su señalamiento/acusación. Inquieto por la crítica de Guillermo, y en una primera indagación con la herramienta del “buscador de palabras”, pude detectar que en mi libro había –en efecto, y tal como recordaba– muchas referencias al tema de la estabilidad (unas 15 referencias).¹³ Más allá de dicha cuestión formal (que en parte desmiente a Guillermo en lo atinente a mi referido “desinterés” sobre la cuestión), lo cierto es que nada de lo que señalo en el libro sugiere mi descuido sobre semejante tema. Por ello es que (de modo particular, en toda la última parte del libro) llevo adelante una exploración sobre alternativas institucionales. Examino, entonces, alternativas para la crisis de representación (en la línea de las Asambleas Ciudadanas) y aun para temas como el de la *judicial review* (una práctica institucional en relación con la cual, desde mi juventud, siempre me sentí alejado e incómodo). Contra Guillermo, concluiría esta breve reflexión sobre el tema impugnando el discurso (en este caso, *su* discurso) del “todo o nada”, que suele ser (como en esta ocasión) falso, o indebidamente

¹² Ver Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, pp. 11, 14 y 17.

¹³ Ver Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021).

exagerado, en la ansiedad de probar un punto. El lema que propondría, como cierre de esta sección, podría ser el siguiente: *cuanto más apocalíptica la descripción del adversario, más altas las chances de que las afirmaciones del caso resulten poco fundadas.*

VI. El colapso de la distinción entre derecho y política

Uno de los temas más difíciles y punzantes a los que se refiere Guillermo Jensen, en sus comentarios, tiene que ver con la siguiente idea. Mi concepción teórica –según señala Guillermo en la página 22 de su estudio– “facilita la vinculación del derecho con el ideal democrático”, pero al precio de “hacer colapsar la distinción entre derecho y política”. Y –agrega Guillermo, a renglón seguido– “si los derechos se disuelven en la política (incluso si esa política es deliberativa), corren el peligro de ser cooptados por la lógica que acompaña siempre a esta última: la contingencia y la eventual conflictividad”.¹⁴

Así presentado, el punto tiene interés, aunque parte de él tiene que ver con una frase (referida al “colapso de la distinción entre derecho y política”) que tiende a ser más rimbombante que efectiva. En efecto, y como señalara frente a puntos anteriores, aquí también se advierte que Guillermo realiza –a veces– afirmaciones más ambiciosas que precisas. En este caso, mi crítica a Guillermo encuentra fácil y contundente respaldo, cuando advertimos cuál es el apoyo empírico al que apela para afirmar que “la historia trágica” de nuestro tiempo “está repleta de ejemplos de cómo decisiones en nombre de la democracia decantaron en la negación de libertades individuales”.¹⁵ En efecto, en la nota al pie Nro. 50 de su texto, Guillermo me desilusiona citando los “recientes casos de encarcelamiento de opositores en Rusia, Nicaragua y Venezuela” y restricciones a las libertades individuales ocurridas en “Hungria, Polonia y Turquía”.¹⁶ Confieso que, cuando encuentro referencias de este tipo, mi inclinación es la de dejar de leer. Porque, ¿en qué sentido puede ser relevante la cita de semejantes abusos y desmesuras incalificables, para hablar de una concepción democrática como la que defiende? (una concepción que, en todo caso, puede ser criticada por las razones contrarias –esto es, por apelar a un ideal democrático demasiado exigente–). De todos modos, como en definitiva

¹⁴ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 22.

¹⁵ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 22.

¹⁶ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, cita Nro. 50.

confío en Guillermo y su buen juicio, sigo leyendo y procuro responderle, apelando a la mejor reconstrucción que creo posible, de aquello que me objeta.

Veamos entonces. ¿Es cierto que (olvidándonos de ejemplos impresentables, como los citados) mi argumentación favorece la disolución de los derechos en la política? Guillermo sugiere que sí, porque piensa que eso es lo que se deriva de mi aproximación a los derechos como “instrumentos” que deben quedar sujetos a la “deliberación democrática”. Guillermo llega a esta conclusión luego de un análisis adecuado del “capítulo entero” que le dedico a la cuestión –después de revisar mis críticas a Dworkin-Ferrajoli y la idea del “coto vedado”–¹⁷ y habiendo procedido a comparar mi postura con la de Carlos Nino (a la que elogia en su ruta “desde el liberalismo hacia la democracia”).¹⁸ Me complace este recorrido, y agradezco a Guillermo el cuidado con que lo lleva a cabo (otra vez, más allá de los incómodos ejemplos referidos).

Me permito, en todo caso, aprovechar esta oportunidad para aclarar un punto que pudo haber quedado algo confuso o poco nítido en mis escritos. Ante todo, en mis últimos trabajos repito, insistentemente, que los derechos no forman parte de (algo así como para utilizar el lenguaje de Luigi Ferrajoli) una “esfera de lo indecible”. Es decir, ellos no pertenecen a una esfera ajena a la política, vedada al debate democrático. Para respaldar esto que afirmo, cito –de manera habitual– la primera línea del gran libro de Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, para señalar –con Nino– que “los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”.¹⁹ A través de una cita semejante, quiero hacer lo mismo que, según entiendo, quería hacer Nino, al situar dicha afirmación en el mismo comienzo de su trabajo. Lo que pretendo (pretendemos) es desafiar a una tradición jurídica que concebía a los derechos como “derechos naturales”, ajenos por tanto al debate democrático.

Ahora bien, decir (reconocer) que los derechos son “uno de los más grandes inventos de nuestra civilización” –y que, por lo tanto, en tanto creaciones “nuestras”– no son, no han sido, ni merecen ser considerados como ajenos al debate democrático, no quiere decir que los derechos constitucionales estén allí *up for grabs* –digamos, a la merced de cualquier “arrebato”–. Esto es lo que Guillermo sugiere y lo que yo enfáticamente niego.

¹⁷ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 9.

¹⁸ Nino en Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 21.

¹⁹ Carlos Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989), p. 1.

Y ello por razones que explicito en mi libro. Básicamente: cuando, colectivamente, convertimos a un cierto derecho en “derecho constitucional”, realizamos una operación muy particular que consiste en transformar a ese derecho en algo muy distinto que un “mero producto legislativo” –una ley cualquiera–. Ahora, si queremos “remover” a ese derecho, “limitarlo” o “anularlo”, quedamos obligados a “atravesar un valle transicional” complicado: el de la reforma constitucional. En este punto (y esto es lo que tal vez haya confundido a Guillermo) es donde mi postura se diferencia de la de otros autores como Jeremy Waldron, también defensores de una idea robusta de “participación democrática” (a la que Waldron reconoce como el “derecho de los derechos”).²⁰ Mi idea es que esas “creaciones humanas” –los derechos constitucionales– nos refieren a “intereses (que hemos definido como) fundamentales” y a los que, por tanto, decidimos proteger de modo (super) especial. Negar esto –pretender que, a pesar de su estatus como “derecho constitucional”, podemos hacer de ese derecho cualquier cosa (aun eliminarlo), en cualquier momento y bajo la excusa de cualquier capricho– implica no haber entendido en absoluto cuál era el recorrido propuesto –qué es lo que quisimos hacer, qué es lo que concretamos, qué es lo que nos interesó lograr, colectivamente–. No se trata, simplemente, de que “creamos” esos derechos “porque sí” o por razones de ocasional coyuntura, como las que pueden primar cuando decidimos asignar 500 policías, en lugar de 50, para custodiar a un cierto evento deportivo. Al “convertir” a un “interés (que consideramos) fundamental” en “derecho constitucional” damos un paso de enorme trascendencia jurídica e institucional. Se trata de uno de los esfuerzos más importantes que podemos hacer para resguardar aquello que más nos importa resguardar –para custodiar los bienes que consideramos, colectivamente, como nuestros bienes más preciados–.²¹

²⁰ Ver Jeremy Waldron, *Law and disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

²¹ Agrego una pequeña nota al pie con una breve referencia sobre algo que sostiene Guillermo Jensen en la página 27, acerca de la posibilidad de “eliminar derechos” a través del debate democrático. Y presento este comentario aludiendo a un debate al que suelo aludir: el debate entre John Rawls y Bruce Ackerman, sobre el “quiebre constitucional” (*constitutional breakdown*). Viniendo de una posición más “liberal” y afin a la idea de la inviolabilidad de los derechos, Rawls consideraba que, por ejemplo, una reforma constitucional que terminase con/eliminara la Primera Enmienda (Primera Enmienda que impide la “imposición religiosa”) debería considerarse, directamente, como un “quiebre constitucional” y, como tal, impermisible. Ackerman, en cambio, desde una postura de (lo que llamaría) “confianza jeffersoniana en la ciudadanía” y más afin al valor “democracia”, entendía que dicha reforma era altamente improbable (¿cuándo es que se dio algo así, a través del debate democrático?), y que si, en un “momento constitucional”, se consagrara algo semejante, lo que correspondería hacer sería, en lugar de impedir esa reforma, militar en contra de ella. Mi postura, en este sentido, es obviamente Jeffersoniana, o Ackermaniana: no es dable esperar que surjan medidas de ese tipo en momentos de “amplio debate democrático”, por las mismas razones por las que Amartya Sen aludió (célebremente) a que “en democracia no hay hambrunas” (una afirmación que terminó

VII. ¿Y las propuestas?

Concluyo mi respuesta a Guillermo Jensen con la que es, también, su última línea de críticas a mi trabajo: la referida a las propuestas institucionales. Cito al trabajo de Guillermo, en su página 27. Allí, él se refiere críticamente al “relativamente poco espacio dedicado al análisis de las experiencias dialógicas e inclusivas de los últimos años”.²² Comienzo mi respuesta en este respecto con dos comentarios preliminares sobre la cuestión. Por un lado, reconozco que hay algo de cierto en lo que señala Guillermo en su escrito. Es verdad que no presento una defensa más o menos completa y detallada de un esquema institucional alternativo. De hecho –lo revelo también– justamente en estos días comienzo a trabajar en un proyecto personal nuevo, que pretende concentrarse exclusivamente en la reflexión sobre propuestas institucionales efectivas. La pretensión de mi libro, en tal sentido, era fundamentalmente otra. Lo que me interesaba era (terminar de) sentar las bases normativas de un proyecto democrático alternativo. Por otro lado (y por lo mismo), debo confesar que esta línea de críticas es la que menos me interesó de las presentadas por Guillermo (frente a otras críticas, en cambio, me manifesté en desacuerdo). No me interesaron mucho sus comentarios al respecto, porque me resultaron, en algún sentido, obvios: finalmente (esperablemente), él no “encontró” en mi libro aquello que no “puse” y de lo que, por tanto, “no había”.

En efecto, en ningún momento fue la idea de mi libro la de concluirlo presentando un esquema completo de alternativas. Lo que me interesó, en cambio (y “apenas”), fue presentar algunas sugerencias institucionales (camino alternativo que comenzaban a transitarse en la práctica) que, como insistí repetidamente en mi trabajo, marcaban algo muy relevante para sus propósitos (y en contra de lo que autores como Guillermo sostienen): hay mucha “vida institucional posible” entre el actual estado de cosas y el “cambiar todo”, “destruir todo” o “poner todo en riesgo”. Hay caminos institucionales promisorios, atractivos y perfectamente consistentes con las premisas básicas de la “conversación entre iguales”. Esto es algo que digo y repito en el libro, una y otra vez.

valiéndole un Premio Nobel): los individuos podemos equivocarnos y de hecho nos equivocamos con frecuencia, por supuesto, pero no somos irracionales. Si podemos discutir y acceder a información plural, y otros pueden decirnos por qué nos equivocamos, tendemos a corregir nuestros errores y a evitar catástrofes (como las hambrunas). Se trata de hechos que no niegan, obviamente, que “lo peor pueda ocurrir”, aunque hasta ahora (en condiciones relativamente normales) tal tipo de catástrofes no hayan ocurrido en democracias robustas. Ver, en particular, John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1991), p. 91.

²² Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 27.

Por ello, me extraña o sorprende un poco cuando Guillermo retoma ejemplos que ofrezco, como el de Islandia –un ejemplo que presento con tanto entusiasmo como reservas– para decir que, finalmente, dicha experiencia (cito a Guillermo) “adoleció de muchos déficits de representación” (así, en la página 23 de su trabajo).²³ ¡Obviamente que sí! De ningún modo aludo a casos como el de Islandia para ilustrar la posibilidad del “paraíso en la tierra”. Por el contrario, me refiero a este tipo de ejemplos de otro modo y bajo otra caracterización. Veo a casos como el de Islandia como una muestra más –aunque una muestra notable– de la forma en que las sucesivas experiencias de las Asambleas Ciudadanas se han mirado entre sí, aprendido unas de otras y corregido mutuamente. Por ello es que dedico términos más elogiosos para experiencias posteriores, como la de Irlanda –una experiencia que Guillermo también reconoce como positiva, aunque solo luego de calificarla como “excepcional”–.

El otro caso “práctico” al que Guillermo le presta atención es al que se refiere a la discusión sobre el aborto en la Argentina. Sin embargo, si me resultaba extraño o sorprendente el modo en que Guillermo aludía a Asambleas Ciudadanas como las de Islandia (donde mi sorpresa se debía a que él las criticaba por razones que son totalmente consistentes con lo que yo mismo señalo en mi texto), me resulta algo decepcionante el modo en que él trata mis alusiones al (más conflictivo, entre nosotros) caso del aborto. En la página 25 de su escrito, Guillermo señala –casi como una acusación a mí– que “el final del proceso” (de discusión sobre el aborto en la Argentina) “siguió la lógica propia de los cálculos y los intereses de los representantes: se cerró el debate cuando un sector político logró imponer su mayoría para forzar la votación”.²⁴ Me incomoda esta afirmación. Ocurre que en mi libro sobre la “conversación entre iguales”, y al describir el caso argentino (páginas 266 y 267 de mi libro) critico en duros términos lo hecho por el Congreso argentino en el 2018.²⁵ Y lo critico, justamente, por distorsionar, degradar y finalmente “matar” el riquísimo debate que se había dado en la materia, primero en la sociedad civil y luego –a través de atractivas audiencias públicas– en el propio ámbito del Congreso. Se trata de un ejemplo que reafirma, en lugar de negar, lo que señalo en el libro. El sistema institucional-representativo que tenemos se encuentra en una situación

²³ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 23.

²⁴ Jensen, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, p. 25.

²⁵ Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, pp. 266-7.

terminal, que permite que los representantes hagan, literalmente, cualquier cosa frente a sus representados –como si ellos si no importaran, como si ellos (todos nosotros, finalmente) no existieran (no existiéramos). Ello, aun en casos como el citado, en los que la ciudadanía “se puso de pie”, aceptó el convite al diálogo y entregó lo mejor de sí en un debate público, informado, apasionado y apasionante.

VIII. *Finale, presto*

Concluyo, en este punto, mis reflexiones sobre el trabajo de Guillermo Jensen. Como es habitual en las respuestas que escribo frente a mis críticos, estoy seguro de que algunas de mis réplicas sonarán (se leerán como si fueran) más fuertes, enojosas o drásticas de lo que son. Lo cierto es que me siento feliz y enormemente agradecido de contar con lectores tan agudos, serios y amigables como Guillermo. Críticos como él son los que, finalmente, le dan sentido a la labor académica en la que todos nosotros estamos involucrados.

Bibliografía

- Crozier, Michael, Huntington, Samuel y Watanuki, Joji. *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*. Paperback, New York: New York University Press, 1975.
- Dahl, Robert. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1956.
- Gargarella, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias se abran -por fin- al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.
- Huntington, Samuel. *American Politics: The Promise of Disharmony*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- Jensen, Guillermo. “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, Nro. 12 (diciembre de 2021): pp. 1-32.
- Lincoln, Abraham. “Discurso de Gettysburg”. Disponible en: <https://libertad.org/discursos/abraham-lincoln-discurso-de-gettysburg/>.
- Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1991). Wood, Gordon. *The Radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred Knopf, 1992.

Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Harper Classics, 2008.

Vile, Maurice. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967.

Waldron, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.