

Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”¹

Four readings on the constitutionalism-democracy relationship. In defense of the “conversation among equals”

Roberto Gargarella

 <https://orcid.org/0000-0003-1579-5427>

Universidad de Buenos Aires. Argentina
CONICET. Argentina

Universidad Pompeu Fabra. España
Correo electrónico: roberto.gargarella@gmail.com

Recepción: 17 de septiembre de 2024

Aceptación: 20 de octubre de 2024

Publicación: 21 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19523>

Resumen: En este trabajo examino la vieja tensión entre el constitucionalismo y la democracia, examinando algunas de sus reverberaciones contemporáneas. Exploro, entonces, cuatro lecturas diferentes acerca de cómo re-pensar y resolver esa tensión: 1) contra la democracia; 2) a favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”); 3) contra el constitucionalismo, y 4) a favor de la democracia (o “por la restauración democrática”). En el texto, y luego de introducir y comentar críticamente a cada una de estas cuatro alternativas, daré algunas razones para considerar a la última de tales posturas (“por la restauración de la democracia”), como la más plausible, y en línea con lo que denominé “la conversación entre iguales”.

Palabras clave: democracia; constitucionalismo; igualdad; deliberación; populismo.

Abstract: In this paper I discuss the long-standing tension between constitutionalism and democracy, looking at some of its contemporary reverberations. I explore, then, four different readings of how to rethink and resolve that tension:

¹ Project funded by the European Union (ERC, Project 101096176 - ICDD). The views and opinions expressed are solely those of the author and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

1) Against democracy; 2) Towards constitutionalism (or “for constitutional restoration”); 3) Against constitutionalism, and 4) Towards democracy (or “for democratic restoration”). Following the introduction and critical commentary on each of these four alternatives, I will provide some reasons to consider the latter (“for democratic restoration”) as the most plausible and consistent with what I have called “conversation among equals”.

Keywords: democracy; constitutionalism; equality; deliberation; populism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Contra la democracia*. III. *A favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”)*. IV. *Contra el constitucionalismo*. V. *A favor de la democracia (o “por la restauración democrática”)*. VI. *Síntesis final*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

Desde hace décadas, la teoría constitucional viene reflexionando sobre la tensa relación que se advierte entre las ideas de Constitución y democracia: ¿cómo pensar el vínculo entre ambas nociones? Y ¿cuál de entre ellas debe prevalecer, por qué y de qué modo, en caso de conflicto?² Se trata de una tensión que resulta, en buena medida, fundacional para el derecho: aquella a partir de la cual — podría decirse— se origina o resulta “todo lo demás” (i. e., nuestra reflexión sobre los derechos, sus alcances y límites; nuestra reflexión sobre el autogobierno, sus alcances y límites, etcétera).

La tensión a la que me refiero emerge a partir del convencimiento compartido de que ambas nociones, fuertemente relacionadas entre sí, resultan de fundamental importancia en la vida pública moderna (todos, de un modo u otro, parecemos estar comprometidos, a la vez, con tales ideas), al mismo tiempo que ellas se encuentran, de cierta forma, enfrentadas (sino directamente atadas por una relación de “suma cero”). En efecto, la idea de constitucionalismo nos habla de límites (sobre todo, pero no solamente, límites sobre el gobierno) que debemos respetar de manera rigurosa (típicamen-

² Un excelente, ya clásico, estudio en la materia puede encontrarse en Elster y Slagstad (1988).

te, límites que se manifiestan como irrenunciables, inviolables, inalienables derechos individuales y colectivos); mientras que la idea de democracia apela, de una u otra forma, a ideales de autogobierno que no se llevan bien con la existencia de límites estrictos, particularmente límites impuestos de manera heterónoma (por una persona, grupo o generación diferente de aquella que queda limitada en sus acciones o decisiones, por esa decisión que viene de “afuera”).

Según parece, la conclusión que se deriva de lo anterior es la de que, a mayor peso del constitucionalismo (cuanto más intensas sean las limitaciones impuestas por restricciones como las que establece una lista de derechos individuales), menor es el espacio que le queda a la democracia (menores son las posibilidades que le quedan a la comunidad para determinar, por sí misma, qué es lo que quiere hacer, o cómo es que quiere autoorganizarse). Del mismo modo —podría decirse— cuanto mayor sea el espacio que ocupa la democracia (en otros términos, cuanto mayor sea la libertad de una comunidad para autoorganizarse o para actuar del modo en que decida hacerlo), menor será el peso de las restricciones jurídicas en esa comunidad (menor será el valor o sentido de tener una lista de derechos). En este texto, y en lo que sigue, presentaré cuatro aproximaciones diferentes, contemporáneas, a esa conflictiva relación entre constitucionalismo y democracia.

Se trata —según veremos— de cuatro respuestas diferentes frente a las principales preguntas planteadas por aquella tensión original. Me referiré a esas cuatro diferentes respuestas designando a cada una con un nombre distinto. Los nombres con que designaré a cada una de tales posturas son los siguientes: 1) contra la democracia; 2) a favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”); 3) contra el constitucionalismo, y 4) a favor de la democracia (o “por la restauración democrática”). A continuación, me ocuparé de introducir y comentar críticamente a cada una de estas cuatro alternativas, y daré algunas razones para considerar a la última de tales posturas (“Por la restauración de la democracia”), como la más plausible, particularmente si es que uno pien-

sa a la democracia (como propongo hacerlo) en línea con la idea de la “conversación entre iguales”, que he presentado y defendido en otros trabajos (Gargarella, 2022).³

II. Contra la democracia

La primera lectura que quisiera explorar, en torno a cómo pensar la relación democracia-constitucionalismo, es la que he denominado “contra la democracia”. Tal vez el nombre que le asigno a esta alternativa suene exagerado, sin embargo, creo que el mismo resume bastante bien el contenido esencial de esta visión. De hecho, tomo ese nombre del título de un libro más o menos reciente, publicado por Jason Brennan (2017). De modo más general, pienso en una serie de autores que, ya varias décadas atrás (aproximadamente a mediados del siglo XX), reconocieron —con enorme lucidez, quisiera agregar— que el sistema institucional se encontraba “bajo amenaza”, en razón de crecientes, y en apariencia irrefrenables, demandas ciudadanas. Se trataba de demandas sociales fuertes y masivas que “recargaban” y “recalentaban” al sistema institucional, y que hasta ese momento no habían sido advertidas o reconocidas como relevantes. Como veremos, fue la aparición de esa “sobrecarga” de demandas sobre el constitucionalismo, la que llevó a muchos autores a sugerir modos de *contener o limitar la*

³ La concepción de la democracia como “conversación entre iguales” forma parte de la “gran familia” de visiones agrupadas bajo el paraguas de la “democracia deliberativa”. Con ellas, considera que las decisiones públicas se encuentran más o menos justificadas conforme al tipo de acuerdo democrático que las sustente: las normas más justificadas serían, en principio, aquellas que resulten de un debate público robusto. En todo caso, y a diferencia de varias otras visiones inscriptas dentro de dicha “familia”; la idea de la “conversación entre iguales” pone un especial acento en el valor de las discusiones públicas inclusivas y horizontales (más que en aquellas centradas primordialmente en la clase dirigente o los representantes electos); a la vez que propone trascender la idea original de la democracia deliberativa, que parecía asociar la discusión colectiva, exclusivamente, a procesos de intercambios de argumentos racionales, tornando dependiente a la misma de “la fuerza del mejor argumento”. La visión que suscribo, en cambio, reconoce que hay otras formas de participar en la discusión pública, que incluyen emociones, protestas, movilizaciones (silenciosas o meramente ruidosas), etcétera.

democracia como única manera de mantener a salvo al sistema constitucional que veían amenazado e incapacitado para responder a tales exigencias de raíz democrática.

Seguramente, el cambio institucional más importante de los que se concretaron en aquellos años —el que mejor explica la “revolución social” o democrática que empezaba a producirse entonces— fue la llegada del *sufragio universal*, que comenzó a consolidarse en todo el mundo occidental, muy lentamente, desde finales del siglo 19 (Nueva Zelanda fue el primer país en consagrar el voto femenino, en 1893; en Europa los países nórdicos comenzaron a establecerlo entre 1906 y 1915; en los Estados Unidos el principio de “una persona, un voto” —destinado a incluir a las minorías afroamericanas— recién se terminó por consolidar a mediados de los años sesenta, a través de la *Civil Rights Act* de 1964, la *Voting Rights Act* de 1965, y varias decisiones de la llamada “Corte Warren”). Este masivo ingreso de votos al sistema político cambiaría, radicalmente y para siempre, la vida pública occidental. De manera similar, la extensión del sistema de la *educación pública*; la disminución del analfabetismo; la aparición de movimientos sociales poderosos; el surgimiento de fuerzas políticas que desafiaban al orden establecido, fueron todos elementos que, en parte, expresaban la llegada de cambios definitivos en la organización política-social, y en parte ayudaban a consolidar esos mismos cambios.

No fue casual, entonces, que en ese contexto, y en ese tiempo, comenzaran a aparecer reflexiones y textos llamando a circunscribir, de algún modo, a ese repentino aluvión de demandas democráticas: como si las compuertas y exclusas del “dique constitucional” se hubieran dañado, y el sistema completo estuviera a punto de estallar. Una obra decisiva al respecto, en aquellos años —reveladora de las preocupaciones que turbaban entonces a la elite dirigente— fue la que publicara el economista austríaco Joseph Schumpeter, en 1942: el ahora clásico *Capitalism, socialism and democracy* (2008). En dicho libro, Schumpeter examinaba los problemas derivados de concepciones participativas de la democracia, como las que él veía en boga. En el citado trabajo, Schumpeter exploró

las inexactitudes del enfoque “clásico” de la democracia y las patologías que parecían surgir de él. Para él, la posibilidad de encontrar el “bien común” (que las concepciones clásicas de la democracia procuraban “descubrir” y expresar) era simplemente imposible. Mucho más que eso, Schumpeter objetó entonces a los fundamentos mismos de la democracia participativa, haciendo referencia a la irracionalidad y la falta de conocimiento propia —inevitable y distintiva— en una mayoría de los votantes. Su respuesta frente a dicha situación —la propuesta que terminaría por hacer conocida y simbolizar a su obra— fue la de una *concepción minimalista (elitista) de la democracia*, en donde la democracia pasaba a ser entendida como un mecanismo destinado a posibilitar la competencia entre partidos. Conforme a dicha visión, la democracia pasaba a ser entendida como (en paralelo a) un mercado económico, en donde los ciudadanos votaban con el propósito de seleccionar élites competidoras. Esta era, para él, la única respuesta razonable que podía ofrecerse frente a una opinión popular que —conforme a Schumpeter— era fácilmente manipulable, y en donde los ciudadanos parecían incapaces de tomar decisiones políticas inteligentes.

En mi opinión, sin embargo, los trabajos que mejor expresaron la necesidad de limitar a la democracia con el fin de “salvar” al sistema institucional, fueron los producidos por Samuel Huntington y una serie de científicos sociales, durante la década del 60. Pienso, en particular, en escritos como el famoso *Tri-lateral Commission’s report on the governability of democracies*, publicado por Huntington, Michel Crozier y Joji Watanuki, orientado a describir el surgimiento de un abismo cada vez mayor entre las expectativas y demandas sociales existentes, y la capacidad del sistema institucional para satisfacer esos reclamos. El sistema político —sostenían tales autores— se había “sobrecargado” (*overloaded*) de demandas de la ciudadanía. En su opinión, los cambios económicos y políticos producidos a comienzos del siglo XX habían elevado el nivel de expectativas y demandas populares sobre el gobierno, lo cual tendía a socavar la autoridad gubernamental y a poner en crisis —en definitiva— a todo el sistema democrá-

tico (Crozier et al., 1975; Huntington, 1983). Curiosamente o no, la mayoría de tales estudios concluyeron sugiriendo la necesidad de limitar la democracia como la única “cura” razonable al problema de ese sistema institucional “sobrecargado” (Schumpeter, 2008; Dahl, 1956; Crozier et al., 1975; Huntington, 1983 y Lechner, 1991). De lo que se trataba era de moderar el nivel de las exigencias democráticas. Para ellos, “la operación efectiva de un sistema político democrático” requería “cierta medida de apatía y no involucramiento por parte de algunos individuos o grupos”.

Contemporáneamente, pueden encontrarse preocupaciones con la democracia —preocupaciones en algún sentido similares a las que expresara el reporte de la Comisión Trilateral— en algunas secciones importantes de la filosofía y la economía política, y en la teoría constitucional. Por ejemplo, la llamada *public choice theory*, ha venido sosteniendo desde años una crítica fuerte a la democracia, basada en el argumento del votante como “ignorante racional”. La idea es que los individuos son racionales (no se desafía aquí, sino que se afirma, el supuesto de que el votante es racional), pero que —por cálculo racional— prefieren mantenerse “ignorantes” sobre la mayoría de los temas de interés público. Ello así, porque (y cuando) advierten que informarse sobre determinados temas, muy complejos (típicamente, temas relacionados con la organización económica), resulta una operación muy “costosa” (una pérdida de tiempo, finalmente) con costos que superan los beneficios potenciales que podrían obtenerse informándose sobre la materia. Las consecuencias que pueden seguirse de este tipo de supuestos resultan, por supuesto, muy graves, ya sea en relación con la (baja) calidad de las decisiones que pueden esperarse de una democracia; ya sea en cuanto a la (implícita o no) sugerencia de delegar el gobierno en una “tecnocracia” racional e informada (Brennan y Lomasky, 2008; Buchanan y Tullock, 1999). De manera similar, y a partir de similares supuestos, los filósofos argentinos Guido Pincione y Fernando Tesón han hecho referencia a la tendencia inevitable de que los ciudadanos crean en (y voten por) propuestas falsas o erradas, por completo contrarias a las sostenidas por las ciencias

sociales empíricamente fundadas. Por ello, proponen reducir el espacio de la “política mayoritaria” y expandir el lugar que ocupan los mercados en la determinación de la vida pública (Pincione y Tesón, 2017).

Relacionada con posiciones como las anteriores, y de manera todavía más radical y provocativa, han tomado fuerza, en los últimos años, posturas explícitamente “epistocráticas”, que reclaman el gobierno de los que más saben. Destacan, en este sentido, libros como *Against democracy*, de Jason Brennan (2017). Brennan sostiene que la democracia debe ser juzgada por sus resultados; que sus resultados no son buenos; y que ello se debe a que la democracia se ha convertido en el gobierno de los ignorantes y los irracionales. En el mismo sentido, Ilya Somin ha venido sosteniendo que el principal problema de las democracias contemporáneas tiene que ver con el hecho de que la mayoría de los votantes son ignorantes sobre los asuntos principales de gobierno (2013). La solución que se ofrece, una vez más, es la de la restricción de la democracia, bajo el supuesto de que la mayor participación política y la mayor deliberación democrática sólo pueden empeorar más a las personas (sus decisiones se convierten en más irracionales y mezquinas) y, consecuentemente, a los gobiernos (Brennan, 2017).

Como resulta claro, lo que sostienen este tipo de posturas, y lo que afirman concepciones de la democracia como las que aquí quiero defender, se encuentran en las antípodas: una postura aparece como contracara directa de lo que sostiene la otra. Por el momento, me limitaré a señalar que los desacuerdos entre tales posturas son enormes, y posiblemente irresolubles, dado que ellas parten de supuestos incompatibles. Mencionaré, simplemente, las dos principales líneas de desacuerdos a las que me refiero. Pienso, por un lado, en *desacuerdos descriptivos*, relacionados con el modo en que cada una de tales posturas concibe a la ciudadanía y sus capacidades; a la racionalidad colectiva; a las aptitudes políticas de las mayorías; y a las posibilidades operativas del sistema institucional. Desde el punto de vista de la “conversación entre iguales” se asume, primeramente, que todos tenemos capacidades similares, somos si-

milares en nuestra racionalidad limitada, imperfecta (lo que implica rechazar, por tanto, las distintas formas de la epistocracia: desde el gobierno de los tecnócratas, hasta el elitismo judicial); del mismo modo en que se reconoce la existencia de procedimientos políticos que pueden ayudar a mejorar, o perfeccionar, los procesos de toma de decisiones y los sistemas destinados a “limpiar” las preferencias de todos —*laundry preferences*—, en la terminología de Goodin (1986). En tal sentido, me contentaré con señalar (por el momento, y a los fines de avanzar con este trabajo) que desde el paradigma de la “conversación entre iguales” (entre otros posibles) se afirma que los *procedimientos institucionales* tienen la capacidad y potencia de perfeccionar las decisiones colectivas. Quiero decir: no pienso aquí en eventos mágicos, sino en buenos procedimientos, como los del sistema de jurados. Típicamente, y en las latitudes más diversas, los procedimientos del jurado tienden a transformar las posturas potencialmente más agresivas (mal informadas, prejuiciadas, etcétera) en posturas sensatas (más parsimoniosas que las de los jueces profesionales), a partir de la fijación de ciertas reglas básicas: la publicidad de los argumentos; la obligación de escuchar a las dos partes; el fin del anonimato, etcétera.

Por otro lado, el proyecto de la “conversación entre iguales” y la lectura “contra la democracia”, muestran evidentes *desacuerdos normativos* en relación con las posturas arriba revisadas (“contra la democracia”) que comienzan con el lugar que le otorgan al principio de la “igual dignidad moral” (un principio que ocupa un lugar central y fundante en los modelos dialógicos de la democracia), y que se extienden —de modo particularmente prominente— al modo en que valoran los procesos de discusión pública. El proyecto de la “conversación entre iguales” aparece anclado en la idea milleana conforme a la cual “cada persona es el mejor juez de sus propios intereses” (Mill, 1859/2003), y deriva de allí una defensa fuerte de la libertad de expresión; la crítica política y, sobre todo, el debate democrático. Se defiende, por tanto, el debate colectivo sobre temas de interés público, no por meras razones de humanidad, o por tolerancia, sino por razones epistémicas: se propone

consultar, en principio, a “todos los afectados”, porque se considera que de ese modo la decisión pública se enriquece, favoreciendo la imparcialidad de los procesos de toma de decisiones (Habermas, 1996; Landemore, 2013, 2020). En todo caso, y asumiendo la imposibilidad de saldar una discusión tan profunda en un espacio tan breve, dejaré la comparación y contraste entre tales posturas opuestas, en este punto.

III. A favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”)

La segunda lectura que quisiera explorar, en torno a cómo pensar la relación democracia-constitucionalismo, difiere de la anterior de manera significativa: 1) por un lado en el foco, ya que la lectura anterior concentraba su atención en la democracia, y los problemas generados por ella; mientras que ésta se focaliza en el constitucionalismo, y los problemas o ataques que el mismo padece, y 2) por otro lado en la orientación, ya que la primera lectura procuraba establecer límites sobre la democracia (a la luz de sus alegados “excesos”), mientras que esta segunda procura revitalizar al constitucionalismo, frente a las amenazas y ataques que —según se sostiene— y lo han afectado, debilitando sus fuerzas (*i. e.*, su capacidad para limitar al poder político).

Son muchos los autores y textos que pueden ser relacionados con esta postura. Ellos pueden ser identificados por una común preocupación que les motiva, relacionada con un problema que reconocen como distintivo de nuestro tiempo, y al que tienden a denominar de la misma forma: la “erosión democrática” (Dixon, 2018). La literatura sobre la materia ha crecido en número, y se ha sofisticado mucho, en estos años (Bermeo, 2016; Graber *et al.*, 2018; Landau, 2013; Levitsky y Ziblatt, 2018; Luo y Przeworski, 2019; Sunstein, 2018). De entre todos los trabajos que se han escrito al respecto, en estos años, aquí voy a concentrarme de manera particular en uno —tal vez el más influyente, completo y ambicioso

de ellos— escrito por los comparativistas Tom Ginsburg y Aziz Huq, y galardonado recientemente con el Premio del Libro ICON-S 2019: *How to save a Constitutional Democracy* (Ginsburg y Huq, 2018).

El libro de Ginsburg y Huq nos puede servir para tener una idea más precisa del significado, los límites y alcances de esta segunda visión. Para comenzar, entonces, por la tarea conceptual que necesitamos, diría que el libro de Ginsburg y Huq —como toda la literatura a la que aquí me refiero— parte de una distinción entre el pasado y el presente, para llamar nuestra atención sobre un fenómeno particularmente saliente durante el siglo XX: el de la “erosión democrática”. Según ellos, este fenómeno “nuevo” debe distinguirse de otro que fuera típico en décadas anteriores (particularmente en el siglo XX): el del “colapso autoritario”, los “golpes de estado” o la “muerte súbita” de la democracia (tan habituales, por caso, en la América Latina del siglo anterior). Contra lo que pudo ser habitual en el siglo XX, nos veríamos enfrentados hoy a un fenómeno diverso del anterior, que podría ser descrito como de “muerte lenta” de la democracia: la “muerte a partir de 1000 cortes”. En el libro de Ginsburg y Huq, se describe a este riesgo propio de nuestra era como un “proceso de deterioro incremental, pero en última instancia aún sustancial, en los tres predicados básicos de la democracia: elecciones competitivas, derechos liberales de expresión y asociación y el estado de derecho” (Ginsburg y Huq, 2018, pp. 43 y 44). El resultado habitual de este tipo de deterioro lento sería “algún tipo de estructura autoritaria competitiva” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 39). Afirman, al respecto, nuestros autores: “En la última década del siglo XX, la democracia liberal parecía haber triunfado en todas partes. Sin embargo, hoy existe una creciente preocupación de que la forma de democracia proporciona una fachada para el comportamiento antidemocrático” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 9).

Lo hemos visto todos, de manera especialmente notable, en los últimos años: gobernantes y políticos movidos por ánimos autoritarios que toman decisiones destinadas a expandir su propio poder, y/o a limitar (o directamente impedir) los controles sobre ellos

mismos. Ninguna de tales medidas, mirada en sí misma, parece claramente inválida, pero el conjunto de ellas genera un deterioro del sistema de *checks and balances*: las “tuercas y tornillos” que sostienen a la maquinaria constitucional son “aflojados” de a poco, hasta que —al final del día— terminamos por encontrarnos con un sistema constitucional distinto, ya irreconocible, con un rostro que parece más propio de un régimen autoritario. Trump en los Estados Unidos, Erdogan en Turquía, Orban en Hungría, Bolsonaro en Brasil, son algunos de los ejemplos habituales a los que se recurre para dar cuenta de este nuevo fenómeno.

Como todos los autores inscriptos dentro de esta corriente, Ginsburg y Huq han dedicado parte de sus trabajos a sugerir una lista de medidas capaces de (o, al menos, orientadas a) “curar” estos males que afectan al sistema constitucional, hasta restablecer así, en la medida de lo posible, el viejo sistema de “frenos y balances”. Entre los muchos mecanismos y cambios que ellos exploran, encontramos sugerencias tan variadas como las siguientes: una “articulación más cuidadosa y completa de los derechos [democráticos básicos]” en la Constitución (Ginsburg y Huq, 2018, p. 198); el establecimiento de “órganos electorales independientes”, “comisiones electorales no partidistas” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 199); la “supervisión efectiva de los procesos electorales y protección contra la corrupción” (como se hizo en México en los últimos años); el uso de una disposición legislativa de “escalada supermayoritaria” para la autorización de poderes de emergencia (como la sugerida recientemente por Bruce Ackerman) (Ginsburg y Huq, 2018, p. 201); el aumento de las protecciones legales de la autonomía burocrática (Ginsburg y Huq, 2018, p. 225); o la designación de autoridades nuevas —como la de los defensores del pueblo— a cargo de identificar el fraude y los abusos de poder (Ginsburg y Huq, 2018, p. 225).

Por supuesto, el problema general que identifican estos autores es real —presenciamos consistentes, reiterados y fuertes ataques a la estructura de los *checks and balances*—, es grave, y merece atención y remedio. Desde una perspectiva como la que definiendo —la de la “conversación entre iguales”— uno puede reconocer fá-

cilmente la seriedad de ese problema, y la necesidad de afrontarlo de modo urgente: necesitamos, sin dudas, reparar una maquinaria constitucional que, en buena medida, se ve incapacitada para cumplir con sus viejos (y loables) propósitos (impedir los abusos de poder, preservar derechos, etcétera.). Sin embargo, creo que también son muchos y muy serios los problemas propios de esta visión (problemas que, insisto, no pretenden —ni están dirigidos a— desmentir la importancia de las dificultades que desde esta perspectiva se identifican).

Comienzo por realizar dos aclaraciones en apariencia menores, pero que tienen su importancia: el “nuevo” fenómeno de la “erosión democrática” no parece, en verdad, un fenómeno “nuevo”, ni tampoco un problema esencialmente “democrático”. Ante todo, y sobre la “novedad” del problema, cabría decir que se alude aquí a una cuestión que tiene detrás de sí una larga historia —típicamente, en América Latina— en donde la vida constitucional se ha visto gravemente deteriorada (a veces aceleradamente, a veces de forma lenta y gradual) desde el “minuto uno” de la independencia, y a partir del desgaste generado “desde arriba”, por gobernantes todopoderosos (en lo que Carlos Nino denominara “hiperpresidencialismo”), sobre la estructura constitucional destinada a controlarlos (Nino, 1996).

Del mismo modo, y de manera más relevante, el problema referido aparece fundamentalmente relacionado con el “constitucionalismo”, aunque se hable del mismo aludiendo a la “erosión democrática”. Se trata, en verdad, y en todo caso, de la “erosión constitucional” —la que afecta al sistema de “frenos y balances”—. Esta cuestión es central, como diré, porque entonces, los “remedios” que autores como Ginsburg y Huq sugieren no vienen a “curar” los males que afectan a la democracia, sino —en todo caso— a menguar el deterioro que viene sufriendo la estructura constitucional de los *checks and balances*. De allí que tenga sentido hablar (como propongo hacerlo) de una visión que viene a “restaurar” al constitucionalismo, antes que de uno orientada a revigorizar a la democracia.

Quisiera detenerme en esta cuestión algunos instantes, porque entiendo que nos refiere a un tema muy relevante, y muy común en esta porción de la literatura: nos encontramos aquí, de manera habitual, con autores que “superponen” o confunden (conflata) los problemas de la democracia con los problemas del constitucionalismo.

En efecto, libros como *How to save a constitutional democracy* (Ginsburg y Huq, 2018) combinan dos cuestiones diferentes, que deberían haber sido objeto de un examen diferente y por separado. Así, en su análisis de las causas que contribuyen a la erosión de la democracia liberal constitucional, una obra como la referida sobrepone los problemas que tienen que ver con el ámbito del constitucionalismo (problemas relacionados con el establecimiento de límites al poder) con otros problemas relacionados con el ámbito de la democracia (digamos, la creciente —y comprensible— falta de compromiso y adhesión ciudadana hacia la democracia). Se superponen entonces estas dos “causas” como si necesariamente trabajaran juntas, o como si implicaran al final una y la misma cosa. Pero el hecho es que las dificultades que afectan al constitucionalismo contemporáneo, y las que afectan a la democracia en nuestro tiempo, son de naturaleza muy diferente y requieren de una atención separada. Imaginemos, por caso, que de alguna manera —algo milagrosamente— lográramos restaurar la vieja maquinaria de “frenos y contrapesos”. Imaginemos, así, que ponemos fin a la práctica extendida de los abusos del Ejecutivo; que finalmente pone fin a la extendida práctica de dismantelar de todos los dispositivos de control existentes, etcétera. Ahora, incluso si mágicamente lográramos esos ambiciosos objetivos, una parte central de nuestro problema de “erosión de la democracia” todavía estaría en su lugar, fundamentalmente intacto. En tales circunstancias, esperablemente, la gente seguiría sintiéndose alienada del poder y desconectada de la democracia. Y esto sería así porque los problemas que plantea la crisis del constitucionalismo difieren significativamente de los que plantea la crisis de la democracia. En otras palabras, la ciudadanía no se siente alienada políticamente por-

que, digamos, los jueces no controlan al Ejecutivo; los legisladores son demasiado deferentes con el presidente, o el Ejecutivo no está debidamente controlado. “Nosotros, el Pueblo” nos sentimos distanciados de la política porque —con razón— reconocemos que nuestra vida política nos ofrece muy pocas posibilidades de participar significativamente en la decisión y discusión de nuestros propios asuntos, los que más nos afectan (el rumbo de nuestra economía; las medidas de seguridad y de educación que se toman; etcétera).

En definitiva, las “soluciones” que, desde esta porción de la literatura se proponen para remediar los males constitucionales en curso prometen dejar intactos —intocados— los males que, desde hace décadas, vienen afectando a nuestras democracias. Otra vez: no se trata de que no deban repararse los “desajustes de tuercas y tornillos” producidos sobre la estructura constitucional. Se trata de que esos necesarios “ajustes” no van a servir, esperablemente, para “remediar” el gravísimo problema (desde mi perspectiva, el más importante) que sufrimos, a nivel institucional: el deterioro de nuestras democracias, nuestra pérdida de fe en el valor y el sentido de contribuir en la construcción de una comunidad más democrática.

Muchos de los problemas que aparecen en trabajos como los de Ginsburg y Huq, pero también en los de Przeworski o Levitsky, parecen derivar del enfoque “minimalista y restrictivo de la democracia” —schumpeteriano— que Ginsburg y Huq —como los demás mencionados— suscriben, tal vez innecesariamente, en su trabajo (2018, pp. 10 y 14).⁴ Lo dicho, según entiendo, expli-

⁴ De hecho, Ginsburg y Huq toman como base para su análisis una comprensión explícitamente schumpeteriana de la democracia según la cual la democracia se describe como un “arreglo institucional para llegar a decisiones políticas en el que los individuos adquieren el poder decidir mediante la lucha competitiva por el voto del pueblo” (2018, p. 8). Los autores pueden decir, en defensa de esta suposición minimalista sobre la democracia, que querían poder describir y comparar sistemas institucionales muy diferentes en todo el mundo. Esto explicaría por qué eligieron un concepto tan delgado de democracia: esta definición les permitiría “capturar” la más amplia variedad de regímenes democráticos existentes. En otras palabras, no querían excluir de su análisis comparativo, digamos, cierta democracia “modesta” o que funciona mal, simplemente porque no cumple con los estándares sofisticados esta-

ca por qué autores como los citados miran con escepticismo, desconfianza o sospecha a algunos de los “remedios democráticos” más interesantes, aparecidos en nuestro tiempo, remedios celebrados desde la perspectiva de la “conversación entre iguales,” como el de las “asambleas ciudadanas”, que exploraremos más adelante.

Por lo mismo, no resulta extraño comprobar de qué modo, a la hora de pensar sobre problemas democráticos como los citados, académicos tales concentren su atención en lo que describen como una creciente e injustificada “apatía democrática”, en lugar de focalizar su mirada sobre los elementos institucionales/estructurales que pueden llegar a explicar, y justificar también, el alejamiento ciudadano respecto de la política profesional.⁵ Muchos de nosotros bien podríamos (re)describir ese apartamiento popular de la política como un *producto endógeno* de un sistema institucional que, desde su nacimiento, desalienta antes que promueve la intervención ciudadana en la esfera pública; no se interesa por crear foros para la deliberación y decisión democrática; cultiva un modelo re-

blecidos por su robusto ideal de democracia preferido. De mi parte, sin embargo, resistiría a este enfoque de la democracia, tanto a nivel descriptivo como normativo. En primer lugar, el enfoque schumpeteriano parece no solo minimalista, sino también particularmente —y por razones como las examinadas más arriba— poco atractivo. Es poco atractivo, en particular, por el fuerte sesgo que incorpora contra la participación política: la participación aparece, para esta visión, limitada al acto de votar (Ginsburg y Huq parecen estar satisfechos, más que preocupados por el hecho de que “la movilización electoral sigue siendo el principal y más importante canal de participación pública en los Estados Unidos y otras democracias” (2018, p. 244)). Además, según este punto de vista, la estabilidad de la democracia depende de la existencia de una apatía generalizada y de una incompetencia política generalizada. Pero: ¿por qué nuestra definición de democracia debería ser tan resistente al valor de la participación política? Y, de nuevo: ¿es la apatía política una característica común o básica de la mayoría de las democracias modernas? ¿Debe considerarse como tal?

⁵ En un párrafo particularmente revelador, al respecto, Ginsburg y Huq señalan que “no hay democracia sin una medida decente de compromiso popular con la democracia. Mantener ese compromiso depende de lo que la gente siga queriendo en términos de gobierno, en términos de un país para ellos y sus hijos. Se trata de creencias y preferencias, no de incentivos o estrategias, que se transmiten al interior de las familias, escuelas, iglesias, mezquitas, sinagogas, lugares de trabajo y redes sociales. Sin esas creencias, sin un simple deseo de democracia por parte de la mayoría, el mejor diseño institucional y constitucional del mundo probablemente será en vano.” (2018, p. 244). De manera sorprendente, ellos subrayan —sin mayor apoyo empírico— el hecho de que esa apatía resulta de “creencias y preferencias”, antes que de “incentivos o estrategias,” cuando muchos podríamos sugerir —como lo haré— conclusiones directamente opuestas a las que ellos afirman.

presentativo basado en la “separación estricta” entre ciudadanos y representantes; favorece la concentración, más que la desconcentración o democratización del poder, etcétera.

Concluiría la presentación de esta segunda alternativa —la que llamara “a favor del constitucionalismo”— insistiendo sobre lo siguiente: esta visión acierta en llamar la atención sobre los embates públicos tendientes a socavar la estructura constitucional de los frenos y controles; pero falla al descuidar, menospreciar o malentender los (tan o más) graves problemas que, desde hace décadas, erosionan el valor y sentido de nuestra organización democrática.

IV. Contra el constitucionalismo

Puestos a estudiar la relación entre constitucionalismo y democracia, hemos examinado ya una primera lectura o aproximación al tema, a la que llamamos “contra la democracia”, y una segunda a la que denominamos “a favor del constitucionalismo”. A continuación, vamos a examinar un tercer enfoque, al que denominaré “contra el constitucionalismo”. La tarea de identificar a esta tercera versión, y definir su contenido, se encuentra en buena medida facilitada por la reciente publicación de un libro importante, escrito por el prominente jurista inglés Martin Loughlin, y que lleva por título, justamente, el citado: *Against constitutionalism* (2022). No se trata sólo de una coincidencia: escojo este nombre, asociado con este libro, porque entiendo que el trabajo de Loughlin constituye una excelente expresión de lo que esta tercera visión —a mi criterio— propone. Me referiré, entonces, y en lo que sigue, a una tercera visión bien resumida y representada a través del último libro de Loughlin, pero que finalmente refiere a una corriente que lo trasciende, y que doctrinariamente podemos identificar con lo que se ha denominado (en Inglaterra, en particular), el *political constitutionalism* (Tomkins, 2005; Bellamy, 2007).

Comienzo entonces esta indagación, de la mano del libro de Loughlin, subrayando una coincidencia muy fuerte que advierto

entre la empresa acometida por Loughlin, entre otros, y la que es propia de posturas como la que sugiero, es decir, la de la “conversación entre iguales”. Reconozco, en efecto, un muy sólido y relevante punto de acuerdo entre ambos emprendimientos, en relación con el modo en que ambos encaran la denunciada tensión entre constitucionalismo y democracia: ambos enfoques, según diré, centran su atención, fundamentalmente, en la necesidad de revigorizar a los componentes democráticos de nuestro sistema institucional. En efecto (lo que parece ser) la regla común entre una mayoría de doctrinarios, frente a las tensiones en juego, es la de sostener o fortalecer al “cuerno constitucional” del esquema, ya sea “reparando” a la maquinaria de “frenos y controles”; ya sea conteniendo o reprimiendo las presiones que provienen del “cuerno democrático”. Contra tales comunes aproximaciones, lo que propone Loughlin —y con él, diría, el “constitucionalismo político”, y la “conversación entre iguales”— es revitalizar a la democracia. En otros términos, desde este punto de vista es el constitucionalismo, y no la democracia, el que debe dar un paso atrás en esta relación de disputa. La idea es que la crisis institucional actual no debe llevarnos a limitar (una vez más) a la democracia, para permitirle encajar dentro del “traje estrecho” cada vez más estrecho del constitucionalismo, sino todo lo contrario. Lo que debe hacerse es permitir la expansión de la democracia, librándola de la “camisa de fuerza” dentro de la cual hoy aparece atrapada, en nombre del respeto de las reglas constitucionales. En mi opinión, Loughlin acierta, a través de su libro, en situar allí —en el reforzamiento de la democracia— el principal interés de la obra. Lo hace, además, teniendo en mira una noción fuerte, atractiva, de la democracia.⁶

⁶ En efecto, Loughlin toma en cuenta una versión robusta de la idea de democracia, que incluye la idea de “elecciones periódicas basadas en el sufragio universal” (2022, p. 196), pero que va mucho más allá. De hecho, según Loughlin, para que todo el proceso electoral tenga sentido debe haber “una cultura de participación política activa facilitada por una prensa libre, asociaciones de la sociedad civil dinámicas y transparencia en la toma de decisiones públicas”, además de una cierta “igualdad de condiciones”. Esto implica no solo “un aumento [...] en el número de quienes tienen derecho a participar en la toma de decisiones, sino también en el número de arenas en las que se puede invocar este derecho” (2022, p.

En este sentido, podría decirse, la indagación que presenta Loughlin sobre las tensiones entre constitucionalismo y democracia representa, quizá, una de las aportaciones más interesantes de su nuevo libro. A favor del mismo podría decirse que los puntos de vista que allí se presentan, en torno al tema que aquí nos ocupa, son innovadores, poco comunes y muy atractivos. *Against constitutionalism* retoma muchas de las críticas dispersas que hoy encontramos, en torno al constitucionalismo, y articula esas objeciones fragmentarias y desconectadas entre sí, en una narrativa común y consistente.

Esencialmente, el reciente libro de Loughlin viene a decirnos que la actual crisis institucional no se le puede imputar a la democracia (a lo que el autor denomina “la democracia constitucional”), sino al constitucionalismo o, más precisamente, a “la forma en que el constitucionalismo desenfrenado transforma las democracias constitucionales” (Loughlin, 2022, p. 198). Ello, en particular —nos dice el autor— a partir del exagerado, injustificable énfasis puesto por el constitucionalismo en los derechos y en la protección judicial de esos derechos. Dicha insistencia —señala Loughlin— es la que más ha contribuido a socavar el contenido democrático de nuestros sistemas institucionales. De esta forma —concluye— problemas que eran fundamentalmente colectivos se han transformado en problemas individuales; cuestiones que llamaban a la intervención de legislaturas, sindicatos y organizaciones colectivas, terminan quedando en manos de tribunales y abogados —nuestras elites jurídicas—, y controversias que eran esencialmente políticas terminan despolitizadas —expropiadas de la esfera democrática— y sujetas a la autoridad final de los magistrados.

En ese decurso radicalmente crítico, Loughlin embate contra muchos de los “trofeos” o lugares sagrados del constitucionalismo contemporáneo. Así, él objeta duramente la glorificación que ha

196). Para Loughlin, lo que se requiere es una “sociedad civil activa” y educada, sumada a “partidos políticos fuertes que convierten los diversos puntos de vista en una voluntad común”, una “relativa igualdad de ingresos y riqueza”, y una “cultura cívica que tolera la diferencia” (2022, p. 196).

habido de la llamada *revolución de los derechos* (nos dice: “la revolución de los derechos trabaja primordialmente para fortalecer a las elites liberales en contra de los cambios políticos que amenazan su estatus” (2022, p. 134)); el entusiasmo que despierta en muchos el *litigio en materia de derechos económicos y sociales* (Loughlin denuncia dicha práctica como “una respuesta a la menguante capacidad de las legislaturas para implementar programas redistributivos, que da completo apoyo a la idea de un litigio individualizado, monitoreado por las cortes constitucionales”, (2022, p. 186)); la aparente sofisticación de las técnicas judiciales y doctrinarias de *interpretación constitucional* (Loughlin habla de la “locura colectiva” que parece propia de la interpretación constitucional en nuestro tiempo (2022, p. 137)); la admiración e ilusión generadas por los procesos de *internacionalización del derecho* (Loughlin es particularmente duro contra las “instituciones internacionales” —instituciones que incluirían, de manera decisiva, a las cortes internacionales llamadas a ejercer funciones gubernativas, de modo creciente, a la vez que “aisladas de los tradicionales métodos de control y responsabilización” (2022, p. 197)); etcétera.

Sobre esta línea de críticas características del reciente libro de Loughlin quisiera comenzar diciendo tres cosas. En primer lugar, diría que hay algo de innecesario y exagerado en las críticas que avanza Loughlin contra el constitucionalismo. Se trata de críticas que, según diré, no son inhabituales pero, tal como están presentadas, parecen ser demasiado ambiciosas, o ir —innecesariamente— demasiado lejos. Piénsese en la sola idea que da título al libro *Against constitutionalism*: es que ese tipo de críticas —no inhabituales— al constitucionalismo (la crítica a la revisión judicial; al discurso de los derechos; etcétera) implican una postura *contraria al constitucionalismo*. Parece demasiado. Somos muchos los que transitamos ese espacio de crítica, y —según entiendo— la mayoría de quienes lo hacemos no asumimos estar defendiendo una postura anticonstitucional o enemiga del constitucionalismo. En particular, diría, desde el punto de vista con el que me siento más cómodo —el de la “conversación entre iguales” — uno puede ser un crítico

radical de muchas de las prácticas hoy distintivas de nuestras democracias constitucionales, sin convertirse en un enemigo del constitucionalismo. Más bien lo contrario —según diré—. La defensa de una idea fuerte de la democracia no sólo es compatible, sino que requiere, la defensa de ciertas reglas de juego democráticas, definidas por la Constitución.

En segundo lugar, mencionaría el carácter *nostálgico* que parece ser propio de la obra de Loughlin. Quiero decir, la misma aparece demasiado anclada en una historia ya ida. Loughlin avanza en su libro una línea de críticas finalmente afín a la que, hace medio siglo, y en un contexto diferente, encabezara paradigmáticamente John Griffith en *The politics of the judiciary* (1977), y que ganara espacio dentro de una porción significativa de la academia jurídica británica, en particular dentro de la corriente denominada *political constitutionalism*, una corriente que tiene en Loughlin a uno de sus principales referentes.⁷ Se trata de una línea de críticas al constitucionalismo, el liberalismo, y sobre todo al elitismo judicial, que no sólo es tradicional (en particular, dentro de Inglaterra), sino que también es algo anticuada. En este sentido, puede describirse al reciente libro de Loughlin como una obra que es —también, de modo relevante, y entre muchas otras cosas— *nostálgica de un pasado que no va a volver*. En efecto, el ideal político y normativo que parece animar al libro no sólo es algo vago y dudoso (en cuanto a su atractivo), sino que parece hablar más del pasado que del futuro. Se trata de un ideal que mira y señala hacia atrás, hacia aquellas democracias basadas en una cultura política robusta, con legislaturas activas, sindicatos y partidos políticos fuertes, y un estado de bienestar eficiente. Quiero decir, un ideal que nos remite a sociedades del pasado (como la sociedad británica que tuvo a Clement Attlee como primer ministro y líder del Partido Laborista, 1935-1955), incapaz de volver a la vida. En otras palabras, y paradójicamente para un libro que es en muchos sentidos un libro de vanguardia,

⁷ Véase, por ejemplo, Griffith (1977 y 1979); Loughlin (1992; 2003 y 2010, p. 213); Tomkins (2005) y Bellamy (2007).

el punto de vista en el que Loughlin busca apoyo parece demasiado antiguo.

Obviamente, no tiene sentido objetar al trabajo de Loughlin sólo porque muchas de las críticas que presenta son antiguas y conocidas (aunque en parte lo son, y eso es un problema). Lo que ocurre es que, en muchos casos, tales críticas resultan desfasadas. Quizás, en estos momentos de ataque a la jurisprudencia sobre el aborto (casos como *Dobbs*), o de renacimiento de políticas homofóbicas (como en Hungría o Polonia), es necesario fortalecer, en lugar de seguir atacando, el liberalismo político. Quizás, en tiempos de “erosión democrática” y de debacle de los sistemas representativos, tenga sentido ver cómo las viejas críticas a las élites judiciales (su defensa de los privilegios, su resistencia al cambio, su hostilidad hacia los movimientos de protesta, etcétera) merece extenderse a los poderes políticos del Estado. Quizás, en tiempos en que los ciudadanos carecen de medios institucionales efectivos para decidir y controlar el poder, es necesario resistir las invitaciones de los líderes autoritarios y “populistas”, invitaciones en las que Loughlin parece encontrar más promesas que peligros.

Aquí en las referencias que Loughlin hace en torno al “populismo” (y con él, más generalmente, toda una serie de autores afines a su línea de trabajo) aparece el tercer punto al que quería hacer referencia. Según entiendo, enfoques como los citados tienen problemas no sólo en el modo en que piensan al constitucionalismo (en la idea de ir “contra el constitucionalismo”), sino también en el modo en que piensan la democracia. Se trata, según creo, de una mirada demasiado sensible a, o tolerante con, los modos propios de la concentración del poder —una mirada demasiado *schmittiana*— (Atria, 2016).⁸

⁸ Más contemporáneamente, han comenzado a ganar espacio académico y político posturas más claramente inclinadas hacia la derecha del arco político, y que directamente pueden ser clasificadas como *schmittianas* (por su implícita o explícita asociación con la filosofía constitucional que fuera expuesta a mediados del siglo XX por Carl Schmitt). Así, por caso, y entre muchos ejemplos, Posner y Vermeule (2010); Negretto y Aguilar Rivera (2000). En algunos de los escritos más distintivos de estas posturas —pienso, en particular, en los trabajos de Eric Posner y Adrian Vermeule— se pretende, en particular, un reforzamiento de

En su libro, por ejemplo, Loughlin se refiere a las reacciones “populistas” actuales como “la respuesta política inevitable al giro reflexivo que ha tomado el constitucionalismo contemporáneo” (Loughlin, 2022, p. 199), una afirmación que parece empíricamente infundada (ya que es difícil encontrar una conexión causal relevante entre lo segundo y lo primero), y políticamente errónea (pues se puede entender el cansancio de la mayoría ante políticas abusivas, pero ello de ninguna modo torna aceptable las políticas verticalistas, jerárquicas, autoritarias, de tantos líderes que desafían al *statu quo* invocando —antes que consultando— al pueblo).⁹

los poderes del Ejecutivo, a costa de los propios de las restantes ramas de gobierno. La justificación de este tipo de medidas tendría que ver —según con tales autores— por un lado, con los déficits informativos que afectarían al congreso y el Poder Judicial; y por el otro, con los problemas operativos que serían propios de tales secciones del gobierno, problemas relacionados con dificultades que cada uno de tales poderes enfrentaría, a su interior, ya sea para actuar colectivamente, ya sea para actuar de manera coordinada. En resumen, la idea sería que ambas ramas de gobierno (la rama legislativa y la judicial) quedan enfrentadas a dificultades severas, que les impiden actuar con el conocimiento, la celeridad y la capacidad de reacción que los tiempos y problemas actuales requerirían (Posner y Vermeule, 2010, p. 215; Posner y Vermeule, 2006). Lo que emerge del panorama anterior, es un fenómeno que críticos de dicha visión han descrito como la formación de “presidencias imperiales”, es decir, ejecutivos poderosos, con una creciente capacidad de actuar de forma discrecional (Ackerman, 2010; Dyzenhaus, 2011). Sin embargo, para los defensores de este modelo —y este es un punto crucial en la argumentación— el resultado obtenido no es de temer. Ello así, ante todo, porque el pánico frente al Ejecutivo fuerte provendría de un equivocado “legalismo liberal”, que tiende a confundir la falta de controles legales, formales, sobre el presidente, con la completa ausencia de controles sobre el mismo (Posner y Vermeule, 2010, p. 4). Contra dicha idea —se agrega— las presidencias de nuestros tiempos se enfrentan en verdad con una serie significativa de controles que no son de tipo legal, sino de tipo político. Estos frenos incluyen desde el control reeleccionario, que permite que la población tenga un poder de veto periódico y decisivo sobre la política (sobre una clase política que teme efectivamente las sanciones populares); hasta otro control más difuso y permanente, derivado de los avances extraordinarios que se han dado en materia de comunicaciones, y que hacen que, con costos reducidos, resulte más sencillo para el público el control del Ejecutivo (Posner y Vermeule, 2010, 209). La lección que viene a dejarnos esta postura sería —según entiendo— la siguiente: abandonar el paradigma madisoniano de los frenos y contrapesos, para aceptar la vigencia de un paradigma schmittiano, conforme al cual, “los rápidos cambios que se han producido en el ámbito de las políticas públicas, y la incapacidad que es propia de las legislaturas y los tribunales, para ofrecer los ajustes de política necesarios, convierten al gobierno del Ejecutivo en algo inevitable” —y es más—, en algo que no tenemos razones para seguir temiendo (Posner y Vermeule, 2010, p. 16; Schmitt, 1994).

⁹ En una línea de objeción similar, véase la crítica de David Dyzenhaus al trabajo de Loughlin hace años, señalando que “si la mayor parte de lo que sobrevive en el pensamiento de muchos de los portadores de la tradición de izquierda es su hostilidad hacia el liberalismo, no sorprende que Loughlin, uno de los principales abanderados del pensamiento de iz-

En línea con lo que Loughlin pretende en su libro, y tal como veremos, el ideal de la “conversación entre iguales” también apunta a fortalecer el lado democrático de nuestras democracias constitucionales. Sin embargo, y contrariamente a lo que sugiere Loughlin, la “conversación entre iguales” pretende situar a la propia ciudadanía y al diálogo público en el centro del escenario político. En este sentido, el ideal dialógico termina siendo crítico de visiones como las defendidas por Loughlin en sus dos aspectos principales: tanto en el modo en que se opone al constitucionalismo, como en el modo en que piensa la democracia. En su reivindicación de una deliberación inclusiva, el proyecto de la “conversación entre iguales” resulta, por un lado 1) crítico frente a cualquier alternativa que pretenda fortalecer los poderes del Ejecutivo, por el carácter socialmente excluyente de esta solución (el fortalecimiento del Ejecutivo implica maximizar la concentración del poder, más que democratizar el poder), y por otro 2) crítico frente a cualquier alternativa plebiscitaria (¿o “populista”?), por el carácter habitualmente anti deliberativo de este tipo de soluciones (los plebiscitos —comúnmente organizados por quienes detentan el poder— no favorecen la deliberación, sino que suelen sustituir a dicha deliberación colectiva, discusión).

V. A favor de la democracia (o “por la restauración democrática”)

La última lectura que quisiera explorar, en torno a la relación constitucionalismo-democracia, es la que propone una revigorización de la democracia —y a la que denomino— “A favor de la democracia”. Esta visión aparece como contracara de la primera de las posturas que exploramos (“contra la democracia”); se diferencia de la segunda (“a favor del constitucionalismo”) por el lugar en donde

quiera en el Reino Unido, debieron inspirarse en una figura de otra tradición política (como Schmitt” (Dyzenhaus, 2004, p. 23).

está focalizada centralmente su atención (esencial, aunque no exclusivamente, en la “cura” de la democracia), y se distingue a la vez de la última (“contra el constitucionalismo”) porque —a pesar de coincidir con esta tercera visión en la necesidad de revitalizar la democracia— no considera que el fortalecimiento de la democracia requiera ir “contra” el constitucionalismo. Desde este punto de vista, y tal como adelantara, el constitucionalismo aparece como un medio indispensable en tren de volver a dar vida a la organización democrática, aun cuando se reconozca que, tal como hoy se encuentra establecido, el constitucionalismo (en lugar de contribuir al fortalecimiento democrático) tiende a limitar, sino directamente a socavar, las bases democráticas de la sociedad.

En los últimos años, han sido varios los textos importantes que se han dirigido a reflexionar sobre el tema. En ellos podemos encontrarnos con indagaciones acerca del carácter democrático del constitucionalismo —así, por ejemplo—, en uno de los últimos libros publicados por Robert Dahl, es decir, *¿How democratic is the American Constitution?* (2013); o directamente con críticas a un modelo de organización constitucional que es descrito como hostil al principio del autogobierno democrático —así, por ejemplo— en el renombrado trabajo de Sanford Levinson que lleva por título *Our undemocratic constitution* (2008).

De modo más reciente y notable —en algún trabajo referido a la necesidad de “restaurar la democracia en sociedades multirraciales” — el politólogo norteamericano Steven Levitsky ha comenzado a indagar acerca del carácter, significado e implicaciones de los diferentes elementos antidemocráticos/antimayoritarios que resultan —todavía hoy— distintivos de la Constitución norteamericana (Levitsky, 2022). Se trata de rasgos sencillos de reconocer, para quienes miramos al constitucionalismo norteamericano desde fuera, y que aparecían ya identificados en obras como las citadas (Dahl, 2013; Levinson, 2008), y que Levitsky había comenzado a examinar en el *best seller* que publicara junto con Daniel Ziblatt en 2018, sobre *Cómo mueren las democracias* (Levitsky y Ziblatt, 2018). Y se trata de rasgos que, a su vez, contribuyen a dar forma a sistemas

de gobierno débilmente democráticos, una vez que se activan y comienzan a actuar en conjunto. Permítanme dar un ejemplo muy visible al respecto, un ejemplo que ocupa un lugar relevante dentro de las preocupaciones que motivan el trabajo de Levitsky. Si, como en los Estados Unidos, tenemos un Colegio Electoral que decide la elección presidencial y permite que —como en el caso reciente de Trump— resulte electo un presidente que ha perdido por mucho (más de un millón de votos) en la votación democrática; y tenemos además un Senado que —otra vez— viene a representar al territorio (los distintos estados) antes que al número, la cantidad de ciudadanos que viven en el país; y luego tenemos a un sistema judicial que, en su cúpula (pensemos, en particular, en la Corte Suprema), resulta de los acuerdos que se establezcan entre ese presidente (que pudo perder la elección, en términos democráticos) y ese Senado (que representa al territorio, confiriendo así un peso extraordinario a Estados muy poco poblados). Luego, al final del día, terminamos por encontrarnos con una organización de poderes que, en sus columnas centrales —la Presidencia, el Senado, la Corte Suprema— aparece como contramayoritario (al menos, en el sentido de no expresar la voluntad democrático-mayoritaria de la Nación).

A la luz de este tipo de situaciones —que nos refieren a un constitucionalismo que ayuda a construir un sistema de organización de poderes no democrático— es que autores como Levitsky, Dahl o Levinson han comenzado a bregar por una reforma sustantiva del sistema constitucional (en su caso, la del constitucionalismo norteamericano, que tal vez exagere estos resultados patológicos). Lo que ellos sugieren es, entonces, modificar al constitucionalismo, para que el mismo le abra un lugar mayor a la democracia —una democracia que merece ser *restaurada*—; una democracia que parecería hoy asfixiada o indebidamente constreñida, dentro de los muy estrechos —injustificados— límites que le impone el constitucionalismo.

Desde el punto de vista de la “conversación entre iguales”, encuentro una gran sintonía con esta cuarta lectura sobre la rela-

ción constitucionalismo-democracia. Creo que se trata de una mirada esencialmente acertada, en este respecto, desde el momento en que pone el foco en el costado “olvidado”, postergado o combatido: el “costado” democrático de la relación. Entiendo, con autores como los citados, que entre los muchos problemas urgentes que deben ser atendidos, dentro de nuestra vida institucional, el primero es el que se relaciona con la democracia. Y considero, además, con ellos, que la atención de ese problema nos exige encarar modificaciones relevantes dentro de la maquinaria constitucional. Más todavía, y de forma más precisa: coincido con ellos en que la “restauración democrática” no requiere que nos posiciones “en contra” del constitucionalismo, sino que reorientemos al constitucionalismo, para ponerlo al servicio de la democracia, y no en su contra.

Ahora bien, aunque no tengo dudas en ubicar al proyecto de la “conversación entre iguales” dentro de este marco —digamos—, dentro de esta cuarta lectura sobre la relación democracia-constitucionalismo quisiera agregar también que mis acuerdos (significativos, profundos) con esta mirada, resultan también parciales, antes que completos. La diferencia que separa —todavía, de un modo relevante— al proyecto de la “conversación entre iguales” del tipo de proyecto que Levitsky, Dahl o Levinson proponen tiene que ver, esencialmente, con el modo en que pensamos la democracia. Y aunque, entre autores como los citados, no existe unanimidad en cuanto al modo en que entender la democracia, resulta claro, sin embargo, que ninguno de ellos piensa a la democracia como se la piensa en la “conversación entre iguales,” esto es, en relación con un debate público inclusivo. Defiendo una noción de la democracia “robusta” —antes que “minimalista”, como la que Dahl sostuviera durante muchos años— y centrada en la conversación horizontal, antes que en la mera aplicación de la regla mayoritaria. He presentado ya, más arriba, algunos contrastes entre el ideal de la “conversación entre iguales” y el de la “democracia minimalista”. Permítanme sólo insistir, en este punto, que —contra el proyecto de la “democracia minimalista” (restaurada)— el ideal de la

“conversación entre iguales” subraya, por un lado, la importancia de la “inclusión social” en los procesos de toma de decisiones: dicha conversación requiere, en principio, y como objetivo relevante, que la ciudadanía en su conjunto —antes que los representantes— tengan a su cargo la decisión sobre los asuntos más importantes de la vida en común. Por otro lado, el modelo de la “conversación entre iguales” considera indispensable que la toma de decisiones resulte de un proceso (no sólo amplio o extenso, sino también) profundo de discusión colectiva, y no de la mera agregación (mayoritaria) de preferencias. Lo que importa, desde este punto de vista, es fundamentalmente otra cosa: no la acumulación (*fair*) de las preferencias de todos, sino su (posible) transformación o “limpieza”, a través de procesos que permitan y alientan la comprensión y corrección mutuas.

Permítanme ahondar un poco sobre la cuestión, distinguiendo ahora entre el proyecto de la “conversación entre iguales”; y el de restaurar (la competencia entre partidos, y con ella) el significado pleno de la regla mayoritaria —un proyecto que defiende, de modo especial, Steve Levitsky. Las diferencias entre ambos modelos resultan, según entiendo, demasiado notables, tanto en términos de voces, como de inclusión, como de debate. Adviértase lo siguiente. En primer lugar: imaginemos que, de alguna manera, logramos “curar” o al menos remediar grandemente todos los males institucionales que denuncia Levitsky en su trabajo —males relacionados con la influencia de los filibusteros, la sobre representación de ciertos intereses, el Colegio Electoral, un poder judicial que en su vértice parece cada vez menos vinculado con el pensamiento mayoritario, etcétera. Aún si lográramos todos esos objetivos, que hoy parecen imposibles de lograr, nuestras instituciones representativas seguirían siendo insensibles a la diversidad de “voces” que caracterizan nuestras democracias multirraciales y por lo tanto tendrían problemas para procesar y eventualmente satisfacer esas demandas. De acuerdo con el ideal de la “conversación entre iguales”, al menos, la democracia exige inclusión social, discusión social, encuentros, intercambios airados o apasionados,

debates sobre los matices de cada propuesta legislativa, etcétera (Nino, 1996). Por lo tanto, el gobierno de la mayoría es necesario —y la “restauración” del poder del gobierno de la mayoría también es crucial en las condiciones actuales— pero no es suficiente —está lejos de ser suficiente— para los fines aquí perseguidos. El proyecto de la deliberación inclusive exige fundamentalmente otra cosa (i. e., contar con foros públicos apropiados; incentivos para la participación en los asuntos públicos, etcétera).

Segundo, y de manera más significativa: en el contexto de una democracia multirracial, las minorías ciertamente tienen múltiples demandas políticas, sociales e institucionales que hacer. Sin embargo, no resulta para nada claro que la reivindicación del mayoritarismo figure o deba figurar entre sus prioridades. Quizá lo contrario. Pensemos, por tomar un caso, en un ejemplo como el siguiente: estamos viviendo en una democracia multirracial, donde encontramos minorías españolas, minorías chinas, minorías japonesas y minorías italianas, y en un momento comenzamos a debatir sobre los derechos lingüísticos, dado que la sociedad en la que vivimos sólo tiene el inglés como su idioma oficial. En el contexto de tal democracia multirracial, y en medio de una discusión política sobre los derechos lingüísticos, no estoy seguro de que nuestras diferentes minorías étnicas y raciales requieran primero —o, al menos, entre sus demandas iniciales— restaurar el valor del gobierno de la mayoría. En esas condiciones, la regla de la mayoría simple tendería a ocultar o socavar, en lugar de favorecer o fortalecer, las demandas de los grupos minoritarios. Lo que todos estos grupos necesitan es algo diferente (para algunos, derechos constitucionales sostenidos, idealmente, por el sistema judicial; para otros, como en mi caso, espacios de encuentro y de conversación pública; y el resguardo de las reglas procedimentales de la conversación democrática).

VI. Síntesis final

En las páginas anteriores, presenté, distinguí y examiné críticamente cuatro respuestas diferentes relacionadas con cómo pensar la relación democracia y constitucionalismo, y lo hice desde un punto de vista particular —desde una particular concepción de la democracia— “la democracia como conversación entre iguales”. Llamé a esas cuatro respuestas: “contra la democracia”; “a favor del constitucionalismo”; “contra el constitucionalismo” y “a favor de la democracia”. Según sostuve, la mirada que defiendo sobre la democracia —la de la “conversación entre iguales”— resulta directamente antitética con la primera respuesta; acuerda en su esencia, pero considera insuficiente, la segunda respuesta; objeta a la tercera, al considerar que la restauración de la democracia no requiere de asumir una postura contraria al constitucionalismo; y se considera inscripta dentro de la cuarta lectura, aunque difiere de muchos de los autores relacionados con ella, por partir de una concepción de la democracia diferente, más robusta, y que toma por centro a un debate público inclusivo.

VII. Referencias

- Ackerman, B. (2010). *The decline and fall of the American republic*. Harvard University Press.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge University Press.
- Bermeo, N. (2016). Democracy backsliding. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19.
- Brennan, G. y Lomasky, L. (2008). *Democracy and decision*. Cambridge University Press.
- Brennan, J. (2017). *Against democracy*. Princeton University Press.

- Buchanan, J. y Tullock, G. (1999). *The calculus of consent*. Liberty Fund Press.
- Crozier, M., Huntington, S., y Watanuki, J. (1975). *The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*. New York University Press.
- Dahl, R. (1956). *A preface to democratic theory*. The University of Chicago Press.
- Dahl, R. (1989). *Democracy and its critics*. Yale University Press.
- Dahl, R. (2003). *How democratic is the American Constitution?* Yale University Press.
- Dixon, R. (2018). How to save a democracy? Jotwell. <https://www.law.uchicago.edu/news/ginsburg-and-huqs-how-save-constitutional-democracy-reviewed-one-absolute-best>
- Dyzenhaus, D. (1997). Legal theory in the collapse of Weimar. *The American Political Science Review*, 91(1), 121-134.
- Dyzenhaus, D. (2004). The left and the question of law, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17(23).
- Dyzenhaus, D. (2011). *Constitutionalism in an old key: legality and constituent power*. Discussion Paper. WZB Rule of Law Center, 802.
- Elster, J. and Slagstad, R. (1988). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge University Press.
- Ginsburg, T. y Huq, A. (2018). *How to save a constitutional democracy*. The University of Chicago Press.
- Goodin, R. (1986). Laundering preferences. En J. Elster y A. Hylland (Eds.). *Foundations of social choice theory* (pp. 75-101). Cambridge University Press.
- Griffith, J. (1977). *The politics of the judiciary*. Fontana Press.
- Griffith, J. (1979). The political constitution. *The Modern Law Review*, 42(1), 1-21.
- Graber, M., Levinson, S., y Tushnet, M. (Eds.). (2018). *Constitutional democracy in crisis?* Oxford University Press.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory on law and democracy*. MIT Press.

- Huntington, S. (1983). *American politics: the promise of disharmony*. Harvard University Press.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 47(189).
- Landemore, H. (2013). *Democratic reason*. Princeton University Press.
- Landemore, H. (2020). *Open democracy. Reinventing popular rule for the twenty-first century*. Princeton University Press.
- Lechner, N. (1991). A la búsqueda de la comunidad perdida. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 8(129).
- Levinson, S. (2008). *Our undemocratic constitution*. Oxford University Press.
- Levitsky, S. (2022). Restoring democracy in a multiracial society. *California Law Review*.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. Crown.
- Loughlin, M. (1992). *Public law and political theory*. Clarendon Press.
- Loughlin, M. (2010, mayo 25). John Griffith obituary. *The Guardian*. <http://www.theguardian.com/education/2010/may/25/john-griffith-obituary>
- Loughlin, M. (2003). *The idea of public law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of public law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2022). *Against constitutionalism*. Harvard University Press.
- Luo, Z. y Przeworski, A. (2019). *Subversion by stealth: dynamics of democratic backsliding*. manuscript in file with the author.
- Mill, J. (2003). *On liberty*. Dover Publications. (Publicado originalmente en 1859)
- Negretto, G. and Aguilar Rivera, J. A. (2000). Liberalism and emergency powers in Latin America: reflections on Carl Schmitt and the theory of constitutional dictatorship. *Cardozo Law Review*, 21(5-6), 1797-1823.
- Nino, C. (1996). *The constitution of deliberative democracy*. Yale University Press.

- Pincione, G. y Tesón, F. (2017). *Rational choice and democratic deliberation*. Cambridge University Press.
- Posner, E. y Vermeule, A. (2006). *Terror in the balance*. Oxford University Press.
- Posner, E. y Vermeule, A. (2010). *The executive unbound. After the Madisonian Republic*. Oxford University Press.
- Schmitt, C. (1994). *The crisis of parliamentary democracy*. The MIT Press.
- Schumpeter, J. (2008). *Capitalism, socialism and democracy*. Harper Classics.
- Somin, I. (2013). *Democracy and political ignorance*. Stanford Law and Politics.
- Sunstein, C. (Ed). (2018). *Can it happen here? Authoritarianism in America*. Library of Congress.
- Tomkins, A. (2005). *Our republican Constitution*. Hart Publishing.

Cómo citar

IJ-UNAM

Gargarella, Roberto, "Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19523. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19523>

APA

Gargarella, R. (2025). Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales". *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19523. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19523>