

CAPÍTULO SÉPTIMO

JUSTICIA COMO DERECHOS, CAPACIDADES Y NO SOMETIMIENTO

De la misma manera que es posible hablar de una “familia socialista”, también es posible hablar de una “familia liberal”, que comprende desde el liberalismo anarquista, el conservador, el libertario eficientista (o neoliberal), el libertario deontológico, hasta el liberalismo igualitario. Es posible ser reduccionista y pensar que el socialismo paradigmático sigue siendo el socialismo real, como dentro de las filas liberales lo sería un libertarismo económico eficientista. Entre estos dos últimos puede generarse y se ha generado un debate intenso, sin duda interesante, pero hoy día totalmente anacrónico si asumimos con plena conciencia que ya han quedado atrás los tiempos de la Guerra Fría. Entre los defensores de un nostálgico socialismo real y los de un libertarismo a ultranza no se carece de contenidos conceptuales y de una vocación racionalista, pero ambos se presentan de forma dogmática, bajo la lógica schmitteana amigo-enemigo, sin matices y, por tanto, refractarios —aquí el punto de coincidencia con el populismo— a un diálogo plural. También se ha intentado acercar el socialismo democrático a un liberalismo economicista, dando lugar a lo que Giddens bautizó como la “tercera vía”,¹ un híbrido que termina adelgazando al socialismo democrático con un proyecto pragmatista débil con respecto a las demandas sociales y, en algunas versiones europeas y también latinoamericanas, ha contribuido a reforzar el neoliberalismo presentándolo, irónicamente, como la mejor y más realista versión del socialismo.

Ahondaremos en este capítulo sobre algunas teorías de la justicia de centro-izquierda —dentro de las coordenadas político-jurídicas— y que pueden adoptar, bien sea las propuestas de un liberalismo igualitario o las de un socialismo democrático. Existen entre uno y otro más puntos de convergencia que de divergencia, pese a que el *pedigree* —más anglosajón en el primero y más europeo en el segundo— sea distinto. No debe extrañarnos, por lo mismo, que puedan instrumentarse alianzas entre ambos en el terre-

¹ Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de Pedro Cifuentes Huerta, Madrid, Taurus, 1999.

no de los programas y de las acciones políticas. En un esfuerzo de síntesis, y desde un acercamiento filosófico, diría que las premisas compartidas serían las siguientes:

- a) A diferencia del liberalismo libertario y economicista, no se aboga por las libertades en un sentido absoluto.²
- b) Por lo mismo, se defiende una concepción de los derechos humanos entendidos no solo como libertades, protegidos por un Estado mínimo, sino como exigencias sociales con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.³
- c) Las diferencias entre los individuos pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos aventajados, por tanto, son exigibles no solo los deberes negativos por parte del Estado, sino también los positivos.⁴
- d) Tanto el liberalismo igualitario como el socialismo democrático toman distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista y del despotismo autoritario, reafirmando su convicción por una democracia plural, incluyente y progresista.
- e) Ambos entienden, también, que deben ponerse límites éticos y jurídicos a los excesos de un poder tecnócrata y de una cultura empresarial monopolista y nepotista —así como la de la propia clase política—, que cree dogmáticamente en el mercado sin regulaciones y en una competencia desenfrenada en perjuicio de los más necesitados y de aquellos que en verdad quieren hacer valer sus méritos —capacidades, riesgos y esfuerzos— en una competencia adecuadamente regulada.

Señalados los puntos de convergencia, ¿cuáles son algunas de las diferencias que distinguen a la familia de los igualitarios entre sí? Como podrá verse en la presentación de algunos de los representantes más destacados

² En torno al tema de la desigualdad en México, véase Zepeda Lecuona, Guillermo, “El sistema jurídico mexicano frente a la desigualdad”, Impunidad Cero, *Este País*, México, 2017.

³ Desde el punto de vista de una concepción igualitaria de la justicia, véase Grupo Consultivo de la OMS sobre la equidad y Cobertura Universal de Salud, *Cómo tomar decisiones justas en el camino hacia la cobertura universal de salud*. Informe final, Organización Panamericana de la Salud-OMS, Washington DC, OPS, 2015.

⁴ Para una aplicación clara de deberes positivos del Estado en beneficio de los menos aventajados, en este caso, niños de la calle con problemas de vivienda, véase Corte Suprema de Argentina, *Q.C.S.T. vs. Gobiernos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*, 2012.

del igualitarismo, el punto de partida para todos ellos ha sido de manera preponderante la obra de John Rawls.

I. JUSTICIA COMO DERECHOS Y RECURSOS

Se pregunta Dworkin ¿qué teoría de la justicia da cuenta del contractualismo en el pensamiento de Rawls? La teoría de la justicia como imparcialidad rechaza una justificación teórica del contrato de tipo teleológica basada en objetivos de bienestar general, y también en una teoría basada en los deberes o imperativos, preocupada porque los individuos adecuen sus conductas a códigos morales hipotéticos o *a priori*.

Según Dworkin, la teoría de Rawls es una teoría basada en derechos, en la línea de clásicos como Thomas Paine⁵ y más específicamente en una comprensión de los derechos como “naturales”:

[...] en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético. Si he evitado esta formulación [*naturales*] es, porque, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican. Tales personas piensan que los derechos naturales son atributos espectrales que los primitivos usaban a manera de amuletos y que se incorporan a la civilización para mantener a raya las tiranías. [...] Pero dentro del modelo constructivo, por lo menos, el supuesto de los derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No exige más que la hipótesis de que el mejor programa político, dentro del sentido de dicho modelo, es el que considere fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos.⁶

Desprendidos de su ropaje teológico o iusnaturalista, los derechos deben comprenderse de manera secular y como bienes que no deben subordinarse a fines ulteriores. En este sentido, el supuesto de la teoría contractual, bajo la posición original, no debe estar preestablecido de acuerdo con alguna determinada concepción del bien, precisamente para garantizar la imparcialidad de los principios. Por tanto, o bien los derechos se conciben como libertades, o bien bajo el supuesto de la igualdad.

Con respecto a las libertades, continúa Dworkin en su interpretación de Rawls, ellas serían producto del contrato y no condición del mismo. Los

⁵ Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, trad. de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, FCE, 1986, primera parte.

⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 267.

POP escogen tales libertades para proteger los bienes básicos que deciden valorar, como son las oportunidades o poderes. Lo mismo sucede con la noción de igualdad como criterio para la distribución de ciertos bienes y para lo que se apela a principios que justifiquen diferencias entre las personas. Pero hay una noción de igualdad que subyace a las libertades y al propio principio de diferencia y que, como el propio Rawls reconoce: “se aplica al respeto que se debe a las personas, independientemente de su posición social [...] y es fundamental”. Para Dworkin, de acuerdo con este segundo tipo de igualdad:

[...] los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones políticas que los gobiernan. [...] Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia.⁷

Y es precisamente el principio de igual consideración y respeto —en cuanto derecho moral que precede a su institucionalización jurídica— un principio poderoso para reconocer el derecho de las minorías frente a las mayorías. Así, por ejemplo, en el caso de la discriminación racial, no es lo mismo la situación de quien ha pedido admisión a una escuela de derecho y es rechazado por la legislación del Estado, que establece que solo los blancos podrán tener acceso, a la situación de quien ha solicitado admisión a una escuela de derecho y es rechazado a pesar de que los resultados del examen le hubieran permitido acceder si hubiera sido afroamericano. En el primer caso, la persona “no es tratada como igual” —igual consideración y respeto—; mientras que en el segundo caso, la persona no tiene derecho a la “igualdad de tratamiento” si, de acuerdo con políticas sociales u objetivos de la sociedad, resulta deseable un equilibrio no discriminatorio entre abogados, por razones raciales. En el primer caso, la persona tiene un “derecho antecedente” —moral o “natural”— que precede al derecho institucional. En el segundo caso, se justifican políticas de discriminación inversa, temporales, hasta que se logre el objetivo social buscado.

Para Dworkin, entonces, tomarse los derechos en serio supone poner barreras de protección y entenderlos como “cartas de triunfo” frente a cualquier pretensión holista, pero también:

⁷ *Ibidem*, pp. 272 y 274.

[...] debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política...⁸

Por otra parte, frente a los embates del liberalismo libertario al liberalismo igualitario de Rawls en términos del déficit de responsabilidad personal, Dworkin propone corregir la propuesta de Rawls partiendo del reconocimiento de tal déficit considerando: 1. la insensibilidad de Rawls a las dotaciones o capacidades naturales de cada persona, y 2. la insensibilidad a las ambiciones propias de cada individuo.

Con respecto a la primera, Rawls no ofrece una teoría robusta que dé cuenta de las desigualdades naturales. Estas, pensaba Rawls, no debían influir en la distribución de recursos. Pero de no considerarlas, piensa Dworkin, tales desigualdades podrían generar resultados contraintuitivos, a saber: una persona con ingresos mejores que otra, pero con graves afecciones físicas, de acuerdo con Rawls, se encontraría en una situación mejor que la otra, pese a que sus mayores ingresos no le resultarían suficientes para pagar las medicinas que requiere.

Con respecto a la segunda, en el supuesto de dos personas dotadas de iguales talentos y recursos naturales, en el que una de ellas trabajara con esfuerzo y ambición e incrementara su dotación inicial, mientras que la otra prefiriera no esforzarse y más bien consumir sus dotaciones hasta colocarse en una situación de desventaja, cabría preguntarse por qué el resto de la sociedad debería hacerse cargo de la irresponsabilidad del dilapidador, e incluso asumir el pago de algún impuesto —por ejemplo, para un seguro de desempleo— y transferirle al irresponsable parte de las ganancias del esforzado.

Dworkin propone hacer una distinción entre las circunstancias ajenas al control de una persona —situación familiar de origen, raza, género...— y aquellas acciones sobre las que la persona tiene control y puede responsabilizarse por las mismas. Una sociedad justa debería minimizar la relevancia de las primeras y poner las condiciones adecuadas para maximizar las segundas.

El modelo propuesto por Dworkin, orientador para una política igualitaria, pretende salvar el par de deficiencias latentes en la teoría de Rawls, y consiste en imaginar una subasta hipotética en la que cada participante

⁸ *Ibidem*, p. 295.

tendría inicialmente un idéntico poder adquisitivo y la sociedad pondría a su disposición recursos suficientes que se someterían a un remate. En este, todos tienen las mismas posibilidades de adquirir los recursos, y la subasta concluye cuando cada participante queda satisfecho con lo que adquirió y no envidia los recursos adquiridos por otro. Superado este primer nivel, se asigna a cada participante una dotación adicional e igual con el fin de *asegurarse* frente a las eventualidades azarosas y las consecuencias futuras, producto de las diferentes capacidades con las que las personas nacen dotadas. A través del esquema “subasta y seguro” se eliminaría el problema de la “suerte bruta” —riesgos de los cuales los individuos no son en absoluto responsables— y, por otra parte, no habría que eliminar o no considerar —como parece desprenderse de la propuesta de Rawls— aquellos riesgos que son el producto de opciones y esfuerzos tomados por los individuos, “suerte opcional”.

La propuesta de Dworkin subyacente al modelo hipotético, sucintamente expuesto, exigiría por parte del Estado una decidida intervención que permitiera situaciones iniciales de igualdad que corrigieran las desventajas, producto de diferenciaciones históricas y estructurales. Debe asegurarse, por ejemplo, la universalidad de la cobertura en educación, alimentación, salud y vivienda, especialmente para quienes tienen o pudieran adquirir algún tipo de discapacidad física o mental.⁹

En síntesis, una teoría de la justicia como derechos y recursos debe asegurar un conjunto de capacidades básicas mínimas conjuntamente con una distribución de medios, sensible a la ambición, el esfuerzo y las elecciones de los individuos, tratados cada uno con igual consideración y respeto.

II. JUSTICIA COMO CAPACIDADES

En el prefacio a su libro *La idea de la justicia*,¹⁰ “a la memoria de J. Rawls”, Amartya Sen propone tres directrices generales para abordar el problema de la justicia:

1. La justicia tiene que ver primordialmente con la vida cotidiana de la gente y no meramente con el problema de las instituciones. Se debe ir más allá de estas últimas y comprender la vida, las libertades y la cotidianidad de las personas en sus entornos geográficos, sociales y culturales.

⁹ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.

¹⁰ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010.

2. Comprender la justicia de esa manera no es distanciarse del pensamiento propio de la modernidad ilustrada, si se entienden un par de cuestiones: *a)* los conceptos desarrollados por la ilustración no son privativos de la tradición occidental y se pueden encontrar prácticamente en cualquier cultura —en los grandes relatos de la cultura hindú, por ejemplo, no es difícil rastrear conceptos como los de imparcialidad, deber, bondad, corrección, responsabilidad, etcétera—, y *b)* hay que comprender que la ilustración no se expresó con una sola voz, la de los contractualistas: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, y por extensión, Rawls, Nozick, Dworkin o los deliberacionistas, sino también por otro tipo de ilustración, con la escocesa y con Adam Smith y su *Teoría de los sentimientos morales* a la cabeza,¹¹ pero también con Marx, Condorcet y un largo etcétera.
3. Un acceso más directo a los problemas de justicia, por ejemplo, por vía negativa, en los que podría existir un acuerdo mayor entre las diferentes teorías: a través de las injusticias, las desigualdades, los temores, las carencias. El acceso por las necesidades, entendidas como carencias que requieren de una satisfacción urgente, ha sido una vía provechosa, pero que ha resultado insuficiente o incluso hasta perversa. En su lugar habría que considerar la alternativa de las capacidades. Detengámonos un poco más en esta última idea.

Necesidades y capacidades

En primer lugar, para Sen, las necesidades básicas se han entendido por lo general en términos de “mínimos de bienestar particular” frecuentemente identificados con las necesidades materiales. El enfoque por la vía de las capacidades no se confina a un uso determinado y puede emplearse para juzgar las ventajas individuales en cualquier nivel. De esta manera, mientras la noción de necesidades básicas solo comprendería a los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, la noción de capacidades serviría también para incluir a los países desarrollados.

En segundo lugar, el concepto de necesidades básicas es más “pasivo” que el de capacidades. La perspectiva de la libertad positiva se relaciona naturalmente con el de las capacidades —qué puede hacer la persona— más que con la posibilidad de satisfacer las necesidades —qué puede ser hecho

¹¹ Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, 1997. Especialmente, “Del sentido de la corrección” y de la noción de “simpatía”.

para la persona—. Por esta razón, el enfoque de las necesidades básicas tiene que ver más con el tratamiento de los dependientes que con el de los adultos responsables. En otros términos, mientras que la noción de capacidad entendida como autonomía es autorreferente, la noción de necesidad exige la participación de un decisor externo y, con ello, el tener que justificar con sumo cuidado intervenciones de tipo paternalista.

En tercer lugar, la noción de capacidades sugiere la idea de algo dinámico que permite dar cuenta de la diversidad de requerimientos para satisfacerlas en lo que Sen llama un “equilibrio múltiple”. Por el contrario, las necesidades básicas se refieren más bien a algo estático que podría llegar a favorecer un *statu quo*.

Por último, en la escala jerárquica de necesidades, donde no solo habría que incluir las materiales, sino también las mentales y sociales, el ordenamiento conforme a las necesidades básicas nos conduciría a la idea de algo yuxtapuesto, es decir, una vez satisfechas las necesidades materiales podría pasarse al nivel superior de las mentales y luego al de las sociales. El enfoque por la vía de las capacidades, a diferencia del de las necesidades, hace posible comprender una interacción dinámica entre los niveles, permitiendo que la autorrealización se entienda desde el mismo momento en que comienzan a satisfacerse las necesidades elementales.¹²

Aun asumiendo las críticas de Sen a la teoría sobre las necesidades básicas, pienso que lejos de ser excluyentes se implican, sobre todo si se parte de la idea de que la noción de capacidad, tal como sugiere Nussbaum en su interpretación de Sen: “es una función compleja: incluye las dotaciones genéticas básicas, educación e instrucción, y una serie de condiciones externas, institucionales y políticas, así como materiales”.¹³

Sen piensa que una propuesta igualitaria no debería concentrarse en la igualdad de bienes primarios (Rawls), ni en la igualdad de recursos (Dworkin), ni en la utilidad obtenida con esos bienes o recursos (utilitarismo). Lo que debería tomarse en cuenta es algo posterior a la tenencia de tales recursos y anterior a la obtención de la utilidad: la igualdad debería buscarse en la posibilidad de cada sujeto para “convertir o transformar esos recursos en capacidades”. Así, por ejemplo, la capacidad de *ser* bien nutrido o la capacidad de *ser* saludable es lo que verdaderamente importa en la vida y no solo *estar* nutrido o *estar* saludable. Es claro que nuestra vida se especifica en buena medida por los logros alcanzados en términos de *funcionamientos*

¹² Véase Sen, Amartya, *Resources, Values and Development*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 509 y ss.

¹³ Cit. por Galston, William, *Liberal Purposes*, Cambridge University Press, 1991, pp. 178 y 179.

—tener o estar—, pero lo que importa realmente es la capacidad —ser— para alcanzar tales funcionamientos. La idea de capacidades tiene que ver entonces con la idea de libertad, pero entendida como libertad positiva, es decir, como el conjunto de capacidades para hacer posible los diferentes funcionamientos que la persona puede alcanzar.

Según Sen, distintos individuos en distintas sociedades alcanzan niveles diferentes de desarrollo de las capacidades y valoran de manera distinta los diversos funcionamientos. Una adecuada teoría de la justicia debe considerar tales diferencias para efectos distributivos y debe *focalizarse* para la asignación de recursos. En una sociedad extremadamente pobre debe buscarse igualar a las personas en un conjunto limitado de funcionamientos y en sus capacidades correspondientes; en una sociedad desarrollada habría que examinar una lista más extensa de desempeños. Entre la métrica muy subjetivista de los utilitaristas y la métrica muy objetivista de igualitarios como Rawls y Dworkin, habría que pensar en una posición intermedia. Con todo, cabe preguntarse si este enfoque intermedio de Sen no deja abiertas las puertas para ciertas concesiones a un posible relativismo social y cultural.

Martha Nussbaum desarrolla la teoría de las capacidades de Sen desde un enfoque aristotélico, y está de acuerdo en considerar a las capacidades y a los funcionamientos como relevantes para cualquier desarrollo humano. Sin embargo, a diferencia de Sen, no solo piensa que es posible ofrecer un listado de tales capacidades *centrales*, sino que incorpora un “umbral básico” en cada capacidad, por debajo del cual se provocaría un daño a la persona contribuyendo a la pérdida de su dignidad. Y es esta lista de capacidades centrales, con sus umbrales respectivos, la que debe servir de criterio para determinar los principios constitucionales y los derechos correspondientes exigibles a los gobiernos. En este sentido, la propuesta de Nussbaum ataja cualquier crítica a la teoría de las capacidades en términos de un relativismo cultural, a la que quedaba expuesta la teoría de Sen, y abre la posibilidad de una justificación universalista de los derechos que, como decíamos más arriba, viene a complementar o a llevar a su expresión más acabada la teoría de las necesidades básicas y a responder a las críticas de paternalismo injustificado o de pasividad y carácter estático de las mismas. De paso, el problema del déficit de responsabilidad presente en la teoría de Rawls se resuelve haciendo un lugar a la libertad positiva y a la responsabilidad consiguiente de los individuos en el desarrollo de sus capacidades.

¿Cuáles son esas capacidades mínimas que toda sociedad debe considerar y contribuir para asegurar una “buena vida” y que deben lograrse de forma interdependiente e incluyente? La lista de Nussbaum es la siguiente:

1. *Life*. Ser capaz de vivir, es decir, no morir prematuramente.
2. *Bodily health*. Ser capaz de gozar de buena salud, buena alimentación, vivienda adecuada, oportunidades de satisfacción sexual y moverse a diferentes lugares.
3. *Bodily integrity*. Ser capaz de tener experiencias placenteras, evitar el dolor innecesario y estar seguro frente a los asaltos violentos.
4. *Senses, imagination and thought*. Ser capaz de usar los cinco sentidos, de imaginar, pensar y usar la razón.
5. *Emotions*. Ser capaz de experimentar apego a cosas y personas fuera de nosotros mismos, de amar, llorar la muerte de alguien, extrañar y sentir gratitud.
6. *Practical reason*. Ser capaz de formar una concepción del bien y de reflexionar críticamente sobre nuestros planes de vida.
7. *Affiliation*. Ser capaz de vivir para otros y con otros sobre las bases del autorrespeto y la no humillación, considerar a los demás seres humanos y tomar parte en interacciones sociales y familiares.
8. *Other species*. Ser capaz de relacionarse con animales, plantas y la naturaleza en conjunto.
9. *Play*. Ser capaz de disfrutar del buen humor, del juego y de las actividades recreativas.
10. *Control over one's environment*. Ser capaz de vivir la propia vida y no la de alguien más, en el contexto político y social que le ha tocado.¹⁴

La teoría de la justicia de Sen-Nussbaum ha tenido un fuerte impacto para la comprensión del problema de la pobreza y puede ser usada con muchas ventajas para dar cuenta también del problema de la desigualdad, y de lo que algunos autores han propuesto como una economía del desarrollo, humanista.¹⁵

¹⁴ Nussbaum, Martha, "Women's Capabilities and Social Justice", en *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, UNDP, 2000, pp. 231-233.

¹⁵ Boltvinik, Julio, "Teoría de las necesidades para el desarrollo. Max Neef y coautores: 15 sugerentes postulados sobre el tema", en *La Jornada*, 13 de mayo de 2005. Boltvinik propone una distinción que resulta muy esclarecedora entre necesidades/capacidades, los satisfactores de las mismas y los bienes que potencian tales satisfactores. Por otra parte, la teoría de las capacidades propuesta por Sen ha tenido un fuerte impacto en las políticas de desarrollo a nivel mundial a partir del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). En México, sus propuestas han servido de base para la medición de la pobreza en términos multifactoriales, tal como es presentada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

III. IGUALDAD COMO NO ARBITRARIEDAD O IGUALDAD COMO NO SOMETIMIENTO

Desde un liberalismo que Cohen situaría en una igualdad liberal de izquierda, Roberto Saba indaga en su libro *Más allá de la igualdad formal ante la ley*: “la relación entre el ideal de igualdad constitucional y la situación de desventaja estructural en que se encuentran grupos de personas que comparten alguna condición o cualidad, como las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, los migrantes o los pobres estructurales”.¹⁶

Apoyado, entre otros, en los trabajos de Fiss, Post, Siegel y MacKinnon, Saba se propone distinguir, por una parte, entre la noción de igualdad, asociada al principio de no discriminación o de no arbitrariedad, de la noción de igualdad, asociada al no sometimiento, la no opresión o la no dominación y, por la otra, analizar las llamadas “categorías sospechosas” determinadas especialmente por aquellos criterios “cuya aplicación contribuye a perpetuar situaciones de subordinación, independientemente de su correspondencia con categorías *a priori* listadas” y, digamos, no derrotables.

Armado con un poderoso arsenal conceptual, Saba no solo da cuenta de la igualdad en el orden público, sino también —y esto realmente es una contribución de primer orden para la teoría y la filosofía del derecho— en el orden privado, en la relación entre particulares. La distinción entre derecho público y privado resulta entonces insuficiente para dar cuenta de las relaciones jurídicas si asumimos el enfoque desde la desigualdad estructural.

Asimismo, Saba invita a “repensar el rol de los jueces al aplicar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en casos que involucren afectaciones estructurales de derechos en general y de desigualdad estructural en especial”. Se trata de un replanteamiento del control de constitucionalidad y de convencionalidad que tiene que ver más con la aplicación judicial que no con la matriz constitucional de tipo liberal o social, como han propuesto, por ejemplo, Ferrajoli, Courtis o Abramovich.

El libro de Saba cierra con un epílogo desafiante que invita a la elaboración de otro libro que se aboque estrictamente al problema de la pobreza y de lo que hoy, a buena hora y gracias a los trabajos de autores como Stiglitz y Piketty, se ha dado en llamar la “brecha de desigualdad”. Saba aborda el problema de la justicia desde el enfoque de la desigualdad estructural sal-

¹⁶ Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, p. 20.

dando así, como lo expresan Garagarella y Bergallo, “una deuda a partir de una reflexión jurídica meticulosa fundada sobre un profundo conocimiento del derecho comparado de tradición estadounidense y los desarrollos jurisprudenciales de la región”.¹⁷

En 1999, Owen Fiss escribió un ensayo titulado “El inmigrante como paria”, publicado en la *Boston Review*.¹⁸ En síntesis, la propuesta de Fiss sería la siguiente:

- a) La privación de derechos sociales a los inmigrantes no puede abordarse, como pretenden muchos juristas, como una cuestión de discriminación formal.
- b) La propia enmienda XIV, referida al principio de igualdad, también podría interpretarse como un mandato de no sometimiento que impediría negar derechos sociales a la población inmigrante, tanto “regular” como “irregular”.
- c) Nada de esto, sin embargo, obligaría a reconocer a los inmigrantes derechos políticos.
- d) El reconocimiento de derechos sociales a los inmigrantes tampoco estaría reñido con el derecho del Estado a gobernar las condiciones de entrada y salida de sus fronteras.
- e) Los principales garantes del principio de no sometimiento serían los jueces.

El texto de Fiss —precedido por otro publicado en 1977, “Groups and the Equal Protection Clause”— suscitó un gran debate. El libro de Saba es una prolongación de ese debate que, por una parte, le da orden a la discusión y, por la otra, en cierto sentido, también la cierra. Después del libro de Saba se podrán añadir notas marginales, pero lo sustantivo está dicho.

El principio de no discriminación o de no arbitrariedad “responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado”. Esta igualdad formal supone listar *a priori* categorías prohibidas o contrarias al principio de igualdad: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social. Así está expresado en la Convención Americana en su artículo 1 y en la Constitución mexicana, también en el artículo 1. Producto del liberalismo clásico, este principio parte de

¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸ Fiss, Owen, “El inmigrante como paria”, en *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Fontamara, 2008.

una visión individualista del ser humano, pone el acento en una concepción negativa de los derechos y exige del Estado una posición de neutralidad, equidistante o simétrica entre las partes.

Por su parte, el principio de no sometimiento, o no dominación, tiene que ver con una concepción de la igualdad, no formal, sino estructural y sustantiva. Este enfoque “considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno del sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad”; asimismo, “considera relevante la situación individual de la persona, pero entendiéndola siempre como integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado”. Amplía su concepción de los derechos en un sentido positivo incorporando los derechos sociales como una extensión natural de las libertades. Exige por parte del Estado una intervención activa, no neutral, asumiendo la situación asimétrica entre las partes.

En Estados Unidos, tal línea de reflexión inició con la decisión de 1954 de la Corte Suprema en el caso *Brown vs. Board of Education*, inaugurando el periodo conocido como Segunda Reconstrucción. En *Brown* no se trata de una injusticia individual haciendo valer el criterio racial, sino de una estructura social que creaba y sostenía la subordinación de los afroamericanos. Es una situación de grupo que justificaba la implementación de políticas de acción afirmativa, de cuotas y de acciones colectivas con el fin de empoderar a la comunidad sometida y hacer viable el principio de igualdad de oportunidades, no solo en el acceso, sino en el punto de partida. Este liberalismo se distancia de posiciones libertarias para asumir un igualitarismo robusto.

Asimismo, para Saba, la versión sociológica de la igualdad no se asocia con una perspectiva holista y, por tanto, no liberal. El grupo, el colectivo, la sociedad o la comunidad no son entes superiores sustantivizados que se sobreponen a las partes o a los individuos que los integran. Los individuos son fines en sí mismos y valiosos, que no pueden ser sacrificados en aras de la supervivencia del todo. El liberalismo igualitario excluye entonces versiones utilitaristas, comunitaristas o de socialismo colectivista. Ningún liberal niega que el individuo nazca en una comunidad y en un contexto social e histórico particular, pero a fuerza de atomizarlo, los libertarios perdieron esa dimensión real. A buena hora es recuperada por los igualitarios a la manera de Saba y Fiss.

Ampliando más el enfoque estructural de la desigualdad, en el epílogo del libro, Saba confiesa que las ideas que ha intentado defender en su libro surgieron de la convicción de que el problema de la pobreza extrema, persistente, perpetua y transmitida de generación en generación supone una

cuestión de derechos —en particular, del derecho a la igualdad de trato—. ¿Qué otro problema de desigualdad estructural más apremiante podría existir que el de la pobreza extrema? Problema que el autor ejemplifica con las villas miserias argentinas:

Para un niño nacido en un hogar de la villa resulta casi imposible superar su condición, así como fue imposible para sus padres o para sus abuelos. El habitante de la villa, por el solo hecho de vivir en ella, recibirá una peor educación, le será más difícil o imposible acceder a empleos de calidad, no tendrá una atención médica de urgencia adecuada, no recibirá la protección de las fuerzas de seguridad y no le será nada fácil migrar hacia otros sectores de la ciudad. Estamos en presencia de una situación de desventaja sistemática, en donde el problema de desigualdad estructural afecta la propia autonomía personal.¹⁹

Si a las patologías de la pobreza extrema sumamos las propias de la “brecha de desigualdad”, el escenario se nos vuelve doblemente adverso. En este contexto, para Saba no solo los legisladores, sino especialmente los juzgadores, deben asumir plenamente el principio de no sometimiento o no dominación y hacer un replanteamiento a fondo de la aplicación judicial, comenzando por el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Dicho lo anterior, me detengo en uno de los capítulos del libro que retoma un texto publicado por el autor en 2008²⁰ y que, desde entonces, introdujo en el debate hispanoamericano una problemática y unos conceptos novedosos. Las preguntas serían las siguientes: ¿cuándo una categoría utilizada para fundar tratos diferentes es sospechosa? ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? ¿Es posible identificar un listado de categorías sospechosas? Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina presupone la posibilidad de producir ese listado *a priori* y en abstracto cuando resuelve que resulta impugnabile “una categoría infraconstitucional basada sobre el «origen nacional» [por considerarla] sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”.

Para Saba, el principio de no discriminación es inadecuado para concretar el ideal de igualdad como no sometimiento, y esa falta de adecuación se traslada a las categorías sospechosas fundadas sobre él. El carácter

¹⁹ Véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, cit., pp. 288 y ss.

²⁰ Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. II, Derechos.

individualista, neutral y estrecho del principio de razonabilidad, propio del principio de no discriminación o no arbitrariedad, impide la posibilidad de prodigar tratos preferenciales a grupos sistemática o estructuralmente segregados. Más bien, lo que justifica la consideración especial de las categorías sospechosas es el fin igualitario de dismantelar situaciones de trato diferente estructural: las situaciones *de hecho*, no las condiciones abstractas o *a priori*.

Saba enuncia con un sinnúmero de ejemplos las consecuencias que se siguen de justificar las categorías sospechosas en uno u otro principio: de no discriminación o de no sometimiento. Cito un pasaje ilustrativo:

Si las categorías sospechosas se asocian a la irrazonabilidad palmaria del criterio escogido, queda en claro que se vinculan con una idea de igualdad como no discriminación. La consecuencia práctica de este razonamiento es que la categoría “ser mujer” resultaría tan sospechosa como la categoría “ser varón” en cualquier caso, ya que lo que la vuelve sospechosa no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, si lo que hace a una categoría sospechosa es su identificación con un grupo o clase históricamente sojuzgado con miras a *protegerlo*, entonces, “ser varón” o “ser mujer” serán categorías sospechosas solo en la medida en que se las utilice para perpetuar la subordinación de la mujer. Por ejemplo, si el Estado solo contratara varones para desempeñarse como cajeros en los bancos públicos, excluyendo a las mujeres del empleo, el requisito ser varón sería sospechoso. En cambio, el requisito “ser mujer” sería el sospechoso si rigiera la contratación de empleadas para trabajar como promotoras en la vía pública y perpetuando así la estigmatización de las mujeres como objeto de *display*.²¹

Si el autor tiene razón, como creo que la tiene, entonces debemos aceptar que en aquellas sociedades donde se han alcanzado altos grados de igualdad estructural, de no sometimiento o dominación, digamos de trato paritario, tiene sentido concentrarse en hacer viable la igualdad como no discriminación. Hay una suerte de orden lexicográfico: no se puede pretender una igualdad formal si primeramente no se corrigen las desigualdades estructurales, entendiendo una vez más que las categorías sospechosas lo son en la medida en que contribuyen a perpetuar las situaciones de sometimiento y dominación. Hacer valer la primera sin considerar la segunda reforzaría esquemas elitistas, meritocráticos y aburguesados de ordenamiento social.

²¹ Saba, Roberto *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, cit., p. 123.

IV. *EXCURSUS*. IGUALITARISMO Y “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN

En 2005, Roberto Gargarella publicó el libro *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*.²² Aunque constreñido al periodo señalado en el título, daba cuenta ya de varios modelos teóricos que le servirían para analizar el periodo, y que utilizaría posteriormente, hasta llegar al libro, objeto de este *excursus*, *La sala de máquinas de la Constitución*.²³

Los modelos que propone en *Los fundamentos legales de la desigualdad* son el conservador, el radical y el liberal. En ese libro reservó para las conclusiones un cuarto modelo, el igualitario. Para los que, como era mi caso, teníamos interés en tratar de comprender con cierta metodología la historia política y jurídica de nuestros países latinoamericanos, el libro resultó revelador y apasionante. Si además, después de haber publicado *Las teorías de la justicia después de Rawls*²⁴ —donde aparecía con gran consistencia y rigor su talante liberal igualitario en la exposición y crítica de las diversas teorías contemporáneas de la justicia— Gargarella criticaba los tres modelos desde tal concepción igualitaria, pues qué mejor.

Es probable que, dada la organización del libro, cuyo interés se centraba en la explicación de cada uno de los modelos, que a su vez se acompañaban con unas “notas” ejemplificadoras sobre la historia constitucional en América Latina —colocadas como anexos—, asomara cierto voluntarismo orientado hacia la justificación del modelo igualitario. Lo cierto es que *Los fundamentos legales de la desigualdad* sería, en algún sentido, el antecedente de *La sala de máquinas de la Constitución* y, después de diez años de intensa investigación historiográfica y análisis empírico, ese posible asomo de voluntarismo ha cedido ante una elaborada, rigurosa y aterrizada teoría e historia constitucional de nuestra región.

Antes de referirme expresamente al libro, no quiero dejar de mencionar un texto de nuestro autor, publicado en 2010 en la revista *Isonomía*, y que tituló “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”. Gargarella resumía su tesis central con las siguientes palabras:

Después de más de 200 años de vida del constitucionalismo moderno, entendido este a partir de sus rasgos básicos —la adopción de una declaración

²² Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2005.

²³ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz Editores, 2014.

²⁴ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *cit.*

de derechos y de un sistema de “frenos y contrapesos”— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América. [...] Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es “perfeccionar” o “pulir” algunos aspectos de dicho esquema [...] existe urgencia por repensar las causas de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas.²⁵

El texto me resultó un tanto desconcertante con tal planteamiento escépticamente realista. Contrastaba de algún modo con la imagen que me había hecho de su libro anterior, en la que parecía viable un rediseño constitucional desde un enfoque igualitario. Ahora no se trataba de “perfeccionar” o “pulir”, sino de “asumir un fracaso” y, en términos de Hart, diríamos que ya era hora de modificar la regla de reconocimiento del constitucionalismo americano.

Cuando empecé a leer *La sala de máquinas de la Constitución*, después del prefacio salté heterodoxamente al último capítulo: “¿Qué hemos aprendido de dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario”. No me encontré con un Gargarella tan fatalista, pero sí desencantado; no un demolidor de la construcción, pero sí un ingeniero de máquinas dispuesto a construir las bases de un “nuevo paradigma”, en el sentido que da Kuhn a esos términos, es decir, ante la existencia de anomalías ingobernables que ponen en crisis todo el sistema se requiere de una nueva plataforma común de contenidos conceptuales y actitudes sociales que, al menos en buena parte, resulta incompatible con el paradigma anterior.

Comenzaré por decir que en este libro podemos apreciar en toda su dimensión una concepción del derecho, y específicamente del derecho constitucional comparado que se nutre de las virtudes propias de otras disciplinas como la historia, la sociología, la política y la filosofía. No creo traicionar el espíritu del libro si digo que Gargarella entiende el derecho como una subdisciplina de la ciencia social, comprendido interdisciplinariamente, e incorporando una dimensión normativa de orden ético-político.

Creo que lo que hace Gargarella por el derecho en este libro es lo que, por ejemplo, ha hecho Piketty con la economía en su libro *El capital en el siglo XXI*:²⁶ comprenderla en su dimensión interdisciplinaria, histórica y

²⁵ Gargarella, Roberto, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara, núm. 33, octubre de 2010.

²⁶ Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

práctica. Dice Piketty que es hora de que la economía supere su pasión infantil por las matemáticas y por la especulación puramente teórica, que deviene en ideológica. Parafraseando a Piketty, Gargarella podría decir que es hora de que el derecho supere su pasión infantil por el positivismo formalista y la pretendida neutralidad axiológica, que también deviene en ideológica, y se comprometa con una dimensión igualmente interdisciplinaria, histórica y práctica.

También Gargarella y Piketty, y aquí agregaría al historiador Tony Judt,²⁷ toman como punto de partida de sus análisis el problema de la desigualdad: “el gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy [dice Gargarella], y que sigue irresuelto, es el drama de la desigualdad”. Este es el hilo conductor de todo el libro, como lo es también para Piketty, quien equipara la desigualdad actual con el mayor pico de desigualdad en la historia de Occidente durante el periodo de la llamada *Belle Époque*, de fines del siglo XIX y principios del XX, con una tendencia creciente de cara al futuro; y lo es también para Judt, para quien las décadas comprendidas entre 1980 y 2010 y lo que llevamos “han echado por la borda los logros paulatinos de un Estado social que significaron una reducción significativa de la desigualdad”. El libro de Gargarella debe leerse a la luz del problema de la desigualdad en una región donde se encuentran diez de los quince países más desiguales del mundo.

Ahora bien, al mismo tiempo que se carga con el lastre de la desigualdad, los independentistas estadounidenses desde principios del siglo XIX, como muestra Gargarella, “proclamaron un fuerte ideal de igualdad” que incluía dos expresiones principales: el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Ambos ideales, sin embargo, se vieron inmediatamente “deshonrados después de la revolución”.

En una matriz que puede construirse con esas dos variables y, por tanto, con cuatro cuadrantes, en uno de ellos colocaríamos a los *conservadores* que rechazan la demanda de autogobierno y menosprecian el reclamo por mayores niveles de autonomía personal, abriendo así las puertas al perfeccionismo moral; en otro cuadrante, los *radicales* defenderían el ideal de autogobierno pero al costo de abandonar el ideal de autonomía individual sometiéndola a las “apetencias de la mayoría”; y finalmente, en un tercer cuadrante, los *liberales*, en las antípodas del radicalismo, protegerían la autonomía individual, pero al costo de sacrificar el ideal de autogobierno colectivo a través de la implementación de instituciones contramayoritarias.

²⁷ Judt, Tony, *Algo va mal*, trad. de Belén Urrutia, Madrid, Taurus, 2010.

A diferencia de los liberales y de los conservadores, los representantes del radicalismo prácticamente estuvieron ausentes de las mesas de discusión sobre cómo organizar las nuevas instituciones. Quizás por ello en la historiografía latinoamericana el análisis del radicalismo ha sido siempre marginal. Un gran mérito, a mi juicio, del libro de Gargarella es sacar a la luz a ese “fantasma radical” siempre presente en cada momento de la historia constitucional latinoamericana. Gargarella no oculta sus simpatías por el radicalismo y su vocación igualitaria, pese a su claro déficit en términos del principio de autonomía individual.

Queda un cuarto cuadrante: una fuerza que defendiera a la vez el ideal de autogobierno y el ideal de autonomía individual. Esa casilla, que corresponde al igualitarismo, está ausente de la historia constitucional de América Latina. En palabras de Rodrigo Uprimny, se trataría de lograr “una fuerte protección judicial de los derechos junto con una participación y una deliberación democrática contundentes. Y eso no es imposible, pero es difícil”.²⁸ Este es el reto, ni más ni menos, lo que Gargarella llama “el largo camino hacia el igualitarismo”, título del apartado con el que cierra su libro. Regresaré sobre este punto enseguida y sumaré a estas páginas las conclusiones de *Los fundamentos legales de la desigualdad*, para unos comentarios finales.

A partir de las dos variables y de los tres modelos señalados, Gargarella organiza los 200 años de constitucionalismo en América Latina en cinco periodos: el primero, de 1810 hasta 1850; el segundo hasta 1890; el tercero hasta 1930; el cuarto hasta 1980, y el quinto hasta 2010 y lo que llevamos de esta década. Hay dos periodos que resultan relevantes: el segundo periodo, de 1850 a 1890, que corresponde al constitucionalismo de fusión entre liberales y conservadores, y el cuarto periodo, de 1930 a 1980, que corresponde al pacto ampliado o ecuménico, que incorpora las demandas de los radicales.

Gargarella se siente a sus anchas en los capítulos dedicados al segundo periodo, no porque comparta el modelo teórico de fusión entre liberales y conservadores —por el contrario, como era de esperarse, se muestra severamente crítico—, sino porque los creadores de tal modelo comprendieron que el diseño de la sala de máquinas de la Constitución debía corresponder a la parte dogmática de la misma, que contiene los derechos humanos:

El pacto liberal-conservador forjó, desde entonces, la matriz básica del constitucionalismo latinoamericano, que sintetizaremos en la fórmula alberdiana de *libertades políticas restringidas y libertades civiles (económicas) amplias*. Este modelo,

²⁸ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 33.

ya sabemos, apareció como la expresión de una concepción de la democracia muy estrecha, que pensaba a la ciudadanía en términos de su *asentimiento indeliberado a la autoridad política*. La estructura institucional básica que se organizó, entonces, a partir de tales criterios resultó, por un lado, tremendamente exitosa. Ello así, al menos, considerando tanto la extraordinaria difusión alcanzada por dicho proyecto constitucional, como por la estabilidad lograda por el mismo: finalmente, y luego de 150 años de su nacimiento, la estructura constitucional de la región sigue mostrándose estrechamente vinculada con tal proyecto fundacional.²⁹

Esta fusión liberal-conservadora constituye el gran paradigma del constitucionalismo latinoamericano. Pero hay otro periodo que ocupa la atención central de Gargarella, y es el que corresponde al cuarto periodo de los cinco señalados: el periodo que comprende de 1930 a 1980, que constituye lo que el autor llama “el pacto constitucional ampliado”. A la vieja matriz liberal-conservadora se añadían ahora los reclamos de la “cuestión social”, incorporando la pretensión del radicalismo. Y es esta incorporación la que generó una tensión interna en las constituciones, de alguna forma irresoluble. Cito a Gargarella:

Para decirlo brevemente, se reservaba para la vieja alianza liberal-conservadora el control de la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que se delegaba a los grupos más radicales el trabajo sobre la sección de los derechos. El resultado de esta distribución de tareas fue el crecimiento de Constituciones en fuerte tensión interna (en donde una parte de la Constitución se constituía en principal amenaza para la otra), y el mantenimiento de una estructura de poder todavía muy impermeable a las crecientes demandas sociales provenientes desde la sociedad civil —lo que aseguraba el surgimiento de más tensiones entre ciudadanía y Constitución—. [...] lo que quedó fue un “nuevo” modelo constitucional, caracterizado por robustas declaraciones de derechos y una organización del poder todavía altamente concentrada.³⁰

Tal tensión constituye una verdadera anomalía que al paso de los años se fue acentuando. Si bien desde los años ochenta es notoria la incorporación de demandas de grupos tradicionalmente marginados, traducidas en derechos —pensemos solamente en las demandas de los grupos indígenas en nuestra región— esa explosión de derechos no se acompañó de un ajuste en la sala de máquinas, y más bien reafirmó su vocación jerárquica, verti-

²⁹ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., p. 350.

³⁰ *Ibidem*, p. 353.

calista y contramayoritaria: mayor concentración de poder en el ejecutivo con posibilidades de reelección, protagonismo del Senado, y esa paradoja de la que ya daba cuenta Carlos Nino, a saber: a mayor proliferación de derechos, mayor poder y control judicial. Desde este punto de vista, el llamado “nuevo constitucionalismo” del último periodo —de 1980 hasta nuestros días— tiene poco de nuevo, y más bien vino a reforzar una tensión que, como decía Gargarella en aquel texto de 2010 al que ya me referí, ha hecho que la maquinaria quede exhausta. Pero entonces, ¿es posible llenar ese casillero ausente que correspondería a un constitucionalismo igualitario? ¿Deberíamos más bien postularlo como un ideal aspiracional? Es difícil, como decía Uprimny, pero no imposible. Y creo que Gargarella, a lo largo de muchos escritos, ha ido delineando una carta de navegación que él mismo ha sintetizado y que comentaré brevemente.

En primer lugar, de lo que se trata es de reinstalar la dimensión igualitaria en términos de un mayor involucramiento ciudadano en la discusión pública. En otros términos, reivindicar una democracia deliberativa y distinguirla claramente de la democracia como mercado o de la democracia pluralista, estas últimas privilegiando preferencias autointeresadas a través del voto o de la negociación, a diferencia de la primera, que privilegia el ejercicio argumentativo a través de preferencias imparciales. Es lo que con persistente reiteración ha defendido Gargarella como el “valor epistémico de la democracia”: la verdad moral, contra toda forma de elitismo y dogmatismo, es un constructo producto del diálogo incluyente, no del monólogo excluyente. No se trataría de reivindicar la deliberación a costa del voto o de la negociación, más bien, el ejercicio deliberativo debería ser la condición de posibilidad del sufragio y de la negociación: una deliberación *ex ante*, no *ex post*. Por supuesto, y anticipándose a las críticas, la democracia deliberativa tiene sus límites. Cito a Gargarella:

Límites en cuanto a la frecuencia de las decisiones colectivas que se proponen (existen razones de principio y de conveniencia para que tales decisiones se encuentran separadas por periodos de “reposo”); en cuanto al objeto de las mismas (no es necesario controlar colectivamente todos los problemas de interés público, sino solo los más importantes); en cuanto a los sujetos o participantes en dichas decisiones (los “principales afectados” pueden ser, exclusivamente, y por ejemplo, solo los miembros de una pequeña localidad); y en cuanto a la modalidad de tales decisiones (no todos los procedimientos colectivos de toma de decisiones son igualmente defendibles).³¹

³¹ Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, cit., p. 268.

En segundo lugar, con respecto a los derechos humanos, el compromiso con la autonomía individual no se agota con el “dejar hacer”, sino que además requiere de un activo respaldo al “poder hacer” de los individuos. No se trata de desarticular el poder público en aras de una protección a ultranza de los derechos individuales. En situaciones de fuertes desigualdades, los individuos y grupos desaventajados quedan totalmente desprotegidos y a merced de los mejor situados. La justificación última de tal participación activa por parte del Estado descansa en la convicción igualitaria de que la vida de las personas depende de las decisiones de las que estas sean responsables. El límite de tal participación será siempre, para un liberal, el ámbito de la vida privada, porque, en la mejor escuela de Mill, para Gargarella “nadie es mejor juez de sus preferencias, que uno mismo”, siempre que estas no violen derechos de terceros. Así entendida, el perímetro de la vida privada se extiende hasta el ámbito de la sociedad civil y su límite es la no utilización del Estado.

Por otra parte, es verdad que las demandas de los grupos tradicionalmente marginados o invisibilizados se han traducido en una explosión de derechos sociales que, como era de esperarse, se atrincheraron y resguardaron en el texto constitucional. Esto ha llevado a algunos críticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a referirse a estas constituciones como “constituciones poéticas” o, en el mejor de los casos, como expresiones de buenos deseos. A esta crítica han respondido Gargarella y Christian Courtis que tales juicios resultan exagerados, e incluso algunos de ellos, errados:

[...] dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente, Argentina [decían Gargarella y Courtis en 2009], estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en “pura poesía”. Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al estatus constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso.³²

Si algún cambio significativo encuentra Gargarella en el nuevo constitucionalismo, y que debe ser reconocido, es precisamente la incorporación de derechos sociales y culturales, notoriamente los correspondientes a los pueblos indígenas, en constituciones como la de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Aun los tan debatidos derechos de la naturaleza —la *pacha mama*—

³² Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, documento preparado para CEPAL-Asdi (Serie Políticas Sociales, 153), Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32.

y al “buen vivir”, presentes en estas constituciones, deben ser entendidos a la luz de la mejor interpretación posible, a saber, poner límites a la mercantilización ilimitada de la naturaleza y afirmar valores que trasciendan el criterio costo-beneficio.

Finalmente, por lo que se refiere a la “sala de máquinas”, la propuesta igualitaria debe corresponder con el reforzamiento de los derechos y el principio de autogobierno. En *Los fundamentos legales de la desigualdad* se enuncian una serie de propuestas, que sintetizo en las siguientes:

- a) La defensa de las formas directas de la democracia y los sistemas representativos como “males necesarios”.
- b) El fortalecimiento de la rama más popular —el poder legislativo— y, por tanto, el rechazo de toda forma de hiperpresidencialismo tan proclive en nuestra región.
- c) El rechazo del protagonismo del Senado, que no se ha limitado exclusivamente a la evaluación de las normas vinculadas con los asuntos federales, sino a todo tipo de normas.
- d) La crítica al sistema de revisión judicial de constitucionalidad que permite al poder judicial conservar “la última palabra” con respecto a las discusiones constitucionales más importantes.
- e) La comprensión de que la vida política de la comunidad no se agota en las relaciones entre los órganos políticos —debate interpoderes—, sino que se extiende a las prácticas políticas extraparlamentarias, honrando así los principios de pluralidad e inclusión.
- f) La defensa de los derechos humanos no se limitaría a los derechos negativos, sino también a los positivos, y la violación de los mismos no se daría solo por “acciones”, sino también por “omisiones”, por ejemplo, al no asegurarles a los grupos menos aventajados la satisfacción de sus necesidades básicas.

Cada una de estas propuestas merecería una larga discusión. Gargarella está consciente de que no todos los mecanismos de democracia directa hacen justicia al proceso deliberativo. Con razón se preguntaba Nino qué puede tener de deliberativo responder con un *sí* o un *no* en las papeletas. Por otra parte, ¿cómo deben procesarse las iniciativas o las consultas populares para garantizar su eficacia y legitimidad?

Asimismo, es verdad que el sistema de frenos y contrapesos tiende a opacar al órgano mayoritario por excelencia, reforzando la participación de los órganos contramayoritarios, pero también es cierto que no pocos estudiosos preocupados por los problemas de gobernabilidad y estabilidad de

nuestra región han propuesto alternativas más reformistas que han suavizado la actividad de tales órganos para hacer más efectivo el sistema de frenos y contrapesos. Ese adelgazamiento responde a una mayor deferencia hacia el legislativo: más control parlamentario del ejecutivo; más colaboración interparlamentaria entre las cámaras con una representatividad más plural, y un poder judicial que, es verdad, se encuentra en un proceso de aprendizaje tanto por lo que hace a la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos en pie de igualdad con nuestras constituciones como por las demandas sociales que exigen sistemas de impartición de justicia más al alcance de las necesidades ciudadanas: control difuso, tutela, acciones colectivas, sistema penal acusatorio, etcétera.

Con respecto al poder judicial, como veré con más detenimiento en el capítulo noveno, pienso que la independencia de los jueces y el control judicial de constitucionalidad son una condición necesaria, no suficiente, para la existencia y consolidación de un Estado de derecho. Pero creo también que lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su actividad, la justificación última de la misma tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática.

Regreso a los párrafos iniciales de este apartado. Comparto el desencanto de Gargarella y la necesidad de hacerle un servicio mayor a la sala de máquinas de nuestras constituciones, pero, ¿en verdad nos encontramos en la antesala de un nuevo paradigma constitucional? Creo que me falta más imaginación para pensar en la construcción de un nuevo diseño institucional. Mi excusa es que no soy constitucionalista ni historiador de las constituciones, pero como decía un filósofo del derecho español con quien Gargarella, Félix Ovejero y José Rubio Carracedo mantuvieron una polémica muy enriquecedora, esa falta de imaginación es compartida por otros teóricos de la democracia deliberativa, con mayor empaque, me refiero a Habermas, Pettit y al propio Nino.

Habermas, en su libro *Facticidad y validez*, “no toca ni una tilde de las instituciones alemanas tal y como están diseñadas hoy”; de igual manera, Pettit, en el capítulo sexto de su libro *Republicanismo*, “habla de instituciones tan viejas y venerables como el *Rule of Law*, la bicameralidad o el federalismo, como si se tratara de territorios inexplorados o indiscutibles”; y Nino, sin duda más innovador, en el capítulo sexto de su libro *La constitución de la democracia deliberativa*, “presenta más dudas y vacilaciones que novedades institucionales”.³³

³³ Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa. Una réplica”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 109, enero-febrero de 2001.

Es verdad que esos libros fueron escritos en los años noventa y ha corrido mucha historia desde entonces, que por cierto no invita nada a ser optimista, y menos en nuestra región. Quizás, hoy por hoy, Gargarella tenga razón y al cabo de 200 años se requiera hacer algún ajuste de motor a nuestra maquinaria constitucional. Con todo, y siendo atendible la carta de navegación que Gargarella propone, aun no percibo en el horizonte un diseño institucional que supere el de un constitucionalismo liberal, democrático e igualitario. Este último, por otra parte, podría incorporar varias de las demandas sugeridas por Gargarella sin necesidad de transitar a un nuevo paradigma.