

Izquierda y Derecho

Introducción

Acercarse al derecho desde la izquierda significará, en este escrito, pensar al derecho desde el punto de vista de los más desaventajados (Rawls, 1971), es decir, reflexionar primordialmente acerca del modo en que el derecho trata a los que están peor. Tomar este punto de vista es importante porque hoy, según entiendo, el contenido práctico del derecho se encuentra íntimamente vinculado con los intereses propios o asumidos como propios por la minoría que lo escribe, aplica e interpreta, lo cual contradice la promesa igualitaria sobre la que el mismo derecho se encuentra fundado. En este sentido, agregaría que no defenderé como apropiada una cierta lectura del derecho *porque* es la lectura que, en mi opinión, defendería la izquierda, sino porque estimo que es la lectura correcta –la lectura que es capaz de volver a parar el constitucionalismo sobre sus propios pies, conectándolo con sus fundacionales y valiosos compromisos igualitarios.

En efecto, y según entiendo, el derecho se halla actualmente demasiado lejos de satisfacer la promesa original a partir de la cual supo ganar legitimidad, es decir, la promesa de establecer leyes justas e iguales para todos. La vinculación entre el contenido del derecho y las pretensiones de sus operadores más cercanos es discutible pero, al mismo tiempo, se encuentra bien apoyada empíricamente (Sunstein 2006). Aquí me interesa ir un paso más allá de tal tipo de afirmaciones para sostener que, en países fuertemente marcados por desigualdades, donde (como suele ocurrir) los grupos situados en las peores posiciones socio-económicas se encuentran correlacionados con los grupos con menor poder político/institucional, los efectos de la citada conexión resultan mucho más amenazadores. En otros términos, en la medida en que las sociedades son más homogéneas, parece más fácil que el derecho (escrito por algunos) sirva a los intereses de una mayoría. En cambio, en sociedades muy desiguales, en donde quienes están en control del derecho son unos pocos, es dable esperar que las reglas jurídicas comiencen a ser cada vez más cercanas a los intereses de estos, a la vez que más ajenas a los intereses y pretensiones de aquellos que ocupan las posiciones más relegadas en términos socio-económicos. En tal contexto, puede esperarse, el derecho va a tender a servir para afirmar y reproducir el estado de cosas más favorable para quienes están más cerca del mismo. Curiosamente, es en estos casos en donde la promesa igualitaria del derecho resulta más importante y donde, esperablemente, la influencia igualitaria del derecho podría ser mayor. Sin embargo, lo que tendemos a ver es que es en estas ocasiones en donde resulta más común que el poder coercitivo del Estado se utilice en contra, antes que a favor, de aquellos ideales igualitarios. El objetivo de la izquierda del derecho debe ser, creo yo, tomarse en serio la promesa igualitaria del derecho, y procurar que el mismo sirva a los propósitos que se había comprometido a honrar desde sus comienzos: trabajar por la maximización de la libertad individual y el autogobierno colectivo.¹

¹ Aunque aquí presumo la existencia de esa doble promesa, entiendo que no es difícil fundamentar la presencia de la misma. Ocurre que todas las naciones americanas nacieron a la vida independiente a partir de un robustísimo compromiso con el auto-gobierno colectivo (la independencia nacional) que era tomado como principal bandera por los líderes de la independencia, y asumido como propio por amplios sectores de la población local. El compromiso original con la autonomía individual es

Sobre lo dicho, me interesaría aclarar sin embargo algunas cuestiones. En primer lugar, el peso e importancia de la citada (doble) promesa igualitaria no se deriva de su carácter histórico o tradicional sino, y ante todo, del valor que ella encierra, como propósito colectivo. Se trata de un compromiso original de tratarnos a todos como personas igualmente dignas, igualmente merecedoras de consideración y respeto. Por lo demás, el derecho permanentemente apela, en su retórica, a aquellos ideales igualitarios (el lenguaje universal en que se formulan las normas es sólo una muestra importante de ello), por lo que tiene mucho sentido afirmarse en el igualitarismo propio de ese universalismo y reclamar por la expresión del mismo en la vida cotidiana del derecho.

Por supuesto, no es claro cuál era ni mucho menos cuál debería ser el contenido preciso del igualitarismo que aquí se reclama. Por eso mismo, en lo que sigue trataré de explorar ese contenido posible, ideal. Para ello, partiré de los tres valores fundacionales del pensamiento igualitario –libertad, igualdad y fraternidad- y trataré de mostrar tanto el contenido que aquel igualitarismo inicial solió asignarle a tales ideas, como el contenido que podría asignársele hoy a tales valores, confrontando los numerosos desarrollos anti-igualitarios que se han dado en la región. En todos los casos, tomaré como punto de partida de mi exploración algunas de las discusiones propuestas por los radicales latinoamericanos en los años fundacionales del constitucionalismo, porque entiendo que muchas de las preguntas, respuestas y desafíos sugeridos por aquellos resultan, todavía hoy, iluminadoras de nuestras búsquedas.

Libertad como no dependencia

En los orígenes del constitucionalismo latinoamericano, la idea de “libertad” jugó un papel extraordinariamente significativo. Se apelaba a ella para hablar de la independencia de las nuevas naciones; se aludía a la libertad para reclamar un mayor espacio para las ideas y formas de vida diferentes; y se pasó a hablar de ella, además, y muy especialmente, para reclamar –según veremos- libertad económica. El liberalismo tendió a asumir, en este contexto, que con el objeto de respetar la autonomía individual el Estado debía simplemente dar un paso atrás, y “quitar sus manos” de encima de la vida de las personas (i.e., el Estado debía dejar de lado sus pretensiones de imponer un único credo; o sus prohibiciones para que circularan ideas diferentes a las oficiales). Finalmente, de lo que se trataba era de que el Estado se comprometiera de modo exclusivo con la protección de ciertas libertades negativas. La izquierda jurídica, por el contrario, entendía que el Estado debía tomar carta en asuntos de los más diversos, para atacar –por caso- las condiciones que afectaban la vida de los individuos y grupos más postergados. Su idea de libertad no tenía que ver, principalmente, con la ausencia de dominación estatal, sino con el poner fin a situaciones de sometimiento y dependencia. El activista radical chileno Francisco Bilbao expuso una visión como la señalada, al

más difícil de fundamentar, pero también parece claro en una mayoría de países en donde el dominio colonial había tenido que ver con la imposición “por la fuerza de la espada,” de los valores y dogmas de alguna religión particular. La idea de establecer un “muro de separación” entre el Estado y la Iglesia forma parte central del momento fundacional en los Estados Unidos y ella fue recogida, con variables, en América Latina, en donde el peso de la Iglesia llegó a ser, sin embargo, mucho mayor. Buena parte de la lucha de liberales y radicales en la región, por caso, se dirigió precisamente a afirmar los valores de la libertad personal, que habían sido tan estrepitosamente avasallados por la Iglesia Católica durante los largos siglos del dominio hispano.

definir a la noción de libertad que era propia de su proyecto político: libertad era aquí lograr que “Ningún hombre dependa de ningún otro hombre” (Bilbao 1886, 253). El político y pensador colombiano Murillo Toro mostró, mientras tanto, las implicaciones de esta postura al objetar la situación de quienes vivían en “absoluta dependencia”: criticó entonces la injusta distribución de la riqueza que se daba en su país, y mostró por qué en dichas condiciones no podía existir la “igualdad política” sino sólo una “dominación aristocrática.”

En lo que sigue, exploraré este renovado acercamiento sobre la libertad (que quiere ir más allá de la idea de libertad como “dejar hacer,” para pensar en libertad como “contribuir a que se pueda hacer”), en relación con tres cuestiones jurídicas fundamentales: las nociones de privacidad/neutralidad; el derecho al intercambio de recursos en contextos de fuerte desigualdad; y el derecho a la libertad de expresión frente a situaciones de marginación y conflicto social.

Privacidad y neutralidad

Puede resultar curioso comenzar un análisis de la izquierda jurídica a partir del ítem de la privacidad. Sin embargo, la sorpresa debería ser la inversa, es decir, que la práctica habitual del pensamiento jurídico de izquierda no comience por aquí. Por actos privados tomo aquí a aquellos actos que no afecten de modo significativo a terceros. Estos incluyen muchos de los principales actos a través de los cuales una persona puede aspirar a auto-realizarse: leer, escribir, ejecutar algún instrumento musical, vivir la propia sexualidad del modo en que uno lo disponga, practicar un deporte, abrazar una religión, abrazar ciertas ideas políticas. La prohibición de actos como los citados debería considerarse como impermissible. Sin embargo, la historia de la humanidad –y la de Latinoamérica en particular- se encuentra inundada de casos en los que el Estado hizo uso de su poder coercitivo de modo tal de impedir el desarrollo de ciertas religiones, reprimir determinadas ideas, prohibir algunas prácticas sexuales, censurar escritos, etc.

El radicalismo latinoamericano solió tomar claro partido por la defensa de las libertades personales, en su confrontación con el poder omnímodo que llegara a tener la Iglesia en la región. En Chile, a mediados del siglo XIX, el radicalismo se alineó con el liberalismo de forma tal de enfrentar a la coalición allí dominante, entre Ejército e Iglesia; en México, estuvo a la vanguardia de la pelea por la libertad de cultos y la igualdad económica (dos peleas que, otra vez, encontraban como destinatario principal a la Iglesia); en Ecuador, confrontó con el régimen virtualmente teocrático y fundamentalmente represivo de García Moreno.²

Sin embargo, también es cierto que el radicalismo se acercó habitualmente a la defensa de posiciones perfeccionistas, bregando por un Estado más comprometido con ciertas particulares concepciones del bien. Ello así, especialmente, desde su proclamado interés por contar con una ciudadanía “virtuosa,” comprometida y capaz de “ponerse de pie,” en defensa de los intereses de su comunidad. En su forma más torpe y exigente – forma con la que a veces puede querer retratarse a las posiciones radicales- la propuesta de utilizar la coerción estatal con el objeto de “moldear” una ciudadanía “virtuosa”

² Examiné estos antecedentes en Gargarella 2005.

resulta inaceptable o por lo menos altamente riesgosa, como lo admiten algunos de sus propulsores (Sandel 1996, 1998).

El resultado de antecedentes históricos como el que aquí he (apenas) esbozado es peculiar porque, a partir de situaciones como las sugeridas –que de un modo u otro se han repetido en las más diversas latitudes europeas y americanas- los radicales (junto con los conservadores) han tendido a ser identificados como portadores de un ideales perfeccionistas (“las personas deben comportarse así,” “debemos crear un “hombre nuevo”), en tanto que los liberales, por sus consistentes políticas laicas, se han arrogado el título de la política neutral, respetuosa de todas las diversas formas de vida. Sin embargo, dicha descripción de la filosofía política moderna es defectuosa y engañosa, y conviene tomar reconocer por qué. Es necesario, según entiendo, hacer un esfuerzo por presentar una posición como la defendida por el radicalismo a una mejor luz.

Una forma de pensar mejor al radicalismo sería la siguiente: reconocer que lo que le interesa a dicha corrientes es demostrar que, contra lo que podrían pensar algunos de sus rivales teóricos (típicamente, sus rivales liberales), no existe algo así como un “Estado neutral” respetuoso plenamente de los proyectos vitales de cada uno de sus miembros. Lo que puede existir, en todo caso, es un Estado *más o menos* respetuosos de la autonomía de cada uno de sus miembros. Pero, por caso, cuando el Estado prohíbe las emisiones de pornografía en la televisión de acceso masivo, a la vez que permite la emisión de violencia desenfrenada en esos mismos espacios, el Estado no se comporta de modo “neutral.” Más radicalmente, el Estado que está montado sobre instituciones que dificultan o desdeñan la participación pública de la ciudadanía; o que cuenta con prácticas judiciales que dificultan y llenan de formalidades el acceso público a los tribunales, también “toma partido” por un cierto tipo de ciudadanía. Del mismo modo, cuando reprocha las discriminaciones raciales llevadas a cabo por ciertos empleadores particulares, pero no hace lo mismo con sus prácticas de abusos laborales, el Estado también muestra su favoritismo hacia ciertos formas que pueden tomar las relaciones interpersonales. En definitiva, por acción y omisión, el Estado siempre se encuentra alentando o desincentivando determinados comportamientos personales y colectivos. Frente a ello, entonces, el reclamo de los radicales por un Estado comprometido con una ciudadanía virtuosa se torna menos amenazante. Una forma plausible de reconstruir el pensamiento de los radicales, entonces, es decir que lo que ellos quieren es poner fin a compromisos que *de hecho, hoy* toma el Estado (tal vez, bajo una pretensión de “neutralidad”), y los reemplace por otros más afines a los ideales de una ciudadanía activa.

Derechos de intercambio (libertad de comercio-libertad contractual)

Buena parte del derecho local aparece moldeado –impropiamente podríamos pensar- en torno a la idea del valor de las libertades comerciales. Juan Bautista Alberdi, uno de los grandes ideólogos del derecho latinoamericano, distinguió en su momento entre “libertades económicas” y “libertades políticas,” para afirmar que las nuevas naciones independientes hacían bien en postergar las segundas al mismo tiempo en que distribuían las primeras “a manos llenas.” En su opinión:

Conceder la libertad según la ley es dejar la libertad al arbitrio del legislador, que tiene el poder de restringirla o extenderla. En poder de la buena intención, este régimen puede convenir al ejercicio de la libertad política; pero ni con buena ni con mala intención puede convenir jamás al ejercicio de la *libertad económica*, siempre inofensiva al orden, y llamada, como he dicho en otra parte, a nutrir y educar a las otras libertades. No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*.³

La propuesta de Alberdi puede tomarse hoy como meramente coyuntural, y demasiado marcada por el elitismo de la dirigencia de la época. Sin embargo, uno no debiera descuidar el impacto e influencia que ella ha ejercido a la hora de moldear el nuevo derecho latinoamericano. Dicha declaración, más que una *boutade* circunstancial, aparece como una marca de identidad del entonces naciente derecho regional: relegar las libertades políticas en beneficio de las seguridades de la economía.

La reflexión que merece plantear la izquierda es la misma que siempre ha planteado frente a este tipo de defensas irrestrictas y extremas de los derechos de intercambio: La defensa de los acuerdos entre partes para el libre intercambio puede ser una buena manera de respetar las decisiones de las personas, pero conviene prestar mucha atención sobre la legitimidad de aquellas posesiones que son objeto del intercambio. De lo contrario podría ocurrir que, de modo injustificable, unos resulten sistemáticamente favorecidos y otros perjudicados en esos intercambios. Dicha situación resultaría aún más inaceptable si se produjera en un contexto como el requerido por Alberdi, es decir, en condiciones restrictivas sobre las libertades políticas. Entonces, aquellos injustamente afectados por esos reprochables intercambios no quedarían siquiera en condiciones de reclamar por la situación de desventaja a la que se los relega.

Pensadores cercanos al socialismo, como Manuel Murillo Toro, en Colombia, detectaron bien este punto, y bregaron durante buena parte de su vida intelectual por reorganizar la distribución de la tierra, a la que veían como principal fuente de la injusticia en los intercambios. En áspera polémica con el pensador librecambista Miguel Samper, Murillo escribió un trabajo significativo titulado “Dejad hacer,” en donde impugnó la “doctrina egoísta y funesta preconizada por Juan Bautista Say y toda su escuela, comprendida en la fórmula sencilla de dejad hacer; o lo que es lo mismo: dejad robar, dejad oprimir, dejad a los lobos devorar a los corderos.”⁴ Y agregó: “el remedio

³ Y continuaba: “Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los arts. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz.- Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio.” Juan Bautista Alberdi, “Sistema Económico y Rentístico,” en Alberdi (1920), tomo xiv, 64-65.

⁴ Morales Benítez (1997), 200. Contra Samper y su liberalismo económico, sostuvo: “Así, usted ve que en Europa, como comienza a suceder aquí, el fruto de la escuela económica que tiene por fórmula el dejar hacer, dejar apropiarse indefinidamente, ha sido el de aumentar inmensamente la riqueza de los que eran ricos y empobrecer aún más a los pobres. Y esta extrema desigualdad de la riqueza, o mejor dicho, esta falta de reglas acertadas para verificar una equitativa repartición del valor de los productos creados entre todos los que han concurrido a su producción, que no permite que todos los individuos participen de

para los males que usted ha expuesto, para los riesgos que usted prevé...estaría en prohibir las grandes acumulaciones de tierra: ése es el único remedio y no hay que asustarse.”⁵

Es curioso que aún los más lúcidos pensadores de la derecha hayan sabido reconocer siempre este punto, pero que aún así sean tantos los que se nieguen a verlo. De hecho, algunos de los más notables pensadores/filósofos contemporáneos, defensores extremos de la idea de propiedad privada (pienso, especialmente, en el caso de Robert Nozick), destacan exactamente esta cuestión: hay un valor en los intercambios libres entre las personas (lo que Nozick llamaba el “principio del intercambio”), pero la validez de dicho intercambio es absolutamente dependiente de una cuestión previa, es decir, los justos derechos de cada uno sobre aquello que intercambia con los demás (aparece aquí, entonces, lo que el filósofo llamaba el “principio de la adquisición”). Si y sólo si cada uno tiene justos derechos sobre los bienes que intercambia, es que puede considerarse que esos intercambios son irreprochables (Nozick 1973). La izquierda jurídica debe poner atención sobre este mismo punto e, invirtiendo las prioridades de Alberdi, comenzar a preocuparse en torno a las bases de justicia de los intercambios libres autorizados por el Estado y respaldados por su fuerza.

Expresión y protesta

En cuanto a las libertades básicas a ser protegidas, las relacionadas con la expresión deben ocupar, indudablemente, un lugar central. La tradición latinoamericana al respecto encuentra muchas idas y venidas aunque, en principio (y con las serias salvedades que haré enseguida) el balance no sea el más trágico, al menos en comparación con la suerte que han tenido otras libertades en la región. Las primeras y más serias restricciones a la palabra oral y escrita provinieron de la Iglesia y sus aliados en el gobierno, que presionaron por la censura de todas las expresiones que pudieran poner en cuestión los dogmas y enseñanzas propios de la religión católica. Eran muchos los líderes y pensadores de la época que consideraban, como el influyente constitucionalista chileno Juan Egaña (autor de la Constitución de 1823, y figura inspiradora de la de 1833), que “Es un error permitir toda clase de calumnia e insulto, y que se ataquen los principios más sagrados e inviolables de la religión y la moral, con la expectativa de castigar después a sus autores...*La suma de los males que produce la libertad de imprenta en la religión, la moral, la mutua concordia interior de los ciudadanos, y aun el crédito exterior de la nación, es mucho mayor que sus bienes.*”⁶

los progresos de la civilización, que ha aumentado la desigualdad de las posiciones y engendrado la miseria de abajo, y la inquietud arriba, es un hecho importantísimo que conviene estudiar para remediar, en vez de volverle la espalda diciéndole: “podéis seguir.” Ibid.

⁵ Ibid. Al respecto, añadía “yo no ataco la apropiación de las tierras, sino que, antes la considero útil y necesaria, siempre que esa apropiación tenga límites que no puedan traspasarse, y de cuyo respeto se encargue la sociedad...los hombres pueden acumular indefinidamente valores que sean el fruto del trabajo; pero no deben poderse apropiarse lo que la naturaleza cedió gratuitamente a la especie para su sostenimiento y conservación. Ibid., 212. Ver también Torres Almeida (1984).

⁶ Silva Castro (1969), 84-85 (la cursiva es mía).

Posiciones como las de Egaña fueron comunes (aunque, por lo general, algo más moderadas), en los años fundacionales del constitucionalismo latinoamericano.⁷ Entonces, se fijaron limitaciones constitucionales a la expresión; se crearon comisiones de censura; se quemaron libros; se prohibieron los ataques a la Iglesia; se comprometió al Estado de modo exclusivo con ciertas ideas; etc.

Por lo demás, y desde entonces, Latinoamérica fue periódicamente asolada por la represión y la censura, sobre todo (aunque no exclusivamente) a partir de la llegada de gobiernos militares, por lo que aquella tradición de persecución a las ideas contrarias se mantuvo en el tiempo. Aunque aquí no puedo entrar en detalles sobre dicha historia, sí querría destacar que aquella tradición oscurantista siempre se vio confrontada con otras, que la desafiaron marcando el valor de la libertad de pensamiento, de prensa o de asociación. Lo que primero destacaría, en tal respecto, es que, aún en circunstancias tan difíciles como las sugeridas, el derecho a la libertad de expresión se convirtió, también en Latinoamérica, en un derecho fundamental, reconocido como esencial a cualquier sistema de gobierno decente. Es decir, los latinoamericanos no tuvieron mayores problemas en ver a la libertad de expresión como un valor primordial, y en juzgar a las restricciones a la misma como anomalías, habituales sí, pero anomalías al fin. El punto tiene algún interés porque, en relación con otros derechos –pongamos, frente a la sistemática violación de los derechos sociales- los operadores jurídicos no tendieron a sentirse inquietos. Ellos no reconocieron que, al respecto, hubiera mucho que explicar: los derechos sociales resultaban violados cotidianamente, y no había mayores aclaraciones que hacer sobre el tema. Sin embargo, en materia de libertad de expresión la situación era la contraria, porque se reconocía en la protección de la palabra un principio que el Estado abrazaba, con razón, y frente al cual cualquier desviación requería de una justificación especial.

⁷ Puede advertirse una operación semejante en la Constitución ecuatoriana de 1869, y el modo en que, por ejemplo, tornaba dependiente el derecho de asociación del debido respeto a “la religión, la moral y el orden público.” La misma forma de razonamiento puede encontrarse, también, en Bolívar, quien también reaccionaba frente a lo que denominaba “las máximas exageradas de los derechos del hombre.” En su opinión, no había que aferrarse a ese tipo de principios como si fueran intangibles e incondicionales: nada era más importante que preservar el orden social. Por supuesto, la “ordenación” de las libertades a partir de la religión no fue una característica privativa de proyectos conservadores más bien extremos, como los mencionados, sino de la gran mayoría de los textos conservadores. Como dijera el venezolano Juan Vicente González: “qué facultad humana no está limitada por la naturaleza?...La utilidad de todos, el interés público, el derecho social, en una palabra, debe intervenir para moderar y sujetar esta libertad como todas las demás...cuáles serán los límites naturales de la prensa? Ellos están indicados por los deberes de la prensa misma, y por la necesidad de moral, de orden y seguridad que domina a toda asociación humana” (Romero 1978, 31) Aún en Constituciones más abiertas, como la de Argentina de 1853, la operación de los defensores del perfeccionismo fue la misma: relativizar todos los reclamos de sus opositores en pos del establecimiento de derechos intangibles, para mostrar la dependencia de aquellos del respeto de la religión católica. Gracias a la presión de los conservadores, las discusiones celebradas entonces giraron casi exclusivamente en torno al tema de la religión. Convencionales como Ferré, Leiva, Zapata o Zenteno pretendieron condicionar las principales libertades constitucionales –aún la de trabajar- al requisito previo de ser católico: el Estado –decía el Convencional Zenteno- no podía ser indiferente al mal, ni aceptar la propagación de ideas que, finalmente, iban a alterar la paz pública. Aunque en dicha oportunidad la suerte de los conservadores no fue mayor –ya que debieron ceder en muchos de sus reclamos- su impacto sobre la Constitución fue igualmente mayúsculo, logrando comprometer al Estado con la defensa privilegiada del culto católico; asegurar la exigencia de pertenecer a dicha religión como pre-requisito para acceder a la presidencia; y condicionar el respeto a las “acciones privadas de las personas” a la no ofensa a Dios ni a la “moral pública.”

Ahora bien (y es éste el punto principal que me interesaba señalar), aún si aceptamos que la libertad de expresión se convirtió prontamente en el trasfondo reconocido o aceptado (aunque no siempre respetado) del derecho latinoamericano, debemos inmediatamente señalar que la concepción que tendió a primar sobre la misma fue muy estrecha. Típicamente, la proclamada veneración hacia la libertad expresiva convivió con la incuestionada realidad de millones de voces no escuchadas; con una enorme pobreza en materia de foros públicos; o con individuos y grupos gozando de infinitas más posibilidades expresivas que sus pares, en razón de hechos tan moralmente irrelevantes como las diferencias de recursos con que cada uno cuenta, por el sólo hecho del azar de su nacimiento.

En este contexto, la izquierda jurídica latinoamericana debe hacer un enorme esfuerzo, no sólo para mantener la vitalidad del derecho a la libertad de expresión (entendido del modo más tradicional), sino fundamentalmente para revertir la situación hoy más común en una mayoría de países, en donde son pocos los que pueden hablar y ser escuchados por los demás; son demasiados los que quedan “sin voz;” y son reducidos los foros públicos en donde expresarse – foros que, para recuperar la imagen que empleara en su momento Carlos Nino, se convierten en ágoras que cobran una cuota de ingreso (Nino 1992).

Por lo dicho, se torna tan importante la defensa de una concepción expansiva del derecho a la expresión, que reserve un lugar central para los individuos y grupos con mayores dificultades expresivas. En situaciones en donde son tantos los que tienen dificultades para presentar sus reclamos en público, y tan importantes, numerosas y urgentes las necesidades que los silenciados deben defender, se torna imperioso recuperar la voz de los “sin voz.” Dicha recuperación puede darse, ocasionalmente, a través de subsidios; imaginablemente, por medio de acciones de discriminación inversa; eventualmente, a partir de invitaciones concretas formuladas por el poder público (i.e., una convocatoria judicial a una audiencia pública en la que participen los grupos más desaventajados, por caso, por una situación de contaminación ambiental).

Por lo demás, en tal tipo de situaciones es que la izquierda jurídica debe prepararse para defender, de un modo muy especial, el derecho a protestar (un derecho que en otro trabajo calificara como “el primer derecho,” por ser el derecho que nos permite mantener vivos a los demás derechos Gargarella 2005b). Numerosos doctrinarios, académicos y jueces ven a la protesta simplemente como un fenómeno disruptivo, llevado adelante por oportunistas que tratan de obtener alguna ventaja indebida a partir de las molestias que ocasionan sobre los demás (i.e., obtener algún apoyo económico por parte del Estado; conseguir algún tipo de ventaja impositiva). La izquierda, en cambio -sin necesidad de poner a las infinitas y diversas protestas que se dan en la región en el mismo plano- debe preocuparse por preservar un espacio amplio para la protesta, asegurando la protección de los manifestantes, y el respeto incondicional del derecho ciudadano a criticar severamente a quienes están en el poder y arrasan con sus derechos. No puede permitirse que, sumado a las violaciones cotidianas que sufren en sus derechos sociales, se restrinjan también las posibilidades de que estas víctimas se quejen de las violaciones que sufren.

Agregaría al respecto sólo algunas breves ideas. En primer lugar, nunca debe perderse de vista que lo que está en juego en estas protestas, de modo muy habitual, es la pronta recuperación social de los que están peor. La lucha por la defensa del derecho a la protesta no debe concentrar nuestras energías, como si la disputa fuera, “meramente” una por poder exteriorizar quejas de modo ruidoso, antes que otra por asegurar, por caso, una justa distribución de los recursos económico-sociales existentes. En segundo lugar, la defensa de la protesta no implica, meramente, la defensa de la posibilidad de pronunciar ciertas quejas, en algún lugar. Lo que se requiere es que se asegure la posibilidad de que todos puedan llegar a hacer conocer sus puntos de vista a las autoridades, y a sus demás conciudadanos, a través de canales o ámbitos por donde se puede acceder adecuadamente a ellos (de allí la protección especial que la jurisprudencia más asentada internacionalmente le ha dado a los “foros públicos” tales como las “plazas, parques y avenidas” habitualmente usados para la protesta).⁸ Dicho lo anterior, agregaría un último punto sobre los alcances del derecho a la protesta. La idea, que en parte tomo de la jurisprudencia extranjera, es que debemos estar más abiertos a la aparición de formas no tradicionales (y más disruptivas) de expresiones de protesta, en la medida en que sean mayores las dificultades de un cierto grupo de expresar sus puntos de vista en público, a partir de razones que les son ajenas. Por ejemplo, en *Adderley vs. Florida* 385 US 39 (1966) parte de la Corte norteamericana reconoció que los diferentes grupos tenían grados de acceso sustancialmente diferentes a los espacios existentes y, a partir de este hecho propuso un principio similar al recién invocado, y que podríamos resumir así: cuanto más marginado del debate público está un grupo por razones que están más allá de su propia responsabilidad, más sensible tiene que ser el

⁸ Notablemente, tanto jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos como jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos han coincidido en definir una lista de condiciones que las regulaciones de contenido neutral deben respetar, para poder ser ratificadas. Así, para ambas cortes resulta claro que estas regulaciones no pueden ser utilizadas para socavar opiniones políticas desfavorables; sino que deben servir un importante interés del Estado, deben ser diseñadas del modo más estrecho posible, deben dejar abiertos medios alternativos razonables de expresión y deben ser aplicadas de manera no discriminatoria[□]. En el contexto europeo, probablemente más que en los Estados Unidos, “existe un grado razonable de consenso académico con respecto a la necesidad de proteger las manifestaciones públicas con el propósito de salvaguardar los intereses de las minorías” (Fenwick 1999, 493). En general, se reconoce que “la negación de un espacio público para el ejercicio de los derechos de expresión recae de forma diferente sobre distintos grupos: en los hechos, ello puede implicar que se le nieguen los derechos de libre expresión a ciertos grupos minoritarios que pueden tener la imposibilidad de manifestarse a través de otros medios” (Ibid., 494.). En Estados Unidos la Suprema Corte ha tendido a ser muy respetuosa de las regulaciones de contenido neutrales, aceptándolas en una mayoría de los casos. Pero aun en este caso, la apertura de la Corte no significó que las reglas establecidas se volvieran irrelevantes —y, por supuesto, incluso si así lo fuera, ello no sería una buena razón para no considerar más seriamente el significado de estándares razonables como los definidos por ambas cortes—. En particular, la Corte de Estados Unidos ha prestado atención al impacto diferencial de las regulaciones de contenido neutral, asegurándose que el orador tuviera acceso a un “foro accesible, por el que pueda esperarse que circulen las personas a quienes quiere dirigir su discurso”. De acuerdo con lo anterior, en *Dr. Martin Luther King Jr. Movement vs. City of Chicago* (419 F. Supp. 667) la Corte eliminó una regulación que impedía a las organizaciones de derechos civiles marchar a través de un barrio de blancos, dado que la idea de los manifestantes era llegar a esa audiencia en particular; y en *Schneider vs. State*, la Corte eliminó una ordenanza que requería un permiso para cualquier actividad de solicitud de votos casa por casa (la cual en principio aparecía como una regulación de contenido neutral admisible), porque en realidad perjudicaba desproporcionadamente a los grupos con menos recursos[□]. En Argentina, esta opinión ha sido sostenida por el Juez Rodríguez Basavilbaso en su voto en disidencia en el caso *Schifrin*, en el que citó las opiniones judiciales de Estados Unidos sobre este tema.

Poder Judicial a las demandas de dicho grupo, y mayor protección debe otorgar a las formas de comunicación desafiantes que estos grupos eligen para presentar sus demandas. Por supuesto, este principio no implica que, debido a la situación difícil que enfrentan ciertos grupos, la Corte deba simplemente aceptar sus demandas o despreocuparse por la manera en que se presentan dichas demandas. El principio en cuestión es agnóstico con respecto al resultado final de la decisión judicial, que depende enormemente de los detalles particulares del caso. Sin embargo, el principio apela a una actitud diferente por parte de los miembros de la Corte, quienes no deberían evaluar los reclamos del grupo afectado y los medios elegidos para expresar esos reclamos como si los manifestantes fueran miembros plenamente integrados de esa comunidad deliberativa”.

Igualdad como igualdad material

El radicalismo latinoamericano siempre tuvo buenas razones para diferenciarse de sus concepciones rivales, en materia de igualdad. Los principios, medios y fines de sus propuestas habitualmente resultaron contradictorios con los defendidos por las corrientes conservadoras –corrientes que, ante todo, procuraban mantener el estado de cosas económico-social, sino directamente “restaurar” un orden pasado, normalmente propio del orden de lo imaginado (un pasado “mítico,” ordenado y estable). Radicales y liberales, sin embargo, aparecieron reunidos, en ocasiones, en temas relacionados con la igualdad. Ambos estuvieron del mismo lado, por caso, en una batalla a favor de la igualdad formal. Así, y por caso, liberales y radicales tendieron a unirse para presionar por la abolición de la esclavitud, y fueron aliados, también, en sus reclamos destinados a abolir el *tributo* indígena –el impuesto que los grupos indígenas estaban obligados a pagar a las clases dominantes. Estos cruciales logros, sin embargo, dejaron graves desigualdades estructurales simplemente intocadas, a la vez que creaban directamente nuevas desigualdades –problemas que el liberalismo tendió, comúnmente, a desconocer. Por ejemplo, los liberales no tendieron a ver como un problema (al menos, como un problema que el Estado era responsable de resolver), que los esclavos debían re-iniciar sus vidas como hombres libres sin los recursos económicos necesarios para satisfacer a sus más básicas necesidades (recursos que les habían sido denegados, arbitrariamente, durante siglos). Y ellos tampoco tendieron a ver ninguna necesidad de proveer de algún apoyo especial a los indígenas, luego de que las propiedades colectivas de estos últimos eran transformadas –a través de la fuerza o el engaño- en propiedades individuales que los aborígenes tendieron a perder en poco tiempo, gracias a los abusos y a las tretas de los sectores más privilegiados. Es a partir de tal tipo de rupturas ideológicas, entonces, que conviene volver a pensar sobre la idea de igualdad, y volver a señalar la importancia de un enfoque capaz de trascender la mera –aunque crucial- idea de la igualdad formal. En lo que sigue, me preocuparé por explorar tres implicaciones posibles del compromiso de la izquierda jurídica con la igualdad material. Una, referido a los derechos especiales de los grupos más desaventajados; otra, relacionada con la idea de propiedad; y finalmente una más, vinculada con el sentido de los derechos sociales.

Grupos subordinados, acciones afirmativas, y teorías del “igual punto de partida”

Dentro del esquema de igualdad material defendido por el radicalismo político, siempre ocupó un lugar especial la recuperación de los grupos más postergados de la sociedad, por el Estado: mujeres, indígenas, ancianos, menores, minorías étnicas, etc. Esto fue lo primero que reclamó el convencional mexicano, Ignacio Ramírez, al pedir por una Constitución que se ocupase menos de los privilegiados de siempre, y más de los “privilegios de los necesitados, los ignorantes, los débiles” (Ramírez 1984, XXIII). Y es esta misma concepción de igualdad material, la que José Gervasio Artigas había querido promover, en la República Oriental del Uruguay, al promover su conocido “*Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña*,” en el que dispuso una distribución de tierras que diera prioridad a los “negros libres,” “zambos,” “nativos americanos,” “viudas insolventes con hijos,” y “criollos”: aquí no se defendía entonces, simplemente, una recuperación de la igualdad formal (suprimiendo las explícitas discriminaciones promovidas por el Estado), sino algo mucho más extremo, que consistía en darle un apoyo prioritario y especial a los grupos que estaban peor. Al actuar de ese modo, se mostraba consciencia sobre un punto muy importante, cual es el reconocimiento de que la situación de postergación actual de ciertos grupos tenía que ver con acciones y omisiones pasadas, por parte del Estado. Es decir, se destacaba que el Estado había puesto la fuerza pública al servicio del sometimiento de amplios sectores sociales, por lo que ahora el debía asumir una responsabilidad especial, en el esfuerzo por quitar a aquellos grupos de la situación de postergación a la que los había condenado. (Fiss 1976). Parece claro: si el Estado, durante centenares de años, imposibilita que ciertos sectores de la población voten (como las mujeres), o reciban una educación y en definitiva un trato igual al que reciben los demás (los indígenas), luego, no puede sino esperarse que cierta parte de la población tenga necesidades jurídicas básicas desatendidas; que otros padezcan dificultades de integrarse en el mercado laboral por una tradición de discriminación por parte de los empleadores (Sunstein 1991); o aún otros sean rechazados, por su solo aspecto, cuando se presentan como candidatos en ciertas universidades (lo que ocurriera con las minorías afroamericanas, en los Estados Unidos).

Situaciones como las anteriores pueden requerir entonces, por parte del Estado, de medidas especiales (como las acciones afirmativas), destinadas a volver a tender algunos de los puentes en la protección de derechos que el propio Estado se ocupó de dinamitar. Por supuesto, muchas de estas medidas resultan antipáticas e incómodas para quienes se sienten perjudicados por ellas (las personas que, por caso, piden y no obtienen subsidios especiales, que van destinados a grupos postergados; o estudiantes que no obtienen plazas que se reservan para miembros de minorías desaventajadas). De hecho, los argumentos contra este tipo de propuestas son muy numerosos: alguien podría decir que medidas como las citadas son contraproducentes, porque generan más resentimiento social; o que son rechazadas, en algunos casos, por sus propios beneficiarios (que quieren mostrar que “pueden llegar adonde quieren, sin la ayuda de nadie”); o que promueven una “balcanización” o fragmentación en grupos de la sociedad; o que llevan a que cada grupo piense sólo en sus intereses (ya que, de los demás, se ocupa el Estado); o que se basan en generalizaciones impropias (“las mujeres,” “los indígenas,” “los blancos”); o que pecan por un grave anti-individualismo; o que parcelan a las personas en sólo ciertos rasgos de su personalidad (“el color,” “la raza”); o que generan un efecto de “pendiente resbaladiza” interminable (y así, la necesidad de favorecer a más y más grupos desaventajados: las profesiones postergadas,

los dueños de negocios menos exitosos); o que promueven políticas “insultantes” para los más postergados; o que se basan en factores moralmente irrelevante, que nunca debieran ser base para una política pública (“el color de piel,” “la raza”).

Sin embargo, esas medidas merecen, aún así, ser defendidas, cuando reconocemos que la inacción estatal al respecto no es igual a una situación de “no acción” o “neutralidad” frente a todos, sino paralela a otra situación de “tomar partido” a favor de los que ya favoreció, a partir de décadas de abusos, discriminaciones, marginamiento y opresión de ciertos grupos. Por supuesto, lo dicho no implica una defensa cerrada a favor de todo tipo de acciones afirmativas (ya que hay arreglos flexibles y abiertos, y otros que no lo son; arreglos bien diseñados, y otros que evidentemente no; arreglos eficientes para los fines que se proponen, y arreglos que claramente no lo son). Pero nunca debe perderse de vista que lo que está en juego es no comprometer al Estado con un *statu quo* de grave injusticia, que él mismo creó, y que implicó beneficiar a ciertos sectores sociales, a partir de las graves (a veces, violentas, siempre discriminatorias) medidas tomadas contra otros.⁹

El último punto que quisiera marcar, en este respecto, es el de un rechazo a las teorías del “igual punto de largada.” Y es que las medidas especiales que merece tomar el Estado en protección de los sectores a los que maltrató sistemáticamente no deben terminar apenas se ha “nivelado” el punto de partida -como se apresuran a señalar aún los defensores de las medidas de acción afirmativa. Lo que aquí está en juego es el proyecto de una sociedad sin castas, sin grupos subordinados –una subordinación sostenida, directa o indirectamente, a partir de sus acciones u omisiones, por el Estado (Sunstein 1994). De lo que se trata, entonces, es de pensar a la Constitución a la luz de una teoría de la justicia que opere sobre la “estructura básica” de la sociedad, asegurando la continuidad de un trato justo para todos los individuos y grupos (Rawls 1971). Es decir, de lo que se trata no es de “nivelar el piso,” de una vez y para siempre, sino de darle continuidad en el tiempo a políticas igualitarias estructurales.

Propiedad

Una de las cuestiones jurídicas centrales para el primer radicalismo latinoamericano fue, sin dudas, la relacionada con la discusión sobre la propiedad. Notablemente, sin embargo, muchos de nuestros antecesores fueron capaces de superarnos ampliamente en el tratamiento de la cuestión. Ellos, contra una mayoría de nosotros, demostraron tener la lucidez necesaria para pensar los principales problemas político-sociales que enfrentaban, de la mano de una reflexión sobre el derecho de propiedad. Las ilustraciones al respecto abundan. Algunos de mis ejemplos favoritos, en este respecto, provienen de las potentes voces que se alzaron en la recordada Convención Constituyente mexicana de 1857, para referirse a la importancia del “problema de la tierra.” Convencionales como Arriaga, Castillo, Ocampo o Ramírez, entre otros, se ocuparon de resaltar el peso de la cuestión. Ponciano Arriaga resumió su punto de vista en una frase según la cual la Constitución debía transformarse, directamente, en “la ley

⁹ Y, por lo demás, tampoco debe perderse de vista que, frente a la potencia de infinitos reclamos, es posible establecer prioridades; que frente a los riesgos de ciertas medidas es posible testearlas en el tiempo; que frente a las propuestas más torpes que se ofrecieron existen programas menos rígidos y más individualizados, etc.

de *la tierra*,” es decir, debía dirigirse sobre todo a repensar los modos de la distribución de la propiedad. Refiriéndose a la “monstruosa división de la propiedad territorial,” defendió la reforma de la propiedad de la tierra como elemento necesario para la “igualdad democrática” y la “soberanía popular.”¹⁰ En su opinión, era necesario poner fin de una vez y para siempre a un sistema despótico que había tenido “su fundamento lógico en la ignorancia de las masas y su base material en la *apropiación del suelo*.”¹¹ Lo más interesante de este argumento reside precisamente en su permanente vocación por conectar la cuestión de la tierra con la soberanía popular, la educación de todos y, en definitiva, con la igualdad.

De todas formas, como anticipara, opiniones como las de los convencionales mexicanos no eran excepcionales, dentro del contexto latinoamericano. Por caso, Manuel Murillo Toro supo presentar el problema en términos idénticos –aunque, en este caso, haciendo hincapié en la conexión existente entre sufragio universal y propiedad de la tierra. Murillo se preguntaba entonces: “Qué quiere decir el sufragio universal y directo en una sociedad en que [la enorme mayoría de los votantes] no tienen la subsistencia asegurada y dependen por ella de uno solo? Qué quiere decir la federación cuando cada distrito federado ha de depender en sus más premiosas condiciones de existencia, de uno, de dos, de tres individuos que tienen el monopolio de la industria y por lo tanto del saber?” “Así –concluía- la gran cuestión está en asegurar la pureza del sufragio por la independencia del sufragante, y por eso las cuestiones de bienestar tienen que dominar a las otras. Ni la independencia ni la educación podrán obtenerse nunca sino proveyendo a la subsistencia independiente del individuo por la libertad y seguridad del trabajo.”¹²

Todos estos testimonios se refieren, finalmente, a las precondiciones materiales del autogobierno político. Ellos vinculan apropiadamente –como no tendemos a hacerlo nosotros- la reforma política con la reforma económica. Ellos advierten que no basta con modificar algún artículo en la Constitución, o llamar a la participación política, o invocar los valores de la solidaridad, para lograr una sociedad más justa, más participativa o más solidaria. Más todavía, posiciones como las examinadas vienen a decirnos algo más fuerte y es que, *en ausencia* de tales reformas económicas igualitarias, lo más probable es que nuestras iniciativas igualitarias en otros campos terminen resultando frustradas.

Como mínimo, este tipo de cuestionamientos tienen que ayudarnos a tomar en serio, hoy, una pregunta que simplemente solemos dejar de lado en nuestros análisis e

¹⁰ Zarco 1957, 388-389.

¹¹ Ibid., 393.

¹² Murillo Toro (1979), 70. Agregaba además: “Francia del 48 prueba hasta la evidencia que nada puede conducir más directa y seguramente al absolutismo que el sufragio universal cuando él se acuerda aisladamente sin las consiguientes reformas económicas.” Por lo dicho, ratificaba la defensa de las acciones económicas que había emprendido durante el gobierno de López –un plan que, afirmaba- no había sido presentado, simplemente, “por pasar el tiempo en lucubraciones científicas, sino porque juzgo que al reformarse la Constitución deben dictarse las providencias conducentes a la germinación y fructificación de la república...Es la propiedad territorial –repetía- la causa permanente e incontrastable de esta desigualdad social o sea, de esta explotación sistemática del más grande número a favor del más pequeño, contra cuyos efectos los egoístas inútilmente opondrán todas las formas políticas imaginables.” Ibid., 72.

interpretaciones de la Constitución. La pregunta es la siguiente: cuál concepción de la propiedad, si es que alguna, resulta compatible con las promesas y los compromisos igualitarios asumidos por la Constitución? La pregunta es importante, en primer lugar, porque aún los más cerrados defensores de los modos actuales de la organización de la misma (y aquí, otra vez, el ejemplo de Robert Nozick, basado en la teoría de la apropiación lockeana, resulta excepcional) reconocen que todo el esquema vigente de transferencias/intercambios que hoy que hoy dan vida a la economía capitalista, se apoya en la existencia de una situación inicial que no es gravemente reprochable. Pero (como admite el mismo Nozick, por caso), en la medida en que las apropiaciones iniciales (que determinaron todas las subsiguientes) se encuentran marcadas por injusticias muy fuertes, luego, todos los intercambios subsiguientes quedan teñidos de injusticia. Latinoamérica es, en este sentido, un continente paradigmático en lo que hace a la gravedad de las injusticias de las apropiaciones iniciales (marcadas por genocidios, violencia extrema, robos, abusos de autoridad). Frente a tal situación, uno puede entender que la discusión que podría abrirse al respecto sería demasiado fuerte, y una con consecuencias políticas imprevisibles. Sin embargo, lo contrario también es cierto: la ausencia de ella también acarrea injusticias demasiado graves, con las cuales el Estado, en los hechos, termina cotidianamente comprometido.

Por otro lado, aún si abandonáramos, indebidamente, la discusión sobre la justicia de las apropiaciones iniciales, la pregunta sobre la interpretación igualitaria de las cláusulas constitucionales sobre la propiedad se mantendría vigente. Y al respecto, otra vez, la respuesta no resultaría sencilla, ya que a nuestras intuiciones teóricas se suman de modo contundente nuestras experiencias históricas, para alertarnos sobre las dificultades existentes en la materia. Revisando brevemente las justificaciones posibles sobre la propiedad privada, llegamos a conclusiones siempre desalentadoras (ver, por ejemplo Nino 1992). Desde ya, la propiedad privada en Latinoamérica no parece estar justificada a partir del trabajo que se le incorpora (más bien por aquí pasa uno de sus problemas justificatorios más serios: la cantidad de propiedad de tierra o viviendas no utilizadas, en el marco de grandes privaciones sociales). Por otra parte, los desarrollos que se han dado a partir del uso de la propiedad privada (justificación utilitarista) no han servido para expandir sobre la gran mayoría los beneficios del progreso económico (por caso, y sin necesidad de hacer una defensa de ellos, resulta obvio que países con formas económicas socialistas –incluso Cuba– se sitúan mucho mejor que una mayoría de países latinoamericanos en materia de atención sanitaria, educación o reducción de la mortalidad infantil). En términos de libertad política, uno tiende a pensar que ella se mantiene a pesar de, y no gracias a, la existencia de sistemas de apropiación privada (es un lugar común en la filosofía política la idea que nos dice que la concentración económica viene de la mano de la “apropiación” de la política por parte de los grupos más aventajados. Ver, por ejemplo, Rawls 2001). En términos de autorrealización personal, la actual distribución de propiedad también parece más una desventaja que una ayuda: son demasiados los que no pueden realizarse a través del sistema de apropiación privada (que, por el contrario, los coloca en situación de grave vulnerabilidad), y es demasiado habitual el caso en que aún los propietarios terminan (para utilizar el lenguaje más propio de esta última visión) “alienados” por su pretensión de obtener más y más de lo que ya tienen (Cohen 2001).

En definitiva, si uno toma en serio las fundacionales promesas y compromisos igualitarios de la Constitución, luego no resulta fácil ver de qué modo deben pensarse las alusiones de la misma sobre la propiedad. Tal vez un modelo de “apropiación igualitaria” como el sugerido por Rawls (su propuesta de una “democracia de propietarios”) sea el único esquema sostenible de propiedad, compatible con el igualitarismo propiciado por el texto constitucional. En todo caso, esta discusión no debe seguir estando abandonada, sino que debe pasar a ocupar un lugar central entre nuestros debates jurídicos.

Derechos sociales

La última cuestión que quisiera citar, referida al ideal de igualdad, es la que se relaciona con los derechos sociales. Al respecto, conviene recordar un punto importante, relacionado con la historia constitucional a la que he venido haciendo referencia hasta ahora. La idea es la siguiente: las principales reformas constitucionales que se llevaron a cabo en el siglo XX, en América, estuvieron dirigidas, al menos en parte, a recuperar algunos rasgos institucionales asociados al constitucionalismo radical combatido y finalmente desplazado en los siglos anteriores. De modo habitual, dichas reformas se gestaron en respuesta a situaciones de creciente conflictividad y disconformidad social y –de modo consciente o no- procuraron aquietar dichas críticas apelando a soluciones afines a las que los constitucionalistas radicales habían sabido proponer, en siglos anteriores. Luego de dar cuenta general de estas reformas, me interesará insistir sobre dos puntos. El primero, más común y compartido, se relaciona con la injustificada actitud de muchos operadores públicos -y especialmente jueces- quienes, frente a las demandas que reciben, resisten la aplicación y puesta en práctica de los nuevos derechos, como si la naturaleza de los mismos exigiera de su parte una actitud diferente de la que tienen en relación con los llamados “derechos de primera generación.” El segundo punto que quisiera destacar tiene que ver con una reflexión en torno al impacto posible, esperable, de “implantes” o “injertos” constitucionales como los que hemos tenido -es decir, el implante de “porciones” del modelo radical-republicano sobre una estructura institucional liberal-conservadora. Paso entonces ahora, y en primer lugar, a dar cuenta de las principales reformas constitucionales que aparecieron en la región.

Las reformas constitucionales que se sucedieron en Latinoamérica, desde los años fundacionales del constitucionalismo, fueron muchas y de contenido variado. De todos modos, podríamos decir que las principales oleadas reformistas fueron fundamentalmente dos: la primera, a mediados del siglo XX, y la segunda ya en las últimas décadas hacia el final de ese mismo siglo. La primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y puede ser considerada como la respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social –una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo.¹³ En tales textos tendieron a quedar consagrados los derechos

¹³ Estas reformas constitucionales se concentraron a mediados del siglo XX pero tuvieron su origen a comienzos de siglo, primero, con la sanción de la Constitución de México (dictada luego de la Revolución), en 1917; y luego, con la Constitución de la República de Weimar, en 1919. Esta era la época, además, de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919), y del paulatino crecimiento del llamado Estado de Bienestar y de la visión económica keynesiana. Las Constituciones americanas que primero incorporaron este tipo de reclamos sociales fueron –junto con la de México, en

del trabajador y sobre las condiciones laborales; protecciones en materia de seguridad social; cláusulas que aludían a los compromisos estatales en materia de vivienda, salud y educación; referencias a la protección de la familia, al derecho al descanso y a las vacaciones pagas; disposiciones sobre los derechos de los niños y de los ancianos; cláusulas sobre los derechos de las organizaciones sindicales, el derecho de huelga, y los convenios colectivos de trabajo; protecciones contra el despido arbitrario; menciones sobre el seguro de desempleo; etc.¹⁴

La segunda oleada de reformas importantes llegó hacia finales del siglo XX y comprometió, otra vez, a muchas de las principales Constituciones de la región. Tales reformas, nuevamente, tuvieron propósitos diversos, de los cuales destacaría fundamentalmente dos: uno de ellos, dirigido a retomar, en la práctica, algunas de las banderas que el radicalismo había sabido enarbolar, en su momento (vinculadas, por ejemplo, con el fomento de la participación política); y otro, tendiente a recuperar el carácter más liberal de la Constitución (sobre todo, el restablecimiento del sistema de los “frenos y contrapesos”). De tales propósitos, aquí me concentraré exclusivamente en el relacionado con el radicalismo, es decir, con la parte de las reformas dedicadas a retomar la impronta participativa impulsada por los teóricos del radicalismo en los siglos anteriores.¹⁵

En buena medida, dichas reformas vinieron a recuperar –al menos en su enunciación, en sus promesas- muchas de las viejas aspiraciones del constitucionalismo radical: reducir los poderes del presidente; alentar la participación política de la ciudadanía; reforzar la conexión representantes-representados; fortalecer los compromisos sociales de la Constitución. Una vez más, sin embargo, es difícil pensar que el radicalismo hubiera estado satisfecho con sus alcances, y con los modos en que dichas reformas fueron diseñadas e implementadas.

Antes de referirme a las disconformidades que los viejos radicales hubieran expresado frente a reformas constitucionales como las que hemos tenido, diré algo

1917- las de Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Ecuador en 1945; Argentina en 1949; y Costa Rica también en 1949, entre otras.

¹⁴ Los derechos sociales se justifican como un (problemático) intento destinado a remediar situaciones de injusticia creadas por el propio Estado. Por eso mismo es que, más importante que la lucha por tales derechos (que, por su vínculo con las “precondiciones” de la democracia, no merecen un status inferior, sino en todo caso superior, que otros derechos englobados entre los llamados “de primera generación”), resulta la que se dirige a terminar con el compromiso estatal hacia situaciones generadoras de las mismas condiciones que tornan necesarios esos derechos sociales, y urgente la lucha por ellos.

¹⁵ Aparecidas en un contexto de crisis de representatividad; descreimiento sobre la clase política; desconfianza en los gobiernos; corrupción en torno al Estado de Bienestar; manipulación de la justicia; y preservación o aumento de los niveles pre-existentes de desigualdad económica, las nuevas reformas se dirigieron a varios flancos. La mayoría de ellas incluyeron cláusulas creando nuevas instancias participativas, como los plebiscitos y referéndum; varias establecieron o reforzaron los compromisos sociales de las viejas Constituciones (muy especialmente, las de Colombia, Brasil, y la Argentina); muchas crearon “consejos de la magistratura” o similares destinados a poner fin a la realidad de Poderes Judiciales simplemente dependientes del Ejecutivo (así, en Perú, Bolivia, México, la Argentina, Paraguay); también procuraron recuperar la decaída representatividad del Parlamento, con una diversidad de medidas (cambios en las formas electorales; aumento del número de representantes de la oposición; reserva de sitios especiales para representantes indígenas o de grupos minoritarios); a la vez que tendieron a reducir los poderes exacerbados del Ejecutivo, limitando así al (hiper) presidencialismo regional (así, en Constituciones como las de Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay o Perú).

respecto a lo que de hecho tenemos, y a lo que hemos (o algunos han) hecho con ello. Como bien sabemos, nuestros jueces se han resistido históricamente a dar a los nuevos derechos, el mismo tratamiento que aceptaron dar, habitualmente, a los viejos derechos o “derechos de primera generación.” Este diferente tratamiento ha implicado, de modo común, su inmediata y activa intervención destinada a asegurar la vigencia de aquellos “primeros” derechos (i.e., levantando una orden de censura, o anulando una orden de detención), tanto como su renuencia a actuar -típicamente- frente a reclamos en favor de la implementación de los derechos de contenido más social contenidos en la Constitución.

Las razones dadas por los jueces para justificar dicho irregular comportamiento han sido variadas. Ellos han dicho que los nuevos derechos implican costos económicos que a los jueces no les corresponde imponer; o (más sofisticadamente) que ellos carecen de legitimidad democrática para disponer del presupuesto nacional; o que los nuevos derechos son diferentes porque requieren medidas “activas” por parte del Estado, en lugar de su mero “no hacer” (que es lo que requerirían, simplemente, los derechos originarios); que los primeros derechos resultaban más básicos y necesarios; o que la separación de poderes les exige a los jueces no actuar, cuando el poder político todavía no ha actuado en la materia. Por suerte, la teoría contemporánea parece cada vez más clara y unánime en rechazar aquellas tradicionales líneas de argumentación, en razón de la debilidad propia de aquellos argumentos.¹⁶ Hoy resulta cada vez más claro que todos los derechos implican costos y, por consiguiente, de acciones estatales (cuánto cuestan los derechos de “primera generación” como el celebrar elecciones, o asegurar el debido proceso, con el consiguiente mantenimiento de tribunales?); que la teoría de la separación de poderes no merece interpretarse (ni fue interpretada originariamente por sus creadores) como una teoría de la “separación estricta” entre las ramas de poder; o que la teoría democrática no requiere, necesariamente, el inmovilismo judicial en relación con los derechos nuevos. En particular, y según entiendo, corresponde explorar la línea menos explorada aún en esta renovada línea de argumentación, y que se refiere a la relación entre teoría de la democracia y activismo judicial. Sugeriría, en tal sentido, que la justicia puede servir a los ideales de la deliberación democrática, sin asumir un rol pasivo en materia social (como ha solido hacerlo hasta ahora), ni tomar el lugar de los poderes políticos, reemplazándolos. Existe un amplio espacio, teórico y práctico, para que la justicia contribuya a movilizar a la política, instándola a actuar y ayudándola a reflexionar públicamente sobre los modos de resguardar derechos de contenido social, como lo han hecho los tribunales en la India, en Sudáfrica, en Hungría o en Colombia.¹⁷

Dicho esto, permítanme ahora hacer una breve referencia al señalado problema de los “injertos” constitucionales -un problema que nos ayuda a explicar, según entiendo, la disfortuna jurídica que han padecido los derechos nuevos, dentro de nuestro armazón institucional. Para acercarme al tema me interesaría destacar, en primer lugar, que las dos oleadas de reformas mencionadas aparecieron más como un modo de contener protestas o disconformidades políticas, que como un intento de tomarse en

¹⁶ Ver, por caso, Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights* (Basic Books, 2006); Stephen Holmes and Cass Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depend on Taxes* (Norton and Company, 2000); Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights* (Princeton 2007).

¹⁷ Ver, por ejemplo, Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Thenius Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies* (Ashgate 2006).

serio los reclamos del radicalismo, postergados o directamente anulados por el primer constitucionalismo regional. Como viéramos en la sección anterior, los radicales no bregaron por la mera incorporación legal de cláusulas protectivas de ciertos derechos sociales (aunque propusieron dichas cláusulas), o favorecedoras de la participación política (aunque les interesó utilizar la Constitución para favorecerla). Justificadamente, los radicales insistieron en la necesidad de asentar la Constitución (igualitaria) sobre nuevas bases materiales (también igualitarias). Ellos propusieron utilizar al texto constitucional como un instrumento más (aunque uno especialmente importante) en la lucha por una sociedad más igual.

Ahora bien, alguien podría decir que un planteo como el recién expuesto contiene implícitos demasiado exigentes. Es que –alguien podría preguntar- tales reformas no merecen ser respaldadas, acaso, por el hecho de que las mismas no son las que los radicales hubieran, idealmente, respaldado o llevado a cabo, hace casi dos siglos? Por qué no respaldar una reforma constitucional interesante, aún cuando ésta no esté acompañada –por caso- por las reformas económicas que más quisiéramos? Por qué tener que esperar a que las condiciones sean excepcionales, hasta poder realizar un cambio más vasto y profundo? El problema con este tipo de planteos es que ellos parecen no reconocer lo que implica contar con un orden institucional que se ha ido consolidando, con sus méritos y deméritos, durante larguísimas décadas. No se trata sólo de que, por caso, una economía *concentrada* en pocas manos promete dificultades para la promoción y, sobre todo, la consolidación de una reforma que pretende *descentralizar* el poder. Ocurre que lo mismo puede preverse a partir de una estructura política que concentra el poder –típicamente, a través del presidencialismo- y/o lo sitúa en manos de una élite de personas, habitualmente situadas en posiciones aventajadas. Para considerar un ejemplo relevante, si los derechos sociales quedan en control último por parte del Poder Judicial, luego (y dado el funcionamiento y la organización del Poder Judicial; el origen social de sus miembros, su modo de nombramiento, su estabilidad), es dable esperar que dicho poder ponga obstáculos, antes que promueva, el desarrollo de tales derechos que pretenden dar algún remedio a las situaciones extremas que el funcionamiento del resto del sistema institucional ha generado y/o ayudado a consolidar. La desgraciada historia de los derechos sociales en la región –con un Poder Judicial que siempre trató a los mismos como jurídicamente “no operativos”- simplemente nos ayuda a confirmar lo dicho. La lucha por la “operativización” judicial de los derechos sociales sigue siendo prioritaria en la actualidad (alentados por algunos primeros signos de “deshielo” judicial al respecto), pero quienes la llevan a cabo deben reconocer las condiciones contextuales –las condiciones de posibilidad (institucionales, socio-económicas)- dentro del cual se las quiere poner en marcha. No se trata, simplemente, de ser conscientes de las (escasas) fuerzas propias de la izquierda jurídica. Se trata, fundamentalmente, de reconocer lo que implica la pervivencia de aquella estructura institucional, económica, etc., para la suerte de los derechos sociales. Dicha estructura promete no sólo hacer más difícil la realización de esos derechos, sino que representa una permanente amenaza capaz de socavarlos, de privarlos de contenido, y de degradar los vínculos sociales que son imprescindibles para su consolidación en el tiempo.

Fraternidad

La idea de fraternidad que voy a explorar en esta sección fue otra pieza clave dentro de la retórica y la práctica política promovidas por el primer radicalismo latinoamericano. Dicha noción resultó muy importante entre aquellos que bregaban por un nuevo modelo de organización social, basado en nuevas formas de sociabilidad: la solidaridad, las relaciones fraternas, el pensar en el otro, el reconocer los intereses comunes eran algunos de los valores requeridos por ese orden deseado, más bien utópico, perseguido por la primera izquierda jurídica de la región. Notablemente, sin embargo, los radicales eran bien conscientes de que lo que buscaban no era ni podía ser el mero producto de un deseo compartido: ellos se preocuparon siempre por sentar las bases materiales a partir de la cual una nueva forma de sociabilidad sería posible. Lo vimos ya, por caso, en su defensa de una economía y una sociedad más igualitarias. Lo veremos ahora, en cambio, a partir de otros dos ejemplos: el fomento de gremios y asociaciones colectivas; y el respaldo dado a un sistema político más sensible y abierto a la participación colectiva.

Asociacionismo

En primer lugar, señalaría que la tradición radical latinoamericana se preocupó siempre por resistir las inclinaciones “anti-colectivistas” de sus rivales. Habitualmente, los críticos del radicalismo defendían posturas anti-colectivistas en razón de su profunda desconfianza acerca de las capacidades políticas de la ciudadanía. Algunos conservadores proponían, entonces, de una concepción “organicista” de la sociedad, en la que la idea de mayorías era diluida en la del “interés nacional,” que sólo ellos, aparentemente, sabían reconocer. Los liberales, mientras tanto, hacían referencia a una organización social “espontánea,” basada en principios que José María Samper, el famoso jurista colombiano, defendiera con los términos de “individualismo,” “anti-colectivismo,” y “anti-estatismo” (Jaramillo Uribe 1964, 50). Para Samper, como para Alberdi en la Argentina, o Simeón Tejada en Perú, el “egoísmo” era y debía ser el motor de la sociedad. Como sostuviera Alberdi, en polémica con el intelectual Mariano Moreno, el “egoísmo bien entendido” debía verse como una “virtud,” el “factor crucial” que explicaba la riqueza de las naciones (Alberdi 1886, vol. V, 160-1)..

Contra tales puntos de vista, los radicales contrapusieron una alternativa colectivista que los llevó a defender, por un lado, la labor de las asociaciones a las que veían como escuelas de virtud cívica (por la educación en la solidaridad, antes que en el egoísmo, que promovían). Murillo Toro, por caso, propuso defender el “principio de asociación y fraternidad” por sobre el “sistema de *laissez faire*,” que era avanzado por los grupos entonces dominantes. Las asociaciones aparecían aquí como pasos indispensables en la regeneración moral de la sociedad, y finalmente en el logro del auto-gobierno (Murillo Toro 1979, 79). Francisco Bilbao, fundador de la muy fugaz pero políticamente influyente “Sociedad de la Libertad,” encontraba en tales asociaciones un modo de alejar los “vicios y la indolencia de la clase trabajadora”: las asociaciones eran reconocidas como un modo de difundir las “sagradas doctrinas del sistema republicano” y de alcanzar los ideales de “libertad, democracia y solidaridad.” Juan Montalvo, en Ecuador, consideró también que las asociaciones eran “la necesidad de nuestro siglo,” por que el “aislamiento, la separación de los ciudadanos,” era el “triunfo de los gobernantes despóticos y sus perversos auxiliares” (Montalvo 48, 28).

En la región, el primer gran “boom” del asociacionismo se produjo a mediados del siglo xix, de la mano de la explosión democrática que tenía lugar en Europa, y particularmente en Francia, hacia finales de la década del 40. En tres secciones de América Latina –Nueva Granada, Chile, Perú– dicha oleada se sintió con particular intensidad, con asociaciones de artesanos que comenzaban a crecer y propagarse inesperadamente. En los tres contextos citados resultó fortalecido, por entonces, un discurso de reivindicación democrática, que acompañaba a la creciente insatisfacción provocada por un ambiente político claramente dominado por elites irrepresentativas, y en donde amplias secciones de la sociedad permanecían políticamente excluidas y económicamente desprotegidas.¹⁸

Entre varios otros méritos, tales posturas nos ayudan, todavía hoy, a dirigir nuestra mirada sobre una cuestión de enorme trascendencia, y es que el egoísmo no puede ser el “combustible” de la maquinaria democrática-igualitaria. Como sostuviera el filósofo contemporáneo Charles Taylor (Taylor 1976), las políticas de la igualdad requieren de un determinado entretejido social para poder mantenerse en pie. Si no existe un básico sentido de pertenencia, una idea compartida de que la suerte de cada uno se encuentra entrelazada con los demás, entonces no nos quedan buenas razones para pensar en la permanencia de esas políticas de la igualdad. Si las personas no pueden ver a las normas colectivas genuinamente como propias (porque, por caso, ellas aparecen escritas y aplicadas sólo por y para un grupo parcial), luego se torna ilusorio pensar en que tales políticas van a “encarnarse” socialmente. Lo que resulta esperable es que ellas comiencen a ser vistas como políticas parciales (hechas para un sector, por un sector afín a aquél), que el resto de la sociedad va a tender a rechazar y confrontar.

En sociedades como las nuestras, por lo demás, las actividades compartidas, de asistencia o solidaridad inter-sectorial, inter o intra-clase, se convierten, en el mejor de los casos, en tareas que hay que reservar para los márgenes del día, y que compiten con la lucha por la supervivencia propia y de la propia familia. Esas condiciones sociales resultan, simplemente, atentatorias frente a la posibilidad de que pautas legales más justas se mantengan en el tiempo. Las sociedades como las nuestras parecen trabajar cotidianamente para destruir o impedir que se solidifique el “cemento” capaz de mantenernos juntos.

Mayoritarismo: Crítica de la representación y anti-presidencialismo

Las tendencias colectivistas propias del primer radicalismo latinoamericano resultan destacables, también, por el modo en que confrontan con la extendida desconfianza hacia las mayorías demostrada desde entonces por liberales tanto como por conservadores. De hecho, podría sostenerse, en esa desconfianza popular compartida encontramos una crucial explicación de lo que fuera uno de los hechos políticos más notables del siglo xix, es decir, la reunión entre liberales y conservadores que tendió a darse hacia mediados del siglo, y a continuación de décadas de políticas de violencia y exterminio entre ambas fuerzas. Fue, podría decirse, ese terror común hacia el

¹⁸ De los tres casos, el más “poderoso” resultó el de Nueva Granada, en donde se fundaron en poco tiempo un centenar de asociaciones, comenzando por la “Sociedad Democrática,” fundada en 1847 bajo las iniciativas del artesano Artemio López, en defensa de un Estado más activo, proteccionismo económico y reformas sociales y políticas. Ver, por ejemplo, Camacho Roldán, 1946, vol. 2, cap. xxi.

populismo que aparecía por entonces como una amenaza, lo que permitió la reunión de los antiguos enemigos (Gargarella 2005). El punto radica, en todo caso, en el valor de reivindicar la base necesariamente mayoritarista de cualquier práctica democrática, lo que conlleva remarcar la importancia de que las decisiones públicas sean elaboradas y discutidas por todos aquellos que van a verse afectados por ellas.

El mayoritarismo que, según entiendo, la izquierda jurídica debe defender, se opone a aquella “política de la desconfianza” promovida desde el momento fundacional del constitucionalismo (Manin 1997), a partir de la práctica identificación de las mayorías con “facciones” (así, en los más importantes textos redactados por James Madison), y la habitual distinción entre el peligroso ideal de la “soberanía del pueblo,” y el proclamado objetivo de servir a la “soberanía de la razón” (a las decisiones de la elite, en definitiva), en su reemplazo. Es sobre dicho legado ideológico que se construyeron, en definitiva, las democracias constitucionales americanas. Y es a partir de allí que se dio forma a sistemas institucionales distintivamente contra-mayoritarios, como los que aún organizan nuestra vida en común. Esto es, en buena medida, lo que señala el académico brasileño Roberto Unger, al hablar de la “disconformidad con la democracia” que se advierte tan claramente como marca de identidad de la política e instituciones contemporáneas. Dicha “disconformidad” –sugiere Unger- aparece no sólo en la insistente idea de “identificar límites sobre la regla de la mayoría, como primera tarea de jueces y juristas;” sino también, y fundamentalmente, en la “hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios” que resulta propia de la vida democrática moderna.¹⁹

De más está decir, por otra parte, que no hay razones para ver el mayoritarismo aquí propuesto como incompatible con un compromiso con ciertos derechos arraigados, finalmente, en la propia idea del acuerdo democrático (Ackerman 1991, Waldron 2001). Lo que se rechaza, en cambio, es que esos derechos sean definidos, ligeramente, por una elite política, o custodiados, exclusivamente, por una elite judicial. Finalmente, la tarea de crear y pensar los derechos debe seguir siendo una de las misiones fundamentales de la deliberación colectiva (Habermas 1996). Y aparece aquí la otra aclaración que me interesaba hacer: mayoritarismo tampoco es sinónimo de populismo, entendiendo por este último una política definida exclusivamente conforme a la voluntad ocasionalmente expresada por una mayoría (Hart 1963). El mayoritarismo que aquí se defiende debe entenderse como antónimo del elitismo político que, en grados diversos, caracteriza a las democracias contemporáneas. De lo que se trata es de asegurar que las decisiones que se tomen sean el mejor reflejo de la voluntad colectiva, lo cual requiere (asumo aquí, siguiendo a posturas deliberativistas como las sostenidas por autores como Carlos Habermas 1996, Nino 1991) que la política se organice a partir de tres rasgos fundamentales sobre los que aquí hemos venido insistiendo, más o menos directamente, en diferentes ocasiones: i) la inclusión de todos los afectados (contra la habitual práctica de poner en marcha al sistema de toma de decisiones a partir de la exclusión explícita o implícita de sectores amplios de la población); ii) el debate entre todos ellos (porque se asume que la mejor decisión no depende del “impulso iluminado” de ningún grupo, sino una continua actividad de reflexión en común –un “rumiar colectivo,” un proceso de idas y vueltas permanentes, que nos permita “pensar dos veces” las propias iniciativas, y corregir tanto como sea necesario los propios errores); y iii) todo ello, en condiciones de

¹⁹ En Waldron (2001), 8.

relativa igualdad (de modo tal de asegurar el respeto a la igual dignidad de todos e impedir así, como hemos venido insistiendo, que se socaven las bases que hacen posible la estabilidad de las políticas igualitarias). Sólo en un marco que se acerque, en todo lo posible, al ideal institucional recién definido es que –se asume aquí– puede esperarse que las decisiones tomen un carácter imparcial, dejando de ser lo que hoy tiende a ser, es decir, decisiones sesgadas a favor de unos pocos.

Las posibles implicaciones de este mayoritarismo son muchas, pero me interesaría destacar dos en particular. En primer lugar, dichos impulsos mayoritaristas se tradujeron en una radical desconfianza hacia los modelos representativos que eran vistos, como era propio en la tradición Rousseauiana, como formas renovadas de la “esclavitud” política. Ello se debió, por un lado, al hecho de que en muchos casos (siendo el más notorio, posiblemente, el de James Madison) la representación política dejó de defenderse como un “mal necesario” (una situación de “segundo mejor”) para pasar a ser una “primera opción,” basada en la desconfianza hacia la ciudadanía. Por otro lado, y a raíz de los desarrollos que tuviera el sistema representativo (en buena medida, a raíz de presupuestos como los citados), comenzó a tornarse visible que el mismo implicaba la independencia, sino directa y práctica autonomización, de los representantes. Tal vez el más notable ejemplo latinoamericano, dentro de las corrientes críticas de la representación política, lo sea el representado por el activista chileno Francisco Bilbao. En su notable proyecto constitucional de 1855, Bilbao se pronunció a favor de un “gobierno de la libertad” al que definiera como exigiendo “la abolición de la delegación, de la presidencia...el ejército...los fueros” (Bilbao 1886, 279). La representación, sostuvo entonces Bilbao, en clave claramente Rousseauiana, es “esclavitud disfrazada de soberanía” (247).²⁰

Basados en el mismo tipo de temores que manifestaba Bilbao, algunos radicales defendieron la abolición de las elecciones indirectas (que eran vistas, como dijera el convencional Gamboa en México, como sólo basadas en “el temor al pueblo); la adopción de legislativos unicamerales (como en las constituciones de México de 1814 y 1857, o en las de Perú de 1856 y 1867); la rotación obligatoria en los cargos; o el derecho de revocar los mandatos de los representantes que no ajustaban sus prácticas a lo comprometido en instrucciones obligatorias (Rosanvallon 2007). Por supuesto, la izquierda jurídica actual no necesita comprometerse con una o todas esas medidas, que pueden ser evaluadas como más o menos eficientes teniendo en cuenta los objetivos del radicalismo. Es decir, iniciativas como las mencionadas son meramente instrumentales para los fines cruciales que se propone la izquierda jurídica: fortalecer el auto-gobierno; evitar que una elite gobierne en nombre de todos: en definitiva, lograr que las decisiones sean el mejor reflejo posible de la voluntad deliberada del pueblo.

Por otro lado, el mayoritarismo se opone a un rasgo distintivo de la enorme mayoría de los sistemas institucionales latinoamericanos, es decir, el presidencialismo (o hiper-presidencialismo, en la descripción de Carlos Nino 1992). Enfatizar este punto es importante no sólo por el trágico hecho de que el presidencialismo sigue siendo el rasgo más saliente y definitorio de los regímenes políticos latinoamericanos sino

²⁰ Y agregaba “Delegar significa transmitir, renunciar, abdicar soberanía...El que delega...se convierte en una máquina o en un esclavo...No tenemos el derecho de delegar nuestra soberanía. Tenemos el deber de ser inmediata, permanente y directamente soberanos” (ibid.).

además, y especialmente, debido al hecho de que la izquierda política sigue depositando esperanzas, hoy como ayer, con la ilusión de una autocracia benévola. El anti-presidencialismo resultó, de modo habitual, un objetivo prioritario para los radicales latinoamericanos: no debe olvidarse que, por entonces, tanto en Latinoamérica como en los Estados Unidos, los más radicales asumían que el establecimiento de un Ejecutivo fuerte era un modo de volver a ser dominados por un monarca. Por lo demás, tales iniciativas ganaron fuerza especial, después de la independencia, y a partir del predominio de líderes de tan amenazadora presencia como Simón Bolívar. Bolívar, héroe de la independencia latinoamericana, fue también –y como muchos de sus pares– sinónimo de poder militar, dominio, orden rígido, unipersonalismo, presidentes vitalicios o senadores aristocráticos. Contra tales tendencias, los primeros líderes independentistas venezolanos habían redactado la pionera Constitución de 1811 que estableció, en el lugar del Poder Ejecutivo, un poder colegiado compuesto por tres miembros, en una fórmula que dejaba en claro el temor que se tenía a la tiranía, y la necesidad de asegurar la autoridad dominante del Congreso. De modo similar, los primeros constitucionalistas peruanos, durante la discusión de la que sería la Constitución de 1823, también se inclinaron por designar un Ejecutivo tripartito.²¹ La creación de Ejecutivos débiles, en relación con Congresos más poderosos, aparecería, desde entonces, como marca distintiva del constitucionalismo más crítico, en toda la región.²²

De todos modos, cabe destacarlo, el anti-presidencialismo resulta sólo una de las muchas derivaciones institucionales que se siguieron del compromiso de la izquierda jurídica con el mayoritarismo. Ellas van, desde una radical oposición inicial a la Iglesia y el ejército; a una obvia y necesaria crítica al carácter aristocrático e innecesario del Senado; o una cerrada desconfianza a la organización y el poder que comenzaba a delegarse sobre el Poder Judicial.²³

²¹ El convencional Sánchez Carrión –que luego daría un brusco giro ideológico para convertirse en Ministro durante la dictadura de Bolívar– justificó a la Junta de Gobierno tripartita diciendo que tres “no se unen para oprimir.” “El gobierno de uno es más activo y eficaz si gobernar es tratar a la raza humana como a las bestias...la libertad es mi ídolo y lo es el del pueblo. Sin ella no quiero nada: la presencia de uno solo en el mando me ofrece la imagen del rey, de sea palabra que significa herencia de la tiranía.” Ver Basadre (1949), t. 1, 12.

²² Otra de las estrategias elaboradas para debilitar al Ejecutivo fue la de reducir el término de su mandato. Así, por ejemplo, en la Convención de Ríonegro, en Colombia, los representantes de lo que se llamaría el “Olimpo radical” impulsaron –entre otras medidas– la adopción de presidencias bianuales con el objeto de impedir la tiranía presidencial. Los radicales llegaban al poder, ahora, de la mano del general Mosquera, al que temían casi tanto como a las fuerzas conservadoras que aquél les había ayudado a derrotar. La decisión adoptada, que aportó la novedad de presidencias excepcionalmente breves, resultó un importante ejemplo de lo que estaban dispuestos a hacer los críticos del Poder Ejecutivo para evitar su predominio.

²³ En el período fundacional norteamericano, por ejemplo, resultaron muy habituales los movimientos radicales de resistencia y desconfianza sobre el poder judicial (el propio artículo conocido como *The Federalist* n. 78, firmado por Alexander Hamilton, es una directa respuesta a dichas tempranas iniciativas anti-judiciales. En Latinoamérica (en donde, cabe notarlo, la institución judicial nació debilitada y muy dependiente de las autoridades políticas), existieron también algunas aisladas alternativas destinadas a reafirmar la superioridad de la autoridad legislativa. La muy extremista Constitución colombiana de 1863, por ejemplo, reservó para el Senado la última palabra en cuanto al control de la constitucionalidad de las leyes, por encima de las decisiones de la Corte Suprema. Un importante proyecto constitucional elaborado por Mariano Otero, en México, y con el objeto de preservar

Breves conclusiones

En las páginas anteriores partí de la historia constitucional latinoamericana y, en particular, de la temprana historia del radicalismo regional, para reflexionar acerca de los temas y objetivos que la izquierda jurídica local podría o debería tomar como propios. Me interesó llamar la atención sobre la diversidad de problemas que la izquierda latinoamericana merece confrontar, y sobre algunas de las finalidades por las que podría trabajar, en cada caso. En particular, me concentré en los tradicionales ideales radicales de “libertad,” “igualdad” y “fraternidad,” y exploré los contenidos posibles que podría asignársele a cada uno de ellos en nuestro tiempo: qué planteos podría presentar en materia de privacidad y neutralidad; frente a los derechos de intercambio; en torno a la libertad de expresión y la protesta social; en relación con los grupos tradicionalmente subordinados; en cuanto al derecho de propiedad; en torno a los derechos sociales; en defensa del asociacionismo; y a favor de las políticas mayoritaristas, deliberativistas y anti-presidencialistas.

Ackerman, B. (1991), *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.

Alberdi, J.B. (1920) *Obras Selectas*, vol. XIV, Buenos Aires: Librería La Facultad.

Basadre, J. (1949), *Historia de la República del Perú*, Editorial Cultura Antártica: Lima.

Bilbao, F. (1886), “El gobierno de la libertad,” en *Obras Completas*, ed. por Manuel Bilbao, vol. I, Buenos Aires: Imprenta de Buenos Aires.

Camacho Roldán, S. (1946), *Memorias*, Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana.

Cohen, G. (2001), “Why Not Socialism?”, in E. Broadbent (eds.), *Democratic Equality: What went wrong?* Toronto, 2001, 58-78.

Fenwick, H. (1999), “The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation,” *The Modern Law Review*, vol. 62, n. 4, 491-514.

Fiss, O. (1976), Groups and The Equal Protection Clause. *5 Philosophy and Public Affairs* 107.

Gargarella, R. (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2005b), *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc.

Hart, H. (1963), *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.

Jaramillo Uribe, J. (1964), *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá: Editorial Temis.

Manin, B. (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

Montalvo, J. (1984), *Selections from Juan Montalvo translated from Spanish*, ed. por F. McDonald Spindler, y N. Cook Brooks, Tempe: Arizona State University.

Morales Benítez, O., ed. (1997), *Origen, programas y tesis del liberalismo*, Bogotá: Biblioteca del liberalismo.

el federalismo, daba a las legislaturas federales la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso nacional.

- Murillo Toro, M. (1979) *Obras Selectas*, Bogotá: Cámara de Representantes.
- Nino, C. (1991), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn: Yale University Press.
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R. (1973), *Anarchy, State and Utopia*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ignacio Ramírez (1984), *Escritos periodísticos*, México: Centro de Investigaciones Científicas, XXIII.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001), *Justice as Fairness: A Restatement*, Belknap Press.
- Romero, J.L., y Romero, A., eds. (1978), *Pensamiento Conservador, 1815-1898*, Caracas: Biblioteca de Ayacucho.
- Rosanvallon, P. (2007), *la contrademocracia*, Buenos Aires: Manantial.
- Sandel, M. (1996), *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sandel, M. (1998), "Reply to Critics," en A. Allen y M. Regan eds., *Debating Democracy's Discontent*, Oxford: Oxford University Press.
- Silva Castro, R. (1969) *Juan Egaña. Antología*, Santiago de Chile: Editora Andrés Bello.
- Sunstein, C. (1991), "Why Markets Won't Stop Discrimination," 8 *Social Philosophy and Policy* 21.
- Sunstein, C. (1994), "The Anti-caste principle," *Michigan Law Review* 92: 2410-55
- Sunstein, C. (2006), *Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Brookings Institution Press.
- Taylor, C. (1976), "Alternative Futures," en A. Cairns y C: Williams (comps.), *Cosmopolitanism, Citizenship and Society in Canada*, Toronto: University of Toronto Press.
- Torres Almeida, J. (1984), *Manuel Murillo Toro, caudillo radical y reformador social*, Bogotá: Eds. Del Tiempo.
- Waldron, J. (2001), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.