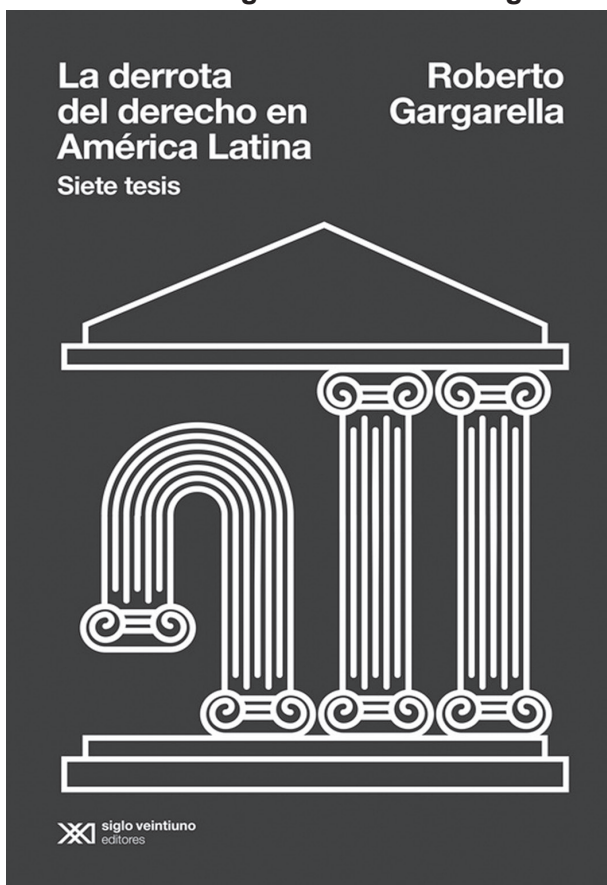


Diego Andrés Chávez Rodríguez
La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2020



147

“El “viejo constitucionalismo” –el que nació a finales del siglo XVIII con las revoluciones estadounidense y francesa, y que en buena media nos sigue acompañando hasta hoy– se encuentra en una crisis difícilmente reparable” (p. 11), esta es la frase con la cual Roberto Gargarella empieza el libro *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. En el documento se analizan los males que acompañan el funcionamiento efectivo de las instituciones de este viejo constitucionalismo, pero en especial el de uno de sus factores estructurales: el sistema constitucional.

La propuesta del autor argentino es explicar las razones constitucionales del debate institucional plasmado ante esta crisis y la reflexión sobre algunas potenciales respuestas a esta; para ello, plantea siete líneas de análisis: cinco destinadas a la descripción del desarrollo de esa crisis irreparable, una al establecimiento de una precondición para la producción de cambios que remedien la situación y otra dedicada al establecimiento de requerimientos de cualidades de ética personal para enfrentarla.

Esta crisis del viejo constitucionalismo puede ser explicada –y resumida– en cinco tesis:

1) El deterioro de la representación política

El sistema constitucional en la región habría buscado asegurar que los principales sectores sociales tengan un poder equivalente, para lo cual se dirigió al sistema de equilibrios y controles mutuos, idea recuperada de Alexander Hamilton que partiría sobre una sociología política gravemente imperfecta que creía en una sociedad con pequeños grupos, homogéneos internamente y sujetos autointeresados.

Sin embargo, en la actualidad, con sociedades plurales y diversas, en las que existen identidades múltiples, surgen protestas desde la ciudadanía hacia funcionarios que consideran distantes y ajenos a los intereses de esta. Por lo tanto, se trataría de un sistema de imposible cumplimiento que se debe dejar de lado y, a la vez, antidemocrático en su propuesta porque la democracia no se trataría de asegurar que los sectores sociales no se opriman mutuamente, sino que gobierne la mayoría. Los problemas descritos permitieron que el populismo, aprovechando el vacío representativo, invoque la restauración de ese principio mayoritario a través de la devolución de la voz de ese pueblo que nadie sería capaz de representar, aunque en su accionar la consulta a este sea discrecional.

En este contexto, nos encontraríamos con el sometimiento del principio mayoritario al veto indiscriminado de múltiples grupos de interés. Por lo tanto, la solución no derivaría del hecho de que los ciudadanos elijan mejor, sino que se establezcan herramientas que les permitan tomar decisiones y controlar a quienes pretenderían actuar en nombre suyo.

2) La degradación del sistema de controles

En la construcción del constitucionalismo moderno se habría pensado en una diversidad de controles, tanto internos (o endógenos) como externos (o populares), pero que poseen ciertas patologías que explicarían los fracasos actuales, entre los cuales es posible destacar cuatro que están asociados al sistema judicial como aparato de control:

- La “independencia” judicial y su base elitista: el diseño del Poder Judicial tuvo como base un análisis en el que las características de racionalidad e imparcialidad se desprenderían de la reflexión aislada de unos pocos capacitados y preparados técnicamente, dejando de lado procesos de reflexión colectiva y provocando que, desde esta perspectiva elitista, la independencia sea entendida como separación de la ciudadanía.
- La dificultad contramayoritaria: es la dificultad que se presentaría cuando el poder con las credenciales democráticas más débiles (judicial) tiene la capacidad de “torcerles el brazo” a órganos políticos que tienen credenciales democráticas más fuertes (legislativo y ejecutivo). Este no sería un problema si cualquiera tendiera a leer el derecho de la misma manera, pero si la brecha interpretativa —a la que se refiere Jeremy Waldron— no tiende a cerrarse, entonces la pregunta sobre la legitimidad de decidir el sentido último de la Constitución debería radicalizarse.
- La radical dificultad de interpretar la Constitución: este problema se presentaría cuando entendemos que los términos constitucionales poseen tal generalidad y abstracción que los alejan de un sentido único, por lo que aún no se contaría con acuerdos interpretativos sobre cómo leer el derecho, situación que permitiría que en muchos casos el intérprete primero decida adónde quiere llegar, para luego utilizar la teoría interpretativa que le permita justificar esa su decisión.
- Los rasgos motivacionales en la función judicial: el diseño elitista del Poder Judicial provocaría que este no solo cuente con los medios, sino también con las motivaciones necesarias para proteger intereses y derechos de una minoría de propietarios que se sentía amenazada con el principio democrático; esta posición institucional y su posibilidad de decidir sobre la última palabra constitucional permitiría la generación de incentivos para que las autoridades del poder político estén interesadas en colonizar la función judicial.

3) Lo que el voto, por sí solo, no puede lograr

Otra de las grandes fallas que enfrentaría el viejo constitucionalismo es la vinculada a los controles externos o populares, los cuales –al igual que los controles internos– presentarían los siguientes problemas:

- La dilución del voto: los procesos de votación estarían caracterizados por desarrollarse en torno a un conjunto de personas o de acciones adoptadas por las autoridades, esta imposibilidad de decidir directamente por quién o por cuál política una persona emite su voto, permite que el representante pase desapercibido o quede inmune en las elecciones.
- La extorsión democrática: al contar con un solo voto, la persona escogería o priorizaría una sola de sus opiniones o demandas, por ello, por ejemplo, quedaría obligada a votar a favor de lo que repudia con el objeto de mantener aquello que defiende porque se trata de una votación en paquete que no permite la discriminación de decisiones.
- El rechazo de la “virtud”: el diseño constitucional basado en el autointerés habría impedido la reflexión en torno a la necesidad de virtud cívica, lo que provocó que las instituciones no permitan asegurar la representación política ni compensarla con un sistema de control adecuado, producto de esto sería la consolidación de élites en el poder que pelean y pactan entre ellas para la distribución de privilegios y ventajas.

4) La “disonancia democrática” y el quiebre interno de la Constitución

Como se advirtió en secciones previas, los problemas del constitucionalismo serían de carácter estructural, es decir, originados en el momento de su diseño, el mismo que nacería con desconianza democrática por la desestabilización que podrían provocar las masas al momento de manifestarse. Ante esta situación se presentaría la denominada “disonancia democrática”, es decir, el momento en el cual el viejo entramado institucional se enfrenta a un contexto más complejo en el que existiría un despertar democrático de la sociedad excluida que busca ser parte de la distribución del poder.

Esta situación provocaría dos hechos cruciales de crisis democrática en el sistema constitucional: “un desajuste entre el marco institucional impuesto y la sociedad a la cual dichas instituciones se proponían servir [y] una oleada de reformas fundamentales, destinadas a paliar la situación o dar algún tipo de respuesta al respecto” (p. 53).

Sin embargo, esa oportunidad tendría alcances limitados, pues el ímpetu de la reforma impactaría de forma diferente a dos grandes secciones de la Constitución: la declaración de derechos y la organización del poder; esta última habría quedado inmune a los cambios y provocaría el surgimiento de constituciones quebradas internamente, “constituciones con “dos almas”” (p. 55) al establecer una sección de derechos más social y democrática, pero una “sala de máquinas” de la Constitución que preservó su carácter vertical y excluyente.

5) La autonomización de las élites de gobierno en contextos de “erosión democrática”

El contexto reflejaría un quiebre entre la ciudadanía y la élite en el poder, en el que los puentes de unión entre ambas están cortados o ausentes, excepto el caso del voto que, de todas maneras, se encuentra limitado y carga el peso de una supuesta representación. Ante esta situación se habría preferido el uso de controles internos que permitieron la conformación de una clase dirigente que tiende a autoprotgerse.

A este se sumaría la anomalía del hiperpresidencialismo exacerbado, que ha provocado la existencia de Legislativos débiles y Judiciales con fuertes vínculos o al servicio de los gobiernos de turno; en este contexto, se produce la autonomización de las élites gobernantes que permiten el surgimiento de “régimenes capturados por una minoría, que deja fuera de la administración de los asuntos comunes a la mayoría de la sociedad” (p. 63).

¿Qué podemos hacer ante este panorama sombrío? Roberto Gargarella propone una solución que se plasma en su sexta tesis: **la “conversación entre iguales” como ideal regulativo y la traducción de principios en instituciones**. La propuesta estaría sostenida por dos pilares: la “autonomía individual” y el “autogobierno colectivo”, estos se resumen en la idea que “cada persona debe ser “dueña de su propia vida” [...] del mismo modo en que cada comunidad debe ser “dueña de su propio destino”” (p. 67).

Esta propuesta de “conversación entre iguales” evocaría un ideal, el de la posibilidad de incluir a la mayor cantidad de “posible afectados” para contar con información, puntos de vista y demandas de todos los involucrados, ello con base en procesos que cumplan con al menos dos requisitos: por un lado, que se traten de espacios de diálogo y debate y, por otro lado, que no existan poderes discrecionales que puedan imponer el inicio o la conclusión de la discusión (Cfr., p. 70-71).

Gargarella sostiene que sabemos qué se debe hacer y contra qué se debe luchar. En el primer caso, se trataría de conectar los sistemas institucionales con los principios democráticos y de establecer mecanismos inclusivos y dialógicos; en el segundo caso, la pelea estaría contra la desconfianza democrática y la autonomización del gobierno de las élites. En este contexto, a manera de traducir principios en instituciones y superar el drama de la desigualdad que afecta a toda la región, propone las siguientes sugerencias específicas:

- Crear formas de intervención directa de la ciudadanía, o de sectores afectados, en el proceso decisorio.
- Terminar con la actual concentración de poder a través de modificaciones drásticas de la sala de máquinas.
- Definir herramientas distintas y adicionales al voto para unir la ciudadanía y el gobierno.
- Establecer mecanismos de diálogo en tres dimensiones: entre las ramas de gobierno, entre estas y la ciudadanía y, finalmente, al interior de esta.
- Fortalecer controles externos o populares sobre el poder, quitando el cuasimonopolio de los controles internos de la propia clase dirigente (Cfr., p. 78-79).

Los desafíos presentados en la propuesta requieren de un correlato final, el cual se traduce en la séptima tesis, el lugar de la **ética personal en contextos de radical de desigualdad**. Esta última propuesta sugiere que no tiene sentido hacer política para ayudar a la expansión y consolidación de los privilegios de los poderosos, más aún a nombre de las necesidades de los más desaventajados (Cfr., p. 85), para lo cual sostiene una reflexión sobre la ética de la abogacía:

El derecho puede y debe ser otra cosa. Quienes lo pensamos desde un punto de vista igualitario, y por tanto democrático, tenemos que reconocer que puede y debe trabajar en la dirección opuesta, esto es, a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos (p. 88).

A manera de epílogo, existe un resumen de los males del viejo constitucionalismo y afirma que “la entera “maquinaria del poder” expresa hoy fallas muy graves y difíciles de reparar, en sus dos aspectos fundamentales: la representación social y el control del poder” (p. 92), las cuales no habrían sido resueltas a través de las reformas generadas en dos siglos, ya que las dificultades institucionales estarían asociadas a problemas estructurales que no se propusieron terminar con la organización concentrada del poder, provocando así una degradación institucional que generó la autonomización y consolidación de gobiernos de élite.

Ante esta situación, el profesor argentino concluye presentado su apuesta: la “conversación entre iguales” como ideal que podría traducirse en prácticas efectivas que no merecerían continuar confinadas al rincón de las utopías (Cfr., p. 93).