

Gargarella, Roberto (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. ISBN 978-987-801-045-8, 93 páginas.

Por Emiliano Vitaliani¹

Fecha de recepción: 5/2/2021
Fecha de aceptación: 9/4/2021

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



I. El agotamiento del sistema institucional

Las democracias constitucionales están en crisis. No hace falta ser un reconocido investigador para percibir que las instituciones que alguna vez creímos deseables ya no nos ofrecen las respuestas que esperábamos o que la ciudadanía cada vez se siente más alejada de sus representantes. El proceso en el que hoy se encuentra inmerso Chile es solo un ejemplo de un fenómeno más extendido: la incapacidad de los diseños institucionales que priman en América Latina para ofrecer respuestas satisfactorias a las demandas ciudadanas.

La derrota del derecho en América Latina es un esfuerzo por explicar (al menos parcialmente) las causas de este fenómeno, a la vez que ofrece algunas respuestas para pensar la salida de la crisis. Gargarella retoma aquí muchas de las sus principales líneas de investigación tales como la representación política, la crítica al control judicial de constitucionalidad y su compromiso con el diálogo entre iguales para pensar los problemas que hoy en día aquejan a nuestra región y a su vez esbozar un camino de salida. Así, el autor intenta poner la investigación académica al servicio de la comprensión de la evidente crisis institucional que atraviesa América Latina.

¹ Abogado y estudiante de Ciencia Política (UBA). Docente de Elementos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías. Becario UBACyT.

La explicación ofrecida por Gargarella es de carácter institucional. Esto quiere decir que el autor no cree que esta crisis surja como consecuencia de que gobierne un determinado conjunto de personas, sino que debemos buscar las causas de la crisis en las instituciones que nos rigen y los principios y preocupaciones que las fundamentan. Por supuesto, esto no significa que el diseño institucional sea la única causa de esta crisis. Otro tipo de factores (económicos, de política internacional) también pueden influir, incluso decisivamente, en la crisis de nuestro sistema institucional. Sin embargo, ello no constituye una buena razón para dejar de pensar en las causas institucionales de este fenómeno. Como es característico en toda su obra, Gargarella aborda los problemas institucionales de América Latina desde un profundo compromiso con el autogobierno colectivo y la igualdad, principios sobre los que se fundamentan todos los argumentos del libro.

La derrota del derecho está compuesta por siete tesis sobre el constitucionalismo latinoamericano. Las primeras cinco ofrecen una explicación sobre las causas de la mencionada crisis, mientras que la sexta busca establecer el sentido de una potencial reforma del sistema institucional y la séptima es un llamado de atención a quienes ejercen la abogacía en favor de los sectores más poderosos de la sociedad.

II. Una crisis esperable

En la primera parte del libro, Gargarella retoma algunas de sus grandes líneas de investigación para explicar las causas de nuestra crisis institucional. Si bien algunas de estas causas están relacionadas, son conceptualmente diferentes, por lo que son presentadas por separado.

De acuerdo a la primera de las tesis, la representación política tal como la concebimos hoy en día enfrenta una crisis irreversible. Nuestros sistemas institucionales surgieron con el objetivo de impedir la opresión de unos grupos sobre otros. Así, la forma elegida para balancear el poder de los “muchos” y los “pocos” fue otorgar a cada uno de ellos una institución que los representara. Gargarella afirma que esto cuenta con dos problemas: uno sociológico y uno normativo.

A nivel sociológico, podemos decir que estos fundamentos fallan al asumir que la sociedad está compuesta por dos grupos internamente homogéneos cuyos miembros solo se definen por su pertenencia a la mayoría o a la minoría. Podemos decir, por el contrario, que “la identidad de las personas está compuesta por muchos rasgos diferentes que los llevan a tener múltiples adscripciones” (Gargarella, 2001, p. 335). Por lo tanto, concebir a la representación como un mecanismo para dar voz a estos dos grupos excluye muchas de las dimensiones relevantes de la identidad de las personas.

El segundo argumento en respuesta a los fundamentos de la representación es de tipo normativo. El ideal que fundamenta la representación política tal como la concebimos es el balance de poder entre los distintos grupos de la sociedad. Sin embargo, eso contradice nuestras más básicas intuiciones democráticas. Si la democracia nos resulta atractiva, esto es porque nos permite gobernarnos a nosotros mismos como comunidad, lo que se materializa en el principio mayoritario. De esta forma, lo que el ideal democrático demanda es el autogobierno colectivo y no el balance de poder entre grupos numéricamente dispares.

La segunda tesis de Gargarella pone el foco en el sistema de controles endógenos y en particular sobre el control judicial de constitucionalidad, lo que supone retomar las preocupaciones que inspiraron el trabajo del autor desde un primer momento (Gargarella, 2012). El control judicial de constitucionalidad se funda sobre una concepción elitista de la imparcialidad de acuerdo a la cual el mejor método para tomar decisiones es uno en el que un conjunto de expertos decida de forma “independiente” de lo que diga la sociedad, es decir sin dejarse llevar por las pasiones mayoritarias del momento. Esto fundamenta la adopción de una institución de escasas credenciales democráticas, lo que se torna especialmente problemático cuando se aborda el problema interpretativo. Si las personas (expertos y ciudadanos de a pie) tenemos desacuerdos razonables sobre cómo interpretar el texto constitucional y no contamos con un método interpretativo que nos permita saldar estas diferencias, la pregunta por quién interpreta la Constitución se vuelve especialmente relevante.

Por último, Gargarella aborda un problema que suele ser obviado por la doctrina local: el problema motivacional. Muchas de las justificaciones del control judicial de

constitucionalidad descansan en su potencialidad como medio de protección de los derechos de las minorías. Dado que los jueces son una minoría, tienen motivaciones para oponerse a los excesos mayoritarios.

Sin embargo, este argumento falla al obviar que las minorías cuya función es ejercer el control judicial de constitucionalidad no son las mismas minorías a las que se busca proteger, por lo que ellos no tienen ninguna motivación especial para cumplir la función que les fue asignada.

La tercera tesis saca su foco de los controles endógenos para concentrarse en la forma más relevante de controles exógenos: la *accountability* electoral. El autor aquí expresa su rechazo a la tesis muy extendida en la literatura especializada de que los gobiernos responderán a la voluntad popular porque tienen la intención de ganar las siguientes elecciones. En particular, Gargarella critica al voto por ser un mecanismo de transmisión de información incapaz de captar los matices de las preferencias ciudadanas.

En primer lugar, las elecciones como método de designación de representantes ponen a los ciudadanos en la encrucijada de votar por todos los candidatos de una lista o por ninguno de ellos. En consecuencia, es imposible premiar a aquellos representantes cuya tarea nos pareció aceptable sin dejar impunes a sus compañeros de lista cuya actuación rechazamos. Este mismo problema se repite a la hora de pensar en las políticas públicas adoptadas por un determinado gobierno. Dada la pluralidad de cuestiones en las que intervienen los gobernantes, parece razonable que los votantes estemos de acuerdo en algunas políticas a la vez que rechazemos otras. Sin embargo, las elecciones nos otorgan un solo voto, en el cual no podemos expresar más que un acuerdo o desacuerdo general. Es decir que nos vemos obligados a votar por políticas que rechazamos o en contra de políticas que nos parecen deseables.

Es interesante observar en este punto que el autor tiene una noción normativa de democracia, es decir que la concibe como un ideal a realizar antes que como un diseño institucional específico. De esta forma rechaza concepciones clásicas de la ciencia política como aquellas que definen a la democracia como aquel sistema en el que los ciudadanos periódicamente elegimos representantes en elecciones competitivas.

La cuarta tesis retoma los argumentos contenidos en *La sala de máquinas de la Constitución* (Gargarella, 2014). Como dijimos en la primera parte, el principal objetivo del libro es explicar las causas de la crisis de representación que afecta a nuestra región. En ese sentido, la cuarta tesis afirma que ella no es ninguna casualidad, sino un producto esperable de un diseño constitucional que surgió de un pacto entre liberales y conservadores, quienes compartían un principio de “desconfianza democrática”.

Los diseños institucionales basados en este principio fueron posibles por el carácter elitista de la sociedad en el momento fundacional de nuestro constitucionalismo. Sin embargo, a medida que la democracia fue avanzando, la sociedad elevó nuevos reclamos. Estos reclamos se vieron materializados en modificaciones en las cartas de derechos, particularmente a través del constitucionalismo social.

Sin embargo, la parte orgánica de la Constitución, es decir la organización del poder, se mantuvo prácticamente intacta. Por lo tanto, el poder sigue organizado de acuerdo al mismo principio de desconfianza democrática que dio lugar a nuestras primeras constituciones. En consecuencia, dado que las sociedades contemporáneas tienen ideales democráticos mucho más robustos que los del S XIX, es lógico que ellas reclamen un mayor nivel de participación en la toma de decisiones que el que les fue asignado en ese entonces.

La quinta tesis es una consecuencia natural de las anteriores. Si el poder de la ciudadanía es muy limitado y el sistema institucional se vigila a sí mismo a través de un sistema de controles endógenos, es esperable que las élites políticas se autonomicen de la ciudadanía y persigan su propio interés sin mayores limitaciones.

Esta situación se ve agravada en contextos institucionales como el latinoamericano, donde el sistema de *checks and balances* está desbalanceado en favor del Poder Ejecutivo. Así, la autonomización de las élites políticas se combina con el desbalanceo del poder, lo que permite la aparición de la erosión democrática. Las democracias ya no caen necesariamente por golpes de estado claramente identificables, sino que también pueden morir a través de una serie de pequeños pasos que redunden en un gobierno autoritario.

De esta forma Gargarella muestra que el abismo que separa a la ciudadanía de sus gobernantes no es una casualidad ni consecuencia de que gobierne un conjunto específico de personas, sino un producto esperable de los principios que inspiraron nuestras instituciones. A medida que las sociedades latinoamericanas se volvieron más democráticas, las instituciones inspiradas por el principio de desconfianza democrática se volvieron cada vez más inaceptables y la crisis de disonancia democrática una consecuencia lógica.

III. No todo es desesperanza

En este punto el panorama puede parecer desolador. Nuestras instituciones se sostienen sobre principios que son rechazados por nuestros más básicos ideales democráticos. Parece entonces razonable preguntarnos cuáles son los ideales que deben inspirar una potencial reforma del sistema institucional. La sexta tesis de Gargarella viene en nuestro auxilio. El autor afirma allí que el ideal regulativo debe fundarse sobre los principios de autogobierno colectivo y autonomía individual. Estos dos principios se aplican en ámbitos mutuamente excluyentes, por lo que entre ellos debe existir un “muro de separación” (p. 68).

Resulta llamativo que el autor crea que es posible trazar un muro de separación tan claro entre aquellas cuestiones que pertenecen al ámbito de la moral privada y aquellas que conciernen a toda la comunidad. Tal como él mismo sostiene en la tesis dos, nuestras sociedades están caracterizadas por el hecho del desacuerdo razonable (Waldron, 2005), por lo que resulta esperable que también tengamos desacuerdos sobre cuáles acciones pertenecen al ámbito de la moral privada y cuáles no. Si esto es así, necesitamos o bien un criterio superior a ambos que nos permita resolver este dilema, o bien algún tipo de prioridad de uno sobre el otro para que prime en caso de duda. Es decir que el ideal regulativo debe contar con algún mecanismo que nos permita resolver este tipo de desacuerdos, lo que no aparece explicitado en el texto.

Sin embargo, Gargarella pone el foco en el segundo de los elementos de su ideal regulativo: el autogobierno colectivo. Más precisamente, afirma que el autogobierno colectivo debe acercarse tanto como sea posible a un diálogo entre iguales.

En primer lugar, es necesario hacer alguna precisión conceptual. La noción de diálogo entre iguales está compuesta por dos elementos: uno dialógico y uno igualitario. Esto significa que no basta con que un diseño institucional promueva la deliberación para que sea deseable, dado que podría no satisfacer el requisito de igualitario.² Al revés, aquellos mecanismos tales como los referéndums en los que, si bien se garantiza la participación igualitaria, no existe ningún mecanismo que promueva la deliberación son igualmente insatisfactorios.

Esto puede parecer insuficiente para rechazar los referéndums desde una perspectiva deliberativista, dado que bien puede suceder que ningún mecanismo específico promueva la deliberación ciudadana y que a la vez que el sistema social sea deliberativo (Mansbridge et al., 2012). Sin embargo, es justo conceder que la posición del autor es mayoritaria dentro de la teoría en la que se inscribe.

Gargarella recurre a dos argumentos diferentes para justificar el ideal del diálogo entre iguales. En primer lugar, existe un argumento epistémico. Siguiendo a Carlos Nino (1997, pp. 154-201), el autor afirma que la deliberación colectiva es deseable en tanto existen buenas razones para creer que las decisiones que sean tomadas de esa forma ganarán en imparcialidad. Esto porque un proceso deliberativo inclusivo permite escuchar todos los argumentos disponibles e incorporar más información, reduciendo así las posibilidades de error.

En segundo lugar, el autor parece (aunque de forma menos explícita) afirmar que existe un argumento “democrático” para defender la deliberación colectiva. Este argumento democrático podría sostenerse sobre el ideal igualitario que atraviesa toda la obra de Gargarella (incluyendo este libro). Si todos los ciudadanos somos igualmente dignos, parece razonable que todos tengamos la misma posibilidad de participar en los asuntos que nos conciernen a todos como comunidad. A diferencia del argumento epistémico, el argumento democrático no se sostiene sobre las consecuencias de la

² Para deliberaciones entre elites ver Fishkin (2009, pp. 71-75).

deliberación colectiva, sino que es un argumento de principios. La deliberación entre iguales se justifica porque es la única forma que respeta nuestra igual dignidad como ciudadanos.

De acuerdo al autor, la delimitación de un ideal regulativo es central porque nuestro continente se caracteriza por sufrir reformas institucionales que tienen objetivos de corto plazo. Por el contrario, si aspiramos a tener un sistema institucional duradero que sea compatible con nuestras intuiciones más básicas, debemos “mirar atrás y distinguir los males de la época” para “volver a conectar al sistema institucional con objetivos de mediano y largo plazo” (p. 73).

Así, la adopción del ideal del diálogo entre iguales tendría consecuencias concretas en nuestro sistema institucional tales como la desconcentración del poder, la adopción de mecanismos participativos en los que los sujetos afectados por las políticas públicas puedan hacerse escuchar y un sistema de controles exógeno que permita a la ciudadanía ejercer un mayor poder sobre sus representantes, fortaleciendo así el lazo representativo.

En este punto, el lector puede hacerse una pregunta que no encuentra respuesta en los argumentos de Gargarella. Según afirma el propio autor, la representación es un principio herido de muerte. Sin embargo, parte de sus propuestas consisten en que la ciudadanía recupere el control sobre sus representantes para así fortalecer el lazo representativo y prevenir la autonomización de las élites. Así, el libro no resuelve la pregunta por el lugar de la representación en la democracia.

Si la representación es deseable, tiene que ser justificable de algún modo, lo que implicaría rechazar la idea de que no hay nada en ella que pueda ser salvado. Sin embargo, no es posible encontrar en el libro argumentos que nos ofrezcan ninguna pista sobre cuál es esa justificación.

IV. Desigualdad y ética profesional

La última de las tesis de Gargarella se aleja del diseño institucional y la crisis de representación, aunque no de los ideales igualitarios. Esta tesis afirma que, en contextos

de grandes desigualdades, los profesionales del derecho deberían poner su trabajo al servicio de los más desaventajados.

El derecho cuenta con dos características distintivas: tiene un poder legitimador y su contenido es altamente flexible. Esta combinación hace que los abogados sean profesionales especialmente poderosos, en tanto pueden manipular el contenido del derecho con maestría. Así, poner este particular poder en función de los intereses de las élites políticas significa reforzar la enorme desigualdad que aqueja a Latinoamérica.

V. Reflexiones finales

En *La derrota del derecho*, Gargarella vuelve sobre los temas clásicos de su producción académica con el fin de abordar una problemática tan actual como desconcertante. Políticos y analistas parecen desorientados ante la cada vez más frecuente aparición de fenómenos “antipolítica” o de rechazo frontal al sistema de partidos.

En este contexto, el autor nos ofrece un conjunto de respuestas sólidas que nos permiten comprender más acabadamente las causas de este fenómeno, al mismo tiempo que nos invita a pensar cuál es el ideal regulativo que debe regir una futura reforma institucional. Su respuesta a esta pregunta sigue la línea del resto de su obra: deliberación, igualdad e inclusión.

VI. Bibliografía

- FISHKIN, James S. (2009). *When the people speak. Deliberative democracy & public consultation*. Oxford: Oxford University Press.
- GARGARELLA, Roberto. (2001). Representación plena, deliberación e imparcialidad. En J. Elster, *Democracia deliberativa* (pp. 323-345). Gedisa.
- GARGARELLA, Roberto. (2012). *La justicia frente al gobierno*. Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.

- GARGARELLA, Roberto. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz.
- MANSBRIDGE, Jane; BOHMAN, James; CHAMBERS, Simone; CHRISTIANO, Thomas; FUNG, Archon; PARKINSON, James; THOMPSON, Dennis & WARREN, Mark. (2012). A systemic approach to deliberative democracy. En PARKINSON, John. & MANSBRIDGE, Jane (Eds.), *Deliberative Systems*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NINO, Carlos S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- WALDRON, Jeremy (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.