

## Nuestros monstruos y fantasmas constitucionales: reseña de *La derrota del derecho en América Latina, siete tesis* de R. Gargarella

Alejandro Guevara Arroyo\*

[https://doi.org/10.35242/RDE\\_2021\\_32\\_8](https://doi.org/10.35242/RDE_2021_32_8)

---

### Nota del Consejo Editorial



**Recepción:** 3 de abril de 2021.

**Revisión, corrección y aprobación:** 5 de julio de 2021.

**Resumen:** Reseña la reciente obra del filósofo y constitucionalista Roberto Gargarella intitolado *La derrota del derecho en América Latina, siete tesis*. Este libro trata de la estructura constitucional y el trasfondo filosófico que determinan ciertas condiciones habituales en nuestros sistemas políticos: la crónica molestia ciudadana con la política y la problemática automatización de las élites políticas.

**Palabras clave:** Apatía política / Descontento político / Ciudadanía / Políticos / Poder político / Corrupción / Democracia / Sistema político / Derecho constitucional / América Latina.

**Abstract:** The article presents a review of the recent work of the philosopher and constitutionalist Roberto Gargarella entitled "The defeat of law in Latin America, seven theses". This book explores the constitutional structure and philosophical background that determines certain habitual conditions in our political systems: the chronic citizen discontent with politics and the problematic automation of the political elites.

**Key Words:** Political apathy / Political discontent / Citizenry / Politicians / Political power / Corruption / Democracy / Political system / Constitutional law / Latin America.

---

\* Costarricense, abogado, [alguear7@gmail.com](mailto:alguear7@gmail.com). Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Doctorando en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Asociación Costarricense de Filosofía del Derecho y Filosofía Práctica.

## **1. PRESENTACIÓN**

Esta es una reseña de la obra *La derrota del derecho en América Latina, siete tesis*, del pensador argentino Roberto Gargarella (publicada en 2020 por Siglo XXI). Se trata de un libro breve, pero cargado de provocadoras ideas sobre la situación actual de nuestras comunidades políticas latinoamericanas.

La obra, de menos de cien páginas, se estructura bajo los siguientes títulos: Prefacio. Los sueños del viejo constitucionalismo producen monstruos; (1) Sobre el deterioro de la representación política: una crisis irreversible; (2) Sobre la degradación del sistema de controles (y del control judicial en particular); (3) Sobre lo que el voto, por sí solo, no puede lograr; (4) Sobre la 'disonancia democrática' y el quiebre interno de la Constitución: constituciones con 'dos almas'; (5) Sobre la autonomización de las élites de gobierno en contextos de 'erosión democrática'; (6) Sobre la 'conversación entre iguales' como ideal regulativo, y la traducción de principios en instituciones; (7) Sobre la ética personal en contextos de radical desigualdad (con una coda sobre la ética de la abogacía y su sensibilidad hacia el poder) y Epílogo.

En esta reseña presentaré: en la primera sección, el problema político fundamental que trata esta obra, así como el diagnóstico que brinda el autor sobre los determinantes constitucionales que lo causan. Dividiré esta sección en varios subtítulos que no se corresponden exactamente con los planteados por Gargarella, pero me parece los complementan. En la segunda sección detallaré la ruta propuesta por el filósofo argentino para salir de estas dificultades. Cerraré con algunos pocos comentarios.

## **2. EL DESIERTO DE NUESTRA REALIDAD POLÍTICA Y SUS DETERMINANTES CONSTITUCIONALES**

### **2.1 LA MOLESTIA CON NUESTRA REALIDAD POLÍTICA**

En Latinoamérica estamos molestos con la política: desconfiamos de quienes ocupan los puestos en el ejecutivo (y de su equipo burocrático), nos ofenden las acciones de nuestros representantes legislativos y ejecutivos, vemos de reojo a las cortes supremas y tenemos sentimientos aún peores sobre los partidos políticos. La situación en la región es, entonces, de franco desencanto por la política, lo que a su vez tiene que

ver con la fragmentación de los partidos políticos, la crisis de representación y la elección de líderes populistas (Gargarella, 2020, p. 11).

Y la ciudadanía tiene sus razones:

[...] comprobamos la extraordinaria debilidad que muestra el sufragio [...]; el desgaste que ha sufrido el sistema de 'frenos y contrapesos'; los abusos recurrentes de las clases dirigentes; las formas en que los controles inter-poderes se transforman [...] en pactos habituales entre políticos, destinados a la mutua protección, etc. (Gargarella, 2020, p. 11).

¿Cómo puede ser esto? Si nuestro diseño constitucional de ordenación del poder (i.e. del dominio de las personas sobre las personas) dice estar construido para dar ese dominio al pueblo, ¿cómo puede ser que exista una desconfianza tan extendida para con instituciones que se supone son la manifestación de dichos ideales? ¿Qué factores estructurales, se pregunta Gargarella, determinan el recurrente surgimiento de tales males?

Hay muchas respuestas posibles a estas cuestiones. Gargarella pone énfasis en el nivel de la máquina constitucional misma (Troper, 1999) y cómo esta puede influir en tan paradójico estado de cosas<sup>1</sup>. Su estrategia metodológica consiste en analizar el aparato constitucional e intentar entender los determinantes profundos por los que ha fracasado en cumplir los objetivos para los que fue creado, o sea, explicar qué hay en su diseño fundamental que lleva a que no vivamos bajo los principios que lo justifican (i.e. que tales principios sean hoy ideas muertas, al decir de Atria, 2016, cap. 20).

## 2.2 LAS BASES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS DE NUESTRA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL ACTUAL

La *sala de máquinas constitucional*<sup>2</sup> tuvo en Latinoamérica un momento clave en el siglo XIX. Los problemas, principios y soluciones que entonces

<sup>1</sup> Frente a teorizaciones que consideran que la cuestión constitucional es superficial o superestructural para explicar las condiciones de nuestras sociedades, Gargarella ha defendido en obras previas que las opciones constitucionales son lo suficientemente relevantes para reclamar nuestra atención (Gargarella, 2014, p. 8).

<sup>2</sup> Como famosamente le llamó Gargarella a la estructura constitucional normativa que organiza el poder político (el Gobierno, en sentido amplio) (Gargarella, 2014). Este es un libro detallado de reconstrucción de historia

se propusieron continúan vigentes aún en nuestros días y son determinantes, nos dice el filósofo argentino, de nuestra situación política contemporánea de desintegración, desigualdad y desencanto político.

Ese momento constitucional (al decir de Bruce Ackerman, v.g. Ackerman, december, 1989) estuvo signado por dos ideales constitucionales distintos y en buena medida en discordia: el liberalismo y el conservadurismo. Durante la segunda mitad de ese siglo, a través de toda la región, esos movimientos ideológicos llegaron a una tensa componenda marcada por su oposición a un común contendiente: el radicalismo democrático. El liberalismo, preocupado por el problema de que ninguna parte del cuerpo social oprimiera a las otras, introdujo un mecanismo tripartito de poderes con facultades especificadas de intervención: los *check and balances*. El conservadurismo, por su parte, dobló el brazo del liberalismo y desbalanceó la distribución de poderes mediante la atribución de facultades considerables a los ejecutivos nacionales y federales<sup>3</sup>. La acción de la ciudadanía quedó institucionalmente reducida a la elección periódica, mediante el voto, de las personas que las élites políticas presentaban como alternativas para ocupar los puestos de poder (Gargarella, 2020, introd.).

Para entender por qué esta estructura constitucional tiene esta forma y no otra, resulta clave comprender los problemas y preocupaciones que aquella buscaba responder, así como los presupuestos filosóficos de los que partía<sup>4</sup>. Pues bien, nuestra estructura constitucional de gobierno está especialmente influida por las preocupaciones y presupuestos filosóficos presentes en el constitucionalismo estadounidense (Gargarella, 2020, pp. 17-18). El constitucionalismo de los Padres Fundadores de los Estados Unidos de América montó un diseño de gobierno que ante todo intentaba evitar lo que consideraban el fantasma de todo gobierno democrático: el espíritu faccioso, por el que alguno de los grupos en los que se divide la sociedad intenta imponerse sobre otro<sup>5</sup>. Esta tendencia es intrínseca a

---

política y filosófica del constitucionalismo latinoamericano. Es en esta obra en donde se exponen ampliamente los hechos que se describen sucintamente en el texto principal.

<sup>3</sup> En Costa Rica, el conservadurismo consiguió importantes avances también en la *sala de máquinas*, como se nota por sus deficiencias de laicismo. Piénsese, por ejemplo, que la vigente Constitución Política no prohíbe, en sus artículos 108 y 109, el que personas que no pertenecen al estado seglar ocupen puestos de representación popular en la Asamblea Legislativa. Esta permisión ya se encontraba en las previas constituciones de Costa Rica, con la excepción de las constituciones de 1859 y 1869, que requerían ser del estado seglar a toda persona que ocupara el puesto de la Cámara de Senadores (pero no así a quienes formaban parte de la Cámara de Representantes).

<sup>4</sup> Hay que preguntarse "una Constitución para qué; una Constitución contra qué" (Gargarella, 2014, p. 14).

<sup>5</sup> Para decirlo con Madison: Hay "ricos y pobres, acreedores y deudores, un interés en las tierras, un interés mercantil, un interés en la fabricación [...]" (Madison, citado por Dunn, 2018, p. 126).

esta forma de gobierno (pues los individuos no pueden sino actuar siempre de forma autointeresada) y puede llevar a una de dos situaciones: la tiranía o la anarquía (o al menos esto es lo que creían los Padres Fundadores).

Para evitarlo, se introdujeron diversos mecanismos constitucionales, dos de los cuales son aquí centrales: (a) un aparato de gobierno en el que diversas funciones serían ejercidas por órganos distintos que; sin embargo, tendrían facultades para limitar su accionar, y (b) un sistema de gobierno representativo por medio del cual las tendencias de las 'muchedumbres irracionales' serían filtradas mediante diversos niveles de intermediarios: partidos políticos y representantes en los puestos de gobierno electos mediante una votación periódica. Se preserva, incluso, una rama del poder, la judicial, totalmente desconectada de la ciudadanía<sup>6</sup>. Nótese que en su base esta concepción constitucional de gobierno tenía como objetivo morigerar o debilitar el principio democrático y sus instituciones sin por ello instaurar un gobierno monárquico o aristocrático (Dunn, 2018, pp. 117-131)<sup>7</sup>.

Buena parte de nuestros males, nos dice Gargarella, son consecuencia de dicho modelo, ya sea por sus defectos de origen, ya por su desgaste (2020, Prefacio).

### 2.3. DEFECTOS DE ORIGEN

Los defectos de origen que carga este modelo son de dos clases: primero, una teoría sobre la sociedad que tomaba como necesario lo que hoy día se muestra inexistente. Segundo, la incorporación (ya mencionada) de un objetivo no democrático como principio fundamental de la estructuración de las instituciones políticas. Gargarella detalla estos defectos de la siguiente forma.

Primero, este modelo parte de una realidad sociológica inexistente, en la cual las comunidades se dividen en unos pocos grupos compactos con

<sup>6</sup> Este diseño se encuentra explicado y justificado en la famosa serie de artículos cortos escritos por Madison, Hamilton y Jay, luego conocidos como El Federalista (ver en especial los escritos 9 y 10).

<sup>7</sup> No se pierda de vista que, salvo para algunos personajes en vida bastante denostados (como Baruch de Spinoza), *democracia* era un término que tenía, para la época de la revolución constitucional estadounidense, alrededor de dos mil años de ser considerado el nombre de un mecanismo de gobierno indeseable (Dunn, 2018, pp. 69-118). Sobre los ilustrados radicales que apelaban a la democracia (o la república democrática) como la concepción legítima de gobierno, ver Israel, 2017, en especial capítulos III, IX, XV, XVI.

intereses, ideologías y preferencias comunes, gracias a lo cual órganos que incluyeran representantes de esos grupos permitirían que sus intereses y concepciones participaran efectivamente en el gobierno de toda la sociedad. Empero, en nuestras sociedades actuales, entre las personas median multiplicidad de desacuerdos muy diversos tanto en intereses como en concepciones políticas y éticas (Gargarella, 2020, p. 18)<sup>8</sup>. Este sistema tiene como uno de sus subproductos la proliferación de funcionarios facciosos y elitistas, que se mueven en un espacio de impunidad política sobre el cual las personas ciudadanas se ven sumamente limitadas para influir<sup>9</sup>.

Segundo, visto con mayor cuidado, ya el objetivo de este constitucionalismo era sumamente cuestionable en términos democráticos. Si la democracia es un sistema institucional que intenta hacer probable el autogobierno, ¿qué justifica la introducción de una multitud de mecanismos de *check and balances*?: “en efecto, la democracia no consiste en asegurar que [...] ricos y pobres [...] no se opriman mutuamente, sino que gobierne –con límites, con controles- la mayoría” (Gargarella, 2020, p. 20). Claro que se requieren mecanismos para respetar los derechos de los individuos y de las minorías, pero de esto no se infiere que para alcanzar este objetivo sea imprescindible introducir mecanismos que debiliten el principio democrático: hay otras alternativas posibles (Gargarella, 2020, p. 20).

#### 2.4. LOS CONTROLES AL PODER POLÍTICO Y SUS DEFICIENCIAS

Independientemente de estos defectos de origen, cabe preguntarse cuál ha sido el desempeño de esta máquina constitucional: ¿ha logrado cumplir sus objetivos?, ¿ha solucionado los problemas para los cuales fue diseñada? Dos son la clase de mecanismos de control que diseñó este constitucionalismo para alcanzar sus objetivos: controles exógenos o populares y controles endógenos o internos (i.e. de las agencias o instituciones del poder político entre sí).

Gargarella concentra su crítica específicamente en uno solo de esos controles endógenos: el poder judicial, el principio institucional de

---

<sup>8</sup> El filósofo argentino trató ampliamente este asunto en su obra del 2002 *La crisis de la representación política*.

<sup>9</sup> Como ha dicho también Gargarella en otra obra “en tales condiciones, la protesta social es un derecho político fundamental” (Gargarella, 2005).

independencia judicial y el control judicial de constitucionalidad (o *judicial review*), como artificios para lograr el objetivo constitucional de evitar la opresión de las mayorías sobre las minorías y la trasgresión de los derechos fundamentales de los individuos.

Gargarella tiene una posición crítica sobre esta institución y sus capacidades para lograr el objetivo de evitar los abusos de las otras ramas del poder político. En primer lugar, el principio de independencia judicial está fundado en una concepción elitista: la judicatura y, en especial, las cortes constitucionales, debían estar separadas de la mayoría de la población (presumiblemente por ser esta incapaz de entender complejos asuntos sobre derechos fundamentales de los individuos y de las minorías) (Gargarella, 2020, pp. 27-28).

En segundo lugar, es en especial problemático democráticamente hablando que un grupo tan reducido de personas se arrojen la última palabra sobre el sentido de conceptos constitucionales claves, conceptos sobre cuyo significado existe un profundo y honesto desacuerdo social<sup>10</sup> (para utilizar la expresión de Waldron, ver Waldron, 2005 y 2018, pp. 76-79). No parece que se pueda justificar democráticamente la autoridad última de la interpretación constitucional de un juez por encima de aquella que puedan articular las personas ciudadanas, especialmente en aquellos asuntos constitucionales que más nos interesan<sup>11</sup> (Gargarella, 2020, pp. 28-30). Tal crítica se fortalece en el hecho de que el texto constitucional, como cualquier otra ley, no tiene un sentido propio. No solo hay diversas técnicas interpretativas de los textos legales, sino que cada una de ellas brinda diversidad de sentidos posibles para la Constitución (y para el derecho). Dada esta característica, no se puede afirmar que un juez, al decidir un caso, meramente 'aplica' el derecho (sea constitucional o no)<sup>12</sup>. Esto agrava la objeción democrática contra

---

<sup>10</sup> Que tenemos profundos desacuerdos es un hecho inextinguible de la vida social moderna. Este hecho, junto con el reconocimiento de que requerimos vivir en comunidad, cooperar y coordinar nuestras acciones para alcanzar objetivos que son irrealizables individualmente, conforma lo que Waldron denomina *las circunstancias de la política* (Waldron, 2005, pp. 123-129). Tales desacuerdos profundos alcanzan, también, cuestiones fundamentales de nuestra vida social, como son el contenido y alcance de los derechos fundamentales (que en buena medida no son meros problemas de interpretación jurídica, sino de posicionamiento político y moral) (Waldron, 2005, pp. 76-79).

<sup>11</sup> Gargarella investigó muy tempranamente el problema de la objeción democrática contra el control judicial de constitucionalidad en su tesis doctoral, publicada luego en 2012 con el título *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ver también, Linares, 2008.

<sup>12</sup> El material bibliográfico sobre este asunto es vasto. Véase, por ejemplo, Niembro Ortega, 2019, cap. IV y Bello Hutt, 2017.

los tribunales constitucionales como intérpretes últimos de la Constitución (Gargarella, 2020, pp. 30-33).

El último punto que señala Gargarella es el siguiente: este modelo judicial se fundó en un supuesto motivacional de la acción judicial equivocado. Según este, dado que los jueces saldrían de una minoría (específicamente, una élite social) entonces estarían preocupados por proteger a las minorías del abuso de las mayorías. Se trata, claramente, de una inferencia equivocada, como se ha mostrado en la historia judicial estadounidense de forma reiterada (Gargarella, 2020, pp. 33-37).

Por su parte, los controles exógenos quedaron reducidos al voto periódico de la ciudadanía para elegir autoridades de la república de entre aquellas opciones presentadas por los partidos políticos. Según esta concepción, la democracia se realiza en tanto la ciudadanía tenga la capacidad institucional de hacer responsables a las autoridades, premiando o castigando el desempeño en sus funciones (Gargarella, 2020, pp. 41-42) - la analogía entre este modelo y la relación que existe entre un patrón y sus empleados es obvia-. Pues bien, Gargarella también tiene potentes críticas contra esta concepción de la democracia. Específicamente, problematiza que el mecanismo del voto pueda cumplir las funciones que este modelo pretende (¿ini qué decir de su capacidad para satisfacer ideales democráticos más demandantes!). Los problemas claves son:

- a) La dilución del peso del voto, o sea, la incapacidad de un mecanismo como el voto para expresar todo (o siquiera una parte) lo que las personas ciudadanas de nuestras sociedades pluralistas les interesa establecer en el gobierno común.
- b) La extorsión democrática. Debido justamente a estas condiciones, el voto no sirve para controlar a los funcionarios y autoridades de la república. ¿Cómo puede la persona ciudadana influir castigando o premiando la gestión de un gobierno si en un solo acto debe englobar, por ejemplo, el hecho que le pareció bien una cierta medida ejecutada por el gobierno, pero que está en desacuerdo con los casos de corrupción que salieron, aunque sí encuentra adecuado el nuevo candidato apoyado por el partido de gobierno, pero rechaza la influencia de otras figuras políticas relacionadas con ese partido? Al final, podrá decir solo una cosa: sí o no. La persona ciudadana es así extorsionada, pues debe aceptar múltiples cuestiones con las que está en desacuerdo (quizás muy en

desacuerdo) a cambio de señalar o apoyar otros aspectos que sí favorece.

c) El rechazo de la virtud cívica. Me extenderé en este punto, pues me parece un aspecto poco considerado e importante. Presentaré, para ello, las ideas de Gargarella e incluso las ampliaré un poco. La *sala de máquinas constitucional* recién descrita se mueve solo con el combustible del egoísmo y el autointerés. En tales condiciones, el problema político fundamental es cómo articular la máquina de forma que quienes lleguen a los puestos de poder hagan el menor daño posible a la comunidad a pesar de tales motivaciones (Gargarella, 2020, p. 46). Por ello, se consideró imposible, e incluso ingenuo, establecer que la virtud cívica es parte necesaria de lo que constituye el rol de una persona que ocupa un puesto de autoridad política.

No obstante, como ha insistido el pensamiento republicano contemporáneo<sup>13</sup> (y recuerda aquí Gargarella), al proceder de esta forma, el constitucionalismo moderno cometió un doble error. Primero, fue una profecía autocumplida<sup>14</sup>, pero en la peor forma posible. Al conformar un diseño de gobierno que supone el egoísmo irremediable en sus actores, fácilmente ha devenido en lo que podía esperarse: los diversos grupos de interés en el gobierno han articulado pactos de forma que se protejan especialmente los intereses (facciosos) de élites políticas y económicas, ante los ojos desilusionados de quienes quedan por fuera (Gargarella, 2020, p. 47).

En segundo lugar, se desaprovechó la oportunidad de diseñar una máquina que propiciara la virtud. Este es un asunto que me parece clave: la idea de la virtud cívica no supone (tampoco en sus defensores antiguos) que las personas 'nazcan virtuosas' o que alcanzan tal estado naturalmente, por medio de consejos o, acaso, llevando algún curso. Son las propias instituciones de gobierno las que han de estar diseñadas para incentivar que en su propia ejecución esté presente la virtud cívica como motivación del accionar de los funcionarios y autoridades. También en

---

<sup>13</sup> Una útil compilación en nuestro idioma, con textos claves en el resurgimiento del republicanismo en la filosofía política contemporánea: Ovejero, Martí y Gargarella (coords.), 2004. Una versión introductoria del republicanismo clásico: Rosler, 2016. Un debate reciente sobre republicanismo en Discusiones 23, *República: Vicios y Virtudes*.

<sup>14</sup> Sobre cómo y por qué las instituciones políticas modernas debilitaron el lugar de la virtud cívica como parte de la vida ciudadana y del sistema político, ver Bejar, 2000.

este respecto el voto es un mecanismo insuficiente para lograr tal objetivo, la ausencia de cuya realización los ciudadanos sentimos y reclamamos tan frecuentemente en el accionar de las personas que aspiran y ocupan puestos de gobierno (Gargarella, 2020, p. 47).

En síntesis: el voto periódico para elegir autoridades es un mecanismo imprescindible de la democracia, pero totalmente insuficiente él solo para satisfacer los ideales del autogobierno y de la protección de las minorías.

## 2.5. LOS DERECHOS COMO EXTORSIÓN

Nuestra *sala de máquinas constitucional*, producto del pacto liberal-conservador ocurrido en el siglo XIX en nuestra región, fue ante todo un medio para limitar la instauración institucional de versiones mucho más demandantes del ideal democrático (inspiradas en la concepción radical propia de la Revolución francesa). Las élites, ora conservadoras, ora liberales, intentaron articular institucionalmente el cumplimiento de la democracia que; sin embargo, en su desempeño y trasfondo mostraba una considerable desconfianza hacia el pueblo (Gargarella, 2020, pp. 52-53).

El siglo XX irrumpió con demandas sociales en toda la región, que buscaban aminorar el otro espectro clave del elitismo en Latinoamérica: el económico, por el cual amplios sectores de la población vivían en condiciones graves de exclusión y vulnerabilidad. Producto constitucional de dichas luchas fue la introducción de generosas cartas de derechos en nuestras constituciones, lo cual redundó en la aparición de algunos esfuerzos por variar dichas realidades sociales.

Empero, estos logros traían aparejados una trampa sutil, un caballo de Troya: la organización constitucional no solo no cambió su estructura promotora del elitismo político, sino que en muchos casos la profundizó hacia el lado del presidencialismo (lo que Nino llamaba el hiperpresidencialismo 2016, cap. III, secciones A, B y C)<sup>15</sup>. Nuestras

---

<sup>15</sup> Costa Rica es una excepción en el contexto latinoamericano, pues su *sala de máquinas* no es hiperpresidencialista. Como bien lo señala Jorge Vargas Cullel: "las competencias constitucionales del poder ejecutivo [en Costa Rica] son, desde el punto de vista comparativo, débiles en relación con el resto de los países de América latina" (2007, p. 124). Esto se puede notar, por ejemplo, en particular en las áreas de legislación y emergencias (Negretto, 2018), ya que el Ejecutivo tiene una limitada capacidad de controlar la agenda legislativa, tiene la necesidad de someter a referendo legislativo el presupuesto nacional y no puede vetar el presupuesto ordinario aprobado por el Congreso. Adicionalmente, no existe constitucionalmente la

constituciones quedaron así, dice Gargarella, con dos almas. Este diseño constitucional dificultó el logro de los objetivos planteados en las cartas de derechos e incluso los pervirtió, pues se habilitó que los grupos en el poder político los utilizaran como sobornos o extorsiones (como famosamente les llamó Rosalind Dixon, September 10, 2018) (Gargarella, 2020, pp. 55-56).

## 2.6 EL DESGASTE DEMOCRÁTICO Y EL HIPERPRESIDENCIALISMO

De forma que la promesa democrática se intenta cumplir mediante un mecanismo representativo cuyos supuestos son hoy en día irreales, al tiempo que el sistema de controles internos que se diseñó para evitar que grupos se oprimieran entre sí no logra su cometido. En ese contexto, el puente que queda remanente para llevar adelante el ideal democrático y el control ciudadano de las autoridades políticas es el voto periódico. Pero este solo mecanismo no puede satisfacer funciones tan complejas: todos notamos que, tras realizar las votaciones para elegir los cargos legislativos y ejecutivos, “todo sigue sin embargo igual” (Gargarella, 2020, p. 60).

En nuestros días se han dinamitado los otros puentes que en el pasado existieron para que la ciudadanía transitara la vía al poder: cabildos abiertos, el derecho de instrucción a los representantes, revocatorias de cargos, rotación obligatoria, mandatos breves, entre otros; todos han sido deshabilitados basándose en la *desconfianza democrática*. Pero, en este sistema, que parte de élites que no pueden sino ser autointeresadas, y rotas las vías ciudadanas para rectificar su comportamiento, ha sucedido lo previsible: las élites políticas se han vuelto facciosas sin más y se han aliado entre sí en contra de los intereses de la ciudadanía (Gargarella, 2020, p. 60).

En tiempos recientes, adicionalmente, se ha cruzado una nueva frontera: la de desarmar poco a poco aún los mecanismos de control endógenos. Los golpes de Estado de nuestros tiempos normalmente ya no se dan, como en el pasado, por medio de bombardeos y la toma del congreso por los militares, sino mediante lo que O’ Donnell llamó “muerte lenta” o “muerte a través de mil cortes” (Gargarella, 2020, p. 61). Todo esto nos suena a las personas de Latinoamérica como un cuento más que conocido. Gargarella llama la atención respecto de que en nuestra región aun el

---

figura de decretos-ley, y los poderes de emergencia de la presidencia están sujetos a la aprobación respectiva por dos terceras partes del Congreso nacional (Vargas Culler, 2007, p. 125).

modelo de controles internos nunca fue plenamente establecido, pues en el arreglo entre el constitucionalismo liberal y el conservadurismo, este logró preservar un poder desbalanceado en favor del ejecutivo, facilitando así la cooptación del legislativo y del judicial por la élite que asuma el ejecutivo (Gargarella, 2020, p. 62).

Hoy día las élites políticas están libres para autonomizarse ampliamente de los controles ciudadanos e institucionales. Después de todo, los datos estaban trucados a su favor. Esta es la realidad que, según Gargarella, la ciudadanía latinoamericana resiente tanto.

### 3. UN CAMINO AL HORIZONTE Y QUÉ HACER MIENTRAS LLEGAMOS

Toda crítica supone necesariamente un parámetro o pauta normativa que permite distinguir entre aquello correcto y aquello incorrecto (según el parámetro). Gargarella no solo no esconde las pautas normativas mediante las que critica la realidad política y constitucional, por el contrario, las desarrolla hasta conformar un complejo y ambicioso ideal regulativo. Ese ideal es a su vez la base sobre la cual se montan sus sugerencias de reforma institucional.

Dos son los pilares sobre los que Gargarella articula el edificio de su ideal: primero, la autonomía individual, o sea, el valor de que las personas articulen los principios que organizan y dirigen sus vidas a la luz de las razones que, imparcial e informadamente, consideren relevantes<sup>16</sup>. En segundo lugar, el autogobierno colectivo, o sea, que el poder político esté en manos del pueblo o comunidad política (Gargarella, 2020, pp. 67-68)<sup>17</sup>.

En mis términos, esto quiere decir que la *sala de máquinas* del poder ha de hacer probable un hecho social improbable (Atria, 2016, cap. VII). Debe instaurar una institucionalidad en la cual la ciudadanía, conformada por personas autónomas, con desacuerdos honestos y profundos sobre cuestiones de principios, de concepciones de mundo y de organización social, tome, sin embargo, decisiones colectivas. Estas decisiones, por un lado, han de tener autoridad ante esas mismas personas, pero, por otro

---

<sup>16</sup> También, en este punto las ideas de Gargarella parecen estar influidas por el pensamiento de Nino, v.g. Nino, 2003, pp. 70-101 y Nino, 2016, pp. 162-178.

<sup>17</sup> Como recuerda Dunn, "*Demokratía*: gobierno del *demos*, por él o, de manera más literal, fuerza o poder en sus manos; es decir, del pueblo como un todo [...]".

lado, en su formación han de poder reconocer que han influido como individuos con igual dignidad.

Tales ideales se realizan en la situación que Gargarella llama *conversación entre iguales*: un estado social en que todas las personas potencialmente afectadas por una decisión autoritativa participan deliberativamente<sup>18</sup> en su formación, ofreciendo sus opiniones, argumentos y críticas para conformar así las razones que sustentan la decisión tomada, todo desde una posición igualitaria.

Este ideal es incompatible con concepciones de la democracia que la entiendan como un procedimiento para seleccionar al líder del pueblo. Pero también se quedan cortos aquellos modelos institucionales que reducen el autogobierno popular a la mera negociación entre élites y facciones, no importa si estas surgen mediante la votación de toda la ciudadanía<sup>19</sup>. Finalmente, tampoco es suficiente para satisfacer el ideal deliberativista de Gargarella, el apelar solo a la votación directa de la ciudadanía sobre cuestiones públicas. Es más, advierte: "ciertos usos de los mecanismos de democracia directa pueden ser incompatibles con el ideal de la conversación entre iguales" (Gargarella, 2020, p. 70)<sup>20</sup>. De forma que la democracia de Gargarella es la del foro, no la del mercado (Elster, 2007b).

Estos principios se traducen en instituciones que, nos dice el pensador argentino, no son utópicas. No solo hay ejemplos en diversas comunidades del pasado, sino que también en nuestros días se están realizando interesantes experimentos alrededor del mundo (Gargarella, 2020, pp. 76-77)<sup>21</sup>.

Gargarella incluso brinda algunas sugerencias sobre cómo implementar su ideal. La máxima es ampliar los espacios de intervención de la ciudadanía en los procesos de decisión de las cuestiones colectivas. Asimismo, han de refundarse los puentes entre la ciudadanía y el Gobierno (en sentido

<sup>18</sup> Sobre deliberación o discusión, ver Elster, 2007, pp. 438-432.

<sup>19</sup> Sobre negociación, ver Elster, 2007, pp. 452-457.

<sup>20</sup> Una valiosa y conocida clasificación de concepciones contemporáneas de la democracia en Nino, 2007, cap. 4. El criterio clasificatorio clave que propone Nino distingue entre dos clases de concepciones: para algunas teorías, la democracia es un procedimiento de toma de decisiones colectivas que considera las preferencias e intereses de la ciudadanía como algo dado. En cambio, para otras, la democracia es un procedimiento que *transforma* las preferencias e intereses de la ciudadanía y solo tras esa metamorfosis emerge la decisión colectiva genuinamente democrática.

<sup>21</sup> Por supuesto, hay debate teórico sobre cómo funcionan realmente estos mecanismos y cuáles son sus efectos, en especial en atención a su poca materialización institucional (ver Feenstra y Welp, 2019).

amplio): se requieren distintas y adicionales herramientas de acción ciudadana más allá del voto periódico para elegir representantes. Estos mecanismos deben estar diseñados para favorecer el diálogo y la deliberación entre las ramas del poder público, entre estas y la ciudadanía y entre la propia ciudadanía (recuérdese: la deliberación es improbable, pero posible; las instituciones deben hacerla probable). Resulta clave fortalecer institucionalmente los controles exógenos o populares del poder político y de las autoridades.

He aquí, entonces, el destino y la ruta propuesta. Frente al desierto de nuestra realidad política y “la autonomización de los sectores encaramados en el poder” (Gargarella, 2020, p. 79), una reforma radical de nuestra máquina del poder político, de forma que se constituya ampliamente la realidad de una participación deliberativa de la propia ciudadanía como forma de autogobierno.

#### 4. COMENTARIO FINAL

*La derrota del derecho en América Latina* aborda algunos de los aspectos más sentidos de nuestras vidas actuales: nuestra apatía y desconfianza por la dinámica en que se presentan las instituciones que nos gobiernan y nuestro desagrado y rencor contra las personas que ahí se enquistan. Para entender este estado de cosas, Gargarella evita la apelación simplista a grupos de poder malévolos que lo orquestan. En cambio, explica la autonomización y corrupción de las élites políticas a partir de un complejo diseño constitucional que las favorece y delimita.

No obstante, también nos da razones para sustentar lo que sentimos: este estado de cosas es inaceptable, ilegítimo y es incompatible con la promesa democrática. Al tiempo, Gargarella nos propone una ambiciosa vía para encaminarnos hacia el ideal del autogobierno.

La obra está redactada a todas luces como un *manifiesto demócrata*, no solo por su contenido, sino también por su forma. En efecto, quizás se encuentre decepcionada una persona académica que se acerque a este libro buscando un complejo aparato crítico, probatorio o bibliográfico<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Tampoco hay referencias a la propia obra de Gargarella, que es bastante amplia y en la cual se podrán encontrar justamente las consideraciones y fundamentación de mayor interés para la persona que desea profundizar académicamente en estos asuntos. He incluido en esta reseña la referencia a algunas de esas obras, con miras a ayudar con la labor investigativa de tales personas.

Acaso si hay una cita en todo el texto. Las principales dudas que yo podría formular sobre las propuestas presentadas en la obra probablemente se deben a esta característica y a lo mejor son resueltas en otros artículos y libros del mismo autor (por ejemplo, sobre su teoría de la fundamentación jurisdiccional).

Pero lo que para la persona académica quizás sea una limitante, es una virtud para el gran público, genuino auditorio de *La derrota*. En fin: tanto por su agudo dictamen de nuestra realidad política actual como por los elevados ideales políticos con los que es evaluada y se propone mejorarla, este libro debería ser consultado por toda persona ciudadana de nuestra América Latina.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, B. (December, 1989). Constitutional Politics/Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, (3), 453-547.

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Bejar, H. (2000). *El corazón de la república: avatares de la virtud política*. Barcelona: Paidós.

Bello, D. E. (2017). Contra la Supremacía Judicial en la Interpretación de la Constitución. *Revus*, 33, 83-106.

Dixon, R. (September 10, 2018). Constitutional Rights as Bribes. *Connecticut Law Review*, 50(3), 769-816. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3246732>

Dunn, J. (2018). *Libertad para el pueblo. Historia de la democracia* (trad. V. Altamirano). México: FDE.

Elster, J. (2007a). *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa.

Elster, J. (2007b). El mercado y el foro: tres formas de teoría política. *Cuaderno gris*, (9), 103-126.

Feenstra, R. y Welp, Y. (2019). Sobre demos, cracias y gogias. Reflexiones sobre las democracias. *Araucaria*, 21(42), 585-604.

Gargarella, R. (2002). *La crisis de la representación política*. México: Fontamara.

- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución, dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina, siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2006). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Israel, J. I. (2017). *La Ilustración Radical, la filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Iosa, J. y Montero, J. (ed.) (2020). Debatiendo "Razones Públicas" de Andrés Rosler. *Discusiones*, (23), 9-17.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Martí, J. L., Gargarella, R, y Ovejero, F. (coords.) (2004). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Niembro, R. (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marical Pons.
- Nino, C. S. (2016). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (2003). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Negretto, G. L. (2018). La reforma del presidencialismo en América Latina hacia un modelo híbrido. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 131-151. <https://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.6Ovejero>
- Troper, M. (1999) *La Máquina y la norma, dos modelos de Constitución*. Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10307/1/doxa22\\_15.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10307/1/doxa22_15.pdf)

Rosler, A. (2016). *Razones públicas, seis conceptos básicos sobre la república*. Buenos Aires: Katz.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

Waldron, J. (2018a). *Contra el gobierno de los jueces, ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Waldron J. (2018b). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion Revista de fundamentación Jurídica*, 27(1), 7-28.

Vargas, J. (2007). Costa Rica: fin de una era política. *Revista de ciencia política* (Santiago), 27(Esp.), 113-128. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2007000100007>