

**Sobre *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis,*
de Roberto Gargarella, Siglo XXI, 2020, 96 pp.**

On La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis,
by Roberto Gargarella, Siglo XXI, 2020, 96 pp.

Donald Bello Hutt

Universidad de Valladolid, España

donald.bello@uva.es

Fernando Longás Uranga

Universidad de Valladolid, España

fernandodaniel.longas@uva.es

Resumen: Estas páginas reseñan uno de los últimos libros de Roberto Gargarella. La obra, un diagnóstico de los problemas estructurales y normativos del constitucionalismo latinoamericano, abre debates centrales para las reformas de los sistemas políticos y jurídicos de la región, al tiempo que ofrece un ideal regulativo propio hacia donde dichas reformas deban dirigirse: el del derecho entendido como una conversación entre iguales. En el marco de la exposición de dichos argumentos se muestra los principales méritos del libro. Se agregan algunas consideraciones críticas relativas a la forma en que el ideal de la conversación entre iguales articula las relaciones entre las instituciones representativas y la ciudadanía. Hacia el final se destaca la reflexión a la que incita *La derrota del derecho en América Latina*.

Palabras clave: Latinoamérica, constitucionalismo, igualdad, representación, deliberación.

Abstract: These pages examine one of Roberto Gargarella's latest books. The manuscript, a diagnosis of the structural and normative problems affecting Latin-American constitutionalism, opens up debates central to the reforms of the region's legal and political systems while advancing a regulative ideal towards which those reforms should be directed: the ideal of the law as a conversation among equals. While expounding those arguments the review comments on the book's merits. It then offers critical remarks regarding the ways in which the ideal of the conversation among equals frames the relations between representative institutions and the citizenry. It finishes underscoring the thought-provoking aspects of *La derrota del derecho en América Latina*.

Keywords: Latin-America, constitutionalism, equality, representation, deliberation.

I. Un libro provocador e inteligente

No constituye un sentimiento nuevo en los países de América Latina el desencanto que se apodera de los ciudadanos al percibirse necesariamente incluidos en un orden institucional político que, no solo no los representa, sino que parece servirse de ellos para reforzar la legitimación del poder de las elites. El proceso de despolitización de la sociedad civil es algo ya de larga data, y en los países de nuestra región, salvo estallidos esporádicos y ocasionales, su origen responde a fallas que, según sostiene el autor de este provocador libro, son de índole estructural.

Con la claridad y precisión a la que nos tiene acostumbrado, Roberto Gargarella nos entrega, en una de sus publicaciones más recientes, una exposición de sus tesis en relación con lo que él describe como “la debacle” del constitucionalismo americano (p. 11). Si bien se preocupa de destacar que no es la única causa de los problemas de desigualdad, injusticia y desintegración social que afectan a nuestras comunidades, no obstante, insiste en que la forma en que es concebido el sistema constitucional americano, modelo en el que se ha fundado el orden institucional de los países de América Latina, constituye un factor decisivo de este particular fenómeno. Por tal razón nos propone, como una tarea urgente, reflexionar críticamente sobre el “viejo constitucionalismo” (p. 11) que, a su juicio, se encuentra en una crisis irreparable.

A partir de este contundente diagnóstico, las páginas de este libro comienzan recordándonos el noble objetivo de garantizar la inclusión y la paz social que el constitucionalismo no ha alcanzado, cuestión que parece evidente, para deslizarse luego por un análisis de las causas que explicarían la imposibilidad que, en ese marco institucional, dichas promesas pudieran ser solventadas con éxito. Así, en una prosa tan lúcida como económica, Gargarella nos conduce desde lo inadecuado que resulta la “sociología política” sobre la que se construyó en su origen la organización del poder y su supuesto carácter representativo, para juzgar y reconocer la diversidad y pluralidad que actualmente constituye la sociedad civil, hasta la degradación de los sistemas de control del poder (los “frenos y contrapesos”) cuya impotencia se ve reflejada, en lo que al control interno se refiere, en la reproducción del carácter elitista y expresamente distante de una reflexión colectiva del poder judicial, como en la limitación del valor del voto periódico, como herramienta de control externo, que pudiese movilizar algún cambio significativo en la estructura de poder.

Particular atención merece la atenta mirada que, en estos pasajes, el autor dedica a lo que denomina la “desconfianza democrática” sobre la que se edificó el constitucionalismo americano, una desconfianza que, enraizada en el temor de las elites poderosas a

perder sus privilegios, cercenó desde su estructura las verdaderas posibilidades del constitucionalismo para organizar y realizar eficientemente un sistema representativo. Aunque la idea de una presente desconfianza democrática recorre varios momentos del texto, es de agradecer al autor el esfuerzo que realiza por no caer en la tentación de ofrecernos una explicación maniquea inspirada en una lucha de clases o, peor aún, en el choque entre pérfidos poderosos y humildes sometidos. Por el contrario, Gargarella es explícito al señalar que es impropio hacer reposar la responsabilidad de la crisis de representación en la que nos encontramos sumidos, ni en la emergencia de una pléyade de sujetos puramente auto interesados y corruptos que, reproduciendo endógenamente su situación de poder, gobiernan de espaldas a los intereses colectivos, ni tampoco corresponde acusar a la ciudadanía de no haber votado correctamente a aquellos que podrían efectivamente, dotados de cualidades morales sobresalientes, erigirse como buenos tutores del pueblo. Un aroma kantiano recorre a nuestro juicio algunos de estos pasajes de la argumentación. Para el autor de *La derrota del derecho en América Latina* el problema hay que rastrearlo siempre en la estructura del marco institucional sobre la que hemos edificado nuestras esperanzas de alcanzar la *autonomía individual* y el *autogobierno colectivo* (p. 67); las fallas estarían en lo que él denomina la “sala de máquinas” del poder, maquinaria que, puesta a funcionar, hace que en el proceso vivido, nos sea difícil, por no decir imposible, que ella nos conduzca hacia la edificación de una auténtica representación social y de un eficaz mecanismo de control del poder.

Con todo, pese al duro diagnóstico que el autor despliega en las primeras cinco tesis en las que nos hace comprensible su sentencia acerca de la derrota del derecho, el libro no es un mero eco del desencanto reinante. Roberto Gargarella, uno de los más relevantes conocedores del constitucionalismo americano, se aventura en este ensayo en la tarea de ofrecernos algunas propuestas que, a su juicio, podrían abrirnos cierta oportunidad ante esta debacle. Con este propósito, en la tesis seis trae a la memoria del lector lo que ha sido, y debiera seguir siendo, nuestro “ideal regulativo”, a saber, la construcción de las condiciones para la instauración de una “conversación entre iguales” sobre el que debería reposar la toma de decisiones colectivas y auténticamente democráticas.

A partir de este momento el libro torna su tono crítico, aunque sin abandonarlo del todo, y, de un modo propositivo, plantea los dos pilares sobre los que debería edificarse la construcción del camino hacia la consecución de dicho ideal regulativo. No deja de producirnos un cierto desaliento el ver cómo el autor, al referirse al primero de estos pilares, a saber, la *autonomía individual*, lo despacha en solo un párrafo en el que se lamenta de la forma en que este principio, que él mismo reconoce como el

principio igualitario más básico, a menudo ha quedado desplazado, desde posiciones supuestamente igualitarias, en razón del “sacrosanto respeto al principio democrático” (p. 68). No podemos desconocer que, a partir de tal afirmación, se abre un debate de gran magnitud que ha dividido el pensamiento político desde la modernidad madura entre liberales y demócratas, para decirlo con una expresión fácil. En este debate se juega tanto la pregunta por la base moral de la construcción de un orden institucional del poder, como por la naturaleza misma de una posible “moral personal” (o individual), sobre la que cabe preguntarse, ya desde Hegel, si algo así puede existir.

Con todo, no sería justo decir que Gargarella sencillamente elude sumergirse en ese debate pues es claro al señalar, en la tesis seis, que reconoce que allí estamos aún en un territorio en disputa, pero que su interés en este texto se orienta, con toda intención, a proponer transformaciones dirigidas al segundo pilar sobre el que el constitucionalismo aspira a conseguir el ideal regulativo de la “conversación entre iguales”, a saber, el *autogobierno colectivo*. En lo que sigue muchos oirán los ecos de las reflexiones ya desplegadas por Habermas en torno a la necesaria conexión entre estas dos nociones, y a la necesidad de que dicha conversación ideal entre iguales debe incluir a los potencialmente afectados por una cierta decisión, y al valor que en ese ideal de comunicación adquiere, no solo la posibilidad de expresar los diversos puntos de vista, sino también la posibilidad del diálogo y del debate.

A este respecto, con agudeza, y sin abandonar su intención de pensar estos problemas de un modo crítico, igualitario y, por tanto, democrático, que es la perspectiva con la que se compromete desde el comienzo de su libro, Gargarella pone de relieve que muchas de las “conversaciones institucionales” que se han dado, desde sus inicios, en el marco del constitucionalismo, no han constituido una verdadera práctica de conversación entre iguales toda vez que han sido los poderes que las convocan y organizan quienes han retenido el poder discrecional para orientar y zanjar dichas conversaciones y definir las políticas a seguir. Por ello es imprescindible contar con las fuerzas políticas y sociales para corregir lo que no se ha hecho bien y conseguir los cambios necesarios. Sin embargo, nos recuerda el autor, y el énfasis que pone en este aspecto es de valorar, gran parte de la impotencia para alcanzar los objetivos deseados y realizar el ideal regulativo, también ha radicado en la falta de claridad teórica para saber dónde hemos de dirigirnos y qué medios debemos utilizar para ello. Y es allí donde Gargarella concentra sus esfuerzos que vemos desplegar en las últimas páginas de su texto.

Quizás aquí nos encontramos con los pasajes más comprometidos de este libro en los que su autor no duda al denunciar, primero, el drama de la desigualdad económica

y social instalada en la región desde el tiempo de la colonia, como uno de los factores más importantes a tomar en cuenta en el momento de enfrentar y orientar los cambios institucionales que son precisos y que el curso que ha seguido el desarrollo del constitucionalismo solo ha perpetuado. Luego tampoco el autor duda al señalar el déficit de representación que implica la aplicación de un diseño equívoco, y simplista, de separación entre representantes y representados que solo ha servido para perpetuar la reproducción de las elites de poder mermando, de paso, la credibilidad de un sistema auténticamente democrático.

II. Ciudadanía y representación en la conversación entre iguales

Quisiéramos ensayar un comentario relativo a uno de los aspectos centrales en que el derecho ha sido, según nuestro autor, derrotado en Latinoamérica. En concreto, buscamos darle forma a una preocupación provocada por la propuesta de un reemplazo de un modelo de representación política agotado por aquel inspirado por el ideal de la conversación entre iguales.

Recordemos que la primera tesis o diagnóstico desarrollado en el libro es que el modelo de frenos y contrapesos, propio de los orígenes del constitucionalismo de los Estados Unidos, y de influencia significativa en la estructuración de las instituciones políticas latinoamericanas, se asienta “sobre una ‘sociología política imperfecta’” (p. 18); una descripción de la sociedad como compuesta por pocos grupos homogéneos (ricos/pobres, propietarios/campesinos, deudores/acreadores, etc.) a su vez integrados por individuos auto interesados. Dicha perspectiva, nos dice Gargarella, no da cuenta ni del carácter diverso, plural, multicultural de nuestras sociedades contemporáneas, ni del hecho que “ninguna persona puede ser reducida a una sola de sus múltiples facetas” (p. 18).

En consecuencia, el ideal regulativo de la conversación entre iguales supone acabar con las elites y empoderar a la ciudadanía; renunciar a apelaciones a un buenismo iluso que exige virtud a nuestros representantes y tino y buena voluntad a los representados a la hora de votar. No. La crisis de la representación es irreversible. La alternativa es que sea la ciudadanía la que retome “*en sus manos, sin mediaciones, [los] mecanismos de decisión y control*” (p. 75. Énfasis en el original). La propuesta de nuestro autor conecta el constitucionalismo con la raíz misma del pueblo soberano, sospechosa de que las instituciones representativas puedan hacer efectivo el ideal de la conversación entre iguales.

Pero es discutible que dicha sospecha por la representación esté justificada adecuadamente. Es cierto que las instituciones representativas latinoamericanas han sido, y aún lo son, instrumentos para perpetuar desigualdades materiales y políticas evidentes. No obstante, el paso de una sociología política a la propuesta de un ideal normativo de la ciudadanía parece incurrir en una suerte de falacia de nirvana. Esto es, al tiempo que critica la representación desde un punto de vista *realista* o sociológico, Gargarella nos propone una alternativa desde un *ideal* de ciudadanía dialógica y movilizadora. Una comparación correcta exige, sin embargo, o bien ofrecer razones para rechazar la representación al nivel del ideal, o razones o evidencia de corte sociológico para no dudar de que los problemas que observamos en sede representativa no se manifiestan también, dicho habermasianamente, en la esfera pública informal. En cuanto ideal regulativo, la conversación entre iguales tiene que ser capaz de generar una defensa de la intermediación en la acción ciudadana que se haga cargo de aquellos aspectos que sí recoge un ideal de ciudadanía mediada por sus representantes y que sean considerados valiosos como una cuestión de principios pero que, dadas las ventajas de la alternativa ideal propuesta, estemos justificados en sacrificar.

Una categoría, central para una teoría democrática de la representación, que se ve conspicuamente afectada por el ideal de una acción ciudadana sin mediaciones es el concepto de ley. En el ideal democrático, la representación política armoniza dos aspectos de la relación entre individuos y la comunidad política de la que forman parte; da cuenta, por una parte, de las distintas preferencias, intereses, deseos, voluntades, etc., de quienes están potencialmente afectados por las normas contenidas en la ley. Por otra, toma una distancia respecto de dichas preferencias, voluntades, etc., de modo que las decisiones adoptadas por el cuerpo político se expresen de modo general y abstracto. Presentar, por tanto, la representación como fallida porque no da cuenta plena de la especificidad de cada persona y grupo en su individualidad e identidad cuando de lo que estamos hablando es de regular la convivencia común, toma en consideración solo una parte de un problema más amplio.

Es cierto que el carácter mediato o indirecto de la representación no goza ni ha gozado de popularidad. Se ha considerado más como una solución al problema práctico de cómo adoptar decisiones colectivas entre miles y millones de ciudadanos que una alternativa normativamente deseable en sí misma. En ese sentido, Gargarella está en buena compañía (por ejemplo, Tschentscher *et al.*, 2010, p. 14). Pero, otras perspectivas teóricas ven con buenos ojos una cierta distancia de parte de los representantes con respecto a sus representados, y defienden dicha distancia por razones ancladas en

teorías demócrata-deliberativas a las que nuestro autor suscribe y a las que tanto ha contribuido. Dicho en términos habermasianos, estas perspectivas buscan instituciones que permitan dialogar a la esfera pública informal con las instituciones representativas formales, de modo que se produzca una traducción de las diferentes perspectivas individuales y de los diversos grupos que componen la sociedad a un vocabulario en que las mismas puedan ser expresadas en el lenguaje de la primera persona del plural a través del medio del derecho y la ley (Habermas, 1998, p. 162. Véase también, por ejemplo: Urbinati, 2000; Waldron, 2016, p. 136). O, dicho con Rawls, que la ley, producto paradigmático de la representación democrática, funcione como la expresión de un punto de vista común (1995, pp. 18, 467).

Este es un aspecto del que el ideal regulativo de la conversación entre iguales ha de considerar. Sin embargo, el énfasis que Gargarella pone en el diálogo no es fácil de compatibilizar con la sociología política que nos propone como alternativa; una que describe a la identidad del grupo o incluso la identidad del individuo como incomunicable a otros grupos e individuos. Si existen puntos de vista relevantes políticamente pero que desde el inicio se asumen como intransferibles o incomunicables, no parece haber espacio sino para la inconmensurabilidad y para la imposibilidad de valorar la corrección de dichas identidades desde el “punto de vista común” rawlsiano descrito arriba. Pero el rol de la política no es simplemente reconocer la diferencia, sino articular un *modus vivendi* que nos permita estar juntos y los unos con los otros de los diversos (Arendt, 2008, p. 131). Los acuerdos que adoptemos en dichas circunstancias serán, si la política y el derecho hacen su trabajo, provisorios. Pero eso no quiere decir que, de nuevo, en el ideal (y en ese nivel opera el ideal regulativo de la conversación entre iguales), no haya espacio para un punto de vista común. Y ese punto de vista es el que, idealmente, están mandatadas a encontrar nuestras instituciones representativas y a expresar por medio de la ley.

La historia del pensamiento político apoya esta interpretación. Sieyès, por ejemplo, insistió en que los ciudadanos sólo pueden ser representados respecto de aquello que les es común sin que eso implique dejar de lado sus voluntades particulares (2019 [1789], pp. 176-177). Rousseau insistió también en este punto cuando afirma que “no hay voluntad general sobre un objeto particular” (2019 [1762], p. 73). En consecuencia, el objeto de la ley “es siempre general”, y por ello entiende que “considera a los súbditos como corporación y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular” (2019 [1762], p. 74). Por abundar más, esta vez desde la tradición liberal, Mill fue explícito a la hora de señalar que uno de los dos males *positivos*

y peligros a los que el gobierno representativo se ve sometido es el de “estar bajo la influencia de intereses no idénticos con el bienestar general de la comunidad” (2012 [1861], p. 60).

Preocupado por el constitucionalismo latinoamericano, el libro aquí reseñado es escéptico de esta visión de la legislación, de la capacidad de abstracción de los procesos legislativos, y del posible abandono de la idea de que cada individuo tiene una perspectiva propia intransferible y/o incomunicable a otros. Pero entonces su escepticismo es contextual y funciona más bien como una razón para adecuar el ideal regulativo a esas circunstancias, no para concebir y eventualmente sustituir el ideal mismo.

III. Un libro digno de agradecer

Hacia el final, el texto de Roberto Gargarella se abre hacia una reflexión crítica sobre la ética personal que debería acompañar a quienes, en el actual marco institucional, tienen responsabilidad en la toma de decisiones que podrían favorecer a quienes gozan de los beneficios que les otorgan sus posiciones de poder. El llamado de atención que el autor realiza a los ejecutores del derecho y su aplicación, que muchas veces puede ser, aunque legal, perjudicial para los sectores más desventajados, nos hace pensar sobre la compleja, pero nada despreciable relación entre la génesis y el borroso fundamento de una moral personal y la ansiada realización del ideal regulativo de la “conversación entre iguales” para una comunidad política en la que, quizás, antes de la ansiada “autonomía individual”, impere como circunstancia de la misma, las condiciones de existencia y la determinación de ciertas relaciones que han definido, en contra de las mejores intenciones, el curso de la historia.

Con todo, y precisamente al tenor de estas consideraciones, esperamos haber dejado de manifiesto nuestro agradecimiento a Roberto Gargarella por *La derrota del derecho en América Latina*, un libro no solo provocador, sino que, además, rico en elementos conceptuales originales y que dibuja un territorio que incita un debate inteligente e intenso sobre aspectos de nuestra realidad social y política que, no cabe duda, se hallan actualmente bastante huérfanos de buenas ideas.

Referencias bibliográficas

Arendt, Hannah (2008). Introducción a la política. En H. Arendt, *La promesa de la política* (F. Birulés, Trad., págs. 131-224). Barcelona: Austral.

- Gargarella, Roberto (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Habermas, Jürgen, & Rawls, John (1998). *El debate sobre el liberalismo político*. (G. Vilar Roca, Trad.) Barcelona: Paidós.
- Mill, John Stuart (2012 [1861]). *Considerations on Representative Government*. Fairford: Echo.
- Rawls, John (1995). *Una teoría de la justicia*. (M. D. González, Trad.) México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Rousseau, Jean-Jacques (2019 [1762]). *Del contrato social*. (M. Armiño, Trad.) Madrid: Alianza.
- Sieyès, Emmanuel (2019 [1789]). ¿Qué es el Tercer Estado? En E. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado? - Ensayo sobre los privilegios* (L. Vázquez, Trad., págs. 107-221). Madrid: Alianza.
- Tschentscher, Axel, Bächtiger, André, Steiner, Jürg, & Steenbergen, Marco (2010). Deliberation in Parliaments. Research Objectives and Preliminary Results of the Bern Center for Interdisciplinary Deliberation Studies (BIDS). *Legisprudence*, 4(1), 13-34.
- Urbinati, Nadia (2000). Representation as Advocacy. *Political Theory*, 28(6), 758-786.
- Waldron, Jeremy (2016). *Political Political Theory*. En J. Waldron, *Political Political Theory* (págs. 1-22). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Recepción: 26 octubre 2021
Aceptación: 10 diciembre 2021