

## CONSTITUCIÓN Y DERECHOS. DISEÑANDO LA SALA DE MÁQUINAS<sup>1</sup>

**Roberto Gargarella**

roberto.gargarella@gmail.com

Universidad de Buenos Aires

### Presentación

Muchísimas gracias. Estoy también muy honrado de estar aquí con colegas a los que conozco y admiro por la labor que hacen y que han hecho. Se me invitó a llevar adelante una conversación informal, acerca de temas que nos interesan a todos los aquí presentes. Quisiera entonces hablar sobre el constitucionalismo regional, asumiendo desde ya que el mismo tiene una influencia limitada en las sociedades en las que vivimos, quiero decir, sin presuponer que los cambios constitucionales pueden, por sí solos, transformar una sociedad.

Teniendo en cuenta dicho marco, es decir, asumiendo la potencia y los límites que son propios del constitucionalismo, comenzaría diciendo que hace muchos años que vengo trabajando sobre el constitucionalismo regional a partir de algunas preocupaciones específicas, relacionadas con el cambio constitucional. Muchas veces –confieso– trabajo a partir del enojo y siento que aún hoy guardo cierto enojo en relación con el modo en que se ha ido desarrollando el constitucionalismo latinoamericano, entre otras cosas porque íntimamente advierto la potencia que hay en la creación y modificación constitucional y veo los límites tan estrechos dentro de los cuales se ha ido dando el cambio constitucional en América Latina.

Cuando pienso en la historia del constitucionalismo latinoamericano, de la que he aprendido mucho, encuentro fundamentalmente dos preocupaciones que han estado con nosotros, desde un comienzo –es decir desde el comienzo de nuestra vida independiente– y que lamentablemente veo han sido deshonradas de un modo u otro, una y otra vez, por los diferentes regímenes políticos que hemos conocido en todo este tiempo.

Para utilizar una terminología contemporánea, yo me referiría a esa doble preocupación con las ideas de autonomía individual y autogobierno colectivo. La idea de autonomía individual parece muy abstracta, pero lo cierto es que, desde el primer momento, nuestros países aparecían profundamente divididos y en conflicto por cuestiones como las referidas a la autonomía individual: qué lugar darle a la

---

<sup>1</sup> El presente ensayo es una versión actualizada de la presentación del autor en el taller del mismo nombre realizado el 4 de mayo de 2017 en la Casa Central de la Universidad de Chile.

cuestión religiosa, qué papel reservar en la relación Estado-Iglesia, qué influencia permitir que la Iglesia tuviera en la educación. O sea, el tema de la autonomía individual, de la libertad individual, de la libertad de pensamiento, de la libertad de conciencia está con nosotros desde el minuto uno. Y lo mismo ocurre con la otra noción fundamental, esto es, la idea del autogobierno colectivo, que nos refiere a la idea de darnos nuestras propias leyes, la idea que aparecía en el slogan americano de “No taxation without representation”, que nos refiere finalmente, y en un sentido relevante, a la noción de la soberanía popular.

Permítanme ilustrar de qué modo es que tales ideales fueron procesados (y, de un modo u otro, deshonrados) a lo largo de nuestra historia, por diferentes regímenes políticos. Comienzo por los regímenes **conservadores**. Podemos tomar en cuenta, por ejemplo, a muchos de los gobiernos y a muchos de los escritos constitucionales del conservadurismo, que fueron enormemente influyentes en América Latina en la primera mitad del siglo xix. En ellos se advierte un directo desafío a ambos ideales, algo que reconocemos, por caso, en los escritos -en Chile- de Juan Egaña, o en los trabajos que hacía Lucas Alamán en México, o los trabajos que hacía el conservadurismo peruano, o los que hacían las primeras constituciones colombianas -como la redactada a mediados de siglo por los convencionales Ospina y Caro-. Digamos que ese pensamiento, por un lado, desafiaba la idea de la moral privada, la libertad de elección y el proyecto personal, porque asumía que el Estado debía estar comprometido con una visión que podemos llamar de perfeccionismo moral. Un perfeccionismo moral que, en Chile, quedara graficado hasta el extremo con lo que fuera el Código Moral de Egaña, pero que finalmente representa -aunque sea de modo más bien caricaturesco- el compromiso que muchas de las autoridades centrales de Latinoamérica tuvieron con que el Estado asumirá un papel directivo en materia de moral privada. Y lo mismo en materia de autogobierno colectivo: dicho ideal fue desafiado en todos los proyectos conservadores, que de distintos modos dejaron en claro que, para ellos, el pueblo no está preparado para gobernarse, que era necesario primero educar, antes que extender los derechos políticos a toda la población.

En este respecto, siempre cito a quien fuera Presidente de Ecuador en 1869, Gabriel García Moreno el que, frente a la convención constituyente, sostuvo -cito de memoria- “las dos grandes misiones de mi tarea como líder político, y que van a ser las dos grandes misiones de la Constitución que ustedes van a escribir, son de alinear nuestras instituciones de acuerdo con las creencias y amor propio del catolicismo, y establecer el orden contra la anarquía”. Esa idea expresa la esencia del pensamiento constitucional conservador, que también se encuentra en esa doble noción, tan común en la Latinoamérica de comienzos del siglo XIX, acerca de “la cruz y la espada”. Así se hace referencia a la idea de la intervención del Estado en cuestiones de moral privada y a la imposición del orden a través de la fuerza -son muy centrales y ha sido la historia del conservadurismo latinoamericano-. Entonces,

en el conservadurismo yo veo un doble desafío a ese ideal inicialmente expuesto, acerca de la autonomía individual y el autogobierno colectivo.

El **liberalismo**, al menos en la mejor versión que encontró en América Latina, presentó proyectos que a mi entender, honraban o querían honrar o decían honrar el ideal de la autonomía individual. De hecho, los liberales se enfrentaron de modo recurrente con los conservadores, en nombre de una sociedad que tuviera entre sus valores la libertad, que tuviera libertad de creencias; muchas de esas batallas se peleaban, como en mi país, con los conservadores agitando la bandera de “religión o muerte”. Era ese el tipo de batallas que los liberales, como pocos otros, supieron dar. El modelo constitucional que los liberales, sobre todo los del siglo XIX impulsaron, fue un modelo comprometido –de modo aún heroico– con el ideal de la autonomía individual, pero en sacrificio de, o aún al costo de, el ideal del autogobierno colectivo.

Las constituciones liberales fueron en buena medida un reflejo de tales visiones. Por ejemplo, si uno lee a Bello, Alberdi –un pensador en muchos sentidos genial– advierte enseguida la disposición al sacrificio de las libertades políticas, de la soberanía popular. Como decía Alberdi “hoy no es el tiempo”, hoy es el tiempo de otra cosa, es el tiempo de pensar el constitucionalismo de otro modo, por ejemplo, vinculado con la promoción de la inmigración y el desarrollo económico. Recién luego –decía– podrá venir la apertura política y la cuestión social, pero no es este momento. Yo creo que, finalmente, los liberales fracasaron en su defensa de la autonomía individual, justamente, por estar dispuestos a sacrificar de un modo muy severo el ideal del autogobierno colectivo.

De manera diferente, muchos de los que podríamos llamar **republicanos o radical-republicanos**, hicieron la operación inversa al liberalismo, ya que en nombre del autogobierno colectivo estuvieron dispuestos a sacrificar la autonomía individual. Si uno piensa en muchos de los mejores pensadores que tuvo el anti federalismo norteamericano –para pensar en pensadores radicales republicanos interesantes que también fueron muy influyentes en América Latina– vemos que era común, para ellos, la reivindicación de la soberanía popular de un modo que, tranquilamente, podía anular la libertad individual. Por ejemplo, el “establecimiento religioso” que podían llegar a defender los antifederalistas norteamericanos, lo hacían –no como los conservadores– en nombre de la religión correcta o verdadera, sino en nombre del principio mayoritario: se trataba de la religión querida por la mayoría o suscrita por la mayoría. En nombre de la soberanía popular, entonces, podía sacrificarse la autonomía individual.

Yo me baso en esta reconstrucción de la historia –que toma en cuenta al pensamiento conservador, liberal y republicano– para decir que hay “un casillero vacío”. Ese casillero es el de un proyecto constitucional que sepa honrar al mismo tiempo ambos ideales, que muestre un compromiso abierto con la idea de la autonomía individual y el autogobierno colectivo. Es para mí curioso que la trayectoria del constitucionalismo latinoamericano siempre estuvo en un diálogo con estos ideales

y siempre los sacrificó de un modo u otro modo, una forma más plena o más limitada. Es curioso, alguna manera, ese casillero vacío, el que nos invita a reivindicar la soberanía popular y la libertad individual, la moral privada y la soberanía del pueblo: eso es lo que está ausente.

Ese vacío es para mí un punto de partida y también un ideal regulativo, el ideal del **constitucionalismo igualitario** al que yo aspiro. En el estudio que yo he estado haciendo sobre el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, mi enojo –el enojo al que hacía referencia al comienzo– surgía de reconocer de qué modo, muchos de quienes han abrazado los ideales igualitarios desde el siglo XX, lo han hecho, como mínimo, de un modo muy imperfecto. Ello así, porque han defendido constituciones democráticas, igualitarias, participativas, horizontales, cooperativas, pero solamente en una porción de la Constitución, que es la que tiene que ver con la sección de los derechos. Y ahí está mi disputa con lo que ha hecho parte del pensamiento de avanzada en materia jurídica en América Latina. Esto es, ellos nos han invitado a inundar a las Constituciones de derechos, como si esa fuera la pretensión central de un proyecto igualitario, descuidando todo lo que ocurría en materia de organización del poder –un área de la Constitución que quedaba normalmente intocada, o que era reformada, sino, para fortalecer todavía más los poderes del Ejecutivo –y así, y de este modo, afirmar los valores de la concentración y desigualdad de poder, que proclamaban repudiar desde la sección de derechos.

El ejemplo más importante y notable, en este sentido, es el de la Constitución de México de 1917. Se trata de una extraordinaria por las innovaciones que trajo en materia de derechos, pero también extraordinaria por lo que no hizo, por lo que mantuvo intacto. La de México 1917 es una Constitución nacional notable porque es la primera en el mundo que incorpora, y de ese modo, derechos sociales, pero es tan notable por eso como por lo que no hace. Y lo que no hace es modificar de un modo acorde la organización del poder. Lo que se produjo allí, de forma pionera, fue lo que se ha convertido en marca de identidad del constitucionalismo latinoamericano, esto es, constituciones extraordinariamente generosas en materia de derechos, que mantienen intocada una organización del poder al estilo de lo que era el constitucionalismo de mediados de siglo XIX en América Latina, esto es, constituciones basadas en una concepción de democracia estrecha, en una democracia restringida, una democracia elitista. Entonces seguimos arrastrando hoy organizaciones del poder muy basadas en esa vieja concepción democrática–elitista, organizaciones del poder de la vieja usanza, al estilo siglo XVIII (como la de los Estados Unidos) y mediados del siglo XXI (como las de América Latina).

Si uno mira la última oleada del constitucionalismo regional en los últimos años del siglo XX y comienzos del siglo XXI, ve ese proceso intensificado, reafirmado y exagerado, por eso es que yo llamo al “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, “un constitucionalismo demasiado viejo”, porque lo que se denomina nuevo es en realidad la versión exagerada de la que ya se hacía a comienzos del siglo XX. Otra vez, la idea del reforzamiento extraordinario de la lista de derechos, manteniendo

el poder férreamente concentrado. Por ejemplo, el caso de la Argentina es, si se quiere, un caso de la exageración hasta el extremo dentro de este paradigma: en su Constitución de 1994, la Argentina otorga status constitucional a todos los tratados de Derechos Humanos que había suscripto el país hasta ese momento. ¿Qué se hacía mientras tanto con la organización del poder? Quedaba tan concentrada en el Ejecutivo como en el siglo XIX. Entonces, y como consecuencia de lo anterior, si uno mira la interesantísima doctrina constitucional latinoamericana en todos estos años, lo que va a encontrar es una infinidad de textos sobre –por ejemplo– el *enforcement* de los derechos sociales, la puesta en marcha de los derechos sociales, la equiparación entre derechos sociales y derechos de primera generación, la intervención judicial en relación con los derechos, etc. Está todo muy bien, pero es como que nos ha pasado por adelante del elefante de la organización del poder y no lo hemos querido mirar. Se encuentra uno, entonces, con cantidad de colegas extraordinarios usando lo mejor de sus energías en las convenciones constituyentes en las que han tenido oportunidad de participar en Bolivia, en Venezuela, en Ecuador, en Argentina, en Colombia y toda la energía puesta en cómo incorporar nuevos derechos.

Siempre cuento la misma anécdota de cuando me tocó visitar la Convención Constitucional de Ecuador en Montecristi. Había sido invitado como experto en participación popular y entonces me mostraron lo que luego se convertiría en Constitución ecuatoriana, y en particular lo que llamaban la nueva rama del poder, que era toda la rama participativa, con una cantidad de derechos infinitos de la participación popular. Y uno ingenuamente les decía “todo esto es extraordinario, pero asumo que modificarán de modo acorde la parte de la organización del poder”. Y la respuesta fue, obviamente, que no, en absoluto: ¿cómo podía pensar una cosa semejante? Esto es la idea de que podían ser compatibles derechos de participación extraordinarios en el mundo de la concentración del poder. Eso es obviamente contradictorio, obviamente es poner una parte de la Constitución en tensión con la otra. Es desde el arranque poner a las dos partes de la Constitución enfrentadas entre sí, con un resultado que ya era previsible. El hecho es que, cuando la sociedad civil quiso poner en marcha los increíbles derechos participativos incorporados en la Constitución, ella recibió sistemáticamente un veto presidencial, porque –obviamente– el presidente veía en ese empoderamiento de los derechos de participación, una amenaza directa a su poder de decisión absoluto. Hay allí un punto estructural en juego, independiente de las características personales del presidente en ejercicio: es obvio que no puede una Constitución al mismo tiempo ser la de la participación popular y la de la concentración del poder. Una cosa se lleva mal con la otra. Las dos cosas al mismo tiempo no pueden pasar, pero tenemos ese riesgo que estamos creando nosotros como diseñadores constitucionales. Esa es, diría, la fuente de mi disconformidad con el constitucionalismo latinoamericano, con la doctrina constitucional latinoamericana y lo que me lleva a pensar que, como doctrinarios, como teóricos del derecho, tenemos parte de la responsabilidad en lo acontecido. Ello así, porque hemos pensado menos y menos bien de lo que necesitábamos hacerlo.

Por supuesto que muchas de estas constituciones se hicieron así, no por falta de reflexión sino, simplemente, por compromisos políticos de parte de la doctrina que pasó a trabajar para el poder de turno. En todo caso, para quienes nos hacemos el planteo de qué es lo mejor que podemos esperar, qué es lo mejor que podemos demandar de las constituciones, el punto es que necesitamos pensar de un modo más completo, más crítico, sobre el desarrollo constitucional. Me parece, por tanto, que hay una tarea pendiente que no es simplemente que no teorizamos, sino que teorizamos mal, que no pensamos sobre el constitucionalismo de un modo suficientemente crítico.

En mis trabajos, usé la metáfora de la “sala de máquinas de la Constitución,” para graficar el problema de cómo nuestra reflexión constitucional sigue conviviendo pacíficamente con esa situación de la organización del poder, con la puerta de la “sala de máquinas” del poder constitucional cerrada. Por supuesto que la “sala de máquinas” es una metáfora que habla en sentido específico de la Constitución pero que, de modo más amplio, nos permite en términos como los que sugería John Rawls cuando hablaba de la “estructura básica” de la sociedad (y que incluye, por ejemplo, a la organización económica y familiar). En todo caso, el hecho es que la Constitución tiene un papel importante que jugar en lo que va a ser luego el funcionamiento de nuestras sociedades. Para quienes estamos comprometidos con un proyecto constitucional igualitario hay mucho terreno sobre el cual tenemos que trabajar desafiando ideas muy instaladas, ya sea porque para muchos de nuestros colegas sigue siendo central la reflexión exclusivamente sobre cómo incorporar derechos y cómo ponerlos en marcha, ya sea porque siguen descuidando la cuestión de la organización del poder o porque siguen pensando que, en una sociedad desigual, la única manera de transformar la desigualdad o de confrontar la desigualdad es a través del poder concentrado. Ésta es una idea que no sé si la experiencia cubana o cuáles de las otras que se dieron en la región, ayudaron a popularizar: enfrentar la desigualdad económica requiere desigualdad política, es decir, concentración del poder. Merece que pensemos más críticamente sobre qué es lo que queremos, cuál es nuestro ideal regulativo y cuáles son los obstáculos que enfrentamos. Una sugerencia al respecto es que parte de los obstáculos están en la misma estructura constitucional que hemos diseñado, o sea que parte de la resistencia de lo viejo (en términos constitucionales: la organización del poder) es la que explica la dificultad que enfrentan para “ganar vida” las novedades que incorporamos en la Constitución.