

DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN AMÉRICA LATINA

CHALLENGES OF DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA

Roberto Gargarella*
Universidad de Buenos Aires

This text critically examines the challenges to democratic constitutionalism in Latin America, focusing on the structural tension between the expansion of rights catalogs and the maintenance of a concentrated power structure, particularly within the executive branch.

In this regard, the text highlights Latin America's most significant contributions to global constitutionalism while simultaneously identifying persistent shortcomings in institutional design. These shortcomings have led to a profound gap between normative promises and their actual effectiveness, eroding the legitimacy of the constitutional order. In response, the author proposes rethinking constitutionalism from the perspective of a substantive democracy that is not merely reduced to electoral mechanisms but is understood as a deliberative process between elections.

KEYWORDS: Democratic constitutionalism; concentrated power; institutional weakening; democracy; crisis of representation.

El texto examina críticamente los desafíos del constitucionalismo democrático en América Latina a partir de la tensión estructural entre la expansión de los catálogos de derechos y el mantenimiento de una organización del poder concentrada, particularmente en el Poder Ejecutivo.

En ese sentido, a lo largo de estas líneas se destacan los aportes más relevantes de América Latina al constitucionalismo global, al mismo tiempo que se identifican las deficiencias persistentes en el diseño institucional. Esto último ha dado lugar a una brecha profunda entre las promesas normativas y su efectividad real, erosionando la legitimidad del orden constitucional. Frente a ello, el autor propone repensar el constitucionalismo desde la óptica de una democracia sustantiva que no solo se reduzca a mecanismos electorales, sino que sea entendida como un proceso deliberativo entre elecciones.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo democrático; poder concentrado; debilitamiento institucional; democracia; crisis de representación.

* Abogado. Magíster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); LL.M. y J.S.D. por la University of Chicago Law School (UChicago Law). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Contacto: roberto.gargarella@gmail.com

Expresamos nuestro especial agradecimiento al Dr. Heber Campos por su valioso apoyo en la elaboración de las preguntas, así como por haber facilitado el contacto con el Dr. Gargarella.

I. La crítica a la ‘Sala de máquinas’ puso en primer plano la falta de neutralidad estructural en nuestras Constituciones; ¿qué innovaciones específicas –institucionales, doctrinales o procedimentales– cree usted que el constitucionalismo latinoamericano ha exportado con éxito al debate global?

Gracias. Ante todo, diría que la pregunta supone que hay una respuesta positiva a la misma. Y creo que sí, en efecto, desde América Latina hemos hecho aportes al constitucionalismo global, pero entiendo también que algunos de esos aportes son positivos, y otros negativos. El positivo es obvio y es muy importante: el reforzamiento de las listas de derechos, sobre todo a través de derechos sociales, pero también, crecientemente, por medio de la inclusión de derechos de otro tipo: económicos, culturales, multiculturales, ahora los derechos de la naturaleza (la novedad más llamativa y de impacto aportada en este nuevo siglo). En este sentido y, por un lado, diría que sigo leyendo la Constitución de México de 1917 con asombro: no entiendo de dónde sacaron tanta inteligencia, tanta creatividad para pensar en nuevos derechos, del modo en que lo hicieron. En particular, leo los artículos 27, sobre la propiedad, y 123, sobre el trabajo, y sigo fascinado, más allá (o también a partir) de lo ‘descomunal’ que representan. Como nota de color, vaya la siguiente: sumados, esos dos artículos reúnen más de 6300 palabras, cuando toda la Constitución de los Estados Unidos tiene aproximadamente unas 4500. Sin embargo, estas opciones que elogio en parte, nos sugieren también una serie de problemas importantes. El primero tiene que ver con la sobre atención puesta en el área de los derechos, que se contrapone con el ‘descuido’ sobre la organización del poder (aquí lo que llamara el problema de la ‘Sala de máquinas’).

Pero, algo más serio y grave, al respecto, que es lo que más me interesó señalar cuando estudié aquel problema, y que el ejemplo de México revela de manera notoria: el ‘descuido’ sobre las cuestiones relacionadas con la organización del poder nos refieren, en verdad, a algo mucho más peligroso, y es la preservación de una organización del poder concentrada en el Ejecutivo, hostil a la democracia y desconfiada sobre la participación popular en los asuntos públicos. Ya México 1917 mostraba esas dos caras, aunque –lamentablemente– solo seguimos enfocados (fascinados) frente al lado luminoso de los derechos. Venustiano Carranza, ya entonces, y frente a la Constituyente, dejó en claro que ninguno de los (revolucionarios) cambios que se introducirían en la Constitución debería afectar a sus propios poderes, necesarios para imponer el ‘orden’ en sociedades ‘proclives a la anarquía’. Ahí tenemos, entonces, otro aporte –este muy negati-

tivo– hecho por el constitucionalismo regional al constitucionalismo global: un tipo de presidencialismo reforzado, que vino a desequilibrar, desde el primer instante, al proclamado esquema de los ‘frenos y balances’. En la región, ese esquema de ‘equilibrios’ nació ‘desequilibrado’ hacia el Ejecutivo, poniendo desde su nacimiento en riesgo a toda la idea del balance constitucional. Entonces, cuando hoy la doctrina internacional habla del ‘nuevo’ problema de la ‘erosión democrática’, hay que decirle que, en realidad, y en nuestra región, ese problema es uno ‘demasiado viejo’: uno que nació con nuestro constitucionalismo, a mediados del siglo XIX. No es algo de lo que podamos enorgullecernos: se trata de un problema que debe ser pensado al mismo tiempo en que nos alegramos del extraordinario aporte que hemos hecho en materia del ‘constitucionalismo social’. Ambas cosas –y tal vez siempre por las malas razones– han tendido a avanzar juntas en nuestra región.

II. En numerosos procesos de reforma se han ampliado los catálogos de derechos sin revisar la arquitectura de los poderes públicos; ¿cuáles han sido los principales costos políticos y sociales de esa asimetría y qué correcciones institucionales propone para restablecer el equilibrio?

Habría muchas cosas para decir. En términos ‘internos’ a la estructura constitucional, señalaría que el desfasaje mencionado ha sido muy negativo; en primer lugar, porque, con una mano, nuestros constituyentes tendieron a poner en serio riesgo el mismo tipo de ‘promesas’ constitucionales que nos ofrecían con la otra mano. Es decir, la ‘maquinaria’ destinada a poner en vigor los importantes derechos sociales incorporados por nuestras Constituciones, ha tendido a trabajar en contra de aquellos derechos, que inmediatamente, y de ese modo, quedaban convertidos en ‘prerrogativas’ a cargo de la voluntad discrecional del líder Ejecutivo: él podía ‘conceder’ o no esos derechos, según sus necesidades. En términos ‘externos’ o sociales, el problema en cuestión genera efectos también nocivos, ya que contribuye a que la Constitución sea entendida como un catálogo de promesas vanas, o como pura poesía: así se le quita respetabilidad a la Constitución. De todos modos, otra vez, el problema que me interesa remarcar no es solo de ‘descuido sobre la parte orgánica’, sino uno más específico: ese ‘descuido’ aparece, en verdad, al servicio de la preservación de una vieja estructura de poder, de rasgos elitistas, o directamente autoritarios. Lo que se preserva intocado es una organización del poder que es producto del ‘pacto’ que, en toda la región, hicieron nuestras élites liberales y conservadoras, a mediados del siglo XIX, luego de haber estado batallando entre sí, durante déca-

das. Se trató de un pacto de supervivencia, que llevaron a cabo tales élites, frente al riesgo que estimaban inminente (en Perú, en Chile, en Colombia, sobre todo): el riesgo o amenaza impuesto por una alianza ascendente entre artesanos y estudiantes, que prometía tomar formas revolucionarias, como las que habían aparecido en Europa —Francia, en particular— (de manera notoria, en el momento ‘democrático’ o ‘rojo’ marcado por las Revoluciones de 1848). En tal sentido, podría decirse, la estructura de poder que terminamos consolidando, en América Latina, es hija de, o una respuesta a, las amenazas emancipatorias de grupos de trabajadores y estudiantes que comenzaban a reclamar por su inclusión social.

Entonces, de lo que se trata, más que de ‘reestablecer el equilibrio’ entre las dos partes de la Constitución, es de atacar o trabajar sobre una estructura de poderes diseñada a partir de la desconfianza democrática. Y el problema no es sencillo de atacar, porque no se trata, hoy, de trabajar sobre un texto que, como tal, puede ser reescrito las veces que queramos: el problema es que aquellos textos originarios se tradujeron en instituciones que ya echaron raíces, y ya crecieron ‘torcidas’, y ya generaron impacto, y ya aparecen expresadas en prácticas de poder concentrado, frente a la cual ha quedado situada una ciudadanía desprovista de herramientas institucionales de decisión y control. Frente a todo ello, mi primera respuesta es la de reaccionar ante a tales males, para desconcentrar el poder, y reestablecer los puentes entre la ciudadanía y el sistema de toma de decisiones. No tengo dudas de que esa es la dirección hacia la cual debemos orientar nuestras energías de cambio institucional. Sin embargo, por lo que decía —por toda el agua que ya ha pasado bajo el puente; por las prácticas que se han ido consolidando en todo este tiempo— reconozco que se trata de tareas imprescindibles, pero muy complejas, difíciles de llevar a cabo por las ‘rupturas’ que dicho esquema imperfecto ya ayudó a consolidar. Menciono solo algunos aspectos notorios de este problema. Por un lado, aludiría a la desigualdad de poderes que la Constitución ayudó a consolidar (en otras palabras, un Poder Ejecutivo convertido en poderoso *primus inter pares*) y que hoy se encuentra anudada a una desigualdad económica y social muy arraigada, y que afecta muy negativamente cualquier iniciativa de cambio que nos propongamos. Por otro lado, haría referencia a que el ‘distanciamiento buscado’ entre dirigencia y ciudadanía ha llegado a extremos que han permitido la ‘autonomía’ de la clase dirigente que —con razón— sabe que puede hacer y deshacer, pactar y negociar privilegios, con casi total independencia de lo que la ciudadanía quiera o no quiera que ellos hagan. Todo ello en un marco que ha llevado a una ‘crisis de repre-

sentación’ radical, para mí irreversible. Sobre esto debíamos hablar mucho más, pero por ahora basta con señalar lo siguiente: con un trasfondo institucional como el señalado, algunas reformas que fueron propuestas insistentemente hace algunas décadas —la mayoría de ellas— aparecen como inútiles o irrelevantes. Pienso, por ejemplo, en la iniciativa de pasar en un sistema más parlamentario que presidencialista; o en las propuestas (hoy renovadas en Perú) de cambiar un esquema unicameral por otro de tipo bicameral. En el marco de la ‘ruptura’ de puentes existente (entre ciudadanos y dirigentes), tales reformas resultan risueñas o penosas, casi unas burlas.

III. Las cartas magnas proclaman derechos sin dotarse de mecanismos para canalizar la insatisfacción colectiva; ¿qué herramientas deliberativas o de participación ciudadana cree indispensable incorporar para que las Constituciones reconozcan y aborden el sufrimiento estructural sin perder su concreción normativa?

Es un punto importante, y está bien planteado. Quisiera hacer algunas aclaraciones previas, en todo caso, para remarcar lo que considero más importante en esta materia. Ante todo, subrayaría que sí, que la reforma crucial a incorporar en nuestras Constituciones tiene que ver con su democratización. Para ponerlo en términos bien visibles: el constitucionalismo tiene que recuperar de manera efectiva su contenido democrático —el contenido democrático que prometió incorporar desde su nacimiento. No olvidemos que el constitucionalismo moderno nació, en los Estados Unidos, pronunciado tres primeras palabras: *We the people*. Esas tres palabras, que definieron desde el mismo comienzo al constitucionalismo, fueron contenidas y diluidas inmediatamente, a través de la escritura y práctica posterior del constitucionalismo. Dicho esto, agregaría que en esta tarea titánica de ‘recuperar democracia’, debemos tomar en cuenta que la idea de ‘democracia’ no puede ni debe ni merece seguir siendo reducida a ‘elecciones periódicas’. Sin embargo, lamentablemente, este reduccionismo nos habla de un defecto gravísimo que comparten tanto la izquierda como la derecha. Entonces, como la derecha quiere ‘poca’ democracia, pide elecciones muy de vez en cuando, y sugiere que en el ‘mientras tanto’ el pueblo se quede callado; y la izquierda, como quiere ‘mucho’ democracia, pide entonces elecciones todo el tiempo, y para todos los casos (tal como se ha advertido, recientemente, en el trágico caso de México y su patética reforma judicial). Contra dicha visión, me interesa subrayar que la democracia merece ser entendida, sobre todo, como aquello que ocurre ‘entre’ elección y elección. Por tanto, si ‘entre’ elecciones, el

papel que se le reserva al ciudadano es nulo (como pide la derecha) o pasivo a la espera del próximo plebiscito (como ocurre en México, en donde el ciudadano que ahora elige al juez, debe quedarse callado y sometido a un juez ‘con soberanía popular’ durante los ocho o doce años siguientes a la elección), entonces, la idea de democracia ha sido invocada, y al mismo tiempo removida del camino. La ‘participación’, entonces –sugiero– debe darse de modos que trascienda largamente lo electoral, y debe adquirir, sobre todo, formas deliberativas e inclusivas. ¿A través de qué medios? No tengo la fórmula victoriosa escondida en un bolsillo. De todos modos, soy en parte optimista, al menos en cuanto a que hay alternativas visibles, insinuadas, e imaginables que, en estos tiempos, podrían o deberían explorarse un poco mejor. Menciono algunas a título ilustrativo, en carácter exploratorio, y no bajo la confianza de que con varias de estas alternativas, sumadas, ya resolvemos el problema. Algunas Asambleas Ciudadanas, con miembros escogidos por sorteo, y sin intervención (o poca intervención) de los partidos políticos –como las de Irlanda sobre aborto y matrimonio igualitario– han funcionado muy bien; algunas experiencias ampliadas de ‘jurados populares’ (no solo para casos ‘criminales’, ni solo confiando a los jurados a decir sí o no) también resultan de interés; algunas audiencias públicas convocadas por los Congresos o las Altas Cortes, han mostrado su promesa; etc. En todo caso, y luego de decir que existen caminos a explorar, agregaría, con preocupación y realismo, que como resulta o resultaba esperable, cada alternativa de interés que podemos mencionar, inmediatamente tiende a ser colonizada o capturada por el ‘poder establecido’. Entonces: la batalla está en curso, y no hay soluciones fáciles.

IV. Se ha propuesto integrar la tensión y lo trágico como principios formales para no ocultar las luchas sociales; ¿qué potenciales ventajas y qué peligros considera al convertir el conflicto en un eje estructurante del texto constitucional?

Bueno, en primer lugar, hay algo de retórica (que no veo mal, y por eso apelo a ella) en el empleo de esos términos. Hablo, en efecto, y porque lo creo, de un constitucionalismo que debe preocuparse por dar cuenta o debe tratar de responder a los males, –‘dramas,’ ‘tragedias’– de su tiempo. O me refiero a la ‘creación’ de los derechos como un proceso de ‘conflicto’ y de luchas. Es, por un lado, un modo de hacer más visible lo que digo, y de dotarlo de mayor impacto. Sin embargo, y por otro lado, hay una convicción sustantiva detrás de lo que digo. Ocurre que me interesa disputar una serie de ideas todavía implícitas, y con gran fuerza, en nuestra cultura jurídica, que parten de asumir

que el derecho nace, existe, se desarrolla, y se justifica, con independencia de lo que nosotros, los ciudadanos, hagamos o queramos decir al respecto. Es lo que pretendo señalar, por ejemplo, cuando insisto en que los derechos no deben ser entendidos como los entendió o implícitamente siguen entendiendo parte de nuestra doctrina: como ‘planetas’ que el especialista, en todo caso, reconoce (a través de sofisticados aparatos telescópicos, o de interpretación constitucional) para luego incorporar en los textos constitucionales, o en los desarrollos jurisprudenciales. Es la visión ‘naturalista’ que puso en marcha John Locke, al asociar a los derechos básicos (vida, libertad, propiedad) con ‘verdades autoevidentes’; y que retomó Thomas Jefferson en la Declaración de la Independencia; y que luego los Federalistas terminaron por incorporar en la Constitución. La idea de que solo los jueces, los más preparados, deben interpretar los derechos constitucionales, o que ellos –los jueces, los expertos– son los encargados de pronunciar la ‘última palabra’ institucional sobre los derechos, son hijas directas de esa visión elitista que sigue estando tan vigente en el derecho occidental moderno. Contra dicha visión, me ha interesado insistir con una lectura más bien opuesta, que reconoce al derecho en general, y a los derechos en particular, como producto de nuestras disputas y conflictos y discusiones democráticas. Se trata de una concepción que sugiere Carlos Nino en –literalmente– la primera línea de su libro: *Ética y derechos humanos*, que comienza diciendo “Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”. Es decir, los derechos –para mí, como para Nino– merecen ser entendidos como una creación humana, y no como un ‘reconocimiento’ de elementos ‘pre-políticos’, como si los derechos fueran pre-existentes a la práctica democrática.

V. Cuando las reformas lucen poderosas en el papel, pero no transforman la realidad, hablamos de ‘simbolismo constitucional’; ¿qué indicadores –sea mediante métricas cuantitativas o criterios cualitativos– permitirían hoy evaluar con rigor esa brecha entre norma y práctica?

No sé cuáles son esos indicadores –si existen o si tiene sentido que existan– pero sí marcaría algo que considero relevante y muy serio, y es que, de manera muy notoria, el constitucionalismo ha abandonado la preocupación por mantener un diseño institucional ‘correlacionado’ con la sociedad. Quiero decir: desde sus más remotos orígenes, en la Antigüedad Clásica, al constitucionalismo le interesó decir que la estructura institucional que diseñaba se encontraba en correlación con la sociedad a la cual esa estructura venía a servir.

El constitucionalismo le ‘hablaba’ entonces a la estructura social (y a sus principales problemas): se trataba de un ‘traje social’ diseñado a medida, para el ‘cuerpo social’ para el que era propuesto. Entonces –y por dar algún ejemplo– para una sociedad que (con o sin buenas razones) se entendía dividida en tres sectores fundamentales –nobles, clero y pueblo– se diseñaba –como en Francia– una estructura institucional de ‘tres estados’; o para una sociedad que se entendía dividida entre ‘nobles, comunes y reyes’ –como en Inglaterra– se creaba un Parlamento bicameral (dividido entre Lores y Comunes), que acompañaba al rey en su mandato. Montesquieu, en su tiempo, también entendió que el sistema institucional debía estar correlacionado con la estructura social (de clases); y el constitucionalismo norteamericano posterior –con Madison y Hamilton a la cabeza– también pensaron que la estructura de los ‘checks and balances’ debía responder a una sociedad dividida entre ‘mayorías’ (que ocuparían la Cámara de Diputados) y ‘minorías’ (que encontrarían su lugar en el Senado). En la actualidad, podemos repudiar y considerar anquilosados aquellos diseños, pero lo cierto es que ellos exhibían un ‘impulso noble’ que hoy hemos perdido: el impulso dirigido a vincular estrechamente instituciones constitucionales con la estructura social. Lo que ocurre hoy es que preservamos un ‘traje constitucional’ que fue diseñado, hace más de dos siglos atrás, para un ‘cuerpo social’ que ya no existe. Como si al niño para quien diseñamos un traje de primera comunión, quisiéramos colocarle el mismo traje hoy, cuando nos enfrentamos a un adulto, grande y corpulento. Simplemente, ese traje ya no sirve, por más que estiremos las mangas o agreguemos botones. No digo esto como mera retórica: en el marco de sociedades multiculturales, plurales y diversas, el viejo diseño no sirve más. Contamos con instituciones diseñadas para sociedades pequeñas en número, divididas en pocos grupos internamente homogéneos (ricos y pobres, mayorías y minorías), cuando hoy vivimos en sociedades superpobladas, fraccionadas en infinidad de grupos internamente heterogéneos.¹ En este sentido, el constitucionalismo se enfrenta a un problema gravísimo, ya sugerido, e irreparable: la incapacidad de representar la diversidad. En ese marco extremo, nuestras instituciones han quedado desfasadas por completo: ello, porque fueron pensadas para sociedades completamente diferentes, compuestas de personas entendidas como ‘uno’ (un pueblo, una clase,

la ‘masa’), y no como la diversidad y heterogeneidad radical que encontramos hoy.

VI. Usted ha rechazado lecturas que reducen la política a un puro antagonismo; ¿cómo diseñar, en cambio, un marco constitucional que acoja la disidencia como elemento vital, sin caer ni en el autoritarismo ni en meros gestos retóricos.

Lo que me ha interesado señalar, en este respecto, es que las sociedades contemporáneas deben cuidar de manera especial las voces disidentes: deben hacer un esfuerzo muy particular por incorporarlas, escucharlas, y tomarlas en serio, en lo que son sus reclamos de nivel constitucional (más y mejores derechos; derechos efectivizados; ‘voz’ y ‘queja’; etc.). Por razones como las que describí respondiendo la pregunta anterior, y también las previas, hoy nuestras instituciones no reciben –no captan– a una mayoría de voces, en particular las de los más vulnerables. Las estructuras institucionales se encuentran capturadas o colonizadas por los grupos económicamente más poderosos, o por representantes que se convierten en sus agentes de *lobby*. Los grupos más desaventajados, entonces, pueden hallarse frente a gravísimos problemas coyunturales, que quieren –necesitan– denunciar, pero advierten de inmediato que no hay botón, en la botonera institucional que tienen frente a sí, que sirva para hacer sonar las alarmas, para llamar la atención de los representantes electos, y obligarlos a que los escuchen o –mucho menos– para que atiendan o resuelvan sus quejas. En ese marco, las instituciones establecidas pasan a ser parte del problema: existen amplios sectores de la sociedad que, por razones ajenas a su responsabilidad, padecen desventajas o desatenciones graves, que no son reconocidas ni remediadas por el sistema. Amplios grupos de la sociedad, en los países de la región, ven que sus derechos constitucionales básicos están siendo violentados, y no tienen herramientas institucionales para hacer efectivos sus derechos (el problema de la ‘Sala de máquinas’), y ni siquiera para ser escuchados cuando se quejan sobre ello (el problema de la crisis de representación sin remedio; el problema del fin de la ‘correlación’ instituciones-sociedad). Esa situación es dramática, y más todavía en sociedades como las nuestras que han asumido, como vimos, un compromiso extraordinario, superior, en relación con los derechos incorporados en la Constitución

¹ Yo puedo ser obrero en una fábrica, y no hay ninguna razón para pensar que mis intereses fundamentales van a coincidir en lo esencial con los de un cuentapropista, o un minero, o un empleado bancario, o un repartidor de comida. Ello, entre otras razones, porque nuestras identidades e intereses fundamentales parten de, pero también trascienden, mi interés económico: puedo interesarme por cuestiones vinculadas con el feminismo o el anti-feminismo, o el cambio climático, o las drogas, o las armas, cuestiones que a otros trabajadores en mi condición no les interesan en absoluto.

como derechos básicos (tenemos derechos para todos los gustos). Resulta inevitable, entonces, y también deseable, que esos grupos protesten, y salgan a la calle a expresar sus quejas. Lo harán, previsiblemente, y no por deporte o diversión, o simplemente porque algún sector político los empuja desde atrás, sino, ante todo, porque cuentan con quejas reales, de nivel constitucional, y a la vez no encuentran lo que debieran, esto es, medios institucionales que los ayuden a expresar esas quejas, y a conseguir remedio ante sus demandas.

En dicho contexto, las protestas sociales adquieren una importancia fundamental, y los Estados, y los jueces en particular, deben apresurarse a proteger y a escuchar a tales sectores, en lugar de apresurarse para reprimirlos y separarlos de la escena pública, en virtud del desorden o las incomodidades que generan. Como diría Ronald Dworkin, existen situaciones —como las de protesta social en este tiempo— que nos invitan a levantar la vista de la norma particular del Código Civil o Penal (esta persona se encuentra ocupando el espacio público de manera irregular, esta protesta viola el Código Civil y el derecho al libre tránsito) y nos exigen prestar atención a la reverberación constitucional de tales reclamos. Encontramos allí, en primer lugar, ‘expresiones’ (de queja, de crítica política) constitucionalmente relevantes, y que merecen ser protegidas y resguardadas, hechas en nombre de derechos sociales y económicos que también deben ser realizados, y no tomados como poesía. Por ello la crítica a la repudiable ‘legislación antiterrorista’ que se diseña para reprimir las protestas sociales; la crítica al uso de los servicios de inteligencia o del ejército para el espionaje o persecución de los disidentes; y el reclamo de un activismo judicial intenso, dirigido a la protección de tales expresiones y la satisfacción de tales reclamos de rango constitucional.

VII. El sujeto constituyente suele quedar reducido a un constructo teórico; ¿qué formatos —asambleas mixtas, jurados ciudadanos o referendos deliberativos— considera más eficaces para devolver protagonismo real a la ciudadanía en la construcción y vigilancia de la Constitución?

La pregunta es importante y, otra vez, creo que algunas de las respuestas anteriores pueden darnos pistas de ‘hacia dónde ir’ o ‘hacia dónde no ir’. Por ejemplo, la ya descripta —y muy reduccionista— versión de la democracia todavía en boga —‘democracia como elecciones’— ha tenido y sigue teniendo decisivo impacto en la región, al nivel de creación constitucional. Ella ha sido, de hecho, una de las características fundamentales del (limitado y mal llamado) ‘nuevo constitucionalismo lati-

noamericano’: Constituciones ‘nuevas,’ como las de Venezuela, o Bolivia, que terminaban siendo sujetas a la ratificación popular. Es lo mismo que ha pasado, de manera agravada, en el interesante proceso constituyente llevado adelante en Chile, poco tiempo atrás. El reciente proceso chileno, de hecho, radicalizó lo que se había insinuado a comienzos del siglo XXI en el resto de la región, a partir de esa limitada visión de ‘democracia como elecciones’: ellos recurrieron a un plebiscito ‘de entrada,’ para ver si se modificaba la Constitución, y otro ‘de salida,’ para ver si se aprobaba la Constitución escrita por los representantes y expertos. Yo leo este modelo —para mí muy poco atractivo— en línea con lo que Jon Elster elogiara como un proceso constituyente del tipo (así lo llama) ‘reloj de arena’: ‘ancho’ en sus extremos, es decir, abierto a la intervención popular (plebiscito ‘de entrada’ y plebiscito ‘de salida’), mientras que ‘estrecho’ en el centro, para concentrar o cerrar la discusión en unos pocos, idealmente expertos. Desde mi punto de vista —y lo sostuve en su momento, también ante los constituyentes chilenos— la idea debe ser más bien opuesta (en línea, entonces, con el modo más bien opuesto en que entiendo la democracia: la democracia como ‘conversación entre iguales,’ o discusión inclusiva).

Por ello, afirmo que la democracia debe ser entendida, sobre todo, como ‘lo que ocurre en el medio’. Quiero decir, si queremos —como corresponde— inyectar participación democrática en los procesos constituyentes, lo que debemos hacer no es confinar esa participación a los extremos (comienzo y cierre) y muchísimo menos limitarla a un ‘todo o nada,’ o a un ‘sí o no’: ‘¿aprueba o desaprueba (toda) la Constitución?’. La democracia debe darse en el centro, en el proceso de diseño y discusión constituyente, y debe incluir un procedimiento bien establecido destinado a hacer posible el contraste de argumentos, la discusión, el intercambio de razones, también la consulta con expertos. ¿Cómo puede aceptarse que una Constitución, de 400 artículos, y que naturalmente va a generar rechazos y adhesiones (rechazos, por dar algún ejemplo posible, al poder concentrado o las reelecciones, adhesión a los derechos tales o cuales) pueda juzgarse con ‘un sí o un no,’ es decir como ‘paquete cerrado y completo’? Esa opción —encantadora para los líderes autoritarios, que así ganan poder extorsivo frente a nosotros— debe rechazarse, y reemplazarse por una alternativa que nos permita ganar autonomía, y capacidad de discernimiento y juicio crítico frente a lo que es un documento extenso, complejo y contradictorio. El ejemplo de Irlanda, una vez más, con Asambleas Ciudadanas bien vinculadas con el resto de la sociedad civil me resulta, en tal sentido, iluminador y esperanzador, como alternativa: es posible tornar

al ‘centro’ o ‘el medio’ de la discusión, como espacio amplio, democrático, deliberativo e inclusivo.

VIII. Ante la irrupción de algoritmos, datos masivos y plataformas que trascienden fronteras; ¿qué principios nuevos o revisados propondría para que la próxima generación constitucional incorpore estas dinámicas tecnológicas sin comprometer su legitimidad democrática ni la rendición de cuentas?

Entiendo que, como era esperable, los procesos de innovación tecnológica radical, que vivenciamos en estos últimos años, han quedado fundamentalmente al servicio de las viejas estructuras, extremando algunos problemas que ya teníamos: concentración del conocimiento, polarización política, tendencia a que las personas se vinculen exclusivamente con otras que ratifican y refuerzan sus prejuicios o ideas previas, pérdida de espacios para la reflexión común, ausencia de foros de encuentro y reconocimiento entre sectores sociales y políticos diferentes, etc. Muchos de estos problemas son ‘viejo vino, en odres nuevos’. James Madison ya hablaba del riesgo de los demagogos que copaban las discusiones en las asambleas pequeñas, a fines del 1700. Y otros problemas son más nuevos, o más graves, vinculados con

desarrollos sociales y económicos preocupantes, como la desigualdad, y el aislamiento en el que se colocan los sectores privilegiados, que pasan a tener salud, educación o seguridad propia, ‘privada’, y que exigen su ‘desconexión’ con el resto de la sociedad, ¿por qué es que yo debo pagarle también, la seguridad o la salud o la educación a aquellos que no conozco? La respuesta en la que tiendo a pensar, entonces, es similar a aquella en la que piensa Michael Sandel: una respuesta que es también social y económica –no solo jurídica– y que tiene que ver con la reconstrucción de los espacios comunes; con una reacción ante una sociedad ‘privatizada’ u organizada en ‘barrios cerrados’. Y también, la insistencia –ya obstinada– en que la democracia no se agote en un voto o en un ‘click’ por sí o por no: necesitamos tener ámbitos en donde encontrarnos, vernos, discutir y poder pelearnos hasta entendernos, hasta ser capaces de alcanzar soluciones en común. Para que no se piense que hablo de meras fantasías: discusiones como las que tuvimos en mi propio país, la Argentina –que no es ejemplo de nada, y que se encuentra destruido institucionalmente– en materia de aborto, en el 2018, ilustran bien un modo posible de toma de deliberación inclusiva, y desde abajo, posible aún en un marco tremendamente imperfecto como el nuestro. 🗳️

Roberto Gargarella