

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN DOS SIGLOS DE CONSTITUCIONALISMO.¹

*"The Engine Room of the Constitution: Two Centuries of
Constitutionalism."*

ROBERTO GARGARELLA
UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

Palabras Clave: Constitucionalismo, democracia, ciudadanía, nuevo constitucionalismo latinoamericano, sociología política.

Keywords: "Constitutionalism, democracy, citizenship, new Latin American constitutionalism, political sociology".

Estoy muy feliz de poder compartir con ustedes momentos, una discusión que espero sea útil y que tiene que ver con propósitos que yo creo que son propios de muchos de los miembros de la comunidad académica, que se pensara el derecho como una herramienta para reflexionar críticamente la realidad y ayudar a cambiarla en un sentido más igualitario y honesto. Y, en esa tarea yo creo que esfuerzos como los que se hacen aquí mismo digamos son importantes y por eso también quería agradecer la invitación y felicitar la iniciativa del Anuario de Derechos Humanos. Quiero felicitar a las autoridades que están comprometidos con las investigaciones, es imprescindible que el derecho esté asociado con el pensamiento crítico y entonces se agradece todo el esfuerzo que pueden hacer aquí las autoridades para para ayudar a la investigación, a la reflexión autónoma e independiente de sus profesores. Agradezco en particular a Ricardo Villanueva,

¹ Conferencia impartida el 05 de septiembre de 2023 en la Cátedra Inaugural 2023B de ALÉTHEIA Anuario de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho de la Universidad de Guadalajara.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Juan Carlos Guerrero y felicito también al amigo al colega Jesús Chávez, director del anuario.

La idea mía de hoy era hablar en torno a lo que es ha sido uno de los libros últimos que presenté, que se llama la sala de máquinas. Pero menos por la idea de devolver sobre un tema académico que es propio sino porque creo que allí todavía hay vida y hay algunas cosas que tienen interés para pensar el presente. La reflexión que voy a hacer está focalizada en el constitucionalismo latinoamericano y voy a tener en mente muchos de los ejemplos que conocemos, tal vez de modo especial, casos como el de México, el de Argentina, el de Chile y el de Colombia. La reflexión tiene que ver también con un compromiso que es también personal con el Constitucionalismo pero que es un compromiso que es genuinamente crítico. Yo creo que parte de los de los gravísimos problemas que tienen que atravesar nuestras sociedades en estos años, en estas décadas, son problemas que tienen que ver con el constitucionalismo, con el derecho. No es que el derecho sea responsable de todos los problemas y, por tanto, digamos, nos da la promesa de todas las soluciones, no. Pero yo sugiero una visión en ese sentido mucho más modesta pero que incluye la idea de que el derecho es parte del problema y entonces puede ser también parte de la solución y yo creo que es lo que voy a tratar de desarrollar en la presentación de hoy: que hemos tenido enormes oportunidades de transformación constitucional y en buena medida las hemos perdido y las hemos perdido, a veces por falta de reflexión, a veces por falta de pensamiento crítico, a veces por demasiada cercanía con el poder.

Entonces quería comentar de qué modo el constitucionalismo podría dirigirse de un modo distinto, de un modo más amigable con el principio democrático y ahí hay una primera idea que quisiera marcar y quisiera sentarme un minuto en ese punto. Digamos que es un punto crucial, todos nosotros, como miembros de la comunidad jurídica, de un modo u otro, aunque no estemos pensando todo el día sobre ello, todos sabemos que las ideas de la constitución y la idea de la democracia son ideas cruciales que están en el fundamento de nuestra organización en común. Pero se trata de dos ideas que no se llevan bien y que no se han llevado bien nunca porque el constitucionalismo y la democracia, aunque

parece que forman parte del mismo universo, también disputan el mismo terreno. La idea de constitución y la idea de constitucionalismo, en general, es la idea de límites, es la idea de frenos, es la idea de controles. Por otro lado, la idea de democracia apela a un poder, en principio ilimitado en el sentido de que es el principio del autogobierno, el principio de que: “si nosotros formamos parte protagonista de una comunidad, debemos tener el derecho de decidir de qué modo queremos vivir y sobre eso debemos tener libertad para pensar y hacer como pensamos”.

Entonces las ideas de constitución y democracia aparecen regularmente de la mano y por eso hablamos de constitucionalismo democrático pero lo cierto es (y esa es una buena primera idea con la cual puede uno digamos arrancar o dejar planteada como como idea para reflexionar) que es que en 200 años al menos de historia de la relación muy intensa entre constitución y democracia, todavía no hay una manera satisfactoria de ver cómo se aúnan ambos compromisos. Entonces tenemos experiencias de sistemas institucionales forjados contra la democracia, hay un autor bastante conocido: Jason Brennan, que escribió un libro “*Against Democracy*” que era esta idea de la necesidad de que el constitucionalismo consuma a la democracia. Hay una idea contraria, por ejemplo, en el principal jurista inglés contemporáneo; Martin Loughlin. El, escribió un libro con el título contrari “*Against constitutionalism*”, porque hay ideas que piensan que no, el problema está en la cantidad de límites que el constitucionalismo le viene poniendo a la democracia.

A mí me gustaría apostar por una idea diferente y es que el constitucionalismo tiene que estar al servicio de la democracia, tiene que ser una ayuda para la democracia (entendida democracia como una conversación). Pero sobre eso, en todo caso podemos ir llegando de a poco. La primera idea entonces es esa, es pensar que hay una relación importante, pero al mismo tiempo una relación difícil y esa tensión entre el compromiso democrático y el compromiso constitucional y no hemos sabido todavía pensar un orden institucional capaz de poner juntos y de modo más armonioso ambas ideas, de modo más hospitalario.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Si uno piensa en la historia del constitucionalismo latinoamericano, (las clasificaciones son siempre en un punto arbitrario) yo clasificaría la historia en cuatro grandes etapas. Pero insisto, es simplemente una propuesta. Una etapa fundacional, una etapa creativa, una etapa de laboratorio, una etapa exploratoria, que fue desde de los años de la Independencia, de 1810 a 1850. Ahí es como vemos a nuestros padres fundadores y vamos buscando de qué modo poner las cosas juntos, explorando modelos alternativos, mirando al exterior mirando la experiencia en particular, la experiencia francesa, mirando la experiencia norteamericana, mirando la tradición hispánica. Bien, como esos grandes modelos de hacia dónde seguir o cómo combinar esas ideas y ahí hay una etapa de exploración muy larga.

Una segunda etapa que yo creo que es etapa fundacional, es la que se abre en 1850. Es el periodo donde se escribe, por ejemplo, la histórica constitución mexicana de 1857 o la constitución argentina de 1853. Pues yo diría hasta el momento, que es la etapa en donde se le va a dar forma (que va a ser la forma definitiva a la organización del poder en la región y sobre eso quiero volver luego).

Una tercera etapa, yo diría, decisiva sobre todo en relación con la otra parte de la constitución, que es la parte de los derechos (que empieza adquirir su forma definitiva a comienzo del siglo XX y ahí también México tiene una participación muy central), digamos la constitución de 1917 o el constitucionalismo social. Yo diría, la primera que le da forma a la nueva manera en que se piensan los derechos en la región.

Luego una última etapa que es la más reciente, lo que a veces se llama el “nuevo Constitucionalismo latinoamericano”. Yo, de esas cuatro etapas, no quiero complicar las cosas innecesariamente, me quisiera concentrar sobre todo en esas 2 etapas centrales que creo que son las que así moldean las columnas vertebrales de lo que sigue siendo el constitucionalismo latinoamericano. Hoy tenemos un Constitucionalismo del que, yo creo, que tenemos muchas razones para sentirnos orgullosos. Hay muchos aportes que el constitucionalismo latinoamericano ha hecho al constitucionalismo mundial. Pero también, yo creo que, en esas dos grandes etapas, quedaron marcados a fuego ciertos problemas centrales que nos siguen acompañando.

En ese sentido, es que voy a pensar en una oportunidad perdida, porque hace décadas que seguimos insistiendo en un modo de pensar. La relación de Constitucionalismo y democracia, yo diría, que ha sido muy fructífera pero que también está llena de problemas y que eran problemas que eran evidentes desde un comienzo. Entonces, me voy a concentrar de esa larga historia del constitucionalismo latinoamericano, de eso que podemos llamar doscientos años. Sobre todo, en estas dos etapas (1850 y el fin de siglo XIX), que es la etapa que forja, sobre todo, una de las dos partes centrales de la Constitución, que es la que tiene que ver con la organización del poder. Y, en la otra etapa, que es la que llamaba la tercera etapa, que es la de 1910 o 1917, a 1950. Es la etapa en donde se le da forma definitiva o más clara, más definida a la otra gran parte de la constitución, que es la que tiene que ver con los derechos.

Sobre la primera de las etapas definidas, se podría hablar mucho tiempo, porque es una etapa además muy interesante, muy rica históricamente, llena de historias fabulosas. Pero quisiera marcar dos puntos interesantes, que también son dos puntos problemáticos, que nos han quedado desde entonces hasta hoy. Esa etapa es muy decisiva en la historia de toda la región y es cuando, por razones que podemos determinar pero que no son del todo claras, por fin, finalmente, los 2 grandes grupos, los grupos antagónicos que se habían estado enfrentando de modo muy sangriento durante décadas, que eran los grupos más liberales y los grupos más conservadores empiezan a pactar. Tal vez por distintas razones, tal vez por el cansancio de tantas muertes desatadas desde muy temprano (desde la época independencia). Liberales y conservadores deciden pactar y, en vez de seguir disparándose, empiezan a escribir en común textos constitucionales.

Entonces, ahí es cuando empieza a tomar forma definitiva una de las partes centrales de la constitución y eso es un resultado que fue muy importante, que fue este pacto liberal-conservador. De ese pacto podría decir muchas cosas, pero me contentaría con decir la siguiente: que fue un pacto que en toda la región tendió a darse de un modo más bien extraño y es que liberales y conservadores en lugar de buscar puntos de acuerdo respecto de los cuales todos pudieran estar íntimamente convencidos. No los dos grupos, yo no tengo ninguna admiración especial por el

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

constitucionalismo norteamericano, pero, por ejemplo, la famosa primera enmienda de la constitución norteamericana dice básicamente que ningún grupo puede imponer su religión sobre la otra, bueno ese es para mí un bonito ejemplo de cómo combinar desde visiones muy distintas, las distintas pretensiones que tienen estos grupos que van a pactar una constitución. En una idea en la que todos están muy convencidamente de acuerdo que es “no nos matemos, finalmente no importa quién llega primero al gobierno si usted, el grupo anglicano o nosotros, el grupo protestante, no le vamos a imponer la religión el uno al otro”. Ese es un modo de pactar un principio y eso tiene un cierto interés en América Latina.

En la práctica (y este es un primer problema que quisiera marcar) fue típica y sistemáticamente otra situación y consistió básicamente en lo que yo llamo la acumulación de visiones liberales y conservadores. En lugar de buscar un punto de acuerdo común en el que todos pudieran estar íntimamente conmovidos comprometidos, se dieron la razón el uno al otro y concedieron cada grupo al otro algo de lo que más querían en la constitución. En la Argentina de 1853, que es de las constituciones interesantes, nos da tremendos ejemplos y dramáticos, ejemplos de lo que esa acumulación significó. Por ejemplo, todavía hoy la Constitución Argentina tiene en el artículo 14 un principio ultraliberal de respeto a la religión distinta y en el artículo 2 una toma de partido especial por la religión católica, apostólica y romana. Esto no fue una Constitución que buscó un punto común donde se quiere superar un mínimo común denominador entre las distintas partes, sino que lo que hizo fue acumular las pretensiones en contrario de ambos grupos.

Como darles la razón a ambos sectores. O, por ejemplo, el artículo 19 de la constitución todavía hoy, la primera línea del artículo 19 (que es un artículo que habla de la vida privada de las personas) en su redacción original era lo que se llamó el sueño de John Stuart Mill, la idea respetar a todas las personas su plan privado, su vida privada, no importa lo que hagan, respetamos su vida privada. Los conservadores otra vez no aceptaron esa idea y dijeron. “no, tiene usted también que poner mi compromiso”. Entonces hoy, todavía hoy el artículo 19 de la constitución argentina sigue diciendo en la primera línea se respeta la vida privada de las personas y en la segunda línea, en tanto y en cuanto no afecte la moral pública, que era lo

que querían los conservadores. Con lo cual, en la segunda línea ya distorsionan lo que querían los liberales en la primera. El punto va más allá de la anécdota y el ejemplo argentino fue una práctica muy común en toda la región. En lugar de buscar un punto de acuerdo superador o un mínimo común denominador entre los distintos grupos que pactaban, la Constitución fue como darles el gusto a todas las facciones porque si no la constitución no sale, no se escribe.

Un ejemplo que se reproduce en toda la región, ya mucho más allá de Argentina que vivimos en toda la región y también en México, es el modo en que se pensó el sistema de frenos y contrapesos. El sistema de frenos y contrapesos, tal como se había concebido originalmente, era lo que proponían los liberales norteamericanos en su constitución. Un sistema donde todas las ramas del poder están equilibradas, ese es el sistema, la esencia del sistema de *checks and balances* y todas las constituciones latinoamericanas (que en parte copiaron al modelo norteamericano) reproducen esta idea. Los conservadores otra vez no estaban de acuerdo con eso porque no querían un sistema de equilibrio, sino que querían recuperar la vieja idea del monarca, del poder ejecutivo fuerte. Entonces lo que terminamos teniendo otra vez, como producto de esa acumulación, es el tipo de sistema que todos los latinoamericanos seguimos teniendo hoy en nuestras constituciones. Por un lado, en una primera capa, el sistema de frenos y contrapesos a la norteamericana y en una segunda capa, un poder ejecutivo fuerte como querían los conservadores. Las dos cosas al mismo tiempo, y ese es otro residuo que seguimos teniendo.

Ese pacto que hicieron liberales y conservadores en el siglo XIX, fue, por un lado, un pacto de élites, pero también un pacto problemático por el modo en que integraron sus distintas propuestas. Es una primera herencia problemática, un primer legado difícil que nos dejaron nuestros antepasados y que todavía hoy seguimos teniendo y que no hemos modificado. Sobre eso volveré.

Una segunda idea que también es problemática tiene que ver con lo siguiente (y esto es menos responsabilidad de nuestros antecesores que responsabilidad nuestra): todas las constituciones latinoamericanas se escribieron teniendo en mente una idea de sociedad más ajustada o menos ajustada, una

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

sociología política, una idea de cómo estaba compuesta la sociedad que era muy propia de ese tiempo, muy propia del siglo XIX. Entonces, la idea común desde Madison hasta Alberdi, desde Samper hasta Andrés Bello, la idea era una sociología política simple, una sociedad no muy numerosa, dividida en pocos grupos internamente homogéneos, con personas auto interesadas. O sea, es una idea muy cargada con la cual describían el modo en que se veía la sociedad de ese tiempo. La constitución fue pensada como un traje para una sociedad que era vista de ese modo entonces, por ejemplo, (si entiendo que como entendía nuestros antecesores) la sociedad básicamente está dividida en pocos grupos homogéneos internamente. Por ejemplo, grandes propietarios y artesanos o mercaderes e industriales son pocos grupos y homogéneos internamente.

Si tengo algunos representantes de los grandes propietarios, por ejemplo, en el Senado, ya tengo buena parte de la sociedad representada. El senado en Estados Unidos sigue siendo en buena medida la representación de los millonarios. Bueno, si yo tengo esa idea de que la sociedad en parte se compone con los grandes propietarios, la idea era el senado como la cámara de los Lores en Inglaterra puede ser la representación de los grandes terratenientes. Y luego, la cámara baja representa los sectores más bajos. Y entonces, como también esos sectores tienen un interés común, ya tengo con eso casi toda la sociedad representada.

El punto es que si hay algún dato que describe en nuestras sociedades hoy es una sociología política completamente opuesta a la idea que nuestros antecesores tenían, porque ellos podían tener a lo mejor una buena descripción de lo que veía frente a ellos: una sociedad pequeña con pocos grupos divididos, digamos internamente de modo muy homogéneo. Hoy el dato es el dato del multiculturalismo, el dato de la pluralidad, el dato de la diversidad, el dato de la heterogeneidad, en ese sentido la sociedad ha cambiado al infinito no solamente porque es mucho más numerosa, que sería lo más obvio, sino que además está dividida en infinitos grupos que son internamente heterogéneos y en donde cada persona es mil cosas. Hoy no es posible decir: “usted es un obrero y si vemos un obrero en el congreso o diez obreros en el congreso, la clase obrera ya está presente y están representados los intereses de un tercio de la población”. En absoluto, uno puede ser obrero y estar a favor de las

armas y en contra del aborto y a favor de la tenencia estupefaciente. Puede ser mil cosas y no se define una persona por un rasgo.

En ese sentido, la sociología política con que hoy nos encontramos es espectacularmente distinta de la que nuestros padres fundadores tenían en mente. No sé si es complicado o sea entendible pero el punto básicamente lo que quiere decir es se pensó un traje constitucional para un cuerpo, para una sociedad que ya no está más y que no vuelve nunca más y seguimos teniendo el mismo traje constitucional para un cuerpo que cambió definitivamente. Es como si nos hubieran vestido a los cuatro años con un traje muy bonito y ahora con el cuerpo de adulto de cincuenta o sesenta años, entonces nos tratan de estirar la manga y agregar dos botones. El cuerpo cambió al infinito, es imposible pensar que el viejo traje constitucional que tal vez se ajustó al cuerpo de una sociedad de hace 200 años siga sirviendo a una sociedad como la de hoy.

En términos de la sociología política, la constitución obviamente que no puede servir más para un cuerpo que cambió al infinito y aquí yo creo que hay para guion y esto no es un problema solamente latinoamericano es un problema que vemos también en la constitución norteamericana o en muchas constituciones europeas. La estructura institucional en todo el mundo, en todas las democracias occidentales, sigue siendo básicamente la misma cuando el cuerpo social ha cambiado completamente. Entonces no ha habido, como diría mi maestro *Adam Przeworski*, imaginación constitucional mínima para decir “bueno digamos, no puede seguir pensándose que las viejas instituciones van a seguir sirviendo para un cuerpo que cambió tanto”. Si uno piensa qué grandes innovaciones trajo el Constitucionalismo, en los últimos años, el Ombudsman diría Jesús, el consejo de la Magistratura, nada prácticamente nada. O sea, no ha habido imaginación constitucional para sociedades que han cambiado por completo. Eso es obviamente parte de un problema que no es solamente un problema latinoamericano, pero es un problema que todos compartimos. Tenemos una estructura constitucional en el sentido que sigue mirando una sociedad que desapareció y que no vuelve nunca más.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Hay pequeñas anécdotas o pequeño corolario de lo dicho. Y eso, para entender alguna repercusión o alguna derivación posibles de este problema, para entender dificultades de políticas de hoy, la idea de representar a toda la sociedad que hace 200 años era una idea difícil de concretar, pero concebible. Otra vez, si pongo aquí algunos grandes propietarios y aquí algunos granjeros y demás, bueno, más o menos, tengo a todo el mundo representado. Eso es concebible. Entonces hay algo que vemos hoy como crisis de representación, que se da en todo el mundo, que tiene mil razones culturales, razones económicas, razones de desigualdad, pero también tiene una razón institucional y es que la sociedad cambió radicalmente y los instrumentos de representación siguen siendo los mismos.

Hoy, entonces, hay algo de la crisis de representación y el cansancio que muestra la ciudadanía hacia sus representantes y es que no se debe exclusivamente a que, de mala suerte, de casualidad, por azar, nos tocó una clase representativa en todo el mundo muy corrupta y mala. Puede ser que eso sea cierto, pero tiene algo que ver mucho más profundo y es la incapacidad estructural de nuestras instituciones para representar la diversidad. Hoy, aún si funcionarían a pleno nuestros congresos, aún si todos los miembros del congreso fueran honestos y anti corruptos, la sociedad no estaría representada porque es imposible la representación de esa diversidad con los viejos instrumentos. Entonces hay una dificultad radical estructural de representación que nunca más se va a sanar si seguimos insistiendo con el viejo traje. Podemos estirar un poco la manga, podemos agregarle un botón, pero el viejo traje no sirve más. ¿Eso quiere decir que tenemos que tirarlo por la ventana? No, pero no puede ser que sigamos insistiendo que este traje va a servir para cubrir las necesidades y aspiraciones, entender y procesar los distintos intereses que hay en sociedad.

El tercer problema y último que mencionaría de esta etapa (después paso a una etapa más contemporánea) es que, si antes había hablado de la de la sociología política de la Constitución que quedó estancada en el tiempo, diría hay otro problema tal vez más serio y que tiene que ver con lo que yo llamaría una “filosofía política” que alimentó, que explicó, que vino a justificar la constitución que se escribía y es una filosofía política que hoy repudiamos. Pequeñas anécdotas al

respecto: la Constitución norteamericana fue hecha para una Asamblea que no estaba convocada a ese efecto y fue una asamblea que funcionó a puertas cerradas y cuyo contenido de lo discutido en la Asamblea no se pudo conocer hasta de veinte años después que se liberaran las notas de lo que se había discutido allá adentro. Esto no es un alegato en contra de nuestros padres fundadores, eran obviamente testimonios muy inteligentes muchos de ellos, pero también testimonios de un elitismo atroz de un principio de desconfianza democrática. O sea, todos los grandes intelectuales del siglo XVIII, quienes más quien menos eran intelectuales, mostraban una profunda desconfianza hacia la ciudadanía, explicable o entendible en una época en que muy poca parte de la población estaba educada. Donde había mucha brutalidad en todo sentido.

Pero lo cierto es que esa filosofía política es una filosofía política que también estuvo presente todo a lo largo de la región, yo diría inclusive en el caso de México en 1857. Mucha gente muy interesante y muchos testimonios: José Ignacio Ramírez, Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo, muchísima gente que pensó bien. Pero el hilo conductor la filosofía política que condujo a todo el pensamiento constitucional en el siglo XIX latinoamericano fue también como como había sido en Estados Unidos, un pensamiento constitucional muy elitista basado en una filosofía política seguida de la desconfianza democrática, de la idea de una hostilidad a la intervención ciudadana en política. Por buenas o malas razones, pero tienen que ver eso con una filosofía política que hoy cuando la leemos, por ejemplo, muchos de los debates constitucionales en Perú, Bartolomé Herrera, Samper en Colombia, o Alberdi en Argentina Alberdi, que fue el gran padre del constitucionalismo argentino, yo creo que una persona genial pero en sus escritos más fundamentales, no en el escrito marginales, era muy claro que los derechos políticos no tenían que abrirse, que eso podía quedar para mucho más adelante. Alberdi decía que es el momento de las libertades económicas, de derechos políticos ni hablar porque la gente no está preparada.

Ahora uno puede decir “bueno, finalmente a mí no me importa esa retórica porque ya pasó tanto tiempo, ya me olvidé, ya no nos sentimos ni siquiera agraviados por eso, pasemos de hoja”, sí pasamos de hoja, pero hay un problema y

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

es que esa retórica se incrustó en instituciones. Esa retórica quedó reflejada en instituciones. Un caso tal vez más evidente, no porque tenga un problema especial con esa parte del gobierno, pero el poder judicial está organizado bajo la idea de que tenemos que delegar en un órgano, que no sea el mismo que toma las decisiones, la validez de esas decisiones. Está basado en una idea fundamentalmente elitista, la ciudadanía no está en condiciones de pensar sobre imparcialidad, sobre justicia, sobre racionalidad. Es una ciudadanía que tiende a actuar irracionalmente y por lo tanto necesitamos que un organismo compuesto por poca gente de los sectores más altos de la sociedad haga esa reflexión para la cual la sociedad no está bien preparada. Quiero decir, el fundamento último de nuestras instituciones, típicamente en el ámbito judicial pero también en el ámbito político, tiene que ver con un fundamento con una filosofía política elitista. Una filosofía política de desconfianza democrática.

Entonces el legado que nos deja el siglo XIX es el de un constitucionalismo que tiene interés. Hubo mucha riqueza, hubo extraordinarios pensadores constitucionales latinoamericanos, en México por montones, se escribía como en pocos lados. Pero también es cierto que el Constitucionalismo que se escribió en el siglo XIX (y que yo diría, marcó para siempre, hasta hoy, la organización del poder también fue escrito a partir de supuestos muy discutibles tanto en el modo en que pactaron liberales y conservadores acumulando, como en el tipo de sociología política que estuvo allí presente como en el tipo de filosofía política que marcó a los que escribieron nuestras constituciones). Y el legado que recibimos del siglo XIX en materia de organización del poder, es un legado complejo del cual nos tenemos que hacer cargo. Y no puede ser que sigamos tomando ese legado sin beneficio de inventario, sin una aproximación crítica a ese modelo.

Del siglo XIX pasamos al siglo XX que es el otro gran momento del desarrollo constitucional en la región y es el que se concentra sobre todo en la expansión de la lista de los derechos. Bueno, otra vez y tal vez aquí con más énfasis, el aporte que hace el constitucionalismo latinoamericano al constitucionalismo mundial en ese tiempo (comienzo del siglo XX) es extraordinario. En particular, no por demagogia, digamos que, sin duda, el constitucionalismo mexicano en 1917

y la creación del constitucionalismo social es un aporte impresionante al constitucionalismo mundial y es algo de lo cual claramente nos podemos sentir orgullosos. Se pueden sentir especialmente orgullosos los mexicanos sin ninguna duda, pero otra vez ahí hay algo muy interesante y hay algo que también es muy problemático y es importante ver las dos caras de lo que empezó a hacerse de ese momento. Lo que se empezó a hacer, yo creo, es que se empezó a escribir una larga lista de derechos que, otra vez, es motivo de orgullo mundial. Pero también se empezó a hacer de un modo muy peculiar y un rasgo que a mí me interesó marcar en este libro, en la sala de máquinas, tenía que ver precisamente con ese punto y es que empezamos desde entonces a expandir además nuestra lista de derechos para incorporar de un modo que es bastante razonable: derechos económicos, sociales, culturales, multiculturales, derechos humanos, derechos de todo tipo de derechos de tercera generación, de cuarta generación, derechos ambientales, derecho de todo tipo.

Y posiblemente eso está muy bien, pero lo hemos hecho manteniendo intocada la organización del poder. Esto es; hemos empezado a producir desde entonces hasta hoy una modificación excepcional que básicamente lo que implica es expandir más y más los derechos de un modo, a veces exagerado, pero en líneas generales bien orientado. Pero sin modificar de modo acorde la organización del poder. Y uno puede decir “bueno, profesor, no sea tan exigente, no sea tan molesto, bastante el aporte que estamos haciendo, bastante el compromiso que hacemos expandiendo de ese modo, siendo campeones mundiales, teniendo la prioridad mundial en materia de expansión de arista de los derechos”. Es cierto, es un aporte muy importante, pero por lo que no se hizo, o sea, el no haber ajustado de manera acorde la organización del poder, ahora estamos en condiciones de precisar mejor qué es lo que significa. Eso significa, a la luz de lo que acabamos de discutir, que lo que se mantiene intocado es ese terriblemente problemático pacto liberal-conservador, el pacto elitista propio del siglo XIX, esto es lo que se mantiene intocado de la filosofía política elitista o de desconfianza democrática propia del siglo XIX.

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

Y eso tiene que ver, por lo que decíamos de cómo combinaban sus pretensiones liberales y conservadores, por ejemplo, con la preservación de un ejecutivo extraordinariamente fuerte, esto es que entonces lo que empezamos a reafirmar de una y otra vez una y otra vez desde México 1917. Fue algo extraordinario, una constitución con una lista de derechos sociales muy expandida pero también y al mismo tiempo, una lista de derechos que queda demasiado dependiente de la voluntad de un poder concentrado. Si uno lee los discursos de Venustiano Carranza en esa época inaugurando las sesiones del congreso constituyente es muy claro. Y Carranza, de modo muy lúcido y también muy auto interesado, él deja muy en claro lo que dije (en otros términos) pero básicamente el mensaje es “pueden ahora modificar todos los derechos sociales que quieran, incluir todos los derechos que quieran, pero ni se les ocurra tocar la organización del poder ni se les ocurra limitar mis poderes, mis capacidades de intervención militar o mis capacidades coercitivas”. Porque las sociedades latinoamericanas son sociedades que necesitan orden y por tanto necesitan una mano fuerte.

Entonces el mensaje del constitucionalismo latinoamericano que empieza a rodar en 1917 es un mensaje que tiene esa doble cara: la cara extraordinaria de los derechos sociales expandidos o de la lista de los derechos expandida y la cara preocupante de haber mantenido intocado el viejo constitucionalismo. Es la sala de máquinas con la puerta bien cerrada que se mantiene bajo llave ante la vieja organización del poder, del poder concentrado, del poder de la desconfianza democrática. Esa es la doble cara del constitucionalismo latinoamericano que se empieza a filmar desde entonces.

Y entonces, cuando se habla a fin del siglo XX, con el chavismo, con Correa, con tantas experiencias conocidas del nuevo Constitucionalismo latinoamericano, lo cierto es que es un nuevo constitucionalismo latinoamericano que es demasiado viejo porque es un constitucionalismo que repite la misma clave que habíamos venido insistiendo durante todo el siglo. Y esto es como si se subiera la temperatura de la lista de los derechos, más derechos todavía, bienvenidos. Pero al mismo tiempo se mantiene la sala de máquinas.

El nuevo constitucionalismo de fin del siglo XX en América latina es el viejo constitucionalismo de 1850, 1950. O sea, es una nueva versión del viejo Constitucionalismo latinoamericano. Es más, de lo viejo. Y el problema otra vez no es de lo viejo, no es que “ah bueno las tradiciones hay que echarlas todas por la borda”. No. El problema es que al no haber modificado de manera acorde la organización del poder, el riesgo que tomamos es muy alto porque ponemos en peligro la misma parte extraordinaria de la constitución que estamos reformando, que es la que tiene que ver con los derechos. Porque los derechos empiezan a ser dependientes como han sido siempre, dependientes de cómo está organizado el poder. Y si los derechos están en nuestras manos, en las manos de la ciudadanía, se puede decir “bueno, hay razones para que nosotros mismos que nos hemos concedido o nos hemos reconocido esos derechos, nos hagamos cargo de esos derechos y los llevemos adelante”. Ahora, sí el que prende el motor, quien enciende la máquina, es alguien que no soy yo, entonces el derecho empieza a depender no de mí, no de nosotros, sino de la buena voluntad del presidente de turno. Entonces los derechos empiezan a aparecer como privilegios.

Entonces no es simplemente que uno dice “bueno, profesor, pero qué exigente, por qué digamos ya hicimos una modificación extraordinaria en la parte de los derechos, ya se verá cuando nos toque reformar la otra parte. No es imprescindible modificar de modo acorde la parte de la organización del poder para poderla poner al servicio del tipo de derechos que tenemos”. Para decirlo metafóricamente de modo brutal), frente al comienzo del siglo XX, con el nacimiento de la clase obrera, es como si hubiéramos abierto una ventana de la Constitución a la clase obrera y la incorporamos a través de la lista de los derechos. Entonces, como en el Constitucionalismo mexicano reconocemos derechos laborales increíbles en la lista de los derechos, pero mantenemos las puertas cerradas de la sala de máquinas a la organización sindical o a la organización de los trabajadores o a los trabajadores autoorganizados.

En este sentido, el derecho latinoamericano no se ha democratizado. El derecho latinoamericano sigue estando montado sobre una idea de la democracia muy restringida. Y en este sentido, se acuerdan de que comenzamos hablando sobre

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

la relación de tensión entre constitucionalismo y democracia, bueno lo cierto es que nuestra organización constitucional sigue estando hoy parada sobre una idea de la democracia muy restringida. Y este no es un problema meramente teórico, este es un problema que hace comprensible, que hace entendible, porque hay este nivel de enojo que vemos en todas las sociedades. Mi país está por celebrar una elección en donde posiblemente gane el Trump latinoamericano. Y eso no es una locura propia de los argentinos o propia de los norteamericanos o propia de los que eligieron a Bolsonaro o propia de los que eligieron en Hungría a Orbán. Es propio de una sociedad enojada que no encuentra mecanismos para conversar, no encuentra el mecanismo para influir, no encuentra, el mecanismo para controlar al poder. Y entonces, en las pocas oportunidades que tiene para expresarse, quiere romper todo porque está muy enojada. Y eso, otra vez, tiene explicaciones sociales, tiene explicaciones económicas, tiene explicaciones de la desigualdad, tiene explicaciones en la miseria y en la pobreza, pero también tiene causas institucionales. Nuestras instituciones no son hospitalarias a la conversación democrática, nuestras instituciones han crecido dándole la espalda a la conversación democrática.

Entonces, yo querría empezar a concluir mi presentación y abrir un espacio para para que conversemos digamos y subrayando esta mirada, al mismo tiempo interesada, comprometida, con el constitucionalismo, pero al mismo tiempo crítica. Y convencidamente crítica, por razones críticas, por entender que el Constitucionalismo no ha dado todo lo que podía dar para ayudar a revigorizar la democracia, a revitalizar la democracia. Por el contrario, yo diría que el Constitucionalismo ha colapsado a la democracia. El Constitucionalismo ha terminado reduciendo la democracia a las meras elecciones periódicas. Hoy por hoy la participación democrática es entendido, tanto desde la izquierda política como de la derecha política, básicamente como “intervenga en las elecciones”. Entonces el conservador piensa “ah bueno, que haya la menor intervención cívica posible” y entonces digamos que la democracia se limita a lo que usted diga de cada dos años a cada cuatro años cuando vota. Y la izquierda, que quiere más democracia, dice lo mismo, simplemente que pidiendo más elecciones como ocurre hoy en este propio

país, en este propio momento cuando el propio presidente entiende que la manera de democratizar al poder judicial es elegir a los jueces y es la vieja idea antigua de democracia reducida a elecciones.

Entonces uno podría decir desde una visión de la democracia como conversación, es lo contrario. Cuando nosotros decimos “conversación democrática”, lo importante de la democracia es lo que pasa entre elección y elección. Es el poder que nos queda como ciudadanos entre elección y elección. No es participar democráticamente intervenir en una elección. Y participar más, intervenir en más elecciones, eso no es democracia. Porque yo, mañana, después de votar a un político o a un juez, ¿qué posibilidades tengo de intervenir en política institucionalmente? Nada, cero, no puedo hacer nada, no hay un instrumento institucional que yo puedo usar para reivindicar mi derecho al autogobierno. Entonces lo que pasa en nuestros países entre elección y elección es: nada. El ciudadano que ha quedado desnudo de instrumentos institucionales, en ese sentido tanto de la izquierda política como la derecha política, siguen siendo afines a una idea más que minimalista de democracia y reducida solamente a elecciones periódicas. El ciudadano queda condenado exclusivamente a intervenir dando su voto. Y por eso, cuando el ciudadano ve que no puede hacer nada, usa el voto para que explote todo, porque está enojado y porque entiende que pasado mañana o mañana mismo, cuando termine la elección, lo que puede hacer es nada.

Entonces las instituciones son en parte responsables del tipo de problema que se está creando. Y es un problema de naturaleza democrática. Conversar democráticamente es muy distinto que votar, conversar democráticamente es muy distinto que plebiscitar. Cuando en Chile, por ejemplo, se hace un plebiscito constitucional y el ciudadano queda obligado a decir sí o no a una constitución de 400 artículos, el ciudadano es insultado en términos democráticos. No es un modo de honrar el compromiso democrático con la ciudadanía. ¿por qué? porque el ciudadano tiene todo el derecho del mundo si es que se le da la gana de decir el artículo uno está muy bien, el 2 está más o menos, el 13 está mal, el 4 debería haber sido este otro. En cambio, no puedo decir nada, yo tengo que votar sí o no a un paquete cerrado respecto al cual no puedo poner un solo matiz. Entonces

LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN

conversación democrática no tiene nada que ver con la idea minimalista que hoy prima tanto en la izquierda como en la derecha, que es democracia como reducida a elección.

Es posible (y termino con esto) pensar en un horizonte distinto. O sea, no me corresponde a mí venir con la fórmula y decir “aquí está el recetario de lo que hay que hacer”. Así, lo que veo son dos señales que uno puede ver en el Constitucionalismo democrático contemporáneo. El primero es que hay una conciencia extendida de que hay un problema democrático, eso es una buena noticia: hay un reconocimiento de que los instrumentos están fallando, hay un reconocimiento de que se ha ido vaciando de a poco la democracia, hay un reconocimiento de que hay angustia democrática, hay una ansiedad democrática y un enojo ciudadano que tiene que ver, en parte, con la cuestión. Entonces se han empezado a explorar instituciones en todos lados y en forma de cambio institucional vemos asambleas ciudadanas, audiencias públicas o foros de ciudadanos que piensan reunidos en un momento determinado sobre problema determinado. Se hizo una espectacular asamblea de ciudadanos en Irlanda sobre el aborto, en Argentina mismo se hicieron experiencias de ese tipo, en Chile (en la época de Bachelet) hubo interesantes cabildos constitucionales. O sea, hay cosas en las que se pueden pensar y eso es interesante, esa conciencia extendida de que hay que buscar alternativas (y no alternativas de cualquier tipo, sino alternativas democráticas). Se está haciendo esa búsqueda. La contracara, la mala noticia de eso, es que las viejas instituciones, los viejos poderes, la vieja organización del poder y la vieja dirigencia está bien preparada, está bien capacitada y cuenta con suficientes recursos e instrumentos para bloquear esas iniciativas o para colonizarlas pasado mañana. O sea que cada una de las interesantes herramientas que han ido surgiendo en cada lado, han terminado, hasta hoy, colonizadas. Lo que hoy vivimos entonces es esta situación de disputa, como un final abierto que no sabemos bien cómo va a terminar, aunque podemos tener sospechas. Hay, por un lado, la conciencia de la angustia democrática que es importante, que lleva a la búsqueda. Y es interesante ver que, en los lugares más recónditos, Islandia, por ejemplo, que se está haciendo una búsqueda de alternativas. Y hay alternativas que sé que aparecen y que mucho

ROBERTO GARGARELLA

de lo que antes se señalaba como utopía, son hoy posibilidades que están a la vuelta de las esquinas. Podemos optar por esos caminos o no, pero están a la vuelta de la esquina. Podemos ir por allí otra vez. La contracara de eso es que los viejos poderes están bien preparados para tomar por asalto cada uno de esos cambios, entonces está en nosotros ver cómo sigue la historia.