

INV. ANGELLO PEÑA BARRIOS. LA DERROTA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. SIETE  
TESIS. 307-315. REVISTA CENIPEC. 33. 2018-2021. ESPECIAL. ISSN: 0798-9202

INV. ANGELLO PEÑA BARRIOS

**LA DERROTA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. SIETE TESIS**

Por Roberto Gargarella. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2020. Pp. 93.



Inv. ANGELLO PEÑA BARRIOS<sup>1</sup>  
*angelojavierpb@gmail.com*  
Universidad de los Andes  
MÉRIDA-VENEZUELA

Roberto Gargarella, argentino, profesor de derecho constitucional y una las mentes más críticas sobre el constitucionalismo latinoamericano, a través de siete tesis que tratan aspectos diversos -pero esenciales- de problemáticas que afronta la ciencia jurídica en América Latina, se refiere a cómo el viejo constitucionalismo liberal surgido en el siglo XVIII con las revoluciones francesa y norteamericana, se encuentra en una crisis “difícilmente reparable” (2020: 11), lo cual es preocupante partiendo de que las constituciones de esta región desde sus inicios han sido diseñadas bajo ese “molde”. Esto se hace a partir de un análisis del sistema constitucional como aspecto estructural de las instituciones, desde el cual se resalta la imagen elitista que desde sus inicios ha tenido el viejo constitucionalismo y que sería “responsable” de problemas como la desigualdad, injusticia y desintegración social de las comunidades.

Mediante razones constitucionales se demuestra el fracaso del viejo constitucionalismo en siete tesis, que son: Deterioro de la representación política: una crisis irreversible; Degradación del sistema de controles (y del control judicial, en particular); Lo que el voto, por sí solo, no puede lograr; La “disonancia democrática” y el quiebre interno de la constitución: constituciones con “dos almas”; La autonomización de las élites de gobierno en contextos de “erosión democrática”; La “conversación entre iguales” como ideal regulativo y la traducción de principios en instituciones y; La ética personal en contextos de radical desigualdad (con una coda sobre la ética de la abogacía y su sensibilidad hacia el poder).

La primera tesis es desarrollada por el autor de una manera que destaca cómo las recetas del viejo constitucionalismo no son suficientes para remediar los problemas actuales. Al principio del constitucionalismo los *checks and*

<sup>1</sup> Investigador adscrito al Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324>.

*balances* se pensaron para sociedades relativamente homogéneas y con controles del poder, tanto a la mayoría como a la minoría que señala en su momento Hamilton, los cuales permitían dirimir institucionalmente las controversias existentes. En la actualidad, sin embargo, esas recetas del viejo constitucionalismo se enfrentan a obstáculos muy complejos como las sociedades heterogéneas y multiculturales compuestas por centenares de grupos impregnados de la diversidad que quiebran el sentido original de pacto social. De esa forma, el viejo constitucionalismo tiene un “traje chico (...) absolutamente incapaz de abarcar al cuerpo que pretende abrigar” (2020: 19). Otro aspecto interesante que resalta el autor, es que esta crisis se agrava por funcionarios “corruptos” (2020: 19) y elegir mejor en los procesos electorales no es suficiente, ya que es necesario un andamiaje de herramientas institucionales que permitan tomar mejores decisiones y, más aún, controlar el poder.

La segunda tesis se refiere a los obstáculos que afronta el modelo clásico de control del poder y el funcionamiento del aparato institucional. Así, se refiere a controles internos y externos que fueron pensados como una obra de imaginación constitucional por los “padres” del constitucionalismo moderno, entre otros, James Madison y Alexander Hamilton. Sobre los controles internos del poder, se hace referencia especial al poder judicial y sus problemas para operar, como lo son:

La independencia judicial se pensó para que un grupo reducido de personas bien capacitadas y técnicas tomen las decisiones en el poder judicial, desechando así procesos de reflexión colectiva. La independencia pensada se relacionaba con una preparación y selectividad que permitía inclusive alejarse de la ciudadanía, tanto en la designación de los jueces, como naturaleza del cargo y su permanencia en él. Otros de los aspectos que no se pensaron en el momento fundacional del constitucionalismo, señala el autor, se refieren a la independencia de los jueces inferiores de los superiores y la independencia de la justicia de las ramas políticas del poder, lo cual resulta sin dudas un problema actual en los sistemas institucionales.

La “dificultad contramayoritaria” es un aspecto célebremente destacado por Alexander Bickel, que se refiere a la poca legitimidad democrática que tienen los jueces para frenar la voluntad de poderes propiamente políticos, como el legislativo, ante asuntos que conciernen a la constitucionalidad. Problemas a los que se enfrentan los defensores del control judicial, es sobre hasta qué punto el

texto constitucional debe entenderse como expresión del pueblo (especialmente constituciones viejas como las de Estados Unidos) y por qué los jueces son los elegidos para interpretar el texto constitucional y no otros órganos del poder.

Un aspecto preocupante es la interpretación del texto constitucional, puesto que los textos normativos en su interpretación *per se* implican problemas. Si las normas jurídicas fueran fáciles de interpretar no existiría dificultad contramayoritaria, sin embargo, los seres humanos están llenos de diferencias y eso no es posible. Gargarella se refiere a otras formas menos agresivas de afrontar asuntos cuando una ley contradice la constitución, derivada del derecho comparado, como lo son: la fórmula del reenvío, la intervención de órganos de representación popular y la cooperación de la ciudadanía en la interpretación constitucional. En ese sentido, los problemas de interpretación de textos normativos no tienen respuesta clara, sobremanera en asuntos controvertidos como el aborto. No hay acuerdos sobre cómo interpretar la Constitución y eso hace que el intérprete escoja lo que más le conviene, según su “preferencia o necesidad” (2020: 32). Inclusive, tomando teorías de interpretación jurídica como las de originalistas y evolucionistas es una forma de destacar la manera en que se pueden tomar decisiones completamente diferentes sobre los problemas públicos.

Los rasgos motivacionales en la función judicial, saber quiénes son y de dónde vienen los jueces, es fundamental para entender el tipo de decisiones que tomará el poder judicial y así saber si favorecerá o desmantelará el control del poder. Por otro lado, la falta de diversidad de personas en el poder judicial impacta negativamente en la protección de los derechos de grupos minoritarios de la sociedad, por lo cual, es indispensable en este punto motivar la inclusión de grupos como los afrodescendientes y mujeres en los juzgados, a pesar de que se diga que el poder judicial debe ser “no representativo” (2020: 35).

La tercera tesis resalta la insuficiencia del voto en la democracia constitucional, siendo el voto un control exógeno o “popular” del poder. El derecho al sufragio afronta para Gargarella tres problemas: a) existe una “dilución” del voto para una mayoría de cargos públicos, puesto que la votación no se produce “persona por persona”, sino en relación a un conglomerado de personas, lo que dificulta premiar o sancionar al representante por lo que ha hecho o dejado de hacer en la función pública; b) hay una “extorsión” democrática en la forma tradicional

en que se piensa el voto, ya que un solo voto no es suficiente para expresar las opiniones o sentido crítico que un ciudadano puede tener, es decir, puede estar de acuerdo y en desacuerdo con determinado candidato, sin embargo, por la forma en que está diseñado el voto no es posible decir sí y no al mismo tiempo y; c) el sistema institucional descansa en el autointerés y desecha la virtud cívica, creando un conjunto de élites en el poder que persiguen su propio interés y se desvinculan del electorado.

La cuarta tesis destaca los problemas estructurales del viejo constitucionalismo -como creación de un grupo minoritario de la sociedad- resultando en desigualdades sociales y económicas de su tiempo que fueron el espejo de “desigualdades constitucionales” (2020: 52). En la región latinoamericana la desigualdad constitucional fue cambiando paulatinamente con modificaciones en aspectos como la universalización del sufragio y la intervención medida del Estado en la economía para garantizar derechos sociales, sin embargo, señala el autor que estos cambios en las constituciones impactaron solamente en la parte de la declaración de derechos y no sobre la organización del poder. Así, mientras las declaraciones de derechos se alineaban con cambios profundos, la organización del poder se mantuvo alineada con el viejo modelo, teniendo cabida lo que Gargarella célebremente plantea como “constituciones con ‘dos almas’” (2020: 55). Mientras que la parte dogmática de la constitución tomaba un camino, la parte orgánica o “sala de máquinas” tomó un camino diametralmente opuesto y *vis à vis* la constitución en su contenido cuenta con disposiciones que son progresistas en el aspecto de los derechos, pero en el ámbito del poder se estructura bajo el viejo modelo autoritario hiperpresidencialista.

La quinta tesis se refiere a cómo las élites dirigentes en el poder, mediante la erosión democrática, utilizan el poder a su cargo para desarticular el sistema institucional de controles internos y perforar las barreras democráticas de forma sutil (en comparación a formas violentas y extremas como golpes de estado) inclusive, apoyados en la legalidad. Se plantea el quehacer de los gobernantes para superar la estructura de controles y la utilización de los propios métodos de control de forma desvirtuada y desnaturalizada para resquebrajar la democracia constitucional. Esto va entrelazado con la búsqueda de beneficios individuales que se alejan de los asuntos comunes o de interés para la mayoría de la sociedad.

La sexta tesis se refiere a un tópico muy propio del autor que es la “conversación entre iguales” y el sistema institucional. Se tratan los principios de autonomía individual (cada persona es libre de tomar sus decisiones) y autogobierno colectivo (cada comunidad decide su propio destino) como pilares que deben reconocerse en cualquier texto constitucional. La conversación entre iguales que plantea el autor retoma las ideas de Jürgen Habermas, en el sentido que las personas deliberan desde plano de igualdad moral para intercambiar opiniones que son importantes para todos, en la cual, la conversación no termina con subordinación hacia una opinión determinada y premeditada, como ocurre en los “sistemas hiperpresidencialistas” (2020: 69). Esta conversación entre iguales, además es inclusiva y contiene la mayor parte de afectados por problemas que aquejan a las comunidades.

Otro de los problemas que afronta el sistema institucional es la “pérdida de rumbo”, por la manipulación de sectores de poder para satisfacer objetivos coyunturales como la reelección indefinida. La autonomización de ciudadanía por parte de las elites en el poder, genera abuso de poder y corrupción porque no hay decisión ni control de la sociedad sobre los asuntos públicos. La crisis de representación política ante sociedades multiculturales, no se soluciona con reformas cosméticas, sino con la invención de instituciones que permitan consultar a la sociedad cada vez que sea posible, como lo es por ejemplo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que exige consulta a los grupos indígenas sobre políticas públicas o decisiones en materia económica que les afecten. Cabe agregar, el autor señala que los cambios necesarios para atenuar estos problemas que enfrentan las instituciones, no exigen “previa concreción de una reforma constitucional profunda (ni siquiera una reforma constitucional)” (2020: 79), lo cual es importante porque en el momento que la sociedad requiere introducir cambios en su sistema institucional -en no pocas oportunidades- es neutralizada por el *status quo* político y la dificultad de realizar cambios constitucionales.

La séptima tesis se refiere a cuestiones de ética personal y en especial, en la abogacía para controlar el poder. Gargarella señala que “toda la estructura institucional está preparada para favorecer la discrecionalidad, el abuso y el propio beneficio de quienes gozan de poder político y económico” (2020: 83) y ante ese panorama desalentador pero real, la sociedad civil juega un papel relevante

para su control. También, se refiere a un punto muy interesante sobre las desigualdades en el sistema de justicia penal planteando que, cuando los acusados son personas de escasos recursos económicos cuentan con los “peores” abogados y, en contraste, si fuera una persona con altos recursos que puede contar con un abogado “notable”, tiende a evitar la aplicación de la ley o librarse de cualquier condena. Ante eso el autor se refiere al desprestigio del derecho “cuyas prácticas cotidianas promueven la legalización de actividades ilegales y asegura la impunidad de sectores dominantes” y piensa que el derecho puede trabajar “a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos” (2020: 88).

La derrota del derecho en América Latina mediante sus siete tesis, describe en gran parte el fracaso del derecho en Venezuela, quizás en la forma más violenta, evidente, trágica y extrema posible. Venezuela padece una crisis sin precedentes en la región, cuyos sucesos han implicado preguntarse sobre el fracaso del diseño constitucional de 1999 o su inaplicación en el ordenamiento jurídico, el declive de las universidades en la enseñanza del derecho, el culto al derecho positivo mediante pensamientos que consideran que el derecho se reduce a la ley y por tanto debe obedecerse (*dura lex sed lex*), los altos índices de corrupción en el sistema de justicia, los bajos índices de independencia judicial y violaciones masivas de derechos humanos.

El fenómeno de la erosión democrática y la superación de controles internos y externos del poder se presenta en este caso, en que las elites gobernantes promovieron con éxito enmiendas “constitucionales” en 2009, estableciendo la reelección indefinida de determinados cargos de elección popular, entre ellos el del Presidente de la República, agravando así el hiperpresidencialismo. No obstante que la reelección indefinida de cargos de elección popular ya había sido rechazada previamente en 2007 mediante una propuesta de reforma constitucional.

La elite gobernante ha logrado ocupar prácticamente todos los espacios del poder público en forma paulatina, tal como se puede destacar en el poder judicial. Cuando el poder judicial tuvo una relativa independencia de las otras ramas del poder, los poderosos mediante la utilización de mecanismos legales -y desvirtuándolos- reformaron la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia



para aumentar el número de magistrados y así tener una mayoría a su favor al momento de tomar decisiones. Así se desvaneció la independencia del poder judicial y se controló un órgano del poder tan importante como la Sala Constitucional que es quien, ni más ni menos interpreta la constitución. Esto se acentuó en el año 2015 en que se burlaron los mecanismos internos y externos de control y se seleccionaron magistrados que correspondían a la Asamblea Nacional del periodo 2016-2020.

La dificultad contramayoritaria de los jueces y la interpretación de la constitución han sido un factor clave en la derrota del derecho de Venezuela. Mediante múltiples sentencias se ha interpretado cualquier cosa como “constitucional”, como se puede destacar en sentencias N° 7 de 11.02.2016, N° 155 y 156 de 28 y 29.03.2017, N° 378 de 31.05.2017 y N° 1 de 8.01.2019. Estas sentencias trastocaron puntos claves de las instituciones que componen el Estado constitucional, destacando la flexibilidad que en un punto tienen los jueces y sobre lo cual hay que reflexionar: ¿Hasta qué punto los jueces pueden intervenir en la labor parlamentaria? ¿Cuáles son los límites en la interpretación de la constitución? ¿Ante quién rinden cuentas los jueces? Todos estos elementos -y otros- convergen para una situación catastrófica del sistema justicia en que la ética personal, en especial de los abogados, ha sido suprimida a cambio de beneficios personales.