

# La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general\*\*

## The Aggregation Strategy in Constitutions and the Absence of a General Will

### RESUMEN

La tesis de la agregación, formulada por Gargarella, sostiene que las constituciones latinoamericanas tienen el rasgo común de agregar intereses de los ciudadanos por medio de cláusulas contradictorias que no dan una respuesta unívoca a las cuestiones constitucionales. La ambigüedad favorece a las élites que dominan la organización política y pueden resolver las tensiones en su favor. En este artículo sostengo que la tesis de Gargarella se puede dividir en la *tesis de la ambigüedad* constitucional y la *tesis de la adjudicación de la ambigüedad*. Con fundamento en esta distinción se muestra que la falta de coherencia sistémica constitucional (ambigüedad) no es un defecto fatal, en cuanto la interpretación judicial y el desarrollo legal pueden armonizar el conflicto normativo. Se presenta un contraste con el derecho internacional, en el que la tesis de la interdependencia permitió hacer compatibles diversas generaciones de derechos. Se argumenta que la adjudicación entre intereses en conflicto en el nivel constitucional puede ser mediada por un procedimiento democrático que, por sus cualidades epistémicas, facilita la identificación de un bien común que puede hacer coherente el sistema constitucional. Esta visión se desarrolla con fundamento en la distinción entre la voluntad general y la voluntad de todos de Rousseau.

\* Profesor de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Ph.D en Filosofía y máster en Teoría Jurídica de la Universidad de Bristol (UK). Contacto: [hectord.rojas@urosario.edu.co](mailto:hectord.rojas@urosario.edu.co) ORCID: 0000-0002-3226-0339.

\*\* Recibido el 13 de mayo de 2020, aprobado el 1.º de diciembre de 2020.

Para citar el artículo: ROJAS, H. D. *La estrategia de la agregación en las constituciones y la ausencia de una voluntad general*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 199-213.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.11>

## PALABRA CLAVE

Democracia, constitucionalismo, gobierno, Latinoamérica, legitimidad, Rousseau.

## ABSTRACT

The aggregation strategy, as formulated by Gargarella, asserts that Latin-American constitutions have a common trait: they aggregate the interest of those who enact the text in contradictory clauses that fail to provide unique answers on constitutional matters. Elites benefit from ambiguity because they are able to have control over the political organization and solve tensions in their favour. This article argues that the accumulation strategy has two components, to wit, an ambiguity thesis and an ambiguity adjudication thesis. This distinction is drawn to show that the lack of constitutional systemic coherence is not a fatal flaw because judicial interpretation and laws can harmonize the conflicting norms. This is exemplified with the case of international law, in which the interdependence thesis enables different generations of rights to fit together. Finally, I argue that adjudication among conflicting interests is an activity that can be mediated by a democratic procedure with epistemic qualities that is able to identify a common good as a ground for constitutional systemic coherence. This view is based on Rousseau's distinction between the general will and the will of all.

## KEYWORDS

Democracy, constitutionalism, government, Latin America, legitimacy, Rousseau.

## SUMARIO

Introducción. 1. La tesis de la ambigüedad constitucional y la tesis de la adjudicación de la ambigüedad. 2. La insuficiencia de la tesis de la ambigüedad constitucional. 2.1 El argumento del desarrollo y la integración constitucional. 2.2 El argumento de la agregación en el derecho internacional. 3. La voluntad de todos y la voluntad general. 3.1. El concepto de voluntad general. 3.2. El argumento del proceso epistémicamente favorable. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

Gargarella afirma que en las constituciones latinoamericanas hay una propensión a incluir cláusulas que resultan contradictorias entre sí. Lo anterior,

en su opinión, es el resultado de una estrategia que busca acomodar los intereses de la ciudadanía en un mismo marco jurídico para lograr consensos, sin atender a la coherencia y armonía del sistema. Gargarella denomina a esta tendencia la estrategia de la *agregación*<sup>1</sup>. Según el argumento, estas constituciones no ofrecen un catálogo amplio y neutral, sujeto a diversas interpretaciones que deberán ser resueltas en el escenario judicial o político, sino que también incluyen reglas estructurales sobre la distribución del poder que tienden a favorecer una interpretación parcializada del sistema jurídico. El objetivo del presente escrito es aplicar un método hermenéutico comparativo para evaluar la estrategia de la agregación a luz de la teoría de la voluntad general de Rousseau. Esta interpretación mostrará que hay razones para superar el déficit democrático, como mecanismo de toma de decisiones, no con la finalidad de balancear las fuerzas de las partes cuyos intereses están en conflicto en el escenario constitucional, sino con el objeto de contar con un instrumento epistémico que permita identificar un orden constitucional con coherencia sistémica.

En la primera sección del documento se presenta la estrategia de la agregación de Gargarella, mostrando que esta puede ser subdividida en dos componentes, a saber, la tesis de la *ambigüedad constitucional* (falta de univocidad) y la tesis sobre la *adjudicación de la ambigüedad* (parcialidad en la interpretación y aplicación de las normas). La distinción se presenta para argumentar que esta última tesis tiene prioridad sobre la primera, es decir, mecanismos adecuados de adjudicación pueden conducir a una armonía sistémica constitucional. En la segunda sección se adelanta un argumento para mostrar que la tesis de la ambigüedad no es explicativa por sí sola, en cuanto las inconsistencias en las cláusulas constitucionales pueden ser exacerbadas, pero también resueltas, por la interpretación judicial o el desarrollo legal y administrativo de dichas normas. Así mismo, se muestra que la ambigüedad es un fenómeno que también tiene lugar a nivel internacional en las declaraciones de derechos en lo atinente a la compatibilidad entre derechos civiles y políticos y derechos sociales y económicos. No obstante, en el campo internacional no surge el problema de la adjudicación, pues son los sistemas jurídicos domésticos los que estructuran un modelo de Estado en que se hace el balance sobre estos derechos. En la última sección se hace una breve presentación del concepto de voluntad general de Rousseau, para mostrar que el tránsito de la voluntad de todos a la voluntad general está mediado por un procedimiento de democracia directa que tiene virtudes epistémicas para identificar el bien común. El objetivo es argumentar que en Latinoamérica es el déficit epistémico de los mecanismos de legislación y adjudicación, que

1 GARGARELLA, R. *Constitution Making in the Context of Plural Societies: The "Accumulation Strategy"*. En ELSTER, J.; GARGARELLA, R.; NARESH, V. y RASCH, B. R. (eds.), *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 18-19.

se refleja en la inequitativa distribución del poder público, lo que impide la consolidación de una unidad cívica fundada en una visión del bien común. En este sentido, la falta de coherencia en la constitución puede ser el efecto de una limitación cognitiva insuperable bajo un contexto asimétrico de distribución del poder. Esta es una propuesta interpretativa de la interesante y compleja visión de Gargarella sobre la materia.

#### 1. LA TESIS DE LA AMBIGÜEDAD CONSTITUCIONAL Y LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN DE LA AMBIGÜEDAD CONSTITUCIONAL

Entre las diferentes tensiones que tienen la mayoría de las constituciones latinoamericanas resulta esencial el reconocimiento de un equilibrio de poderes como valor fundamental, que a su vez se ve afectado por el exacerbado presidencialismo propio de la tradición jurídica constitucional de la región. Esta contradicción juega un rol importante en el argumento de Gargarella<sup>2</sup>, porque parece que se puede derivar de ella una técnica transversal para garantizar la prevalencia interpretativa de las élites. La estrategia consiste en permitir que los intereses de los más vulnerables queden plasmados en el texto constitucional, pero con la garantía de una organización del poder público sobre la que se puede ejercer dominación para determinar la jerarquía de los intereses de una clase. En ese sentido, no importa qué platos oferte el menú, siempre y cuando se mantenga el control sobre qué se terminará sirviendo en la mesa.

Conforme a lo anterior, el argumento de Gargarella puede sustentarse en al menos dos tesis, a saber, la *tesis de la ambigüedad constitucional* y la *tesis del dominio sobre la adjudicación de la ambigüedad*. La primera consiste en la identificación de un rasgo común en los textos constitucionales latinoamericanos, esto es, la falta de precisión sistémica y de coherencia entre sus postulados. La segunda hace referencia a que existen reglas o métodos asimétricos para disolver la ambigüedad, es decir, las instancias de poder que definen cómo resolver los conflictos constitucionales están parcializadas. Esto queda ejemplificado en la reflexión de Gargarella sobre las inconsistencias entre las cláusulas en favor del libre mercado y los fuertes compromisos sociales y económicos presentes en las constituciones de Colombia y Perú<sup>3</sup>. Indica el autor que no se trata simplemente de cláusulas abiertas a ser interpretadas, sino que, en virtud de la forma de la organización del poder público que las acompaña, ya hay una inclinación a favorecer las interpretaciones en favor del mercado.

Sin duda, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la transparencia e incluso de la justificación política, es preferible tener un sistema constitu-

2 *Ibid.*, 28.

3 *Ibid.*, 25.

cional consistente, coherente, unívoco y armonizado. No obstante, debido a la falibilidad de las asambleas constituyentes y de los jueces constitucionales, los ordenamientos jurídicos están sujetos a no alcanzar un grado de coherencia absoluta. Para atender estos déficits se suele acudir a reglas para resolver las antinomias o jerarquías en la adjudicación interpretativa que dan una ordenación al conjunto de normas. Sin embargo, la crítica de Gargarella<sup>4</sup> penetra más profundo, ya que advierte que en los textos constitucionales de la región no hay tan solo una falla en la técnica jurídico-constitucional, sino una estrategia para dar una apariencia de que el sistema toma en consideración los intereses de todos, cuando en realidad la distribución de poder ya ha generado una parcialidad hacia un entendimiento de la constitución que anula y desconoce intereses fundamentales de los marginados. En otras palabras, es una falla intencionada de lo que Bentham denominó la *nomografía* o el arte de hacer las normas<sup>5</sup>. Las imperfecciones de la ambigüedad, la inconsistencia lógica, la oscuridad, la redundancia e incluso el desorden no son meros defectos atribuibles a limitaciones cognitivas o de técnica en la redacción; por el contrario, sirven un propósito ideológico.

Surge la pregunta, entonces, de si la objeción de Gargarella reposa en la *tesis de la ambigüedad*, en la *tesis de la adjudicación* o en ambas. ¿Bastaría con modificar la organización del poder para evitar que la judicatura y el parlamento tiendan a componerse de élites conservadoras, y con menguar el presidencialismo para que la ambigüedad constitucional no resulte perjudicial, o hay que aspirar a la plena coherencia constitucional? ¿Si se dan las condiciones para un ejercicio democrático del poder público no podrían los procesos legislativos, el control constitucional y las instancias de formulación de políticas públicas resolver las antinomias constitucionales generando una ordenación de los valores confrontados cimentada en la idea de bien público?

La propuesta que se sugiere acá es que la tesis de la adjudicación es la que tiene un mayor peso explicativo. Con influencia del concepto de voluntad general de Rousseau se puede construir un argumento en favor de una adecuada distribución del poder público como una precondition para encontrar la coherencia constitucional sustancial. La idea, a grandes líneas, es que una mera agregación de intereses puede ser transformada en un cuerpo político tendiente al mantenimiento del interés público, pero dicha transición debe estar mediada por un procedimiento para la toma de decisiones. Para Rousseau, frente a las limitaciones epistémicas para identificar el bien común, lo que puede ser causa de ambigüedad e incoherencia, hay que establecer un mecanismo que, al adjudicar, tienda también a identificar la solución acertada con un grado aceptable de probabilidad. En otras palabras, la tesis de la

4 *Ibid.*, 25.

5 BENTHAM, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 17.

adjudicación tiene prioridad sobre la de la ambigüedad, pues una adecuada distribución de la capacidad para ser coautores del ordenamiento jurídico es la precondition para tener un mejor acceso epistémico al bien común, sobre el cual se deben estructurar los términos constitucionales de cooperación y su posterior desarrollo a nivel legal y jurisprudencial.

Antes de exponer este punto plenamente, se presenta en la próxima sección un argumento para mostrar que la tesis de la ambigüedad por sí sola no es necesariamente objetable. Es decir, encontrar una constitución con cláusulas que no se acomodan fácilmente entre sí no representa un problema insalvable y puede ser una consecuencia de una asociación política pluralista. Esto, lejos de ser una crítica a Gargarella, quien es explícito respecto a la relevancia de lo que aquí se ha denominado como la tesis de la adjudicación, es un esfuerzo para aclarar el argumento y sus alcances. En esta línea se ofrece una interpretación que, partiendo del diagnóstico de este autor, pretende indagar por las posibilidades de responder a las dificultades identificadas.

## 2. LA INSUFICIENCIA DE LA TESIS DE LA AMBIGÜEDAD CONSTITUCIONAL

### 2.1. *El argumento del desarrollo y la integración constitucional*

Uno de los riesgos de enfocarse en la *tesis de la ambigüedad* está en que muchas veces la relación entre normas constituciones resulta conflictiva en función del desarrollo que posteriormente se les da a nivel legal y reglamentario. Las disposiciones sobre el libre mercado, por ejemplo, pueden llegar a comprometer la realización de las metas sociales del Estado, como afirma Gargarella<sup>6</sup>. No obstante, son múltiples las interpretaciones posibles de dichos enunciados normativos. Hay concepciones de la estructura del Estado, de una fuerte naturaleza igualitaria, que, en lugar de prescindir del mecanismo del mercado, lo incorporan a un sistema de reglas de diferente índole que corrigen las tendencias acumulativas, por ejemplo, por medio de las normas tributarias. Los mercados y las metas sociales pueden ser abarcados por diferentes modelos, como un socialismo de mercado, un Estado de bienestar o una democracia de propietarios, mostrando que, más que tensión, lo que existe es una complementariedad en la que se aprovecha la eficiencia de la ubicación de recursos productivos por medio de los mercados, pero no se deja que las distribuciones finales dependan exclusivamente de los resultados que ellos arrojan<sup>7</sup>. Los mercados pueden operar en un contexto

6 GARGARELLA. *Constitution Making in the Context of Plural Societies*, cit., 25.

7 Sobre estos modelos de Estado, véase RAWLS, J. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, 249-256. Una exploración más profunda sobre el modelo de una democracia de propietarios puede encontrarse en O'NEILL, M. y WILLIAMSON, T. *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2013.

jurídico y social que garantice una amplia dispersión de la propiedad, que limite la transmisión hereditaria de la riqueza, que imponga una equitativa tributación al patrimonio, que garantice una provisión pública de servicios públicos, entre otras medidas.

Por supuesto, el riesgo del que advierte el argumento de Gargarella<sup>8</sup> es que, lejos de haber una intención de armonización entre los extremos en tensión, los polos se constituyen en cláusulas de escape. En el momento en que las demandas sociales exigen ser satisfechas, los mercados no son vistos como instrumentos justificables en la medida en que sean conducentes al bienestar y la igualdad ciudadana, sino como el escenario de realización de libertades que serían amenazadas por las políticas redistributivas. No obstante, de la simple lectura de una constitución que reconoce un conjunto de derechos sociales y económicos, bajo un sistema de mercado, es difícil determinar si hay una estrategia de escape o si es posible una armonización exitosa. Será el posterior desarrollo que se les dé a esas cláusulas a través de la interpretación constitucional, de las leyes y de las políticas públicas lo que permitirá determinar si en el fondo se trata de una agregación hipócrita. Por supuesto, la forma de organizar el poder público y la distribución del poder político pueden dar indicios al respecto.

## *2.2. El argumento de la agregación en el derecho internacional*

Un segundo punto que puede mostrar que la ambigüedad no es necesariamente un defecto se hace evidente al mirar el contexto internacional. La preocupación por proferir normas o declaraciones con contenidos disímiles que generan fuertes tensiones no aplica exclusivamente al contexto de las constituciones latinoamericanas, sino que tiene un paralelo en las declaraciones de derechos humanos del siglo XX que surgieron en el contexto de las divisiones ideológicas de la Guerra Fría. En esta coyuntura, la división de los derechos en generaciones y la proliferación de declaraciones obedeció a los temores de establecer catálogos de derechos que fueran disruptivos respecto de las visiones domésticas sobre la justicia y la política.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no hizo una distinción entre generaciones de derechos, pero las positivizaciones posteriores se encargaron de establecerla. En 1966 se suscribieron dos pactos separados consagrando los derechos según generaciones: por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y por el otro, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El motivo histórico de tal separación fue el contexto de la Guerra Fría. Estados Unidos se resistió a aceptar los derechos sociales y económicos, acusándolos de ser cláusulas comunistas (rojas). Los derechos civiles y políticos, por el contrario,

8 GARGARELLA. *Constitution Making in the Context of Plural Societies*, cit., 25.

eran fácilmente aceptados como derechos humanos por los Estados Unidos, pues repetían en gran medida sus declaraciones internas y mantenían la concepción clásica de reconocer ciertos derechos inalienables que imponen límites a la actuación del Estado. En palabras de Keller: “*The reluctance of the United States government to embrace economic and social rights stems, in part, from a belief that they are not truly human rights, but rather radical entitlements initially advocated by Soviet bloc countries as a strategy of the Cold War*”<sup>9</sup>. La división de los derechos humanos en generaciones no tuvo la finalidad exclusiva de proporcionar una clasificación teórica, sino que se fundamentó en una pretensión de jerarquizarlos. La división tiene la pretensión práctica de determinar el grado de aplicabilidad y de importancia de estas garantías.

Esta división ha intentado ser superada por medio de la tesis de indivisibilidad de los derechos humanos, según la cual los derechos de diversas generaciones soportan a otros debido a que permiten o facilitan su funcionamiento y estabilidad. Los derechos que fueron consagrados en pactos separados requieren para su plena satisfacción que se realicen en su totalidad, pues una privación respecto a un derecho impactará el goce efectivo de los demás. Esta visión fue prontamente adoptada en algunas declaraciones; así por ejemplo, el 13 de mayo de 1968, en el marco de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, los representantes de 120 países aprobaron por consenso un pacto que en su considerando número 13 dispuso:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social<sup>10</sup>.

Así mismo, los Principios de Limburgo, que tuvieron por finalidad aclarar el alcance y la naturaleza de las obligaciones derivadas del PIDESC, establecieron en el principio número 3:

Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales<sup>11</sup>.

9 KELLER, L. *The American Rejection of Economic Rights as Human Rights and the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?* EN *NYS Journal of Human Rights*. Vol. 19, 2003, 557.

10 Naciones Unidas, Asamblea General. Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Teherán, 13 de mayo de 1968.

11 Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Maastricht, 1986.



Estos instrumentos se enuncian tan solo para ejemplificar el argumento. En el derecho internacional también surgió un debate sobre declaraciones con contenidos que en su contexto histórico parecían incompatibles. Lejos de sacrificar unos derechos en favor de otros, se hizo un esfuerzo conceptual e interpretativo por mostrar su interdependencia para superar las tensiones. Ahora bien, hay una diferencia fundamental que se debe señalar respecto al ámbito internacional y el doméstico, que hace que el argumento de Gargarella sea supremamente relevante. Las declaraciones de derechos no especifican nada sobre la organización administrativa y la distribución del poder político, ya que esto depende de la normatividad interna. En otras palabras, si se pudiera afirmar que el derecho internacional también adolece de las ambigüedades e incompatibilidades del derecho interno, sobre ellas no cabe la suspicacia de que son agregaciones de intereses llamados a ser parcializados por la forma de organización del poder público. Esto muestra que la *tesis de la adjudicación de las ambigüedades* es el verdadero trasfondo de la estrategia de la agregación. El problema surge donde se establecen instancias para resolver los conflictos sobre visiones constitucionales entre ciudadanos.

### 3. LA VOLUNTAD DE TODOS Y LA VOLUNTAD GENERAL

Habiendo presentado un argumento negativo para poner en evidencia lo insuficiente que resulta la tesis de la ambigüedad, se desarrolla en esta sección un argumento positivo que muestra la prioridad del problema de la adjudicación. Para empezar, se debe indicar que la tesis de Gargarella<sup>12</sup> hace pensar en la distinción de Rousseau entre la “*voluntad de todos*” y la “*voluntad general*”. Una asociación política debe aspirar a crear una sujeción común a una voluntad que emane de todos y aplique a todos, pero que no consista en una mera sumatoria de las voluntades particulares de los asociados, sino en la voluntad conjunta de promover el bien común. Un cuerpo político formado por la voluntad de todos será apenas un *modus vivendi*<sup>13</sup>, un equilibrio más o menos estable en el que las partes pueden prever que la sujeción a una autoridad común resulta más ventajosa en comparación con un escenario no cooperativo. El problema con este tipo de asociación es que no garantiza que sus miembros permanezcan libres, ya que la estructura política y jurídica replicará las dominaciones de base, y más allá de la estabilidad que pueda tener el sistema, los términos cooperativos subordinarán a ciertos sujetos al arbitrio de aquellos con mayor poder.

12 La relación con Rousseau es sugerida por Gargarella pero no es plenamente explorada en GARGARELLA. *Constitution Making in the Context of Plural Societies*, cit., 25.

13 Para una explicación sobre este concepto, véase POGGE, T. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

Encuadrar el argumento de Gargarella en los conceptos de voluntad formulados por Rousseau permite hacer una interpretación según la cual las constituciones de la región adolecen del compromiso de un sometimiento general a un bien común. El concepto de voluntad general es el recurso empleado por Rousseau para reconciliar el ejercicio del poder público con la autonomía individual. El reto consiste en demostrar que estar sujeto a un mandato externo, manifestado a través del sistema público de leyes y soportado por el aparato coercitivo del Estado, no vulnera la independencia de los súbditos. En la siguiente sección se presenta un breve desarrollo del complejo concepto de voluntad general, que no busca ser exhaustivo, sino proporcionar las bases para interpretar la tesis de la agregación.

### 3.1. *El concepto de voluntad general*

Con el objetivo de contextualizar el marco conceptual se presenta un muy breve y esquemático desarrollo de la visión de Rousseau para mostrar la interrelación con la estrategia de la agregación. Para el autor del *Contrato social*, fuera de la esfera política el hombre ve amenazada su independencia en virtud del crecimiento desbordado y desproporcionado de sus deseos, muchos de ellos solo originados en el afán de prestigio que alimenta el amor propio<sup>14</sup>. Esto, junto a la división del trabajo, que condena a los hombres a no poderse proveer a sí mismos, son las causas devastadoras que la sociabilidad le impone a la libertad. Si el salvaje gozaba su independencia gracias a la adecuación entre sus poderes y sus deseos, el hombre socializado se arroja a un mar de preferencias artificiales que solo pueden ser satisfechas por sus congéneres<sup>15</sup>. Según el argumento de Rousseau, se trata de un progresivo descenso en el que el hombre, en virtud de su capacidad de perfectibilidad, puede desarrollar instrumentos para satisfacer sus necesidades, con la desventaja de que esa capacidad técnica generara nuevas necesidades que a su vez requerirán nuevos mecanismos para ser satisfechas<sup>16</sup>. En esta dinámica la sociedad cumple el rol de ser un sistema omnilateral de satisfacción de necesidades, pero también de fuente de nuevas preferencias que alteran sus inclinaciones naturales. La sociedad crea una desproporción en el hombre que causa que sus fuerzas sean insuficientes, y eso es causa de su infelicidad.

Frente al diagnóstico pesimista de la condición socializada del hombre, Rousseau explora maneras de aliviar estas consecuencias, bajo el supuesto de que ya no es posible transitar de regreso al estado de naturaleza y de que

14 ROUSSEAU, J.-J. *Emilio o de la educación*. Madrid: Alianza, 2017, 121.

15 ROUSSEAU, J.-JACQUES. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Alianza, 2012, 154-157.

16 Para un recuento del argumento, véase GAUTHIER, D. *Rousseau: The Sentiment of Existence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ello tampoco sería deseable. La educación, por ejemplo, es uno de los mecanismos para mitigar los efectos de esa falta de libertad<sup>17</sup>. Si se cultiva al menor para que sea proclive a las pasiones que le avienen naturalmente y se evita que la sociabilidad y la imaginación forjen en él un carácter en el que sus deseos sean excesivos y su estima sea dependiente de la opinión ajena, entonces la civilización no puede corromperlo enteramente.

Otra opción es la mutua sujeción a un cuerpo político que actúe como una unidad cívica guiada por la voluntad general. ¿Pero cómo sujetarme a una autoridad política puede ser una forma de recuperar la independencia? Para aclarar este punto es importante indicar que para Rousseau no toda dependencia es objetable o eludible, ella siempre permanecerá en algún grado. Incluso el salvaje está sujeto al albur y a la inclemencia de la naturaleza. No obstante, esta forma inescapable de dependencia “no perjudica la libertad ni crea vicios”<sup>18</sup>, pues las leyes de la naturaleza no se someten al arbitrio de ningún hombre, esto es, no hay en ellas un acto de dominación. Para Rousseau, la voluntad general puede hacer que las leyes jurídicas se asemejen a las naturales, al hacerlas inflexibles, generales, abstractas e impersonales, emanando de una única voluntad general.

En esta línea de ideas, la voluntad general hace recaer la soberanía en el pueblo, el cual no es una mera agregación de súbditos que dentro de su cálculo prudencial perciben que el mejor curso de acción es entregarse al mandato de un soberano, sino que es una persona moral con una voluntad fundada en el entendimiento compartido entre los asociados sobre el bien común. Como indica Cohen<sup>19</sup>, la voluntad general emerge de la capacidad que los individuos tienen en su racionalidad práctica de dar prevalencia a las razones favorables al interés colectivo.

Ahora bien, se debe especificar con más claridad qué es la voluntad general. Si bien es un tema de debate y complejidad hermenéutica por la forma en que el término fue formulado por Rousseau en múltiples apartados, Christopher Bertram ha desarrollado una interpretación que parece iluminar el concepto y que resulta de suma importancia para el objetivo de este escrito. Según Bertram<sup>20</sup> en los textos de Rousseau se pueden encontrar dos acepciones de la voluntad general. Una acepción democrática sostiene que esta es el producto del ejercicio de la democracia directa. Por el otro lado, hay una acepción trascendente, en la que la voluntad general es entendida como la manifestación objetiva de los intereses colectivos independientemente de

17 ROUSSEAU. *Emilio o de la educación*, cit., 123.

18 *Ibid.*, 123.

19 COHEN, J. *Rousseau: A Free Community of Equals*. Oxford: Oxford University Press, 2010, 68-73.

20 BERTRAM, C. *Rousseau's Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent*. En *The Review of Politics*. 74, 2012, 43.

la opinión subjetiva de los asociados. Esto parece contradictorio, en cuanto en el primer caso la voluntad general es lo que efectivamente fue decidido por una asamblea democrática, mientras que en el segundo hay un estándar independiente de lo que es el bien común. La propuesta interpretativa del autor es mostrar que hay una interrelación entre ambas visiones<sup>21</sup>. La preferencia por la democracia directa está en que sirve como un procedimiento que tiene la cualidad epistémica de acercar al cuerpo político a conocer cuáles son las exigencias trascendentes del bien común.

La democracia directa es entonces un mecanismo de toma de decisiones que tiene una virtud epistémica, que en la interpretación de Bertram<sup>22</sup> se fundamenta en las cualidades formales de la ley, a saber, su abstracción, generalidad e impersonalidad. Si los asociados hacen leyes que aplican a todos, sin distinciones arbitrarias o personalismos, tenderán a ejercer su voto con fundamento en una concepción del bien común, en cuanto hay mutualidad y reciprocidad en las imposiciones del ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior será cierto tan solo si se dan ciertas condiciones materiales, por ejemplo, que no existan grandes diferencias socioeconómicas, pues de ser este el caso, una misma ley, aun siendo abstracta, podrá tener efectos tan disímiles en los ciudadanos que estos podrán hacer cálculos parcializados al momento de ejercer su voto<sup>23</sup>. Esto puede generar que surjan facciones dentro del cuerpo político y una hipóstasis de voluntades privadas, donde debía regir la voluntad general, rompiéndose así la exigencia de Rousseau de que sujetándonos al Estado preservemos nuestra independencia<sup>24</sup>. Por lo tanto, las cualidades formales de la ley tienen valor cognitivo solo en cuanto haya una relativa homogeneidad y paridad entre los asociados.

De lo anterior se pueden sacar varias conclusiones relevantes para la discusión sobre la estrategia de la agregación:

- i) Los mecanismos para la toma de decisiones o la adjudicación de conflictos pueden cumplir la función instrumental de elucidar el contenido de lo que el bien común exige; es decir, no partimos de una visión del bien común inicial que luego sirve de estándar para ejercer el poder político, sino que es ese ejercicio el que puede dar acceso epistémico a un modelo coherente, armónico y justo.
- ii) Estos mecanismos suponen unas precondiciones materiales para que sus cualidades formales cumplan una función epistémica.
- iii) En ausencia de esas condiciones, el producto de estos mecanismos y procedimientos no es una identificación del bien común, sino el resultado de un balance de fuerzas entre facciones parcializadas.

21 BERTRAM, C. *Rousseau and the Social Contract*. New York: Routledge, 2004, 98.

22 *Ibid.*, 112.

23 *Ibid.*, 114.

24 *Ibid.*, 119.

### *3.2. El argumento del proceso epistémicamente favorable*

Dentro de este marco interpretativo, la tesis de Gargarella podría sugerir que el gran déficit del constitucionalismo latinoamericano está en no haber logrado concretar un modelo de Estado y un sistema jurídico fundamentados en una idea de bien común. La estrategia de la agregación sugiere que lo que existe es una “*voluntad de todos*” que, por ser incoherente e inconsistente, está sujeta a las relaciones de poder que subyacen a la organización política. Nótese, sin embargo, que el primer problema por resolver es el de los mecanismos para tomar decisiones y adjudicar disensos en lo que respecta al constituyente, los legisladores que dan desarrollo a las cláusulas constitucionales y los jueces que interpretan la constitución. El motivo por el que este aspecto tiene prioridad es que esos procedimientos tienen una función epistémica que puede servir para eliminar ambigüedades, incoherencias e incompatibilidades respecto de la concepción de justicia que debe regular el ordenamiento jurídico. En otras palabras, una respuesta adecuada a la tesis de la adjudicación puede resolver el problema planteado por la tesis de la ambigüedad.

Ahora bien, conforme al marco expuesto en la anterior sección, para resolver el problema de la tesis de la adjudicación se debe implementar un procedimiento que sea conducente a identificar el bien común y garantizar las precondiciones materiales de trasfondo que lo hacen operativo bajo relaciones de paridad cívica. Aun tratándose de una decisión democrática, la disparidad inicial entre los miembros de una asamblea constituyente o de un parlamento puede interferir con la función epistémica del proceso.

En este sentido, la estrategia de la agregación de Gargarella parece reflejar una disfunción profunda en Latinoamérica, región en la que se pretende aplicar procedimientos democráticos en condiciones sociales y económicas de profunda división. Lo anterior significa que esos procesos constituyentes no tienen la aptitud de reflejar una concepción del bien común, sino un mero balance fundado en intereses privados. La estrategia de la agregación refleja entonces un modelo de dominación en el que las facciones más fuertes del cuerpo político aceptan cláusulas contentivas de intereses que no comparten dentro de un ordenamiento jurídico ambiguo, reservándose el poder de dirimir las controversias a través del desarrollo legislativo y administrativo de la constitución o a través de la interpretación judicial.

Se puede añadir que en toda asociación es de esperar algún grado de desacuerdo tanto para definir qué constituye el bien común como para definir los medios conducentes a su realización. No obstante, un grado exacerbado de desacuerdo puede reflejar la existencia de una falta de lealtad y sinceridad en la expresión de las opiniones de las partes deliberantes<sup>25</sup>. Los ciudadanos, pueden ver en

25 Sobre el disenso y la sospecha, véase la interpretación desarrollada en Cohen. *Rousseau: A Free Community of Equals*, cit., 72.

la irreconciliable división el indicio de que se están llevando a la deliberación voluntades privadas que se hacen pasar por la voluntad general. Una de las limitaciones de la teoría de la voluntad general está en que la identificación de los súbditos con el bien común supone que en la base haya una unidad cívica que es difícil lograr en contextos de sociedades demasiado divididas en lo económico, lo social y lo cultural. Allí donde hay una unidad cívica fuerte, los desacuerdos sobre el contenido del bien común tenderán a minimizarse. Si estas condiciones pueden satisfacerse en el actual contexto latinoamericano es un problema que excede las pretensiones de este escrito. No obstante, más allá de este problema empírico, lo cierto es que, si Gargarella tiene razón sobre los impactos que la concentración de poder del presidencialismo tiene sobre la adjudicación de las ambigüedades constitucionales y respecto a los déficits para garantizar las condiciones para el ejercicio de los derechos políticos en la región, será difícil afirmar que las constituciones son leales a una idea de bien común. Sin duda, el problema del disenso es un tema complejo, y no es el objetivo de este escrito desarrollar un argumento en torno a este aspecto. Baste con indicar su relevancia para la interpretación acá desarrollada respecto a la intrusión de intereses particulares bajo el ropaje del bien común.

#### CONCLUSIÓN

El objetivo del artículo ha sido el de presentar una interpretación de la estrategia de la agregación planteada por Gargarella. Se ha argumentado que esta puede ser dividida en dos tesis, a saber, la de *la ambigüedad constitucional* y la de *la adjudicación de la ambigüedad*. Se han ofrecido razones para mostrar que la última ocupa el lugar central en el argumento. En la interpretación aquí desarrollada se argumentó en favor de la idea de que la falta de una coherencia sistémica constitucional no obedece necesariamente a una estrategia de mala fe, sino posiblemente a una limitación epistémica para identificar el bien común. El punto principal ha sido mostrar que el argumento a favor de consolidar en Latinoamérica procesos democráticamente funcionales para la toma de decisiones no se fundamenta principalmente en una necesidad de balancear intereses privados en tensión, sino en la cualidad epistémica de dicho modelo para facilitar la identificación de las exigencias de justicia que emanan del bien común. Suponiendo que el bien común sea epistémicamente accesible y que pueda haber una reconstrucción coherente y armónica de este, las ambigüedades del sistema jurídico, bajo la distribución de poder adecuada, tenderán a minimizarse o a reconciliarse en su producción, aplicación e interpretación. Lo anterior sirve para poner en la cúspide de las reivindicaciones en la región el establecimiento de un modelo democrático funcional y de las precondiciones materiales de base. El argumento también sirve para mitigar la preocupación de partir de una coherencia constitucional absoluta. Desde que se evite la parcialidad en la adjudicación y haya un procedimiento tendiente al bien común,

se conseguirá a lo largo del tiempo, a través de la interpretación o las reformas constitucionales, el ordenamiento jurídico más idóneo posible para lograr la unidad cívica. Así mismo, es posible que se trate de una empresa constante, que no haya un sistema armónico único y que se requieran de forma periódica nuevos esfuerzos para adecuar la constitución al bien común, habiéndose prefijado los mecanismos epistémicos adecuados para hacerlo.

#### REFERENCIAS

- BENTHAM, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BERTRAM, C. *Rousseau's Legacy in Two Conceptions of the General Will: Democratic and Transcendent*. En *The Review of Politics*. 74, 2012, 403.
- BERTRAM, C. *Rousseau and the Social Contract*. New York: Routledge, 2004.
- COHEN, J. *Rousseau: A Free Community of Equals*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DENT, N. J. H. *Rousseau*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- GARGARELLA, R. *Constitution Making in the Context of Plural Societies: The "Accumulation Strategy"*. En ELSTER, J.; GARGARELLA, R.; NARESH, V. y RASCH, B. E. (eds.), *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GAUTHIER, D. *Rousseau: The Sentiment of Existence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- KELLER, L. *The American Rejection of Economic Rights as Human Rights and the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights?* En *NYLS Journal of Human Rights*. Vol. 19, 19, 2003, 557.
- O'NEILL, M. y WILLIAMSON, T. *Property Owning Democracy. Rawls and Beyond*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2013.
- Naciones Unidas, Asamblea General. Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Teherán, 13 de mayo de 1968.
- POGGE, T. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.
- ROUSSEAU, J.-J. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Alianza, 2012.
- ROUSSEAU, J.-J. *Emilio o de la educación*. Madrid: Alianza, 2017.
- ROUSSEAU, J.-J. *El contrato social*. Madrid: Alianza, 2017.
- RAWLS, J. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RAWLS, J. *Justicia como equidad y otros ensayos*. Madrid: Tecnos, 1986.