
CONFERENCIA

**“El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un constitucionalismo
demasiado viejo”**

ROBERTO GARGARELLA, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Mayo, 2017

Latinoamérica: cuando el “viejo” constitucionalismo resiste al “nuevo”

Roberto Gargarella

Introducción

El hilo que recorre esta presentación se vincula con la siguiente intuición: América Latina estuvo marcada, desde su independencia, por la desigualdad, una desigualdad que ha impactado también –como era esperable– en la esfera constitucional. Desafortunadamente, las Constituciones que se crearon desde comienzos del siglo XIX, tanto como las reformas que se produjeron sobre ellas, se han mostrado resistentes en lo profundo, de modo tal que todavía permanecen intactos muchos de los rasgos más inatractivos del “viejo orden,” incluyendo su carácter jerárquico e inequitativo, basados en una visión muy estrecha de la democracia. Si el mejor constitucionalismo latinoamericano es el que se escribe y dedica a enfrentar los grandes “dramas” o “tragedias” de su época, el nuestro debería dedicarse a confrontar la desigualdad.¹ Pero cómo hacerlo, dadas las resistencias que evidencian nuestras Constituciones?

En este trabajo, quisiera hacer foco sobre tres temas relacionados con la creación y reforma constitucional en contextos no igualitarios. El primer tema nos refiere a la cuestión acerca de cómo integrar las pretensiones encontradas propias de una sociedad plural, en un texto común. El caso que voy a tener en cuenta es el de las Convenciones Constituyentes que se dan en el marco de sociedades caracterizadas por el “hecho del pluralismo razonable.” El segundo tema nos refiere a la cuestión acerca de cómo expandir de manera efectiva el pacto original, para integrar al mismo preocupaciones que estaban ausentes en el acuerdo inicial. El caso que voy a tener en mente es el de los “derechos sociales,” destinados a integrar a la Constitución una preocupación por la “cuestión social”, ausente de los pactos constitucionales propios del siglo XIX. Finalmente, el tercer tema nos refiere a un punto relacionado con el anterior, y vinculado con la pregunta acerca de cómo asegurar que “lo nuevo” que se incorpora a la Constitución, transforme de modo certero “lo viejo”, sin ser absorbido o anulado por ese “viejo orden.” El caso que voy a

¹ Aquí asumiré a los valores de la autonomía individual y el autogobierno colectivo, como supuestos del constitucionalismo latinoamericano. He explorado el origen de los mismos, y sus posibles manifestaciones institucionales, en otros trabajos previos (ver, en particular, Gargarella 2010, 2013).

tener en mente es el de la dificultad mostrada por las nuevas Constituciones latinoamericanas para dar cabida a diversos (aparentes) intentos de moderar el poder presidencial.

Se trata de algunos de los temas cruciales en materia de diseño constitucional, que plantean preguntas también fundamentales para la teoría constitucional: Cómo escribir Constituciones en el marco de sociedades plurales? Cómo modificar esa Constitución, ampliando el pacto constitucional original? Cómo realizar “trasplantes legales”? Cómo llevar a cabo una reforma, de modo tal que las cláusulas incorporadas no se conviertan en “cláusulas muertas”? Se trata de preguntas que resultan de primera importancia, además, cuando las pensamos la luz de la historia constitucional latinoamericana, y particularmente teniendo en cuenta los fracasos y límites que hemos tendido a mostrar en la materia.

En primer lugar, y según veremos, América Latina ha tendido a privilegiar un modo de creación o integración constitucional inapropiado: ha optado por un modelo muy poco atractivo, al que denominaré el *modelo de la acumulación*, que implica la mera sumatoria o superposición de las demandas encontradas. El mismo descuido que ha habido a la hora de combinar las pretensiones en tensión de grupos diferentes, ha aparecido luego a la hora de modificar o expandir el pacto constitucional original. Se ha vuelto a optar por formas de “acumulación,” que han servido a las tendencias inerciales de la Constitución, dificultando la efectivización de los cambios propuestos. En este sentido, y según veremos, hemos sufrido de “injertos legales” rechazos, y de formas diversas de “resistencia” del “viejo” cuerpo sobre las “nuevas” reformas. Ello, de modo habitual, en razón de la prevalencia de aproximaciones *a-históricas*, *estáticas* más que *dinámicas* en relación a los modos de pensar el cambio constitucional.

Los riesgos en juego, por supuesto, resultan muy serios, ya que no estamos haciendo referencia a meros ejercicios de teoría constitucional aplicada. Hablamos del riesgo de que partes de la sociedad consideren –con buenos argumentos de su lado- que no tienen razones para verse identificadas con un pacto constitucional que han escrito otros, en su propio beneficio. Hablamos, también, del riesgo de que los cambios constitucionales proclamados y/o socialmente exigidos, no se produzcan de modo efectivo en razón de la

capacidad del “viejo orden” para resistir esos cambios, y la impericia de nuestros constituyentes para hacer frente a esas fuerzas inerciales.

En esta presentación, voy a ilustrar el problema de la *acumulación* al nivel de la creación constitucional latinoamericana, con ejemplos provenientes de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Del mismo modo, y para hacer referencia a las concepciones *a-históricas* y *estáticas* prevalecientes en materia de cambio constitucional, voy a hacer referencia a dos casos de primera importancia en el desarrollo constitucional regional: la incorporación de los derechos sociales producidas desde comienzos del siglo XX –un caso de *injerto constitucional* en buena medida fallido- y algunas modestas modificaciones del tradicional sistema (híper)presidencialista, en la última oleada de reformas constitucionales llevada a cabo en América Latina, entre finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI –un caso claro de negligencia sobre el carácter *dinámico* de las reformas. Veamos entonces, a continuación y por separado, los tres problemas citados (creación constitucional en sociedades plurales; expansión del pacto original e “injertos sociales”; el presidencialismo y la resistencia de lo “viejo” frente a lo “nuevo”).

I. Convenciones Constituyentes: Cuatro modelos frente al pluralismo social

En su libro sobre el liberalismo político, John Rawls definió a las sociedades modernas como sociedades marcadas por “el hecho del pluralismo razonable,” esto es decir, por la existencia de una diversidad de “doctrinas comprensivas” en materia religiosa, moral o filosófica, en tensión entre sí, pero sin embargo razonables (Rawls 1991, 188-9). La existencia de este “hecho” que aquí asumo como un dato de las sociedades modernas, plantea una pregunta muy importante para las Convenciones Constituyentes, en tanto ámbitos representativos de toda la comunidad, orientados a producir un texto en común, estableciendo los principios básicos de la vida compartida. Cómo proceder, entonces, frente al hecho de la diversidad? Y sobre todo, cómo traducir esa diversidad en un marco constitucional que cobije a todos, y con el que todos puedan estar identificados? En lo que sigue, voy a explorar cuatro modelos alternativos posibles en torno a cómo lidiar con esa diversidad. Los modelos se encuentran claramente vinculados entre sí, y no pretenden dar un panorama exhaustivo en la materia. Ellos reflejan, en todo caso, cuatro opciones recurrentemente utilizadas en América Latina, a lo largo de sus más de 200 años de

historia constitucional: i) la imposición; ii) el silencio; iii) la síntesis y iv) la acumulación. Paso a referirme a continuación a cada una de ellas.

I) Imposición. La primera respuesta que exploraré, a saber, la imposición, era frecuente en países social y culturalmente heterogéneos controlados por una facción. La imposición implica que uno de los grupos involucrados logra imponer su propia voluntad desplazando así las demandas del resto. La respuesta basada en la imposición legal fue la más común entre los conservadores latinoamericanos en el siglo XIX. Durante ese siglo, y particularmente durante la primera mitad del mismo, los grupos conservadores lograron hacerse del control de la política y, por lo tanto, promulgaron Constituciones que vinieron a reflejar inequívocamente sus principales preocupaciones: el propósito de evitar la anarquía y la necesidad de evitar la decadencia moral –dos riesgos que veían como muy serios, al interior de sus respectivos países. Con frecuencia, estas constituciones incluían un ejecutivo muy fuerte; establecían una religión oficial; promovían una concepción moral comprensiva; a la vez que diseñaban los derechos en consonancia con el proyecto moral dominante. En algunos casos más extremos e infrecuentes, esas constituciones establecieron un sistema de sanciones y recompensas a quienes se comportaban de maneras contrarias o favorables a las creencias propias de aquellos que estaban en el poder.

Uno de los ejemplos más extremos a este respecto fue la Constitución chilena de 1823, escrita por el jurista conservador Juan Egaña. Egaña y su Constitución tuvieron una enorme influencia en Chile y, más generalmente, en la región, a pesar de que la peculiar Constitución de 1823 fue de corta duración. La Constitución de 1823 incluía a un ejecutivo fuerte que, a juicio de Egaña, controlaba toda la administración, sin la interferencia de la legislatura, que tenía el objetivo de promulgar sólo unas pocas leyes generales, y que estaba llamado a reunirse sólo después de largos intervalos y por muy poco tiempo (Silva Castro 1969, 86-7). Una de las principales funciones del presidente era la de hacer cumplir la religión católica, que se estableció como la religión oficial del país. Asimismo, y para asegurar la imposición de la religión oficial, la Constitución creó un "senado conservador" encargado de controlar la "moral y costumbres nacionales" y, más radicalmente, acompañó su texto con un "Código Moral" sustantivo, dirigido a la regulación de la vida moral de los habitantes de Chile, incluso en sus mínimos detalles:

en opinión de Egaña, el "Código Moral" representaba la expresión más elevada y más meditada de sus reflexiones teóricas de toda la vida sobre la moralidad.

La primera parte del Código estaba dedicada a la religión ya la necesidad de protegerla (regulaba, por ejemplo, la manera de celebrar las fiestas públicas de la Iglesia, así como las relaciones entre los individuos y sus confesores). En su segunda parte, el Código trataba sobre la familia, su composición y la relación entre sus miembros (haciendo referencia, por caso, a actitudes y comportamientos personales, incluyendo la ingratitud, la vanidad, la denigración o el abandono de los padres). La tercera parte estaba relacionada con la educación, un tema que jugó un papel central en el proyecto de Egaña. El Código regulaba el uso del alcohol; preveía parámetros estrictos a seguir durante las ceremonias públicas y privadas; y establecía la prohibición de circular folletos y folletos sin la previa autorización de un grupo de censores. El Código también incluía sanciones estrictas contra los ciudadanos que "creaban partidos políticos y mostraban francamente sus opiniones, o aquellos que se reunían en lugares públicos" (ibid., Pág. 637-8). Por extrema que fuera, la Constitución de 1823, y aún más la Constitución de 1833, que podía considerarse como la continuación de la primera, fueron enormemente influyentes en la historia constitucional temprana de América Latina.

ii) Silencio / Aplazamiento. La segunda respuesta, el "silencio" o "aplazamiento," puede aparecer cuando las diferentes partes reconocen que no pueden resolver razonablemente sus desacuerdos fundamentales. En estas situaciones los participantes pueden decidir dejar el asunto en el que están en desacuerdo abierto, sin resolver. Su decisión es la de "dejar las cosas indecisas". Como ha dicho Cass Sunstein (refiriéndose no a la Constitución sino a las decisiones judiciales), a veces puede ser una buena decisión la de "decidir muy poco", "dejar las cosas abiertas", "tomar decisiones deliberadas sobre lo que no debe decirse". Se trata, para él, de "Una práctica omnipresente: hacer y decir tan poco como sea necesario para justificar un resultado"(Sunstein 2001, 3, Sunstein 1996). En un sentido similar, y estudiando los casos de "sociedades profundamente divididas", Hannah Lerner ha mostrado las virtudes de la elección del "aplazamiento." Para ella, "en vez de ver la constitución como un momento de transformación radical, los autores [en Israel, India e Irlanda] prefirieron ver el proceso ... como uno de transformación gradual" (Lerner, 2013, 194-95).

Hay un ejemplo interesante de esta respuesta "silenciosa" en los debates constitucionales mexicanos de 1857. Una de las discusiones más largas y acaloradas durante esa Convención fue la referida al lugar de la religión y la tolerancia religiosa. Frente a esa difícil cuestión, los delegados decidieron ir por la inacción. La cuestión de la religión era particularmente urgente a la luz de los enormes privilegios de que gozaba la Iglesia en aquel momento, lo que movió a muchos liberales a rechazar cualquier iniciativa encaminada a ratificar las ventajas injustas que había adquirido durante tantos años. Por ejemplo, el delegado Francisco Zarco, una de las figuras más importantes de la Convención, rechazó el establecimiento de la religión católica afirmando que el papel asumido por la iglesia mexicana durante todos esos años había sido inaceptable. "ella ha desnaturalizado la religión de Cristo porque se ha declarado enemiga de la libertad; ha acumulado riqueza empobreciendo al país; ha engañado al pueblo ... ha defendido los privilegios y el dinero, haciendo caso omiso de las verdades del catolicismo "(Zevada 1972, 38-9).

Al final, sin embargo, los liberales no lograron garantizar la tolerancia religiosa a través de la Constitución, dadas las diferencias que aparecieron no sólo con los representantes conservadores, sino incluso dentro del grupo liberal. Lo que los delegados decidieron hacer, finalmente, dejando así en claro el carácter transaccional de la Constitución, fue mantenerse en silencio sobre la cuestión religiosa, impidiendo, por lo menos, que la Constitución se convirtiera en un documento intolerante a este respecto. De este modo lograron, simplemente, impedir el establecimiento de la intolerancia religiosa.

Señalaría, en este punto, algunos riesgos asociados a la estrategia de silencio o aplazamiento. Por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos puede leerse como un texto que combinó estrategias de redacción diferentes, incluyendo la del silencio. Ésta fue la opción que prevaleció respecto de la divisiva y conflictiva cuestión de la esclavitud: "dejar las cosas indecisas". Ahora bien, ¿no podría sugerirse que el estallido de una guerra civil en 1861 estuvo de algún modo relacionado con esta estrategia de aplazamiento? No me interesa en este momento responder a esa pregunta imposible sobre contrafacticos relacionados con el pasado lejano, pero sí quiero dejar la cuestión planteada: ¿Es razonable que una Convención Constitucional deje las cuestiones sociales más importantes y divisivas indecisas, como si ese silencio ¿No implica una defensa "activa"

de un status quo en particular? ¿Es razonable elegir el "silencio" frente a graves conflictos sociales, como si ese silencio implicara paz o justicia?

iii) Síntesis. La tercera respuesta, “síntesis,” puede relacionarse con la idea propuesta por el filósofo John Rawls en torno al “consenso superpuesto”. Hablamos de un “consenso superpuesto” cuando nos encontramos con normas que distintos grupos apoyan, con sus propias razones - razones que son internas a sus propias doctrinas comprensivas- a pesar de las fuertes diferencias que pueden separarlos (Rawls 1991).²

Alcanzar un acuerdo sintético -un acuerdo que todos podemos compartir- puede requerir de cada parte un esfuerzo significativo: cada parte tiene que dejar de lado o poner entre paréntesis algunos aspectos relevantes de sus propias demandas. Encontramos un ejemplo interesante de esta respuesta en los debates constitucionales surgidos en el “período fundacional” norteamericano, en torno al tema de la religión. La cuestión de la religión resultó, otra vez, una de las cuestiones más divisivas aparecidas durante el momento constitucional. Por lo demás, el modo en que la cuestión religiosa tendía a resolverse, antes de la Constitución, parecía uno más propio del modelo de la imposición: encontramos ejemplos del “establecimiento” o la imposición religiosa, en Nueva Inglaterra, con la Iglesia Congregacional, y también en el sur con la Iglesia Anglicana. Diferentes sectas, que habían sufrido la persecución religiosa en Inglaterra, estaban presionando ahora para el avance de sus propios puntos de vista, a través del uso de los poderes coercitivos del Estado. Finalmente, sin embargo, la mayoría de los grupos sociales aceptaron una cláusula de “no establecimiento” o no imposición (que fue aceptada por primera vez en Virginia y luego incorporada a la Constitución), a partir de razones diferentes, que incluyeron la autoprotección; la reciprocidad; la tolerancia; el laicismo; etc. No es sorprendente que el caso de la Primera Enmienda se convirtiera en uno de los principales ejemplos utilizados por Rawls para ilustrar sus reflexiones sobre la razón pública, la coerción estatal y el consenso superpuesto.

iv) Acumulación. La respuesta final, la relacionada con la “acumulación”, aparece cuando los diferentes participantes, por alguna razón, encuentran muy difícil llegar a un acuerdo común, y al mismo tiempo rechazan permanecer en silencio sobre los temas que los

² Esto es distinto a un mero *modus vivendi* en el que las partes pactan a partir de motivos meramente pragmáticos.

dividen. En esos casos, los miembros de la Convención pueden decidir simplemente sumar o reunir (una encima de la otra) sus diferentes reivindicaciones, dejando sus demandas en tensión, dejando esas tensiones o incluso contradicciones, total o casi totalmente intactas. Se trataría, en este caso, de lograr un acuerdo "satisfaciendo" a todos los jugadores - dando a cada uno de ellos lo que quieren. Podría decirse que el "enfoque de acumulación" ha ido ganando importancia en el Oriente Medio, en el contexto de profundas divisiones religiosas, conforme nos lo demuestran los estudios de Lerner. Más significativamente, y en lo que nos interesa, éste ha sido el enfoque más importante e influyente dentro del constitucionalismo latinoamericano, en particular desde mediados del siglo XIX, cuando (típicamente) conservadores y liberales ya carecían de la capacidad para simplemente imponer sus puntos de vista sobre la facción contraria: el pacto de mutuas concesiones fijado entre estos grupos (más cercano al *modus vivendi* criticado por Rawls) se convirtió en la opción prevaleciente, y la estrategia de la acumulación en la solución dominante.

En el siglo XIX, y después del período de independencia, la "estrategia de acumulación" se hizo particularmente relevante en América Latina. La preferencia por la "acumulación" se manifestó en las dos áreas principales de la Constitución, es decir, tanto en la relacionada con la organización de los poderes, como con la relacionada con la declaración de derechos. Muy comúnmente, y dadas las dificultades que encontraron para combinar sus puntos de vista y sintetizar sus reivindicaciones frecuentemente opuestas, los delegados conservadores y liberales decidieron "sumar" esas reivindicaciones en conflicto, incluyendo a todas ellas en el mismo texto.

La "acumulación" en materia de derechos. Adviértase, por caso, el impacto de esa estrategia acumulativa en lo que respecta a las declaraciones de derechos de las nuevas Constituciones. Un buen ejemplo en este sentido es el que ofrece la influyente Constitución de la Argentina de 1853. En esa época, en la Argentina, como en muchos otros países latinoamericanos, los grupos liberales y conservadores se enfrentaban violentamente, sobre una serie de temas, que incluían en un lugar prominente al de la religión. Los liberales, entonces, tendían a favorecer la tolerancia religiosa, mientras que los conservadores proponían la imposición religiosa. Frente a esos conflictos, los delegados argentinos en la Convención de 1853 (que incluían representantes de los grupos liberales y conservadores) decidieron, primero (y siguiendo las demandas de los

conservadores), otorgar un estatus especial a la Iglesia Católica, a través del artículo 2 de la Constitución ("El Gobierno Federal sostiene la religión Apostólica Católica Romana" dice –como sigue diciendo- el texto constitucional argentino). Sin embargo, al mismo tiempo (y siguiendo las demandas de los liberales) ellos consagraron la tolerancia religiosa a través del artículo 14 de la Constitución ("Todos los habitantes de la Nación tienen derecho a profesar libremente su religión "). Es decir, incluyeron en la Constitución ambos compromisos contradictorios, al mismo tiempo.

Encontramos exactamente el mismo patrón en uno de los artículos más interesantes de la Constitución argentina de 1853, a saber, el artículo 19. Este artículo fue pensado inicialmente como un modo de poner límites a la intervención del Estado en cuestiones de moralidad privada. De acuerdo con su formulación inicial, que apareció en documentos constitucionales anteriores, y también en el primer borrador de la Constitución de 1853, los delegados argentinos suscribieron una fórmula típicamente liberal. De acuerdo con esta formulación, el Estado garantizaría la protección de la moral privada -las "acciones privadas de los hombres" - en la medida en que esas acciones no perjudicasen a otros. Esta formulación inicial representaba lo que alguien podría llamar el "sueño de John Stuart Mill", y fue defendido por numerosos liberales, entre ellos Benjamín Gorostiaga. Sin embargo, durante los debates constitucionales, los representantes de los grupos conservadores, encabezados por el convencional Pedro Ferré, de Corrientes, se quejaron de la adopción de esta y otras cláusulas liberales. Afirmaron que rechazarían totalmente el proyecto constitucional, si el mismo no era drásticamente cambiado en diversos aspectos -la mayoría de ellos relacionados con el tratamiento de la cuestión religiosa. A través de estas amenazas, los conservadores lograron introducir numerosas reformas en diferentes partes del proyecto, incluida la formulación inicial del artículo 19. Lo que lograron hacer a este respecto dañaría profundamente la construcción original y liberal de ese artículo – arruinando así el artículo soñado por Mill. En su nueva formulación, las acciones privadas de los hombres serían respetadas en la medida en que no afectaran "el orden y la moralidad pública". Así, según el borrador final del artículo 19 (que todavía está en vigor en la Constitución argentina), "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". En su presentación final, el artículo no se convirtió en la "pesadilla" de John Stuart Mill, pero se acercó bastante a ello.

La “acumulación” en materia de organización del poder. El mismo tipo de problemas que advertimos en relación con las declaraciones de derechos, lo vemos cuando pensamos en el modo en que las nuevas Constituciones pensaron la “acumulación”, en materia de organización del poder. Típicamente, ocurrió en el momento de la creación constitucional, en una mayoría de países, que los grupos liberales propusieron adoptar un sistema de “frenos y contrapesos” como el que se había adoptado en los Estados Unidos. Mientras, y sobre el mismo tema, los conservadores preferían la creación de un ejecutivo abiertamente poderoso, como el que se había creado, por ejemplo, en la influyente, estable y autoritaria Constitución chilena de 1833). Dadas las dificultades que encontraron para negociar sus diferencias en este respecto, liberales y conservadores tendieron a escribir Constituciones que incluyeran ambas demandas opuestas. De esta manera, crearon Constituciones que definieron la creación de un sistema de “frenos y contrapesos” (como querían los liberales), pero que al mismo tiempo establecían un poder ejecutivo híper-poderoso (como querían los conservadores), creando así el llamado híper-presidencialista del que hablara Carlos Nino (Nino 1996). La decisión fue entonces la de “acumular” ambas propuestas opuestas en el mismo texto. Esta peculiar combinación sería desde entonces la característica principal y más distintiva del constitucionalismo latinoamericano. Es importante reflexionar sobre la iniciativa del caso, dada su influencia y su gravedad: se trata, podríamos decir, de uno de los más groseros errores de diseño constitucional incurrido por nuestros antecesores en la materia.

Podemos hablar de un error en materia de diseño constitucional, porque dicha mezcla – un sistema híper-presidencial en el marco de un sistema de “frenos y contrapesos”- implica un desafío y un quiebre de la lógica de los controles mutuos, desde el momento mismo de su creación. Y es que la lógica del sistema de “frenos y contrapesos” no requiere únicamente de la creación de ramas de gobierno dotadas de poderes de control sobre las demás (i.e., veto presidencial, control de constitucionalidad, juicio político). El mismo requiere, además, que esas herramientas de control sean entre sí equivalentes. Parece claro: si una de las ramas del poder dispone de “armas” que le permiten amenazar a las otras ramas de gobierno que superan, extraordinariamente, el poder de amenaza propio de las “armas” de las que disponen las demás, entonces, el sistema de controles completo queda distorsionado desde el inicio. Esperablemente, la rama de gobierno más poderosa comienza a vencer así las barreras que se le quieren imponer, que va tumbando como

fichas de dominó, hasta llegar a imponerse como “primus inter pares,” esto es decir, como la rama de poder prevaleciente. Esto es, en buena medida, lo que describe y explica lo sucedido con el (híper)presidencialismo latinoamericano: un Ejecutivo tan sobre-poderoso, que termina, de modo habitual, ganando control sobre el Poder Judicial, y opacando la función del Legislativo.³

Esa opción de dejar de lado el modelo norteamericano de los “frenos y contrapesos”, a la hora de pensar en el diseño de la rama presidencial, fue explícitamente hecha por algunas de las grandes cabezas del constitucionalismo regional, como Juan Bautista Alberdi. Según declarara Alberdi en su famoso libro sobre las “Bases” para la organización institucional de su país, la Argentina, los constituyentes debían “separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos” a la hora de diseñar a la rama ejecutiva (Alberdi 1981, 179). Ello, para adoptar en la materia un ejemplo como el defendido por “los Egaña”, en Chile, a través de la (autoritaria) Constitución de 1833. Según las palabras de Alberdi, “Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible, y es el de un presidente constitucional que puede asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como presidente republicano” (ibid., 181).

La "estrategia de acumulación", que se hizo tan influyente en la América Latina del siglo XIX, no fue abandonada en las décadas siguientes. Por el contrario, como veremos, esa estrategia seguiría representando una característica crucial y distintiva del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo.⁴ De todos modos, la peculiar "estrategia de acumulación" que se convertiría en dominante, sería una destinada a atravesar el texto completo, a través de la combinación o “acumulación” de una declaración moderna de derechos al estilo del siglo XXI (que incluye derechos participativos y referencias a los derechos de las minorías sexuales, religiosas, étnicas,

³ Siguiendo a Carlos Nino, hablo de híper-presidencialismo en relación con un poder presidencial que resulta mucho más poderoso, normativamente y en términos relativos, que el poder presidencial construido por la Constitución de los Estados Unidos –modelo de las latinoamericanas en cuanto a la estructura general de la organización del poder. En muchas Constituciones latinoamericanas, en efecto, se reservaron para el presidente poderes “adicionales” (ausentes en el modelo de los EEUU), como el de nombrar y remover a los Ministros discrecionalmente; el de la “intervención federal” sobre las provincias más díscolas o desorganizadas; el de limitar los derechos en casos excepcionales; el de declarar el “estado de sitio,” etc.

⁴ A modo de ejemplo: la Constitución de Colombia de 1991, o la Constitución peruana vigente, son constituciones que combinan (lo que se podría llamar) compromisos económicos "socialistas" y "neoliberales". Ambos incluyen fuertes cláusulas sociales y al mismo tiempo ofrecen protecciones firmes a los derechos de propiedad, los mercados y las inversiones privadas.

raciales o nacionales) con una organización del poder anticuada, propia de finales del siglo XVIII, principios del XIX, y basada en una concepción muy restringida o elitista de la democracia. En mi opinión, esta combinación representa el aspecto más preocupante del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo (Gargarella 2010, 2013). En la sección siguiente, vamos a comenzar a examinar esta particular combinación.

II. Derechos sociales: Un injerto jurídico (parcialmente) fallido

Vayamos entonces al segundo de los problemas citados, el referido a la expansión del pacto constitucional original para incorporar, en el caso que nos interesa, una preocupación por la “cuestión social” que venían reclamando los sectores más postergados de la sociedad. El problema nos remite a la incorporación de los derechos sociales en las Constituciones Latinoamericanas desde comienzos del siglo XX. Se trata de una cuestión que nos enfrenta directamente con otro notable caso de “acumulación”, problemático como suelen serlo. La incorporación de estos nuevos derechos va a implicar, por un lado, tensiones en relación con la vieja organización del poder que se mantiene intacta, además de tensiones dentro del esquema de derechos clásico, que también se mantiene intacto. La operación nos habla, por lo demás, y según examinaremos, de un caso de “trasplante constitucional” en buena medida fallido, si tenemos en cuenta las décadas que debieron pasar hasta que dichos derechos comenzaran a tomar alguna vida propia. Pero vayamos por partes.

Más en concreto, el caso aquí bajo examen nos refiere a la incorporación, dentro de la “mesa central” del constitucionalismo, del tercer gran proyecto constitucional latinoamericano, que fuera excluido de esa “mesa grande” conformada por el pacto liberal-conservador del siglo XIX. Específicamente, me refiero al proyecto radical-republicano, de raíces en la Revolución Francesa, y que llegara a la región, entre otros medios, a través de los textos de Jean Jacques Rousseau, y los viajes europeos de muchos de los doctrinarios y líderes políticos regionales –incluyendo, de modo distinguido, los viajes de los radicales chilenos Francisco Bilbao y Santiago Arcos por la Francia de la “revolución democrática” de 1848.

El componente “social” del constitucionalismo, por el cual habían bregado los republicanos latinoamericanos, había quedado afuera del acuerdo constitucional

fundacional, como habían quedado afuera los reclamos por una expansión de los derechos políticos ciudadanos. Como dijera Juan Bautista Alberdi, gran ideólogo del pacto liberal-conservador, no era el momento de repartir libertades políticas “a manos llenas”, sino de reforzar las bases económicas de las nuevas naciones.⁵ Luego de la crisis de ese proyecto económico de “orden y progreso” –crisis que explotó en las esferas política, económica y social- las naciones latinoamericanas decidieron buscar cura a sus males a través de una mayor apertura política, un mayor intervencionismo estatal en la economía, y junto a ello cambios constitucionales que tradujeran aquellas preocupaciones en nuevas declaraciones de compromiso social. Estas declaraciones, como sabemos, quedaron expresadas en largas listas de derechos, que se convirtieron en la segunda marca de identidad del constitucionalismo latinoamericano, junto con su peculiar organización política, de tipo híper-presidencial. Y si el primer gran pacto (el pacto liberal-conservador) había dado lugar a una imperfecta “acumulación” constitucional, que tenía su punto más irracional en la conjugación entre un esquema de “frenos y contrapesos” al gusto de los liberales y un presidente-rey al gusto de los conservadores; el “pacto ampliado” iba a profundizar aquellas tensiones agregando al acuerdo anterior nuevas tensiones, en la forma de un tipo de derechos que –según veremos- no podía llevarse bien con el esquema liberal-conservador anterior, y plenamente vigente. Pero vayamos por partes.

Recordemos, en primer lugar, a México, y la Constitución de 1917, pionera en el mundo en la introducción de derechos sociales. Los compromisos sociales de esa Constitución se expresaron fundamentalmente a través de tres artículos: el artículo 3º, referido a la educación, el artículo 27, referido al tema de la propiedad y recursos naturales, y el artículo 123, referido al trabajo y la seguridad social. Lo dispuesto por esos artículos era de una complejidad, de una profundidad y –en algún sentido- de una radicalidad extraordinarias. Sin embargo, es fundamental notar, al mismo tiempo, otros dos hechos.

⁵ En sus términos: “No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*.” Y continuaba: “Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los arts. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz.- Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio.” Juan Bautista Alberdi, “Sistema Económico y Rentístico,” en Alberdi (1920), tomo xiv, 64-65.

Por un lado, que la Constitución de Querétaro moderaba sustantivamente el tipo de reclamos constitucionales que habían sido propios de los encuentros “cumbre” previos, que habían tenido lugar en Ayala y Aguascalientes -encuentros en los que habían participado protagónicamente los representantes “villistas” y “zapatistas”. Corresponde notar también, y sobre todo, que la radicalidad que de algún modo expresara la Constitución mexicana en el área de los derechos, de ningún modo se correspondía con lo que esa misma Constitución expresaba en sus otras partes: me refiero, específicamente, a la organización del poder que ella determinaba. Esto es lo que explica que el jurista mexicano Emilio Rabassa describiera a esa Constitución como un documento “con dos partes bien definidas: la liberal y la social, o más precisamente, la del liberalismo político jurídico y la del liberalismo económico social” (Rabassa 1986, 97). Esto es lo que había dejado en claro, también, el líder político de la época, Venustiano Carranza, que en su presentación ante la Convención Constituyente autorizó la incorporación de cambios sociales, pero dejando en claro que los convencionales no debían cambiar la organización del poder de ningún modo que pudiera afectar el carácter concentrado de la autoridad, y la fortaleza de los poderes presidenciales.

Dijo Carranza: “Si se designa al presidente directamente por el pueblo, y en contacto constante con él por medio del respeto a sus libertades, por la participación amplia y efectiva de éste en los negocios públicos, por la consideración prudente de las diversas clases sociales y por el desarrollo de los intereses legítimos, el presidente tendrá indispensablemente su sostén en el mismo pueblo...El Gobierno, entonces, será justo y fuerte...” Y también: “¿qué es lo que se pretende con la tesis del Gobierno parlamentario? Se quiere nada menos, que quitar al presidente sus facultades gubernamentales para que las ejerza el Congreso, mediante una comisión de su seno, denominada "gabinete"... El parlamentarismo se comprende en Inglaterra y en España.. se explica en Francia... pero entre nosotros no tendría ningunos antecedentes, y sería, cuando menos, imprudente lanzarnos a la experiencia de un gobierno débil, cuando tan fácil es robustecer y consolidar el sistema de gobierno de presidente personal, que nos dejaron los constituyentes de 1857.”

Aquí en el comienzo, entonces, nos encontramos ya con la llave maestra que nos permite entender lo que sería desde entonces el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”: un constitucionalismo que afirmarí en trazos gruesos y enfáticos su compromiso social,

pero dejándolo encapsulado únicamente en la sección de los derechos, y sin correspondencia alguna con lo que permanecía intocado en materia de organización del poder. En otros términos, la organización del poder no se modificaba “de modo acorde” con los cambios incorporados en la sección de derechos. Así, el renovado compromiso social, democrático, horizontal y progresivo expresado en materia de derechos, quedaba acompañado de un tradicional esquema vertical, conservador y autoritario, propio de la vieja organización del poder.

Siguiendo el ejemplo de México, una tras otra, las distintas Constituciones latinoamericanas empezaron a añadir nuevas preocupaciones sociales a sus matrices legales existentes. Ello es lo que ocurrió en Brasil en 1934 y 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; Argentina y Costa Rica en 1949. En Chile, la Constitución de 1925 reprodujo el enfoque tradicional sobre los derechos que era propio del constitucionalismo chileno del siglo XIX, pero incluyó en todo caso algunas primeras referencias al derecho de los trabajadores a organizarse; alusiones al derecho del Estado a limitar la propiedad a favor del “progreso del orden social” (art. 10.10); una referencia a “la protección al trabajo...y a las obras de prevención social,” y al deber del Estado de “proporcionar a cada habitante de un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia” (art. 10.14). De modo no sorprendente, todo ello se acompañó con un reforzamiento de los poderes del Presidente, que vino de la mano de un correlativo debilitamiento en los poderes del Congreso: la Constitución estaba motivada por un claro rechazo a la “democracia parlamentaria” con la que se describía al período inmediatamente anterior.

Los casos del Brasil y la Argentina, con los respectivos presidentes Getulio Vargas y Juan Domingo Perón, son simplemente los más notables, dentro del panorama latinoamericano referido. Notables, por un lado, por el fuerte compromiso expresado por las nuevas Constituciones dictadas entonces, en lo referido a la cuestión social –las Constituciones de 1934 y 1937 en Brasil, la de 1949 en la Argentina. Notables, también y sobre todo, por el modo extraordinario en que complementaron dichos esquemas legales tan enfáticos en materia social, con organizaciones políticas verticalizadas, hostiles a los derechos civiles tradicionales, y de corte autoritario -autoritarismo que se expresara con una fase directamente dictatorial en el caso de Vargas y, en el caso de Perón, con un gobierno que

tuvo su origen en un golpe militar (el golpe de estado dado por el general Farrell, en la Argentina), y que terminó con un autoritarismo también desatado.

Este “desacople” o desajuste, entre la sección dedicada a los derechos, y la referida a la organización del poder, propia del “constitucionalismo social” latinoamericano, genera, probablemente, la pregunta más importante que genera el renovado constitucionalismo regional. La pregunta es la siguiente: qué es lo que explica que esos derechos sociales, incorporados en casi todas las Constituciones de la región, de modo tan enfático e insistente (esos derechos incorporados no sólo se mantuvieron en el nivel constitucional sino que siempre, y desde su creación, tendieron a expandirse en número y profundidad), encontraran en todos esos mismos países dificultades extraordinarias para ser implementados? De modo más específico, cómo puede explicarse que esas afirmaciones casi unánimes, tan drásticas y atronadoras, hechas desde la Constitución, fueran seguidas, típicamente, por décadas en que tales derechos pasaron a dormir su sueño constitucional, arrumbados en los cajones de jueces que consideraron –a lo largo y ancho de toda América- a aquellos derechos como no directamente operativos. La cuestión es bien conocida dentro del pensamiento jurídico actual, que examina los modos en que esos derechos sociales terminaron siendo transformados en derechos “meramente programáticos,” o sea, derechos “no-directamente operativos,” frente a los derechos de “primera generación,” a los que siempre se consideró como directamente operativos.⁶ Es decir, los derechos sociales fueron considerados objetivos a ser perseguidos por las ramas políticas, y no, en cambio, como derechos individuales o colectivos exigibles judicialmente.”⁷

Mi sugerencia es que dicha cuestión tiene que ver con un “injerto” mal hecho, con un “trasplante legal” impropio, realizado sin mayor conciencia o preocupación por el modo en que “lo viejo” iba a recibir “lo nuevo.” Se trató de un “trasplante” desentendido, en apariencia, del hecho de que el implante que se injertaba iba a ser recibido por un cuerpo

⁶ Ver, por ejemplo, Teixeira (1991), Doria (1953).

⁷ La discusión al respecto es muy intensa. Valiosos trabajos, descriptivos y evaluativos, sobre la recepción judicial de los derechos sociales, pueden en Abramovich y Curtis (2002); Balkin (1997); Baxi (1980); Bhagwati (1985); Bork, (1979); Curtis (2006); Craven (1995), Eide, Krause, Rosas, eds. (1994); Epp (1998); Forbath (2001); Henkin, (1990); Holmes y Sunstein. (1999); Hunt. (1996); Langa (1997); Michelman (1969, 1972, 1973); Sager (1994); Sajo. (1995); Scott y Macklem (1992); Schwartz (1995); Tushnet. (1974, 2002). Para el caso de México, describiendo la paulatina “activación” de la vieja Constitución de 1917, y sus cláusulas “latentes” ver Awapara (2010), quien también utiliza una terminología afín a la que aquí se utiliza.

establecido, ya sólido, y con defensas suficientes como para resistir la llegada de ese “cuerpo extraño”. En términos más pedestres: cómo podía pensarse que el viejo entramado institucional liberal-conservador –y, en particular, la rama judicial, que había pasado a representar el costado más conservador de todo el esquema- iba a ponerse a la vanguardia de la implementación del aspecto más renovado, progresista o demandante del constitucionalismo?

Los radicales y la “cuestión social.” Es interesante notar, en este sentido, que los viejos radical-republicanos de América Latina –nuestros antecesores en el siglo XIX- nunca expresaron su preocupación por la “cuestión social” en términos centrados, fundamentalmente, en el lenguaje liberal de los derechos. La “traducción legal” que hoy hacemos de sus términos no es la que ellos propiciaban. Ellos hablaron en términos de reforma agraria, o de redistribución económica, o de justicia social, manteniendo siempre el énfasis político y colectivo en torno a cuestiones que, desde el nacimiento del constitucionalismo social, pasaron a ser reducidas al lenguaje liberal de los derechos, y por tanto, comenzaban a hacer un llamado al litigio individualizado, y a la intervención y resolución judiciales. Mucho más todavía: nuestros antecesores radical-republicanos acompañaron de modo muy habitual (al menos, durante las primeras largas décadas del siglo XIX) sus reclamos a favor de la “cuestión social” con un prístino mensaje contrario al presidencialismo y la concentración del poder en general. Para decirlo en términos brutales, ellos preferían el “tiranicidio”, antes que al buen déspota. La organización más popular, democrática u horizontal: eso es lo que se derivaba de los escritos de Rousseau, y lo que se encontraba en el constitucionalismo que siguiera a la Revolución Francesa, y en particular en Constituciones como las de 1791 y 1793 –ésta última, considerada por Francisco Bilbao como la única Constitución en la historia de la humanidad que merecía llevar el nombre de tal.

En su reivindicación de la “cuestión social,” tanto como en su crítica a la autoridad concentrada, nuestros antecesores radical-republicanos advertían otra cuestión que hoy también parece pasarnos inadvertida. Ellos entendían tanto el *carácter dinámico*, como el *sentido histórico* de los cambios que proponían. Ellos reconocían, por ejemplo, que resultaba contradictorio, a la luz de la historia latinoamericana, abogar por transformaciones sociales en el marco de regímenes de autoridad concentrada. Y ello, por la esperable lógica de los acontecimientos, en contextos políticos verticales o autoritarios:

la democratización económica, por tanto, debía venir de la mano de la democratización política. Por eso el presidente de la Convención Constituyente Mexicana de 1857, Ponciano Arriaga, exigió concebir a la nueva Constitución como “la ley de la tierra” o de la reforma agraria. Por eso Murillo Toro, abogado incansable del sufragio universal en Colombia, se preguntaba:

Qué quiere decir el sufragio universal y directo en una sociedad en que [la enorme mayoría de los votantes] no tienen la subsistencia asegurada y dependen por ella de uno solo? Qué quiere decir la federación cuando cada distrito federado ha de depender en sus más premiosas condiciones de existencia, de uno, de dos, de tres individuos que tienen el monopolio de la industria y por lo tanto del saber? (Murillo Toro 1979, 70).

Esto es decir, Murillo Toro, como otros radicales, vio al constitucionalismo integrado con otras esferas de la vida pública –vio los vínculos existentes, por caso, entre política, derecho y economía- y pidió obrar en consecuencia –reconociendo esa vinculación.

Los liberal-conservadores en la protección de derechos. Notablemente, el pensamiento liberal-conservador latinoamericano también entendió y pensó de modo diferente pero igualmente interesante sobre la cuestión, cuando diseñó sus Constituciones en la segunda mitad del siglo XIX. Ello, para aportar otra línea de reflexión muy lúcida en la materia. En efecto, y típicamente, todos ellos parecían interesados en otra cuestión, la “cuestión de la propiedad,” a la hora de encarar la creación constitucional. Sin embargo, notablemente, ninguno de ellos se embelesó con la idea de incorporar más y más derechos a la Constitución (derechos de propiedad, de contratos, de libre mercado, de libre comercio, y así hasta el infinito). Más bien, su pregunta pareció ser la contraria, una del tipo siguiente: “dado que tenemos una preocupación muy fuerte por el reaseguro de este tipo de derechos (clásicos) en el orden constitucional futuro, qué es lo que debemos hacer, en materia de organización del poder, con el objeto de garantizarlos?” Su respuesta, habitualmente, fue la de actuar sobre la “maquinaria del poder,” de forma tal de establecer fuertes restricciones en términos democráticos, limitando de manera especial a la rama legislativa, que parecía la más agresiva y amenazadora en la materia. Atando las manos de la rama más popular iba a salvaguardarse del mejor modo derechos tales como los de propiedad y contratos. De allí que Alberdi pudiera decir, por ejemplo:

“No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y

abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas de adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar y ejercer toda industria.*⁸

Esto es decir, para él, la nueva Constitución debía poner entre paréntesis, por el momento, toda preocupación por la “cuestión social,” y toda inclinación por expandir los derechos políticos de la ciudadanía. Tales cuestiones debían reservarse para el futuro del constitucionalismo. Las necesidades del momento lo que exigían era otra cosa, esto era – en su opinión- el reaseguro de los derechos clásicos, expresados fundamentalmente en términos de libertades económicas. Esto es decir: la preocupación por la propiedad y los contratos exigía, por el momento, postergar la preocupación por los derechos políticos (y sociales). O, en términos más directos: para proteger los derechos clásicos, lo primero que se necesitaba era actuar sobre la organización del poder, “atando las manos” de las amenazantes mayorías.

En definitiva, de formas diversas, nuestros antecesores –radicales y conservadores- demostraban entender el carácter dinámico de las reformas; el vínculo entre la democracia económica con la democracia política; o las relaciones entre la parte dogmática de la Constitución y la parte orgánica. Eso era, por lo demás, lo que enseñaba la corta historia latinoamericana que ellos habían visto. Hoy, sin embargo, desatendemos aquellas enseñanzas básicas. En tal sentido, y en el que tal vez representa el más grave de nuestros olvidos o negligencias, en materia de diseño constitucional, *tendemos a expresar nuestro compromiso con los derechos incorporando más derechos en la Constitución, esto es decir, olvidando el “problema de la sala de máquinas”, que requiere operar sobre la organización del poder, si lo que pretendemos es garantizar el respeto sobre ciertos derechos.*⁹

Peor aún, lo que hemos hecho en estos años en materia de (re)organización del poder

⁸ Y continuaba: “Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los arts. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz.- Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio.” Juan Bautista Alberdi, “Sistema Económico y Rentístico,” en Alberdi (1920), tomo xiv, 64-65.

⁹ Cuando hable de “sala de máquinas,” en lo que sigue, estaré refiriéndome de modo específico a la organización del poder constitucional pero, en términos más generales, a la “estructura básica” de la sociedad, en términos similares a los que John Rawls utilizara en tal respecto, al hablar centralmente de la estructura política, social, económica de la sociedad. Ver Gargarella 2010, 2013.

constitucional, ha sido nulo, poco o muy malo: nos encontramos, en dicho sentido, y en el mejor de los casos, con reformas hechas en el vacío, sin entender ni la dinámica que nuestras reformas tienden a desatar, ni las lecciones que la historia de nuestro continente tiene para ofrecernos.

III. (Híper)Presidencialismo? Cuando prevalece la “viejo” sobre lo “nuevo”

El (híper)presidencialismo latinoamericano nos ofrece el caso seguramente más excepcional para pensar en torno a la influencia de “lo viejo” sobre “lo nuevo” o, más específicamente, en torno al riesgo de modificar una Constitución sin tomar en cuenta el carácter *dinámico* de las reformas, y el *marco histórico* en el que se insertan. Con el “carácter dinámico” de las reformas quiero decir que debemos pensar en el devenir o desarrollo esperable de la reforma. Debemos preguntarnos: “qué es esperable que ocurra, luego de incorporada tal cláusula, y una vez “puesta en marcha” la Constitución, teniendo en cuenta el modo en que tenemos organizado el resto de la misma?”¹⁰ Por ejemplo, si creamos un Primer Ministro o un Jefe de Gabinete, es obvio que debemos preguntarnos cómo es que va a encajar esa institución dentro de la estructura presidencialista ya organizada, y en particular preguntarnos por el modo en que, esperablemente, la “vieja estructura” (digamos, el híper-presidente en ejercicio) va a *resistir* la llegada de un funcionario destinado a limitar su autoridad. Necesitamos enfocarnos muy en particular sobre esos esperables *ejercicios de resistencia*. A esto me refiero también cuando hablo del marco histórico de la reforma. Quiero decir, por ejemplo, y en particular: qué es lo que podemos esperar que ocurra con esta institución que estamos tratando de incorporar a la Constitución, a la luz de la particular historia político-legal de nuestra región, nuestro país, nuestra comunidad?

Concentrémonos directamente en el caso seleccionado, referido a las modificaciones introducidas en las Constituciones latinoamericanas, en los últimos años, en materia de organización del poder y, en particular, en relación con la amplitud de los poderes presidenciales. Qué es lo que ocurrió al respecto?

¹⁰ Por supuesto que esta pregunta debe ser hecha, también, en relación con el esquema económico prevaleciente, las disputas sociales existentes, etc. Algo más diré enseguida al respecto, al referirme al aspecto histórico de las reformas.

Por ejemplo, según el *Comparative Constitutional Project*, las últimas reformas regionales mantuvieron la matriz de una autoridad política concentrada (Cheibub et al 2011). Según los autores, en los últimos años ha habido en América Latina un “incremento en las cláusulas destinadas a transferir poderes legislativos a la rama Ejecutiva” (Cheibub et al 2011, 1718).

No todos parecen leer ese balance del mismo modo. Por ejemplo, conforme al investigador argentino Gabriel Negretto (2009, 2011), entre 1978 y 2008 se dictaron 15 Constituciones (Bolivia ratificó la suya en el 2009).¹¹ En dicho lapso –agrega- diez países modificaron las reglas de la reelección presidencial, que en total fueron modificadas 16 veces (en 9 ocasiones para flexibilizar las cláusulas de la reelección, en 7 para restringirlas).¹² En doce países de la región, agrega el investigador, se fortalecieron los poderes presidenciales, y sólo en seis fueron restringidos (Negretto 2011).¹³ En definitiva, el autor sugiere que ha habido medidas tendientes a reforzar los poderes de control del Congreso y del Poder Judicial, junto a otras destinadas a “concentrar poder en las manos del presidente” (Negretto 2011b)

En otro examen comparativo sobre las reformas recientes, Rodrigo Uprimny refiere – entre otras cuestiones- al modo en que las nuevas Constituciones han modificado la organización del poder.¹⁴ Al respecto, señala que las Constituciones de la región

¹¹ Suman 192 en la historia, y 102 en el siglo XX.

¹² Conforme a su análisis, ciclos restrictivos en materia de poderes presidenciales (como el iniciado en 1978), son seguidos luego por otros de orientación contraria, destinados a facilitar las reelecciones (como el iniciado en 1993).

¹³ Según Negretto, las reglas referidas a la reelección presidencial, y a los términos del mandato de los Presidentes, han sido las más inestables en la historia de la región (ibid.). En otro artículo reciente, Negretto admite, a la vez, que ha habido otras reformas que han entrado en tensión con las primeras.

¹⁴ Es un hecho que, habitualmente, y en tren de aprobar reformas auto-interesadas, movidas por pretensiones de muy corto plazo, se agreguen -ya sea como escudo para proteger lo anterior, ya sea como oportunidades que la oposición aprovecha- reformas más interesantes, que pueden ser valiosas para el largo plazo (Uprimny 2011). Como ejemplo, la Constitución argentina de 1994, motivada sustantivamente por las ambiciones reeleccionistas del Presidente entonces en ejercicio, terminó por consagrar otras modificaciones de importancia, como el reconocimiento de derechos de las minorías, la novedad de las acciones judiciales colectivas, o la jerarquía constitucional de compromisos relevantes en materia de derechos humanos. Lo ocurrido en la Argentina representa una pauta generalizable en la región. De allí que las reformas de finales de siglo y comienzos del nuevo, si bien motivadas por un indeseable cortoplacismo, pudieron traer consigo otros cambios más atractivos, que se vinculaban con el aire de los tiempos: preocupaciones multiculturales; derechos de grupos; nuevos derechos ambientales. Estas reformas incluyeron, a su vez, algunas respuestas destinadas a hacer frente a algunos de los peores legados de la más dura etapa hiper-presidencial: poderes judiciales demasiado sometidos a la política; legislativos anémicos; un creciente proceso de desconfianza en la política, y un quiebre de relaciones entre representantes y representados. Y en algunos casos, excepcionalmente, reformas en apariencia muy imperfectas, se articularon claramente en torno a problemas constitucionales fundamentales, bien identificados.

“conservaron para el presidente poderes enormes frente al modelo presidencial clásico”, y tendieron a favorecer “la posibilidad de la reelección inmediata del presidente”, aunque al mismo tiempo ellas “hicieron esfuerzos por limitar el poder presidencial” (Uprimny 2011, 10). Gerardo Pisarello, por su parte, examina la última oleada de reformas constitucionales producida en la región, distinguiendo entre aquellas que se dieron en un momento de “reflujo conservador”, a comienzos de los años 90 (incluyendo, por caso, las reformas promovidas por Alberto Fujimori en Perú, o Carlos Menem en la Argentina; pero no la de Colombia 1991); y las que siguieron a aquellas, y que acompañaron el fin de las políticas de “ajuste estructural” (incluyendo, fundamentalmente, las reformas de Bolivia, Ecuador y Venezuela). En su opinión, las primeras reformas tendieron a fortalecer la figura presidencial y a abrir la “constitución económica a políticas privatizadoras o monetaristas” –aunque a la vez tendieron a incorporar “estándares de protección de derechos acuñados por el derecho internacional” que, con el tiempo, fueron cobrando vida. Las segundas, en cambio –Constituciones a las inscribe directamente dentro de una “tradición constitucional democrático radical”- habrían sido, en su opinión, más afines a la promoción de “una mayor participación ciudadana;” la “atención de colectivos” en situación de “exclusión”; a la vez que cuestionadoras de las anteriores políticas “neoliberales”, a través de la promoción de un Estado más activo en materia económica (Pisarello 2010, 193, 195-6).

Todos estos análisis, provenientes de lúcidos científicos sociales de la región, se equivocan, en mi parecer, al sugerir, de un modo u otro, que las reformas han “compensado”, balanceado o re-equilibrado la estructura de poderes prevaleciente. Quiero decir, es difícil ver de qué modo puede afirmarse que los tradicionalmente amplios poderes presidenciales se han moderado (en el mejor de los casos), o compensado -típicamente, a través de la ampliación de las oportunidades de la participación política, o la expansión de algunas de las facultades del Congreso, por ejemplo. Una conclusión semejante, según entiendo, requiere haber partido de una visión estática y a-histórica del constitucionalismo. Ello, como si la Constitución tratara de piezas situadas en un tablero, que son movidas o acomodadas conforme a los acuerdos o pretensiones de cada momento.

Según anticipara, proposiciones como la que dice que los poderes del Ejecutivo han quedado finalmente compensadas o moderadas, en las últimas reformas no resultan

consistentes con lo que un análisis situado, histórico y dinámico de la vida constitucional nos hubiera predicho. De hecho, con sus limitaciones y problemas, ése sería el análisis que debería derivarse de un esquema teórico sobre el funcionamiento de la Constitución, como el presupuesto por James Madison, al diseñar las bases de la Constitución de los Estados Unidos. Como es conocido, la particular filosofía de la acción difundida entre de los “padres fundadores” norteamericanos, se inspiraba en cuanto a sus supuestos motivacionales en el pensamiento de David Hume. Con éste, ellos asumían que los individuos tendían a actuar ya sea motivados por el crudo autointerés, ya sea cegados directamente por la pasión (White 1987). Recuérdese, por caso, el modo en que Madison habla –siguiendo a Hume– sobre las motivaciones humanas en su escrito más conocido, *El Federalista* n. 10. Allí él se refirió a las “facciones” y trató de mostrar de qué modo el origen de las mismas tenía que ver con la naturaleza humana, y la desigual distribución de la propiedad.¹⁵ Ello, según él, nos permitía entender que las facciones iban a ser inerradicables, a la vez que daba cuenta de lo que sería una de las ideas-clave de su reflexión constitucional: dado que la supresión de las *causas* del origen de las facciones era imposible, irracional o indeseable (i.e., suprimir la libertad), lo que quedaba era actuar sobre sus *efectos*, y por ello es que se tornaba necesario y urgente trabajar sobre el diseño institucional.

Puesto a ello, ninguna reflexión de Madison parece más lúcida que la expresada en *El Federalista* n. 51, en donde se refirió a la organización del sistema de “frenos y contrapesos”, y describió la dinámica que esperaban obtener del mismo, a los fines de contener los peores riesgos de la opresión mutua. Sostuvo Madison:

la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para

¹⁵ Según Madison: “Las causas latentes de la división en facciones tienen su origen en la naturaleza del hombre... El celo por diferentes opiniones respecto al gobierno, la religión ... el apego a distintos caudillos en lucha ambiciosa por la supremacía y el poder, o a personas de otra clase cuyo destino ha interesado a las pasiones humanas, han dividido a los hombres en bandos, los han inflamado de mutua animosidad y han hecho que estén mucho más dispuestos a molestar y oprimirse unos a otros que a cooperar para el bien común. Es tan fuerte la propensión de la humanidad a caer en animadversiones mutuas, que cuando le faltan verdaderos motivos, los más frívolos e imaginarios pretextos han bastado para encender su enemistad y suscitar los más violentos conflictos. Sin embargo, la fuente de discordia más común y persistente es la desigualdad en la distribución de las propiedades.”

contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprocharse a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que la internas del gobierno.

Según Madison, entonces, las diferentes ramas del gobierno debían contar con herramientas para el mutuo control, que además debían ser equivalentes: éstas eran las dos principales claves del sistema de “frenos y contrapesos” -un sistema que iba a “moverse” través del auto-interés o la mera “ambición” de sus miembros. Combinados apropiadamente por el sistema institucional, los impulsos egoístas de los oficiales públicos podían terminar sirviendo al interés de todos. Pero -otra vez- la combinación debía ser la correcta. Resultaba claro: si una rama del poder tenía capacidades de acción o amenaza mucho mayores que las del resto, era obvio que el sistema de los mutuos controles iba a terminar fracasando.

Por lo dicho, Madison hubiera podido prever, frente a los “padres fundadores” del constitucionalismo latinoamericano, que un sistema de “frenos y contrapesos” desbalanceado hacia el Poder Ejecutivo iba a estar condenado a quebrarse desde el mismo momento de su puesta en marcha: la lógica misma del sistema resultaba desafiada y vencida, por las herramientas de acción y amenaza desproporcionadas, que se entregaban al Presidente. Todo el sentido de los “frenos y contrapesos” quedaba así disuelto en su propio acto inaugural. Lo previsible era que, desde el minuto uno, e instante tras instante, el Presidente opacara y terminara por controlar, a las otras ramas del poder que encontraba a su lado.

De modo similar, Madison hubiera podido prever, frente a las nuevas reformas (en apariencia) “limitadoras” de los poderes del Ejecutivo, una suerte adversa. Ocurre que el Presidente tiene suficientes capacidades para resistir, por medios directos e indirectos, formales e informales, cualquier modesta limitación o barrera que se ponga en su camino. Lo contrario implicaría pensar que las nuevas reformas llegan sin contexto, sin historia, sin práctica, sin una dinámica en marcha hace tiempo, y consistentemente funcionando en una fundamental dirección.

De modo no sorprendente, esta historia es la que vemos repetida, de modo insistente, en la práctica latinoamericana, cuando prestamos atención a los modestos intentos de reforma a la parte orgánica, avanzados en las décadas anteriores: todos ellos han tendido a sucumbir frente a la potencia presente de los poderosos Ejecutivos regionales. Esos intentos de moderación o compensación terminaron, una y otra vez, mostrando su fragilidad, como si se tratara de piezas de papel arrugadas por un gigante. Por ejemplo, en su reciente tesis doctoral sobre el híper-presidencialismo en Colombia, Ana Arango Restrepo muestra que, “pese a las reformas constitucionales implementadas, las variaciones que experimenta el ejercicio del poder presidencial entre 1974 y 2010, no consiguen desplazar el sistema hacia modalidades distintas del hiperpresidencialismo” (Arango Restrepo 2017, 433). Ello, dado que el presidente “exhibe (una) gran capacidad para mutar y adaptarse a las nuevas condiciones”, recurriendo a estrategias diversas (i.e., desde el uso de los servicios de inteligencia, hasta el recurso a las “herramientas transaccionales” de las que dispone, y a través de las cuales el Ejecutivo “negocia individualmente con los congresistas su adhesión a la coalición de gobierno y amplía sus poderes partidistas”, *ibid.*, 434). Pero lo dicho para Colombia puede decirse también, obviamente, para los demás países de la región. Piénsese, sino, en la figura del “Jefe de Gabinete,” creado por la Constitución Argentina de 1994, a la imagen de un modesto Primer Ministro local, y carente de toda fuerza efectiva desde su creación. O préstese atención al modo en que, una y otra vez, el presidente de Ecuador Rafael Correa desautorizó las iniciativas ciudadanas destinadas a poner en marcha los más desafiantes mecanismos participativos previstos por la Constitución del 2008 (Gargarella 2013). O véase qué es lo que ocurrió con la cláusula revocatoria y los múltiples intentos de freno legislativo avanzados en Venezuela, en tiempos de Nicolás Maduro. Cada uno de estos ejemplos, a los que pueden sumarse muchos otros, reafirman una certeza, y es que un Presidente muy fuerte tiene obvias capacidades para resistir los intentos de limitación de su poder que se propongan, aún, a través de reformas constitucionales.

Esta *capacidad de lo viejo para resistir lo nuevo*, no es entonces novedosa, ni debe obviamente considerarse limitada a lo que pueda hacer el Presidente. Lo mismo debe servir para pensar cualquier organismo institucional consolidado, frente a los nuevos que se incorporen, amenazando la limitación de su poder. Piénsese, como ejemplo, en el caso del “choque de trenes”, en Colombia, que enfrentó a la vieja Corte Suprema Colombiana, con la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ambas instituciones

mantuvieron durante años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, y que implica persistentes disputas de poder, y una nociva competencia entre las dos Cortes (Cepeda 2007; Uprimny et al, 2006). Dicha disputa y tensión era enteramente esperable, desde el mismo momento en que se concibió la institución nueva: cómo no prever el conflicto? Cómo no esperar resistencias de la Corte existente? Cómo no diseñar formas para hacer frente a esa tensión que esperablemente iba a desatarse? Otro ejemplo relevante, en la materia, es el que puede encontrarse en la Argentina, cuando examinamos las relaciones que se dan entre la Corte Suprema (presente desde la primera Constitución, de 1853), y el Consejo de la Magistratura, que fuera introducido por la reforma constitucional de 1994. Otra vez, en este caso, vemos relaciones de fuerte tensión entre los dos organismos (tensiones que podían anticiparse al momento de la creación del Consejo), relacionadas con la dificultad de definir con exactitud el área de la competencia exclusiva de cada una de las instituciones; pero también (y a partir de allí) con un cierto hostigamiento de la Corte sobre el Consejo, en donde la primera aparece celosa de perder facultades que considera propias (Gargarella 1996). Más allá de los problemas de diseño propios de cada uno de tales casos (posiblemente, los conflictos desatados habrían sido menores, en ambas situaciones, de haber habido una más perfecta delimitación de competencias), lo cierto es que este tipo de conflictos resultaban esperables desde el momento mismo en que las nuevas instituciones comenzaron a imaginarse. Hubo, por tanto, errores claros en el modo de diseño institucional emprendido.

Conclusión

En las páginas anteriores, examiné críticamente el desarrollo del constitucionalismo regional, y objeté en particular parte de lo hecho (y sobre todo, de lo no-hecho) en las últimas décadas de nuestro devenir constitucional. Ello, en razón de que estos últimos desarrollos no han tomado debidamente en cuenta dificultades y problemas previsibles en la creación o reforma constitucional.

Según entiendo, el constitucionalismo latinoamericano sigue marcado por los rasgos de desigualdad que le han sido propios desde el mismo momento de su nacimiento. Seguimos contando con sociedades definidas por la marginación y exclusión de grupos, y el constitucionalismo no ha sabido ofrecer su ayuda para promover modificaciones

drásticas o relevantes en ese respecto. Las “inclusiones” que se han impulsado desde ese lugar han sido habitualmente muy defectuosas –caracterizadas por lo que he llamado la “estrategia de la acumulación”- que parecen sugerir una falta de compromiso efectivo con la tarea emprendida –como si la inclusión de los excluidos pudiera llevarse a cabo sin afectar en absoluto el orden vigente. Esa es, en definitiva, la lección que nos dejan los intentos de cambios “acumulativos”. El caso de los derechos sociales, en tal sentido, da lugar a la más saliente y notable de todas esas modificaciones “acumulativas”. En efecto, la “acumulación” entre la “vieja” Constitución liberal-conservadora (distinguida por la autoridad concentrada, dentro de una organización de poder elitista) y el nuevo “constitucionalismo social” constituye el principal rasgo identitario del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Se trata de un modelo en “tensión interna”, preparado para restringir lo que ofrece, para hacer imposible lo que declama deseable. En otros términos: no es posible impulsar un constitucionalismo más igualitario, manteniendo intocada la organización del poder o la “sala de máquinas” de la Constitución. Finalmente, me interesó decir que los pocos cambios que fueron impulsados en estos años sobre la “sala de máquinas,” siguieron la lógica referida: cambiar para no cambiar. Los cambios pretendidamente dirigidos a moderar el hiper-presidencialismo regional resultaron, como era esperable, absorbidos o anulados por las viejas estructuras. El proyecto del constitucionalismo igualitario –el de la plena autonomía individual y el efectivo autogobierno colectivo- permanece todavía hoy postergado.

BIBLIOGRAPHY

Alberdi, J. B. (1920), *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad.

Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.

Carranza, V. (1916), “Discurso de Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916,”

https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/DVC_1916.PDF

Consultado el 29 de abril, 2017

Cheibub, J.C.; Elkins, Z.; Ginsburg, T. (2011), "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, 1701-1741.

Dixon, R. & Ginsburg, T. (2011), "Deciding not to decide," *Int'l. J. Const. Design*, 636.

Elkins, Z, Ginsburg, T., Blount, J. (2008), "The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval," *Temple Law Review*, 81 (2), 361-382.

Elkins, Z., Ginsburg T, Melton J. (2009), *The Lifespan of Written Constitution*, New York: Cambridge University Press.

Elster, J. (1995), "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke University School of Law*, vol. 45, n. 1, 364-496.

Elster, J. (2015), "The Political Psychology of Constitution-Making", Princeton, manuscript on file with the author.

Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press.

Ginsburg, T., Elkins, Z., & Blount, J. (2009), "Does the Process of Constitution-Making Matter?", *Ann. Rev.Law.Soc.Sci.* 5, 201-23.

Halperín Donghi, T. (2007), *Historia Contemporánea de América Latina*, Alianza: Buenos Aires.

Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. (1988), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books.

Lerner, H. (2013), *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press.

Lerner, H. (2016), "Constituent Assemblies in Divided Societies".

Nino, C. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press.

Rawls, J. (1987), "The idea of an overlapping consensus", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n. 1, 1-25.

Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Salazar, D. (2015), "My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador," *SELA*, Yale University
https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf

- Sills, D. (1968), ed., *International Encyclopedia of Social Sciences*, The Macmillan Company § The Free Press.
- Silva Castro, R. (1969) *Juan Egaña. Antología*, Santiago de Chile: Editora Andrés Bello.
- Sunstein, C. (1996), “The Supreme Court 1995 Term: Foreword: Living Things Undecided,” : 110 *Harvard Law Review* 6.
- Sunstein, C. (2001), *One Case at a Time*, Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R. (1987), “El sistema de gobierno que le conviene a Brasil”, en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires.
- Voigt, S. (2003), “The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice. Towards a Comparative Analysis”, in A. van Aaken, C. List, C. Luetgeeds, *Deliberation and Decision*, Aldershot: Ashgate, 199-229.
- Widner, J. (2008) “Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview,” *William & Mary Law Review* 49 (4), 1513
- Zevada, R. (1972), *La lucha por la libertad en el congreso constituyente de 1857. El pensamiento de Ponciano Arriaga*, México: Ed. NuestroTiempo.