

Roberto Gargarella
**La sala de máquinas
de la Constitución**
Dos siglos de constitucionalismo
en América Latina (1810-2010)

Del mismo autor

- La Constitución en 2020* (coord.), Buenos Aires, 2010
Teoría y crítica del Derecho constitucional (coord.), Buenos Aires, 2008
De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, 2008
Los fundamentos legales de la desigualdad, Madrid, 2005
Razones para el socialismo (en colaboración con F. Ovejero), Barcelona, 2000
Las teorías de la justicia después de Rawls, Barcelona, 1999
La justicia frente al gobierno, Barcelona, 1996
Nos los representantes, Buenos Aires, 1995
The Legal Foundations of Inequality, Cambridge, 2010
Social Transformation and the Judiciary (en colaboración con F. Domingo
y T. Roux), Londres, 2006
Democratization and the Judiciary (en colaboración con S. Gloppen y E. Skar),
Londres, 2004

Índice

Primera edición, 2014

© Katz Editores

Benjamín Matienzo 1831, 10º D

1426-Buenos Aires

c/Sitio de Zaragoza, 6, 1ª planta

28931 Móstoles-Madrid

www.katzeditores.com

© Roberto Gargarella, 2014

ISBN Argentina: 978-987-1566-93-8

ISBN España: 978-84-15917-14-4

1. Constitucionalismo.

CDD 342.02

El contenido intelectual de esta obra se encuentra protegido por diversas leyes y tratados internacionales que prohíben la reproducción íntegra o extractada, realizada por cualquier procedimiento, que no cuente con la autorización expresa del editor.

Diseño de colección: tholón kunst

Impreso en la Argentina

por Buenos Aires Print

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

7 Prefacio

- 13 1. El primer derecho constitucional latinoamericano (1810-1850)
- 49 2. El "constitucionalismo de fusión": el pacto liberal-conservador en la segunda mitad del siglo XIX
- 91 3. Las bases materiales de la Constitución
- 123 4. Los límites del pasado constitucional sobre el nuevo constitucionalismo
- 163 5. La crisis del modelo constitucional poscolonial. Positivismo y revolución a comienzos del nuevo siglo
- 199 6. El constitucionalismo a mediados del siglo XX y el retorno de la cuestión social
- 243 7. Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos
- 269 8. El constitucionalismo contemporáneo I. Constituciones en tensión interna
- 309 9. El constitucionalismo contemporáneo II. La sala de máquinas de la Constitución
- 347 10. ¿Qué hemos aprendido en dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario

367 Bibliografía

El constitucionalismo contemporáneo I. Constituciones en tensión interna

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo de finales de siglo resultó muy impactado por los dos hechos históricos más significativos de la época: la crisis política y de derechos humanos derivada del paso de dictaduras y gobiernos autoritarios, en torno a los años setenta, y la crisis económica relacionada con la aplicación de los programas de ajuste estructural característicos de la década de 1990. Dividiremos este capítulo en cuatro secciones, basándonos en el impacto en el constitucionalismo de estos dos hechos.

La primera sección hará referencia a aquellas Constituciones que surgieron como reacción directa al autoritarismo de la década de 1970. Este constitucionalismo buscó, sobre todo, dejar atrás el injusto orden constitucional impuesto por las dictaduras. La segunda sección discutirá aquellas Constituciones que, en un intento de impedir la repetición de los trágicos hechos anteriores, ya introdujeron cambios en la organización de poderes o crearon nuevas barreras legales contra potenciales violaciones de los derechos humanos. La tercera sección describirá las Constituciones que prepararon el terreno para la aplicación de los programas de ajuste económico estructural en la década de 1990. Finalmente, la cuarta sección se ocupará del constitucionalismo que reaccionó frente a la profunda crisis social generada por la aplicación de aquellos programas de ajuste estructural.

En resumen, las nuevas Constituciones que aparecieron en este período no cambiaron drásticamente la estructura central de las surgidas después de la Constitución mexicana de 1917. En líneas generales, las nuevas Constituciones fortalecieron los compromisos sociales de los documentos anteriores. Al mismo tiempo, mantuvieron la tradicional estructura de poder, vertical, casi intacta. La discusión constitucional alcanzó una extraordinaria riqueza en estas décadas, como veremos en las páginas que siguen.

DICTADURA, DERECHOS HUMANOS E HIPERPRESIDENTIALISMO.
BRASIL 1988, CHILE 1980

La influencia de las dictaduras en el desarrollo del constitucionalismo de fin de siglo resultó, conforme dijéramos, muy importante. Dicho impacto fue directo en ocasiones, y en otras más indirecto; casos como los de Chile y Brasil ayudan a ilustrarlo de modo notable.

Chile, como sabemos, vivió bajo dictadura militar desde 1973, año en que fue derrocado Salvador Allende, el presidente socialista democráticamente elegido. Una vez llegado al poder, el régimen militar, encabezado por el general Augusto Pinochet, se propuso llevar a cabo una radical reorganización jurídica del país, lo cual incluía el dictado de una nueva Constitución, destinada a reemplazar la vigente, del año 1925. Con tal motivo, Pinochet designó, tempranamente, a una comisión (la Comisión Ortúzar), encargada de diseñar las bases de la nueva Constitución. La misma, sin embargo, se terminaría recién en 1980.¹

El hecho es que la Constitución militar de 1980, con su concepción empobrecida y paternalista de la democracia de las Fuerzas Armadas chilenas, trascendió el período pinochetista, y permaneció como la Constitución nacional incluso después del regreso de la democracia. Esta situación impuso un pesado legado sobre la vida democrática chilena, recomenzada a partir de las elecciones de 1989. Desde el fin de la dictadura, y durante más de dos décadas, la comunidad democrática debió hacer grandes esfuerzos para terminar con las numerosas trabas que le habían sido impuestas (los llamados *enclaves autoritarios*). Tales trabas incluían la institución de senadores vitalicios (que le permitió al general Pinochet pasar a formar parte del Senado ya en democracia), senadores “designados” (que permitió que miembros de las Fuerzas Armadas y los carabineros pasaran a integrar también el Senado democrático), un Consejo de Seguridad Nacional, un sistema electoral fuertemente excluyente (destinado a dificultar al máximo la selección de representantes de agrupaciones políticas minoritarias), y la exigencia de mayorías calificadas para reformar aspectos cruciales de la vida institucional (desde la educación a la organización del Congreso o de las Fuerzas Armadas).

Muy lentamente, y por medio de sucesivas reformas constitucionales, el poder democrático fue desprendiéndose de tales limitaciones. La más importante de estas reformas fue realizada durante el gobierno de Ricardo La-

gos. Entre otras modificaciones significativas, destacan las dirigidas a: modificar el procedimiento de reforma y limitar el peso de los estados de excepción (1989), cambiar aspectos de la organización geográfica interna (1991), reducir el período presidencial de ocho a seis años (1994), introducir cambios en los modos de selección de jueces (1997), cambiar el funcionamiento del Poder Judicial y los modos de la elección presidencial para la segunda vuelta (1999), modificar el mecanismo de reforma constitucional (2000), terminar con la censura cinematográfica (2001), fijar el deber del Estado de asegurar la educación gratuita (2003), terminar con los senadores designados y vitalicios, reducir el mandato presidencial a solo cuatro años (2005), permitir que el presidente removiese a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al director de carabineros, modificar el Consejo de Seguridad Nacional (2005), introducir modificaciones en el sistema electoral (2009).

El caso del constitucionalismo brasileño de la posdictadura comparte varios elementos con el ejemplo chileno. En Brasil también, en efecto, la Constitución de 1988 puede leerse como una forma de reaccionar frente al legado del constitucionalismo autoritario promovido por los militares. La Constitución en cuestión era la de 1967, sancionada durante el gobierno militar de Humberto Castelo Branco. Esta Constitución, con la importante enmienda de 1969, imponía graves limitaciones a la organización federal del país y a las libertades políticas y civiles de la población.²

Por ello, poco después de recuperada la democracia, los brasileños elaboraron una nueva Constitución, que intentó reparar los graves retrocesos consagrados constitucionalmente por la dictadura. Así, la Constitución democrática de 1988 proscribió la tortura, restableció el voto directo y secreto, sentó las bases para la reorganización de la competencia democrática electoral, fijó penas severas contra las restricciones a las libertades civiles, dispuso medidas antidiscriminatorias, incluyó mecanismos desti-

1 La nueva Constitución propuesta fue entonces sometida a mandato popular a través de un plebiscito, que tuvo lugar en un marco de participación política restringida y debilitó gravemente la legitimidad de la Constitución.

2 La Constitución de 1967 fue muy explícita al respecto, regulando duramente las reuniones masivas —que debían ser autorizadas y controladas por el poder público—, condicionando la existencia de partidos políticos (quedaron autorizados entonces solo el partido oficial, la Alianza Renovadora Nacional —ARENA— y un partido opositor, el Movimiento Democrático Brasileño —MDB—), o cercenado, por razones de “seguridad nacional”, el voto directo en las ciudades y localidades más importantes. En 1969, una junta militar provisional dictó una ampliísima enmienda (la Enmienda de 1969, que reforzó el carácter ya fuertemente represivo de su antecesora. La Enmienda incluyó la figura de la pena de muerte, suspendió el *habeas corpus*, creó tribunales militares especiales, y además se acompañó de otras leyes restrictivas de libertades, como la Ley de Seguridad Nacional, o la Ley de Prensa que vino a consagrar un sistema de censura previa.

nados a alentar la participación política (tales como plebiscitos y referendums), restableció el compromiso federalista y expandió la autonomía municipal, incorporó medidas de protección de las tierras indígenas, y consagró una larga y muy detallada lista de derechos y garantías sociales.

Notablemente, sin embargo, debe apuntarse que la Constitución mantuvo un sistema presidencialista poderoso, muy en sintonía con las reformas introducidas por la dictadura en el Poder Ejecutivo.³ Este fuerte presidencialismo era quizás una reacción al “trauma” de la Constitución de 1946 que, en la opinión de muchos, había creado un presidente demasiado débil. Esto es decir, la nueva Constitución democrática se diferenció significativamente de la anterior en relación con la organización de los poderes, pero mantuvo en lo esencial la organización de poderes establecida por la dictadura en la Constitución de 1967 (Limongi, 2008).⁴

Recién examinamos dos ejemplos importantes de cómo el constitucionalismo democrático apareció como reacción directa a las Constituciones emergidas durante las dictaduras, como un intento de superar ese legado jurídico impropio e injusto. En lo que sigue, pondremos la atención en una reacción constitucional más indirecta al pasado dictatorial. En este sentido, estudiaremos iniciativas dirigidas a remediar las causas que (aparentemente) habían provocado el ascenso de los regímenes autoritarios.

Buscando entender las causas del fenómeno autoritario, muchos académicos latinoamericanos empezaron a concentrarse en el patrón de *inestabilidad política* que caracterizó la vida pública de la región durante todo el siglo. Una de sus conclusiones fue que la Constitución no era completamente independiente de la generación de ese patrón de inestabilidad. En particular, muchos concordaron en señalar el carácter hiperpresidencialista de las Constituciones como un factor conducente a la inestabilidad. Consecuentemente, sugirieron que la eliminación del hiperpresidencialismo podría ser capaz de reducir los niveles de inestabilidad, reduciendo así el riesgo de un regreso autoritario. Por primera vez en un largo tiempo, activistas y pensadores de diferentes países y procedencias se pusieron de acuerdo en criticar un aspecto central de la organización del poder dominante (Nino, 1987; Linz

y Stepan, 1978; Linz y Valenzuela, 1994). Este consenso fue excepcional y especialmente atractivo: era la primera vez, luego de largas décadas, que la academia reconocía (como lo habían hecho antiguamente los pensadores legales) que para garantizar ciertos derechos básicos (ahora, derechos humanos) era necesario primero modificar la estructura de poder de cierta manera (ahora, limitando los poderes del Ejecutivo).

Para Carlos Nino, por ejemplo, “el diagnóstico que se hizo es que un factor importante, aunque por cierto no el único, de la labilidad institucional argentina estuvo constituido por la formación de un presidencialismo hipertrofiado” a lo largo de la historia (Nino, 1992b: 38). Para él, como para muchos otros, resultaba claro que el hiperpresidencialismo implicaba concentrar demasiado poder, demasiadas responsabilidades y demasiadas expectativas en una sola persona por un período fijado.⁵ Cualquier súbito desencanto con el presidente, cualquier caída en su popularidad o quiebre en su salud tendía a traducirse entonces en una crisis del sistema político. Cualquier crisis política o económica se transformaba así en una crisis sistémica. Aún peor, dado que el sistema carecía de válvulas de escape con las que remediar los desajustes, la “eyección” del presidente tendía a aparecer como la única manera de evadir la crisis. A la vista de todo eso, la opción parlamentaria aparecía como una alternativa interesante al presidencialismo, por la manera en que distribuía el poder político y, fundamentalmente, las “válvulas de escape” (principalmente, un cambio del primer ministro) que el sistema ofrecía (Ackerman, 2000; Linz y Valenzuela, 1994). Por desgracia, luego de haber ganado tanta atención en los círculos académicos, estas reflexiones teóricas fueron rápidamente abandonadas (volveremos sobre este punto más adelante).

Así como, en general, las nuevas Constituciones tendieron a resistir estas iniciativas antipresidencialistas, abrían en cambio las puertas a otras reformas relativas a derechos. Estos cambios implicarían el otorgamiento de un estatus especial, en ocasiones incluso constitucional, a diferentes compromisos internacionales asumidos por los países en cuestión, en materia de derechos humanos, durante las últimas cuatro o cinco décadas. Estos tratados fueron diseñados para castigar y reparar las graves y masivas violaciones a los derechos humanos cometidas por los gobiernos militares (Silckink, 2012; Acuña y Smulovitz, 1996). Argentina, Brasil, Colombia, Costa

3 Cabe recordar, por lo demás, que un plebiscito, en 1993, reafirmaría el carácter presidencialista y no parlamentarista, republicano y no monárquico, del sistema político.

4 En todo caso, para muchos la nueva Constitución aparecía como el punto de partida para una nueva historia legal (Barroso y Barcellos, 2005: 273). El documento fue así considerado como un catálogo sin precedentes de derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta la historia reciente del país, marcada por la violencia estatal y la desigualdad (Vilhena Vieira, 2006: 11; Peixinho et al., 2006).

5 Este fenómeno debería ser estudiado en conjunto con otras patologías políticas relacionadas (si no directamente derivadas de), tales como el desarrollo de regímenes no democráticos a nivel subnacional. Véase, por ejemplo, Gervasoni (2010), Giraudy (2010), y Calvo y Abal Medina (2001).

Rica, Chile y El Salvador se cuentan entre los muchos países de la región que encaron reformas de ese tipo, intentando asegurar más protecciones a los derechos afectados por los gobiernos autoritarios recientes. Se trataba, en este caso, de una respuesta legal más inmediata y extendida a lo largo y ancho de la región. Esta reacción quizás no resultara sorprendente dado el carácter de las atrocidades cometidas por los gobiernos militares en los países citados.⁶

La decisión de dar un estatus legal especial a los tratados de derechos humanos tuvo resultados muy interesantes. En parte, estas iniciativas reforzaron la reconciliación de ciertas partes de la izquierda política con el tema de los derechos y el constitucionalismo, a los que se habían resistido con frecuencia. Además, el nuevo estatus legal de los derechos que consagraron muchas de estas Constituciones tuvo un efecto interesante sobre los conservadores: más específicamente, después de estos cambios en los textos constitucionales, muchos jueces de convicciones conservadoras se mostraron sensibles como nunca antes a la consideración de argumentos referidos al valor de los derechos fundamentales.

PROGRAMAS NEOLIBERALES, CRISIS SOCIAL Y AUTORIDAD PRESIDENCIAL

En la sección previa, exploramos la influencia que el legado de las dictaduras tuvo en el derecho latinoamericano. En esta sección, estudiaremos

⁶ Ese carácter extendido de la violación de derechos humanos tuvo que ver con

muchos factores, pero también con la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional, que había nacido en el marco de la Guerra Fría, y que había sido promovida desde los Estados Unidos (por ejemplo, a través del entrenamiento militar promovido entre líderes militares de la región, desde la Escuela de las Américas, en Panamá: muchos de estos oficiales ocupaban luego posiciones de alto rango en los gobiernos militares). La Doctrina de la Seguridad Nacional había venido a impulsar un cambio en la orientación de las fuerzas armadas nacionales, promoviendo que los ejércitos locales concentraran sus esfuerzos sobre la seguridad interior, frente a la amenaza que se asociaba con una creciente presencia de ideologías de izquierda —del comunismo— en la región. Uno de los resultados más importantes de gobiernos dicha extendida doctrina fue la común disposición, de una diversidad de gobiernos latinoamericanos, a utilizar los peores recursos de la coerción estatal contra las propias poblaciones, en nombre de esa guerra contra el comunismo. Este fue el caso, por ejemplo, de Videla y sus sucesores en la Argentina, Hugo Banzer en Bolivia, Augusto Pinochet en Chile, Turbay Ayala en Colombia, Anastasio Somoza en Nicaragua, Alfredo Stroessner en Paraguay, y Juan María Bordaberry en Uruguay.

el impacto sobre el constitucionalismo de lo que se conoció como los programas de ajuste estructural. Al hablar de programas de ajuste estructural, nos referimos aquí a las extremas políticas económicas aplicadas en la región en la década de 1980. Consistían en políticas monetaristas, antestatistas, de drástica reducción del gasto público y, sobre todo, de eliminación de los programas de protección social. Estos programas de ajuste habían comenzado a aplicarse en Europa, en un movimiento liderado por Gran Bretaña, bajo la dirección de la primera ministra Margaret Thatcher, y en los Estados Unidos, durante la presidencia de Ronald Reagan (Etchemendy, 2011; Cavarozzi y Abal Medina, 2002; Svampa, 2005).

El impacto de estas políticas de ajuste estructural sobre el constitucionalismo resultó enorme. Por un lado, la llegada de tales programas requirió frecuentemente la introducción de cambios legales, incluso a nivel constitucional, dirigidos a facilitar la aplicación de las reformas del caso. De manera más indirecta, la crisis social generada por la aplicación de aquellos programas también produjo consecuencias constitucionales fundamentales. Aquí nos concentraremos sobre todo en dos de tales consecuencias. En primer lugar, investigaremos cómo las situaciones de crisis sociales provocadas por las reformas generaron reclamos por el restablecimiento de una autoridad presidencial “fuerte”. En segundo lugar, veremos de qué modo tales crisis dieron marco al nacimiento de un constitucionalismo de claro carácter popular y social.

En relación con el impacto constitucional más directo de los programas de ajuste, pueden citarse significativos cambios impulsados sobre los textos vigentes, destinados a facilitar la aplicación de las nuevas recetas económicas. El constitucionalista Gerardo Pisarello, por ejemplo, cita los casos de las 35 enmiendas impulsadas por Fernando Henrique Cardoso, sobre la Constitución de Brasil de 1988, destinadas a facilitar el proceso privatizador; la reforma del art. 58 de la Constitución de Colombia de 1991, promovida por el gobierno conservador de Andrés Bistrana, destinada a dar mayores garantías de “intocabilidad” a las inversiones extranjeras; la modificación del art. 27 de la Constitución de México, con el objeto de “acabar con el reparto agrario”; la reforma constitucional peruana de 1993 (impulsada por el presidente Fujimori, luego de un autogolpe), que eliminaba muchos de los compromisos sociales asumidos por la Constitución de 1979; o las garantías al “valor de la moneda” aseguradas por la Constitución de la Argentina de 1994, elaborada durante la presidencia de Carlos Menem (Pisarello, 2011: 186-187). En sentido similar, pueden mencionarse las vastas iniciativas para la reforma judicial que circularon en la región, durante aquellos años, promovidas desde el Banco Mundial u otros orga-

nismos financieros multilaterales: se procuró, entonces, asegurar que el Poder Judicial ayudara a proveer un marco estable a las transacciones económicas características de la época (Domingo y Sieder, 2001).

Esta primera etapa de reformas económicas fue inmediatamente seguida por otra de extendida y profunda crisis social. En efecto, los cambios económicos trajeron aparejados altos niveles de desempleo, que no se veían compensados por una red de seguridad social. La primera consecuencia de la crisis fue que millones de personas se encontraron repentinamente en una situación de completo abandono, sin los medios para asegurar su propia subsistencia y la de sus familias. El Estado, que por cuarenta años había garantizado trabajo y protecciones sociales para amplios sectores de la población, ahora se encogía. Buena parte de sus activos habían sido rematados en operaciones poco transparentes y apresuradas. En este contexto, entonces, no resultó sorprendente que América Latina comenzara a experimentar un proceso de movilización social que reclamaba las protecciones sociales que muchas Constituciones seguían prometiendo.

Los levantamientos sociales y los estallidos contrainstitucionales comenzaron a sucederse en la región, de Norte a Sur, de Este a Oeste. Una de las primeras y más notables expresiones de tales quejas fue la insurrección del llamado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México, encabezado por el “Subcomandante Marcos”, que comenzara en enero de 1994, un año después de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. De esta época destacaban, también, las movilizaciones populares y el surgimiento del movimiento *piquetero* en la Argentina, a finales de la década de 1990 y comienzos del nuevo siglo; las graves “guerras del agua” (2000) y “del gas” (2003) en Bolivia, dirigidas contra la privatización de sectores básicos de la economía local; las crecientes ocupaciones de tierra en Brasil, producidas por el Movimiento Sin Tierra (MST); las “tomas” llevadas a cabo por pobladores pobres, en Santiago de Chile; las “invasiones” producidas en Lima por desamparados buscando vivienda, así como numerosos actos de violencia en contra de la explotación de recursos naturales en diferentes partes de la región. Lo que resulta relevante, para el propósito de este análisis, es que estas profundas crisis sociales se resolvieron sin caer —como había sido la regla en las décadas anteriores— en procesos de quiebre institucional.

Las conclusiones que muchos derivaron de estos acontecimientos fueron, en cierto sentido, paradójicas. Por un lado, muchas personas consideraron que los sistemas políticos latinoamericanos finalmente habían aprendido a lidiar con tales eventos de modo apropiado, democrático, sin la necesidad de recurrir a golpes de Estado. Por otro lado, mucha gente comenzó a

pedir la recuperación o el fortalecimiento de la autoridad presidencial frente al “vacío de autoridad”, o “caos político”, que parecía afectar a tantos países luego de los momentos de crisis. En definitiva, la misma crisis institucional que podía haber ilustrado las falencias del sistema presidencialista para manejar situaciones de crisis social terminó por ponerse al servicio del fin opuesto: un reforzamiento de dicho sistema.

La conclusión, al menos en parte, era algo apresurada y exagerada. Tal vez era cierto que la región había aprendido a enfrentar crisis profundísimas sin el recurso al golpe de Estado, pero ello no negaba lo más importante: el hecho de que el sistema institucional parecía ser, cuanto menos, funcional a la producción de tales crisis, a la vez que mostraba dificultades radicales para procesar a las mismas de un modo no dramático y más institucional.⁷

En efecto, las crisis desatadas en la región, desde finales de la década de 1990, no conllevaron golpes de Estado, aunque terminaron en muchos casos con gravísimos estallidos institucionales que vinieron de la mano de fuertes crisis políticas, combinadas en muchos casos con amplios procesos de rebelión popular. La combinación de crisis económicas y procesos de protesta popular generó serias consecuencias, que incluyeron la renuncia del presidente Collor de Mello, en Brasil, en 1992; de Carlos Andrés Pérez, en Venezuela, 1993 (ambos destituidos luego de procesos por corrupción); la salida de Abdalá Bucaram en Ecuador, en 1997 (luego de una insólita declaración de incapacidad mental); de Raúl Cubas, en Paraguay, en 1999

⁷ De todos modos, fueron varias las razones por las cuales la tradicional crítica antipresidencialista que había crecido en la posdictadura, comenzó a perder peso años después. En primer lugar, habría que mencionar la disminuida fe teórica en los acuerdos de los años ochenta. En efecto, en aquellos años, varios académicos comenzaron a desafiar las que habían sido las “verdades reveladas” del movimiento antipresidencialista. En particular, se abrió una polémica —que sigue hasta hoy— acerca de las correlaciones existentes entre el hiperpresidencialismo y la inestabilidad democrática: dejó de resultar obvio, como pudo parecerlo en un momento, que existía una correlación poderosa entre ambos términos (la discusión puede rastrearse, por caso, en Chelub y Limongi, 2002; Eaton, 2000; Linz y Valenzuela, 1994; Nino, 1987 y 1992a; O'Donnell, 1994; Przeworski, Alvarez et al., 2000; Riggs, 1987; Samuels y Eaton, 2002; Shugart y Carey, 1992; Shugart y Mainwaring, 1997; Unger, 1987). En un conocido estudio sobre el tema, por ejemplo, Shugart y Carey procuraron demostrar que no había “justificación a la aserción de Linz y otros de que el presidencialismo tiende inherentemente a sufrir crisis que llevan a rupturas” (Shugart y Carey, 1992); y en otro trabajo de similar orientación, Shugart y Mainwaring (sin cuestionar la relación entre presidencialismo y rupturas institucionales), sostuvieron que eran otras las verdaderas causas de la inestabilidad del presidencialismo (Shugart y Mainwaring, 1997). Para un análisis de esta bibliografía, véase Alegre (2009).

(renunció luego de un proceso de juicio político que se le iniciara); de Alberto Fujimori, en Perú (quien decide huir en el año 2000, luego de que se iniciara contra él un juicio político, aunque luego fue arrestado en su país); Ernesto Samper, en Colombia, en 1996; y Luis González Macchi en Paraguay, en 2002, también fueron sometidos a juicio político, aunque resultaron absueltos. Otras situaciones dramáticas fueron las de Lucio Gutiérrez, en Ecuador (quien termina siendo derrocado en 2005); la de Fernando de la Rúa y sus sucesores inmediatos, en la Argentina (forzados a renunciar, en 2001, luego de una agitada serie de protestas populares); y, finalmente, las de Gonzalo Sánchez de Losada y Carlos Mesa, en Bolivia, en 2003 y 2005, respectivamente (ambos, llevados a renunciar, también, luego de fuertes protestas ciudadanas). En otras palabras, la región se vio profundamente afectada por la crisis social que alcanzó a la cúspide misma del sistema institucional.

En suma, situaciones como las descritas, de profunda crisis política, económica y social, no contribuyeron —como muchos pudieron haber esperado— a la introducción de cambios en la organización del sistema presidencial, sino más bien a iniciativas conducentes a fortalecer la autoridad del presidente. Sin embargo, estas situaciones extremas también promovieron la introducción de otro tipo de cambios institucionales, relacionados con compromisos sociales. Exploraremos esas iniciativas en la siguiente sección.

DE LA CRISIS NEOLIBERAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER SOCIAL. EL CASO DE LA REFORMA MEXICANA DE 2011

Algunas de las reformas sociolégales más importantes de las últimas décadas —incluyendo aquellas de Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México— fueron precedidas por las crisis económicas de los años noventa. En Colombia, las iniciativas para una reforma constitucional llegaron poco después de una profunda crisis que explotó con la toma del Palacio de Justicia, por las fuerzas del M-19. Sin embargo, este acontecimiento era simplemente el punto más alto de una crisis que incluía un Estado agotado, incapaz de tomar control sobre amplios sectores del país, y la ausencia de grupos guerrilleros, paramilitares, y de narcotráfico. Estos grupos se disputaban el control estatal del territorio nacional. En Bolivia, las rebeliones populares obligaron al presidente Sánchez de Losada a poner una Constitución —la de 1994— más inclusiva y “consciente” que las anteriores, especialmente en materia de derechos indígenas y multicultu-

rales. Años más tarde, levantamientos como los arriba señalados llevaron al presidente Carlos Mesa a convocar a una Asamblea Constituyente, que culminaría con la llegada al poder de Evo Morales. En Ecuador, el proceso de reforma constitucional también fue agilizad por la nueva crisis social. Como dijera Gerardo Pisarello, “el empeño en mantener las políticas de ajuste financiero y económico desató una sostenida resistencia indígena y de movimientos urbanos que se cobró tres gobiernos: el de Abdalá Bucaram (1952-) en 1997, el de Jamil Mahuad (1949-) en 2000, y el de Lucio Gutiérrez (1957-) en 2005”, y “facilitó la victoria electoral de Rafael Correa (1963-), por el Movimiento PAIS, en 2006” (Pisarello, 2011: 192). En Venezuela, mientras tanto, el proceso constituyente que se llevó a cabo bajo el impulso del militar Hugo Chávez, también se originó en una sucesión de levantamientos populares. Estos movimientos comenzaron luego de la aplicación de profundos programas de ajuste y de la inmediata reacción represiva promovida por el gobierno. La crisis culminó en el “Caracazo”, una revuelta social extrema que simbolizó la caída del viejo orden creado con el “pacto excluyente” de “Punto Fijo” (Martínez Dalmau, 2009; Pisarello, 2011; Swampa *et al.*, 2010; Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2011).

Otro caso notable es el de México, que en junio de 2011 concluyó un largo periodo de reformas constitucionales dirigidas a acentuar el estatus constitucional de los derechos humanos (ver, en general, Carbonell y Salazar, 2011). Los orígenes de esta reforma amplia y profunda parecen encontrarse en causas similares a las presentes en casos anteriores. En efecto, la historia reciente de México también se caracterizaba por violaciones graves y masivas de derechos humanos, programas de ajuste estructural, y reacciones sociales irritadas, incluso violentas, frente a tales fenómenos. México, como algunos otros (pocos) países de la región, no había atravesado el drama de una dictadura reciente, pero llevaba décadas bajo un sistema de partido único, dominante, hegemónico, que también era responsable de muy serias violaciones a los derechos humanos. Tales violaciones iban desde casos reiterados de abusos policiales y tortura, hasta abusos llevados a cabo en materia electoral, que afectaban la legitimidad del orden social y político (Saltamachia y Covarrubias, 2011: 15). Más aún, México sufrió numerosos casos de extrema violencia política, que alcanzaron una notable repercusión local e internacional. Algunos de estos casos fueron los asesinatos de Luis Donaldo Colosio, candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI) a la Presidencia, y de José Francisco Ruiz Massieu, secretario general del PRI. El contexto político y legal devino aún más complejo como consecuencia del levantamiento social —inesperado y radical— de enero de 1994, dirigido por el movimiento zapatista. En ese marco, la élite política

dominante se encontró con muchas dificultades para seguir postergando la adopción de cambios legales de importancia (*ibid.*: 17).

Frete a esta difícil situación, las autoridades políticas mexicanas comenzaron a promover reformas legales, lenta pero persistentemente. Estas reformas, se ha dicho, fueron iniciadas en un primer momento como reformas defensivas, y más tarde se volvieron más activas o agresivas. Los cambios propuestos eran de diversa índole, y abarcaron desde una tímida invitación por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1996 (invitada por primera vez para que observara la situación del país en materia de derechos humanos), a la suscripción del Estatuto de Roma que daba lugar al funcionamiento de la Corte Penal Internacional (*ibid.*: 16-21). Por lo demás, y gracias a un gradual proceso de reapertura política, tales reformas también comenzaron a plasmarse en cambios de nivel constitucional.

Los primeros cambios significativos a nivel constitucional incluyeron reformas en materia de acceso a la información y para la protección de datos personales, la incorporación del derecho a no ser discriminado, la constitucionalización de derechos sociales como el de la salud, la vivienda, la alimentación o el medio ambiente sano, después la protección especial a grupos vulnerables (desde los niños y adolescentes a los grupos indígenas), y aún la privación de estatus constitucional a la pena de muerte (para un repaso de estas medidas, ver Salazar, 2012).

De todos modos, la modificación más sustantiva y amplia en la materia llegó con la reforma realizada en 2011, que incorporó una serie de cambios constitucionales de primera importancia. Entre tales cambios se encontraban, por ejemplo, una fuerte apertura de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos (incluyendo una adhesión a principios como el de interpretación *pro persona*, o el de progresividad en la aplicación de los derechos sociales), un compromiso más contundente del Estado nacional con la protección y garantía de los derechos humanos (incluyendo la obligación del Estado de investigar, sancionar y reparar las violaciones cometidas en dicha área), la prohibición de la discriminación por preferencias sexuales, la constitucionalización del derecho al asilo político, el establecimiento de límites a la expulsión arbitraria de extranjeros, la decisión de transferir, desde la Suprema Corte de Justicia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos la investigación de violaciones graves de derechos, etc. (Carbonell, 2011).

Es notable también el hecho de que esta reforma tuvo lugar en el mismo momento en que el país atravesaba una profunda crisis humanitaria como consecuencia de la “lucha contra el narcotráfico”, llevada adelante por el gobierno a través de las Fuerzas Armadas. Según algunos comentaristas,

se trató de un período de “exacerbada violencia” y “desbocada e ilegal” actuación por parte de “un sector de las fuerzas armadas” (lo que provocó, entre otras cosas, “seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (*ibid.*). La creciente contradicción entre Constituciones cada vez más generosas, por un lado, y prácticas constitucionales cada vez más injustas por el otro merece ser destacada.

El hecho es que, hacia fines del siglo XX, era posible hallar en toda la región Constituciones extremadamente fuertes, al menos en lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales incluidos.⁸

8 Una mirada a la organización de la carta de derechos que prevalece en estas Constituciones actuales nos permite reconocer la dimensión de este fenómeno. Según un estudio reciente (Gargarella, Filippini y Cavana, 2011), las

i) El medioambiente (Argentina art. 41, Brasil art. 22, Chile art. 19 inc. 8, Colombia art. 79, Costa Rica art. 50, Ecuador art. 14, El Salvador art. 117, Guatemala art. 97, Honduras art. 143, México art. 4, Nicaragua art. 60, Panamá art. 118, Paraguay art. 7, Perú art. 2, República Dominicana art. 66, Uruguay art. 47, Venezuela art. 117).

ii) La cultura (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia arts. 21, 30, Brasil art. 23, Chile art. 19 inc. 10, Colombia art. 70, Costa Rica art. 77 y ss., Ecuador art. 23, El Salvador art. 53, Guatemala art. 57, Honduras art. 151, México art. 4, Nicaragua art. 58, Panamá art. 80, Paraguay art. 73, Perú art. 2, República Dominicana art. 64, Venezuela art. 101).

iii) La salud (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia art. 18, Brasil art. 6, Chile art. 19 inc. 10, Colombia art. 49, Costa Rica art. 46, Ecuador art. 32, El Salvador art. 1, Guatemala art. 93, Honduras art. 145, México art. 4, Nicaragua art. 59, Panamá art. 109, Paraguay art. 68, Perú art. 7, República Dominicana art. 61, Venezuela art. 83).

iv) La educación (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia art. 17, Brasil art. 6, Chile art. 19 inc. 9, Colombia art. 67, Costa Rica art. 77 y ss., Ecuador art. 27, El Salvador art. 53, Guatemala art. 71, Honduras art. 153, México art. 3, Nicaragua art. 58, Panamá art. 91, Paraguay art. 73, Perú art. 13, República Dominicana art. 63, Uruguay arts. 70-71, Venezuela art. 102).

v) La alimentación (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia art. 16, Brasil art. 6, Colombia art. 44, Costa Rica art. 82, Ecuador art. 13, Guatemala art. 99, Honduras art. 123, México art. 4, Nicaragua art. 54, Venezuela art. 96, Paraguay art. 57, República Dominicana art. 54, Venezuela art. 305).

vi) La vivienda (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia art. 19, Brasil art. 6, Colombia art. 51, Costa Rica art. 65, Ecuador art. 30, El Salvador art. 119, Guatemala art. 118, Honduras art. 178, México art. 4, Nicaragua art. 64, Panamá art. 117, Paraguay art. 100, República Dominicana art. 59, Uruguay art. 45, Venezuela art. 82).

vii) El trabajo (Argentina art. 14, Bolivia art. 46, Brasil art. 6, Chile art. 19 inc. 16, Colombia art. 25, Costa Rica art. 56, Ecuador art. 33, El Salvador art. 2, Guatemala art. 101, Honduras art. 127, México art. 123, Nicaragua

PODER Y DERECHOS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El análisis realizado en las páginas anteriores nos permite reconocer que, en las últimas décadas, el constitucionalismo latinoamericano se vio so-

- art. 80, Panamá art. 64, Paraguay art. 86, Perú art. 22, República Dominicana art. 62, Uruguay art. 7, Venezuela art. 87).
- viii) El vestido (Argentina 75 inc. 22, Brasil art. 7, Costa Rica art. 82, Ecuador art. 66).
- ix) Por lo demás, estas nuevas Constituciones en general:
 - Colombia art. 40, Costa Rica art. 95, Ecuador art. 65, Nicaragua art. 48, Paraguay art. 48, República Dominicana art. 39, Venezuela art. 88).
- x) Afirman la existencia de un Estado o una identidad nacional plural o multicultural (Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, desde el art. 1 de sus respectivas Constituciones, México art. 2, Nicaragua art. 5, Perú art. 2 inc. 19, Venezuela art. 6).
- xi) Ordenan acciones afirmativas (Argentina art. 75 inc. 23, Bolivia art. 71, Colombia art. 13, Ecuador art. 65, México art. 2 inc. b, Nicaragua arts. 48, 56, 62, Paraguay art. 46, República Dominicana art. 39, 58, Venezuela art. 21).
- xii) Incluyen mecanismos de iniciativa popular (Argentina art. 39, Bolivia art. 162, Brasil art. 14, Colombia art. 155, Costa Rica art. 123, Ecuador art. 103, Guatemala art. 277, Honduras art. 5, Nicaragua art. 140, Panamá arts. 238, 314, Paraguay art. 123, Perú art. 107, República Dominicana art. 97, Uruguay art. 79, Venezuela art. 70).
- xiii) Incorporan la institución del cabildo abierto o popular (Bolivia art. 11, Colombia art. 103, Ecuador art. 100, Panamá art. 151, República Dominicana art. 30, Venezuela art. 70).
- xiv) Consagran formas de control popular sobre políticas públicas (Bolivia art. 241, Brasil arts. 10, 194, 198, 204, Colombia arts. 103, 270, Ecuador art. 100, Guatemala art. 98, México art. 26, Nicaragua arts. 138, 196, Panamá art. 233).
- xv) Establecen el referendo o la consulta popular (Argentina art. 40, Bolivia art. 11, Brasil art. 14, Colombia arts. 103, 374, Costa Rica art. 105, Ecuador art. 104, Guatemala art. 173, Honduras art. 5, México art. 26, Nicaragua art. 2, Panamá arts. 238, 313, 325, Paraguay arts. 121-122, Perú arts. 32, 176, República Dominicana arts. 203, 210, 272, Uruguay arts. 79, 331, Venezuela arts. 71, 73).
- xvi) Incluyen el mecanismo de revocación de mandatos (Bolivia art. 240, Colombia art. 103, Ecuador art. 105, Panamá art. 151, República Dominicana art. 30, Venezuela art. 72).
- xvii) Otorgan estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos (Argentina art. 75 inc. 22, Bolivia art. 256, Brasil art. 5, Colombia art. 93, Costa Rica art. 7, Ecuador art. 417, El Salvador art. 144, Guatemala art. 46, Honduras art. 18, Paraguay art. 141, Perú art. 56, República Dominicana art. 74, Venezuela art. 23).

metido a intensos cambios. Ahora nos preguntamos, empero, por el adecuado balance de esos cambios. La respuesta no es obvia, aunque contamos con numerosos análisis que nos pueden ayudar a alcanzar una conclusión.

Por ejemplo, según el investigador argentino Gabriel Negretto (2009, 2011a), entre 1978 y 2008 se dictaron 15 Constituciones (Bolivia ratificó la suya en el 2009).⁹ En dicho lapso, 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).¹⁰ En 12 países de la región, agrega el investigador, se fortalecieron los poderes presidenciales, y solo en 6 fueron restringidos (Negretto, 2011a). "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 destaca varios rasgos comunes a las mismas. Sostiene que las nuevas Constituciones tienden a reelaborar las secciones relativas a derechos, "amparan especialmente a grupos tradicionalmente discriminados", se abren "al derecho internacional de los derechos humanos", reconocen "la multiculturalidad", abandonan ciertos compromisos religiosos, etc. Luego de ello, examina, en particular, lo que han tendido a hacer en materia de organización del poder.¹² Al respecto, señala que las Constituciones de la región "conservaron para el presidente poderes enormes frente al modelo presidencial clásico", y tendieron a "aprobar la posibilidad de la reelección inmediata del presidente". Aun así, considera que a través de estos cambios las Constituciones también "hicieron esfuerzos por limitar el poder presidencial" (Uprimny, 2011: 10).

Gerardo Pisarello, por su parte, distingue —dentro de la última oleada de reformas constitucionales— entre aquellas que se dieron en un momento

9 Suman 192 en la historia de la región, y 102 en el siglo XX.

10 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).

11 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.

12 Por supuesto, hay que reconocer que, en ocasiones, reformas autointeresadas, movidas por pretensiones de muy corto plazo, pueden incluir otros cambios más interesantes —ya sea como escudo para proteger lo anterior, ya sea como oportunidades que la oposición aprovecha—, que pueden ser valiosos para el largo plazo (Uprimny, 2011).

de “reflujo conservador”, a comienzos de la década de 1990 (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”, pero a la vez incorporaron “estándares de protección de derechos acuñados por el derecho internacional”. Las segundas, en cambio, las inscribe directamente dentro de una “tradición constitucional democrático radical” (Pisarello, 2010: 193). Para él, estas últimas reformas fueron más afines a la promoción de “una mayor participación ciudadana”, y a la protección de “colectivos en situación de exclusión”. De la misma manera, Pisarello considera que estos cambios generalmente llegaron a cuestionar las anteriores políticas “neoliberales”, particularmente a través de la promoción de un Estado más activo en materia económica (*ibid.*: 195-196).

Los estudios citados son en general consistentes, especialmente en un aspecto, con los datos que reporta el importante trabajo comparativo *Comparative Constitutions Project* (ver también Cheibub *et al.*, 2011, Elkins *et al.*, 2010, y comentarios al respecto en Hartlyn, 2011). En estos estudios se afirma que el desarrollo más destacado que ha mostrado el constitucionalismo regional se relaciona con el “incremento de cláusulas que conceden poderes legislativos a la rama Ejecutiva” (Cheibub *et al.*, 2011: 1718),¹³ una evolución notable en torno a la cual todas las Constituciones de la región han tendido a convergir (*ibid.*). Más fuertemente aún, dichos estudios concluyen afirmando la existencia de un “modelo de poder presidencial propiamente latinoamericano, que incluye un poderoso papel del presidente en el área legislativa, y a la vez amplios poderes de emergencia” (*ibid.*: 1730).

En suma, convendría decir lo siguiente: así como podemos sostener que las actuales Constituciones latinoamericanas han mantenido una matriz distintivamente presidencialista y de poder concentrado, también podemos decir que ellas preservan, como marca propia, un notable y robusto compromiso con los derechos individuales y colectivos. En la sección siguiente, nos abocaremos a una reflexión crítica sobre este fenómeno, que sugiere la existencia de Constituciones internamente contradictorias.

13 En un trabajo más reciente, los autores enfatizan que la concentración de autoridad legislativa en el Ejecutivo surge como una moda que ha aparecido de manera especialmente marcada en América Latina. Véase Cheibub *et al.* (2012: 94).

MÁS PRESIDENCIALISMO Y MÁS DERECHOS. ¿UNA RELACIÓN CONTRADICTORIA?

La descripción presentada en las páginas anteriores es la de una Constitución de dos velocidades y con dos propósitos contradictorios: por un lado, una Constitución ansiosa por asegurar la imposición del orden, por otro lado, una Constitución preocupada porque cada paso dado sea conforme al pleno respeto de garantías y derechos. Por un lado, una Constitución que pone trabas a la democracia, manteniendo una organización del poder verticalista y concentrada en pocos y, por el otro, una Constitución que aspira a una democratización de la sociedad a través de la distribución de nuevos derechos y la expansión de derechos más tradicionales, los derechos políticos.¹⁴ ¿Por qué los constituyentes latinoamericanos optaron por Constituciones de ese tipo, que parecen llevar las tensiones internas al máximo? ¿Por qué, por ejemplo, intentaron *dispersar el poder mediante la distribución de derechos, al mismo tiempo que concentraban el poder, a través de las instituciones políticas*? ¿Acaso simplemente no advertían los potenciales conflictos que así generarían? En lo que sigue, vamos a examinar tres posibles respuestas ante este tipo de interrogantes.

Autonomía e indiferencia

Tal vez los constituyentes se inclinaron por una fórmula como la referida porque simplemente no consideraban que, de ese modo, provocarían tensiones de algún tipo, dada la separación existente entre ambas esferas (la relacionada con la organización del poder y la relacionada con los derechos). Esta conclusión pudo deberse, por caso, a ciertos supuestos acerca de la *autonomía propia de cada una de las secciones de la Consti-*

14 Dicha imagen es consistente con otra, coherente con la anterior, y que nos refiere no a los fines y compromisos de las Constituciones realmente existentes, sino a la práctica efectiva de su creación. Esta imagen sugiere la presencia de dos grupos de técnicos, trabajando al mismo tiempo sobre la misma Constitución, aunque especializados en distintas secciones, y por lo tanto en tareas diferentes: los primeros, concentrados sobre la organización de las instituciones políticas; los segundos, mientras tanto, centrando su tarea sobre la sección de los derechos. (Esta imagen, por lo demás, se condice con lo que una aproximación impresionista nos sugiere, en torno a los procesos constituyentes recientes: grupos de juristas con llegada directa al poder dominante, ocupándose de la parte orgánica de la Constitución; grupos de juristas “progresistas” —oficialistas o no— ocupándose del reforzamiento de la sección de los derechos).

tución. La idea sería que cada sección de la Constitución se rige por sus propias reglas y su propia lógica, con independencia de las otras. Este supuesto podría acompañarse con otro acerca de la *autooperatividad* de determinadas cláusulas constitucionales: la idea sería que basta con incorporar ciertos artículos en la Constitución, para que tales artículos cobren vida, se autoejecuten.

De todos modos, estos supuestos son demasiado simplistas. Ante todo, contra lo que generalmente parece sugerir el liberalismo (según Michael Walzer, “el arte de la separación”, Walzer, 1984), la Constitución no debería ser pensada como siendo compuesta por esferas autónomas, sino más bien por elementos relacionados e interdependientes.¹⁵ Simplemente: si vemos a los derechos como límites o barreras frente al poder, luego la inclusión de más derechos (o una interpretación más amplia de los mismos) implica mayores límites. En otras palabras, estos derechos pueden significar un menor campo de acción para los poderes públicos.¹⁶ Tampoco resulta especialmente persuasiva la idea referida a la autooperatividad de las cláusulas constitucionales. Ella parece contradicha por cantidad de intuiciones bien asentadas, que sugieren lo contrario: finalmente, cualquier cláusula nueva se inserta en un contexto político, institucional, constitucional, existente, que puede ser hospitalario o no con las novedades que recién aparecen. (En páginas anteriores, por caso, hemos visto de qué modo la llegada de derechos sociales fue sistemáticamente bloqueada, durante décadas, por una organización judicial poco receptiva frente a los mismos.)

Una variante algo más sofisticada del argumento anterior podría partir del reconocimiento de que existen relaciones entre ambas secciones de la Constitución, pero para agregar luego que se trata de una relación pacífica.

¹⁵ Como dijera, en 1892, el notable radical peruano González Prada, en su crítica al liberalismo: “Infunden muy triste idea de su liberalismo los que segregan las cuestiones sociales o las religiosas y se consagran exclusivamente a los negocios políticos [...] no cabe separar lo social de lo religioso ni lo político de lo moral. Como se ha dicho muy bien [...] ‘toda cuestión política se resuelve en una cuestión moral, y toda cuestión moral entraña una cuestión religiosa’. El individuo se emancipa a medias, cuando se libera del pretoriano para someterse al cura, o sale de la sacristía para encerrarse en el cuartel” (Sobrevilla, 2009: 161-162). Fueron pocos los que reconocieron, como Murillo Toro (conforme a la descripción de Gerardo Molina) que “las reformas políticas no son suficientes, por lo cual hay que ir a las de carácter económico y social” (Molina, 1987: 124).

¹⁶ En definitiva, lo que aparece aquí es el viejo tópico de las tensiones entre democracia y derechos. Por supuesto, nos gustaría ver desaparecer estas tensiones, pero el hecho es que están allí y siempre lo estarán.

O, para decirlo de un modo más preciso, lo que estaría en juego sería un vínculo de *relativa indiferencia* entre las secciones constitucionales. Finalmente, alguien podría decirnos, los países latinoamericanos han tenido gobiernos de muy distinto tipo conviviendo con Constituciones cada vez más generosas en materia de derechos, lo cual parecería sugerir que la maquinaria del poder puede receptor sin mayores problemas los diferentes cambios que se operen en la sección de los derechos. Es posible que esta imagen sea, en efecto, la principal responsable de la forja de la extendida idea acerca de la “indiferencia”, pero la pregunta es si la misma resiste un análisis más detallado. Aquí, al menos, hemos apoyado (y lo seguiremos haciendo) la idea contraria, según la cual aquella imagen de convivencia pacífica encubre, en ocasiones, el incumplimiento o la indiferencia de los poderes políticos hacia sus obligaciones en materia de derechos; y en otras ocasiones simplemente se niega a reconocer las implicaciones de lo que significa que un presidente bloquee la implementación de ciertos derechos sociales, o ignore el significado de un Congreso que dilata indefinidamente la puesta en práctica de las cláusulas más participativas.

Compensación

Una segunda línea de respuesta vendría a decir que el proyecto de fortalecer el presidencialismo expandiendo a la vez los derechos permitiría a los latinoamericanos reestablecer cierto equilibrio constitucional. Se trataría, entonces, de un movimiento que habría permitido una *compensación interseccional*, capaz de mantener el balance interno en la Constitución. Este argumento sugeriría que las diferentes secciones de la Constitución no son ni autónomas, ni autooperativas, ni indiferentes entre sí. Al contrario, se afirma aquí una relación de diálogo entre las dos esferas, que en este caso en particular habría permitido compensar una situación inestable en lo referido a la organización de poderes. Las reformas mencionadas, entonces, estarían orientadas hacia una compensación, más que una contradicción.

Uno podría derivar una postura semejante de la mayoría de los estudios comparativos referidos al comienzo de este capítulo. Por ejemplo, en trabajos como los de Uprimny (2011) o Pisarello (2010), se sostiene claramente que, en suma, las nuevas Constituciones aumentaron los poderes del Ejecutivo y permitieron la reelección presidencial, pero al mismo tiempo fortalecieron sus facetas sociales e inclusivas.

De modo similar, Gabriel Negretto refiere a las “*instituciones aparentemente inconsistentes*” que caracterizan a algunas de las nuevas Constitu-

ciones (Negretto, 2011b: 1792, énfasis agregado).¹⁷ Sin embargo, según Jonathan Hartlyn, el trabajo de Negretto se caracteriza por enfatizar, junto a las tendencias a la concentración del poder propias de las recientes reformas, ciertas (llamémoslo así) contratendencias contemporáneas dirigidas, por caso, a cambiar “las reglas electorales, que no han favorecido en todos los casos la concentración en el poder ejecutivo”, o a “introducir elementos de democracia directa, incluyendo en algunos países el derecho de revocatoria de mandatos al presidente” (Hartlyn, 2011: 1980). En este sentido menciona también los “crecientes poderes del Congreso sobre el gabinete”, “el crecimiento de la descentralización política”, y la “mayor independencia judicial en relación con el Ejecutivo” (*ibid.*). Es decir, entonces, en las últimas reformas el aumento de los poderes presidenciales se habría visto compensado de alguna manera por la emergencia de estas variadas y numerosas contratendencias.

En suma, lo que parece derivarse de este tipo de estudios es que las reformas recientes tanto fortalecieron como limitaron el presidencialismo regional. En efecto, mientras ciertas cláusulas constitucionales le transfirieron mayores capacidades, otros cambios habrían compensado ese movimiento a través de la expansión de las capacidades de los ciudadanos viniente a través de la expansión de las capacidades de los ciudadanos para controlar a sus representantes. En términos de Hartlyn y Luna: “Comparando los poderes ejecutivos formales, tal como aparecían al comienzo del más reciente período democrático [...] con los poderes formales corrientes (hacia el 2006), encontramos que la tendencia general nos muestra un cierto movimiento de declive en relación con los poderes del ejecutivo” (*ibid.*: 6). La causa de este declive sería “la emergencia de mayores (potenciales) limitaciones sobre la concentración del poder presidencial, en otras áreas (no legislativas)” (*ibid.*). Algo similar sostiene Pisarello, en

su ilustrado análisis sobre el constitucionalismo moderno, al afirmar que el “neopresidencialismo” o presidencialismo reforzado de esta última etapa podría considerarse, finalmente, un presidencialismo “mitigado por otros mecanismos de control como el referendo revocatorio, una suerte de moción de censura popular ya utilizada, de hecho, tanto en Venezuela como en Bolivia” (Pisarello, 2011: 194).

La mirada “compensatoria” propuesta por este tipo de estudios, sin embargo, merece cuestionarse por varias razones. Primero, ellos asumen una *relación igualitaria entre* las diferentes esferas de la Constitución, desconociendo la dimensión de “poder” allí mismo presente. La sección relacionada con la organización del poder, podría decirse, encierra al “motor” de la Constitución, y por ese motivo puede afirmarse que las reformas incluidas en una u otra sección no deberían ser juzgadas como si pudieran tener impactos o capacidades transformadoras análogas: el “motor” se encuentra solo en una de esas secciones, y es de esperar que ejerza una influencia especial en el funcionamiento global de la Constitución. Segundo, y en relación con lo anterior, tales estudios parecen descuidar el *aspecto dinámico* de la Constitución, apoyándose en una lectura más bien estática sobre la misma. Cuando tomamos en cuenta este aspecto dinámico, la pregunta relevante no se refiere a qué es lo que se intentaba o no lograr con la reforma, sino más bien la pregunta sobre qué es lo que resulta esperable que ocurra, dada una cierta distribución de poderes, una vez puesta en marcha la reforma. Piénsese, en particular, que son habitualmente los poderes establecidos los que tienen la “llave” capaz de “activar” –o desactivar– los nuevos mecanismos participativos. Finalmente, los estudios citados parecen no tomar en cuenta, en sus análisis, la importancia del contexto y de la historia. Cuando tomamos en consideración estas variables históricas y contextuales, podemos comprobar que, en la mayoría de los países latinoamericanos, los Poderes Ejecutivos han quedado situados en una posición de privilegio, como *primus inter pares* dentro de la estructura de poderes. Ante todo, a ellos se les ha adjudicado el control de herramientas institucionales que les facilitan su predominio sobre los poderes restantes. Aun más, en la práctica, esa relación de predominio resultó reforzada gracias a decisiones paraconstitucionales que en muchos casos han conducido a socavar la autoridad de la Legislatura, o a convertir al Poder Judicial en un poder institucionalmente frágil o directamente dependiente (Domingo y Siedet, 2001; Glöppen *et al.*, 2010; Prillaman, 2000). Dicha historia de la práctica nos permite reconocer la posición de privilegio en la que ha quedado el Poder Ejecutivo, esto es, una posición que le permite al presidente ejercer su dominio sobre el resto de las herramientas constitucionales

17 Negretto quiere explicar lo que ve como una contradicción a través de la idea de una “doble naturaleza” de las Constituciones: dado que funcionan como “estructuras de gobierno” y como “estructuras de poder” –señala– las Constituciones concentrarían preocupaciones referidas tanto a la calidad y efectividad del régimen democrático, como preocupaciones partidarias sobre el impacto que la elección constitucional tendría sobre los intereses personales y grupales de quienes las diseñan (Negretto, 2011b: 1804). El autor presenta esta explicación como una de “dos niveles”, y con ella trata de dejar de lado otras explicaciones más tradicionales sobre acciones y decisiones de este tipo: las explicaciones económicas, basadas en teorías cooperativas, que presumen que el diseño constitucional persigue resultados cooperativos, y las explicaciones basadas en teorías distribucionales, favorecidas por cientistas políticos, y que estudian las mismas en relación con su impacto para ganar influencia y elecciones (*ibid.*: 1792).

Necesidad

Finalmente, también correspondería citar otra postura, más optimista, que considera que reformas como las descritas más arriba no solo son perfectamente apropiadas y consistentes entre sí, sino también necesarias para asegurar el respeto efectivo de los derechos. Según algunos defensores de esta postura, las nuevas Constituciones vendrían a “recomponer la pérdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno” (Viciano y Martínez Dalmau, 2011: 20). Contrariamente a lo que hemos sostenido hasta este punto, la idea es que las reformas recientes habrían “activado”, más que deshonrado, los aspectos sociales renovados de la Constitución. Serían precisamente estas últimas reformas las que habrían venido a posibilitar lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “formas de participación democrática”, que en Venezuela y Bolivia reciben el nombre de democracia participativa, y en el Ecuador de 2008 “participación en democracia” (*ibid.*: 21).¹⁸

Visiones de este tipo parecen cercanas a la afirmación según la cual el sistema de poder concentrado es una *condición necesaria* para asegurar una política de derechos. Como argumentara recientemente un investigador, “la consolidación de los avances de derechos sociales se dio en marcos de concentración de poder en el Ejecutivo y de hegemonía parlamentaria, más que en escenarios de presidencias débiles y pluralismo en las legislaturas” (Etchemendy, 2012).

Frente a tales consideraciones, un punto general, introductorio, podría ser el siguiente. El hiperpresidencialismo que se ha ido consolidando en América Latina es, en principio, compatible con todo tipo de medidas, en materia de derechos constitucionales: su consagración constitucional, su respeto pleno o parcial, o la violación sistemática de esos derechos. Por ello, *prima facie*, no hay razones para concluir que la existencia de un sistema hiperpresidencialista implique *per se* la violación o indiferencia de los derechos constitucionales, o que sea inconsistente con la promoción de una política de derechos.¹⁹

De todos modos, hecha esta aclaración, deberíamos agregar que, a lo largo de este trabajo, nos interesó avanzar argumentos como los siguientes,

18 Como dijera otro investigador, estas nuevas Constituciones habrían llegado para romper con los regímenes elitistas y excluyentes del pasado. Esto se haría evidente en la emergencia de “procesos constituyentes inclusivos” y en la incorporación de nuevos mecanismos capaces de corregir los males de la democracia representativa (Pisarello, 2011: 193). En sentido similar se puede ver también Criado (2011), De Cabo (2011), y Palacios Romero (2011).

19 Por supuesto, estas afirmaciones requieren un análisis más detallado y fundamentado empíricamente.

que podrían contribuir a socavar la idea del hiperpresidencialismo como precondition para una política de derechos.

En primer lugar, la historia latinoamericana ofrece apoyo significativo a la idea de una correlación entre regímenes más liberales –más resistentes al autoritarismo y a la concentración de poderes– y la expansión de derechos. Esto tuvo lugar generalmente luego del fin de dictaduras militares y la llegada de regímenes democráticos. Normalmente, estos nuevos gobiernos democráticos ofrecieron formas moderadas de presidencialismo, que acompañaron a una renovada protección de los derechos, y una especial preocupación por los derechos humanos. Este desenlace desafía, particularmente, la idea de una relación necesaria entre un presidencialismo fuerte y la “creación” y protección de los derechos fundamentales.²⁰

En segundo lugar, aquellos que defienden dicha correlación entre presidencialismo fuerte y defensa de los derechos deberían tener algo que decir acerca de la *trayectoria* de dichos gobiernos y derechos. Muchos regímenes autoritarios tanto reforzaron como limitaron ciertos derechos (por ejemplo, derechos sociales), y otros gobiernos crearon ciertos derechos a la vez que limitaron otros (piénsese, por ejemplo, en los casos de Perón y Vargas, quienes promovieron la creación de derechos constitucionales y amenazaron o debilitaron seriamente los derechos individuales).

En tercer lugar, nuestros argumentos previos coinciden con una de las “leyes de hierro” del constitucionalismo que enunciara James Madison (y los “federalistas” en general), en torno a la idea del equilibrio de poderes o los “frenos y contrapesos”, y los riesgos de fortalecer especialmente al Ejecutivo. Para Madison, como para buena parte de sus contemporáneos, si una de las ramas del poder se hacía más poderosa que las otras, tendía a socavar la autoridad de aquellas. Y se convertía en una fuerza amenazadora y una fuente de abusos.²¹ En buena medida, sostuvimos, esto es lo que ha tendido a pasar en América Latina, desde que se optó, muy tempranamente, por suscribir el modelo general de los “frenos y contrapesos” al tiempo en que se convertía al Ejecutivo en un *primus inter pares*. Las consecuencias de esta “ley de hierro”, para los propósitos de nuestro análisis, también son

20 En todo caso, debemos proveer un estudio en profundidad acerca del tipo de derechos que fueron creados en cada oportunidad (es posible imaginar, por ejemplo, que los regímenes postautoritarios tendrían una tendencia a consagrar y proteger derechos humanos básicos tales como la integridad física).

21 La “ley de hierro” encuentra apoyatura tanto en el sentido común, como en el conocimiento histórico, como en supuestos básicos acerca de psicología política; estos eran, finalmente, el tipo de elementos que autores como James Madison generalmente consideraban en la construcción de sus argumentos.

relevantes. Por un lado, puede preverse que un Ejecutivo con mayores poderes y menos controles puede convertirse en una seria amenaza a los derechos fundamentales. Por otro lado, también puede anticiparse que el Ejecutivo tenderá a bloquear las iniciativas orientadas a “empoderar” a la ciudadanía, a fortalecer a las otras ramas de poder, o capaces de cuestionar su autoridad de otra manera. En este capítulo, y en capítulos anteriores, hemos hecho referencia a las maneras en que contextos de desigualdad (económica tanto como política) como los que existen en la región han reforzado, de los peores modos, tales dinámicas y tensiones.

Por lo demás, procuramos robustecer nuestra argumentación con algunas reflexiones adicionales, propias de la teoría constitucional. Aludimos, por caso, a la discusión sobre trasplantes e “injertos” constitucionales. Nos referimos, entonces, a las dificultades para generar impacto sobre la “vieja matriz” constitucional vigente (y así finalmente cambiarla), meramente a través de la adición sobre la misma de artículos que suponen y reclaman una organización institucional por completo diversa. Reflexionamos así sobre los modos en que las “viejas” Constituciones limitaban a las “nuevas”, a los modos en que “lo viejo” –típicamente, en la forma de una organización de poder concentrada– tendía a limitar y bloquear el nacimiento y florecimiento de “lo nuevo” (muy habitualmente, promesas inclusivas y expansivas en materias de derechos políticos y sociales). En directa relación con lo anterior, nos interesó insistir sobre la necesidad de pensar siempre *las influencias cruzadas* entre las distintas partes de la Constitución, reconociendo el peso especial que adquiere, en ese vínculo, la sección relacionada con la organización del poder. Las distintas secciones de la Constitución –sostuvimos– siempre entran, de un modo u otro, en diálogo entre sí. En ese diálogo, es esperable que la organización del poder establecida se ponga en marcha para frenar cualquier desarrollo constitucional que aparezca, en el corto o mediano plazo, como directamente amenazador sobre la estructura existente.

Finalmente, podríamos mencionar que la postura en cuestión (la que conecta hiperpresidencialismo y protección de derechos) esconde el hecho de que en América Latina el hiperpresidencialismo no solo vino junto con la constitucionalización de los derechos sociales, sino también con el desmantelamiento del Estado de bienestar y el debilitamiento de los derechos sociales. Podemos pensar, en este sentido, en los casos de Menem en la Argentina, Fujimori en Perú, o Collor de Melo en Brasil, entre tantos otros. Por todo lo dicho es que, según lo entendemos, el hiperpresidencialismo es consistente con la creación y reforzamiento de nuevos derechos, pero también, y al mismo tiempo, es consistente con la no aplicación y el soca-

vamiento de los mismos. Aún más, sostuvimos que el hiperpresidencialismo tiende a trabajar en contra de los derechos, especialmente cuando el fortalecimiento de ciertos derechos contribuye al empoderamiento de sectores sociales que pueden desafiar la autoridad de los poderes establecidos.

MADISON VS. SCHMITT. EL ARGUMENTO SCHMITTIANO A FAVOR DEL HIPERPRESIDENCIALISMO: UNA CRÍTICA

El argumento madisoniano a favor del equilibrio de poderes revisado en la sección anterior ha sido objeto de repetidos ataques, en las últimas décadas, desde posiciones afines a las que defendiera Carl Schmitt a comienzos del siglo XX (ver, por ejemplo, Negretto y Aguilar Rivera, 2000). Este tipo de argumentos, favorables a la concentración de poderes en el Ejecutivo, parten de la idea de que en la época actual se han producido cambios decisivos en torno a la vida política, que ya no permiten sostener un esquema de equilibrios como el que fuera propuesto por Madison. En la actualidad –se nos aclara– la noción madisoniana de frenos y contrapesos ha perdido buena parte de su sentido, ya que el centro de los poderes de gobierno parece encontrarse, de hecho y afortunadamente, en las manos del presidente. Este cambio se ha hecho necesario para estar a la altura de las urgencias y necesidades que caracterizan las nuevas épocas: solo el poder Ejecutivo puede ofrecer la actuación veloz que la política actual demanda.

El argumento continúa, señalando que los poderes tradicionales de control, en manos de las restantes ramas de gobierno, han ido perdiendo fuerza, con el paso del tiempo, por dos medios fundamentales. Primero, los tradicionales controles quedaron debilitados en razón de las continuas delegaciones de autoridad legislativa que ha realizado el Congreso, en favor del presidente. Y segundo, esos controles se han debilitado, también, a partir de los poderes de emergencia que han ido transfiriéndose al Ejecutivo. Luego de sucesivas crisis (desde crisis económicas y financieras, que han favorecido el involucramiento del Ejecutivo en cuestiones económicas; a crisis de seguridad, que se han traducido en diversas leyes antiterroristas aparecidas en toda la región, desde los Estados Unidos a la Argentina, Ecuador o Chile).

Las razones que explicarían –y terminarían por justificar– esas delegaciones de autoridad, de *iure* y de *facto*, de las demás ramas del gobierno hacia el Ejecutivo, resultarían claras. En primer lugar, ellas tendrían que ver con los déficits informativos que afectan al Congreso y el Poder Judicial

que coartan su capacidad de intervenir en situaciones de crisis. En segundo lugar, se trataría de los problemas operativos que les son propios a tales secciones del gobierno, es decir, problemas relacionados con dificultades que cada uno de tales poderes enfrenta, en su interior, ya sea para actuar colectivamente, ya sea para actuar de manera coordinada. En resumen, la idea sería que ambas ramas de gobierno quedan enfrentadas a dificultades severas, que les impiden actuar con el conocimiento, la celeridad y la capacidad de reacción que hoy se requieren (Posner y Vermeule, 2010: 215).

Lo que emerge del panorama anterior es un fenómeno que los críticos han descrito como la formación de “presidencias imperiales”, es decir, Ejecutivos poderosos, con una creciente capacidad de actuar de forma discrecional (Ackerman, 2010). Sin embargo, para los defensores de este modelo –y este es un punto crucial en la argumentación– el resultado obtenido no es de temer. Ello es así, ante todo, porque el pánico frente al Ejecutivo fuerte provendría de un equivocado “legalismo liberal”, que tiende a confundir la falta de controles legales, formales, sobre el presidente, con la completa ausencia de controles sobre el mismo (Porner y Vermeule, 2010: 4). Contra dicha idea –se agrega– las Presidencias de nuestros tiempos se enfrentan en verdad con una serie significativa de controles que no son de tipo legal, sino de tipo político. Estos frenos incluyen desde el control reeleccionario, que permite que la población tenga un poder de veto periódico y decisivo sobre la política (sobre una clase política que teme efectivamente las sanciones populares), hasta otro control más difuso y permanente, derivado de los avances extraordinarios que se han dado en materia de comunicaciones, y que hacen que, con costos reducidos, resulte más sencillo para el público el control del Ejecutivo (*ibid.*: 209).

La lección por aprender, finalmente, es que ya es hora de abandonar el paradigma madisoniano de los frenos y contrapesos, para aceptar la vigencia de un paradigma nuevo, de tipo schmittiano. Conforme a este, “los rápidos cambios que se han producido en el ámbito de las políticas públicas, y la incapacidad que es propia de las legislaturas y los tribunales, para ofrecer los ajustes de política necesarios, convierten al gobierno del Ejecutivo en algo inevitable” (Posner y Vermeule, 2010: 16; Schmitt, 1994, 2008).

Los problemas con esta visión son numerosos, y aquí solo vamos a mencionar algunos de entre ellos. En términos descriptivos, esta postura se afirma en la idea de que los controles al poder no tienen por qué ser controles legales (como proponía el “legalismo liberal”). Curiosamente, sin embargo, para llegar a una conclusión semejante, esta visión sobrestima las posibilidades de control con que hoy cuenta la ciudadanía, a la vez que enhebrama las carencias que tiene el Ejecutivo para actuar contra quie-

nes busquen ponerle límites. Por un lado, los defensores del hiperpresidencialismo abandonan, en su análisis, el radical escepticismo con el que tienden a evaluar los controles legislativo y judicial. En efecto, cuando dirigen la atención hacia los controles populares, su mirada se transforma en una de alegre optimismo. Cuando antes –frente a los controles formales tradicionales– solo veían insuficiencias informativas, problemas de coordinación y dificultades propias de la acción colectiva, ahora esos problemas parecen haber desaparecido: estos controles funcionan, de modo suficiente. Y sin embargo, el sentido común parece decir precisamente lo contrario: los ciudadanos suelen tener todavía más dificultades para controlar al Ejecutivo, porque en la acción y elección sociales se radicalizan todas las dificultades que eran reconocidas ya, en relación con el Congreso o la Justicia (dificultades para la acción colectiva, dificultades para acceder a información apropiada, etcétera).

De manera similar, el análisis en cuestión sobrestima las capacidades controladoras de la ciudadanía cuando enfatiza la capacidad (“retrospectiva”) del voto, y en particular su capacidad de prevenir o sancionar los eventuales excesos ejecutivos. El hecho es que el sufragio es una herramienta extremadamente limitada para hacer responder al gobierno ante la ciudadanía. Y es que, primero, los “mensajes” que puede querer dar la ciudadanía a través del voto son múltiples, pero tienen solo una oportunidad para expresarlos. Estos mensajes pueden aumentar o modificarse con el paso del tiempo, y muy habitualmente se traducen en pretensiones razonables, pero en tensión entre sí (por caso, cuando se pretende sancionar al Ejecutivo por lo que hizo ayer, y elogiarlo por lo que hizo hoy). Cada ciudadano cuenta solo con un voto, cada cierto período de tiempo, lo cual difícilmente pueda ayudar a la ciudadanía a expresarse políticamente: resulta difícil transmitir sus múltiples acuerdos y desacuerdos en tantas áreas diferentes. En suma, dadas las enormes limitaciones que caracterizan al sufragio en este sentido, puede decirse que incluso el mecanismo de control más fuerte al que el pueblo tiene alcance es demasiado débil para asegurar su propósito.²²

A ello se suma que, así como los defensores del Ejecutivo fuerte sobrestiman las capacidades ciudadanas para controlar al gobierno, también subestiman u ocultan las capacidades del presidente para eludir los controles que se le impongan y para socavar la autoridad de quienes pretenden

22. Aquí no mencionamos siquiera los problemas relacionados, por ejemplo, con las maneras posibles de sumar los votos, o los problemas en torno a cómo leer e interpretar los significados de esos votos.

limitarlo, lo cual se ve generalmente enfatizado en sociedades desiguales como las nuestras. Piénsese, al respecto, en los habituales avances del Poder Ejecutivo sobre la Justicia (en el nombramiento, remoción y desplazamiento de jueces, en las presiones sobre sus fallos), en el opacamiento y en el obstruccionismo aplicado sobre el Congreso cuando es opositor, en el desarrollo de la doctrina de las “cuestiones políticas”, en los efectos de la intervención federal, en la práctica y teoría de la delegación de facultades legislativas, en los decretos de necesidad y urgencia, etc. (Nino, 1990: 1265 y ss.; Nino, 1996). Todos estos poderes refieren a la excepcional capacidad del Ejecutivo para imponer su autoridad, en la mayoría de las situaciones, lo cual va en contra de la (nueva versión de la vieja) argumentación schmittiana. En definitiva, este análisis nos lleva a sostener, de forma contraria a la que nos sugieren los defensores del Ejecutivo, que el presidencialismo fuerte tiende a reforzarse a sí mismo, de modo permanente, ganando en capacidad para diluir la autoridad de quienes quieran controlarlo. Tenemos, entonces, todas las razones para temer los abusos, frente al desarrollo de “presidencias imperiales”; lo que significa que no tenemos en absoluto buenas razones para “aceptar” las prácticas existentes ni para “reconciliar” con la estructura institucional imperante, “haciendo las paces” con ellos” (Posner y Vermeule, 2010: 209).

La mayoría de los argumentos que examinamos en contra de la posición schmittiana la desafían en sus supuestos descriptivos. Por lo demás, aparecen luego todas las críticas normativas. Y es que el Ejecutivo fuerte puede tener más capacidad, por ejemplo, para salir rápidamente de crisis extremas como las que caracterizan a la época, pero dicha capacidad suele venir acompañada de dificultades políticas, epistémicas o morales numerosas e importantes. En efecto (y aquí solo podemos dar comienzo a esta argumentación), parece haber buenas razones para pensar que el poder concentrado en una persona i) facilita el trabajo de los grupos de interés más poderosos, que encuentran mucho más simple presionar a una sola persona que a muchas (un problema que, por lo demás, tiende a ser mucho más grave en sociedades desiguales), ii) incrementa los riesgos de cometer errores (en razón de la falta de controles que ayuden a que quien decide “piense dos veces” sus decisiones) y iii) allana el camino para la comisión de abusos graves en materia de derechos humanos (ello así, otra vez, en razón de la ausencia de mecanismos de “freno” y “alerta” sobre los intereses y derechos incondicionales de los grupos minoritarios). Como argumentaba Jeremy Waldron, quizás los poderes aumentados del presidente no solo funcionan para ciertos objetivos valiosos (por ejemplo, aumentan la seguridad

de la libertad puede también disminuir la seguridad contra el Estado, aun cuando aumente la seguridad contra el terrorismo (Waldron, 2010b: 26).

Dicho esto, convendría insistir en al menos un punto fundamental: la crítica al presidencialismo que aquí se formula no implica una defensa del sistema parlamentarista, como si esta fuera la única alternativa existente al presidencialismo. El parlamentarismo no aparece como una opción viable a la luz de los principios que hemos defendido aquí (menos aún, a la luz de la situación actual de los Congresos latinoamericanos). A la vez, nuestra crítica tampoco representa una manera de apoyar el nuevo rol adquirido por el Poder Judicial en las últimas décadas, como órgano decisor fundamental en las nuevas democracias (menos aún, a la luz del elitismo que sigue distinguiendo a los Poderes Judiciales latinoamericanos).²³

CONSTITUCIONES DE “MEZCLA”: REFORMA Y CONTRADICCIÓN.

¿ES LA CONSISTENCIA UN VALOR?

Situaciones como las relevadas en las páginas anteriores nos dejan reconocer un fenómeno habitual en la región. Se trata de la creación de Constituciones a las que podemos llamar contradictorias, por el modo en que organizan sus distintas partes, y por el tipo de principios y fines con los que se comprometen. Aunque aquí, según veremos, concentraremos nuestra atención en tensiones como las referidas, a las que llamaremos *contradicciones internas*, puede tener sentido antes hacer referencia a lo que llamaremos *contradicciones externas*.

Juan Bautista Alberdi puede ser visto como un precursor en el análisis de las contradicciones externas, esto es decir, en el análisis de la consistencia existente dentro del derecho en su conjunto. Para dicha finalidad, Alberdi estudiaba, típicamente, la relación que existía entre la Constitución y las leyes vigentes. Decía Alberdi, en el capítulo XVIII de las *Bases*:

[La tarea por delante no se limita] a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho. Con un

²³ Más bien, lo que aquí se defiende tiene que ver con una alternativa emancipadora anclada en la tradición radical latinoamericana, basada en formas de democracia ampliada. Volvemos sobre este punto más adelante.

derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebatada por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo (Alberdi, 1981).

Las reformas constitucionales más recientes, en América Latina, presentan muchos ejemplos significativos, a la vez que preocupantes, en esta materia. Por ejemplo, en las páginas anteriores hemos examinado Constituciones, como las dictadas en pleno apogeo de las políticas neoliberales, que enfatizaban los aspectos característicamente sociales de la Constitución. Los casos de Brasil y de Colombia pueden resultar en parte ilustrativos en la materia. Se trataba de Constituciones que reforzaban su perfil social, en momentos en que se dictaban cantidad de leyes, a nivel nacional y local, destinadas a poner en marcha programas de ajuste estructural que, en la práctica, tendieron a agravar rápida y crudamente las situaciones ya existentes de injusta desigualdad. De modo similar, en el caso de México en 2012, volvemos a encontrarnos con una situación extrema de contradicción entre reformas constitucionales y prácticas legales. En dicho caso, como hemos visto, se promovía una muy avanzada normativa constitucional en materia de derechos humanos —una de las más avanzadas en la región—, que al mismo tiempo resultaba fuertemente contradicha por una práctica política de gravísimas violaciones a los derechos humanos, realizadas en nombre de una proclamada “guerra contra el narcotráfico”.

Las preocupaciones de Alberdi, relacionadas con las contradicciones externas del constitucionalismo, resultan perfectamente extensibles al ámbito interno de la Constitución. Por caso, con una Constitución intensamente defensora de la propiedad privada, a la vez que muy robusta en materia de derechos sociales, se corre el riesgo de crear una situación en la que, como sugiriera Alberdi, “se arrebatara por un lado lo que [se] promete por el otro”. Por la importancia del tema, concentraremos nuestra atención, en lo que sigue, en estas contradicciones internas, asumiendo que mucho de lo que digamos al respecto podrá tener sentido, en definitiva, en los dos ámbitos (el externo y el interno).²⁴

Específicamente, hablaremos aquí de contradicciones internas para referirnos a Constituciones que “mezclan” de modo “impropio” instituciones provenientes de modelos constitucionales diferentes. La “mezcla” sería

“impropia” en la medida que ella implique combinar instituciones provenientes de modelos diferentes, en aspectos que se encuentran en tensión entre sí. Así, por caso, Constituciones que establecen fuertes resguardos a la propiedad, conforme al modelo liberal, y a la vez firmes compromisos con los aspectos sociales de la Constitución, como en el modelo radical; o un modelo a la vez excluyente políticamente, como el derivado del acuerdo liberal-conservador, con otro que afirma la inclusión y la participación políticas, como lo tiende a hacer el modelo radical.²⁵

Tal tipo de contradicciones, cabría agregar, radicalizan y extreman otro tipo de tensiones, inherentes a cualquier Constitución. Básicamente, toda Constitución moderna aparece construida sobre cierta *contradicción fundamental*, que es la que se deriva de su doble compromiso con los valores de democracia y derechos (Elster y Slagstad, 1993). Dicha contradicción se manifiesta en su doble aceptación de una sección “orgánica” —en donde se sientan las bases de la organización de poderes— y una “dogmática”, que incluye una lista de derechos. Allí anida la “contradicción constitucional fundamental”.²⁶ La existencia de esta primera y fundamental tensión marca, desde su mismo nacimiento, el carácter de cualquier Constitución.

Este tipo de tensiones iniciales se extienden luego, conforme hemos visto, sobre el resto de la estructura constitucional. Dichas tensiones, de todos modos, pueden resultar diluidas, suavizadas o agravadas, conforme a los modos en que se termine de articular la Constitución. El agravamiento se produce, sobre todo, en Constituciones que “mezclan” instituciones provenientes de modelos constitucionales diferentes en aspectos en que ellos se encuentran en tensión entre sí.

25 Alguien podría decir que tales tensiones se solucionan a través del recurso a una teoría de la interpretación constitucional. Sin embargo, es preciso reconocer, en primer lugar, que toda Constitución está abierta a interpretaciones sustancial y razonablemente diferentes (Waldron, 1999), y, en segundo lugar, que contamos con teorías interpretativas de todo tipo, capaces de llevarnos en direcciones también opuestas (Sunstein y Vermeule, 2003). El hecho es que estas Constituciones son textos internamente en tensión que alimentan y alientan la posibilidad de que distintos intérpretes puedan razonablemente leerlas como expresando compromisos antitéticos.

26 En efecto, mientras que el compromiso democrático impulsa hacia la resolución de los problemas públicos a través de la regla de la mayoría, el compromiso con los derechos insiste en la idea de que muchos de esos problemas públicos básicos (mientras toquen los derechos individuales, como suele suceder) no deberían estar sometidos a la regla de la mayoría. De manera más fuerte, la idea es que los derechos deberían ser pensados como “triumfos” contra las demandas de mayorías ocasionales (Dworkin, 1977).

Las contradicciones internas pueden ser de diverso tipo. Por caso, puede ocurrir que una Constitución afirme específicos compromisos contradictorios *interseccionales*, es decir, contradicciones entre la sección de los derechos y la sección de la organización del poder. Este sería el caso, por ejemplo, de un texto constitucional que suscriba un sistema de organización del poder fuertemente participativo, a la vez que estrictas defensas al derecho de propiedad; o instituciones políticas fuertemente excluyentes, en el marco de una muy generosa sección de derechos.

Otro tipo de contradicciones aparecen cuando la Constitución asume posturas ideológicas contradictorias a nivel *intrasaccional*, es decir, contradicciones que aparecen en la misma sección de la Constitución. Ello ocurre en la situación habitual en que una Constitución comprometeda, con derechos civiles (y, fundamentalmente, con los derechos de propiedad), se decide por incorporar una lista generosa de derechos económicos, sociales y culturales (una situación se dio, repetidamente, en toda América Latina, al menos desde el dictado de la Constitución de México en 1917).

A esta altura, una pregunta importante que aparece es cómo pensar y evaluar la decisión de escribir este tipo de Constituciones. Alguien podría considerar acertadas este tipo de decisiones, ya que de ese modo se permite que predomine un tipo de compromiso u otro, dependiendo de cuáles son las preferencias —y las correlaciones de fuerza— que predominan en cada momento: en situaciones de efervescencia social, la Constitución aparecería entonces capacitada para recoger las iniciativas más de avanzada, y algo similar ocurriría en situaciones de reflujo de tales demandas sociales. Sin embargo, si esta fuera la respuesta, ella resultaría poco atractiva, dado que bien podría pensarse que hay mejores maneras de asegurar esa neutralidad constitucional: por ejemplo, estableciendo un nivel de generalidad mayor en el lenguaje constitucional, haciendo silencio sobre tales cuestiones, o dejando constancia de la compatibilidad de la misma con programas económicos diversos. En tal sentido, por lo demás, podrían retomarse las críticas de Thomas Paine frente a las Constituciones que establecían sistemas de intervenciones y controles mutuos entre los poderes: tales Constituciones resultaban, en su opinión, Constituciones confusas, que impedían a la ciudadanía tener un acceso claro frente al significado y orientación de las mismas. En *Common sense* escribió: “La constitución inglesa es tan excesivamente compleja, que la nación puede sufrir por años sin que pueda descubrir a qué parte de la misma echarle la culpa” (Paine, 1987: 69).

Por otro lado, no parece cierto, en verdad, que la situación señalada resulte descriptiva de la realidad: una Constitución con compromisos contradictorios puede activarse, al mismo tiempo, en una dirección y otra,

por el simple hecho de que cualquier Constitución incluye, desde el inicio, instituciones mayoritarias (en principio más sensibles a los cambios de humor mayoritarios), e instituciones contramayoritarias (en principio más resistentes frente a tales cambios).²⁷

Alguien podría decir, por lo demás, que existe un valor en esa convivencia entre valores tan diferentes, dentro de la Constitución. Ocurre que —sigue el argumento— en sociedades plurales, como las nuestras, no puede esperarse ni resulta deseable que la Constitución refleje exclusivamente una cosmovisión, un proyecto de organización común. Puede tener sentido, entonces, contar con una Constitución que refleje la diversidad social existente y sus tensiones. El problema con este argumento, sin embargo, resulta sencillo de entrever: nadie niega el valor de contar con compromisos constitucionales diferentes, propios de sociedades plurales. El problema surge a partir de los modos en que incorporar a la Constitución tales valores. Por ejemplo, un principio como el principio de tolerancia, por caso, puede ser apropiado para lidiar con los reclamos de anglicanos, musulmanes y ateos. Y ello es muy diferente del tener, por caso, una Constitución que al mismo tiempo abrace la neutralidad religiosa y tome partido por una religión particular (una contradicción de este tipo se advierte, como sabemos, en la Constitución argentina, entre sus arts. 2 y 14). Del mismo modo, la Constitución puede mostrarse simplemente abierta a programas económicos diferentes (digamos socialistas—estatistas en un momento, y liberal—privatizadores en otro). Ello parece muy distinto que adoptar una Constitución alineada con políticas de libre mercado, al mismo tiempo que afirma políticas y derechos sociales de avanzada (algo así puede advertirse, por caso, en la Constitución de Colombia 1991).²⁸ En definitiva, hay formas diversas

27 Podemos recordar, en este punto, las reflexiones de Carl Schmitt sobre la Constitución de Weimar, los principios liberales y democráticos que contenía, y cómo debían ser interpretados (ver, por caso, Schmitt, 1994, 2008).

28 Según el analista López Restrepo, por ejemplo, “los diversos intereses representados en la Constituyente redactaron un documento que en sus aspectos políticos es mucho más democrático que la antigua Constitución, pero que en lo relacionado con la economía refleja ambigüedades derivadas de su afán de ampliar las responsabilidades y atribuciones del Estado, al tiempo que pretende promover la participación del sector privado en actividades que antes le estaban vedadas, tales como la provisión de servicios públicos. Así, en relación con la tendencia a un mayor intervencionismo estatal, la Constitución definió al colombiano como un ‘Estado social de derecho’, que debe promover el acceso de todos los ciudadanos a la propiedad, y estableció una serie de derechos económicos y sociales —a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, al trabajo— que nunca antes habían tenido rango constitucional. De otra

de honrar los principios de un Estado pluralista y tolerante, y seguramente las mejores son las que evitan convertir al texto constitucional en un texto contradictorio, que afirma un principio y su contrario.

Ahora bien, dada la extensión y la profundidad de las contradicciones discutidas, ¿cuál es, en definitiva, la necesidad de contar con una Constitución algo más consistente, si en todo caso vamos a mantenernos situados en un marco de irresolubles inconsistencias?

Este tipo de preguntas son importantes pero, podríamos decir, ellas también son susceptibles de una respuesta común y decisiva. La consistencia constitucional es un valor, pero no, como sostenía Paine, por la circunstancia relativamente menor (pero nada irrelevante) de que, de ese modo, contamos con un derecho más claro y mejor ordenado.

La consistencia es importante, por un lado, en la medida en que favorece la previsibilidad del derecho, y de ese modo el Estado de derecho. Por el contrario, cuanto mayores sean los riesgos de soluciones contradictorias para nuestros conflictos, (o, para ser más precisos) cuanto mayores sean los riesgos de contradicciones constitucionales que creemos, menos certeza tendrá el derecho, y menos razones tendrán los individuos para obedecerlo, y para confiar en el Estado de derecho (aunque, por supuesto, esto no implica negar que la Constitución puede ser consistente y su aplicación contradictoria, del mismo modo en que la misma puede ser inconsistente internamente, y aplicada de manera consistente).

De todos modos, el principal valor de la consistencia, según entendemos, no es el que se relaciona con la previsibilidad del derecho, sino otro relacionado con aquel, y que nos refiere a la obligación que tenemos de tratar a todas las personas como iguales. Este y no otro es el principal compromiso que asumimos cuando dictamos una Constitución democrática y anclada en derechos, es decir, cuando afirmamos el valor de un pacto entre iguales: el mero hecho de dictar una Constitución ya implica, de ese modo, una toma de partido por el trato igual. De lo que se trata es, en otras palabras, y —para retomar términos del filósofo del derecho Ronald Dworkin— de tratar a todos con *igual consideración y respeto*. Dicha igual consideración se esfuma cuando condenamos a alguien hoy frente a circunstancias similares a las que nos llevaron a dejar a otra persona en libertad ayer (un hecho, este último,

parte, además de la participación del sector privado en la provisión de los servicios públicos, la Constitución también incluyó algunas de las ideas defendidas por los sectores neoliberales, tales como la independencia del Banco Central en relación con el gobierno nacional y el rechazo a los monopolios de cualquier tipo” (López Restrepo, 1994).

a través del cual parecíamos decirles a todos los demás que su libertad tenía cierto alcance que hoy, en cambio, le denegamos). Así, cuando ayer, como jueces, dejámos en libertad a un individuo que tenía estupefactos para consumo personal, le dijimos a todos los demás ciudadanos que el compromiso constitucional con la libertad incorporaba la idea de que cada uno es dueño de escoger y desarrollar libremente el modo de vida que más prefiere. Esa conclusión resulta contradictoria, en cambio, si hoy dejamos detenido a otro individuo que contaba en su poder con una similar cantidad de estupefactos. En este caso, el derecho estaría actuando a voluntad, conforme a los impulsos del momento, y de ese modo estaría dándole a cada individuo un trato sustantivamente diferente, como si uno u otro tuvieran menos valor intrínseco o menos dignidad que cualquiera de los demás.

En definitiva, de lo que se trata es que el derecho, como diría Dworkin, haga un esfuerzo persistente de integridad, destinado a *hablarle a la ciudadanía con una sola voz*, dejando de ese modo en claro, en cada caso, que el Estado no está actuando arbitrariamente, o movido por caprichos, sino intentando establecer reglas y principios aplicables a todos por igual: las acciones y decisiones de todos importan, e importan de un modo igual (Dworkin, 1977; Dworkin, 2011: cap. 6)

APÉNDICE. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL DERECHO INTERNO

Otro cambio extraordinario, propio de estas últimas décadas, e íntimamente vinculado con los nuevos desarrollos que ha tenido el constitucionalismo, se relaciona con la “llegada” del derecho internacional de los derechos humanos. Hoy por hoy, los países de la región reconocen que hay normas internacionales porque hay tribunales internacionales capaces de imponer desafíos sobre las decisiones tomadas por las autoridades políticas y judiciales internas. Por supuesto, podría decirse que, en un sentido relevante, la normativa internacional existió siempre. Sin embargo, también es cierto que en esta materia hubo un antes y un después vinculado con las más recientes modificaciones introducidas en los más altos niveles del derecho regional. Y es que durante muchas décadas, el derecho local se las había ingeniado para desplazar al derecho internacional a un lugar relegado: se trataba, en el mejor de los casos, de pactos firmados por el propio país con otros pero que no podían contradecir al propio orden constitucional. Con ese tipo de fórmulas, se terminaba por vaciar de contenido y fuerza

efectiva al derecho internacional, y se privaba al mismo, finalmente, de toda capacidad de desafío.

Hacia fines de siglo, sin embargo, las cosas empezaron a cambiar. Las razones del cambio —lo que puede llamarse, de modo impreciso, el “proceso de globalización del derecho”— son numerosas, pero aquí nos interesan, en particular, las relacionadas con el propio derecho. Por un lado, ocurre que la Justicia aparece abierta, cada vez más, a la utilización de normas y decisiones provenientes del derecho internacional. A regañadientes, las autoridades políticas tienden a mostrarse sensibles frente a las decisiones de los tribunales internacionales y, sobre todo, los jueces se animan como nunca antes a citar y aplicar el derecho internacional en sus sentencias, a la vez que adoptan estándares establecidos por organismos internacionales, siguen criterios fijados por tribunales internacionales, o supervisan la implementación de la normativa internacional, por parte de las autoridades locales.²⁹

Este fenómeno de mayor compromiso judicial con las normas y directivas del derecho internacional se vio impulsado por una nueva actitud política hacia el ordenamiento internacional. Ocurrió entonces, por una parte, que numerosos países de la región decidieron, en las últimas décadas, incorporar el derecho internacional al ordenamiento doméstico, normalmente con un estatus privilegiado. En algunos países, como en la Argentina y en Bolivia, los tratados de derechos humanos fueron explícitamente jerarquizados como normas de nivel constitucional. En otros casos, como en los de Costa Rica o El Salvador, se decidió conferir a tales tratados un estatus suprallegal (Rossi y Filippini, 2010). En todo caso, las formas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos han sido más variadas. Algunas constituciones, como las de Perú o Colombia, incluyeron cláusulas interpretativas en sus textos, en las que se incorporaron explícitas referencias al derecho internacional. Otras, como las de

²⁹ Según Rossi y Filippini, que han enfocado su atención en el estudio de los derechos sociales y el derecho internacional, el cambio que han operado los tribunales incluye actividades como las siguientes. Ellos han i) aplicado normas específicas contenidas en tratados de derechos humanos, ii) utilizado normas internacionales como pautas de interpretación de la normativa interna, iii) utilizado normas internacionales como complemento de la normativa interna, iv) considerado las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones estatales y el contenido de los derechos reconocidos en los pactos y declaraciones, v) considerado conceptos e interpretaciones efectuadas por órganos internacionales para moldear la hermenéutica constitucional y vi) aplicado decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi judiciales en casos individuales (Rossi y Filippini, 2010: 195-196).

Brasil, refieren a la existencia de derechos no enumerados, dentro de los cuales se encuentran los relacionados con principios y tratados de los que Brasil sea parte. La de Guatemala hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos al establecer pautas de guía para la política exterior del país. La de Chile fija deberes especiales en materia de derechos humanos, que deben ser completados por todos los órganos estatales (estas y otras alternativas de incorporación, en Dulitzky, 1998).

El hecho es que en América Latina, en las últimas décadas, se sucedieron eventos de enorme importancia, que involucraron al derecho internacional de los derechos humanos y que, en algunos casos, sirvieron para imprimir una nueva dirección a la vida pública de la región. Seguramente, el caso más resonante de todos los ocurridos en el área, es el que llevó al procesamiento del general Augusto Pinochet en el exterior, y que prontamente implicó la apertura en Chile de la persecución penal a los responsables de la comisión de violaciones masivas de derechos humanos. Hasta ese momento, los responsables de tales abusos venían siendo beneficiados por una aproximación al derecho, por parte de la Justicia, que resultaba fundamentalmente dogmática, positivista en el peor sentido, además de conservadora. Un dramático ejemplo al respecto lo dio la Corte Suprema de Chile, cuando, tratando de responder a las fuertes críticas que recibía por su escasa protección a los derechos humanos durante la vigencia del régimen de Pinochet sostuvo que ella debía ocuparse de la aplicación “estricta” del derecho (en aquel momento, el derecho del régimen), en lugar de apelar a “principios generales de la moralidad o del derecho” (Correa Sutil, 1993: 91). Lo cierto es que la aparición del “caso Pinochet” resultó explosiva para el derecho regional, y fue así que, en poco tiempo, comenzaron a sucederse otros varios, concatenados sin dudas con aquel. Entre otros casos resonantes podrían mencionarse la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos vs. Perú”, de marzo de 2001, en donde la Corte consideró inválida la amnistía otorgada por el gobierno de Alberto Fujimori, en Perú, a quienes habían participado en la llamada “masacre de Barrios Altos”; o la decisión de la Corte Suprema de Argentina, en el caso “Simón”,³⁰ en donde el tribunal argentino —si guiendo la decisión de la Corte Interamericana en “Barrios Altos”— declaró la invalidez de las leyes de perdón a crímenes de lesa humanidad, aprobadas por la democracia argentina (y validó la ley que consideraba tales normas insanablemente nulas), y más recientemente, en abril del 2011, la decisión

³⁰ CSJN, “Simón, Julio y otros”, 14 de junio de 2005.

del Parlamento uruguayo de dejar de lado la amnistía dada en Uruguay a los crímenes de lesa humanidad, y que había sido ratificada, en dos oportunidades, por el pueblo uruguayo, en sendos plebiscitos.

El creciente peso de las normas internacionales, y de las decisiones tomadas por organismos y tribunales internacionales, agrega una saludable complejidad al derecho latinoamericano. Dicha circunstancia trae aparejada, además, problemas de legitimidad significativos. En efecto, no debemos olvidar que las normas internacionales invocadas nos refieren, muchas veces, a principios de contenido impreciso, y que no tenemos una manera clara de conocer (típicamente, es lo que ocurre con las reiteradas invocaciones al *ius cogens*, de enorme peso en el debate sobre el derecho internacional). Y, lo que es más importante, entran en juego aquí decisiones de organismos internacionales (un caso especialmente importante lo es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), con credenciales democráticas muy débiles. La crítica habitual, fundamental, a los tribunales, por su lugar en el escenario democrático, acerca del carácter contramayoritario de sus decisiones (Bickel, 1962), se reproduce en estos casos de la manera más vívida. Mucho más, si prestamos atención a los modos en que los jueces de estos tribunales son elegidos, su más que debilitado vínculo con la ciudadanía latinoamericana, y las infimas posibilidades que tiene esta para dialogar con ellos, o desafiar sus decisiones.

Un caso particularmente significativo, en esta discusión, es el que aporta el fallo “Gelman” (caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24 de febrero de 2011), decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³¹ En el mismo, la Corte debió evaluar, entre otros aspectos, la validez de la Ley de Caducidad (de la Pretensión Punitiva del Estado), sancionada en Uruguay, y por la cual se estableció la caducidad del “ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”. Notablemente, la norma fue respaldada por la ciudadanía uruguaya, convocada a expresarse al respecto en dos plebiscitos. Sin embargo, contra dicha decisión, la Corte Interamericana sostuvo que la ley en cuestión era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “la protección de los derechos humanos” constituía “un límite infranqueable a la regla de mayorías” y que los plebiscitos uru-

guayos no dotaban a la norma objetada de “legitimidad ante el Derecho Internacional”. Amnistías como la uruguaya eran impugnables no como resultado de “una cuestión formal, como su origen, sino [por su] aspecto material”. Como resultado de todo lo anterior, el Estado uruguayo quedaba obligado, por tanto, a investigar y eventualmente a sancionar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en su territorio, durante la dictadura que ocupara el poder en la década de 1970.

Los problemas planteados por la sentencia de la Corte Interamericana son numerosos, pero aquí podríamos objetar, sobre todo, el modo en que en el fallo se deja de lado, en pocas líneas y sin mayor argumentación, decisiones acordadas de un modo fuertemente democrático (ello así, aun reconociendo la necesidad de examinar críticamente la autoridad democrática de cualquier plebiscito particular), su falta de compromiso con toda reflexión sobre el origen más o menos democrático de las normas cuestionadas,³² el modo simplista en que justifica el uso de la coerción penal, y su falta de reflexión sobre las condiciones de legitimidad democrática de sus propias decisiones (es decir, la autoridad de un tribunal con frágiles credenciales democráticas, frente a –como en este caso– decisiones democráticamente robustas). En todo caso, lo interesante es que el ejemplo expresa, con absoluto dramatismo, y de modo extremo, las tensiones posibles entre los valores de la democracia y el constitucionalismo.³³

32 Una cuestión que podría respaldar, por caso, la nulidad de la autoamnistía dictada por los militares argentinos, antes de abandonar el poder (con una crítica similar a la promovida por el filósofo Carlos Nino, en su momento, y luego abrazada en los hechos por el Congreso argentino, al declarar la nulidad de aquella norma); o la invalidez de la autoamnistía promovida por el presidente peruano Alberto Fujimori, luego de afirmarse de modo ilegítimo en el poder (autoamnistía objetada, por otras razones, por la propia Corte Interamericana, en el citado caso “Barrios Altos”).

33 Algunos autores han dicho que críticas como las exploradas en los párrafos anteriores son irrelevantes: lo único que importa es que el proceso de decisión o juzgamiento sea irreprochable (Luban, 2004). Sin embargo, aun frente a procedimientos impecables (“*champaign quality*”), la pregunta más importante –la pregunta sobre la autoridad del derecho, en estos casos– se mantiene viva: “El procedimiento del juicio ha estado perfecto pero [...] ¿quién es usted para juzgarme?” (Duff, 2010). Según entiendo, la comunidad internacional en general, y la élite jurídica latinoamericana, en particular, deben hacer esfuerzos todavía importantes para no volver a caer en nuevas formas de positivismo extremo o “positivismo ideológico” injustificables, como las que existirían en las peores épocas de la vida política regional. La suscripción de una lectura dogmática del derecho resulta (el viejo positivismo, o el neopositivismo ideológico), en todos los casos, objetable.

Lo dicho no implica, en absoluto, negar autoridad a organismos internacionales con *algún grado* de legitimidad democrática, mucho menos cuando el derecho que se impugna es el que ha sido aprobado o aplicado, por regímenes no democráticos (como las dictaduras argentina o chilena) o muy débilmente democráticos (como el Perú de Alberto Fujimori, luego del cierre del Congreso peruano). La pregunta, en todo caso, nos remite a cómo integrar estas cruciales novedades del derecho en una conversación democrática que tenga a los propios ciudadanos afectados como protagonistas principales.

9 El constitucionalismo contemporáneo II. La sala de máquinas de la Constitución

UNA BREVE INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior prestamos atención a las recientes reformas constitucionales adoptadas en América Latina. Según vimos, en los casos referidos, las reformas resultaron, por lo general, muy notables, tanto por el *ritmo* o velocidad con que fueron llevadas a cabo, como (y sobre todo) por su *profundidad y amplitud*. Las reformas, por lo demás, tendieron a mostrar una estructura compleja, antes que simple. Ellas, por un lado, parecían mantener o reforzar los poderes presidenciales, a la vez que, por otro lado, fortalecían los compromisos constitucionales (ya asumidos) en materia de derechos sociales o participación política, e incluían cláusulas que prometan renovados controles al poder. Frente a tales reformas, sostuvimos que no podía leerse a las mismas como si afectaran a secciones autónomas de la Constitución. Por el contrario, propusimos ver a las mismas como reformas que, una vez puestas en marcha, reforzaban (o no debilitaban de manera significativa) la autoridad presidencial, algo que, por lo demás, tendía a poner en riesgo el resto de las reformas. Resulta claro que los presidentes con poderes fuertes o reforzados, racionalmente, no tienden a aceptar recortes sobre su propio poder, como los que puede sugerir una ciudadanía autonomizada y/o con mayores poderes de decisión y control.

En este capítulo, vamos a ilustrar la dinámica referida (centralización de la autoridad vs. expansión de los derechos) con algunos ejemplos derivados del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Particularmente, trabajaremos con el caso de la introducción de derechos indígenas en las nuevas Constituciones. A la vez, vamos a examinar una característica que se ha vuelto seña distintiva del nuevo constitucionalismo, esto es, la poca vocación y/o enormes dificultades de los constituyentes para ingresar en la “sala de máquinas” de la Constitución. Finalmente, veremos algunos