Globethics Repository



El nuevo constitucionalismo latinoamericano [The new Latin American constitutionalism]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Gargarella, Roberto
Publisher	Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-03 12:47:12
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/154697

El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares

Roberto Gargarella

Resumen

Este escrito forma parte de un trabajo más extenso sobre el constitucionalismo que surge de las reformas constitucionales promovidas en buena parte de los países de la región, desde los finales del siglo XX hasta nuestros días. El autor circunscribe su desarrollo en torno de cuatro ejes temáticos: el objetivo principal de las nuevas (y viejas) constituciones; la estructura básica según la cual se organiza el poder; la estructura de derechos de las nuevas constituciones regionales; y el problema de los "trasplantes" constitucionales. Luego de realizar una reflexión crítica sobre las bases presidencialistas históricamente prevalecientes, propone una reflexión más general en torno a

Abstract

This article is part of further work carried out on the style of constitutionalism that arises from the constitutional reforms furthered in most of the countries of the region, since late 20th century up to present. The author develops his work into four topics: the main aim of new (and old) constitutions; the basic structure under which power is organized; the structure of rights in the new regional constitutions; and the problem of constitutional "transplants". After a critical analysis of the historically pervading presidentialist basis, he suggests a broader reflection, regarding the possibilities and limitations of the ongoing constitutional reforms.

CyE
Año II
Nº 3
Primer
Semestre
2010

CyE03.indb 169 24/3/10 16:55:45

las posibilidades y límites de las reformas constitucionales en curso.

Roberto Gargarella

Abogado y sociólogo, Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister en Ciencia Política, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina). Master of Laws (LL.M) y Doctor of Juriprudence (JSD), University of Chicago Law School. Cursó sus estudios postodoctorales en Balliol College, Oxford.

He is a lawyer and sociologist at the University of Buenos Aires, (UBA). Master in Political Sciences, Latin American School of Social Sciences (FLACSO-Argentine). Master of Laws (LL.M) and Doctor of Jurisprudence (JSD), University of Chicago Law School. He completed post-doctoral studies at Balliol College, Oxford.

Palabras clave

1| Constitución **2|** Constitucionalismo **3|** Reforma constitucional
4| Derechos fundamentales **5|** Declaración de derechos **6|** Presidencialismo

Keywords

1| *Constitution* **2|** *Constitucionalism* **3|** *Constitutional Reform* **4|** *Fundamental rights*
5| *Bill of rights* **6|** *Presidentialism*

Cómo citar este artículo [Norma ISO 690]

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. *Crítica y Emancipación*, (3): 169-188, primer semestre 2010.

CyE03.indb 170 24/3/10 16:55:45

CyE
Año II
Nº 3
Primer
Semestre
2010

El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares[1]

ROBERTO GARGARELLA

Introducción

El presente escrito forma parte de un trabajo más extenso y todavía inconcluso, que vengo desarrollando en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano[2]. De esa investigación, todavía en marcha y en busca de precisiones, me voy a concentrar aquí en unos pocos puntos preliminares, que encuentro de primordial interés, a pesar de que ellos no han recibido nunca la atención que, según creo, merecen.

Las cuestiones a las que voy a referirme son cuatro. En primer lugar, me detendré en una reflexión en torno al sentido último de las nuevas (y viejas) constituciones. Me preguntaré cuál es el objetivo principal que se proponen alcanzar las Constituciones que hoy se dictan (y ayer se han dictado). Me interesará señalar que las nuevas Constituciones, lamentablemente y en una mayoría de casos, han perdido su Norte, para quedar a la merced de objetivos cortoplacistas. En segundo lugar, me plantearé algunas preguntas referidas a la estructura básica que encierra cualquier Constitución, es decir, a sus dos partes, relacionadas con la organización del poder (la división del poder, el establecimiento de un sistema de "frenos y contrapesos"), y la definición de los derechos fundamentales (la "declaración de derechos"). En este caso, me interesará explorar los modos en que se articulan –y entran en conflicto– estas dos partes de la Constitución. En tercer lugar, me concentraré en la estructura de derechos de las nuevas constituciones regionales. Tiene sentido dedicar una atención especial a este aspecto de los nuevos textos fundamentales dado que el mismo ha sido objeto de los principales ataques por parte de los críticos del nuevo constitucionalismo. Se dice, con cierta razón, que las nuevas Constituciones incorporan

1 Agradezco a Francisco Lanusse y a Maia Levy Daniel la asistencia en la realización de este trabajo.

2 Me refiero, de este modo, al constitucionalismo que surge de las reformas constitucionales promovidas en buena parte de los países de la región, desde los finales del siglo XX hasta nuestros días.

CyE03.indb 171 24/3/10 16:55:45

listas interminables de derechos, degradando de ese modo al texto fundacional, para convertirlo en un mero listado de promesas incumplibles. Me interesará, entonces, preguntarme acerca de la pertinencia de este tipo de observaciones. Finalmente, me ocuparé del problema de los "trasplantes" constitucionales (la posibilidad de introducir en los "viejos" textos instituciones "nuevas", desvinculadas de aquellos orígenes), lo cual me permitirá llevar adelante una reflexión más general en torno a las posibilidades y límites de las reformas constitucionales.

La pregunta que la Constitución viene a responder

Tal como anticipara, una forma de comenzar a examinar el contenido de las nuevas Constituciones latinoamericanas consiste en preguntarse cuál es el principal interrogante que ellas se formulan o, más directamente, cuál es el principal mal que ellas vienen a remediar. La pregunta puede ser pertinente ya que, cuando miramos hacia atrás, una y otra vez, nos encontramos con que el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal; se dictaba entonces una nueva Constitución como contribución institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba.

Por caso, la Constitución norteamericana de 1787 puede ser leída –conforme a la propia exposición de James Madison en *El Federalista* Nº 10– como un intento de poner fin al peso de las *facciones*, que amenazaban con hacer imposible la estabilidad y organización de la nueva Nación. Según sostuviera Madison, en dicha situación, era imposible atacar las causas de las facciones (finalmente, la diversidad de pensamiento y la libertad de las personas de agruparse con otras con intereses comunes), por lo cual sólo quedaba apuntar a los efectos de las mismas, y es allí donde aparecía la Constitución como dique destinado a dificultar que las irracionales apetencias de algunos tomaran forma de ley. Simón Bolívar, mientras tanto, pensó en el constitucionalismo como un instrumento al servicio de la causa de la independencia. Por ello, en el Manifiesto de Cartagena, tuvo duras palabras contra el primer proyecto constitucional aprobado en su país, al que consideró la causa "más importante" de la debacle política que se produjera en Venezuela, luego de la independencia (Bolívar, 1976). De allí también que él se ocupara, reiteradamente, de redactar propuestas constitucionales dirigidas, inequívocamente, a fortalecer la autoridad presidencial –en su opinión, la clave para garantizar la independencia de las nuevas naciones–. Asimismo, Juan Bautista Alberdi –el gran constitucionalista argentino– entendió que la Constitución podía resultar una herramienta clave para poner fin al azote de la anarquía y el caudillismo que asolaban a la Argentina. Ella

CyE03.indb 172 24/3/10 16:55:45

podía y debía convertirse en la gran carta de garantías para que los inmigrantes europeos se animaran a repoblar el país, y así a cambiar las bases culturales del autoritarismo político imperante.

En definitiva, los ejemplos anteriores nos ilustran acerca de un punto más general, las Constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental[3]. En todos los casos se asume que en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio.

Las Constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental.

Dicho esto podemos plantearnos, entonces, cuál es la gran pregunta que los nuevos textos constitucionales han venido a responder. O, en otros términos, cuál es el gran drama que las nuevas Constituciones latinoamericanas pretenden resolver, a partir de su dictado. La pregunta puede ayudarnos a reconocer los atractivos y límites de los proyectos de reforma constitucional más recientes, aparecidos en la región. Por caso, podría decirse que muchas de las reformas propuestas en los años ochenta –luego de la larga década de gobiernos autoritarios que asoló la región en la segunda mitad del siglo XX– se dirigieron a combatir o a morigerar el hiperpresidencialismo, que se identificaba como causa fundamental de la inestabilidad política de las jóvenes democracias regionales. El mal a combatir, entonces, era la inestabilidad, y el principal remedio constitucional, frente al mismo, consistía en la limitación del presidencialismo (Linz y Valenzuela, 1994; Nino, 1992; Riggs, 1987).

3 Decir esto no implica sostener, de ningún modo, que la creación o reforma de una Constitución responda siempre a un único objetivo. Lo que sí se sostiene es que, habitualmente, las Constituciones reconocen detrás de sí, y como causa motivadora, algún motor fundamental, que puede ayudarnos a reconocer el perfil del proyecto bajo estudio, y a entender la lógica que lo anima.

CyE03.indb 173 24/3/10 16:55:45

Ahora bien, aunque el objetivo de moderar al hiperpresidencialismo fue tal vez el más importante del constitucionalismo de los años ochenta, no es tan claro que los reformadores de entonces hayan tomado siempre seriamente tales consejos. El caso de la Argentina resulta de especial interés, en tal sentido, por la enorme inversión de energía intelectual que precedió a la convocatoria constituyente. De modo relevante, nos encontramos allí con la creación de una nueva institución –el Consejo para la Consolidación de la Democracia– que desde principios de los ochenta tuvo por misión casi excluyente elaborar un proyecto de reforma no presidencialista. La Constitución aprobada en 1994, sin embargo, desoyó fundamentalmente aquellos consejos, para concentrarse, esencialmente, en asegurar la reelección del presidente entonces en ejercicio. Dicho objetivo condicionó a toda la reforma, quitándole mucho de su potencial atractivo. Es decir, la nueva Constitución Argentina, al igual que otras aprobadas en la región, por la misma época, pareció desperdiciar la oportunidad y el conocimiento a su alcance, para ponerse al servicio de fines eminentemente cortoplacistas.

De todos modos, el cortoplacismo no es un defecto atribuible a todos los proyectos reformistas aparecidos en la región durante los años noventa. Por ejemplo, Constituciones nuevas como las de Bolivia y Ecuador, por tomar dos casos relevantes, sirvieron al propósito reeleccionario de quienes las promovieron, pero también fueron largamente más allá de dicho objetivo. Esto resulta más claro en el caso de la Constitución boliviana, que puede verse guiada de modo muy especial por el ánimo de terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas[4]. Dicha idea fuerza –defendida públicamente por quienes favorecieron la Constitución, y reconocible en el texto aprobado– parece dar sentido, en efecto, al documento finalmente dictado. Como señalara el vicepresidente boliviano, el sociólogo Álvaro García Linera: "Esta Constitución es buena, es poderosa. Incluye a toda Bolivia. Hay que sentirse orgulloso porque aquí se está coronando el liderazgo y la vanguardia política del movimiento indígena campesino

4 La nueva Constitución, en efecto, establece cuotas de parlamentarios indígenas; la justicia indígena originaria campesina, a la que coloca en el mismo nivel que a la justicia ordinaria; un Tribunal Constitucional plurinacional, parte de cuyos miembros son escogidos conforme al sistema indígena; un órgano electoral plurinacional, con representación indígena; un modelo económico social comunitario basado en la cosmovisión indígena; derechos especiales de los indígenas sobre el agua y sobre los recursos forestales de su comunidad; derechos a la tierra comunitaria e indígena; etcétera.

CyE03.indb 174 24/3/10 16:55:46

respecto al resto de los sectores sociales"[5]. En tal sentido, podríamos agregar que la pregunta-objetivo planteada por los constituyentes bolivianos era, cuanto menos, una muy relevante, bien escogida. Pocos temas resultan más cruciales y parecen más justificados, en la actualidad boliviana, que el de la marginación indígena. En tal sentido, es un mérito del constituyente boliviano el haber salido a la búsqueda, y el de haberle hecho frente, a tal decisiva cuestión.

Dicho lo anterior, podemos plantearnos una pregunta a futuro, pertinente para muchos de los restantes países latinoamericanos que, a diferencia de los casos de Bolivia o Guatemala, por ejemplo, no parecen

El cortoplacismo no es un defecto atribuible a todos los proyectos reformistas aparecidos en la región durante los años noventa.

estar fundamentalmente marcados por la marginación de los grupos indígenas. ¿Qué problema debería escoger el futuro constituyente latinoamericano como problema-objetivo a atender a través de una eventual reforma de la Constitución? ¿El problema de la desigualdad, tal vez, que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región? Posiblemente, pero en todo caso la pregunta está abierta, y es una que el constituyente no puede dejar simplemente de lado, como a veces lo ha hecho.

Sobre las relaciones entre las partes dogmática y orgánica de la Constitución

En esta sección quisiera ocuparme de un problema muy importante y a la vez habitualmente descuidado. Se trata de la cuestión acerca de los modos en que se articulan las dos partes en que se divide toda Constitución, es decir, la parte dogmática y la parte orgánica o, para decirlo en otros términos, la relacionada con los derechos y con la organización de poder. Me interesa preguntarme acerca de los modos en que se vinculan ambas partes y, más en particular, acerca del modo en que los

5 Disponible en <www.fmbolivia.com.bo/noticia5108-garcia-linera-explica-a-campesinos-la-nueva-cpe-y-se-inicia-su-socializacion.html>.

CyE03.indb 175 24/3/10 16:55:46

ajustes que se introducen en una de esas dos áreas impactan sobre el resto de la estructura constitucional.

Para ingresar al tema, puede resultar de ayuda una imagen elaborada por el influyente jurista hispano-argentino, Sebastián Soler, hace muchos años. Soler decía que la llegada de un nuevo artículo a una Constitución o a un Código (el pensaba en el Código Penal), podía verse como la caída de la hoja de un árbol sobre un lago. Al principio, ambos aparecen como dos cuerpos extraños, ajenos el uno al otro, pero luego las cosas empiezan a cambiar. La hoja cede parte de su firmeza, su textura se hace más suave, y poco a poco pasa a integrarse al lago, y sin desaparecer del todo, queda asociada físicamente con él.

Como suele ocurrir, la metáfora es más seductora que reveladora, pero al menos sugiere dos cuestiones interesantes, sobre las que puede valer la pena detenerse. En primer lugar, el relato de Soler señala que la introducción de nuevos elementos en la Constitución no suele ser inocua respecto de los distintos elementos en juego: ambas partes tienden a comenzar un paulatino diálogo de adecuación mutua, y ambas terminan siendo impactadas por el cambio. En segundo lugar, la historia muestra que son las partes nuevas incorporadas –sobre todo, cuando se trata de reformas parciales y aisladas– las que más tienden a "ceder," en ese encuentro, frente a las partes dominantes o ya establecidas.

Un criterio general, que podría proponerse como variable de análisis, sería el siguiente. Las modificaciones que se hacen sobre una parte de la Constitución suelen tener impacto sobre el resto de la Constitución. Típicamente, una reforma que se introduce en la parte orgánica de la Constitución genera repercusiones en la parte dogmática, y viceversa. Para reconocer de qué modo va a darse ese impacto, una buena aproximación puede partir de preguntas como las siguientes: ¿Cuál es la cláusula nueva, y cuál la vieja? ¿Se trata de una reforma maximalista (que viene a cambiar de cuajo la estructura constitucional existente) o minimalista (concentrada en algunos retoques sobre lo existente)? La sugerencia de Soler era que, en principio, lo nuevo es lo que más tiende a ceder, frente a lo que aparece como lo permanente, lo más viejo y abarcativo. En todo caso, lo que debe resultar claro es que sería un error ver la incorporación de nuevos artículos constitucionales como cláusulas que van a impactar (sólo, y si es que de algún modo) sobre la realidad externa, sin reconocer que tales reformas van a dirigirse de modo previo, y de forma tal vez más relevante, sobre el resto del entramado constitucional sobre el cual se incorpora.

El punto tiene algún interés, por caso, a la luz de muchas de las reformas introducidas en las Constituciones latinoamericanas en los últimos años. Dos ejemplos pueden ser apropiados para ilustrar

CyE03.indb 176 24/3/10 16:55:46

lo dicho. Según veremos, ambos ejemplos nos refieren a aproximaciones más bien miopes sobre los efectos que traen consigo las reformas, al interior de la propia estructura constitucional a la que se integran. En ocasiones, los reformadores y analistas no son conscientes del *impacto interno* de las reformas que se promueven; y en otros casos no son conscientes del modo en que la estructura constitucional existente y dominante puede terminar *absorbiendo* o diluyendo la reforma que se le introduce en los márgenes (*reformas diluidas*).

El primer ejemplo (referido a una cierta negligencia sobre el *impacto interno* de una reforma) se relaciona con una afirmación

La pregunta-objetivo planteada por los constituyentes bolivianos era [...] la marginación indígena.

que soliera hacer Carlos Nino, uno de los principales constitucionalistas latinoamericanos de las últimas décadas. Nino acostumbraba a resaltar el paradójico hecho según el cual, en las nuevas Convenciones Constituyentes (y luego de años de repudio al constitucionalismo), las fuerzas más progresistas y promayoritarias insistieran con la idea de expandir las listas de derechos incorporados en la Constitución. El punto de Nino –paralelo al que aquí estamos ofreciendo– era que, inadvertidamente, y de ese modo, tales agrupaciones reforzaban los poderes del Poder Judicial (encargado de velar por, y decidir el alcance de, esos derechos), es decir, del órgano más típicamente contramayoritario de la Constitución. En otros términos, ellos no advertían que con los cambios que proponían en la parte dogmática de la Constitución generaban, a su vez, cambios que impactaban también en la estructura de los poderes vigente. La misma se reforzaba entonces en su ya potente carácter contramayoritario. El punto de Nino conserva su sentido, más allá de que el impacto de aquellas reformas fuera más complejo del que él describiera provocadoramente.

El segundo ejemplo (relacionado con lo que llamara *reformas diluidas*) tiene que ver con los cambios que se han ido gestando sobre el hiperpresidencialismo latinoamericano. Muchas de las nuevas Constituciones, al menos las de los años noventa, se escribieron

CyE03.indb 177 24/3/10 16:55:46

bajo la invocada idea de reducir o moderar los poderes del presidente. Lamentablemente, en una mayoría de casos, ellas fallaron en sus promesas iniciales, o incumplieron las mismas. Peor aún, muchas de estas nuevas Constituciones parecieron escritas, fundamental sino exclusivamente, con el objetivo "urgente" de autorizar la reelección inmediata del presidente en ejercicio. Sin embargo, lo cierto es que no son pocos los constitucionalistas y doctrinarios que dudaron de estas afirmaciones, o las calificaron, para decir que en verdad Constituciones como las de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador o Venezuela, en parte aumentan pero en parte también moderan los poderes del presidente. Ello es así, por caso, a través de la inclusión de numerosas cláusulas que abren espacios para la participación popular (Hartlyn y Luna, 2009)[6]. Tales cláusulas –nos dicen– implican una transferencia de poder desde la Constitución hacia la sociedad. Por lo tanto –concluyen– cuanto más poder de control tiene la sociedad civil, menos poder tienen las autoridades del gobierno. El problema con este tipo de afirmaciones, sin embargo, parece obvio. Y es que la relación entre un "presidencialismo" que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino más bien contradictoria. Ocurre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa. Hacer ambas cosas al mismo tiempo (fortalecer al presidente/abrir espacios para más participación) suele resultar entonces una operación contradictoria, que conlleva el grave riesgo de que uno de los dos ideales u objetivos termine resultando opacado o directamente apagado. Conforme a las sugerencias exploradas anteriormente, es dable esperar que la vieja estructura presidencialista, ya sólida además de fortalecida por las nuevas reformas, corra con ventajas, entonces, por encima de las instituciones participativas más nuevas, jóvenes y sujetas a regulación por parte de las autoridades ya en el poder.

En definitiva, el hecho es que las reformas no se ponen de pie por sí solas, sino que requieren de la colaboración del resto de la Constitución, que se "activa" cada vez que una nueva cláusula resulta incorporada. Y allí –en el marco constitucional dominante– las nuevas reformas pueden encontrar ayuda, capaz de dotarlas de vida y fuerza; o trabas, capaces de dificultar o hacer imposible su crecimiento. En el contexto del constitucionalismo regional, es una mala

6 Ver, por ejemplo, las cláusulas referidas a la participación popular en la Argentina (artículo 39); Bolivia (artículo 240); Colombia (artículo 103); Ecuador (artículo 103); Venezuela (artículo 204), entre muchas otras.

CyE03.indb 178 24/3/10 16:55:46

noticia la que nos dice que la estructura constitucional frente a la que nos toca operar sienta las bases de presidencialismos históricamente hiperpoderosos.

Las largas listas de derechos y las "cláusulas dormidas"

En esta sección, quisiera introducir una reflexión que es particularmente pertinente en torno a una de las dos partes de la Constitución, la relacionada con los derechos. La atención especial sobre esta área se justifica, según entiendo, dado que uno de los aspectos más importantes y

¿Qué problema debería escoger el futuro constituyente latinoamericano, como problema-objetivo a atender a través de una eventual reforma de la Constitución?

criticados de las nuevas Constituciones (por ejemplo, las recientemente aprobadas en Ecuador y Bolivia, o la Constitución de Colombia de 1991, o la Argentina de 1994) es el de que ellas incluyen largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos). Las referencias a los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la comida saludable, los derechos de la naturaleza y un larguísimo etcétera, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos. Si uno mira a la muy austera Constitución de los Estados Unidos, que contiene 7 artículos (y una veintena de enmiendas), y la compara con los más de 400 artículos que uno encuentra en las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia, uno no puede sino sorprenderse. Muchos han hecho referencia, entonces, a las nuevas Constituciones latinoamericanas como "poéticas": Constituciones que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican[7].

7 Por ejemplo, la nueva Constitución de la Argentina dio jerarquía constitucional a numerosos tratados internacionales de derechos humanos, a través del artículo 75 inc. 22 (seguramente su principal novedad, en materia de introducción de nuevos derechos); además de prescribir expresamente otros no incorporados en su versión previa, como los relacionados con el medio ambiente, los consumidores,

CyE03.indb 179 24/3/10 16:55:46

La crítica se apoya en una base obviamente cierta, pero resulta –correspondería decir, contra lo que muchos afirman– exagerada y en buena medida errada. En efecto, y por un lado, dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente Argentina, estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en "pura poesía". Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al estatus constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos. Por ejemplo, grupos de indígenas y homosexuales, habitualmente maltratados en

el derecho a la información, etc. (ver, por caso, artículos 41 y 42). La Constitución de Bolivia incluye, entre otros, los derechos de los grupos sociales: niños, adolescentes, jóvenes (artículos 58 al 61), las familias (artículos 62 al 66), adultos mayores (artículos 67 a 69), personas con discapacidad (artículos 70 a 72), personas privadas de libertad (artículos 73 y 74), pueblos indígenas (artículos 30 a 32), usuarios y consumidores (artículos 75 y 76). También hace referencia a los derechos económicos, al medio ambiente (artículos 33 y 34), a la salud y seguridad social (artículos 35 a 45), al trabajo (artículos 46 a 55), a la propiedad (artículos 56 y 57), a los derechos sexuales y reproductivos (artículo 66), a la educación (artículos 77 a 90), las culturas (artículos 98 a 102), el deporte (artículos 104 y 105), y la comunicación (artículos 106 y 107). La Constitución de Brasil establece los principios de la actividad económica, de la política urbanística (artículos 182 y ss.), la agrícola (artículos 184 y ss.) y la financiera (artículo 192); a la vez que refiere a los derechos derivados del *orden social* (artículos 193 y ss.), la salud (artículos 196 y ss.), la previsión social (artículos 201 y 202), la educación (artículos 205 y ss.), la cultura (artículos 215 y 216), el deporte (artículo 217), la ciencia y tecnología (artículos 218 y 219), la comunicación social, el medio ambiente (artículo 225); y regula los derechos de la familia, el niño, el adolescente, los ancianos y los indios (artículos 226 y ss.). La Constitución de Colombia también incluye una larga lista de derechos, ordenada en derechos fundamentales (título II, capítulo 1); sociales, económicos y culturales (título II, capítulo 2); colectivos y del ambiente (título II capítulo 3); derechos de los habitantes y del territorio (título III); derechos de participación democrática y de los partidos políticos (título IV). La Constitución del Ecuador incluye una larga sección dedicada a los derechos (título II), que incluyen derechos del buen vivir (capítulo 2, referido a los derechos al agua y alimentación; al ambiente sano; a la comunicación e información; la cultura y ciencia; la educación; el hábitat y la vivienda; la salud; y el trabajo y la seguridad social); derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo 3, que incluye los de las personas adultas y mayores; los jóvenes; los de las mujeres embarazadas; los niños; los adolescentes; los discapacitados; las personas con enfermedades catastróficas; las personas privadas de libertad; los usuarios y consumidores); los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (capítulo 4); los de participación (capítulo 5); libertad (capítulo 6); y naturaleza (capítulo 7). La Constitución de Venezuela, por su parte, incluye un extenso apartado (título III), referido a los deberes, derechos humanos y garantías, y que incluye derechos de la nacionalidad y la ciudadanía (capítulo 2); derechos civiles (capítulo 3); derechos políticos y los referidos al referendo popular (capítulo 4); derechos sociales y de las familias (capítulo 5); derechos culturales y educativos (capítulo 6); derechos económicos (capítulo 7); derechos de los pueblos indígenas (capítulo 8); derechos ambientales (capítulo 9); y deberes (capítulo 10).

CyE03.indb 180 24/3/10 16:55:46

sus derechos fundamentales, han encontrado respaldo en estas Constituciones y litigado –en algunos casos importantes, al menos–, de modo exitoso, frente a los tribunales. Y ello, en buena medida, gracias a lo escrito en estas nuevas Constituciones.

Conviene repetirlo: nadie duda de que presenciamos una "inflación" de derechos, y que muchos de los derechos incorporados en las nuevas Constituciones serán de difícil o imposible satisfacción. Pero ello no nos debe llevar a descalificar automáticamente a la operación de expandir el apartado de los derechos propio de estos nuevos textos. Al respecto, el mencionado ejemplo de la espartana Constitución

A veces, los reformadores y analistas no son conscientes del impacto interno de las reformas que se promueven; y en otros casos no son conscientes del modo en que la estructura constitucional existente y dominante puede terminar absorbiendo o diluyendo la reforma.

de los Estados Unidos es interesante, y nos permite aprender algunas cuestiones de interés. En efecto, Constituciones austeras como la norteamericana –o, en Latinoamérica, la de Chile– vienen de la mano de una práctica (judicial, en particular) muy hostil frente a los derechos sociales, culturales o económicos, en general. Ocurre que, típicamente, cuando los jueces no encuentran respaldo escrito a esos derechos nuevos (cuando no ven escrita en la Constitución ninguna mención al derecho a la salud, o a los nuevos derechos indígenas), ellos tienden a actuar como si tales derechos no existieran en absoluto. Es decir, parece haber una alta correlación entre la "no inclusión de nuevos derechos", y el "no reconocimiento judicial de los nuevos derechos". Entiéndase bien: decir lo dicho no implica afirmar que, por incluir nuevos derechos en las nuevas Constituciones, esos derechos van a convertirse, mágicamente, en realidad. Lo que se afirma es lo opuesto, es decir, que la ausencia de tales derechos tiende a trabajar negativamente contra su posible, y por lo demás deseable, materialización.

Lo que parece estar en juego, en estos casos, es un fenómeno al que podríamos llamar el de las "cláusulas dormidas", que es un fenómeno finalmente saliente en la historia del liberalismo y los derechos. Ocurre que, desde sus comienzos, el liberalismo siempre defendió la adopción de listas de derechos expresadas en un lenguaje

CyE03.indb 181 24/3/10 16:55:46

universalista. Puede haber ocurrido que el liberalismo defendiera esas primeras listas de derechos a partir de una casi exclusiva preocupación por proteger los derechos de propiedad tal como existían entonces –derechos distribuidos de un modo absolutamente desigual–. Sin embargo, tal circunstancia no nos importa ahora, tanto como las consideraciones siguientes. Por un lado, se encuentra el hecho de que esas cláusulas fueron redactadas en un lenguaje universal (tal vez por la sola razón de dotar a las mismas de una aceptabilidad de la que, de otro modo, no hubieran ganado), y que tales invocaciones universales quedaron constitucionalmente "adormecidas" (tal vez porque el propósito con el que habían nacido era uno diferente al de "ponerse en marcha"). Sin embargo, y por otro lado, nos encontramos con que ese "adormecimiento" constitucional no implicaba la anulación o completa pérdida de sentido de aquello que una vez había sido escrito: nos interesó marcar que las cláusulas incorporadas habían quedado "adormecidas", más que anuladas. En la práctica, el texto constitucional seguía diciendo que todos los ciudadanos tenían derecho a la propiedad, a la expresión, a la vivienda o al trabajo, por más que tales reclamos aparecieran como ilusorios o utópicos. Podía ocurrir, entonces, que alguna persona del común invocara, alguna vez, alguno de los derechos escritos, "adormecidos", diciendo: "este derecho también habla para mí, y pretendo entonces que se haga efectivo". El texto explícito de la Constitución reconoce la legitimidad de ese reclamo que, eventualmente, entonces, puede ganar vigencia a partir de las acciones de algún funcionario público bien dispuesto. En ese caso, sorpresiva, subrepticiamente, una cláusula relegada o "adormecida" puede cobrar inesperada realidad, puede despertar de su letargo, un hecho que de ningún modo puede verse como una anomalía en el derecho, ya que es puro y directo producto de la incorporación explícita de ciertas cláusulas en un texto que se asume como plataforma social compartida.

Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrado, sobre todo) a mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para aquietar ciertos reclamos sociales; o sin mayor convencimiento; o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa–. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en Latinoamérica, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desperezarse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que

CyE03.indb 182 24/3/10 16:55:46

se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas. Hoy por hoy todavía estamos lejos de contar con Constituciones socialmente "activadas", "despiertas". Sin embargo, parece un hecho que –como ha ocurrido ya con otras cláusulas constitucionales– una sección entera de la Constitución, que parecía dormida, ha comenzado a desperezarse, y muestra voluntad de ponerse de pie, de ir incorporándose de a poco. Es difícil saber, todavía, si ello terminará ocurriendo y, en todo caso –y lo que es más relevante–, cuáles podrán ser las implicaciones que se sigan a partir de tal acontecimiento.

El ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa.

Los "trasplantes" constitucionales

La discusión sobre los "trasplantes" en materia jurídica –vinculada con la posibilidad de "injertar" en un cuerpo constitucional existente, instituciones "ajenas" al mismo– nos refiere a la posibilidad de mezclar o combinar concepciones constitucionales diferentes, y sugiere la presencia de tensiones significativas susceptibles de desatarse al momento de concretar el "injerto" o la "recepción" de las ideas o iniciativas "ajenas".

En alguna de sus variantes, el tema de los "trasplantes" ha sido objeto de una muy vasta reflexión teórica en los últimos tiempos. En todo caso, la discusión ha tendido a concentrarse básicamente en dos aspectos de la cuestión: la importación de instituciones o la recepción de decisiones judiciales provenientes de un país extranjero; y el valor mismo de tal tipo de operaciones[8]. En América Latina, la polémica sobre las instituciones "importadas" fue la más habitual en la materia, pero, cabría decirlo también, ella fue, desde un principio, una polémica muy poco atractiva. Ello es así, en parte, y por un lado,

8 Buenas discusiones sobre el "valor" de la importación pueden consultarse en *International Journal of Constitutional Law* (2003); Tushnet (1999: 1225); Ackerman (1997: 771); Kennedy (1997: 545); Rosenfeld (1998: 1609); Balkin y Levinson (1998: 963).

CyE03.indb 183 24/3/10 16:55:46

porque la importación de instituciones es inevitable: ¿qué institución latinoamericana no deriva, en mayor o menos medida, de una institución extranjera? Pero, por otro lado, y sobre todo, porque dicha discusión –que tuvo una extraordinaria relevancia política– aparecía cargada de hipocresía. Para tomar un caso relevante, podríamos decir que Bolívar repudiaba, como tantos, la fascinación de sus opositores con las "máximas exageradas de los derechos del hombre" –máximas a las que descalificaba por ser importadas de Francia (Bolívar, 1976: 12)–. Sin embargo, su reivindicación de lo local no llegaba demasiado lejos: todos los proyectos constitucionales bolivarianos se basaron ya sea en el constitucionalismo conservador inglés, ya sea en el constitucionalismo autoritario napoléonico. De modo similar, Miguel Antonio Caro, y Ospina Rodríguez, en Colombia, repudiaban también la importación de ideas francesas, en nombre de lo nacional. Sin embargo, sus reivindicaciones de lo local aparecían apoyadas en el hispanismo reaccionario y católico. En definitiva, se trataba de una disputa menos teórica que de política coyuntural, destinada a descalificar a –antes que discutir con– la propuesta del adversario.

Dicho lo anterior, sin embargo, correspondería agregar que hay al menos una versión de la discusión sobre los "trasplantes" e "injertos" que sí muestra atractivo, para pensar sobre las potencias y límites del constitucionalismo regional. Esta discusión parte de la siguiente hipótesis general. Con independencia de su lugar de proveniencia, algunos injertos tienden a ser inocuos y otros no, dependiendo de los lazos de parentesco (los "vínculos genéticos") existentes entre el material que se injerta –las instituciones injertadas– y el "cuerpo" constitucional que las recibe[9].

9 Por ejemplo, hacia finales del siglo XX, Latinoamérica se vio recorrida por multiplicidad de iniciativas de reforma jurídica, financiadas por importantes agencias internacionales, y destinadas fundamentalmente a servir a las demandas de intervencionistas preocupados por la falta de seguridad jurídica en la región (Thome, 2000: 691). Dichas reformas fueron más o menos exitosas, pero en ningún caso podría decirse que generaron tensiones o disrupciones en los "cuerpos receptores" –ellas de ningún modo amenazaron o pusieron en crisis a la estructura jurídica vigente–. La introducción de Consejos de la Magistratura, por ejemplo, redundó en ocasiones en formas de nombramiento judicial indudablemente más transparentes. Y aunque son múltiples las críticas que merece hacerse sobre la institución, múltiples los obstáculos que se encontraron para poner la institución en marcha, y múltiples las "disfuncionalidades" que todavía hoy pueden reconocerse en las acciones de este nuevo organismo, parece evidente que la institución pudo funcionar sin grandes inconvenientes, y cumplir con varios de los limitados objetivos que habían sido propuestos en los orígenes de la misma. El ejemplo resulta de interés porque desafía nuevamente las injustificadas críticas que podían hacer los enemigos de la "importación" de instituciones, en nombre de la "identidad" local, y reafirma que el problema no está en la importación de

CyE03.indb 184 24/3/10 16:55:46

Para no convertir a la anterior en una afirmación tautológica, podemos pensar en una situación como la siguiente. Si es cierto, como he intentado demostrar en otro lugar, que en Latinoamérica se enfrentaron al menos tres proyectos constitucionales muy distintos –uno conservador (políticamente elitista y moralmente perfeccionista); otro liberal (antiestatista, defensor de los "frenos y contrapesos" y la neutralidad moral); y otro radical (mayoritarista en política, populista en términos de moralidad)–; luego, es dable esperar que muchas de las "cruzas" imaginables entre unos y otros proyectos estuvieran destinadas al fracaso, o exigieran el desplazamiento de uno de los proyectos en nombre del otro (Gargarella, 2008). Liberales y conservadores, por caso, lograron pactar y colaborar en la redacción de las nuevas Constituciones de mediados del siglo XIX, gracias al enorme espacio de coincidencias existente entre ambos proyectos. En efecto, ambos repudiaban el mayoritarismo político; ambos proponían una defensa firme del derecho de propiedad; ambos coincidieron sin mayores dificultades en la implementación de políticas económicas antiestatistas. Sin embargo, tuvieron que limar largamente sus diferencias en todo lo relacionado con la religión. Convenciones constituyentes enteras, como la Argentina de 1853, estuvieron dedicadas casi exclusivamente a ello.

El caso más interesante al respecto, sin embargo, se refiere a los vínculos –y sobre todo, a las tensiones existentes– entre el constitucionalismo liberal (o liberal-conservador, después de 1850), y el constitucionalismo más radical. Esta última versión del constitucionalismo fue la que resultó desplazada de las discusiones constitucionales del siglo XIX, lo que implicó que las Constituciones de entonces quedaran moldeadas a partir de reflexiones que eran ajenas al proyecto rousseauniano. Notablemente, sin embargo, casi todas las Constituciones latinoamericanas resultaron modificadas, en la *primera oleada* del reformismo constitucional aparecida en el siglo XX, a los fines de incorporar instituciones que eran propias del modelo constitucional antes desplazado –en particular, derechos sociales: derechos de los trabajadores; respaldo a las organizaciones sindicales; protecciones para los más pobres–[10]. El problema planteado por dichos "injertos",

instituciones, sino en la importación de *ciertas* instituciones, en la medida en que no se tomen serios recaudos.

10 La primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años treinta, y puede ser considerada como la respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social –una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo–. Estas

CyE03.indb 185 24/3/10 16:55:46

sin embargo, resultaba uno de gravedad, dado que el constitucionalismo radical se apoyaba, en su reivindicación de los derechos de los más vulnerables, en un entramado institucional más bien opuesto al que el liberalismo-conservador era capaz de ofrecer. El proyecto radical, en efecto, suponía para su vigencia la existencia de una diversidad de instituciones y prácticas que podían incluir, por caso, a la activa participación política de la comunidad, el mayoritarismo político, el "cultivo" de la virtud, etc. Ausentes todas estas condiciones, luego, no extraña que nos enfrentemos a lo que parece haber sido, al menos durante largas décadas, el caso de un "trasplante" constitucional fallido[11]. El "cuerpo receptor", genéticamente asociado al proyecto liberal-conservador, se encontraba bien preparado para obstaculizar la "importación" de aquellos cuerpos extraños, que pasaban a quedar en manos de jueces y tribunales. Esperablemente, estos últimos no reconocieron el sentido de los derechos nuevos, a los que sistemáticamente pasaron a describir como derechos programáticos o de segunda categoría[12].

Una historia similar puede contarse en relación con la introducción de cláusulas participativas, sobre todo en la *segunda oleada* importante de reformas constitucionales, en el siglo XX[13]. Para simplificar una historia larga: i) si mecanismos "promotores de la participación cívica", como los del plebiscito y el referéndum, pueden socavar la autoridad de los Parlamentos actualmente existentes, y ii) son estos,

reformas constitucionales se concentraron a mediados del siglo XX pero tuvieron su origen a comienzos de siglo, primero, con la sanción de la Constitución de México (dictada luego de la Revolución), en 1917; y luego, con la Constitución de la República de Weimar, en 1919. Esta era la época, además, de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, y del paulatino crecimiento del llamado Estado de Bienestar y de la visión económica keynesiana. Las Constituciones americanas que primero incorporaron este tipo de reclamos sociales fueron –junto con la de México, en 1917– las de Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Ecuador en 1945; Argentina en 1949; y Costa Rica también en 1949, entre otras.

11 Aunque hablaremos, más luego, sobre la lenta recepción de aquellas instituciones de origen radical.

12 ¿Es que podía esperarse de los jueces, sobre todo, una sensibilidad especial hacia los intereses de los más desaventajados, dada la distancia –geográfica, económica, social– que los separa de aquellos, y los estrechos vínculos que desarrollan con los sectores más poderosos de la sociedad? Jueces y doctrinarios, por su parte, crearon categorías especiales para, directamente, desactivar y quitar toda vida a aquellas reformas, hasta asegurar su ingreso en el cajón de los descartes. Pero ¿son sorprendentes, acaso, este tipo de resultados? ¿Podía esperarse otra reacción de la justicia –con miembros elegidos como son elegidos, y dotados de la estabilidad de la que están dotados, y caracterizados por la homogeneidad de origen que los caracteriza–?

13 A partir de esta segunda oleada, hubo reformas en Ecuador, en 1978; en Chile y Brasil, en 1989; en Colombia, en 1991; en Paraguay, en 1992; en Perú y Bolivia, en 1993; en la Argentina, Guatemala y Nicaragua, en 1994.

CyE03.indb 186 24/3/10 16:55:46

a su vez, los que quedan a cargo, constitucionalmente, de la definición o promoción de aquellos mecanismos participativos, entonces no hay muchas esperanzas que abrigar acerca de la suerte que van a correr, en lo inmediato, aquellas cláusulas.

En conclusión, no se pretende sostener aquí que, ocasionalmente, algunos jueces o grupo de jueces, como los miembros de alguna legislatura particular, no puedan identificarse con los más desaventajados, o trabajar para hacer realidad las promesas de participación escritas por los constituyentes. Lo que se afirma es que la implementación efectiva de aquellos mecanismos y aquellos derechos (vinculados con un modelo constitucional radical) requiere de un entramado social e institucional peculiar, que habitualmente no se busca recrear o favorecer (pero que aquel modelo constitucional presuponía como indispensable para darle sentido y operatividad al mismo).

En suma, y por el momento, señalaría que las nuevas Constituciones son instrumentos más complejos de lo que parecen. Ellas merecen ser estudiadas con atención, antes que ser simplemente rechazadas o ridiculizadas. Contra lo que muchos piensan, ellas han representado una condición importante para el mejoramiento de la vida de muchos individuos y grupos, aunque todavía encierren fuertes tensiones y defectos sobre los cuales es necesario seguir trabajando y reflexionando.

Bibliografía

Ackerman, B. 1997 "The rise of world constitutionalism" en *Virginia Law Review*, Vol. 83.

Alberdi, J.B. 1920 *Obras Selectas* (Buenos Aires: Librería La Facultad, Universidad Nacional del Litoral). Edición ordenada y revisada por J.V. González.

Balkin J. y Levinson, S. 1998 "The canons of constitutional law" en *Harvard Law Review*, Vol. 111.

Bolívar, S. 1976 *Doctrina del Libertador* (Caracas: Biblioteca Ayacucho).

Gargarella, R. 2008 *Los fundamentos legales de la desigualdad* (Siglo XXI: Madrid).

Hartlyn, J. y Luna, J.P. 2009 "Constitutional reform in contemporary Latin America: a framework for analysis", Ponencia presentada en LASA, junio.

International Journal of Constitutional Law 2003 (Oxford University Press) Vol. 1, Nº 2.

Kennedy, D. 1997 "New approaches to comparative law" en *Utah Law Review*, Vol. 2, Nº 4.

Linz, J. y Valenzuela, A. 1994 *The failure of presidential democracy* (Baltimore: John Hopkins University Press).

Nino, C. 1992 *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea).

Riggs, F. 1987 "El presidencialismo en los Estados Unidos" en Nino, C. (ed.) *Presidencialismo vs. Parlamentarismo* (Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia).

Rosenfeld, M. 1998 "Justices at work" en *Cardozo Law Review*, Vol. 18.

CyE03.indb 187 24/3/10 16:55:47

Thome, J. 2000 "Heading South but looking North: globalization and law reform in Latin America" en *Wisconsin Law Review*, Special Issue.

Tushnet, M. 1999 "The possibilities of comparative constitutional law" en *Yale Law Journal*, Vol. 108.

CyE03.indb 188 24/3/10 16:55:47