

Reconstruyendo el constitucionalismo americano. El problema de la “disonancia democrática”

Roberto Gargarella

Introducción

Este trabajo vuelve sobre el problema central del constitucionalismo, referido a las tensiones que existen entre el ideal del constitucionalismo y el ideal democrático. La discusión sobre el tema ya lleva demasiados años sobre sus espaldas. Quisiera, por un lado, actualizar ese debate; y por otro mostrar las implicaciones del mismo en la práctica, tomando el ejemplo del constitucionalismo americano. En este sentido, mi trabajo se encontrará apoyado en una larga serie de estudios que he hecho en la materia, y me ayudará a repensar y -esperablemente- a llevar más allá a tales escritos.

La idea fundamental que recorre a este trabajo es simple, y quisiera exponerla abiertamente desde un comienzo –primero, de una forma muy cruda, y luego, de modos más detallados. En su forma más cruda, la idea dice lo siguiente: una mayoría de nuestras constituciones fueron moldeadas conforme a un paradigma hostil al ideal del auto-gobierno, razón por la cual nuestras Constituciones quedaron repletas de cláusulas e instituciones “limitadoras” o “incapacitadoras” del auto-gobierno colectivo. Ocurre, sin embargo, que hoy vivimos bajo un paradigma fuertemente democrático; lo cual genera una situación de *disonancia*: tenemos expectativas y demandas que nuestra organización institucional no ayuda a satisfacer, sino que por el contrario habitualmente frustran.¹ Hablaré, por tanto, de una situación de *disonancia democrática*.

Para dar un poco más de carnadura a la introducción anterior, la expresaría en tres breves pasos. Primero: desde su nacimiento, a fines del siglo XVIII, el constitucionalismo –americano, que es el tipo de constitucionalismo del que me voy a ocupar- apareció inscripto dentro de un paradigma de pensamiento que era el típico de la época, y que obviamente tenía que ver con una visión muy hostil a la democracia o, en el mejor de los casos, con una visión muy estrecha de la democracia. Cuando se hablaba de democracia, entonces, se pensaba a la misma en relación con la democracia directa griega, a la que se consideraba fuente de graves males sociales: violencia, violación de derechos, etc.²

Segundo: las Constituciones que se crearon en la época (la Constitución de los Estados Unidos en 1787; y una mayoría de Constituciones Latinoamericanas, desde comienzos del siglo XIX) reflejaron, como era esperable, ese tipo de presupuestos elitistas, que quedaron plasmados, más o menos directamente, a lo largo de toda la Constitución.

¹ Ver, por ejemplo, el libro de Robert Dahl, *How democratic is the American Constitution*, en donde el autor se pregunta “cuánto es que nuestro sistema constitucional satisface los estándares democráticos propios de este momento?” Se interroga además: “si nuestra constitución es en ciertos modos relevantes defectuosa desde un punto de vista democrático, deberíamos entonces cambiarla, y cómo? (Dahl 2003, 3-4). Seemingly, Sanford Levinson, escribiendo sobre la Constitución norteamericana, sostuvo que: “la Constitución es insuficientemente democrática, en un país que profesa creer en la democracia, y además significativamente disfuncional, en terminus de la calidad de gobierno que recibimos...[es] una creación humana abierta a crítica y también al rechazo ” (Levinson 2008, 9).

² Así, por ejemplo, a lo largo de las páginas de *El Federalista* n.10. en donde Madison habló de tales democracias diciendo que ellas “han dado siempre un espectáculo de turbulencia...incompatible con la seguridad personal y los derechos de propiedad”.

Tercero: el paradigma aristocrático o elitista que fuera dominante en el “momento fundacional” del constitucionalismo americano (digamos, entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX), comenzó a resquebrajarse a mediados del siglo XIX.³ Desde entonces a la actualidad, en América como en Europa, la ruptura del viejo orden fue seguida por crecientes demandas democratizadoras, que hoy se encuentran en un punto culminante. Podríamos decir que vivimos en una época marcada por el *hecho de la democracia*.⁴ Quiero decir: tenemos una asentada y extendida convicción de que nos corresponde el derecho a intervenir en la decisión sobre aquellos asuntos públicos que de modo directo nos conciernen. El problema es, sin embargo, que nuestras viejas o renovadas Constituciones no han sabido tomar nota del “hecho de la democracia,” y siguen estando muy marcadas por aquellos viejos rasgos elitistas que las marcaron en un comienzo. Esta situación, según entiendo, genera una “disonancia democrática” profunda, y amplios niveles de di-satisfacción con el estado de cosas dominante, en términos políticos, legales y constitucionales.⁵

En lo que sigue, no voy a ocuparme de dar apoyo a este tercer reclamo, referido al “hecho de la democracia,” que daré por supuesto. Haré algunas referencias, en cambio, al modo en que el sistema constitucional quedó moldeado por supuestos de tipo aristocrático, o en tensión con básicos ideales democráticos; y dedicaré especial atención a mostrar los remanentes (llamémoslos así) anti-democráticos que persisten dentro de dicho esquema. Como en trabajos anteriores, tendré en mente, al hablar de “democracia,” una noción bastante robusta de la misma, ligada con lo que a veces se denomina una concepción “dialógica,” “conversacional” o “deliberativa”, de la misma. Sin embargo, lo cierto es que, para los propósitos de este trabajo, me bastará con mucho menos, esto es decir, con presuponer o tomar en cuenta una noción modesta y de sentido común de la misma. Esta versión “modesta” de la democracia, que es susceptible de lecturas más o menos exigentes de la misma, parte de la idea de que somos individuos moralmente iguales, y afirma que los asuntos públicos o de interés común deben ser discutidos y decididos colectivamente, esto es, quedar sujetos, en última instancia, a la regla de la mayoría.

En la próxima sección, y antes de adentrarme en el cuerpo central de mi trabajo, quisiera señalar de qué modo la discusión que voy a llevar adelante, pretende terciar en los

³ Las así llamadas “revoluciones democráticas” de 1848, en Europa, simbolizaron, de algún modo, ese punto de quiebre, que se fue profundizando a lo largo de todo el siglo, con crecientes demandas de participación democrática (expresadas, de modo particular, en demandas favorables a la expansión del sufragio). En América Latina, la ruptura del viejo “orden colonial”, a comienzos del siglo XIX, terminó por expresar regionalmente ese estallido democrático que había ocurrido en Europa en 1848 (Halperín Donghi 2007).

⁴ En sentido similar, pero diferente de un modo importante también, algunos han hablado del “hecho del pluralismo” como marca de la época (Rawls 1991), y otros, en el mismo sentido, han hablado del “hecho del desacuerdo” (Waldron 1999). Creo que una mejor descripción de lo que es propio del tiempo tiene que ver, no tanto con los niveles de diversidad o desacuerdos existentes, sino con el derecho a participar en la decisión de tales asuntos sobre los que desacordamos.

⁵Sólo para citar un apoyo a esta afirmación, que derivo del conocimiento que puedo tener de la práctica política regional, mencionaría al Reporte del Latinobarómetro 2017, según el cual: “El declive de la democracia se acentúa en 2017, con bajas sistemáticas del apoyo y la satisfacción de la democracia, así como de la percepción de que se gobierna para unos pocos. El informe da cuenta de múltiples indicadores que también confirman la baja. Los gobiernos sufren la misma suerte, cada año los latinoamericanos los aprueban menos. “ <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

tradicionales debates en torno a la tensión entre constitucionalismo y democracia; y la justificación (o no) de las “reglas incapacitadoras”.

La permanencia de las reglas “incapacitadoras”

En uno de los escritos más importantes que se han discutido en el área, el profesor Stephen Holmes distingue entre *reglas regulativas* y *reglas constitutivas*, que podemos tomar como punto de partida. Las reglas regulativas (del tipo “no fumar”) definen el contenido de actividades preexistentes: las constitutivas (del tipo “los alfiles mueven en diagonal”), tornan posible una práctica por primera vez (Holmes 1993, 227). La Constitución establece, típicamente, las reglas constitutivas para el “juego” referido a la vida en común y el autogobierno colectivo. Dichas reglas pueden ser clasificadas, en principio, como “capacitadoras” e “incapacitadoras” (*enabling* y *disabling*). Dicha clasificación tiene sentido, en particular, a la luz de una larga discusión impulsada en su momento por (llamémosle así) sectores radical-democráticos que objetaron tradicionalmente al constitucionalismo (o, más precisamente, a ciertas formas del constitucionalismo), al que vieron como responsable de limitar inaceptablemente las razonables apetencias de autogobierno de las nuevas sociedades. Holmes, en su trabajo, alude a esta línea de pensamiento vinculándola con el pensamiento de autores como Thomas Paine –y su defensa del “consentimiento de los que están vivos” – o Thomas Jefferson –y la idea de que “cada generación” es “independiente” de la que la precede, y por tanto no debe ser limitada por ella (ibid., 200, 205). Contra dicha crítica de raíz democrática al constitucionalismo, autores como Holmes, y antes que él, de modo notable, Jon Elster, presentaron una defensa importante del constitucionalismo, capaz de sortear aquella línea de objeciones. Para ellos, no es cierto que todos los límites esclavizan o conllevan una pérdida de la libertad -del mismo modo en que el “atarse las manos al mástil”, de Ulises frente al canto de las sirenas, no merece leerse como un modo de “perder libertad.”⁶ Hay límites que “liberan” o “capacitan”. En este sentido, las Constituciones pueden –y merecen- ser vistas fundamentalmente como estableciendo reglas “capacitadoras” del autogobierno. Reglas constitutivas como la que garantiza la libertad de expresión, o impide que la oposición sea perseguida de modo injusto, deben ser vistas como limitaciones o reglas “capacitadoras”, antes que como límites destinados a provocar la pérdida de libertad de las generaciones futuras.

La argumentación destinada a presentar a la Constitución, fundamentalmente, como un conjunto de reglas capacitadoras, ganó mucha consideración académica.⁷ Sin embargo, en este escrito quisiera volver a insistir sobre el argumento democrático. Ello, no para negar la posibilidad de que haya “límites que liberan”, o para desmentir que la Constitución pueda tener reglas o tenga que favorecen el autogobierno. Más bien, me interesa sostener que de las Constituciones generan también el riesgo de que unos pocos establezcan límites sobre la mayoría, mientras que ellos (sus creadores) mantenían sus propias manos “desatadas” (éste fue, en esencia, el contra-argumento que el propio Elster presentó contra su argumentación original en defensa de la “Constitución como precompromiso”, Elster 2000). Lo que sostengo al respecto es que las limitaciones -llamémoslas así, anti-democráticas- construidas al interior de la Constitución, quedaron instaladas dentro de la misma. Me interesa decir que, a pesar de los numerosos cambios formales (reformas constitucionales) e informales (i.e., cambios interpretativos) que impactaron sobre la Constitución, tales inactivos rasgos han permanecido básicamente

⁶ Ver, por ejemplo, Elster 1979, y en general Elster & Slagstad, eds., 1993.

⁷ Sin embargo, notablemente, ver Elster 2000, auto-criticando su argumento original al respecto.

intocados. En otros términos, los cambios implementados en materia constitucional fueron significativos pero, en todos los casos, y en lo relevante, ellos mantuvieron intocada la organización del poder constitucional –la que he denominado “la sala de máquinas de la Constitución”. Como corolario, nos encontramos hoy con que la “explosión democrática” extraordinaria que se vivencia en la época (expresada en lo que llamé “el hecho de la democracia”) nos encuentra con un entramado constitucional limitativo en extremo, generando esta situación de “disonancia democrática” en la que hoy vivimos.

Constitucionalismo en las Américas: dificultades heredadas

Según diré, el principal problema que heredamos del viejo constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, tiene que ver con el sesgo anti-democrático o contra-mayoritario del mismo, que quedaría incorporado en cada una de las principales piezas del esquema constitucional. En efecto, todavía hoy, el carácter contra-mayoritario del sistema institucional se expresa de modos diversos dentro de la organización constitucional. Me interesará subrayar, entonces, la permanencia y relevancia de las "reglas incapacitadoras" que permanecen en nuestro ordenamiento. En lo que sigue, y luego de algunas consideraciones generales sobre el “carácter contra-mayoritario” del constitucionalismo regional, me concentraré en el análisis de algunas de las siguientes cuestiones: i) la representación como separación; ii) la preferencia por los controles internos antes que externos o populares; iii) el sistema de “frenos y contrapesos” entendido como sistema destinado a canalizar el conflicto; y iv) la cuestión referida a los jueces como custodios de “derechos naturales”. Luego, me referiré a dos graves problemas adicionales, más propios o típicos del constitucionalismo latinoamericano: v) la cuestión del hiper-presidencialismo; y vi) problemas relacionados con lo que llamaré “Constituciones disociadas.”

La creación de un sistema contra-mayoritario

El modo en que el constitucionalismo americano organizó a la función judicial ha dado lugar a recurrentes y conocidas críticas, que Alexander Bickel plasmó bajo la idea de la “dificultad contramayoritaria”.⁸ En esta sección procuraré fundamentalmente subrayar dos temas. En primer lugar, afirmaré que el problema en cuestión trasciende largamente a una “dificultad” que afecta al área judicial. Se trata, más bien, de un rasgo de identidad que define al modelo constitucional adoptado. En segundo lugar, señalaré que el problema en cuestión tiene que ver con un modo intractivo de pensar la democracia, heredado de una tradición política y filosóficamente elitista.

Sobre el primer punto, comenzaría suscribiendo un juicio hecho por Roberto Mangabeira Unger, quien resumió adecuadamente esta visión, al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” está dado por su “disconformidad con la democracia” –una disconformidad que se expresa, según él, y sobre todo, en una “*la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios* (Unger 1996, 72, 198, énfasis añadido). Jack Balkin también exploró esta peculiar “sensibilidad anti-popular,” que reconoce como propia de las elites jurídicas dominantes (Balkin 1995, 1951).

⁸ Decía Bickel: “Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o un decreto ejecutivo, ella tuerce la voluntad del pueblo del aquí y ahora; ejerce su control no a favor de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella” (Bickel 1967, 16-17).

El punto es relevante, según entiendo, porque acostumbramos a centrar nuestra atención en “la dificultad contramayoritaria” como dificultad constreñida a la esfera judicial, cuando se trata de un problema que la trasciende obviamente. Hablo de un rasgo que define a todo el sistema institucional, y que tiene que ver con una actitud de *desconfianza democrática* –desconfianza en relación con las capacidades de la ciudadanía para tomar a cargo la decisión de sus propios asuntos- distintiva de la dirigencia que quedó a cargo del diseño de los sistemas constitucionales americanos. Se trata, en definitiva, de que el modelo constitucional que se convirtió en dominante en toda América resultó apoyado en una concepción elitista que, según diré, aparece en tensión con la concepción democrática que parece más difundida entre la ciudadanía, en la actualidad -una concepción hoy asociada a prácticas y convicciones extendidas.⁹ Por entonces, y como sostuviera Robert Dahl -tal vez uno de los mejores analistas de la época- el constitucionalismo no manifestó, en sus orígenes, “mayor ansiedad sobre los peligros que podían surgir de la tiranía de la minoría, pero mostró un enorme temor, en comparación, frente al riesgo de la tiranía de la mayoría” (Dahl 1956, 9).

En América Latina, esa lectura de la “desconfianza” tendió a primar en las clases dirigentes regionales, a mediados del siglo XIX. La idea conforme a la cual la sociedad no estaba preparada, ni interesada, en ejercer sus libertades políticas, era propia del pensamiento de toda esa generación de dirigentes latinoamericanos. El historiador Natalio Botana describió dicho pensamiento como el tránsito “*de la soberanía del pueblo a la soberanía de la razón*” (Botana 1996). En otros términos: la dirigencia de la época coincidía en desafiar la visión más democratizadora –Rousseauiana- que había primado en el tiempo de la revolución (la de la “soberanía del pueblo”), para afirmar que era la hora de la “soberanía de la razón”, esto es, la hora de un gobierno a cargo de minorías bien preparadas.¹⁰

Concluiría esta sección introductoria subrayando dos puntos, en torno a lo dicho. En primer lugar, dicha concepción estrecha sobre la democracia es la que –a través de dirigentes como los señalados- tendió a primar dentro de las Convenciones

⁹ Esa visión de desconfianza democrática, fue identificada por Carlos Nino como (una modalidad del) “elitismo epistémico”. Se trata del tipo de “elitismo político” que Morton White considerara distintivo del pensamiento de los “padres fundadores,” en el momento decisivo de la creación constitucional norteamericana, y característico –en particular- de los trabajos presentes en *El Federalista* –la principal y más influyente pieza ideológica en la fundamentación de dicho esquema constitucional (White 1987, 213). En buena medida, podría decirse, ése es el hilo que finalmente recorre y une a toda la estructura constitucional elaborada por la Convención Federal de 1787. Procuré dar apoyo textual e histórico a estos dichos en Gargarella (2010).

¹⁰ Tal como lo expresara Esteban Echeverría en su obra más conocida –el *Dogma Socialista*: “la razón colectiva sólo es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad es ciega, caprichosa, irracional.” (Echeverría 1915, 185-86). Esta línea de pensamiento fue común en América Latina del siglo XIX. Mencionaría, en tal sentido, al venezolano Andrés Bello, tal vez la figura jurídica más influyente en Chile, y una de las más importantes de la región. Responsable intelectual del Código Civil Chileno, pero también de la decisiva Constitución de Chile de 1833 (objeto de admiración en toda América Latina), él sostuvo, en uno de sus escritos más conocidos: “los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades... Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que .. se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes” (Jaksic 2001, 212). De manera similar se manifestaría, en Colombia, el liberal José María Samper, una de los dos grandes intelectuales –junto con Miguel Antonio Caro- detrás de la Constitución de 1886, reivindicaba la nueva Constitución de su país, a pesar de las limitaciones de derechos que ella imponía (ver, por ejemplo, Valencia Villa 1992, 154-5).

Constituyentes celebradas en esa segunda mitad del siglo. En segundo lugar, y a resultas de lo expresado, llamaría la atención sobre el hecho de que tal paradigma fue el que definió –desde entonces y hasta hoy– el perfil de la parte medular de nuestras constituciones, esto es decir, la que refiere a los modos en que se organiza el poder. En las próximas secciones, vamos a reconocer el impacto de este tipo de supuestos, en la construcción de todo el esquema constitucional latinoamericano.

Representación como separación

En América Latina, como en buena parte del mundo occidental, se reprodujeron, desde el tiempo de la independencia, las discusiones que se habían dado en el mundo anglosajón en torno al carácter de los representantes. Tales discusiones encuentran un primer y crucial punto de referencia en los debates de Bristol de 1774, entre el conservador Edmund Burke y el radical Henry Cruger, acerca del vínculo que debía existir entre electores y elegidos una vez terminado el comicio. Ellos se preguntaron: Es que el representante debía seguir estrictamente el “mandato” particular de sus electores –lo que podía implicar que él quedaba sujeto a “instrucciones obligatorias” y “revocatoria de mandatos”; o es que debía independizarse de aquellos, y pasar a servir los intereses generales de la Nación (antes que a los intereses fraccionales de quienes lo habían escogido)?

En el ámbito americano, la opción por un sistema representativo, entendido este como como un sistema en tensión con la democracia, fue clara desde un comienzo. Dicha opción fue expresada como nadie por James Madison, en su artículo más importante –*El Federalista* n. 10– en donde marcó las grandes diferencias que separaban al sistema democrático del republicano (así se refirió al sistema representativo). Sostuvo entonces que en los regímenes representativos, “la voz pública” era “refinada y expandida” a través de un “cuerpo escogido de representantes, cuya sabiduría puede conocer mejor el verdadero interés del país, y cuyo patriotismo y amor por la justicia no va a ser sacrificado por consideraciones ocasionales.” Bajo dicho esquema, agregó Madison –en lo que sería una línea fundamental de su escrito– “es muy probable que la voz pública, pronunciada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien común, que si la hubiera pronunciado el pueblo mismo, convocado para ese fin.” La idea allí suscripta, y que Madison contrapuso a la idea “democrática,” no fue solamente la de un sistema representativo, a secas, sino la de un sistema representativo entendido de un modo particular, en donde la representación era vista como una “primera opción” –esto es, de modo contrario a como la podía verla toda la tradición radical-democrática, identificada con autores como Paine o Jefferson, y que pensaba a la representación como un “mal necesario” o un “segundo mejor”. Para quienes entendían a la representación como “mal necesario,” el sistema representativo se aceptaba dada la imposibilidad práctica de la primera opción, de democracia directa. Y ello significaba, a la vez, que toda oportunidad de volver a la democracia directa, o de apelar a ella, debía ser, en principio, bienvenida. Para la tradición “trionfante,” en cambio (la de la representación como “primera opción”), la conclusión era otra: ni aún en los casos o modos en que fuera posible, resultaba atractiva o merecía favorecerse la democracia directa.

En América Latina, como en otras regiones, la posición que terminó por prevalecer en materia de representación fue la que en Bristol defendiera Edmund Burke; y la que quedaría incorporada en el constitucionalismo de los Estados Unidos. La Constitución chilena de 1823, por ejemplo, dejaba en claro que la soberanía no residía en el pueblo,

sino en sus representantes. En su artículo 3 expresaba: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y el ejercicio de ella en sus representantes.” De modo todavía más extremo, el artículo 22 de la Constitución Argentina, vigente desde 1853, sostiene que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.” Se trata de un artículo que –de forma no sorpresiva- se usó y sigue siendo usado como base textual para criminalizar protestas pacíficas en las calles.¹¹

Conviene advertir que los críticos de la “separación” no pretendían negar las dificultades propias del autogobierno colectivo, ni ser ciegos a los obvios riesgos derivados del establecimiento de vínculos muy estrechos entre representantes y representados. Tales riesgos habían sido bien descriptos por Burke en su debate de Bristol: representantes que no piensan más por su cuenta; representantes que quedan sometidos a la voluntad de una facción e indispuestos a cambiar por mejores ideas expuestas en nombre del interés general; representantes que se convierten en meros “muñecos parlantes” de sus representados. Lo que a estos críticos les interesó, sobre todo, fue dejar en evidencia los obvios riesgos que conllevaban las posturas alternativas, y desde entonces dominantes. Me refiero a los riesgos previsibles derivados de las posiciones conservadoras prevalecientes en materia de representación: los representantes –previsiblemente- iban a inclinarse a actuar conforme a sus propios intereses; los representantes iban a coaligarse con sus pares y actúan como clase con intereses propios; los representantes, simplemente, iban a desvincularse de sus electores, y así iban a dejar de reconocer y entender los intereses de sus electores, a quienes habían prometido seguir y servir.

Quienes propiciamos sistemas institucionales más democráticos, rechazamos algunos supuestos que parecen claves en el tipo de organizaciones constitucionales aquí expuestas. Contra la tradición elitista avanzada por Burke, sostenemos que la deliberación de unos pocos no basta, para favorecer la toma de decisiones democráticas e imparciales. La propuesta burkeana era capaz de reconocer apropiadamente el valor de la deliberación –deliberación como modo de cambiar de idea, si la propia se confrontaba con una idea mejor-; a la vez que queda ciega frente al valor de la inclusión –el valor del debate *colectivo*. Y lo cierto es que la deliberación limitada a unos pocos maximiza el riesgo de no reconocer o no sopesar debidamente las legítimas aspiraciones de una mayoría de la sociedad. Lo dicho no implica valorar, contrariamente, la participación sin la posibilidad de informarse y/o debatir debidamente. Debe ser posible un proceso de toma de decisiones que resulte, a la vez, inclusivo, informado y basado en el diálogo y acuerdo entre sus miembros. En todo caso, el punto del análisis es más limitado: se trata de mostrar de qué modo la tradición representativa que es propia de nuestro sistema de gobierno se asienta en supuestos de tipo elitista, que hoy tenemos razones para rechazar; a la vez que genera riesgos –el aislamiento, la burocratización, la falta de conocimiento de los problemas ciudadanos- que tenemos razones para resistir.

La preferencia por los controles “endógenos” sobre los exógenos o populares

Desde los inicios de las reflexiones sobre la representación política y los controles a los representantes, se abrió otra discusión fundamental, que acompañó a las anteriores. Me

¹¹ Una ilustración particularmente importante y preocupante de esa postura judicial se advierte en el “Schiffrin, Marina”, Fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala I (2002).

refiero a la discusión acerca del valor de privilegiar los controles “internos” o “externos”; “endógenos” o “exógenos”. En el contexto norteamericano, dicho debate se conoció desde temprano, por ejemplo, en el escrito que presentara Thomas Jefferson, como sus “Notes on the State of Virginia,” a los que le replicara Madison, desde El Federalista n. 49. En dicho caso, Jefferson presentó una defensa de los controles populares o “exógenos,” esto es decir, los que pudiera realizar la propia ciudadanía, con su voto y otros medios, frente al poder, ante situaciones de trabazón institucional y crisis de gobierno. Como forma de impedir las crisis constitucionales (“correct [breaches]” of the constitution,”), él propuso llamar a una Convención popular cada vez que se hiciera necesario solucionar un conflicto institucional grave. Contra dicha posibilidad, Madison se mostró muy enfático. Para él, la propuesta jeffersoniana enfrentaba al menos tres problemas: i) prometía disturbar la tranquilidad pública, haciendo un llamado a las pasiones; ii) iba a privar al gobierno de la “veneración” que el mismo necesitaba; y iii) terminaba sugiriendo una solución sesgada, dado que el órgano legislativo –el más cercano al pueblo- iba a resultar favorecido, tendencialmente, ante consultas semejantes.

La paulatina afirmación de la alternativa madisoniana, en los Estados Unidos primero, y luego en América Latina, vino de la mano con la sistemática pérdida de prestigio de los controles populares o “exógenos”. Se enfatizaron entonces los controles “endógenos” o internos al sistema institucional: de una rama del poder sobre las otras. La mayoría de los controles externos en los que en algún momento se había pensado, o se habían puesto en práctica, fueron resultando entonces desplazados –salvo el voto periódico. Así, se dejaron de lado ideas y prácticas como la de las “town meetings” o las instrucciones a los representantes, a la vez que se tornaban cada vez más comunes y extendidas las elecciones indirectas o los mandatos extendidos en el tiempo, y se descartaba a la vez la posibilidad de contar con legislativos unicamerales que, por un lado, afirmaban la idea rousseauiana conforme a la cual la “voluntad del pueblo” era “una e indivisible,” y por otro dejaba en claro que no se quería el control de la gran propiedad (el Senado) sobre la voluntad más directa del pueblo.

En América Latina, la discusión fue algo menos densa, en éste como en otros temas, pero ella no estuvo de ningún modo ausente. En la región también habían sido comunes las iniciativas de intervención y controles populares (las propuestas y prácticas relacionados con los “controles exógenos”): los cabildos nacidos con el objeto de acercar el pueblo al gobierno; las instrucciones a los representantes, que fueron tan comunes en los primeros años posteriores a la independencia; etc. Sin embargo, y conforme a lo dicho, la regla fue la opción por los controles endógenos antes que exógenos: los primeros fueron paulatina pero sistemáticamente eliminados.¹² El rechazo de las instrucciones se convirtió, en la época y desde entonces, en un evento de un impacto simbólico extraordinario. La temprana decadencia de las “instrucciones a los representantes” fue seguida por la lenta agonía de los Cabildos; la desaparición de la idea de la revocatoria de los mandatos; la extensión de la permanencia de los representantes en sus cargos; el desdén hacia la idea de la “rotación obligatoria”, etc. En toda la región, el sufragio terminó siendo objeto de recortes de todo tipo. Por un lado, aparecieron las elecciones indirectas como modo de “selección de los mejores” (Palti 2007); y por otro, aparecieron limitaciones relacionadas

¹² Un ejemplo temprano y muy notable, al respecto, lo constituye el rechazo de las instrucciones que traían los representantes (“artiguistas”) de la Banda Oriental (Uruguay), por parte de la Asamblea General Constituyente de 1813, de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Esas famosas “instrucciones del año XIII”, resumidas en las ideas de federalismo, república e independencia, eran producto de un ideario radical-rousseauiano, que resultaba indigerible para la elite porteña, en Buenos Aires (Petit Muñoz 1956).

con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los “notables” (ver, por ejemplo, Sábato 2010; Sábato y Lettieri 2003).

El hecho de que –al final del día- los controles sobre la función pública pasaran a ser, en toda América, controles fundamentalmente internos (de una rama del poder sobre las otras), generó problemas muy serios. Por razones de espacio, subrayaría aquí, simplemente, una de las consecuencias que se siguieron de los nuevos criterios: La decisión de descansar, fundamentalmente, en controles institucionales internos implicó una sobre-carga de responsabilidades extraordinaria para el sufragio periódico. Una herramienta que fuera, en su momento, central –pero finalmente, una entre varias- para el control al poder y la comunicación con el mismo, pasó a cargar sobre sus espaldas con casi toda la responsabilidad al respecto –una responsabilidad que, insisto, antes era compartida. Ubicado en dicha función, sin dudas, el voto periódico perdió buena parte de su fuerza: hoy se muestra como una herramienta muy limitada para controlar al poder, y notablemente imperfecta para facilitar la comunicación entre representantes y representados.

“Frenos y contrapesos” o diálogo constitucional

El sistema de “frenos y contrapesos”, que todavía hoy gobierna las relaciones entre las ramas del poder, nació asociado a una sociología política estrecha, y a una filosofía política más bien elitista, como la explicitada más arriba. Voy a referirme a tales supuestos muy brevemente, partiendo del caso “madre” en la materia, que es el de los Estados Unidos, cuna del sistema de los *checks and balances*.

En su momento, James Madison describió parte de los supuestos sociales de los que habían partido los autores de la Constitución. Así, en *El Federalista* n. 10, Madison sostuvo:

Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

En párrafos como el citado se encuentra la base de lo que luego sería la organización del legislativo: un modo imaginado –improbable, agregaría- de incorporar a toda la sociedad al gobierno. Madison, como muchos dentro de su generación, consideró que era posible alcanzar una situación de “representación plena”, a partir de la certeza de que la sociedad se dividía en pocos grupos sociales, en conflicto entre sí (fundamentalmente, entre propietarios y no propietarios; acreedores y deudores), internamente homogéneos (Gargarella 1998). Si esto era así, luego, bastaba con incorporar a algunos pocos miembros de cada grupo, dentro del sistema institucional, para alcanzar una representación completa dentro del recinto legislativo. La sociología política presumida por Madison era ya disputada en su tiempo, cuando muchos pensaban que el abanico de puntos de vista que se pretendía representar en el parlamento era demasiado estrecho. De allí que los críticos de su proyecto constitucional –los antifederalistas- hablaran de

convertir al Congreso en un “espejo de la sociedad”, capaz de reproducir los mismos intereses, sentimientos, opiniones y puntos de vista existentes en el seno del pueblo.¹³

Como anticipara, dicha sociología imperfecta vino acompañada de supuestos teóricos difíciles de aceptar, para nuestra actual conciencia democrática. El supuesto principal al que me refiero, propio de la vieja lógica de la “Constitución mixta”, es el que decía que tenía sentido el logro de un “equilibrio social” en el que el peso de los intereses de la mayoría (expresado en los órganos políticos, y particularmente en la Cámara Baja), merecía ser contrapesado por los intereses de los sectores minoritarios, integrados fundamentalmente por la gran propiedad (y que también encontraría expresión constitucional, i.e., en el Senado, la justicia). Quiero decir, no se trataba, simplemente, de fijar controles para evitar los excesos mayoritarios (un reclamo razonable que, desde cualquier concepción de la democracia puede llegar a aceptarse), sino de otorgar poder institucional equivalente a los intereses de las mayorías (pequeños propietarios, artesanos y trabajadores de clase baja), y a los intereses de los grupos minoritarios (identificados entonces, como dijera, con grandes propietarios, comerciantes, etc.).

El hecho es, en todo caso, que hoy contamos con una organización de poderes montada sobre una sociología política que era ya imperfecta en su tiempo, y una filosofía política de rasgos fuertemente no-democráticos. Pocas dudas caben al respecto: la sociedad ha desbordado al sistema institucional por todos los costados, como frente a un traje que le queda cada vez más chico, y que se muestra incapaz de contener a toda la diversidad que pretende albergar.

En todo caso, y para los propósitos de este texto, es crucial entender que el sistema de “frenos y contrapesos” fue diseñado originariamente para canalizar institucionalmente el conflicto, o contener la guerra civil. Su principal objetivo –que alcanzara con relativo éxito- fue el de canalizar una eventual guerra social, proporcionando herramientas defensivas (veto presidencial, revisión judicial, bicameralismo) a representantes de diferentes secciones de la sociedad. La idea detrás del mecanismo fue la de contener el descontento social en una situación caracterizada por la presencia de profundos conflictos sociales, y por la existencia de lo que para muchos era una frecuente 'legislación opresiva'. Este hecho, creo, explica por qué el sistema no está bien preparado para garantizar la deliberación colectiva a lo largo del tiempo. Puede hacerlo, tal vez, pero solo como resultado de la voluntad ocasional, informal y discrecional de ciertos funcionarios públicos.

Entiendo que algunos académicos creen que el sistema de controles y equilibrios fue diseñado para favorecer la deliberación democrática, o que el mismo se ha desarrollado en formas compatibles con ella. Por ejemplo, según Cass Sunstein, los "Padres Fundadores" del constitucionalismo estadounidense crearon un ambicioso sistema de "gobierno por discusión", que no recompensa la autoridad o el privilegio, sino más bien los argumentos presentados y resueltos a través de una discusión general (Sunstein 1993, n. 58, xvi). Stephen Holmes avanzó avanzadas consideraciones similares en otros escritos propios (Holmes 1993). Sin embargo, yo disputaría esos reclamos tanto a nivel histórico como teórico. He argumentado en contra de su base histórica en otra parte (Gargarella 2014), así que déjenme agregar algo sobre la teoría en que se apoyan. En primer lugar, y como ya lo he dicho, las herramientas institucionales ofrecidas a las

¹³ Ver “The Federal Farmer,” en Storing (1981), vol. 2., p. 230.

diferentes ramas de gobierno por el sistema de “frenos y contrapesos” no favorecen el comienzo, sino más bien la finalización de todo diálogo (i.e, la invalidación judicial de las leyes, el juicio político, el poder de veto, etc.). En segundo lugar, las complejidades del sistema (basado en agentes públicos con credenciales democráticas muy diferentes, que representan diferentes intereses, de legitimidad diferente, elegidos en diferentes momentos y mediante diferentes procesos), tornan al sistema más adecuado para la creación de un mosaico de puntos de vista (un “patchwork”) que para expresar de algún modo la “voluntad democrática” de la sociedad. Como dijo Carlos Nino:

no hay garantía alguna de que el resultado de esta mezcla incómoda de decisiones diferentes...llevados a cabo por diferentes grupos de personas en diferentes momentos, tenga alguna semejanza con el consenso de la mayoría obtenido luego de un debate libre y abierto (Nino 1991, 578).

En definitiva, muchos querríamos obtener del sistema de controles y equilibrios algo así como una deliberación democrática inclusiva, que el sistema no está bien preparado para brindar. El sistema no impide el diálogo entre las ramas de gobierno y, ocasionalmente, puede coexistir con él, pero lo cierto es que no fue diseñado para promoverlo, sino más bien para lo contrario.

Poder judicial, derechos naturales y reflexión individual

No hay rama del sistema constitucional que muestra de mejor forma las tensiones con el ideal democrático, que la rama judicial. Desde temprano, ella fue identificada con el poder establecido, y con un actuar conservador en defensa de las tradiciones, y el "antiguo orden" en materia de propiedad. De allí que esa visión de la justicia fuera puesta en cuestión, luego de la Revolución Francesa; y de allí también que el pensamiento democrático norteamericano identificara a dicho poder como la parte más incurablemente anti-republicana del sistema constitucional. Esa línea de críticas siguió, en distintas formas, hasta la actualidad, y tuvo un reverdecer muy particular a mediados del siglo XX, a partir de trabajos como el de Alexander Bickel, que identificaron a dicho poder a partir de (lo que famosamente denominó) su carácter “contra-mayoritario” (Bickel 1967).

De las numerosas cuestiones que merecerían traerse a la colación a esta altura, en relación con el Poder Judicial y su organización, mencionaría fundamentalmente dos. En primer lugar, el lugar, funciones y poderes asignados al Poder Judicial, son hijos de un modo de entender la imparcialidad (o, digámoslo así por ahora, la toma de decisiones justas). Según entiendo, hay dos grandes modos de acercarse a la cuestión. Conforme al primero, la imparcialidad tiene que ver con decisiones colectivas, informadas y deliberadas por “todos los potencialmente afectados”. Esta tradición (que hoy podríamos denominar “habermasiana”) aparece anclada en la rama más democrática del pensamiento político; en ideas que remiten a los jurados populares o en la noción de un control de las leyes “departamentalista”, en donde todas las ramas del gobierno pueden intervenir, en igualdad de condiciones, en la interpretación constitucional (Kramer 2005). Desde este punto de vista, los jueces participan con los demás poderes en la reflexión en torno al derecho, y desde un lugar de vínculo –antes que de separación y distancia- con la ciudadanía. Jefferson presentó bien la aproximación democrática a la independencia judicial, cuando sostuvo: “que el poder judicial sea independiente del rey o del ejecutivo es una buena cosa, pero independencia de la voluntad de la nación es incomprensible, al menos dentro de un gobierno republicano”.¹⁴ La visión alternativa sostiene, por el

¹⁴ Carta de Jefferson a Thomas Ritchie, diciembre 25, 1830, en Jefferson 1984, 1446.

contrario, que la imparcialidad tiene que ver con procesos de reflexión individual (de uno o pocos), aislada, realizada por los grupos o individuos más preparados de la sociedad. Esta visión –que, contra lo sugerido por Jefferson, deriva la imparcialidad, del aislamiento judicial en relación con la ciudadanía- es la que marcó al diseño del Poder Judicial en toda América, quedando reflejado, de modo especial, en las formas de selección de los jueces; los requerimientos para ocupar la función; y las formas propias del ejercicio de la tarea. Independencia, desde entonces, es sinónimo de aislamiento social o, como sostuvo Madison en *El Federalista* n. 49, una consecuencia propia del que los jueces iban a estar “demasiado lejos de la ciudadanía, como para compartir alguna de sus disposiciones.”

El otro punto que mencionaría, sobre la cuestión, se relaciona con la concepción de los derechos que se corresponde con la mirada dominante, en torno a la función judicial y la democracia. La noción de los derechos que resulta propia del constitucionalismo americano, se vincula con la tradición de los *derechos naturales* y autoevidentes, que tiene su origen en el pensamiento de John Locke. Ésa es la visión que quedó incorporada, de modo explícito, en las primeras líneas de la Declaración de la Independencia norteamericana (“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights...”); la que recorre los papeles del *Federalista*, desde sus primeras páginas; y la que quedó expresada en la Declaración de Derechos norteamericana, primero, y luego en la mayoría de las listas de derechos incorporados en el constitucionalismo de América Latina.

Ese modo de concebir a los derechos coloca a los mismos no como una creación humana, producto de la reflexión colectiva, que es el modo en que propuso pensarlos, por caso, Carlos Nino, desde la primera línea de su obra *Ética y derechos humanos* (El libro se abre diciendo “Es indudable que los derechos humano son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización”), sino entidades “naturales”, ajenas a la discusión colectiva, y cognoscibles sólo por la razón (de los más iluminados, como precisaría Alexander Hamilton en el *Federalista* n. 5). Desde esta particular concepción, de raíz elitista, los derechos son entendidos de modo separado de la democracia, como formando parte de una “esfera” propia, cuyos contenidos y contornos son accesibles por la razón científica, y que debe ser resguarda, por la justicia, de las intrusiones indebidas y amenazas que le impone la democracia. En el derecho latinoamericano, dicha cosmovisión se convirtió en dominante también; resultó reforzada por el pensamiento jurídico de posguerra (que se esmeró en asegurar un resguardo especial para los derechos, ante los agravios mayoritarios que asociaba al nazismo y fascismo); y se mantiene hoy intacta, gracias al respaldo de autoridades doctrinarias tales como Luigi Ferrajoli (en sus referencias a la “esfera de lo indecible,” ajena a la decisión democrática); Ernesto Garzón Valdés (quien sostiene una idea idéntica, a través de su noción del “coto vedado”), o los más tempranos escritos de Norberto Bobbio (quien aludiera en su momento al “territorio inviolable” de los derechos). La misma sigue ejerciendo una enorme influencia aún en los máximos niveles judiciales (como el de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos), y ha ayudado a generar algunas de las decisiones más polémicas de los últimos años, donde los derechos son leídos como entidades ajenas al debate colectivo; la democracia aparece más bien como una amenaza; y los jueces se auto-asumen como custodios de valores que la democracia sólo parece poner en riesgo.¹⁵ Es difícil, para los demócratas, no ver esta evolución de nuestro derecho como un problema, o como un retroceso: el cuidado por los

¹⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C. No. 221. I examined the problems related to the case in Gargarella (2017).

derechos debe ser compatible con la preservación de nuestros compromisos democráticos más básicos.

Anomalías latinoamericanas

En las páginas anteriores, me ocupé de algunos problemas propios del constitucionalismo contemporáneo (centrándome, de modo especial, en el constitucionalismo americano), y que muestran la persistente influencia de reglas y principios “incapacitadores”. En las páginas que siguen, voy a centrarme en dos problemas en particular, muy propios – aunque, como veremos, no exclusivos- del constitucionalismo de América Latina. En la sección siguiente, y en primer lugar, voy a referirme a la cuestión del –así llamado- hiper-presidencialismo. Luego, en una segunda sección, voy a ocuparme de la otra gran novedad que América Latina legó al constitucionalismo, esto es, los derechos sociales, y voy a aludir a algunos problemas relacionados con el modo en que ellos fueron incorporados a la Constitución.

Híper-presidencialismo, poder concentrado y democracia

De todos los resabios anti-democráticos, todavía presentes en el constitucionalismo regional, seguramente ninguno es más importante que el relacionado con la organización del Poder Ejecutivo. Ya en el esquema constitucional norteamericano, dicho Poder alumbraba como un “primus inter pares,” y por tanto se convertía en amenaza para la lógica del equilibrio propia del sistema de “frenos y contrapesos.” Sin embargo, dicho esquema se radicalizó en América Latina, a partir de la aparición de super-presidentes, contruidos a resultas de un acuerdo liberal-conservador, a mediados del siglo XIX. En dicho acuerdo, los liberales se inclinaron por favorecer un modelo de “frenos y contrapesos” más en línea con la tradición norteamericana, mientras que los conservadores propusieron, como alternativas, formas de poder concentrado, más afines a la tradición monárquica de raíz hispánica. Como producto final de ese acuerdo, una mayoría de Constituciones de la región construyeron sistemas de “frenos y contrapesos” muy peculiares, que combinaban el modelo de controles norteamericano, con los Presidentes super-poderosos que derivaban del reclamo de los conservadores. De ese modo, por lo demás, el hiper-presidente aparecía, desde el primer instante, poniendo bajo amenaza, sino directamente en crisis, la estructura de controles mutuos que se procuraba establecer por otro lado: se formó así una estructura de “frenos y balances desbalanceada”.

Con razón, se ha examinado al Poder Ejecutivo en las Constituciones de América Latina apelando al concepto de “híper-presidencialismo”. Según Carlos Nino –quien acuñara el concepto- la idea de “híper-presidencialismo” se puede entender comparativamente, en particular cuando examinamos las facultades asignadas al (y conseguidas por el) Presidente, en las Constituciones de América Latina, vis a vis las que fueron reservadas para el cargo en la Constitución de los Estados Unidos, que le sirviera como modelo (Nino 1992, 524 y sigs.). Nino alude, entonces, a los poderes (adicionales) concedidos a los Presidentes latinoamericanos en materias como las de estado de sitio, la intervención federal en las provincias (ajenas al derecho constitucional norteamericano); o la designación y remoción discrecional de los Ministros; o las competencias legislativas (Nino alude, en particular, a la promulgación parcial de leyes, y a las amplias funciones reglamentarias reservadas al Presidente). Tales facultades se suman a los poderes especiales reservados para el Presidente a partir de desarrollos jurisprudenciales (i.e., a

favor de las facultades legislativas delegadas), y doctrinas como las de las “cuestiones políticas no judiciales”.

La crítica al híper-presidencialismo dominó buena parte de los estudios constitucionales de la región, al inicio de los 80. Entonces, una mayoría de los países latinoamericanos recuperó la democracia, y muchos autores (con razón) comenzaron a señalar al sistema híper-presidencialista como co-responsable de lo que entonces aparecía como el peor de los “dramas” institucionales de la región: la inestabilidad democrática (Linz & Stepan 1978; Linz & Valenzuela 1994; Nino 1996; Nino 1997). Aquellas saludables críticas inauguraron un debate inacabado, en torno a la responsabilidad efectiva del híper-presidencialismo regional en la inestabilidad democrática dominante en la región durante todo el siglo XX. El híper-presidencialismo pasó a ser discutido por su vínculo con la *estabilidad política*, pero esa importante disputa pasó a ocluir otra discusión, seguramente más importante todavía, relacionada con la plausibilidad del híper-presidencialismo en términos normativos-democráticos. Salvo algunos relevantes estudios sobre la materia, los autores que comenzaron a trabajar sobre ella, provenientes en particular de la ciencia política, se concentraron en estudios empíricos explícitamente alejados de otros debates normativos (entre las excepciones, ver Alegre 2009).

Ante todo, convendría recordar que, no por azar, y desde el mismo momento de la independencia, las figuras públicas más vinculadas con el pensamiento radical republicano, se mostraron fundamentalmente enemigas del presidencialismo. A lo largo de décadas, los republicanos y radicales latinoamericanos exploraron las propuestas constitucionales más diversas, tendientes a resistir la concentración del poder.¹⁶ Esto es decir, aquellos pensadores que más acento pusieron en el valor del autogobierno colectivo, identificaron inmediatamente, y desde un comienzo, que nada era más contrario a dicho ideal que la concentración de poderes en el Poder Ejecutivo. Parece claro que hay una disyuntiva entre el “gobierno de todos” y el “gobierno de uno”; entre las formas de la democracia horizontal, y las formas más extremas del poder concentrado. En todo caso, resultó clara desde el comienzo de la vida constitucional en la región, la existencia una tensión entre la defensa doctrinal del ideal del autogobierno colectivo, y el sostén constitucional de cláusulas orientadas en dirección contraria, como las relativas a la conformación de un Poder Ejecutivo fuerte.¹⁷

Algunos autores podrían decir que la concentración del poder en el Poder Ejecutivo constituye, en verdad, una estrategia reforzadora de la democracia, dada la relación más directa que existe entre el Ejecutivo y la ciudadanía, y la capacidad de esta última para controlar al primero (Posner & Vermeule 2010). Este análisis, sin embargo, parece

¹⁶ Por ejemplo, una de las primeras Constituciones escritas en la región –la pionera Constitución de Venezuela de 1811- en su artículo 72 creó –contra las tendencias prevalecientes en el derecho comparado- un Poder Ejecutivo tripartito, orientado a poner algún inmediato freno a la concentración del poder impulsada por el “Libertador” Simón Bolívar. De modo similar, los primeros constituyentes peruanos discutieron la fórmula de un Ejecutivo plural, en 1823, temerosos –como sus colegas venezolanos- de la posibilidad de un gobierno concentrado. De modo todavía más extremo, en la Convención de Ríonegro, en Colombia -que concluiría sus debates con la Constitución de 1863- los representantes del llamado “Olimpo radical” propusieron mandatos presidenciales de sólo un año, claramente dirigidos a disipar los riesgos del exceso presidencial.

¹⁷ Lo dicho en torno al híper-presidencialismo debe considerarse válido, también, para nuestras referencias críticas sobre el centralismo. Ocurre que la concentración del poder y la centralización del territorio formaron parte del mismo paquete de propuestas avanzadas por el conservadurismo latinoamericano, al menos, durante todo el siglo XIX. La desconfianza democrática y el elitismo política fundaban, al mismo tiempo, ambas propuestas.

gravemente defectuoso. Por un lado, el mismo sobre-estima las capacidades controladores de la ciudadanía cuando enfatiza la capacidad ("retrospectiva") del voto, para sancionar los eventuales excesos ejecutivos. Y es que, primero, los "mensajes" que puede querer dar la ciudadanía, a través del voto, son múltiples, aumentan o se modifican con el paso del tiempo, y muy habitualmente se traducen en pretensiones razonables, pero en tensión entre sí. El voto torna muy difícil la posibilidad de que ofrezcamos respuestas más refinadas; que establezcamos matices; o que nos involucremos en una conversación de algún tipo interesante con las principales autoridades políticas: estamos obligados a decir "sí" o "no" a paquetes completos y cerrados de medidas.

Por otro lado, así como los defensores del Ejecutivo fuerte sobre-estiman las capacidades ciudadanas para controlar al gobierno, ellos también subestiman u ocultan las capacidades del Presidente para eludir los controles que se le impongan y para socavar la autoridad de quienes pretendan limitarlo -ello así, particularmente, en sociedades ya institucionalmente marcadas por la fuerza desnivelada del Ejecutivo, y aún más, 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 1996). Es esa misma dinámica la que amenaza con tornar inocuas o estrictamente acotadas, a las reformas que no se dirijan directa y primariamente a atacar los poderes extraordinarios delegados y asumidos, en los hechos, por aquel (ello así, ya sea que se trate de cambios en la organización del poder o, tal vez más claramente, de modificaciones en la distribución constitucional de derechos y libertades). De allí, también, la imperiosa necesidad de abordar cambios amplios sobre el núcleo duro de la parte orgánica de la Constitución (así, por ejemplo, en Nino 1992b); poner fin a las "presidencias imperiales" (Ackerman 2010); en lugar de simplemente "aceptar" las prácticas existentes, "reconciliarnos" con la estructura institucional dominante y "hacer las paces" con ella (Posner & Vermeule 2010, 209).

Constituciones disociadas: el problema de la "sala de máquinas de la Constitución"

Quiero dedicar esta última sección a reflexionar sobre el problema de las Constituciones "disociadas", que se convirtió en común, dentro del constitucionalismo latinoamericano, desde comienzos del siglo XX. En ese entonces, apareció la famosa Constitución Mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incluir una larga lista de derechos económicos, sociales y culturales en su texto, y por sobre la tradicional lista de derechos liberales clásicos. La mayoría de las Constituciones de América Latina siguieron ese ejemplo, sobre todo desde mediados del siglo XX, y lo expandieron aún más, recientemente, con el agregado de referencias explícitas a los derechos humanos y multiculturales. El problema al que quiero referirme no tiene tanto que ver con la "obsesión" por los derechos constitucionales que los latinoamericanos mostraron, desde entonces, sino con la "disociación" que se produjo entonces entre las dos partes de la Constitución: la referida a las Declaraciones de Derechos, y la relativa a la organización del poder. El problema es que las notables reformas "progresivas" incorporadas en las nuevas Constituciones, a través de largas listas de derechos, no se acompañaron por reformas acordes en la organización del poder, que siguió reflejando valores y supuestos propios de fines del siglo XVIII.

Asumiendo, por lo demás, que nos interesa que las Constituciones (latinoamericanas) sigan albergando una lista de derechos amplia –y existen buenas razones para ello (Gargarella 2013)- llamaría la atención sobre los muchos problemas generados por el modo imperfecto en que esos derechos fueron incorporados a la Constitución. Aquí me interesará subrayar sobre todo un problema en ese sentido. El mismo tiene que ver con las tensiones que quedaron abiertas entre la estructura de los derechos, y la “parte orgánica” de las nuevas Constituciones.

En varios trabajos me he ocupado de este problema, al que llamé el *problema de la “sala de máquinas” (engine room)* de las nuevas Constituciones, y que consiste en la preservación –básicamente intocada- de las viejas estructuras de poder, montadas a mediados del siglo XIX. Frente a tal modelo de organización del poder –y como expresión evolutiva del proceso de la “acumulación” en curso- se fue desarrollando el “constitucionalismo social” latinoamericano, que resultó fundamentalmente encapsulado en el área de las declaraciones de derechos. Pasamos, de ese modo, a contar con Constituciones con “dos almas”: un “alma” vinculada al liberalismo-conservador del siglo XIX, y reflejada en la organización del poder; y la otra, aspiracional y de vanguardia, más en línea con las expectativas democrático-participativas del siglo XXI, y reflejada en la organización de los derechos.

El problema mayor, según dijera deriva del hecho de que una y otra sección de la Constitución no son indiferentes entre sí: una parte puede entrar en conflicto con la otra, socavándola o bloqueando su desarrollo (Gargarella 2013). De modo más serio aún: la tendencia es que la vida constitucional resulte en buena medida definida por el modo en que se organiza el poder, en términos institucionales. Y si la organización del poder – como ocurre en todas las Constituciones latinoamericanas- sigue estando marcada por criterios propios del siglo XIX (elitismo, carácter contra-mayoritario, desconfianza democrática, hostilidad a la participación popular, etc.), luego, no es dable esperar un florecimiento significativo en materia de derechos. Así, los “nuevos” derechos -sociales, democráticos, participativos, de avanzada, propios del siglo XXI- de las “nuevas” Constituciones regionales, tienden a ser frenados por las “viejas” estructuras, alineadas conforme a criterios, más bien elitistas, propios del consenso liberal-conservador del siglo XIX.

Tales desafortunados resultados aparecen como omnipresentes en la región: sabemos de situaciones en donde las estructuras vinculadas con el “viejo” Poder Judicial, quedaban encargadas de la interpretación de los más revolucionarios “nuevos” derechos; o en donde el “viejo” poder concentrado en el Presidente quedaba con la capacidad de bloquear, vetar, socavar o circunvalar a través de alguno de los tantos medios, formales e informales, legales y para-legales, de los que dispone, “nuevos derechos”, como los participativos, tal como ocurriera en las recientes experiencias de Ecuador, Venezuela o Bolivia (Gargarella 2013). Para pensar en casos concretos: la vieja estructura judicial (elitista y dependiente de la política), ha tendido a socavar el valor de “novísimos” derechos, como el del “buen vivir”, en Ecuador; de igual modo en que el Presidente de Venezuela ha podido bloquear la implementación del derecho de revocatoria incorporado por la nueva Constitución;¹⁸ así como el “viejo” poder concentrado, en Bolivia, ha

¹⁸ Ver, por ejemplo, <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37724322>. Consulado en Septiembre 20, 2017.

socavado a “nuevos” derechos participativos, como el vinculado con la elección popular de los magistrados.¹⁹

De ese modo, los “progresivos”, sociales, avanzados derechos, orgullosamente incorporados al constitucionalismo latinoamericano exigen que los principios y compromisos que ellos expresan, en términos de participación democrática y justicia social, encuentren respaldo –y no frenos- en todo el resto de la Constitución: la organización del poder debe ajustarse de modo acorde a los nuevos criterios, si es que se quiere tomar en serio a los mismos, y no simplemente expresarlos de modo demagógico o declamativo. Si esos cambios en la estructura de organización del poder no avanzan, entonces, corresponderá sospechar sobre la voluntad efectiva de tornar efectivos los nuevos derechos. Finalmente, querría subrayar que –desde la perspectiva aquí defendida- “ingresar en la sala de máquinas” no implica, simplemente, operar cambios en el área de la organización del poder –algún cambio, de cualquier tipo. La metáfora pretende expresar otra motivación, más precisa, cual es la de re-estructurar la organización del poder para modificar el sesgo que hoy la define, y que tiene que ver con lo que aquí llamé un criterio de “desconfianza democrática” -desconfianza en las capacidades políticas de la ciudadanía”.

Conclusiones

En este trabajo me ocupé de la “disonancia democrática” que afecta al constitucionalismo -americano en particular. Dicho constitucionalismo nació, a finales del siglo XVIII, naturalmente apoyado en supuestos hostiles a la democracia, que eran propios de la clase dirigente de la época. Conforme sostuve, dichos supuestos fueron trasladados, inmediatamente, al esquema constitucional, y quedaron marcando muchos de sus aspectos principales: los modos en que concebir la representación; las formas de organizar y entender los controles al poder; la idea de los derechos; etc.

Lo dicho hasta aquí no ha pretendido negar, por otra parte, la potencia “capacitadora” de la Constitución; o que determinadas reglas “restringan las opciones abiertas y permitan a individuos y comunidades alcanzar más de sus fines, que los que podrían alcanzar si estuvieran completamente libres de limitaciones” (Holmes 1998, 236); ni menos que ciertas limitaciones “organicen nuevas prácticas y generen nuevas posibilidades que de otro modo no existirían” (ibid., 237). Podemos estar de acuerdo, también, en que los muertos “no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos” (ibid., 240). Más todavía, debemos aceptar que muchas cláusulas constitucionales pueden generar, en la actualidad, consecuencias que eran impensadas en su origen; otras pudieron “transformarse” en direcciones imprevistas, con el paso del tiempo; y otras más –tal vez creadas, en sus orígenes, por razones que hoy repudiaríamos, tuvieron la suficiente flexibilidad para “adaptarse” a las nuevas demandas (“democráticas”) de la época.

Sin embargo, y frente a todo lo anterior, me ha interesado mostrar que el reconocimiento de aquellos cambios, tanto como el de la potencia “capacitadora” de las limitaciones constitucionales, no debe llevarnos a tomar a la posición contraria, como punto de reposo. El hecho es, simplemente, que la Constitución –cualquier Constitución- puede seguir, y sin dudas sigue contando, con diversas “limitaciones que limitan” a la democracia, no

¹⁹ Ver, por ejemplo, <https://dplfblog.com/2017/07/20/judicial-elections-in-bolivia-a-second-attempt/> Consultado en Septiembre 20, 2017.

siempre de un modo justificado. Me ha interesado subrayar la importancia de este riesgo, y también dar cuenta del mismo a través de ejemplos que –al menos así me lo he propuesto- permitieron volver a mirar con una mirada más fresca, viejos problemas constitucionales. Del mismo modo, me ha interesado decir que la permanencia de ciertas e injustificadas limitaciones constitucionales, resulta particularmente preocupante, en la actualidad. Ello, en razón de que las mismas se manifiestan en momentos en que la ciudadanía, más o menos activamente, se muestra comprometida con intensas demandas democráticas

Hoy, luego de más de doscientos años de vida constitucional, podemos decir que vivimos dentro de un contexto de ideas radicalmente opuesto al que primaba en aquel “período fundacional”. Lo que parece primar es (lo que denominé) “el hecho de la democracia,” esto es, el compartido supuesto conforme al cual tenemos el derecho de participar activamente en la decisión de todos los asuntos públicos que nos importan. Sin embargo, me interesó señalar, nuestras Constituciones no parecen haber registrado ese cambio de paradigma. A pesar de las muchas modificaciones a que han sido sujetas (sobre todo, en relación con las declaraciones de derechos), tales Constituciones han mantenido básicamente intocada la vieja organización del poder (su “sala de máquinas”), y así, por tanto, los rasgos anti-democráticos de su estructura: resaltan, por su número e importancia, los principios y reglas “incapacitadoras” remanentes. A resultas de ello –me interesó sugerir- hoy se registra la llamada “disonancia democrática”, que nos habla de las rupturas existentes entre la ciudadanía y la organización constitucional vigente.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman, B. (2010), *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard: Harvard University Press.
- Alberdi, J. B. (1920), *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad.
- Alberdi, J.B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Alegre, M. (2009), “Democracy without Presidents,”
http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Democracy_without_Presidents.pdf
- Balkin, J. (1995), "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Faculty Scholarship Series*. 268.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/268
- Basadre, J. (1949), *Historia de la República del Perú*, Editorial Cultura Antártica, Lima.
- Bickel, A. (1967), *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.
- Bilbao, F. (1886), *Obras completas*, ed. por M. Bilbao, vol. I, Buenos Aires: Imprenta de Buenos Aires.
- Botana, N. (1996), “La transformación del credo constitucional,” *Estudios Sociales*, Univ. Nacional del Litoral, pp. 23-48.
- Dahl, R. (1956), *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Dahl, R. (2003), *How democratic is the American Constitution?*, Conn.: Yale University Press.
- Echeverría, E. (1915), *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, Buenos Aires: Librería La Facultad.

- Egaña, J. (1969), *Juan Egaña. Antología*, ed. Por Raúl Silva Castro, Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Elster, J. (1979), *Ulysses and the Sirens*, Cambridge: Cambridge University press.
- Elster, J. (2000), *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, J. & Slagstad (1998), eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University press.
- Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Conn., Yale University Press.
- Gargarella, R. (1998), “Fill Representation, Deliberation, and Impartiality,” en J. Elster, ed. *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2014), ‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances,” *Current Legal Problems*, Vol. 67, Issue 1, 1 January, 1–47.
- Gargarella, R. (2015). “Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*.” *AJIL Unbound*, 109, 115-119.
- Gargarella, R. (2018), “Constitution-Making in the Context of Plural Societies. The “Accumulation Strategy”, en J. Elster, R. Gargarella et al, *Constitutional Assemblies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- González Vigil, F. (1948), *Importancia de las Asociaciones. Importancia de la Educación Popular*, Lima.
- Halperín Donghi, T. (2007), *Historia Contemporánea de América Latina*, Alianza: Buenos Aires.
- Holmes, S. (1993), *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge: Harvard University Press.
- Holmes, S. (1993), “Precommitment and the Paradox of Democracy,” in J. Elster & R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University press.
- Jaksic, I. (1997), “Preface,” en *Andrés Bello. elected Writings*, Oxford: Oxford University Press.
- Jefferson, T. (1984), *Writings*, New York: Literary Classics.
- Jordán de Albarracín, B. (1978), *Documentos para la historia del derecho constitucional boliviano*, La Paz.
- Kramer, L. (2005), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford U.P.
- Lastarria, J.V. (1906), *Estudios políticos y constitucionales*, Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, vols. 1 y 2.
- Lerner, H. (2013), *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Levinson, S. (2008), *Our Undemocratic Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Linz, I. (1967), *Historia do Positivismo no Brasil*, Sao Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Linz, J. & Stepan, A. (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Linz, J. & Valenzuela, A. (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Madison, J.; Hamilton, A.; Jay, J. (1998), *The Federalist Papers*, New York: Bantam Books.

- Molina, G. (1987), *Las ideas socialistas en Colombia*, Bogotá: Ediciones Tercer Mundo.
- Montalvo, J. (1984), *Selections from Juan Montalvo*, ed. por MacDonald Spindler, F. & Cook Books, Temple: Center for Latin American Studies: Arizona State University.
- Nino, C. (1985) [1991], *Etica y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea. [*The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford U.P.].
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1996), "Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina," in A. Liphart and C. Waisman, eds., *Institutional Design in New Democracies*, New York: Westview Press.
- Nino, C. (1997), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press.
- Palti, E. (2007), *El tiempo de la política. El siglo xix reconsiderado*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Paz Soldán, J. (1973), *Derecho constitucional peruano*, Lima: Ediciones Librería Studium.
- Pereira, G. (2010), "Participación y grupos desaventajados," en R. Gargarella, comp., *La Constitución 2020*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Petit Muñoz, E. (1956), *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- Posner, E. & Vermeule, A. (2010), *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Restrepo Piedrahita, C. (1997-2005), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 6 vols.
- Sábato, H. (2010), *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Sábato, H. & Lettieri, A. (2003), comps., *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Salazar, D. (2015), "My Power in the Constitution: The Perversion of the Rule of Law in Ecuador," *SELA*, Yale University.
https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Eng.pdf
- Storing, H. (1981), *What the anti-Federalists were for*, Chicago: The University of Chicago Press.
- unstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- Unger, R. (1996), *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.
- Valencia Villa, A. (1992), *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Vile, M. (1967), *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- White, M. (1987), *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

