



Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación

Author(s): Roberto Gargarella

Source: *Desarrollo Económico*, Vol. 36, No. 144 (Jan. - Mar., 1997), pp. 971-990

Published by: [Instituto de Desarrollo Económico y Social](#)

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3467134>

Accessed: 24/11/2014 17:57

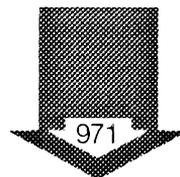
Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.



Instituto de Desarrollo Económico y Social is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Desarrollo Económico*.

<http://www.jstor.org>



RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES EN AMERICA LATINA: UNA PRIMERA APROXIMACION

ROBERTO GARGARELLA*

En los últimos años, numerosos países de Latinoamérica decidieron reformar su Constitución. Así, por ejemplo, podemos encontrar los casos de Ecuador en 1978, Chile y Brasil en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú y Bolivia en 1993, Argentina, Guatemala y Nicaragua en 1994¹. La mayoría de entre tales reformas nacieron para resolver problemas comunes e incluyeron, finalmente, respuestas muy similares entre sí.

Existen muchas razones, en principio, para defender tales reformas. Antes que nada, es importante marcar que la sola iniciativa de emprender una reforma constitucional resulta de por sí significativa: implica reconocer la trascendencia de la cuestión institucional, implica advertir que el hecho de tener mejores instituciones puede ayudar a mejorar la vida de los individuos, algo que, poco atrás, distaba de resultar obvio. Más aún, es importante señalar que tales reformas eran (y posiblemente, siguen siendo) necesarias, frente a una amplia gama de déficit institucionales existentes: un poder ejecutivo que concentraba excesivas funciones; un parlamento ineficiente; un poder judicial políticamente dependiente. Finalmente, cabe señalar que la mayoría de las reformas que examinaremos aquí mejoraron, en efecto, los textos constitucionales anteriores.

Lo dicho, de todos modos, no debe impedir que echemos una mirada crítica frente a los objetivos y presupuestos de tales reformas. Ocurre que, en la mayoría de los casos, se introdujeron reformas basadas en supuestos (políticos, filosóficos) difíciles de mantener, concepciones normativas inatractivas y, aun, consideraciones empíricas erróneas². Como

* Universidad Torcuato Di Tella. [✉] UTDT / Miñones 2177 / 1428 Buenos Aires / Argentina / ☎ 784-0080 / Fax: (54 1) 783-3070.

¹ En México y Venezuela se llevaron a cabo importantes reformas, aunque ellas no implicaron –como en los casos anteriores– cambios más o menos radicales en el texto constitucional vigente, aunque sí importaron reformas políticas sustantivas.

² En parte, tales falencias se explican por un tradicional descuido o menosprecio hacia la reflexión sobre cuestiones institucionales. Por supuesto, no puede ignorarse que en muchos casos tales reformas resultaron fundamentalmente motivadas por cuestiones de mero autointerés. De todos modos, también es cierto que en la generalidad de los casos hubo gente que se tomó en serio la reforma, equipos de trabajo bien informados y propuestas valiosas. En este escrito me dedicaré a reflexionar sobre estas cuestiones institucionales tomando en cuenta los textos legales producidos y sus posibles efectos, dejando momentáneamente entre paréntesis el análisis de las motivaciones menos dignas que –en algunos casos– pueden explicar los alcances y aun las falencias finales de los textos elaborados.

forma de contribuir con un debate que parece estar recién comenzando, en lo que sigue presentaremos una serie de observaciones que confrontan algunos de los —a mi juicio— puntos débiles de muchas de las recientes reformas constitucionales.

A continuación, entonces, pasamos a concentrarnos en cinco áreas comunes a las recientes reformas, para explorar los alcances y límites de estas últimas.

Reforma de la justicia y consejo de la magistratura

A) Alcances

Sin lugar a dudas, una de las preocupaciones más importantes en el nuevo constitucionalismo regional fue el de asegurar una mayor independencia de la justicia. Dicha preocupación se originó en la extendida (y razonable) creencia de que el poder judicial, y en particular los más altos órganos de la magistratura, tendían a actuar siguiendo la voluntad del poder ejecutivo. En la Argentina, dicha situación de dependencia política se tornó explícita desde el primer golpe militar, en este siglo, cuando la corte suprema de justicia inauguró la luego llamada "doctrina de facto" tendiente a reconocer la legitimidad de los gobiernos militares que luego castigarían al país durante todo el siglo. Durante los distintos "interregnos civiles", sistemáticamente, se modificó la composición de la mayoría de los jueces en la corte, de modo tal de garantizar siempre cúpulas judiciales favorables a las preferencias del poder político de turno (así, en los años 1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1976, 1983, 1990). En Perú y Bolivia, la suprema corte fue siempre considerada un mero apéndice del ejecutivo³. Por mencionar sólo un dato: cuando el presidente boliviano Paz Zamora nombró a seis nuevos jueces, en 1993, dicha oportunidad resultó la primera vez en la historia del país en que un grupo de jueces concluyeron sus funciones sin tener que sufrir remociones previas a cargo del partido en el gobierno. En México, la sintonía entre los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) fue habitual característica de cada nuevo gobierno. En Chile y Uruguay, en cambio, existió una tradición de mayor "independencia judicial" que, en ambos casos, fue revertida durante la última oleada militar que recorrió la región. De modo similar, en el caso de Brasil, la suprema corte adquirió un cierto prestigio como organismo autónomo, pero este prestigio llegó a su fin en 1964, con el advenimiento del último y más dramático gobierno militar⁴. En Venezuela, la dependencia judicial fue siempre más notoria, al punto que se registraron cambios totales en la formación del tribunal, en los años 1945, 1947, 1948, 1953 y 1955. Desde allí, y como resultado del fundamental pacto político que celebraron las principales fuerzas partidarias en 1958⁵, el poder judicial pasó a

³ En este sentido, por ejemplo, ver el trabajo de Joel VERNER: "The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature", *Journal of Latin American Studies*, 16, 463-506, Cambridge University Press (1984).

⁴ Es de notar que el poder judicial "independiente" fue muy especialmente hostil hacia las reformas "populistas" de Vargas, en Brasil (como, por ejemplo, el establecimiento de salarios mínimos, una medida que fue declarada inconstitucional por la corte); y también respecto de las reformas llevadas adelante por el gobierno socialista de Allende, en Chile (hostilidad que, en este caso, culminó en un directo enfrentamiento entre el presidente de la nación y el presidente de la corte). Una primera aproximación sobre la independencia judicial en Chile, en Jorge CORREA SUTIL: "The Judiciary and the Political System in Chile: The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy", incluido en *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, ed. por Irwin STOTZKY, Westview Press, Boulder, Colorado (1993).

⁵ El llamado "pacto de Punto Fijo", que siguió a un previo acuerdo firmado en Nueva York por la Acción Democrática de Rómulo Betancourt, el partido democristiano COPEI, presidido por Rafael Caldera, y la Unión Republicana Democrática, de centroizquierda.

tener una integración más estable, pero no por ello pasó a ser un poder políticamente menos dependiente: los nombramientos judiciales, desde entonces, fueron resultado de una precisa repartición de cargos entre las distintas fuerzas partidarias⁶. En Colombia, la situación prácticamente reprodujo la de Venezuela: las designaciones judiciales comenzaron a obedecer a otra lógica, desde la celebración del gran acuerdo nacional, a fines de la década del '50⁷. Sin embargo, dicho cambio no implicó el fin de la dependencia judicial, sino que, en todo caso, estableció reglas más claras para la misma: desde entonces, mitad de las vacantes judiciales pasaron a ser ocupadas, estrictamente, por miembros del Partido Liberal, y la otra mitad, por afiliados al conservadurismo⁸.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano pareció coincidente no sólo en el reconocimiento del problema de la dependencia judicial, sino también en el tipo de solución ideada para resolver tal dificultad. Sin lugar a dudas, el principal remedio ofrecido, en este respecto, lo constituyó el "consejo de la magistratura". El consejo fue pensado, habitualmente, como un cuerpo intermedio entre el poder judicial y el poder político, cuyo principal sentido es el de restringir la discrecionalidad del poder ejecutivo en la selección de los nuevos jueces. La idea es que, frente a cada nueva vacante judicial, el consejo proponga una lista reducida de nombres al poder ejecutivo, el cual, normalmente, queda a cargo de la selección definitiva del nuevo magistrado. En otros casos, el consejo reemplazó directamente a las instituciones políticas en la selección de los jueces.

En Perú, por ejemplo, el consejo fue "readoptado" por la Constitución de 1993, con el objeto de llevar a cabo una serie de funciones importantes: la directa selección de jueces y fiscales, la ratificación (cada 7 años) de todos los jueces y fiscales, y así también funciones disciplinarias sobre los miembros del poder judicial. El "consejo de judicatura" colombiano, adoptado en 1991, tiene funciones similares a la de su par peruano: tareas de dirección y administración de los organismos judiciales, tareas disciplinarias respecto de los magistrados, tareas relacionadas con el control del presupuesto judicial. Además, el consejo elabora las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales. La Constitución paraguaya de 1992, de modo similar, creó un consejo de la magistratura, formado por ocho miembros, que tiene a su cargo la presentación de tres candidatos por cada vacante que aparezca en la corte suprema. El presidente, luego, es el que queda como responsable de la elección definitiva del juez, en acuerdo con el senado. En Bolivia, la nueva Constitución estatuyó un consejo que, además de contar con funciones administrativas y disciplinarias, debe proponer al congreso los candidatos para ocupar la suprema corte. La Constitución argentina, del mismo modo, incorporó un consejo de la magistratura con funciones administrativas y disciplinarias, y con capacidad de nominar a los nuevos jueces aunque, en este caso –a diferencia del anterior–, la elección final queda en manos del presidente junto con el senado. En México, también, una reciente reforma judicial incorporó la institución del consejo de la judicatura, con el objeto de asegurar una mayor independencia judicial. Las funciones del consejo, en este caso, son algo diferentes respecto de las que

⁶ En 1982, se creó en Venezuela un "tribunal superior de salvaguarda" que cumple un rol decisivo en la designación de los jueces de la suprema corte. De todos modos, las designaciones realizadas desde entonces no fueron, por ello, menos polémicas. Las mismas siguieron siendo denunciadas como un mero producto de las afiliaciones políticas de los jueces.

⁷ El pacto, en este caso, fue firmado por Alberto Lleras y Laureano Gómez, y unió las fuerzas de los partidos Liberal y Conservador, los más importantes de Colombia.

⁸ En líneas generales, sobre la situación del poder judicial en América Latina, ver *Situación y políticas judiciales en América Latina*, et. por Jorge CORREA SUTIL. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Nº 2, Santiago (1993).

resultaron habituales en los demás casos: el consejo nombra a los jueces inferiores, pero no interviene en la designación de los miembros de la suprema corte⁹.

B) Límites

Soluciones tan comunes como el consejo de la magistratura constituyen un buen indicio de los deficitarios criterios que fueron empleados en lo relativo al logro de una justicia más independiente. Las deficiencias que pueden señalarse sobre este tipo de soluciones son numerosas. Un primer problema, sobre el cual no nos detendremos, tiene que ver con previsibles manipulaciones en el diseño del consejo: el poder político puede tratar de integrar dicha institución con miembros que le sean adeptos. Vale la pena notar, el riesgo en este caso es el de estar, simplemente, duplicando el problema en cuestión, o cambiando el nivel en el que se encontraba: tal vez ahora, en vez de preocuparnos primeramente por cómo se eligen los miembros de la suprema corte tengamos que preocuparnos, antes que nada, por cómo se eligen los miembros del consejo. O, peor aun, puede ocurrir que ahora tengamos que preocuparnos por la amenazante dependencia de ambos órganos en relación con el poder ejecutivo. Los mencionados intentos manipulativos se vislumbraron inmediatamente, a la hora de dar formas concretas al consejo. De todos modos, preferiríamos dejar de lado este problema y concentrarnos en cuestiones menos coyunturales, que muestran la seriedad de la cuestión en juego y la debilidad del tipo de soluciones propuestas.

Imaginemos, por ejemplo, y aunque sea muy difícil, que encontramos formas absolutamente irreprochables para nombrar a los jueces: elecciones directas, indirectas, a través de un consejo apolítico, a través de un organismo politizado, etcétera. ¿Qué habríamos logrado, entonces? Parece que muy poco, en realidad. En primer lugar, nada obsta a que –al día siguiente de haber sido (limpiamente) designados– los jueces comiencen a recibir presiones para decidir un caso particular de un cierto modo, o para dilatar en el tiempo o dejar de lado una cierta causa. En contextos como el latinoamericano, esta posibilidad no parece demasiado extravagante. De hecho, ello es algo que parece ocurrir más o menos habitualmente en relación con jueces inferiores y de carrera (es decir, jueces que, podríamos presumir, no han llegado a sus cargos por razones políticas) que por azar reciben causas particularmente "difíciles": se trata de jueces "independientes", que frente a ciertos casos resultan presionados para actuar de una determinada manera. En países con una cultura jurídica más asentada, el mismo problema de fondo se presenta de forma diferente. Por ejemplo, en Estados Unidos es muy habitual que un juez designado por la orientación "liberal" de su pensamiento, termine actuando como un juez "conservador", y viceversa. Sólo para citar un caso notorio: el famoso juez Warren, que presidió la suprema corte en los años '60, había sido designado por sus simpatías "conservadoras", y se convirtió –poco después de nombrado– en el juez más notable que tuvo la causa del "liberalismo político" en toda su historia. Situaciones como las citadas simplemente aluden a lo equivocado del enfoque habitual sobre la materia: el problema no radica, en todo caso,

⁹ La reforma judicial en México fue muy amplia. Respecto de los jueces de la suprema corte, se dispuso, entre otras medidas, la supresión de los "jueces supernumerarios" hasta entonces existentes. Estos eran cinco jueces que, en casos particulares, el presidente podía adicionar a los veintiún miembros de la corte, superando de ese modo posibles problemas en la formación de una mayoría judicial favorable. El modo de nombramiento de los magistrados de la corte también varió, ya que ahora los mismos deben resultar de un acuerdo entre el presidente y dos tercios de los miembros del senado, mientras que antes era suficiente con el acuerdo entre el ejecutivo y la mayoría de los senadores. Este requerimiento, al menos, dificulta la capacidad del partido hegemónico, PRI, para designar a jueces aliados.

en el modo de designación de los jueces, sino en el ejercicio diario de la función judicial y, sobre todo, en los alcances corrientes de la misma.

En efecto, las dificultades para justificar la tarea de los jueces comienzan a partir de cuestiones más relevantes, como las siguientes: i) entienden sobre todo tipo de cuestiones constitucionales (desde qué política económica se adopta, hasta qué se decide hacer en materia de aborto); ii) tienen el poder de decidir afirmando la "última palabra" institucional (nadie puede revertir una decisión del supremo organismo judicial, mientras que éste organismo puede, perfectamente, declarar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislativo y del ejecutivo); iii) no existen controles efectivos sobre los jueces durante el ejercicio de su mandato, que es de por vida (así, ni por parte de los órganos políticos, ni por parte de la ciudadanía ya que el juicio político, según veremos, está pensado para otro tipo de circunstancias).

Lo dicho no implica sugerir, por ejemplo, un rechazo de la tarea de control judicial. Lo que nos interesa, más bien, es objetar el modo en que se ha enfocado esta cuestión: *las recientes reformas se han quedado en la antesala del problema*, en su mera preocupación por las condiciones del nombramiento de los jueces. Han descuidado, de este modo, la posibilidad de establecer otro tipo de controles sobre el ejercicio diario de la función judicial; del mismo modo, han pasado por alto la posibilidad de limitar el tipo de cuestiones susceptibles de ser tratadas por la justicia; o la posibilidad de "quitarles" a los magistrados esta facultad de "decir la última palabra" institucional¹⁰.

Restaurando los frenos y contrapesos: más capacidad de control en el congreso, menos poderes en el poder ejecutivo

A) Alcances

Una de las máximas –tal vez la más importante– que distinguió a los recientes procesos de reforma constitucional fue la de tratar de restablecer el "equilibrio perdido" en el sistema institucional. Esta metáfora parece hacer referencia a cuestiones muy centrales para los ciudadanos latinoamericanos, ya que los últimos años, sobre todo, se mostraron especialmente difíciles para el antiguo esquema de división y equilibrio de poderes: el poder ejecutivo, poco a poco, fue concentrando en sí mismo poder de toma de decisiones, pasando por encima del congreso, y hasta llegar a legislar, en la práctica, a través de la emisión de decretos¹¹.

Que las recientes reformas se hayan orientado, muy especialmente, a resolver este tipo de situaciones, se explica a partir de las consecuencias inmediatas de dicha concentración de poder. Antes que nada, el mayor poder político del ejecutivo, y las dificultades existentes para controlarlo, amenazan con quitarle todo valor al proceso de elaboración normativa. En efecto, es razonable temer que, dadas condiciones como las citadas, el poder ejecutivo tienda a imponer su voluntad desconociendo la opinión de la ciudadanía o el parlamento, aun en contra de las orientaciones de aquéllos. Situaciones como las que se dieron recientemente en Perú, con el presidente Fujimori, en la Argentina, con Menem, en Brasil, con Collor de Mello, y en Bolivia, con Paz Estenssoro, resultan un reflejo extremo de riesgos como los citados: en todos los casos mencionados, el ejecutivo decidió, apenas

¹⁰ Discuto este tipo de posibilidades en mi trabajo *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ed. Ariel, Barcelona (1996).

¹¹ Un buen estudio sobre la situación del presidencialismo en Latinoamérica, en *The Failure of Presidential Democracy*, dos vols., ed. por Juan LINZ y Arturo VALENZUELA, The John Hopkins University Press, Baltimore (1994).

llegado al gobierno, adoptar un programa político directamente opuesto al que él mismo, durante el tiempo preelectoral, se había comprometido a cumplir. Más allá de los aciertos o desaciertos particulares de estos nuevos programas, esta capacidad del presidente para tomar decisiones a su arbitrio, y sin tener que enfrentar frenos significativos, parece obviamente objetable¹².

Por otro lado, la concentración de autoridad en el ejecutivo promueve lo que se ha dado en llamar una dinámica de "suma cero", conforme a la cual el partido político que vence en una cierta elección presidencial se adueña del "premio mayor", y los que pierden quedan básicamente excluidos del juego hasta la próxima contienda electoral. Esta dinámica no cooperativa genera así incentivos poco atractivos, ya que —entre otras cosas— hace que resulte una conducta racional para el "perdedor", la de dificultarle el ejercicio del poder al "ganador": quien perdió las elecciones pasa a considerar como una victoria cualquier error del ejecutivo, y viceversa. Razonablemente se ha entendido, además, que esta situación le agrega "rigidez" al sistema político. En efecto, dado que quien gana las elecciones presidenciales pasa a concentrar sobre sí mismo buena parte del poder institucional, luego, cualquier repentina debilidad o crisis del ejecutivo tiende a transformarse en una crisis que afecta a todo el sistema político: éste se convierte, así, en un andamiaje poco flexible, poco capaz de hacer frente a situaciones difíciles.

Frente al panorama planteado, las recientes reformas institucionales se orientaron a reestablecer el "equilibrio de poderes perdido", recurriendo a dos estrategias principales: por un lado, reducir los poderes del presidente; por otro, incrementar la capacidad controladora del congreso.

La reducción de los poderes presidenciales fue una iniciativa común a casi todas las nuevas reformas, aunque no a todas ellas. La reforma constitucional en Ecuador, por ejemplo (hecha antes de que tomara cuerpo este ideario contrapresidencialista), se orientó más bien a reforzar los poderes del presidente. Lo mismo puede decirse de la reforma llevada adelante en Perú, en 1993. De todos modos, descriptivamente, y en principio, parece cierto que existió esta general tendencia a restringir las facultades del ejecutivo.

En Chile y Paraguay, estos "recortes" resultaron particularmente claros, dado que las nuevas constituciones vinieron a modificar los textos previamente redactados por gobiernos autoritarios. En el caso de Chile, el presidente perdió muchas de las facultades extraordinarias que tenía y que caracterizaron a la Constitución de Pinochet: el presidente ya no puede disolver al legislativo; ni enviar a exilio (interno o externo) a quienes se oponen al régimen; ni restringir los derechos de asociación y organización de grupos disidentes; ni imponer medidas de censura sobre la correspondencia o las comunicaciones. Más aun, instituciones diseñadas por Pinochet para "permanecer después de dejar el poder" también perdieron parte de su fuerza inicial. Este es el caso de los "senadores designados" —senadores ("designados por Pinochet") que venían a representar la "voz de los expertos", la "voz racional (entendida como 'no ideologizada')", dentro del congreso—, quienes perdieron peso relativo al aumentarse el número total de los senadores. Algo similar ocurrió, también, en relación con el Consejo Nacional de Seguridad, creado por Pinochet como

¹²Entre los muchos análisis interesantes al respecto ver, por ejemplo, Juan LINZ: "Democracy: Presidential or Parliamentary. Does it Make a Difference?", Manuscrito, Universidad de Yale (1984); Guillermo O'DONNELL: "Delegative Democracy?", The Hellen Kellog Institute for International Studies, University of Notre Dame, Working Paper Nº 172 (marzo de 1992); Arend LIPJHART: "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations", Manuscrito, University of California, San Diego (1990); ADAM PRZEWORSKI: *Democracy and the Market*, Cambridge University Press (1991); *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, ed. por Carlos NINO, EUDEBA, Buenos Aires (1988).

organismo consultivo –pero dirigido, en última instancia, a asegurar el "rol tutelar de las fuerzas armadas"– que, aunque no desapareció, sufrió cambios importantes en su composición que permitieron disminuir el peso relativo de los asesores militares.

En el caso de Paraguay, los cambios introducidos por la nueva Constitución implicaron, asimismo, recortes importantes sobre las facultades reconocidas al ejecutivo durante el gobierno anterior –en este caso, presidido por el general Stroessner–. Aquí también, el presidente perdió su capacidad para disolver el congreso; como perdió la exclusividad y discrecionalidad que tenía respecto de facultades tales como la declaración del estado de sitio. A la vez, la nueva Constitución disolvió también órganos típicamente distintivos del anterior régimen (como el Consejo de Estado, un órgano corporativo compuesto por el arzobispo de Asunción, el rector de la universidad nacional y representantes de los principales grupos de poder del país), y con funciones consultivas y legislativas (por ejemplo, nombrar a los miembros de la suprema corte, nombrar diplomáticos, etcétera)¹³.

En otros casos, en donde no se enfrentaba la necesidad de reformar una constitución "autoritaria", los recortes de poder sobre el ejecutivo resultaron menos impactantes aunque no por ello, necesariamente, menos significativos. En la Argentina, la Constitución de 1994 introdujo reformas que en parte redujeron y en parte incrementaron los poderes del ejecutivo. Por un lado, se redujo su período de mandato de 6 a 4 años, pero por otro lado se abrió la posibilidad de la reelección presidencial. Asimismo, se introdujo la figura del "jefe de gabinete"¹⁴ –que en parte vino a reducir las funciones del presidente– pero, también, se le dio rango constitucional a atribuciones del presidente antes no reconocidas (aunque a veces propias de la práctica jurídica). Así ocurrió, por ejemplo, con la capacidad ejecutiva de dictar decretos de emergencia, o la de presentar vetos parciales frente a los proyectos del legislativo.

La Constitución boliviana introdujo reformas más orientadas a mejorar la legitimidad del presidente –a través de cambios en los mecanismos de elección– que a reducir sus poderes. La Constitución brasileña, en cambio, apareció directamente orientada a cambiar el régimen de gobierno, reemplazando el tradicional régimen presidencialista por uno parlamentario. Sin embargo, a último momento, el proyecto parlamentarista fue subrepticamente dejado de lado (aparentemente, por presiones militares), transfiriéndose la discusión sobre el tipo de régimen a un plebiscito que se desarrollaría con posterioridad¹⁵.

Según dijera, la otra herramienta utilizada para reconquistar el "equilibrio institucional perdido" fue la de incrementar los poderes de control del congreso. Esta decisión resultó casi unánimemente adoptada en toda Latinoamérica. Así, por ejemplo, en Paraguay la nueva Constitución i) autoriza al congreso para pedir informes a los organismos administrativos; ii) le permite citar frente a sí e interpellar a distintas autoridades públicas (aunque no al presidente, al vicepresidente y a los jueces); iii) le reconoce la capacidad de censurar a

¹³ Ver al respecto, por ejemplo, Alejandro VIAL y Esteban CABALLERO: *Poder Legislativo en el cono sur: El caso paraguay*, vol. 2, Centro de Estudios Democráticos, Asunción (1994); Carlos BALMELLI: *El desarrollo institucional*, El Lector, Asunción (1995); Juan Carlos MENDONCA: *Constituciones de la República del Paraguay*, Universidad Católica, Asunción (1991).

¹⁴ El jefe de gabinete tiene a su cargo tareas administrativas, más las que le delegue el presidente. Además, se encarga de coordinar las actividades de los distintos ministros y constituye el vínculo entre el ejecutivo y el congreso.

¹⁵ Finalmente, el resultado de este plebiscito (en el que se puso en juego no sólo el carácter parlamentario o presidencialista del régimen sino, aun, la forma republicana o monárquica de gobierno) resultó favorable a la adopción de una república presidencialista.

tales funcionarios (aunque la decisión última de removerlos queda en manos del presidente); iv) lo autoriza a formar comisiones investigativas; v) crea la institución del juicio político, hasta entonces desconocida en el país.

La Constitución boliviana incluye, de modo similar, una autorización para que el congreso demande informes escritos a los ministros y para que proponga investigaciones acerca de todo tipo de cuestiones que hagan al interés nacional. Además, la Constitución autoriza a los legisladores no sólo a interrogar, sino también a censurar a los ministros acusados –aunque, en última instancia, el presidente puede aceptar o rechazar tal eventual moción de censura–. La Constitución brasileña, por su parte, incluye también una variada serie de medidas destinadas a mejorar la capacidad controladora del congreso: exigir informes, crear comisiones legislativas, establecer controles financieros (esto, en colaboración con el poder judicial), etcétera. La Constitución de Perú, del mismo modo, reconoce la capacidad legislativa de requerir informes y citar a declarar frente a sí a cualquier ciudadano. La Argentina, por su parte, declara explícitamente que el congreso debe controlar al "sector público nacional" y, a tal fin, y con el objeto de apoyar al congreso en dicha tarea, organiza la "auditoría general de la nación" que, según la misma Constitución, debe estar presidida por un miembro del partido opositor¹⁶.

B) Límites

Los problemas frente a disposiciones como las mencionadas son varios, sobre todo si nos concentramos a examinar la eficiencia de los medios elegidos para reducir las facultades del ejecutivo y mejorar los controles institucionales sobre éste. Por ejemplo, podría mencionarse que el presidente de la nación sigue contando con facultades difíciles de justificar, y rechazadas en presidencialismos más eficientes y estables, como el de los Estados Unidos (así, típicamente, en cuanto a sus facultades respecto del estado de sitio, o la intervención federal); que el congreso sigue careciendo de poderes básicos de control (como el poder de censura efectivo sobre los ministros; o aun la capacidad de intervención previa al nombramiento de cualquier ministro, intervención esta última que sí es reconocida en países presidencialistas como los Estados Unidos, y que efectivamente contribuye a realzar el rol político del congreso); que muchas de las innovaciones adoptadas resultan exageradamente tímidas (típicamente, éste es el caso de la "auditoría general", en la Argentina, que conforme a la nueva Constitución es presidida por un miembro de la oposición, pero cuya mayoría –que es la que, en definitiva, toma las decisiones– está controlada por el partido del gobierno; o el mismo jefe de gabinete, que en definitiva depende del ejecutivo y no del congreso).

De todos modos, en lugar de detenernos en el análisis de objeciones como las mencionadas, sólo nos ocuparemos aquí de cuestiones teóricas más básicas, que creemos terminan afectando más seriamente a las reformas recién implementadas. En este sentido, y antes que nada, entendemos que es conveniente reflexionar sobre la misma idea de "frenos y contrapesos", de "equilibrio", que tales reformas parecen estar honrando. Resulta claro que el valor de tal "equilibrio" depende de qué es lo que se está equilibrando. En el momento en que se creó la Constitución norteamericana –Constitución madre de

¹⁶ En idéntico sentido, aunque aquí no voy a dedicarme al análisis de este tipo de mecanismos, corresponde señalar que hubo otra serie de (incipientes) esfuerzos destinados a reforzar los controles sobre el ejecutivo. Me refiero a la tendencia –común en la mayoría de las nuevas constituciones– a crear o dar mayor respaldo normativo a instituciones como la fiscalía general de investigaciones o el "ombudsman". Notablemente, este tipo de esfuerzos pueden verificarse en constituciones como las de Colombia, Bolivia, Argentina, Brasil, Paraguay y Perú.

todas las latinoamericanas—, dicha cuestión estaba más o menos en claro. Entonces, se hablaba de una sociedad dividida en dos grupos básicos, mayorías y minorías (esto significaba, en esa época, "deudores y acreedores", esto es, "pobres y ricos" o, "no propietarios y propietarios"), que debían ser igualados en cuanto a su poder para evitar posibles opresiones de un grupo sobre el otro¹⁷. El sistema de "frenos y contrapesos", en este sentido, se orientaba a asegurar que tanto un grupo como el otro adquiriera ciertas "armas defensivas" (así, por ejemplo, poderes de veto) para poder enfrentar posibles intentos abusivos del grupo rival. Como decía Hamilton, "[d]adle todo el poder a [la mayoría] y ella oprimirá a [la minoría]. Dadle todo el poder a [la minoría] y ella oprimirá a [la mayoría]. Ambos grupos, entonces, tienen que contar con poder, de modo tal que cada uno de ellos pueda defenderse frente al grupo rival"¹⁸. Claramente, tal concepción estaba basada en una peculiar visión sobre la democracia (visión que hoy podríamos llamar "pluralista"), según la cual el valor del sistema político residía en la estabilidad, en la no tiranía. Se otorgaba, así, un valor negativo a (lo que hoy llamaríamos) la democracia.

Ahora bien, frente a dicho modelo podríamos sostener lo siguiente: puede ser muy importante otorgarle poder institucional a las mayorías y a las minorías, como puede ser muy importante asegurarle una protección especial a los miembros del último grupo. Sin embargo, dichas aspiraciones no tienen por qué llevarnos a justificar el otorgamiento de un poder institucional equivalente a ambos grupos. Está lejos de ser obvio que un buen sistema político deba asegurar que las minorías queden equiparadas a las mayorías en cuanto a su poder de influencia en el proceso de toma de decisiones.

De todos modos, podemos dejar de lado tal tipo de consideraciones y concentrarnos, más bien, en lo que puede significar actualmente dicho modelo de "frenos y contrapesos". Al respecto, lo más obvio que se podría decir es que la actual situación social dista sustancialmente de la que caracterizaba a aquel momento original (la sociedad no se divide en dos grupos fundamentales, no es dable pensar que los diferentes grupos sociales puedan adquirir "porciones" de poder institucional, etcétera), y que este nuevo contexto nos exige repensar el sentido mismo de la idea de "frenos y contrapesos" anterior. Sin embargo, considero más importante llamar la atención sobre un punto más básico, y que tiene que ver con la noción de democracia que fundamentaba, en última instancia, aquel modelo de "balances mutuos". Hoy tiene sentido que nos preguntemos acerca del valor de asegurar aquel "equilibrio": ¿cuál es la razón para "restaurar el equilibrio perdido" (fundamentalmente) entre el poder ejecutivo y el poder legislativo? ¿Qué es lo que justifica que un órgano no deliberativo, unipersonal (como el ejecutivo) tenga un poder equivalente al de un órgano pluripersonal (el congreso), en principio, mejor equipado para recabar opiniones ideológicas diversas, y hacer que se escuchen y se tengan en cuenta demandas provenientes de los puntos más distantes del país? Contra las tendencias que han caracterizado a las reformas recientes, alguien podría preguntarse, razonablemente, cuál es el sentido de aumentar las facultades de control del parlamento: ¿por qué actuar como si el poder ejecutivo fuese la máxima autoridad legislativa de la nación y el congreso el encargado de limitarlo?

¹⁷ Esta idea era típica, por ejemplo, en el pensamiento de MADISON. La sociedad, decía, estará siempre dividida en "los que tienen y los que no tienen propiedad... los acreedores y los deudores". Ver, por ejemplo, en el famoso *Federalista* Nº 10. Del mismo modo, consultar sus discursos del 4 y 6 de junio de 1787, en la convención; sus cartas a Thomas Jefferson del 24 de octubre de 1787, y el 15 de octubre de 1788. HAMILTON también fue muy claro en sus pronunciamientos al respecto. Ver, en particular, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 3 vols., New Haven, Yale University Press (1966), ed. por Max FARRAND. En especial, vol. 1, p. 288 y pp. 421-23.

¹⁸ HAMILTON, en *The Records...*, vol. 1, p. 288. En idéntico sentido, MADISON, *ibíd.*, p. 431.

En mi opinión, lo que explica estos nuevos intentos de "restaurar el equilibrio perdido", antes que nada, es una cierta fetichización de la idea de "frenos y contrapesos". Contra dicha actitud alguien podría proponer, razonablemente, que se deje de lado la aspiración del "equilibrio de poderes", para optar en cambio, y por ejemplo, por un sistema ("no equilibrado") en donde la voz de los órganos mayoritarios esté por encima (y no subordinada, como actualmente) a la voz de los demás poderes (lo cual no implica rechazar la posibilidad de controles focalizados, específicos, al respecto)¹⁹.

Más aun, frente al propósito "restaurador" de las recientes reformas, alguien podría preguntarse cual es la razón para "proveer de armas defensivas" a los distintos poderes, en lugar de proveer mejores incentivos para alentar un mayor "diálogo" o debate entre ellos. No desconozco que muchos autores contemporáneos han querido mostrar que el sistema de frenos y contrapesos no sólo es compatible con el mayor debate público sino, además, el mejor mecanismo para promocionar tal debate. Sin embargo, parece algo forzado definir como "debate" una situación en la que, por ejemplo, el legislativo dicta, digamos, una serie de leyes de regulación económica, y el poder judicial, sistemáticamente, sostiene que tales leyes son inconstitucionales. Tal vez una mejor descripción de dicha situación sea la que dice que en tales casos lo que se da es un mero "ejercicio de fuerza". Madison, tiempo atrás, parecía acercarse a este tema de manera más abierta, o menos ambigua. Para él, la esencia del sistema de frenos y contrapesos estaba en la idea de que "la ambición debe contrarrestarse con la ambición" (así, en *El Federalista*, Nº 51), lo cual implicaba reconocer que entre las distintas ramas del poder iban a darse enfrentamientos constantes, a presentarse permanentes intentos de mutuo abuso. Este enfoque, según creemos, resultaba mucho más adecuado para describir el tipo de juego que, todavía hoy, tiende a darse entre los diferentes departamentos del poder: la práctica parece ser la de un intercambio de favores (del tipo "concedo esto a cambio de aquello"); o de amenazas (amenazas del tipo "si no me concedés X ahora, después sufrirás Y")²⁰. Si, en efecto, éste es el tipo de situaciones que suelen derivarse del sistema de frenos y contrapesos, luego, uno puede ver con preocupación el hecho de que no se hayan adoptado mecanismos más aptos para incentivar el debate institucional que los hasta ahora existentes.

Derechos sociales

A) Alcances

La inclusión de nuevos derechos sociales resultó un elemento común a casi todas las recientes reformas latinoamericanas. La admisión de estos nuevos derechos, junto con el reconocimiento de nuevos derechos a la participación política directa, resultaron –en líneas generales– los principales logros constitucionales de las agrupaciones políticas de izquierda. De hecho, podría decirse que un buen test para detectar la mayor o menor influencia de

¹⁹ Decir esto, obviamente, no implica asumir algo que no es real: que el parlamento constituye un órgano adecuadamente representativo de la voluntad mayoritaria. Sin embargo, si nos importa afirmar que este tipo de falencias no deben llevarnos a abdicar del ideal de una democracia "mayoritaria" (sino, en todo caso, a producir reformas destinadas a favorecer tal ideal), ni nos deben llevar a defender el actual statu quo institucional –que ha consagrado una transferencia de la capacidad normativa del congreso hacia el ejecutivo y el poder judicial (dos órganos que, además, se muestran lejos de estar a salvo del tipo de problemas que se le objetan al congreso).

²⁰ Para ver argumentos del sistema de frenos y contrapesos como un sistema deliberativo, ver Bruce ACKERMAN: *We the People...*, op. cit.; Cass SUNSTEIN: *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, N. York, 1995; Stephen HOLMES: "Precommitment and the Paradox of Democracy", en *Constitutionalism and Democracy*, op. cit.

los partidos de izquierda dentro de las distintas convenciones constituyentes es el de pasar revista a la lista de derechos sociales reconocidos dentro del nuevo texto constitucional. Típicamente, eso puede advertirse en casos como el de la Argentina o Brasil, y especialmente en el de Colombia.

En Colombia, y entre las cláusulas "sociales" del nuevo texto constitucional, se incluyen disposiciones muy específicas sobre el tipo de familia que apoya el estado (incluyendo referencias sobre el divorcio, los hijos extramatrimoniales, o las políticas reproductivas, art. 42); cláusulas disponiendo subsidios para la mujer embarazada (art. 43); referencias sobre el derecho a la recreación, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52); alusiones a la función "ecológica" de la propiedad (art. 58); reglamentaciones detalladas sobre las donaciones y la herencia (art. 62); garantías sobre el acceso a la tierra (art. 64); disposiciones sobre el tipo específico de producción que debe alentar el estado (art. 65); minuciosas regulaciones sobre la educación, su duración y sus contenidos (art. 67 e inmediatos siguientes); detalles precisos sobre el ente regulador de la televisión, su composición y su duración (art. 77); etcétera.

La Constitución de Brasil resulta similarmente minuciosa en esta materia, incluyendo referencias sobre el seguro de desempleo; detalles sobre la duración del día de trabajo y sobre los pagos requeridos –dependiendo del tipo de trabajo en juego–; derechos a la participación en las ganancias de la empresa; precisiones sobre el preaviso en caso de despido (y sobre los años que deben pasar antes de que prescriban las acciones del trabajador contra su empleador); etcétera.

La Constitución de la Argentina (además de incorporar explícitamente una nueva serie de derechos), curiosa y polémicamente, incorporó de modo directo a su texto una enorme lista de tratados internacionales firmados por el país (entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño; y otros siete tratados adicionales).

B) Límites

¿Cuál es el problema de ser tan detallista en materia de derechos sociales? Una primera observación al respecto –observación a la cual, y por su obviedad, no dedicaremos mayor espacio– se vincula con las inatractivas consecuencias de este tipo de medidas. Fundamentalmente, la extensa enumeración de derechos tiende, más que a generar expectativas excesivas, a provocar un directo desvalorizamiento del texto constitucional. La sensación de que la Constitución es un texto vacuo, cargado de promesas irrealizables, conduce luego a un razonable menosprecio hacia la misma.

De todos modos, los cuestionamientos más serios sobre la inclusión de nuevos derechos tiene que ver con un tema mucho más básico, vinculado con la tensión que existe entre la idea de derechos (derechos humanos, en general) y la idea de democracia. En efecto, aunque en nuestro discurso habitual apelamos a una y otra idea como si fueran perfectamente coherentes entre sí, lo cierto es que no existe una clara compatibilidad entre ambas nociones: a través de la apelación a la idea de democracia, pretendemos que la ciudadanía, mayoritariamente, decida en todas aquellas cuestiones que sean atinentes a su propio destino; a través de la apelación a la idea de derechos (humanos), en cambio, pretendemos que ciertas cuestiones se conviertan en intangibles frente a los deseos contrarios de cualquier grupo (inclusive una mayoría, por ejemplo, animada por motivaciones racistas). De allí que la demanda por más democracia, en principio, pueda verse como

una demanda por menores derechos, y la demanda por más derechos como una demanda por menos democracia²¹.

Lo dicho no significa afirmar, por ejemplo, que no es legítimo reclamar por la inclusión de ciertos derechos (sociales) adicionales. Simplemente, nos interesa dejar en claro cuáles son las implicaciones de demandas como las citadas. Tal vez tengamos buenas razones para extender nuestros reclamos en favor de ciertos derechos, por ejemplo, porque no confiamos en el procedimiento democrático, o porque creemos que el mismo, paradójicamente, termina perjudicando más que favoreciendo los intereses de la mayoría. Sin embargo, si este último fuera el caso, deberíamos preocuparnos por el hecho de estar consagrando tales derechos a partir del mismo procedimiento democrático que objetamos.

Yendo ahora a cuestiones institucionales más específicas, diría que la inserción de amplias listas de derechos tiende a afectar la misma distribución de poderes establecida en la Constitución. Básicamente, entendemos que cualquier aumento en el número de derechos puede implicar una consiguiente transferencia de poder desde el legislativo hacia la rama judicial. Resulta claro: por una parte, los jueces aparecen (en principio), como los encargados de custodiar los derechos establecidos en la Constitución, y al mismo tiempo, por otra parte, cuanto más derechos aseguramos, menor es el margen que dejamos para lo que puede ser decidido democráticamente por el legislativo (así, por ejemplo, piénsese en el caso en que se incluye un compromiso constitucional con la economía de mercado). Esta mera consecuencia resulta un tanto preocupante, si es que nuestro ideal (como parece serlo, desafortunadamente) es el de asegurar un cierto "equilibrio entre poderes". Sin embargo, la cuestión es bastante más seria que la enunciada, ya que el poder judicial es, según viéramos, el poder con menos legitimidad democrática de todos los existentes: los jueces no son elegidos de modo directo (como suele ocurrir en los casos de los poderes legislativo y ejecutivo), ni están sujetos a la pérdida de su cargo, en el caso en que la ciudadanía esté disconforme con la orientación de sus decisiones. Sencillamente, no existe modo institucional alguno para remover a los jueces, ya que ellos permanecen en sus cargos de por vida, y mientras mantengan su buena conducta. El juicio político —que sí puede implicar la remoción de un juez, aunque esto suceda más que excepcionalmente— sólo corresponde en casos de inconductas y no, claramente, en caso de (meras) desavenencias ideológicas o desacuerdos en cuanto al modo debido de interpretar una norma.

Para dar algún ejemplo más concreto acerca del tipo de problemas al que estoy haciendo referencia, piénsese en el caso de que la Constitución consagre en su texto —como suele ocurrir, en Latinoamérica— un derecho tal como el "derecho a una vivienda digna". Allí pueden ocurrir al menos dos cosas, ambas más bien implausibles: puede suceder que el poder judicial pretenda "poner en marcha" ese derecho, lo cual resulta poco atractivo, dada la falta de legitimidad democrática de los jueces y nuestra consiguiente incapacidad para controlarlos, reprocharlos o hacerles cambiar de opinión (en caso de que disintamos en el modo en que deciden llevar adelante su tarea); o puede ocurrir lo que habitualmente ha sucedido en la práctica latinoamericana: que el poder judicial desmerezca ese derecho, sosteniendo que el mismo es un derecho "programático" y, como tal, no directamente operativo. Por este tipo de cuestiones, debiéramos ser especialmente cuidadosos cuando —como sucede al extender la lista de derechos sociales— decidimos transferirle (todavía) mayor poder a los jueces.

²¹ Una discusión ilustrativa sobre estos problemas, en *Constitutionalism and Democracy*, ed. por Jon ELSTER y Rune SLAGSTAD, Cambridge, Cambridge University Press (1988). Una forma original pero muy polémica de reconciliar las ideas de democracia y derechos en el trabajo de Bruce ACKERMAN incluido en aquel volumen y, más específicamente, en *We the People: Foundations*. Belknap Press of Harvard University Press, vol. 1 (1991).

Participación

A) Alcances

Otra característica común a casi todas las recientes reformas constitucionales es la de asegurar ciertos derechos a la participación política, hasta entonces obviados por la mayoría de los textos fundamentales. En algunos casos, los derechos a la participación asegurados fueron realmente básicos: en constituciones como las de Perú (desde la reforma de 1979), Brasil o Ecuador se extendió el voto a aquellos que carecían de propiedad personal y/o eran iletrados –quienes, no mucho antes, y por tales razones, veían limitada su intervención en el proceso político–. Más frecuente todavía fue la inclusión de derechos a la participación política directa, que –según diremos– no parecían implícitos en los textos anteriores. Como se dijera al comienzo de este trabajo, este tipo de reformas, junto con la inclusión de nuevos derechos sociales, tendieron a ser los principales reclamos constitucionales de las fuerzas políticas "progresistas".

En tal sentido, puede verse la inclusión de este tipo de derechos participativos, por ejemplo, en la nueva Constitución ecuatoriana (que incluyó referencias a los derechos de consulta e iniciativa popular); en la de Brasil (que hace referencia a los mecanismos del plebiscito, del referéndum y de la iniciativa popular); en la de la Argentina (que habla de referéndum, plebiscito y consulta popular); en la de Paraguay (referéndum, iniciativa popular); en la de Colombia (referéndum, plebiscito); o en la de Chile (que autoriza a que la ciudadanía participe directamente en política en el nivel local –cuando son invitados a hacerlo por la máxima autoridad local)²².

Por supuesto que estas referencias a ciertos derechos a una participación política directa resultan significativos. De hecho, la falta de una referencia explícita a los mismos dio lugar a crisis políticas serias e innecesarias. Para advertir lo dicho, un ejemplo interesante puede ser el siguiente. En la Argentina, la Constitución establecía (art. 22) –como sigue estableciendo– una cláusula según la cual el pueblo "no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución". A partir de esta cláusula –y la ausencia de otras reconociendo formas de democracia directa– el gobierno de Alfonsín no sólo vio limitada su aspiración de asegurar (al menos en ciertas ocasiones) formas participativas más directas, sino que además debió enfrentarse –por lo menos en un caso– a una crisis institucional considerable, ante el intento opositor de revertir (en el parlamento) el resultado de un plebiscito casi unánimemente favorable a un tratado firmado por el entonces presidente argentino²³.

El valor de los derechos de participación directa puede verse afirmado, además, por casos como el de Uruguay, en donde tal tipo de derechos han estado vigentes desde hace años, y con relativo éxito. En el mencionado país, los ciudadanos tienen el derecho de

²² En Bolivia, este tipo de invocaciones a la participación popular se tornaron más evidentes a partir de una ley de abril de 1994, conocida como la ley de "participación popular". Esta ley se orienta a que las comunidades rurales y urbanas adquieran el derecho de ejercer un control directo sobre el uso de los fondos asignados por el gobierno central, con el objeto de atender la salud y la educación, fundamentalmente.

²³ En efecto, en primer lugar, Alfonsín no pudo darle carácter vinculante, como quería, a una consulta popular convocada en relación con un acuerdo de paz firmado por el gobierno argentino con el de Chile, relativo a sus respectivos derechos territoriales sobre el canal de Beagle. Pero, más gravemente aun, la oposición legislativa estuvo a punto de anular dicho acuerdo, que en la consulta popular había sido ratificado por más del 80 % de la población. Si la oposición hubiera logrado su objetivo de anular el tratado (objetivo que, finalmente, no pudo concretar por sólo un voto), la legitimidad de la misma democracia, recién nacida, hubiera sufrido un golpe muy serio.

requerir un referéndum a nivel nacional, cada vez que un 25 % de los votantes habilitados presentan una petición demandando tal derecho. Recientemente, los uruguayos recurrieron a este tipo de referéndum al menos en dos ocasiones cruciales: una, para evaluar el proceso de privatizaciones en curso, y otra, para decidir qué continuidad darle a los juicios contra el poder militar por pasadas violaciones a los derechos humanos²⁴.

De todos modos, y a pesar de las consideraciones anteriores, existen varias razones que deben llevarnos a limitar cualquier repentino entusiasmo con relación a los mencionados derechos participativos y sus consecuencias posibles. En mi opinión, el "pensamiento progresista" ha defendido e impulsado estos derechos a partir de argumentaciones tan poco atractivas que, en definitiva, ha terminado convirtiendo tales derechos en herramientas favorables, más bien, a sus opositores políticos.

B) Límites

En las recientes convenciones constituyentes, la participación política directa se ha defendido, muy habitualmente, a partir de una visión (que llamaría) "populista" de la democracia. Según esta visión, la expresión directa de la ciudadanía es considerada una condición necesaria y suficiente para la toma de decisiones políticas adecuadas. Esta visión, de resonancias rousseauianas, ha mostrado tener un enorme impacto político, y ha quedado reflejada en consideraciones del tipo "la voz del pueblo es la voz de Dios" (características del "antifederalismo" norteamericano en el siglo XVIII), o (más contemporáneamente) "el pueblo nunca se equivoca". Aun en sus versiones más elaboradas, este tipo de concepciones descuida (cuando no desvaloriza, directamente) la importancia del diálogo público y el intercambio de razones. Lo que ocurre aparentemente es que se asume la voluntad de los individuos como predeterminada, por lo cual, luego, resulta lógico que no se le preste mayor importancia a la discusión política. En las formas más extremas de esta visión, los intentos por convencer a otros, o de hacerles cambiar de criterio, resultan impugnados como ejercicios retóricos, como formas de "corromper" la "voluntad general"²⁵.

Por supuesto, lo que este tipo de posiciones afirma resulta bastante contraintuitivo. Ello, sobre todo, si consideramos los tremendos déficit que pueden caracterizar a la "democracia directa" en ausencia de ciertas básicas precondiciones. Piénsese, simplemente, en las implicaciones de que los individuos vayan separadamente, uno a uno, a emitir su voto sin tener una oportunidad equitativa de discutir previamente con los demás; sin tener la chance de corregir sus propios puntos de vista y mejorar los de los otros; sin tener la posibilidad de abandonar sus propios prejuicios (confrontando sus posiciones, directamente, con las de las víctimas de tales prejuicios); sin tener acceso a información elemental para llevar adelante un voto con sentido; sin tener la oportunidad de escuchar las voces de todos aquellos que van a ser afectados por la decisión a tomarse (desde los más poderosos hasta los más débiles). Si no se toma cuidado de circunstancias como las mencionadas, luego resulta arbitrario sostener que el voto mayoritario constituye una "expresión de la voz del soberano".

²⁴ En este último caso, estaba en juego la llamada "ley de caducidad de la pretensión punitiva del estado", aprobada en 1986, que prohibía cualquier juicio en contra de los militares en relación con crímenes cometidos hasta el primero de marzo de 1985. La consulta nacional llevada a cabo en abril de 1989 favoreció la ratificación de la ley.

²⁵ En el análisis de esta postura, fundamentalmente, ver el excelente trabajo de Bernard MANIN: "On Legitimacy and Political Deliberation", *Political Theory*, vol. 15, Nº 3 (agosto de 1987), pp. 338-368.

Lo dicho, corresponde reiterarlo, no implica un rechazo de los derechos participativos ni, muchísimo menos, la defensa del actual sistema de toma de decisiones (que, muchas veces, parece simplemente "pasar por encima" de la voluntad mayoritaria). Lo que nos interesa, más bien, es objetar la posibilidad –habitualmente confirmada– de que los derechos "participativos" sean implementados de un modo precario. Cuando esto último ocurre –esto es, cuando no se asegura que tales referéndum o plebiscitos sean precedidos, al menos, por procesos de información y debate suficientes–, la participación directa puede terminar convirtiéndose en una herramienta extraordinariamente útil para gobernantes animados por ideales poco democráticos. No resulta sorprendente, en este sentido, el frecuente uso de este tipo de mecanismo por parte de algunas de las experiencias de gobierno más autoritarias que se dieron en Latinoamérica. Típicamente, el dictador Pinochet recurrió a la convocatoria de plebiscitos con el fin de dotar de legitimidad a algunas de sus decisiones. En 1980, por ejemplo, Pinochet convocó a un plebiscito para poner a consideración popular tres cuestiones: su permanencia en el poder por ocho años más; la aprobación de ciertas regulaciones transitorias –que servirían para definir algunas pautas sobre el ejercicio del poder en los próximos años–; y la ratificación del texto final de la nueva Constitución, que comenzaría a ser aplicada en 1990. La ciudadanía, según los números, favoreció a Pinochet, cuyas propuestas recibieron el apoyo del 65,7 % de los votos (y fueron rechazadas sólo por un 30,19 % de la gente). Claramente, este tipo de eventos fueron llevados a cabo dentro de un contexto en el que no existían partidos o asociaciones políticas pluralistas, y en donde la libertad de prensa y de reunión estaban limitadas.

De modo similar, el presidente de Perú, Alberto Fujimori, tendió a apelar a la "voluntad directa" de la ciudadanía con el objeto de dotar a sus políticas de la legitimidad de la que carecían. Así, por ejemplo, Fujimori recurrió a una consulta popular en 1993 con el objeto de ratificar la aprobación de la nueva Constitución. Nuevamente, esta votación se llevó a cabo dentro de un contexto políticamente empobrecido y con casi nulas posibilidades de discutir abiertamente las cuestiones en disputa. El plebiscito que se desarrolló en Brasil, con el fin de determinar la continuidad o no del sistema presidencialista y republicano de gobierno, fue una nueva muestra de los inconvenientes derivados de la no discusión previa: pocos parecían saber de qué se trataba el plebiscito, qué era lo que estaba en juego. Así, la apelación a la democracia directa quedó rodeada de una general sensación de inutilidad. El plebiscito llevado a cabo por el gobernador de Buenos Aires, Eduardo Duhalde, a comienzos de la década del '90 (buscando respaldo popular para la reelección que la Constitución provincial le impedía), constituyó otro ejemplo de los abusos a que pueden dar lugar estas convocatorias populares: el llamamiento se hizo de manera imprevista, la oposición no tuvo siquiera la oportunidad de organizarse y el gobernador utilizó enorme cantidad de recursos en promocionar su propio punto de vista.

Una de las peores consecuencias de situaciones como las mencionadas –mecanismos de democracia directa implementados sin un proceso previo de información y deliberación– es que mucha gente bien animada termina poniendo en duda el valor y el sentido mismo de la intervención directa de los ciudadanos. Típicamente, el "pensamiento progresista" suele aparecer desconcertado cuando advierte que (los que aparecen como) los peores resultados posibles son ratificados, uno tras otro, por amplias mayorías. Para evitar este tipo de consecuencias –y, sobre todo, para evitar posibles abusos sobre la voluntad ciudadana–, las nuevas reformas o, al menos, las nuevas leyes destinadas a "operativizar" las nuevas reformas, deberían ser muy cuidadosas en sus referencias al modo en que se disponga el ejercicio de la participación política directa. La realidad, sin embargo, parece mostrar que –también en esta materia– descuidos como los mencionados siguen constituyendo la regla y no la excepción.

El ideal de la "representación plena" y la crisis del legislativo

A) Alcances

Desde hace algunos años, y como nunca antes, las legislaturas latinoamericanas muestran estar padeciendo de altos grados de desprestigio. La llamada "crisis de representación" que, en líneas generales, pareció afectar a todo el sistema político, impactó sobre el legislativo más que sobre cualquier otro órgano. No resultan sorprendentes, luego, los dramáticos resultados de encuestas recientes. Por ejemplo, estudios significativos hablan de que, en casi todos los países de la región, más de un 50 % de la población desconfía del congreso (con cifras cercanas al 80 % en Colombia, por caso); que 8 de cada 10 argentinos, colombianos, peruanos, o 7 de cada 10 mexicanos, desconfían de sus partidos políticos²⁶.

La gravedad de la situación mencionada hizo que en la mayoría de los casos se buscara utilizar la reforma constitucional, también, como una herramienta para remediar aquella grave crisis de representación. Las medidas tomadas para revertir dicha situación fueron variadas. En Venezuela, en donde no se dio una reforma constitucional reciente, se introdujeron en cambio cantidad de reformas particulares tendientes a revertir una crisis que desembocó en dos intentos de golpes de estado (febrero y noviembre de 1992), que produjeron como consecuencia, entre otras cosas, cientos de muertes, más un inusual y generalizado rechazo sobre el sistema político (que llevó a que, por ejemplo, un 55 % de la población se abstuviera de votar, en las elecciones de 1989, o un 51 % en las de 1993). Las reformas fueron graduales e implicaron, por ejemplo, una paulatina incorporación del sistema de elección sobre distritos uninominales; reducciones en la duración de la mayoría de los cargos; separación de las elecciones municipales y estatales; políticas de descentralización; internas abiertas en los partidos políticos; etcétera²⁷.

En Paraguay, y con el objeto de garantizar una mejor representatividad por parte de los delegados del pueblo, la Constitución estableció cambios en la forma de elección de los mismos. Así, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, los diputados son electos en circunscripciones uninominales mientras que, en el texto anterior, todo el país era considerado como un distrito electoral único. La nueva ley superior establece, además, un incremento en el número de diputados y senadores, y reduce los requerimientos de edad necesarios para ser electo senador (de 40 a 35 años). A raíz de consideraciones similares, la nueva Constitución boliviana también introdujo cambios en la forma de selección de los representantes. Ahora, los mismos resultan electos a partir de dos modalidades diferentes: la mitad de ellos son electos en circunscripciones uninominales, y la otra mitad a partir de distritos plurinominales. En el primer caso, los diputados son electos por simple mayoría, mientras que en el segundo a través de un sistema, de representación definido por ley. Cada cinco años, además, se provoca un cambio total en la composición de la cámara.

En Chile, la nueva Constitución incrementó el número de senadores, fundamentalmente, con el objeto de reducir el poder relativo de los nueve "senadores designados", a los que antes hiciera referencia: el número total de senadores pasó ahora de 26 a 38. De allí que los "senadores designados" dejaron de representar casi un tercio de la composición del senado, como ocurría anteriormente. En la Argentina también se incrementó el número de los senadores. En este caso, el cambio hizo que se pasara de dos senadores por provincia

²⁶ Así, de acuerdo con un estudio de Iberobarómetro, desarrollado en octubre de 1993 y mayo de 1994, y examinado por el Roper Center for Public Opinion Research, de la Universidad de Connecticut.

²⁷ Estas reformas comenzaron en 1978, bastante antes de los hechos mencionados, que simbolizaron de algún modo el punto más alto de una crisis de representación creciente desde hacía tiempo.

—dos representantes de la mayoría de cada región— a tres, debiendo ser este último —de acuerdo con la disposición constitucional— representante de la minoría de cada región.

En Colombia, la reforma de 1991 se orientó muy especialmente a mejorar el carácter representativo de la legislatura. Entre otras reformas, la nueva Constitución dispuso: i) que parte de las bancas en la cámara de diputados se distribuyan a partir de circunscripciones territoriales y parte en relación con la población de cada región; ii) que se reserven dos bancas del parlamento para miembros de comunidades indígenas, y hasta un número de cinco para la representación de minorías étnicas y políticas; iii) que los senadores sean electos a partir de una circunscripción nacional, y no a partir de departamentos (la reforma redujo su número, además, a sólo 100 miembros); iv) que ninguno de los representantes tenga acceso a los fondos parlamentarios —utilizados en el pasado para meros fines clientelistas—; v) que se penalice el ausentismo de los representantes en las respectivas cámaras; vi) que los miembros del congreso no puedan ejercer ninguna otra función pública durante su mandato; vii) que ningún representante pueda negociar contratos con compañías públicas o privadas, manejando fondos públicos. Además, se cambió la misma metodología del sufragio, para hacer más difícil la "compra" de votos (por ejemplo, reemplazándose las "boletas electorales" por una carta en donde debe marcarse la opción por la que se opta).

B) Límites

Los intentos realizados en pos de mejorar la representatividad de los órganos políticos parecen mostrarse, en todos los casos, poco fértiles. Parece muy difícil advertir un "antes y después" de la reforma, en cuanto al reconocimiento y respeto hacia los políticos electos. Alguien podría atribuir lo ocurrido al poco tiempo aún transcurrido desde la adopción de las reformas; o a ciertas fallas en cuanto a la implementación de las herramientas elegidas. Sin embargo, entendemos que una visión más realista de lo ocurrido debiera apuntar a una consideración diferente: por más ajustes que se practiquen, el parlamento se encuentra hoy estructuralmente incapacitado para cumplir con su función original, que era la de representar a toda la sociedad.

Quienes, de algún modo, sentaron las bases ideológicas del sistema representativo —en los Estados Unidos, en el período fundacional de la democracia de ese país— asumían con razonable certeza que el parlamento iba a ser capaz de dar cabida a todos los puntos de vista existentes en la sociedad. Ello, a pesar de los defectos del sistema elegido, y más allá del elitismo que distinguió a muchos de sus creadores, en sus análisis sobre la sociedad. Según los federalistas —y conforme se sugiriera más arriba—, la sociedad se encontraba dividida básicamente en dos grupos (propietarios y no propietarios, acreedores y deudores, ricos y pobres), que eran básicamente homogéneos en su interior, y cuyos miembros tendían a actuar autointeresadamente. Bajo estos presupuestos, no era difícil pensar en la posibilidad de una "representación plena" de la sociedad. Para lograr tal objetivo bastaba con asegurar en el congreso la presencia de "propietarios y no propietarios" de los distintos puntos del país. Siendo aquellos grupos homogéneos y sus miembros autointeresados, resultaba razonable pensar que toda la sociedad podía llegar a quedar adecuadamente representada²⁸. Mecanismos institucionales como los aludidos más arriba

²⁸ Este no era el punto de vista de los "antifederalistas", que entendían que la sociedad era más compleja y diversa y que, por ello, exigieron cuerpos representativos mucho más numerosos, capaces así de reproducir "especularmente" a la sociedad. Ver por ejemplo, "The Federal Farmer", en Herbert STORING (ed.): *The Anti-Federalists*, The University of Chicago Press (1985), vol. 2, p. 230. Los mismos principios, por ejemplo, en el ensayo

(elecciones directas o indirectas típicamente) harían el resto, facilitando la selección de miembros de uno y otro grupo (deudores y acreedores) y su incorporación en la cámara de diputados y senadores (respectivamente).

Parece claro que actualmente nos encontramos en una situación que dista enormemente de la que concibieron los federalistas: las sociedades modernas parecen caracterizarse por "el hecho del pluralismo", por su fragmentación en infinidad de grupos que, además, se muestran internamente heterogéneos. Si, al menos en principio, aceptamos este tipo de datos como adecuadamente descriptivo de las sociedades modernas, luego resulta imposible mantener el ideal que animara a los federalistas: ¿cómo hacer para representar a "toda" la sociedad? ¿Qué grupos debieran ser incorporados en el parlamento? Pero además, en todo caso, ¿cómo hacerlo y para qué, si es que tales grupos no son internamente homogéneos? Estas simples observaciones, me parece, bastan para inducirnos a tomar con más cuidado el ideal del parlamento "plenamente representativo" y la ilusión de "perfeccionar" sus deteriorados mecanismos hasta "volver" a garantizar la incorporación de "toda" la sociedad en el mismo. Posiblemente, en la actualidad, resulte más razonable reconocer que *el parlamento se encuentra estructuralmente incapacitado para satisfacer aquel objetivo de la "plena representación"*. Conviene aclarar, de todos modos, que lo dicho no significa abdicar del sistema representativo, pero sí del acercamiento más bien ingenuo que solemos tener hacia él.

Las insuperables limitaciones en el carácter "plenamente" representativo del parlamento se acompañan de otras circunstancias (de diferente nivel entre sí) que han terminado por debilitar al extremo el órgano legislativo y a ponerlo en el centro de la "ira" social. Entre tales circunstancias mencionaría las siguientes: i) En primer lugar, cabría referirse a las enormes dificultades que existen, desde el nacimiento mismo del parlamento, para garantizar la "responsabilidad" de los políticos electos frente a sus electores²⁹. ii) En segundo lugar, debe mencionarse el hecho novedoso de que la capacidad normativa se ha ido desplazando desde el parlamento hacia el poder ejecutivo –haciendo que muchos comiencen a considerar al legislativo como un órgano que "está de más", que sólo duplica o entorpece la eficiencia del proceso de toma de decisiones–. iii) En tercer lugar, puede aludirse a la cada vez más acentuada pérdida de apertura y publicidad en las discusiones legislativas, que facilita que se tomen decisiones públicas por razones privadas, y que contribuyen, así, a que el parlamento pierda (aun más) su original legitimidad. Este tipo de circunstancias, en su momento, llevaron a Carl Schmitt a decir que "[los] comités de partidos políticos y coaliciones, pequeños y exclusivos, toman las decisiones detrás de puertas cerradas [y bajo la influencia de] grandes grupos de interés"³⁰. Situaciones como

"A Georgian", en Martin BORDEN: *The Antifederalists Papers*, Michigan State University Press (1965), p. 157. Ver, también, la opinión de los "radicales" de Pennsylvania, por ejemplo, en Robert BRUNHOUSE: *The Counter-Revolution in Pennsylvania*, Harrisburg, Pennsylvania Historical Commission (1942), p. 294.

²⁹ Los federalistas, deliberadamente, diseñaron un sistema institucional destinado a "autonomizar" lo más posible a la clase dirigente, separándola de sus electores, a quienes veían como fuente de apasionamientos y reclamos meramente facciosos. Sus enemigos políticos, los "antifederalistas", advirtiendo esto, tendieron a defender un sistema completamente opuesto, destinado a asegurar una permanente vinculación entre representantes y representados y, así, la continua dependencia de aquellos respecto de éstos. Defendiendo propuestas en muchas ocasiones simplistas, y hasta torpes, los "antifederalistas" mostraron su desesperación por cambiar la orientación del sistema elegido. Ello puede verse, por ejemplo, en su defensa de la práctica de asambleas ciudadanas; de las elecciones anuales; de la rotación obligatoria en los cargos; del derecho a instruir a los representantes y a revocarles el mandato (en caso de desviaciones respecto de tales instrucciones); etcétera. No nos extenderemos aquí sobre este punto, al que hemos aludido en el comienzo de este trabajo y que hemos examinado más detenidamente en otro escrito. Ver, en tal sentido, *Nos los representantes*, ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995.

³⁰ Carl SCHMITT: *The Crisis of Parliamentary Democracy*, The MIT Press, Cambridge, 1992.

ésta, curiosamente, no han sido desalentadas sino, en todo caso, favorecidas por algunas de las recientes reformas constitucionales³¹. iv) En cuarto lugar, y lo que tal vez resulta más significativo, corresponde decir que las actuales reformas se han llevado adelante frente a un contexto de (lo que podríamos llamar) "vacío institucional" que –según diré– incrementa la responsabilidad pública de los partidos políticos con representación parlamentaria, a la vez que contribuye a erosionar su misma capacidad de acción.

La mencionada situación de "vacío institucional" (merecedora de una investigación mucho más exhaustiva que la que aquí podemos proponer) alude al panorama institucional que, después de la última oleada militar, parece distinguir a la mayoría de las sociedades latinoamericanas. Nos referimos a una situación de desmantelamiento y crisis de las grandes organizaciones colectivas (sindicatos, organizaciones campesinas) y de simultáneo desmantelamiento y crisis del aparato estatal³². Actualmente, en efecto, y a partir de lo sucedido, los partidos políticos cargan solos con una responsabilidad que antes era compartida con otras organizaciones. Actualmente, además, la capacidad de las agrupaciones partidarias para promover y hacer efectivos cambios sociales –dentro de esta situación de raquitismo estatal– resulta notablemente menor que la que tenían tiempo atrás. Este tipo de circunstancias llevan a que hoy los partidos políticos se encuentren con más exigencias pero a la vez con menos recursos que nunca antes.

Frente a tal situación, los ciudadanos latinoamericanos parecen encontrar serios problemas para organizarse y para reconocer y hacer conocer sus demandas. Lo que aparece, en cambio, son esporádicos, urgentes y atomizados "movimientos" en pos de demandas concretas. Puestos de este modo, los riesgos del "vacío institucional" son alarmantes: se corre el riesgo de no reclamar lo que se debe (o, al menos, lo que resulte más conveniente), de exigir lo imposible, de equivocar el interlocutor o, lo que es peor, de comenzar a ver como razonables ofertas inconvenientes o valorativamente inaceptables. Por lo dicho, resulta grave que en las recientes reformas constitucionales se hayan ignorado o menospreciado los límites estructurales que muestra el sistema representativo (un sistema que ha "quedado chico" frente a las nuevas sociedades plurales); y que, en este sentido, no se haya puesto el acento, por ejemplo, en la búsqueda de mecanismos extraparlamentarios como forma de salida ante dicha crisis.

El análisis presentado hasta aquí no pretende desmerecer los honestos esfuerzos hechos por muchos en pos de mejorar el sistema institucional. El objetivo de este trabajo, más bien, fue el de contribuir con tales esfuerzos, sobre todo a la luz de las graves limitaciones que siguen siendo distintivas de las reformas finalmente acordadas.

³¹ Ver, por ejemplo, el mayor poder que alguna de tales constituciones le otorgan a las "comisiones parlamentarias" internas al órgano legislativo. En especial, ver la Constitución de Perú (Título IV, Caps. I a III) o la de Argentina (Segunda Parte, Sección Primera).

³² En Latinoamérica, en efecto, cambios como los citados fueron brutalmente inducidos por la última oleada de gobiernos militares, que vieron tanto al enorme aparato estatal como a aquellas macroorganizaciones como obstáculos para el "despegue" económico. Sin embargo, también es cierto, la vieja organización social se encontraba en situación de crisis terminal: la ineficiencia estatal, la burocratización de las grandes organizaciones populares, el dramático crecimiento de la economía informal (y con ella, la paulatina disolución de la clase obrera como "gran agente colectivo") resultaban síntomas más o menos obvios de aquella crisis. De todos modos, el nuevo escenario posdictatorial apareció, para muchos, como algo trágico pero esperanzador a la vez. En efecto, hubo quienes vieron el desmantelamiento del aparato estatal y las grandes organizaciones populares como una consecuencia deseable de aquel período de terror: la sociedad parecía volver, de algún modo, a fojas cero. El terreno parecía libre para volver a crecer sin los tradicionales condicionamientos de los "grandes aparatos". Muchos partidos políticos vivieron esta nueva situación casi con euforia, mientras un incontable número de ciudadanos se sumaba a sus filas para "reconstruir" la sociedad. Sin embargo, tardaron en darse cuenta (muchos aún no parecen haberlo advertido) que la situación de "vacío" presente resulta, de alguna forma, tan difícil como la anterior.

RESUMEN

Numerosos países de América Latina –Ecuador, Chile, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Bolivia, Argentina, Guatemala y Nicaragua– han encarado en los últimos años procesos de reformas constitucionales. Haciendo frente a problemas comunes, éstas también incluyeron respuestas bastante similares. Este trabajo tiene como propósito analizar crítica y comparativamente varios de los principales temas abordados en dichas reformas: la de la

justicia y el consejo de la magistratura; los frenos y contrapesos, congreso vs. ejecutivo; los derechos sociales; la participación política, y, por último, discute sobre el ideal de la "representación plena" y la crisis del poder legislativo. Señalando en todos los casos los alcances y límites, el objetivo central del autor es contribuir a la discusión de los graves problemas subsistentes en las reformas constitucionales finalmente acordadas.

SUMMARY

In recent years, many Latin American countries (Ecuador, Chile, Brazil, Colombia, Paraguay, Peru, Bolivia, Argentina, Guatemala and Nicaragua) initiated a process of constitutional reforms. Since many of the problems these countries faced were alike, the responses given to those problems in the new reforms were also similar. The aim of this paper is to make a comparative and critical analysis of some of the main issues tackled in the

reforms: those of justice and council of the judiciary, the checks and balances, the congress and the executive, the social rights, and political participation. Finally, it considers the ideal of "full representation" and the crisis in the legislative branch. The paper is intended as a contribution to the discussion about the serious problems that approved constitutional reforms still have, pointing out in every case their scope and limitations.

REGISTRO BIBLIOGRAFICO

GARGARELLA, Roberto

"Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación". *DESARROLLO ECONOMICO – REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES* (Buenos Aires), vol. 36, Nº 144, enero-marzo 1997 (pp. 971-990).

Descriptores: <Ciencia política> <Reforma constitucional> <Poder ejecutivo> <Poder legislativo> <Poder judicial> <Análisis comparado> <América Latina>.