

CONICET/CFI

Las dudas, interrogantes y reflexiones generadas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano (si podemos llamar así a la serie de reformas constitucionales promovidas en buena parte de los países de la región, desde los finales del siglo XX hasta nuestros días) son muy numerosas. Aquí vamos a concentrarnos en algunas de tales cuestiones que resultan de especial interés, y que merecen una discusión detallada que aquí sólo comenzaremos.

La pregunta que la Constitución viene a responder

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

Por caso, la Constitución norteamericana de 1787 puede ser leída –conforme a la propia exposición de James Madison en *El Federalista* n. 10- como un intento de poner fin al peso de las *facciones*, que amenazaban con arrasar con los derechos de parte de la ciudadanía. Según sostuviera Madison, en dicha situación, era imposible atacar las causas de las facciones (finalmente, la diversidad de pensamiento y la libertad de las personas de agruparse con otras con intereses comunes), por lo cual sólo quedaba apuntar a los efectos de las mismas, y es allí donde aparecía la Constitución como dique destinado a dificultar que las irracionales apetencias de algunos tomaran forma de ley. Simón Bolívar, mientras tanto, pensó en el constitucionalismo como un instrumento al servicio de la causa de la independencia. Por ello mismo, en el *Manifiesto de Cartagena*, tuvo duras palabras contra el primer proyecto constitucional aprobado en su país, al que consideró la causa “más importante” de la debacle política que se produjera en Venezuela, luego de la independencia (Bolívar 1976). De allí también que él se ocupara, reiteradamente, de redactar propuestas constitucionales dirigidas, inequívocamente, a fortalecer la autoridad presidencial –en su opinión, la clave para garantizar la independencia de las nuevas naciones. Asimismo, Juan Bautista Alberdi –el gran constitucionalista argentino- entendió que la Constitución podía resultar una herramienta clave para poner fin al azote de la anarquía y el caudillismo que azolaban a la Argentina. Ella podía y debía convertirse en la gran carta de garantías para que los inmigrantes europeos se animaran a repoblar el país, y así a cambiar las bases culturales del autoritarismo político imperante.

En definitiva, los ejemplos anteriores nos ilustran acerca de un punto más general, cual es el de que las Constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental.¹ En todos los

¹ Decir esto no implica sostener, de ningún modo, que la creación o reforma de una Constitución responda siempre a un único objetivo. Lo que sí se sostiene es que, habitualmente, las Constituciones

casos se asume que en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio.

Dicho esto podemos plantearnos, entonces, cuál es la gran pregunta que los nuevos textos constitucionales han venido a responder. O, en otros términos, cuál es el gran drama que las nuevas Constituciones latinoamericanas pretenden resolver, a partir de su dictado. La pregunta puede ayudarnos a reconocer los atractivos y los límites de los proyectos de reforma constitucional más recientes, aparecidos en la región. Por caso, podría decirse que muchas de las reformas propuestas en los años 80 –luego de la larga década de gobiernos autoritarios que asoló la región en la segunda mitad del siglo XX- se dirigieron a combatir o a morigerar el hiper-presidencialismo, que se identificaba como causa fundamental de la inestabilidad política de las jóvenes democracias regionales. El mal a combatir, entonces, era la inestabilidad, y el principal remedio constitucional, frente al mismo, consistía en la limitación del presidencialismo (Linz y Valenzuela 1994, Nino 1992, Riggs 1987).

Ahora bien, aunque el objetivo de moderar al hiper-presidencialismo fue tal vez el más importante del constitucionalismo de los años 80, no es tan claro que los reformadores de entonces hayan tomado siempre seriamente tales consejos. El caso de la Argentina resulta de especial interés, en tal sentido, por la enorme inversión de energía intelectual que precedió a la convocatoria constituyente. De modo relevante, nos encontramos allí con la creación de una nueva institución -el Consejo para la Consolidación de la Democracia- que desde principios de los 80 tuvo por misión casi excluyente elaborar un proyecto de reforma no presidencialista. La Constitución aprobada en 1994, sin embargo, desoyó fundamentalmente aquellos consejos, para concentrarse, esencialmente, en asegurar la reelección al presidente entonces en ejercicio. Dicho objetivo condicionó a toda la reforma, quitándole mucho de su potencial atractivo. Es decir, la nueva Constitución como la Argentina, al igual que otras aprobadas en la región, por la misma época, pareció desperdiciar la oportunidad y el conocimiento a su alcance, para ponerse al servicio de fines eminentemente cortoplacistas.

De todos modos, el cortoplacismo no es un defecto atribuible a todos los proyectos reformistas aparecidos en la región durante los años 90. Por ejemplo, Constituciones nuevas como las de Bolivia y Ecuador, por tomar dos casos relevantes, sirvieron al propósito reeleccionario de quienes las promovieron, pero también fueron largamente más allá de dicho objetivo. Esto resulta más claro en el caso de la Constitución boliviana, que puede verse guiada de modo muy especial por el ánimo de terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas.² Dicha idea fuerza

reconocen detrás de sí, y como causa motivadora, algún motor fundamental, que puede ayudarnos a reconocer el perfil del proyecto bajo estudio, y a entender la lógica que lo anima.

2 La nueva Constitución, en efecto, establece cuotas de parlamentarios indígenas (i.e., artículo 146, VII); la justicia indígena originaria campesina, a la que coloca en el mismo nivel que a la justicia ordinaria (artículo 192); un Tribunal Constitucional plurinacional, parte de cuyos miembros son escogidos conforme al sistema indígena (artículo 196 y ss.); un órgano electoral plurinacional, con representación indígena; un modelo económico social comunitario basado en la cosmovisión indígena (artículo 205 y ss.); derechos especiales de los indígenas sobre el agua y sobre los recursos forestales de su comunidad (artículo 304); derechos a la tierra comunitaria e indígena (artículo 293 y disposiciones transitorias); etc.

—defendida públicamente por quienes favorecieron la Constitución, y reconocible en el texto aprobado— parece dar sentido, en efecto, al documento finalmente dictado. Como dijera el Vicepresidente boliviano, el sociólogo Álvaro García Linera: "Esta Constitución es buena, es poderosa. Incluye a toda Bolivia. Hay que sentirse orgulloso porque aquí se está coronando el liderazgo y la vanguardia política del movimiento indígena campesino respecto al resto de los sectores sociales".³ En tal sentido, podríamos agregar que la pregunta-objetivo planteada por los constituyentes bolivianos era, cuanto menos, una muy relevante, bien escogida. Pocos temas resultan más cruciales y parecen más justificados, en la actualidad boliviana, que el de la marginación indígena. En tal sentido, es un mérito del constituyente boliviano el haber salido a la búsqueda, y el de haberle hecho frente, a dicha decisiva cuestión.

Dicho lo anterior, podemos plantearnos una pregunta a futuro, pertinente para muchos de los restantes países latinoamericanos que, a diferencia de los casos de Bolivia o Guatemala, por ejemplo, no parecen estar fundamentalmente marcados por la marginación de los grupos indígenas. Qué problema debería escoger el futuro constituyente latinoamericano, como problema-objetivo a atender a través de una eventual reforma de la Constitución? El problema de la desigualdad, tal vez, que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región? Posiblemente, pero en todo caso la pregunta está abierta, y es una que el constituyente no puede dejar simplemente de lado, como a veces ha hecho.

La filosofía pública y la Constitución

Un elemento clave, a la hora de entender la lógica de una Constitución, es el de sus presupuestos básicos, normalmente asociados con la filosofía pública dominante.⁴ Típicamente, cómo es que la Constitución considera a los individuos? Los ve como seres racionales, autónomos, capaces de decidir por sí mismos, o como sujetos fundamentalmente incapaces de reconocer y evaluar sus intereses, ineptos para definir qué es lo mejor para ellos? Y qué es lo que supone en relación con los individuos actuando juntos, las asambleas colectivas? Considera que la acción colectiva potencia o socava la racionalidad individual? Entiende —aristotélicamente— que actuando en conjunto se gana en sabiduría y conocimiento; afirma —rousseauianamente— que la acción conjunta es una precondition indispensable para el reconocimiento de la decisión pública correcta; o presume más bien —burkeanamente— que el actuar colectivo es en principio, siempre, un actuar irracional?

La cuestión de los presupuestos filosóficos de la Constitución es obviamente importante, porque ellos quedan traducidos inmediatamente en la adopción de instituciones de un cierto tipo. Así, es dable esperar que cuanto más confianza se tenga en la capacidad de los individuos para escoger su propio plan de vida, más espacio tendrán los derechos individuales, y menos las políticas de imposición religiosa o perfeccionistas. Del mismo modo, y por ejemplo, cuanto más desconfianza se tenga en las disposiciones y habilidades de la ciudadanía para actuar colectivamente, mayores

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

4 Tomo la expresión de Sandel, 2005.

tienden a ser las posibilidades de que se adopten instituciones contra-mayoritarias, o que se limiten las facultades de los órganos representativos.

En Latinoamérica, y desde la independencia (pero no antes), convivieron cosmovisiones constitucionales muy distintas en este respecto, que obviamente tuvieron expresión en la propuesta de modelos constitucionales también muy diferentes. Bartolomé Herrera, tal vez el más influyente constitucionalista conservador en Perú, durante el siglo XIX, sostuvo, por caso “(el) pueblo, esto es, la suma de los individuos de toda edad y condición no tiene la capacidad ni el derecho de hacer las leyes. Las leyes son principios eternos fundados en la naturaleza de las cosas, principios que no pueden percibirse con claridad sino por los entendimientos habituados a vencer las dificultades del trabajo mental, y ejercitados en la indagación científica” (ver Basadre, 1949, 217-8). Encontramos allí una clara ilustración del modo en que se correlacionan ciertos presupuestos en torno a las (in)capacidades de la ciudadanía para actuar colectivamente, con la adopción de soluciones institucionales determinadas (en este caso, relacionadas con fuertes restricciones sobre el sufragio). En el extremo contrario, encontramos proyectos constitucionales de orientación radical, como el de Apaztíngán –fundado en la *voluntad inerrante* de la ciudadanía, al decir de uno de sus mentores, Ignacio Rayón- o el defendido por Francisco Bilbao, a mediados de siglo, inspirados en una ideología rousseauniana. Ambos ejemplos nos hablan de la existencia, en Latinoamérica, de una filosofía igualitaria, propuesta en su momento como base para organizar las nuevas instituciones.

Sin embargo (y a pesar de esa multiplicidad de proyectos existente), el hecho es que la enorme mayoría de las Constituciones latinoamericanas que trascendieron al siglo XX, aparecieron (según la expresión del constituyente Benjamín Gorostiaga) “vaciadas en el molde” de un modelo particular: el la Constitución de los Estados Unidos. Y resulta claro, también, que las instituciones elaboradas en los Estados Unidos estaban claramente apoyadas en una filosofía particular, bien sintetizada en los papeles de *El Federalista*. (ver White 1978, 1987). Dicha filosofía era liberal y elitista, es decir, respetuosa de las decisiones personales individuales, y a la vez extremadamente escéptica frente a las capacidades de la ciudadanía para actuar concertadamente. Como dijera Madison en *El Federalista* n.55, en las asambleas colectivas “la pasión nunca deja de arrebatarse su cetro a la razón.”

La Constitución que emergió en los Estados Unidos, en 1787, parece claramente ligada a tal tipo de presupuestos individualistas/elitistas, en su combinación de una lista significativa de derechos individuales inviolables; sumada a una estructura de poderes en donde el papel de la Legislatura aparece fragmentado y sujeto a múltiples controles contra-mayoritarios (i.e., un Senado conservador; jueces de elección indirecta y estabilidad de por vida); y donde el sistema representativo parece diseñado para separar de modo extremo a ciudadanos y representantes (Manin 1997).

Prestando atención a lo dicho, cabe plantearse una pregunta como la siguiente: si las instituciones que hoy distinguen a muchas de nuestras democracias reproducen las bases de la estructura institucional norteamericana, y dicha estructura es el resultado de una serie de presupuestos relacionados con las (in)capacidades de los individuos para actuar de manera independiente y concertada, qué es lo que debería pasar con aquellas instituciones, si estos presupuestos fueran repudiados en la actualidad? La pregunta resulta pertinente porque nuestra filosofía pública actual puede representar

muchas cosas, pero claramente no es idéntica –y, podríamos agregar, parece ser bastante diferente, en general- a aquella que resultaba predominante en los años fundacionales del constitucionalismo. Hoy por hoy, afirmaciones como las que distinguieron a los debates constituyentes norteamericanos (sobre la irracionalidad popular, o las desventajas de la democracia) resultarían, por lo general, insostenibles en público (Farrand 1937).

Aunque es dable pensar que la filosofía pública actual contradice directamente la que predominaba en aquellos años (hoy resulta más bien imposible encontrar casos de constituyentes asumiendo el elitismo político que entonces parecía dominante), para los fines de este escrito basta con partir de un punto más modesto: qué es lo que debería pasar con nuestras instituciones –diseñadas a partir de aquellos presupuestos- si reconociéramos que nuestras actuales convicciones difieren de modo significativo de aquellos presupuestos originales? No deberíamos entonces, y en consecuencia, modificar o reajustar nuestras instituciones, para tornarlas, por caso, más permeables al debate público; para estrechar los lazos entre representantes y representados; para reducir el impacto del control judicial sobre las políticas mayoritarias; para repensar el rol del Senado; para revisar la función del veto Ejecutivo; para reajustar los equilibrios entre las distintas ramas del poder?

Lo cierto es que, salvo excepciones, las nuevas Constituciones latinoamericanas no parecieron registrar la necesidad de modificar sus instituciones a la luz de los cambios habidos en la filosofía pública. Ello puede deberse a una multiplicidad de razones, incluyendo la inexistencia de tales cambios (una afirmación empírica que parece refutable); o la conformidad con, o la indiferencia frente, al núcleo de las viejas instituciones, y los problemas que pudieran plantear.

En todo caso, es interesante reconocer que al menos dos de las nuevas Constituciones, la de Bolivia y el Ecuador, que son las que muestran los principales cambios en su organización interna, son las que aparecieron más claramente comprometidas con un rechazo frente a tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas. En ambos casos, además, y de modo más bien pintoresco, las nuevas Constituciones incluyeron en sus textos explícitas referencias a cuál sería la “nueva filosofía” a plasmar a través de un renovado texto constitucional.⁵

Los “transplantes” constitucionales

La discusión sobre los “transplantes” en materia jurídica –referida a la posibilidad de “injertar” en un cuerpo constitucional existente, instituciones “ajenas” al mismo- tiene un fuerte vínculo con la que planteáramos en la sección anterior. Ello así, porque ambas discusiones refieren a la posibilidad de mezclar o combinar concepciones constitucionales diferentes, y sugieren la presencia de tensiones significativas susceptibles de desatarse al momento de concretar el “injerto” o la “recepción” de las ideas o iniciativas “ajenas.”

⁵ Ambas hacen referencias celebratorias a la naturaleza, a la Pacha Mama, y a sus tradiciones milenarias. La de Ecuador, en su preámbulo, anuncia su pretensión de construir una “nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, (y) el sumak kawsay” – una declaración que pretende ser una muestra de apertura a una nueva filosofía, y que encuentra manifestaciones más específicas, por caso, en la sección de derechos y en particular en los derechos del “buen vivir” (Título II, capítulo 2).

En alguna de sus variantes, el tema de los “transplantes” ha sido objeto de una muy vasta reflexión teórica en los últimos tiempos.⁶ En todo caso, la discusión ha tendido a concentrarse básicamente en dos aspectos de la cuestión: la importación de instituciones o la recepción de decisiones judiciales provenientes de un país extranjero; y el valor mismo de tal tipo de operaciones.⁷ En América Latina, la polémica sobre las instituciones “importadas” fue la más habitual en la materia pero, cabría decirlo también, ella fue, desde un principio, una polémica muy poco atractiva. Ello así, en parte, y por un lado, porque la importación de instituciones es inevitable: qué institución latinoamericana no deriva, en mayor o menos medida, de una institución extranjera?⁸ Pero por otro lado, y sobre todo, porque dicha discusión –que tuvo una extraordinaria relevancia política- aparecía cargada de hipocresía. Para tomar un caso relevante, podríamos decir que Bolívar repudiaba, como tantos, la fascinación de sus opositores con las “máximas exageradas de los derechos del hombre” –máximas a las que descalificaba por ser importadas de Francia (Bolívar 1976, 12). Sin embargo, su reivindicación de lo local no llegaba demasiado lejos: todos los proyectos constitucionales bolivarianos se basaron ya sea en el constitucionalismo conservador inglés, ya sea en el constitucionalismo autoritario napoleónico. De modo similar, Miguel Antonio Caro, y Ospina Rodríguez, en Colombia, repudiaban también la importación de ideas francesas, en nombre de lo nacional. Sin embargo, sus reivindicaciones de lo local aparecían apoyadas en el hispanismo reaccionario y católico. En definitiva, se trataba de una disputa menos teórica que de política coyuntural, destinada a descalificar a –antes que discutir con- la propuesta del adversario.

Dicho lo anterior, sin embargo, correspondería agregar que hay al menos una versión de la discusión sobre los “transplantes” e “injertos” que sí muestra atractivo, para pensar sobre las potencias y límites del constitucionalismo regional. Esta discusión parte de la siguiente hipótesis general. Con independencia de su lugar de proveniencia, algunos injertos tienden a ser inocuos y otros no, dependiendo de los lazos de

6 Ello así, por ejemplo, al calor de las fuertes disputas que aparecieron al interior de la Corte Suprema norteamericana, y en las más altas esferas judiciales de este país, en torno a si –a la hora de interpretar el derecho- debían tomarse en cuenta o no las decisiones adoptadas por tribunales extranjeros, en casos similares (por ejemplo, típicamente, en torno a la pena de muerte). Destacan al respecto, por ejemplo, las serias disputas planteadas al interior mismo de los fallos, entre los Jueces Scalia y Brennan o Breyer. En el caso *Printz v. U.S.*, por ejemplo, Scalia sostuvo que “comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it was of course relevant to the task of writing one;” y de este modo, se enfrentó a lo expresado por el Juez Breyer en su disidencia, cuando afirmó que “[the experience of other nations] may...cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem.” Interesa también recordar, por caso, la afirmación del juez Guido Calabresi, sosteniendo, en *U.S v. Then*, la importancia de que los Estados Unidos comience a prestar atención a las decisiones que se toman en países inspirados institucionalmente en el sistema americano –“[w]ise parents do not hesitate to learn from their children”). Pueden leerse algunas reflexiones al respecto en Epstein y Knight 1993; o Tushnet 1999.

7 Buenas discusiones sobre el “valor” de la importación, en el *International Journal of Constitutional Law* (2003, vol. 1, n. 2); Tushnet (1999); Ackerman (1997); Kennedy (1997); Rosenfeld (1997); Ferejohn (1997); Balkin & Levinson (1998).

8 En definitiva, y como dice Wiktor Osiatynsky, “[b]orrowing is inevitable because there are a limited number of general constitutional ideas and mechanisms, and they have been in the air for some time” (2003, 244).

parentesco (los “vínculos genéticos”) existentes entre el material que se injerta -las instituciones injertadas- y el “cuerpo” constitucional que las recibe.⁹

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

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

9 Por ejemplo, hacia finales del siglo XX, Latinoamérica se vio recorrida por multiplicidad de iniciativas de reforma jurídica, financiadas por importantes agencias internacionales, y destinadas fundamentalmente a servir a las demandas de intervencionistas preocupados por la falta de seguridad jurídica en la región (Thome 2000). Dichas reformas fueron más o menos exitosas pero en ningún caso podría decirse que generaron tensiones o disrupciones en los “cuerpos receptores” –ellas de ningún modo amenazaron o pusieron en crisis a la estructura jurídica vigente. La introducción de Consejos de la Magistratura, por ejemplo, redundó en ocasiones en formas de nombramiento judicial indudablemente más transparentes (ver, por caso, Constitución de la Argentina, artículo 114; Constitución de Colombia, artículo 254; Constitución del Perú, capítulo IX). Y aunque son múltiples las críticas que merece hacerse sobre la institución; múltiples los obstáculos que se encontraron para poner la institución en marcha; y múltiples las “disfuncionalidades” que todavía hoy pueden reconocerse en las acciones de este nuevo organismo, parece evidente que la institución pudo funcionar sin grandes inconvenientes, y cumplir con varios de los limitados objetivos que habían sido propuestos en los orígenes de la misma. El ejemplo resulta de interés porque desafía nuevamente las injustificadas críticas que podían hacer los enemigos de la “importación” de instituciones, en nombre de la “identidad” local, y reafirma que el problema no está en la importación de instituciones, sino en la importación de *ciertas* instituciones, en la medida en que no se tomen ciertos serios recaudos.

10 La primera oleada reformista apareció de la mano de la crisis social de los años 30, y puede ser considerada como la respuesta político-jurídica frente a un nuevo pico de radicalización social –una forma de evitar lo que ocurría en Europa a partir de la expansión de la ideología y demandas propias del socialismo. Estas reformas constitucionales se concentraron a mediados del siglo XX pero tuvieron su origen a comienzos de siglo, primero, con la sanción de la Constitución de México (dictada luego de la

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

Una historia similar puede contarse en relación con la introducción de cláusulas participativas, sobre todo en la *segunda oleada* importante de reformas constitucionales, en el siglo XX.¹³ Para simplificar una historia larga: i) si mecanismos "promotores de la participación cívica," como los del plebiscito y el referéndum, pueden socavar la autoridad de los Parlamentos actualmente existentes, y ii) son éstos, a su vez, los que quedan a cargo, constitucionalmente, de la definición o promoción de aquellos mecanismos participativos, entonces no hay muchas esperanzas que abrigar acerca de la suerte que van a correr, en lo inmediato, aquellas cláusulas.

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

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

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

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

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

habitualmente no se busca recrear o favorecer (pero que aquel modelo constitucional presuponía, como indispensable para darle sentido y operatividad al mismo).

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

En esta sección nos ocuparemos de un punto relacionado con el anterior, en la medida en que prestaremos atención a los modos en que las “nuevas” cláusulas o instituciones constitucionales ingresan y se adaptan al texto reformado. En particular, nos ocuparemos de los modos en que se da esa integración, entre cláusulas distintas y, sobre todo, entre distintas secciones de la Constitución –así, típicamente, entre sus partes dogmática y orgánica (es decir, una relacionada con las listas de derechos, y otra referida a la organización y división del poder).

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

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

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

El punto tiene algún interés, por caso, a la luz de muchas de las reformas introducidas en las Constituciones latinoamericanas, en los últimos años. Dos ejemplos pueden ser apropiados para ilustrar lo dicho. Según veremos, ambos ejemplos nos refieren a aproximaciones más bien miopes sobre los efectos que traen consigo las reformas, al interior de la propia estructura constitucional a la que se integran. A veces, los reformadores y analistas no son conscientes del *impacto interno* de las reformas que se promueven; y en otros casos no son conscientes del modo en que la estructura constitucional existente y dominante puede terminar “absorbiendo” o diluyendo la reforma que se le introduce en los márgenes (*reformas diluidas*).

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

El segundo ejemplo (relacionado con lo que llamara “reformas diluidas”) tiene que ver con los cambios que se han ido gestando sobre el hiper-presidencialismo latinoamericano. Muchas de las nuevas Constituciones, al menos las de los años 90, se escribieron bajo la invocada idea de reducir o moderar los poderes del Presidente. Lamentablemente, en una mayoría de casos, ellas fallaron en sus promesas iniciales, o incumplieron las mismas. Peor aún, muchas de estas nuevas Constituciones parecieron escritas, fundamental sino exclusivamente, con el objetivo “urgente” de autorizar la reelección inmediata del Presidente en ejercicio.¹⁴ Sin embargo, lo cierto es que no son pocos los constitucionalistas y doctrinarios que dudaron de estas afirmaciones, o las calificaron, para decir que en verdad Constituciones como las de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador o Venezuela, en parte aumentan pero en parte también moderan los poderes del Presidente.¹⁵ Ello así, por caso, a través de la inclusión de numerosas

14 Así, por ejemplo, la Constitución de la Argentina, artículo 90; la Constitución de Bolivia, artículo 169; la Constitución colombiana fue objeto de una enmienda reciente, destinada a favorecer la reelección presidencial; la Constitución del Ecuador autoriza la reelección en el artículo 144; la Constitución de Venezuela la permite en su artículo 230.

15 La novedad más interesante, en este respecto, la incluye la Constitución del Ecuador, que establece un mecanismo de “muerte cruzada” entre el Presidente y el Parlamento. Así, el Título IV referido a la Participación y Organización del Poder, Capítulo Tercero de la Función Legislativa, incluye el artículo 129 que sostiene que la Asamblea Nacional puede hacer un juicio político al Presidente por delitos contra la seguridad del Estado, o de concusión o conmoción, peculado, cohecho o enriquecimiento ilícito, o delitos como genocidio, tortura o desaparición forzada. Para la destitución, la Asamblea requiere el voto de las dos terceras partes de sus miembros. El artículo 130, mientras tanto, dispone que en un plazo máximo de siete días, después de publicada la destitución, el Consejo Nacional Electoral debe convocar a

cláusulas que abren espacios para la participación popular (Hartlyn y Luna 2009).¹⁶ Tales cláusulas –nos dicen– implican una transferencia de poder desde la Constitución hacia la sociedad. Por lo tanto –concluyen– cuanto más poder de control tienen la sociedad civil, menos poder tienen las autoridades del gobierno. El problema con este tipo de afirmaciones, sin embargo, parece obvio. Y es que la relación entre un “presidencialismo” que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino más bien contradictoria. Ocurre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa. Hacer ambas cosas al mismo tiempo (fortalecer al Presidente-abrir espacios para más participación) suele resultar entonces una operación contradictoria, que conlleva el grave riesgo de que uno de los dos ideales u objetivos termine resultando opacado o directamente apagado. Conforme a las sugerencias exploradas más arriba, es dable esperar que la vieja estructura presidencialista, ya sólida además de fortalecida por las nuevas reformas, corra con ventajas, entonces, por encima de las instituciones participativas más nuevas, jóvenes, y sujetas a regulación por parte de las autoridades ya en el poder.

En definitiva, el hecho es que las reformas no se ponen de pie por sí solas, sino que requieren de la colaboración del resto de la Constitución, que se “activa” cada vez que una nueva cláusula resulta incorporada. Y allí –en el marco constitucional dominante– las nuevas reformas pueden encontrar ayuda, capaz de dotarlas de vida y fuerza; o trabas, capaces de dificultar o hacer imposible su crecimiento. En el contexto del constitucionalismo regional, es una mala noticia la que nos dice que la estructura constitucional frente a la que nos toca operar, es una que sienta las bases de presidencialismos históricamente hiper-poderosos.

Las largas listas de derechos y las “cláusulas dormidas”

Uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas Constituciones (por ejemplo, las recientemente aprobadas en Ecuador y Bolivia, o la Constitución de Colombia de 1991, o la Argentina de 1994) es que ellas incluyen largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos). Las referencias a los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la comida saludable, los derechos de la naturaleza y un larguísimo etcétera, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos. Si uno mira a la muy austera Constitución de los Estados Unidos, que contiene 7 artículos (y una veintena de enmiendas), y la compara con los más de 400 artículos que uno encuentra en las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia, uno no puede sino sorprenderse. Muchos han hecho referencia, entonces, a las

elecciones anticipadas para el Presidente pero, al mismo tiempo, para la Asamblea Nacional. Por otra parte, en el Título IV, en el Capítulo Tercero de la Función Ejecutiva se incluye el artículo 148, conforme al cual se determina que el Presidente podrá disolver la Asamblea Nacional cuando considere que la Asamblea se ha arrogado funciones que no le competen, como así también en casos de obstrucción reiterada e injustificada del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Aquí también, luego de un plazo máximo de siete días después de publicado el decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral debe llamar a elecciones legislativas y presidenciales.

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

nuevas Constituciones latinoamericanas como “poéticas”: Constituciones que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican.¹⁷

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

17 Por ejemplo, la nueva Constitución de la Argentina dio jerarquía constitucional a numerosos tratados internacionales de derechos humanos, a través del artículo 75 inc. 22 (seguramente su principal novedad, en materia de introducción de nuevos derechos); además de prescribir expresamente otros no incorporados en su versión previa, como los relacionados con el medio ambiente, los consumidores, el derecho de información, etc. (ver, por caso, artículos 41 y 42). La Constitución de Bolivia incluye, entre otros, los derechos de los grupos sociales (niños, adolescentes, jóvenes (artículos 58 al 61), las familias (artículos 62 al 66), adultos mayores (artículos 67 a 69), personas con discapacidad (artículos 70 a 72), personas privadas de libertad (artículos 73 y 74), pueblos indígenas (artículos 30 a 32), usuarios y consumidores (artículos 75 y 76). También hace referencia a los derechos económicos, al medio ambiente (artículos 33 y 34), a la salud y seguridad social (artículos 35 a 45), al trabajo (artículos 46 a 55), a la propiedad (artículos 56 y 57), a los derechos sexuales y reproductivos (artículo 66); a la educación (artículos 77 a 90), las culturas (artículos 98 a 102), el deporte (artículos 104 y 105), y la comunicación (artículos 106 y 107). La Constitución de Brasil establece los principios de la actividad económica, de la política urbanística (artículos 182 y ss.), la agrícola (artículos 184 y ss.) y la financiera (artículo 192); a la vez que refiere a los derechos derivados del “orden social” (artículos 193 y ss.), la salud (artículos 196 y ss.), la previsión social (artículos 201 y 202), la educación (artículos 205 y ss.), la cultura (artículos 215 y 216), el deporte (artículo 217), la ciencia y tecnología (artículos 218 y 219), la comunicación social, el medio ambiente (artículo 225); y regula los derechos de la familia, el niño, el adolescente, los ancianos y los indios (artículos 226 y ss.). La Constitución de Colombia también incluye una larga lista de derechos, ordenada en derechos fundamentales (título II, capítulo 1); sociales, económicos y culturales (título II, capítulo 2); colectivos y del ambiente (título II capítulo 3); derechos de los habitantes y del territorio (título III); derechos de participación democrática y de los partidos políticos (título IV). La Constitución del Ecuador incluye una larga sección dedicada a los derechos (Título II), que incluyen derechos del buen vivir (capítulo 2, referido a los derechos al agua y alimentación; al ambiente sano; a la comunicación e información; la cultura y ciencia; la educación; el hábitat y la vivienda; la salud; y el trabajo y la seguridad social); derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo 3, que incluye los de las personas adultas y mayores; los jóvenes; los de las mujeres embarazadas; los niños; los adolescentes; los discapacitados; las personas con enfermedades catastróficas; las personas privadas de libertad; los usuarios y consumidores); los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (capítulo 4); los de participación (capítulo 5); libertad (capítulo 6); y naturaleza (capítulo 7. La Constitución de Venezuela, por su parte, incluye un extenso apartado (el título III), referido a los deberes, derechos humanos y garantías, y que incluye derechos de la nacionalidad y la ciudadanía (capítulo 2); derechos civiles (capítulo 3); derechos políticos y los referidos al referendo popular (capítulo 4); derechos sociales y de las familias (capítulo 5); derechos culturales y educativos (capítulo 6); derechos económicos (capítulo 7); derechos de los pueblos indígenas (capítulo 8); derechos ambientales (capítulo 9); y deberes (capítulo 10).

Conviene repetirlo: nadie duda de que presenciamos una “inflación” de derechos, y que muchos de los derechos incorporados en las nuevas Constituciones serán de difícil o imposible satisfacción. Pero ello no nos debe llevar a descalificar automáticamente a la operación de expandir el apartado de los derechos propio de estos nuevos textos. Al respecto, el mencionado ejemplo de la espartana Constitución de los Estados Unidos es interesante, y nos permite aprender algunas cuestiones de interés. En efecto, Constituciones austeras como la norteamericana –o, en Latinoamérica, la de Chile- vienen de la mano de una práctica (judicial, en particular) muy hostil frente a los derechos sociales, culturales o económicos, en general. Ocurre que, típicamente, cuando los jueces no encuentran respaldo escrito a esos derechos nuevos (i.e., cuando no ven escrita en la Constitución ninguna mención al derecho a la salud, o a los nuevos derechos indígenas), ellos tienden a actuar como si tales derechos no existieran en absoluto. Es decir, parece haber una alta correlación entre la “no inclusión de nuevos derechos,” y el “no reconocimiento judicial de los nuevos derechos.” Entiéndase bien: decir lo dicho no implica afirmar que, por incluir nuevos derechos en las nuevas Constituciones, esos derechos van a convertirse, mágicamente, en realidad. Lo que se afirma es lo opuesto, es decir, que la ausencia de tales derechos tiende a trabajar negativamente contra su posible, y por lo demás deseable, materialización.

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

Un ejemplo de interés, en este sentido, puede encontrarse en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas, y desde su tardía incorporación constitucional (concentrado, sobre todo) a mediados del siglo XX. Aquella inclusión original pudo haber estado motivada en muchas razones. Tal vez, se recurrió a ellos para aquietar ciertos reclamos sociales; o sin mayor convencimiento; o como puro producto de la hipocresía política –no nos importa ahora la causa. El hecho es que tales disposiciones quedaron adormecidas durante décadas (en Latinoamérica, de hecho, entre cuatro y ocho décadas), para luego comenzar a desperezarse, lentamente, hasta ganar alguna inesperada realidad, en los últimos años. Tal vez sus propulsores no imaginaban ni deseaban este resultado (o tal vez sí). Lo cierto es que se trata de cláusulas que fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas. Hoy por hoy todavía estamos lejos de contar con Constituciones socialmente “activadas,” “despiertas.” Sin embargo, parece un hecho que –como ha ocurrido ya con otras cláusulas constitucionales- una sección entera de la Constitución, que parecía dormida, ha comenzado a desperezarse, y muestra voluntad de ponerse de pie, de ir incorporándose de a poco. Es difícil saber, todavía, si ello terminará ocurriendo y, en todo caso –y lo que es más relevante- cuáles podrán ser las implicaciones que se sigan a partir de tal acontecimiento.

Neutralidad, *status quo*, neutralidad del *status quo*

Lo dicho en secciones anteriores nos abre a otro tema complejo, cual es el del carácter neutral o no neutral de la Constitución. El tema reviste especial interés dado que, para muchos, el principal dato distintivo del constitucionalismo moderno es su compromiso con el ideal de la neutralidad, es decir, el ideal conforme al cual el Estado debe restringirse a apoyar nuestra capacidad para elegir libremente. Según esta postura, al Estado no le corresponde “legislar la moralidad” o “cultivar la virtud”.

Aunque la importancia del ideal de neutralidad en las últimas décadas resulta innegable, también es cierto que el mismo no parece ser claramente dominante en Latinoamérica (cuando sí, conforme a algunos, sería el dominante en los Estados Unidos, cfr. Sandel 2005, 9). En efecto, y durante mucho tiempo al menos, uno de los rasgos salientes del constitucionalismo regional resultó, justamente, su vocación por imponer modelos de virtud, fundamentalmente a través del apoyo a alguna religión particular (la religión Católica), con la que se comprometía el Estado, y a partir de la cual se trataba de organizar la vida de la ciudadanía. Parece claro, por caso, que el modelo constitucional dominante en Latinoamérica, durante el siglo XIX, fue el inspirado en el conservadurismo, y basado en las ideas de orden y religión –ideales que muchos alentaron en contraposición a los impulsos anárquicos que, según muchos, hacían imposible la vida en las nuevas naciones, y su progreso.

La influencia del conservadurismo, sin embargo, no fue pacífica. Como sabemos, el constitucionalismo conservador disputó con el liberalismo el lugar predominante en la escena regional, durante todo el siglo XIX. Durante décadas, liberales y conservadores se enfrentaron en combates armados, sangrientos. Sólo hacia mediados de siglo, y frente al temor de la llegada de la “marea roja” de las revoluciones europeas de 1848, liberales y conservadores comenzaron a trabajar juntos, y llegaron a escribir entre ambos los textos de las que se convertirían en principales Constituciones de las nuevas sociedades.

En definitiva, las nuevas Constituciones latinoamericanas no fueron como la de los Estados Unidos –Constituciones organizadas en torno a ideales como el de la tolerancia religiosa. Ellas serían –y en buena medida lo siguen siendo- Constituciones fundamentalmente ambiguas en ese aspecto, dado el extraordinario peso que tuvieron siempre los sectores religiosos dentro de las Convenciones Constituyentes. La Constitución Argentina de 1853 representa uno de los ejemplos más altos de la ambigüedad en la materia, al consagrar al mismo tiempo la tolerancia religiosa (art. 14), y el “sostenimiento” estatal de la religión católica, por parte del Estado. Lo mismo la Constitución mexicana de 1857, que al no poder consagrar ninguna fórmula de acuerdo, sobre el punto, entre liberales y conservadores, decidió guardar silencio sobre la materia religiosa. En definitiva, la aspiración a la neutralidad religiosa de las Constituciones regionales es cuanto menos ambigua.¹⁸

Ahora bien, aún si las Constituciones locales no tuvieran lo que tienen (es decir, compromisos ambiguos, más o menos explícitos, con una religión particular), podríamos decir que ellas son neutrales? (y podríamos decir esto, acaso, acerca de la propia Constitución norteamericana)? En qué sentido es que Constituciones como las que conocemos podrían ser consideradas neutrales con respecto a los ideales de virtud, a las concepciones del bien, a los modelos de vida? En qué sentido podríamos decir que ellas privilegian nuestra capacidad de elección, antes que un cierto modelo moral? Finalmente, cuándo es que podríamos decir, realmente, que una Constitución es o no es neutral?

El caso de la religión, otra vez, nos ofrece el ejemplo más evidente: la Constitución no es neutral cuando, por ejemplo, consagran una religión como religión oficial, y condicionan la estructura de derechos al respeto de tales creencias. Juan Egaña, el gran constitucionalista conservador chileno, se distinguió por defender Constituciones de este tipo, que por caso incluían listas de derechos a la usanza en el tiempo, pero dejando en claro que esos mismos derechos dependían del respeto del catolicismo: la expresión se iba a respetar en tanto y en cuanto no comprometiese a los fundamentos de la fe católica, y la libertad de asociación también, en la medida en que la asociación en ciernes no viniera a poner en riesgo a la única Iglesia reconocida por el Estado. Ejemplos como éste ilustran a las claras lo que significa una Constitución no-neutral, a la vez que nos dan una sugerencia aparentemente fácil de comprender, acerca de los requerimientos de la neutralidad –en este caso, la no-imposición de una religión.

Sin embargo, un punto importante a marcar es que la neutralidad no se juega, exclusivamente, en el terreno religioso, y en relación con lo que la Constitución diga al respecto. Por ejemplo: qué es lo que quiere decir que la Constitución es neutral, cuando (en el cajón de las herramientas constitucionales) tenemos disponibles una serie de instrumentos que favorecerían la participación política (rotación obligatoria en los

18 La última oleada de reformas, sin embargo, tendió a reforzar el carácter neutralmente religioso de los nuevos textos. La Constitución de la Argentina, por caso, suprimió el requisito de pertenecer a la religión católica para ser presidente o vice de la Nación, como en su formulación anterior; la de Bolivia eliminó a la religión católica como religión oficial (artículo 4); la de Colombia también puso fin a la idea de que el catolicismo era religión oficial (artículo 19); la del Ecuador “invoca” el nombre de Dios, en su preámbulo, a la vez que reconoce “nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad.” Muchas de estas Constituciones, por lo demás, destacan por la sensibilidad hacia las creencias y tradiciones de los pueblos indígenas (ver, por ejemplo, las novedades introducidas en la Constitución de Bolivia –que discutiéramos más arriba- o las que incluye la nueva Constitución del Ecuador –por ejemplo, Título II, capítulo 4, en general, y el artículo 57, en particular).

cargos; elecciones frecuentes; revocatoria de mandatos; audiencias públicas obligatorias antes de la aprobación de una ley; jurados para todas las causas, entre tantas otras), pero sistemáticamente incorporamos en nuestras Constituciones otras, que se les oponen (reelecciones para todos los cargos, mandatos largos y de por vida, decisiones concentradas en equipos técnicos-ejecutivos)? No deberíamos hablar, entonces, de Constituciones no-neutrales en relación con la participación política -Constituciones que toman partido por un cierto modelo de ciudadano y un cierto modo de vida política? Pareciera claro que sí, pero sin embargo, todas las Constituciones que pueden mencionarse cuando hablamos de constitucionalismo neutral, incluyen cláusulas como las señaladas en segundo término (cláusulas que no alientan la participación), sin que ello obste a que nadie deje de llamarlas Constituciones neutrales.

De modo similar, en qué sentido podemos aceptar el calificativo de neutralidad, para referirnos a Constituciones que consagran fuertes protecciones a los contratos y a la propiedad; que desalientan la expropiación; que consagran como derechos básicos a la libertad de comercio, de navegación, la libertad de circulación de productos? Sin embargo, otra vez, cláusulas como las señaladas son referidas como cláusulas distintivas de una Constitución neutral.

Ello es así, entre otras razones, porque tal estructura constitucional fue la promovida por el liberalismo, al mismo tiempo en que el liberalismo disputaba su espacio con el conservadurismo, en materia religiosa. Para ello, consistente y lúcidamente, los liberales utilizaban el mismo lenguaje y la misma lógica de razonamiento que utilizaban en su enfrentamiento contra el perfeccionismo moral de los conservadores. Primero, afirmaban la libertad de elección de los individuos, marcando el valor y la conveniencia de dicha libertad; luego, mostraban de qué modo el Estado representaba la peor amenaza frente a ese tipo de libertades; y finalmente, extraían como conclusión la necesidad de “maniatar” al Estado: la libertad individual (y finalmente el bienestar del país) aparecían entonces como sinónimos del anti-estatismo. En la fórmula del renombrado constitucionalista colombiano José María Samper, lo que se requería era una política marcada por el *individualismo*, *anticolectivismo* y *antiestatismo* (Samper 1881, 486-8).

En sus dos sentidos –privado y público- la idea de neutralidad estatal entendida como “retiro” del Estado, resulta más compleja de lo que sugería el discurso del liberalismo entonces dominante. Ello resulta especialmente visible en el ámbito público, en donde la pretendida inacción estatal no nos deja, como en el primer caso, enfrentados a una diversidad de proyectos personales, de corto, mediano y largo plazo, que podemos adoptar sin mayor costo ni dificultades (desde leer un libro a adoptar una religión u otra, un modelo sexual u otro, un estilo de vida más o menos consumista, etc.). En el ámbito público resulta más claro que la “libertad de mercado,” establecida en el marco de fuertes desigualdades económicas y de oportunidades, inclina el campo de juego, de modo decisivo, a favor de ciertos jugadores y en contra de otros. Para quien hereda fortunas o nace en el seno de una familia rica; como para quien goza de privilegios heredados, en materia de educación, salud o trabajo; la abstención estatal (que, aún en un sentido estrecho, resulta extraña, en la medida en que se acompaña de un explícito y creciente activismo estatal, en materia de seguridad, por ejemplo) puede ser considerada una toma de partido en su favor –a favor de los privilegiados. En cambio, para quien nace en el extremo opuesto, de pobreza y desamparo, la llamada

inacción estatal representa una condena que, inevitablemente, tendrá consecuencias a lo largo de toda la vida de los integrantes del grupo desaventajado.

En tales ocasiones tenemos que hablar, entonces, de *neutralidad del status quo* (Sunstein 1993), de respeto a un orden cuya valoración debe depender, en todo caso, de su servicio a la libertad de las personas. Lo que no corresponde hacer, en cambio, es asumir que ese estado de cosas es “natural” o “neutral.” Por un lado porque, como señalara Hart en su polémica con Lord Devlin (1988), no hay razones para superponer los conceptos de *vigente* y *válido*: un cierto estado de cosas puede representar el estado de cosas vigente pero, al mismo tiempo, puede ser disvalioso, y podemos contar con razones para modificarlo. Por otro lado, no corresponde considerar al mismo como estado de cosas “natural” o “neutral” porque, como cualquier otro, él es producto de previas, intensas, repetidas, múltiples intervenciones estatales (Holmes y Sunstein 1999). Es decir, en todo caso, se trata de construcciones estatales que pueden ser aceptables o no, pero que no representan el punto de reposo o estado de naturaleza de la sociedad, en relación con el cual debe justificarse cada movida que nos aleje de allí, como si se tratara de un orden en sí mismo justificado. Por el contrario, dicho estado de cosas requiere también de una justificación especial si es que pretende ser mantenido inmodificado.

Finalmente, merece llamarse la atención sobre el modo en que la estructura básica de la sociedad contribuye a forjar el carácter; educar un cierto tipo de ciudadano; resaltar ciertas cualidades y disposiciones morales, y desalentar otras (Sandel 1996). El punto tiene interés, dada la extendida creencia conforme a la cual el Estado educa el carácter sólo cuando torna explícito un cierto modelo educativo moral; o se asocia de forma más o menos activa con una religión. Y lo cierto es que el Estado compromete su neutralidad no sólo cuando apoya una cierta religión sino también cuando, por ejemplo, defiende reglas políticas que desalientan la participación; o fortalecen a la economía capitalista. Las primeras ayudarán a la forja de ciudadanos más alejados de la política partidaria; menos interesados en una vida pública que amenaza con rechazar o simplemente ignorar cada una de sus demandas. Las segundas, mientras tanto, tenderán a promover (ya que se alimentan de, a la vez que alimentan) cualidades personales como las de la codicia y el miedo (Cohen 2009). Tales cualidades pueden ser útiles para mantener vital una cierta estructura productiva, pero a la vez pueden ser nocivas para otros tipos de proyectos, más vinculados con el auto-gobierno. Esto es lo que entendían, por caso, muchos “antifederalistas,” y figuras públicas como Thomas Jefferson, quienes defendían la promoción de políticas agraristas –frente a la alternativa de una economía organizada en derredor del comercio- por sus consecuencias asumidamente atractivas, en cuanto a la formación de individuos más comprometidos con su comunidad, y menos dispuestos a mirar a sus vecinos como competidores o clientes (Sandel 1996).

Las condiciones materiales del constitucionalismo

Las largas listas de derechos que caracterizaron a las Constituciones del siglo XX fueron la marca de identidad de un tipo diferente de constitucionalismo, que enfrentaba al que había sido predominante durante el siglo XIX: un constitucionalismo “negativo,” destinado a establecer barreras de protección hacia los individuos, frente a los riesgos provenientes de los ataques o interferencias de los demás, y del Estado en particular. Como viéramos en la sección anterior, la imagen del Estado como enemigo de la

libertad resulta central dentro del imaginario de la elite dominante en América Latina, durante el siglo XIX.

El nuevo constitucionalismo –con claras raíces en el siglo XIX- se mostraba ansioso por ir más allá de la función negativa que se le asignaba de modo habitual, y pretendía ponerse al servicio de la construcción de nuevas relaciones sociales, más igualitarias. Dicha actitud tenía que ver, ante todo, con un gesto de supervivencia. Muchos de sus defensores parecían reconocer que si el constitucionalismo no se fundaba en una práctica social distinta, aún la Constitución más perfecta iba a convertirse –según la frase de Ferdinand Lasalle- en una “mera hoja de papel.” Esto es esencialmente lo mismo que expresaron los “liberales puros” o “radicales,” en México, durante la Convención Constituyente de 1857. El presidente de la misma, Ponciano Arriaga, sostuvo entonces “nos divagamos en la discusión de derechos y ponemos aparte los hechos positivos. La Constitución debiera ser la ley de la tierra; pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra.” Para él, el pueblo no podía ser “libre ni republicano, y mucho menos venturoso, por más que cien constituciones y millares de leyes proclamasen derechos abstractos, teorías bellísimas, pero impracticables, en consecuencia del absurdo sistema económico de la sociedad” (Zarco 1956, 387-8). De allí los proyectos de reforma agraria avanzados, durante los debates en curso, por los convencionales Olvera y Castillo Velasco, o la propuesta de una suerte de ingreso universal, presentada por el periodista y publicista Ignacio Ramírez (Reyes Heróles 1957). Todos ellos parecían reconocer las graves implicaciones de promover relaciones jurídicas basadas en la igualdad, en un contexto marcado por una desigualdad extrema. Así organizado, el derecho quedaba condenado a la irrelevancia.

Ahora bien, uno puede admitir que la Constitución no puede germinar en cualquier contexto y, más específicamente, que una Constitución igualitaria tiende a transformarse en una “mera hoja de papel,” si el marco en el que nace es el de la plena desigualdad. Sin embargo, frente a dicha observación –que por ahora concedemos como válida- qué significa tomarse en serio la tarea de la creación constitucional? Qué es lo que puede hacerse, sensatamente, desde el texto constitucional, para no prohiar una Constitución sin vida? En definitiva, qué es lo que requiere el tomarse en serio las *condiciones materiales del constitucionalismo*?

Los problemas en juego –vinculados con la pregunta acerca de cómo tomarse en serio las condiciones materiales del constitucionalismo, cuando se quiere llevar a cabo una reforma constitucional - parecen ser numerosos, y de diverso tipo. En primer lugar, se encuentran nuestras dificultades para diseñar obras de macro-ingeniería –en este caso, reformas sustanciales sobre las reglas de juego y, al mismo tiempo, la organización económica de la sociedad. Nuestra racionalidad es limitada, y son demasiadas las consecuencias no intencionadas de nuestros actos que no podemos prever ni controlar. En tal sentido, emprender una reforma a tan vasta escala parece involucrar el riesgo de la hiperracionalidad (Elster 1989). En segundo lugar, aún si tuviéramos la capacidad para diseñar, al mismo tiempo, un programa de reformas tan amplio, deberíamos preguntarnos acerca de nuestra capacidad política para implementarlo, sobre todo cuando dichas reformas, previsiblemente, afectan fuertes intereses establecidos. Tiene sentido, en tal caso, avanzar cambios simultáneos, en todos los frentes, a riesgo de tornar más difíciles las reformas posibles y alcanzables?

Parecemos quedar, entonces, en una encerrona: o tomamos el camino de una reforma mayúscula, a riesgo de cometer graves errores, y aún de impedir lo bueno, buscando lo óptimo; o condenamos la Constitución a convertirse en letra muerta, al poco de nacer.

Algunas de las nuevas Constituciones latinoamericanas han intentado, sin embargo, adentrarse en este difícil camino, y procurado actuar sobre las bases materiales de la sociedad, que son aquellas sobre las que la Constitución debe apoyarse. Para ello, han optado por dos vías principales. Por un lado, y de modo más habitual, algunas de ellas han consagrado en su texto directivas económicas intangibles, normalmente relacionadas con la propiedad pública de los recursos naturales, o el rol del Estado en la economía.¹⁹ De modo más ambicioso, y por otro lado, algunas de tales reformas fueron acompañadas por simultáneas medidas de reforma económica, destinadas a cambiar relaciones de poder previsiblemente amenazantes sobre la Constitución. El caso más notable, en este sentido, es el de Bolivia, cuyo texto aprobado fue puesto a referéndum de la sociedad (el 25 de enero del 2009), en una jornada en donde también se preguntó a la ciudadanía cuál debía ser la extensión máxima de tierra que podría acumular un ciudadano sin estar sujeto a la expropiación: 5.000 o 10.000 hectáreas –un tema sobre el cual los constituyentes no habían logrado ponerse de acuerdo. Es decir, la reforma constitucional arrastró consigo, y de la mano, otra discusión que afectaba directamente la organización económica de la sociedad (la discusión, sin embargo, tuvo un límite muy importante porque, contra lo que era la iniciativa original, la misma debió contentarse con establecer frenos para la acumulación futura de tierras, en lugar de extenderse hasta afectar la distribución de tierras existente al momento de la reforma).

Todavía tenemos que ver de qué modo es que evolucionan estas reformas; si es que las decisiones de cambio económico dictadas “desde arriba,” de un día al otro, alcanzan a ganar realidad en la práctica, y a afianzar (antes que socavar) la estabilidad del nuevo documento constitucional. Sobre todo, resta por ver si las reformas allanan unas el camino de las otras, o si por el contrario lo que se ha hecho, con tantas iniciativas radicales simultáneas, es despertar de un golpe a algunos de los monstruos adormecidos de un autoritarismo que marcó toda la historia boliviana, desde su independencia y hasta nuestros días. En todo caso, iniciativas como la boliviana representan el punto más alto de un constitucionalismo que buscó cambiar los ejes fundamentales –las condiciones materiales del constitucionalismo- antes que meramente enunciar ciertos cambios, para quedar a la merced del inmovilizador tejido de los intereses sectoriales y regionales existente.

19 Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece que los recursos naturales son del Estado (artículo 349); que los hidrocarburos son propiedad del Estado (artículo 359); prohíbe el latifundio (artículo 398); prohíbe la importación, producción, y comercialización de transgénicos (artículo 408); a la vez que establece que la energía sólo puede ser manejada por el Estado, que el agua no se puede concesionar ni privatizar; y que la coca recibe una protección especial. La Constitución de Ecuador, por su parte, establece desde su artículo 1 que los recursos naturales no renovables forman parte del patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado; la de Perú sostiene que los recursos naturales, renovables y no renovables, forman parte del patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento (artículo 66); la de Venezuela considera al latifundio contrario al interés social (artículo 307), a la vez que establece un papel central para el Estado en la explotación de los recursos naturales incluyendo, de modo muy particular, el petróleo, cuya propiedad se reserva (artículo 303).

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

- Ackerman, B. (1997), "The Rise of World Constitutionalism," 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberdi, J.B. (1920), *Obras Selectas*, Buenos Aires, Librería La Facultad, edic. ordenada y revisada por J.V.González. Univ. Nacional del Litoral, pp. 23-48.
- Balkin J. & Levinson, S. (1998), "The Canons of Constitutional Law," 111 *Harv. L. Rev.* 963.
- Basadre, J. (1949), *Historia de la República del Perú*, Editorial Cultura Antártica, Lima.
- Bolívar, S. (1976), *Doctrina del Libertador*, Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Cohen, G. (2009), *Why not Socialism?* Princeton: Princeton U.P.
- Elster, J. (1989), *Salomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Epstein, L. & Knight, J. (2003), "Constitutional Borrowing and Nonborrowing," 1 *International Journal of Constitutional Law* 196.
- Farrand, M., ed. (1937), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Conn., Yale University Press.
- Hartlyn, J. y Luna, J.P. (2009) "Constitutional Reform in Contemporary Latin America: A Framework for Analysis," paper presentado en LASA, 2009.
- Kennedy, D. (1997), "New Approaches to Comparative Law," *Utah Law Review* 545 .
- Linz, J. and Valenzuela, A. (1994), *The failure of presidential democracy*, Baltimore: John Hopkins University Press.
- Manin, B. (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Osiatynski, W. (2003), "Paradoxes of Constitutional Borrowing," 1 *International Journal of Constitutional Law* 244.
- Riggs, F. (1987), "El presidencialismo en los Estados Unidos", en C. Nino ed., *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- Reyes Heróles, J. (1957), *El liberalismo mexicano*, México: Universidad Nacional de México.
- Rosenfeld, M. (1998), "Justices at Work," 18 *Cardozo L. Rev.* 1609.
- Sandel, M. (2005), *Public Philosophy*, Cambridge: Harvard U.P.
- Thome, J. (2000), "Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America" *Wis. L. Rev.* 691.
- Tushnet, M. (1999), "The Possibilities of Comparative Constitutional Law," 108 *Yale Law Journal* 1225.
- White, M. (1978), *The Philosophy of the American Revolution*, Oxford: Oxford U.P.
- White, M. (1987), *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford: Oxford U.P.
- Zarco, F. (1957), *Historia del Congreso Constitucional de 1857*, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos.

