

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN (1980-2010)

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El constitucionalismo en el siglo XX: algunas buenas preguntas, sin respuesta definitiva*. III. *Reelección presidencial y cambio estructural*. IV. *Constituciones desestabilizadas por un Poder Ejecutivo dominante*. V. *Presidencialismo vs. participación: Ecuador 2008/Venezuela 1999*. VI. *Política vertical y derechos horizontales. Explotación de recursos naturales vs. derechos indígenas*. VII. *La “sala de máquinas” de la Constitución*.

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta a partir de la cual se nos invita a reflexionar se refiere a la relación entre democracia y Constitución. La cuestión es central para la teoría constitucional, y merecedora de los estudios más detallados, por lo que aquí sólo procuraremos acercarnos a un aspecto del problema, vinculado con el análisis del constitucionalismo contemporáneo en América Latina. Nos referiremos a un intento más bien fallido de expandir la democracia a través de la Constitución, y daremos cuenta del porqué de ese parcial fracaso.

La tesis que procuraremos defender es la siguiente: las Constituciones latinoamericanas nacieron, en su mayoría, resultado de un pacto entre liberales y conservadores, y dieron lugar a organizaciones institucionales políticamente muy restrictivas. Conforme a la fórmula alguna vez acuñada por Juan Bautista Alberdi, ellas establecieron libertades políticas limitadas, junto a libertades económicas muy amplias. Desde entonces —mediados del siglo XIX— las Constituciones sufrieron numerosas reformas, destina-

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires, Argentina.

das a expandir las capacidades políticas de la ciudadanía, en otros términos, ellas vinieron a expandir las libertades antes limitadas, y expandir de ese modo la democracia, a través de la Constitución. Dicha tendencia fue poderosamente acentuada en la última oleada de reformas, comenzada a fines del siglo XX. Sin embargo, según diremos, tales reformas terminaron por reproducir un parámetro habitual en la región —un parámetro dominante desde comienzos del siglo XX al menos— a partir del cual los reformistas se dedican a expandir los derechos existentes, pero sin incorporar las modificaciones acordes y necesarias, en la otra área fundamental de la Constitución —el área de la organización del poder—. Lo que tiende a resultar de allí, según veremos, no son, simplemente, reformas incompletas, que no terminan de expandir la libertad política del modo adecuado. El resultado final nos refiere, más bien, a reformas que conspiran contra sí mismas, porque las libertades que se pretenden expandir desde el área de los derechos terminan siendo puestas en crisis, sino directamente cercenadas, desde la organización del poder, que tiende a permanecer básicamente intacta, y conforme a las pautas definidas en el siglo XIX. Esto es, la matriz del poder definida en el siglo XIX se mantiene en su esencia intocada, por lo cual la organización política limitadora de libertades, concentradora del poder, verticalista, híper presidencialista, organizada desde mediados del siglo XIX, se convierte de inmediato en una de las peores amenazas sobre la pretensión de expandir libertades, que ha solido impulsar a los movimientos reformistas. Lo que es peor: se trata de una amenaza que proviene desde el propio corazón de la Constitución.

II. EL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX: ALGUNAS BUENAS PREGUNTAS, SIN RESPUESTA DEFINITIVA

Recordemos, aunque sea muy someramente, cómo es que los países americanos llegaron hasta dicho estadio, en su irregular, discontinuo devenir constitucional. Haciendo un breve *racconto* de la historia contemporánea del constitucionalismo regional podríamos decir que el siglo XX comenzó con algunas buenas preguntas, aunque la respuesta haya sido, como sabemos, muy limitada. En efecto, en las primeras décadas del siglo XX, el constitucionalismo reconoció la necesidad de prestar atención a reclamos de tono social que había desatendido y dejado de lado en su etapa fundacional. De esa forma, el derecho advirtió los límites que eran propios del pacto liberal-conservador que había distinguido a la región desde mediados del siglo XIX. Dicho pacto se había concretado a partir de la exclusión de un modelo diferente de

constitucionalismo —uno que ponía énfasis en la dimensión social— y fue, justamente, esta dimensión social la que trató de ser recuperada, ansiosamente, desde la llegada del nuevo siglo. Lo dicho significa que el nuevo siglo comenzó con una buena reflexión interna sobre el estado de la sociedad y el constitucionalismo.

La serie de reformas constitucionales que se llevaron adelante, en toda la región, desde 1917 en México, en adelante, fueron complejas y multidireccionales, pero, en todo caso, parece innegable que en ellas estuvo presente una clara impronta social. Las Constituciones fundacionales, de algún modo, habían fracasado al mostrarse como la expresión de sólo una porción de la sociedad. Las libertades y los derechos que habían consagrado eran las que podían ser reclamadas por los sectores más acomodados de la sociedad. Pero la presencia de tales principios en el texto constitucional era, en todo caso, tan notoria como otras ausencias. Las Constituciones parecían asumir que todos entraban en el pacto constitucional fundacional en un pie de igualdad. Ellas actuaban como si no fuera un hecho que amplios sectores de la sociedad —principalmente indígenas y antiguos esclavos, pero también las mujeres, y los más pobres— se asomaban a las libertades de los demás desde una situación subalterna en la que habían sido colocados y retenidos por uso y abuso de la fuerza estatal. Al ignorar este hecho el constitucionalismo no sólo dejaba de prestar atención a necesidades sociales relevantes, sino que además desconocía el grado de responsabilidad que le tocaba en la formación y consolidación de tales desigualdades.

De allí que, desde los primeros años del siglo XX, las nuevas Constituciones, con sus ya conocidas imperfecciones, intentaron incorporar la dimensión social olvidada por el constitucionalismo fundacional, a través de cada vez más amplias declaraciones de derechos económicos, sociales y culturales. A la vez, procuraron expandir la dimensión política restringida de las primeras Constituciones. Mostraron, de ese modo, una vocación incluyente antes que excluyente. En todos los casos, y como veremos, la pregunta es hasta qué punto tales esfuerzos fueron suficientes; hasta qué punto escaparon del riesgo de ser meramente declarativos, y sobre todo, hasta qué punto tomaron en serio las limitaciones que el pasado —expresado en una estructura socio-legal restrictiva— imponía sobre el presente.

Luego, desde mediados del siglo XX, y durante más de dos décadas, el constitucionalismo pareció perder atractivo, envuelto en un clima de época que tendía a relegar las cuestiones legales a un terreno meramente superestructural. En los peores casos, las iniciativas de reforma constitucional no fueron vistas como inútiles, sino directamente engañosas, susceptibles de distraer la atención del lugar realmente relevante, que era el de la cruda lucha social.

De todos modos, el dramático final de muchos de tales enfrentamientos sociales y de clase volvieron a llevar la atención hacia el reformismo constitucional. En efecto, los largos años de desdén constitucional vinieron de la mano del triunfo de dictaduras y regímenes autoritarios que azolaron toda la región, y que implicaron la muerte de decenas de miles de ciudadanos, cuyos derechos de todo tipo fueron arrasados impiadosamente y del peor modo. De allí que no resultara una sorpresa que, en los años 80, y con el fin del periodo de las peores dictaduras, la región presenciara la poderosa re-emergencia del discurso constitucional, acompañado de un extraordinario renacer del ideario de los derechos humanos.

Constitucionalismo y derechos humanos trazaron, desde entonces, una poderosa alianza que se reflejó en una revitalización democrática de la vida política, que incluyó nuevas y originales reflexiones en materia constitucional. En efecto, una mayoría de países americanos llegaron a finales del siglo XX planteándose una serie de preguntas cruciales, luego de haber identificado un problema constitucional igualmente importante. El problema tenía que ver con la inestabilidad política que los había acuciado durante todo el siglo, favoreciendo la llegada, una y otra vez, de regímenes militares que se convirtieron en graves violadores de derechos humanos. Las preguntas que aparecieron entonces tuvieron que ver, entre otros temas, y de modo decisivo, con la Constitución, y lo que ella podía hacer para poner límites frente a tales desgracias. La principal respuesta tuvo que ver con el hiperpresidencialismo (ahora veremos por qué), y junto con él, de modo más obvio, con la incorporación de tratados de derechos humanos en la Constitución o, más en general, con la apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos.

Vamos a detenernos, de todos modos, en la cuestión del hiperpresidencialismo. La pregunta del caso era importante y la respuesta fue aparentemente extraña, pero en definitiva irreprochable. Fueron muchos los que concluyeron, entonces, que el gran drama de la región —el que, en definitiva, generaba las condiciones para la masiva violación de derechos humanos— era el drama de la *inestabilidad política*. Frente a ella, la respuesta que se propuso entonces fue interesante y, en un primer momento, compartida: el constitucionalismo tenía algo que ver con esa inestabilidad, y por lo tanto podía hacer algo para remediarla. La clave que el constitucionalismo no había acertado a identificar, hasta entonces, era el sistema presidencialista o, más precisamente, hiperpresidencialista, al que se correlacionó directamente (en un debate que siguió durante décadas) con la producción de inestabilidad política.¹

¹ Cheibub, J. y Limongi, F., “Modes of Government Formation and the Survival of

En efecto, el sistema hiperpresidencialista fue considerado responsable principal de la grave dificultad de las democracias regionales para mantenerse en el tiempo. El hiperpresidencialismo implicaba concentrar poder, y también responsabilidades y expectativas, en una sola persona, con mandato fijo durante años. Cualquier súbito desencanto con el presidente —cualquier crisis política o económica, cualquier quiebre en su salud, cualquier caída en su popularidad— tendía a traducirse entonces en una crisis del sistema político, que carecía de válvulas de escape con las que remediar los desajustes, impidiendo la puesta en crisis de toda la estructura constitucional. Hubo un extendido acuerdo, entonces, según el cual la fuerte moderación o directa eliminación del sistema hiperpresidencialista iba a permitir amortiguar las crisis, evitar su conversión en crisis sistémicas, y atajar de ese modo la inestabilidad recurrente.

Por diversas razones, que incluyeron una disminuida fe teórica en los hallazgos de los ochenta, y por el renovado brío de los impulsos caudillistas, lo cierto es que se llevaron consigo al movimiento reformista más importante de esos tiempos. Una razón estructural, más poderosa, menos abstracta, resultó fundamental, entonces, para explicar el súbito abandono del embaute antipresidencial: las nuevas reformas constitucionales fueron generadas (¿era posible esperar otra cosa?) por gobernantes —presidentes— poco interesados en iniciar un movimiento de cambio constitucional que los tuviera a ellos mismos como principales afectados o víctimas. Ninguno de los gobernantes de entonces se mostraba demasiado entusiasmado con la perspectiva

Democratic Regimes: Presidentialism and Parliamentarism Reconsidered”, *Annual Review of Political Science*, vol. 5, 2002; Eaton, K., “Parliamentarism versus Presidentialism in the Policy Arena”, *Comparative Politics*, 2000; Linz, J. y Valenzuela, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994; Nino, C. (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987, y *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992; O’Donnell, G., “Delegative Democracy?”, *Journal of Democracy*, vol. 5, 1994; Przeworski, A. et al., *Democracy and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; Riggs, F., “El presidencialismo en los Estados Unidos”, en Nino, C. (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987; Samuels, D. y Eaton, K., “Presidentialism And, Or, and Versus Parliamentarism: The State of the Literature and an Agenda for Future Research”, ponencia presentada en Conference on Consequences of Political Institutions in Democracy, Duke University, abril de 2002; Shugart, M. y Carey, J., *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Shugart, M. y Mainwaring, S., “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, en Shugart, M. y Mainwaring, S. (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Unger, R., “El sistema de gobierno que le conviene a Brasil”, en Nino, C., (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.

de amputarse los propios pies, y responsabilizarse, de tal manera, de los históricos males políticos de la región. Más bien lo contrario.

III. REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y CAMBIO ESTRUCTURAL

Conforme a lo señalado en la sección anterior, la nueva corriente constitucional reformista de los noventa careció por completo de un impulso antipresidencial, aunque entonces fue habitual que se hablara de cambios que llegaban, también, al cargo presidencial. En todo caso, lo cierto es que los cambios anunciados no se dirigieron fundamental ni necesariamente a reducir los poderes del presidente. En verdad, lo que distinguió a las nuevas reformas, en todo caso, fue la introducción de reformas muy distintas de las anunciadas, dirigidas a facilitar reelecciones presidenciales que el viejo constitucionalismo, de modos diversos, limitaba (ya sea denegando la reelección; impidiendo las reelecciones indefinidas; exigiendo el transcurso de un periodo electoral, previo a la reelección, etcétera). Esta nueva oleada de reformas, nacidas hacia finales del siglo XX fueron, en muchos casos, reformas cortoplacistas o miopes, motivadas por razones autointeresadas, normalmente vinculadas con la reelección presidencial.

Así, podemos reconocer que entre 1978 y 2008, se dictaron 15 Constituciones (Bolivia ratificó la suya en 2009), al menos una en cada país de la región, salvo los casos de Costa Rica, México, Panamá, la República Dominicana, y Uruguay (suman 192 en la historia, y 102 en el siglo XX, según Negretto).² En dicho lapso, diez países modificaron las reglas de la reelección presidencial, que en total fueron modificadas 16 veces, en 9 ocasiones para flexibilizar las cláusulas de la reelección, en 7 para restringirlas. Ciclos restrictivos (como el iniciado en 1978), son seguidos luego por otros contrarios, destinados a facilitar las reelecciones (como el iniciado en 1993). En doce países de la región, también, se fortalecieron los poderes presidenciales, y sólo en seis fueron restringidos.³ Según Negretto, las reglas referidas a la reelección presidencial, y a los términos del mandato de los presidentes, han sido las más inestables en la historia de la región.⁴

Lo anterior de ningún modo niega, sin embargo, que habitualmente, y en tren de aprobar reformas autointeresadas, movidas por pretensiones de

² Negretto, Gabriel, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy* (edición en español), vol. 1(1), 2009, y “La reforma política en América Latina”, *Desarrollo Económico*, vol. 198, 2011.

³ Negretto, Gabriel, “La reforma política...”, *op. cit.*

⁴ *Idem.*

muy corto plazo, se agreguen —ya sea como escudo para proteger lo anterior, ya sea como oportunidades que la oposición aprovecha— reformas más interesantes, que pueden ser valiosas para el largo plazo.⁵ Como ejemplo, la Constitución argentina de 1994, motivada sustantivamente por las ambiciones reeleccionistas del presidente entonces en ejercicio, terminó por consagrar otras modificaciones de importancia, como el reconocimiento de derechos de las minorías, la novedad de las acciones judiciales colectivas, o la jerarquía constitucional de compromisos relevantes en materia de derechos humanos.

Lo ocurrido en la Argentina representa una pauta generalizable en la región, de allí que las reformas de finales de siglo y comienzos del nuevo, si bien motivadas por un indeseable cortoplacismo, pudieron traer consigo otros cambios más atractivos, que se vinculaban con el aire de los tiempos: preocupaciones multiculturales, derechos de grupos, nuevos derechos ambientales. Estas reformas incluyeron, a su vez, algunas respuestas destinadas a hacer frente a algunos de los peores legados de la más dura etapa hiperpresidencial: poderes judiciales demasiado sometidos a la política; legislativos anémicos; un creciente proceso de desconfianza en la política, y un quiebre de relaciones entre representantes y representados. Y en algunos casos, excepcionalmente, reformas en apariencia muy imperfectas, se articularon claramente en torno a problemas constitucionales fundamentales, bien identificados.⁶

⁵ Uprimny, Rodrigo, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, vol. 89(7), 2011.

⁶ Ahora bien, dentro de un panorama como el expuesto, marcado por el cortoplacismo, la Constitución de Bolivia de 2008 destaca por algunas novedades de interés. Ello, a pesar de las recurrentes críticas que ha recibido, tanto en lo aspectos procedimentales como sustanciales. Vale decir, esto es así no obstante los modos en que se llevó a cabo el proceso constituyente, como por los resultados particulares que se derivaron de tal proceso. Desde el punto del análisis que hemos realizado en las páginas anteriores, la Constitución boliviana ofrece al menos dos rasgos por demás salientes. En primer lugar, ella es el resultado de la identificación de un problema social fundamental, cual es la marginación indígena. En segundo lugar, ella se ha animado a abordar, de un modo muy fuerte, y como pocas Constituciones en la región, la cuestión relativa a las bases materiales de la Constitución. Podemos detenernos brevemente en el examen de ambas cuestiones. Sobre lo primero, cabría resaltar que la Constitución de Bolivia difiere de muchas de las Constituciones redactadas en la región, a partir de propósitos cortoplacistas, fundamentalmente vinculados con la consagración del derecho a la reelección presidencial. Contra dicha extendida tendencia, la Constitución de Bolivia nace en buena medida a partir de una pregunta crucial —la pregunta pertinente— la cual puede sintetizarse así: ¿qué es lo que puede hacer la Constitución, para ayudarnos a resolver algunos de los grandes dramas que enfrentamos? Y, lo que es más importante, lo hace identificando de modo apropiado un gravísimo problema —tal vez, el gran problema— que

IV. CONSTITUCIONES DESESTABILIZADAS POR UN PODER EJECUTIVO DOMINANTE

¿Cómo impacta en la Constitución el hecho de consagrar en ella un poder dominante? El punto resulta especialmente importante a la luz de las recientes reformas constitucionales que han tenido lugar en América Latina. Todas ellas han mantenido o reforzado sistemas ya marcados por un presidencialismo fuerte. Sin embargo, al mismo tiempo, tales Constituciones han introducido otros cambios, muchas veces en dirección aparentemente contraria a la iniciativa citada —así, por ejemplo, a través de la inclusión de nuevos organismos de control, o mayores oportunidades para la participación popular—. Alguien podría decir, en tal sentido:

Es cierto que las reformas no han cambiado la naturaleza de los sistemas hiperpresidencialistas tradicionalmente adoptados en la región. Del mismo modo, también es cierto que, en muchos casos, las reformas le han concedido al presidente en ejercicio facultades de las cuales carecía (típicamente, el derecho de reelección). Sin embargo, todo ello se ve compensado por otra serie de reformas que se han impuesto en el resto de la Constitución, y que sirven para contrarrestar y contrabalancear a las modificaciones citadas, más amigables con la organización presidencial. Las nuevas Constituciones, en efecto, han introducido nuevos controles frente al poder; han incorporado nuevas oportunidades para la participación popular; han reconocido formas más directas de democracia. En definitiva, lo que resulta de todos estos cambios está lejos de la descripción habitual que ve en el nuevo constitucionalismo un reforzamiento de la organización tradicional del poder. La resultante que aparece luego del examen de unos cambios y otros nos deja ver Constituciones, finalmente, más balanceadas, menos excesivas, más equilibradas en relación con lo que era propio de la tradición constitucional de la región.

Algunos autores contemporáneos, analistas de los recientes procesos de reforma constitucional en la región, destacan, por caso, “el creciente uso

ha afectado a la comunidad, durante siglos, esto es, el problema de la marginación indígena. Por supuesto, decir lo anterior no es decir demasiado: identificar a un gran problema no dice mucho acerca de la destreza que puedan tener, o no, los Constituyentes para encontrar los mejores medios para enfrentarlo, y los ciudadanos y funcionarios, luego, para resolverlo. Y no hay dudas de que la Constitución de 2008 adolece de cantidad de falencias: es voluntarista, demasiado extensa, innecesariamente detallista, contradictoria, exageradamente aspiracional, a la vez que se funda en visiones teóricas opuestas, contradictorias, en ocasiones simplemente implausibles. A pesar de todo ello, la Constitución es creativa, innova como pocas, y explora áreas y soluciones del modo en que no lo hace prácticamente ninguna de las Constituciones que le son contemporáneas.

de elecciones para la selección de puestos ejecutivos en el nivel subnacional, y la presencia creciente de elementos de democracia directa”, en estas nuevas Constituciones.⁷ Estos estudios han podido concluir que el presidencialismo regional se ha visto, finalmente, debilitado. “Comparando los poderes ejecutivos formales, tal como aparecían al comienzo del más reciente periodo democrático... con los poderes formales corrientes (hacia el 2006), encontramos que la tendencia general nos muestra un cierto movimiento de declive en relación con los poderes del ejecutivo”.⁸ La causa de este declive se debería a “la emergencia de mayores (potenciales) limitaciones sobre la concentración del poder presidencial, en otras áreas (no-legislativas)...”.⁹

Lo dicho presupone una relación pacífica e igualitaria entre las distintas secciones de la Constitución. Se acierta en el análisis, podría decirse, al reconocerse el significativo hecho de que lo que se hace en una sección de la Constitución tiene relevancia frente a la otra —entra en diálogo con ella—. El problema, sin embargo, es el de asumir una lectura sin contexto, sin historia, sin un análisis más cercano, capaz de poner el acento en la forma en que se ha desarrollado la práctica constitucional de la región, y reconocer el peso diferencial de lo viejo frente a lo nuevo. Como ocurre en la metáfora de las hojas cayendo sobre el lago, debe esperarse que el orden dominante, establecido, muestre capacidad para imponerse sobre las novedades que vayan arribando, hasta doblegarlas y adaptarlas a su propio cuerpo. En todo caso, no puede esperarse que el diálogo entre ambas partes sea pacífico, ni debe presumirse que ese diálogo vaya a darse desde un pie de igualdad — como lo puede sugerir un examen de la situación que ponga entre paréntesis la historia y práctica constitucionales vigentes —.

En la mayoría de los países latinoamericanos, tal como sabemos, el Poder Ejecutivo ha quedado situado en una posición de privilegio, como un *primus inter pares* que dispone de herramientas que facilitan su predominio sobre los poderes restantes. Peor aún, la práctica constitucional latinoamericana ha permitido el reforzamiento de esa relación de predominio, a través de decisiones paraconstitucionales, que en muchos casos han conducido a socavar la autoridad de la Legislatura, o a convertir al Poder Judicial en un poder institucionalmente frágil o directamente dependiente.¹⁰ En ese con-

⁷ Véase Hartlyn, J. y Luna, J. P., “Constitutional Reform in Latin America: Intentions and Outcomes”, paper presentado en LASA, Montreal, Canadá, 2007, p. 7.

⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Domingo, P. y Sieder, R., *Rule of Law in Latin America*, Londres, Institute of Latin American Studies, 2001; Gloppen, S., “Analyzing the Role of Courts in Social Transformation”, en Gargarella, R. et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres,

texto, el Poder Ejecutivo se ubica en una situación de privilegio que, previsiblemente, le va a permitir imponer su autoridad sobre quienes pretendan obstaculizarlo en el ejercicio de sus funciones. Por caso, el Poder Ejecutivo va a estar en condiciones de vetar aquellas iniciativas que pretendan desafiar su supremacía. Esto es lo que parece haber ocurrido recientemente, en América Latina, cuando los poderes legislativos intentaron poner en práctica algunas de las iniciativas participativas definidas en el ámbito de la Convención Constituyente.

Uno puede llegar a conclusiones similares, en principio, en relación con las capacidades de los demás poderes para cuidarse frente a potenciales injerencias sobre su autoridad. Piénsese, por caso, en las insistentes iniciativas favorables a la democracia directa, introducidas en Constituciones como la de Argentina de 1994. Tales cláusulas constitucionales requerían de la previa intervención legislativa, a los fines de poner en marcha las reformas en cuestión. Sin embargo, previsiblemente, los legisladores obstaculizaron desde un principio la puesta en marcha de cambios amenazadores sobre su propia autoridad. Ello ocurrió de los modos más diversos, que incluyeron la dilación en el tratamiento de la regulación; el establecimiento de fuertes trabas sobre el financiamiento que podría obtener el grupo promotor de la iniciativa, y, sobre todo, la decisión de no prever ninguna sanción, sobre el Congreso, en caso de que éste decidiese, simplemente, no dar tratamiento a la iniciativa en el lapso constitucional de doce meses, establecidos para la misma.¹¹ Finalmente: ¿podía acaso esperarse otra cosa? ¿Por qué creer que los legisladores podrían llegar a protagonizar un suicidio político, hasta infligir una herida mortal a sus propias capacidades? ¿Por qué irían a declinar el control sobre algunas de sus propias facultades? ¿Por qué irían a consagrar la autoridad superior del pueblo soberano?

Algo parecido puede decirse, en principio, en torno al Poder Judicial. El mismo tiene capacidades suficientes para declarar contrarias a derecho las iniciativas legales que se presenten en su contra. ¿Por qué habría de hacer lo contrario, pudiendo defender sus privilegios tradicionales? Piénsese, primero, en la defensa corporativa que han tendido a hacer los jueces frente a toda impugnación dirigida a alguno de sus miembros. Piénsese, también, en fenómenos como el llamado “choque de trenes” que ha caracterizado a la vida constitucional colombiana, desde que fue producida la reforma cons-

Ashgate, 2006; Prillaman, W., *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*, Nueva York, Praeger, 2000.

¹¹ Zayat, D., “Mecanismos semidirectos de participación”, en Gargarella, R. (ed.), *La Constitución en el nuevo siglo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. Algo similar ocurrió con la reglamentación de la cláusula constitucional de la consulta popular.

tucional de 1991, y la introducción de una nueva Corte Constitucional, desafiada permanentemente en su poder por la existente Corte Suprema (de allí la idea de “choque de trenes”). O piénsese, si no, en las permanentes tensiones que se han producido en la Argentina, entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura inaugurado por la reforma constitucional de 1994, con la Corte argentina bloqueando cada avance posible del Consejo, sobre su jurisdicción. En definitiva, en este caso, como en los anteriores, nos encontramos con conflictos esperables, derivados del simple hecho de quienes se encuentran en posiciones de poder van a resistir, naturalmente, las medidas que amenacen con recortar los poderes de los que gozan. Son hechos obvios, pero que no parecen serlo tanto cuando se olvida el peso del pasado sobre el presente y se examina a las reformas institucionales, como si ellas pudieran activarse autónomamente, con independencia de la resistencia que puedan imponerle las estructuras establecidas.

V. PRESIDENCIALISMO VS. PARTICIPACIÓN: ECUADOR 2008/VENEZUELA 1999

Son numerosos los ejemplos que uno encuentra en la región para ilustrar las dificultades que surgen a partir de Constituciones que, por un lado, proponen mecanismos generosos de participación popular, mientras mantienen, al mismo tiempo, organizaciones políticas fuertemente verticalizadas.

El caso del Ecuador resulta, en tal sentido, particularmente interesante. Aunque su última reforma estuvo inscrita en el periodo dominado por la oleada antipresidencialista, la Constitución no dirigió sus principales esfuerzos a limitar o atemperar los poderes presidenciales, más bien lo contrario. El gran “drama” que pareció marcar la historia de la nueva Constitución —la de 2008— fue otro, relacionado más bien con alguna de las “tragedias institucionales” más importantes de los años anteriores, esto es, la producción de destituciones presidenciales fuera de regla, a través de juicios políticos disputables en las formas y en la sustancia. De allí que pueda decirse que “en mucho, el constituyente de 2007-2008 se concentra en la idea de evitar juicios políticos irregulares a través de la declaratoria de cesación del Presidente de la República, asunto que se ha repetido en tres ocasiones desde 1997” (un hecho, éste, que va a encontrarse detrás de una de las principales innovaciones aportadas por la Carta de 2008, esto es, la institución de la “muerte cruzada” entre Ejecutivo y Legislativo).

En lo relativo a las facultades presidenciales, se ha dicho con razón, en alguna de las obras más interesantes escritas para analizar la nueva Consti-

tución, que el texto de 2008 no sólo “no reduce el excesivo poder presidencial consagrado en la Carta de 1998, sino que lo aumenta y, correlativamente, disminuye facultades de la legislatura” (sobre todo en el nombramiento de funcionarios).¹² O también, que

la Constitución refuerza sobremanera las funciones del presidencialismo... la planificación del desarrollo, pieza central en la definición de la política pública... aparece... como prerrogativa y responsabilidad exclusiva del Ejecutivo, con ninguna participación de la representación política, y con limitadas funciones de participación de la sociedad en la definición de prioridades y orientaciones de política... la sociedad reduce su participación a una limitada función de observancia o control.¹³

El presidente, en la actualidad, concentra funciones especiales en materia judicial (conceder indultos por delitos comunes). Instituciones autónomas, como el Banco Central, han perdido facultades para definir las políticas cambiaria, crediticia o monetaria. El presidente ha ganado, además, facultades legislativas, que ya no derivan de la delegación del legislador, o que antes pertenecían a ambos poderes. El presidente, en efecto, emite reglamentos de ejecución, delegados y autónomos (artículo 147); tiene la iniciativa de ley, y de enmienda y reforma constitucional (artículos 134 y 442); puede calificar de urgentes los proyectos de ley en materia económica y, frente a la omisión legislativa, consagrar el proyecto como decreto ley (artículo 140). Además, puede objetar las normas aprobadas por la Asamblea Nacional, ya sea por razones de oportunidad o por vicios de inconstitucionalidad (artículos 138, 139, 438).

Para algunos, estas facultades adicionales concedidas al presidente pueden verse compensadas, en definitiva, por una serie de controles e instituciones alternativas. Por un lado, se encuentra la capacidad de la Asamblea Legislativa de pedir la caída del Ejecutivo, llamando a elecciones anticipadas para ambos poderes, la Asamblea y el Ejecutivo (facultad ésta propia de la *muerte cruzada*, y que es paralela a la que tiene el Ejecutivo, para hacer lo propio, con la misma consecuencia, artículos 130 y 148). Por otro lado, vemos una cantidad de mecanismos participativos. De modo también notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización

¹² Oyarte Martínez, R., “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en Andrade, S. *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 45.

¹³ Echeverría, J., “El Estado en la Nueva Constitución”, en Andrade, S. *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, *cit.*; Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011; Gagarella, R., “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *Ecuador debate*, Quito, vol. 75, 2008.

“tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado, cual es la de la “Transparencia y Control Social”. A través de esta instancia, se coordina a todos los organismos de control, y se promueven formas diversas de la participación popular (que incluyen la facultad popular de revocar un mandato, o las instrucciones obligatorias, la misma Constitución lo es, y puede revocarse el mandato de quien no cumpla con su voluntad).

Sin embargo, y frente a tales posibilidades, habrá que decir, en primer lugar, que la salida de la *muerte cruzada* puede darse una vez; es en extremo dramática; requiere de un altísimo porcentaje de votos (dos tercios de los asambleístas); e involucra la “muerte” en el cargo de sus propios promotores. De modo más extremo, la “cuarta” función estatal puede ser y ha sido sometida a críticas rotundas, por contener o directamente diluir, antes que asegurar y promover, la participación ciudadana, que queda encorsetada en una serie de burocráticos mecanismos estatales. Se ha dicho al respecto, en tal sentido, que “la pretendida participación, el supuesto poder popular, no están pensados para ser ejercidos desde la sociedad, sino para ser asumidos como una función del Estado; la sociedad no controla la actividad pública, sino que es sustituida por la institucionalidad del Estado”.¹⁴

Mucho más interesante que lo que dice la formalidad legal, y los respectivos artículos constitucionales, es lo que la teoría nos había permitido prever, de antemano, y la práctica constitucional nos ha reafirmado. En efecto, y a partir de lo escrito en las páginas anteriores, en torno a la *influencia cruzada* de las reformas, por ejemplo, era dable prever que, en el contexto de un mantenimiento o reforzamiento de amplios poderes presidenciales, todas las cláusulas participativas que se quisieran agregar a la Constitución iban a entrar en crisis, o verse bajo constante amenaza. Contra la idea sostenida por algunos teóricos, según la cual el reforzamiento presidencialista se veía contrapesado o contrabalanceado por mayores controles e instituciones participativas, aquí mantuvimos, desde un comienzo, que ambos lados de la Constitución (el referido a la organización del poder y el referido a los derechos) no peleaban una batalla entre iguales, sino una en donde el fuerte poder (presidencial) ya establecido, y en ejercicio, corría con extraordinaria ventaja. De allí que no pueda haber ninguna sorpresa con desarrollos posteriores pálidos, por parte de las altisonantes, grandilocuentes instituciones participativas entonces creadas.¹⁵

¹⁴ Aguilar Andrade, J. P., “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”, en Andrade, S. et al. (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, cit., p. 97.

¹⁵ Una anécdota personal puede servir para respaldar estas intuiciones. En tiempos de los debates constituyentes desarrollados en Montecristi, Ecuador, fui invitado a disertar en

La práctica inmediata que siguió a la aprobación de la Constitución reafirmó cada una de las sospechas señaladas. De manera nada sorprendente, fue el propio presidente de la República quien puso límites a la participación popular, desalentando la organización ciudadana que la Constitución alentaba, o directamente vetando las iniciativas legislativas destinadas a poner en marcha los institutos creados en los debates de Montecristi.¹⁶ El testimonio de figuras claves de la Constituyente, como Alberto Acosta, quien fuera presidente, y principal ideólogo de la nueva Constitución, simplemente reafirman lo conocido: la práctica presidencial que siguió al dictado de la Constitución, no ayudó a fortalecer y poner en práctica sus cláusulas participativas, sino a contenerlas.¹⁷

Un ejemplo importante, al respecto, aparece con la Consulta Popular de 2011, promovida por el presidente Correa. De acuerdo con la Consti-

torno a los derechos de participación ciudadana, a la luz de las múltiples reformas que se estaban proponiendo desde la Convención. Examinando el marco de las reformas que se proponían, sostuve que la valiosa preocupación por expandir los derechos políticos y participativos de la ciudadanía debía llevar a los Convencionales a actuar de un modo en que no lo estaban haciendo, es decir, reformando en primera instancia la sección orgánica, en la que se establecían las bases del poder, y que parecía reafirmar el tradicional carácter hiperpresidencialista del sistema político ecuatoriano. Los convencionales con quienes hablé, sin embargo, parecían dividirse entre dos respuestas: ya sea que esas reformas no eran posibles, ya sea que no eran necesarias para concretar el tipo de iniciativas que estaban impulsando. Lamentablemente, y según entiendo, el tiempo no les dio la razón.

¹⁶ Ver, por ejemplo, y de modo especial, el veto presidencial sobre la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ec/201003252802/noticias/boletines/pleno-se-allano-al-veto-presidencial-a-seis-articulos-y-la-disposicion-transitoria-de-la-ley-de-participacion-ciudadana.html>.

¹⁷ Para Acosta, el conflicto más preocupante de la etapa post-constitucional lo representa, justamente, el que se advierte entre “lo que se escribió en la nueva Constitución de Montecristi, con una altísima participación popular, y lo que está haciendo el gobierno de Correa, que también apoyó la Constitución”. En tal sentido, ningún hecho le parece más grave que el que no se hayan creado “las condiciones para una amplia y activa participación de los movimientos sociales” (disponible en: <http://crucesinbarreras.blogspot.com/2011/01/entrevista-ecuadoriano-alberto-acosta.html>; o también <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=91644>). Acosta se refiere, en particular, a algunos de los principales proyectos normativos discutidos desde entonces, con baja participación popular, y que incluyen a “la ley de minería...la ley de soberanía alimentaria”, o “el proyecto de la ley de aguas”, *idem*. En particular, Acosta se muestra sorprendido de que “quienes elaboraron la nueva Constitución no tomen en cuenta lo que se aprobó y más aún del Gobierno”, especialmente en áreas directamente relacionadas con la participación popular (como, por ejemplo, la elección de los miembros de la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social, que según Acosta se han manejado de forma irregular). disponible en: [http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/articulo//alberto-acosta-convo-ca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews\[calendarYear\]=2008&cHash=644813ba86](http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/articulo//alberto-acosta-convo-ca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews[calendarYear]=2008&cHash=644813ba86).

tución, las consultas pueden tratar cuestiones constitucionales, siempre que no alteren la estructura fundamental del Estado, su carácter y elementos constitutivos, así como también no restrinja derechos y garantías, y no modifique el debido proceso de reforma constitucional (artículo 441). Sin embargo, dicha convocatoria tuvo como uno de sus objetos principales afectar los mecanismos participativos dispuestos por la misma Constitución, y destinados a garantizar la intervención cívica en el nombramiento de nuevos jueces.¹⁸ A partir de una pregunta de complejidad extraordinaria,¹⁹ el Ejecutivo terminó por suprimir dichos complejos mecanismos de participación popular, y así asegurar que la designación de jueces quedara fundamentalmente bajo el control del oficialismo.²⁰

El caso de Venezuela también nos ofrece un ejemplo importante, en el sentido señalado: otra vez, nos encontramos con un texto amplio en términos de participación popular, pero que preserva amplísimos poderes y

¹⁸ El proceso destinado a hacer posible la participación popular es complejo: Se trata de una intervención a la que se llega a partir de las “funciones de transparencia y control social y electoral” organizadas por la nueva Constitución. Dicha “función de transparencia y control” designa mediante veedurías a los miembros de los organismos de control y de la función judicial; que a su vez organizan la designación de jueces.

¹⁹ Pregunta 4: ¿Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4? El Anexo 4 propuesto por el Ejecutivo plantea el texto con el que se cambiará el artículo 20 del Régimen de Transición, que se establece en la Constitución, que es el siguiente: “Art. 20.- Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura; en su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; Todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político. Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial y ejercerá sus funciones por un periodo improrrogable de 18 meses.

²⁰ Fueron numerosas las oportunidades en las que, desde el gobierno, se bloqueó la implementación de medidas participativas dispuestas en la Constitución (por caso, véase por ejemplo las consultas prelegislativas requeridas para leyes capaces de afectar el uso de los recursos naturales; o en lo atinente a la composición de los miembros del Consejo de la Judicatura; o en el régimen de transición de la Constitución, y también, luego, en la misma práctica). Asimismo, no fueron menos las veces en que se demoraron las mismas, de forma tal que deja inexploradas áreas relevantes de la Constitución, destinadas a facilitar la participación popular (por caso, véase el ejemplo de la no implementación, a nivel local, de los mecanismos de “silla vacía”).

márgenes de acción en el órgano ejecutivo. Por caso, el artículo 72 de la Constitución dispone que:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

La práctica desarrollada al respecto, desde entonces, resultó reveladora de los límites reales que se ofrecían, ante una cláusula en principio tan generosa. Cuando la oposición al presidente en ejercicio pretendió llevar adelante la revocación del mandato del mismo, se encontró con dificultades extraordinarias, que sirvieron para poner en cuestión la oportunidad que la Constitución parecía ofrecerles. Así, en primer lugar, las autoridades electorales y judiciales comenzaron a trabar las posibilidades de llevar a cabo la convocatoria realizada. Ante un primer intento al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia decidió denegarle su autorización, argumentando que, antes de comenzar la misma, debía renovarse la dirección de la Comisión Nacional Electoral (CNE), cuyos miembros ocupaban tales cargos de manera provisional. Luego, y con la CNE ya instalada, se invalidó una segunda campaña de recolección de firmas, alegando que la misma se había llevado a cabo antes de que el presidente completara la mitad de su mandato. Una tercera campaña, convocada en 2004, no fue aprobada inmediatamente, porque las autoridades electorales sostuvieron que parte de las firmas podían estar falsificadas. La acusación fue seguida por la escandalosa publicación de la llamada *Lista Tascón*, por la cual el diputado oficialista Luis Tascón decidió hacer pública, desde Internet, la nómina con todos los que habían firmado desde la primera campaña. El hecho, que pretendió ser un modo de transparentar el proceso de convocatoria, se convirtió en los hechos en una amenaza real para aquellos que habían decidido aceptar la invitación a participar políticamente.²¹ En todo caso, la historia anterior ilustra las dificultades reales que pueden encerrar las cláusulas participativas, en el contexto de un reforzado hiperpresidencialismo.²²

²¹ Pérez Flores, F. *et al.*, “Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela”, 2010, disponible en: bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal27/09Perez.pdf; Miguel, E. *et al.*, “The Price of Political Opposition: Evidence from Venezuela’s Mainsanta”, Nber Working Paper, 2009, disponible en: <http://www.nber.org/papers/w14923>.

²² En Pérez Flores, F. *et al.*, “Participación ampliada y reforma del Estado...”, *cit.*, pp. 89 y ss., se da cuenta de otro buen ejemplo, que ilustra la reproducción del mismo fenómeno

VI. POLÍTICA VERTICAL Y DERECHOS HORIZONTALES. EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES VS. DERECHOS INDÍGENAS

La tensión que ilustramos en la sección anterior a través de algunos pocos ejemplos localizados en Ecuador y Venezuela —organización política concentrada vs. derechos de participación ampliados— se repite en toda América Latina. Muy en particular, dicho proceso puede verse reproducido en un área particularmente sensible para la época: la de los derechos indígenas.

En dicha materia, las reformas constitucionales recientes resultaron especialmente activas. Todas las nuevas Constituciones se mostraron sensibles a una cuestión que habían dejado de lado durante décadas, para pasar a hacer mención, en los nuevos ordenamientos, de derechos multiculturales. Como en el notable caso de Bolivia de 2008, arriba referido, estas conquistas constitucionales pusieron el acento en la protección y respeto de la lengua propia de los pueblos originarios; cuidaron de hacer lugar a sus prácticas religiosas alternativas; tomaron nota de sus propias formas de resolución de conflictos, y pretendieron reconocer sus derechos ancestrales al territorio que ocupaban.

La constitucionalización de derechos indígenas de algún tipo encontró su momento decisivo en Nicaragua, luego de un conflicto que enfrentara al gobierno sandinista con el grupo indígena de los Miskitos, en 1987, y desde

descrito, pero al nivel municipal. El caso en cuestión se relaciona, en este caso, con el artículo 70 de la Constitución, que incluye, entre los medios de “participación y protagonismo del pueblo”, a todos los imaginables. Dice el artículo en cuestión: “*Artículo 70.* Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. En junio de 2009, y siguiendo al artículo 70, que da carácter vinculante a las asambleas locales, se llevó a cabo una votación, en el municipio caraqueño del Chacao. Allí, 29 asambleas de vecinos se manifestaron a través del sufragio —con un 99% a favor— a favor de un proyecto destinado a construir un centro cívico, y a revitalizar el lugar en el que se encontraba el mercado municipal. Sin embargo, se trataba de un municipio controlado por la oposición, y la decisión del caso era contraria a las pretensiones del gobierno. El resultado fue la movilización de la Guardia Nacional, dependiente del Ejecutivo Nacional, que pasó a ocupar el terreno en donde querían llevarse a cabo las obras. Otra vez, las iniciativas participativas, respaldadas en la Constitución, encontraban limitaciones decisivas en la organización política nacional, fuertemente verticalizada.

allí se extendió prontamente a una diversidad de países: Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992) y Bolivia (1994).

Entre tantas novedades constitucionales, hubo algunas que prometían, desde un comienzo, un devenir conflictivo. Se trata de los derechos indígenas que se reconocieron, en relación con la propiedad y explotación de los recursos naturales que existieran en el territorio donde estuvieran asentados, y/o las garantías que se les ofreciera para participar en las decisiones que se tomaran sobre la utilización de tales recursos.

Entre otras disposiciones constitucionales relevantes —disposiciones que encuentran un antecedente fundamental en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989— pueden citarse algunas de las siguientes:

- i) Las Constituciones de Argentina (artículo 75.17), Bolivia (artículos 30-6 y 394 III); Ecuador (artículo 57.4), Nicaragua (artículo 5o.), Panamá (artículo 123), Paraguay (artículo 64), Perú (artículos 88 y 89) y Venezuela (artículo 119), así como la Constitución de Bolivia (artículos 30.6 y 394.III), reconocieron el derecho de los indígenas a la propiedad de la tierra en la que han habitado tradicionalmente. Las de Bolivia (artículos 30.17 y 171.1), Brasil (artículo 231.2), México (artículo 2. A. VI), y Nicaragua (artículos 89 y 180), consagran el derecho de uso y disfrute de los recursos naturales, por parte de los indígenas.
- ii) Las de Argentina (artículo 75.17), Bolivia (artículos 30.16 y 402), Colombia (artículo 330), y Ecuador (artículo 57.6), afirmaron el derecho de estos a participar en la explotación de determinados recursos naturales.
- iii) Finalmente, y, lo que es más interesante para lo que aquí nos interesa, varias Constituciones establecieron el derecho de consulta a los indígenas, en relación con la explotación de recursos naturales. En el caso de Bolivia, para los recursos naturales no renovables (artículo 30.15); en Brasil, para los recursos hidráulicos o minerales (artículo 231.3); en Ecuador, en relación con los recursos naturales no renovables (artículo 57.7), y en Venezuela, para todos los recursos naturales existentes en los hábitats indígenas (artículo 120) (Aguilar *et al.*, 2010).

Por lo demás, las Constituciones de Bolivia y el Ecuador destacan por la adopción que han hecho del concepto de “buen vivir,” proveniente de la cosmovisión indígena. Se trata de recuperar el concepto quechua de *Sumak Kawsay*, o el aymara de *Suma Qamaña*. La idea quechua hace referencia al valor de vivir sin la ansiedad de tener más que quienes nos rodean, ni mejor

ni peor que los demás. La idea aymara se encuentra más vinculada con la idea de vida en comunidad, en armonía con los demás, y de un modo solidario. El constituyente ecuatoriano Alberto Acosta, uno de los responsables de esta novedad jurídica —que en el caso de la Constitución de Ecuador implicó hablar, algo enigmáticamente, de la naturaleza como “sujeto de derechos”— contrasta la cosmovisión propia del “buen vivir” con el paradigma “extractivista” y “neo-desarrollista”, todavía dominante en países como el Ecuador, rico en materias primas.²³

Reconocimientos normativos como los señalados en los párrafos anteriores fueron, en ocasiones, resultado de la presión y movilización de los pueblos indígenas. En muchos otros casos, sin embargo, fue este mismo amparo normativo el que se constituyó como antecedente crucial, para la aparición de prontas demandas indígenas, muy especialmente en relación con el uso de la tierra y la explotación de los recursos naturales.²⁴ Tales demandas estallaron en conflictos que involucraron a las comunidades indígenas con los Estados en cuestión, y aún empresas nacionales y transnacionales. Así, por caso, en la confrontación que se dio en Nicaragua, entre los mayaguanas y empresas coreanas, orientadas a la explotación maderera; los conflictos que surgieron entre los Huaorani, Secoya y Cofán, en Ecuador, contra empresas petroleras norteamericanas; las disputas que involucraron al pueblo Mapuche, en la Argentina y Chile, y empresas dedicadas a la explotación minera a cielo abierto; los enfrentamientos que provocaron diversas comunidades indígenas, en Perú, en áreas relacionadas con la explotación petrolífera, hídrica o gasífera, o los encendidos reclamos territoriales de la comunidad U’wa, en Colombia, contra empresas petrolíferas.²⁵

En dicho contexto, fue habitual que se generaran tensiones entre la generosidad de unas cláusulas constitucionales que invitaban a la participación, consulta y decisión de los grupos indígenas, y los concentrados mecanismos de decisión política existentes. De modo habitual, y como sabemos,

²³ Acosta, A., “El buen vivir: una oportunidad para construir”, *Ecuador debate*, Quito, vol. 75, 2008. Véase, también, las reflexiones del intelectual Aymara David Choquehuanca en Svampa, M. et al., *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proyecto de descolonización*, Montevideo, Taurus, 2010.

²⁴ Giraud, L. (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Lillo, R., *Resolución de conflictos en el derecho mapuche*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003.

²⁵ Ariza, L., *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009; Rodríguez Garavito, C. et al., *Law and Globalization from Below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Ramírez, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006; Svampa, M. y Antonelli, M., *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, Buenos Aires, Biblos, 2009.

tales mecanismos diferían la autoridad a un Ejecutivo que podía estar interesado —como pudo ser el caso, habitualmente— en una explotación más agresiva e inconsulta de los recursos naturales. Ello, en particular, dado el extraordinario nivel de prontas ganancias prometido por esa explotación más o menos indiscriminada.

Los grupos indígenas pidieron que se tomaran en serio las cláusulas constitucionales respectivas, que los gobiernos de turno trivializaban (asumiendo, por caso, que la “consulta” quedaba satisfecha con una mera comunicación a las poblaciones involucradas) o directamente desconocían (cabe recordar que, en el caso del Ecuador, se va a producir una ruptura de la alianza entre grupos indigenistas-ecologistas, y el gobierno, luego de que, dentro de la Convención Constituyente de Montecristi, ambas posturas quedaran enfrentadas en torno al tema: para los primeros, debía incorporarse en la Constitución una cláusula explícita, condicionando la explotación de recursos básicos, como la minería o el agua, al consentimiento de las comunidades indígenas; mientras que para el gobierno debía bastar con la consulta a tales grupos).²⁶ En algunos casos más extremos, como el de la comunidad U’wa, las tensiones llegaron a la judicialización del conflicto, involucrando a las más altas instancias políticas y judiciales del país, incluyendo la Corte Constitucional. Cuando se les examina, los resultados de dicho proceso político-judicial resultan ambiguos, ya que ellos incluyeron decisiones judiciales dilatadas, en ocasiones favorables, en ocasiones no, a las demandas indígenas; junto con oleadas de movilización y desmovilización por parte de los U’wa, luego de la intervención judicial.²⁷ Sin embargo, la enseñanza que dejan estos procesos, a nivel más general, parecen más claras.

En definitiva, y más allá del difícil análisis y evaluación concreta de gobiernos que nos son contemporáneos, lo que se intenta decir aquí es otra cosa. Lo que nos interesa es reafirmar la intuición, desarrollada más arriba, según la cual el compromiso con la participación popular requiere de una directa y especial atención a la distribución de poderes vigente, consagrada en la parte orgánica de la Constitución. Resulta imprescindible entonces, por parte de quienes se encuentran genuinamente comprometidos con la promoción de cambios favorables a la participación popular, prestar espe-

²⁶ Ramírez Gallegos, F., “Desencuentros, convergencias, polarización (y viceversa). El gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales”, *Nueva Sociedad*, núm. 227, mayo-junio de 2010, p. 95.

²⁷ Rodríguez Garavito, C. *et al.*, “The Struggle of the U’wa People in Colombia”, en Rodríguez Garavito, C. *et al.*, *Law and Globalization from Below*, *cit.*

cial y privilegiada atención a lo que se hace y deja de hacer la “sala de máquinas” de la Constitución.

VII. LA “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN

La difícil y obstaculizada trayectoria de los derechos políticos extendidos en el constitucionalismo americano ilustra bien un problema general. El problema afecta también a otros derechos nuevos, ingresados en las últimas oleadas reformistas que se dieron en América Latina —sobre todo, aquellas capaces de poner en riesgo la organización del poder político o económico vigentes—. Pensemos, por caso, en las reformas orientadas a abrir mayores espacios y oportunidades para la participación popular; reformas en favor del multiculturalismo; reformas destinadas, en definitiva, a consagrar nuevos derechos sociales, políticos, económicos y culturales.

Tales reformas han sido el objeto principal de la atención de los grupos más de avanzada en el constitucionalismo, el centro de su trabajo en las recientes convenciones constituyentes. Ellas nos hablan de lo importante y de lo limitada que ha sido la tarea de tales grupos. Resulta, por un lado, crucial el haber tomado la responsabilidad de atender de modo prioritario las necesidades de los grupos más vulnerables de la sociedad. Es meritorio haber puesto la mirada, muy especialmente, en el área de la Constitución que habla más directamente de los intereses fundamentales y las necesidades de grupos mayoritarios o minoritarios enfrentados a situaciones difíciles.

Sin embargo, al mismo tiempo, reformas como las citadas nos hablan de las restricciones propias de los proyectos emprendidos. Uno de los límites más significativos es, justamente, el de haber concentrado las energías del cambio en la sección de los derechos, sin reconocer la influencia que (tal como examináramos más arriba) se ejerce sobre ellos desde la sección constitucional dedicada a la organización del poder.

Al actuar de este modo, los líderes del reformismo social parecen asumir que la potencia transformativa del derecho es tal, que la mera inclusión de ciertas cláusulas constitucionales resulta *autooperativa*: basta con incorporar ciertos cambios en la Constitución, para que ellos cobren vida, se autoejecuten. Una presunción semejante es contradicha por cantidad de factores, revisados en las páginas anteriores, que nos dicen lo contrario, es decir, que la recepción de ciertas cláusulas nuevas, por parte del derecho viejo, es y suele ser dificultosa, conflictiva. El viejo derecho, según dijéramos —y en particular, la estructura del poder existente— tiende a resistir, más que a habilitar, la presencia de nuevas cláusulas con las que guarde una relación

de tensión. No puede asumirse, entonces, que para tornar exitoso un injerto determinado (*i.e.* uno de contenido “social,” en un ordenamiento liberal-conservador) basta, simplemente, con el añadido de algunos artículos específicos (*i.e.* artículos de contenido social).

En el mismo sentido, corresponde decir que, al actuar de tal modo, los líderes del reformismo social parecen asumir la *autonomía propia de cada una de las secciones de la Constitución*. Esto es, ellos aparecen actuando como si pudiera operarse sobre el territorio propio de cada una de las secciones de la Constitución, ignorando qué es lo que ocurre con, o cuál es estatus de, la sección restante —cómo es que ella está organizada; qué cambios se están imponiendo, o no, sobre la misma—. Sin embargo, el derecho (contra lo que parece asumir o proponer parte de la doctrina liberal —el liberalismo como “el arte de la separación”— no se compone de esferas autónomas, del mismo modo en que el derecho no guarda autonomía en relación con las esferas social o económica de la vida pública.²⁸ Como dijera, en 1892, el notable radical peruano González Prada, en su crítica al liberalismo:

Infunden muy triste idea de su liberalismo los que segregan las cuestiones sociales o las religiosas y se consagran exclusivamente a los negocios políticos... no cabe separar lo social de lo religioso ni lo político de lo moral. Como se ha dicho muy bien... “toda cuestión política se resuelve en una cuestión moral, y toda cuestión moral entraña una cuestión religiosa”. El individuo se emancipa a medias, cuando se liberta del pretoriano para someterse al cura, o sale de la sacristía para encerrarse en el cuartel.²⁹

El “error” cometido por quienes quisieron impulsar la reforma social, con la ayuda de la Constitución, pero sin ingresar efectivamente en la “sala de máquinas” de la misma, se advierte de un modo extraordinario en una cita de Arturo Sampay, que enseguida agregamos. Sampay, conviene recordarlo, fue el gran jurista (peronista) detrás de la Constitución argentina de 1949 (un documento constitucional que fue el primero, en la Argentina, en hacer explícito un fuerte compromiso social). En un escrito de Sampay, muy posterior a aquella colaboración constitucional —hablamos de su li-

²⁸ Walzer, M., “Liberalism and the Art of Separation”, *Political Theory*, vol. 12(3), 1984.

²⁹ Sobrevilla, D., “Introducción”, en Sobrevilla, D. (ed.), *Manuel González Prada. Textos Esenciales*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2009, pp. 161 y 162. Fueron pocos los que reconocieron, como Murillo Toro (conforme a la descripción de Gerardo Molina) que “las reformas políticas no son suficientes, por lo cual hay que ir a las de carácter económico y social” (Molina, G., *Las ideas socialistas en Colombia*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1987, p. 124).

bro *Constitución y pueblo*, publicado en 1973, y perteneciente a su etapa más radicalizada— el jurista presenta una honesta autocrítica. En ella, Sampay reconoce que la Constitución de 1949 había estado marcada por una omisión fundamental, que terminaría por herirla de muerte. Esta falta consistía, justamente, en no haber querido abrir la puerta de la “sala de máquinas” de la Constitución, para adecuar la organización del poder al nuevo carácter social que se le quería imprimir al texto. En palabras de Sampay:

La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte.³⁰

En otras palabras, con inusual virtud de espíritu, Sampay reconocía el error fatal en el que habían incurrido, al descuidar lo que sin dudas era el talón de Aquiles de la reforma constitucional que impulsaban, inspirados por una vocación de cambio social.

La conclusión que se sigue de lo dicho es importante. Notablemente, al concentrar su esfuerzo en el área de los derechos, los reformistas sociales parecen descuidar o dejar de lado un necesario trabajo sobre el área de la organización del poder. De este modo, ellos dejan intocada la “sala de máquinas” de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático. Las puertas de la “sala de máquinas” quedan cerradas bajo candado, fuera de su alcance —un hecho que amenaza con poner en cuestión la sustancia del trabajo que ellos llevan adelante—. De esta forma, finalmente, las importantes reformas llevadas adelante en la región, desde finales del siglo XX, quedan amenazadas por ellas mismas: la expansión de la ciudadanía buscada resulta puesta en crisis por la preservación de una organización del poder todavía marcada por rasgos elitistas y conservadores.

Conviene contrastar este notable “olvido” del progresismo constitucional, con la aguda clarividencia de los viejos intelectuales del liberalismo conservador. Recordemos, otra vez, a la generación del 37 argentina, o a los

³⁰ Sampay, A., *Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Cuenca Ediciones, 1973, p. 122.

intelectuales del Porfiriato, en México: *los viejos liberales-conservadores reconocieron sin ninguna duda que, para dar seguridad a los derechos que les interesaban (el derecho de propiedad en particular, las libertades económicas en general), era indispensable operar, ante todo, sobre la “sala de máquinas” de la Constitución (en su caso, a través de la restricción de las libertades políticas):* garantizar los derechos de propiedad requería limitar las capacidades de las mayorías para actuar en política.

La sugerencia que se infiere del análisis realizado en las páginas anteriores es que los reformistas sociales debieran tomar como prioritario el trabajo sobre el área que hoy justamente descuidan. La preocupación especial por los aspectos más sociales de la vida constitucional debiera llevarlos a examinar, ante todo, los modos en que se organiza el poder, en lugar de dejarlos detenidos en la ingeniería de los derechos. La reforma social debiera ser, de forma prioritaria, la reforma de los mecanismos del poder, ya que, sin una vasta apoyatura política, capaz de incluir una amplia movilización social, la vida de los derechos queda bajo una directa amenaza, y la ampliación de la ciudadanía social resulta puesta en crisis por la propia estructura constitucional.³¹

³¹ Ello no quita que, al mismo tiempo, deba bregarse por otra manera de interpretar la Constitución, que reconozca la mutua dependencia entre estas distintas esferas del texto constitucional. Así se pensó la cuestión, por caso, en la decisión T-406, de 1992, que tuvo como ponente al magistrado Ciro Angarita, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que: “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos... la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”. Conviene volver a insistir, de todos modos, que este valioso reconocimiento no sirve de mucho sin una práctica de movilización y activismo políticos que aseguren la restricción de los poderes constitucionalmente delegados.