

RECUPERAR EL LUGAR DEL “PUEBLO” EN LA CONSTITUCIÓN

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El “pueblo” en los márgenes de la Constitución*. III. *“Pueblo” y derechos*. IV. *“Pueblo” y poder*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en una tradición de estudios críticos del derecho, interesada en reflexionar críticamente sobre el lugar reservado al “pueblo” dentro del derecho vigente. El mismo se inspira, en particular, en autores como Mark Tushnet, preocupados por poner fin a un “derecho constitucional elitista”, y ayudar a que la Constitución empiece a “obtener su contenido a partir de las discusiones del pueblo en los foros políticos ordinarios”¹ y en textos como los de Roberto Mangabeira Unger, en los que se identifica (lo que Unger denominara como) “el pequeño y sucio secreto” de la vida institucional contemporánea; esto es, la

* Doctor en derecho por la UBA (1991) y por la Universidad de Chicago (1993), becario Guggenheim, autor de *The legal foundations of inequality: Constitutionalism in the Americas, 1176-1860*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, y de *Latin American Constitutionalism 1810-2010, The engine room of the constitution*, Oxford University Press, 2013.

¹ Tushnet, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. XI.

existencia de una “hipertrofia de... prácticas y arreglos contramayoritarios”.²

Más específicamente, este escrito versará sobre el modo en que el derecho se ha ocupado de establecer distancia entre “el pueblo” y la Constitución, y los significativos pero limitados —y en parte frustrados— esfuerzos hechos por el mismo constitucionalismo, con objeto de revertir esa situación. Tensionando de ese modo el aspecto *democrático* de nuestras Constituciones, el derecho pone en cuestión sus propias premisas, que siempre son premisas *igualitarias*; esto es, decir la idea de que se trata de un pacto entre todos los miembros de la comunidad, que son considerados sujetos dotados de una *igual dignidad moral*.

En la primera parte de mi trabajo, le prestaré atención al modo en que el “pueblo” perdió peso y lugar efectivo —perdió poder de decisión y control— en la Constitución, durante los años fundacionales del constitucionalismo (en el caso de los Estados Unidos, las décadas finales del siglo XVIII, y en el caso de América Latina, desde mediados hasta fines del siglo XIX). Luego, me enfocaré en dos intentos constitucionalmente significativos, destinados a “recuperar” el lugar constitucional del “pueblo”, a través de cláusulas directamente referidas a los derechos sociales y políticos. Sostendré que, aunque auspiciosas, tales reformas pecaron por un defecto fundamental: se trató de una expansión de derechos que dejaba intocada una organización del poder originada en el siglo XVIII. Por ello mismo, dedicaré la última parte del texto a explorar algunos intentos orientados a “reincorporar al pueblo”, que operaron más directamente sobre la organización del poder —sobre la “sala de máquinas” de la Constitución—. Aunque en mi análisis me apoyaré fundamentalmente en casos latinoamericanos, asumo con cierta confianza que los juicios que haga en torno al constitucionalismo regional tendrán sentido bastante más allá de las fronteras latinoamericanas.

² Unger, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996, pp. 72 y 73.

II. EL “PUEBLO” EN LOS MÁRGENES DE LA CONSTITUCIÓN

En esta primera parte vamos a ver las distintas estrategias ideadas por el primer constitucionalismo latinoamericano para limitar el acceso del “pueblo” al poder. A pesar de las insistentes invocaciones retóricas realizadas por la dirigencia regional, lo cierto es que ella optó por relegar el ingreso del “pueblo” en la Constitución para una etapa posterior: el poder efectivo, por un tiempo extenso, seguiría en manos de una élite pequeña, situada en la cúspide de sociedades muy desiguales. En general, según veremos, ello se debió a la convicción de que solamente de ese modo —impidiendo que el “pueblo” jugara un papel activo en el proceso de toma de decisiones— se podrían asegurar las bases materiales del constitucionalismo, y dotar así de una base firme a la postergada ampliación de los derechos políticos de la ciudadanía.

1. *El “primer derecho constitucional” y sus secuelas: El limitado ingreso del “pueblo” en la Constitución*

La decisión de limitar el ingreso del “pueblo” de la Constitución fue explícita, en casi toda Latinoamérica, y justificada públicamente por algunos de sus principales doctrinarios. En el capítulo 2 de su obra más importante, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, el argentino Juan Bautista Alberdi —uno de los juristas más influyentes de su tiempo, y autor intelectual de la Constitución de 1853— sostenía que se trataba de una necesidad de época, propia de todo el constitucionalismo de la región. Contra alguno de sus colegas, que evaluaban críticamente el modo en que se había desarrollado el derecho constitucional latinoamericano, Alberdi miraba dicho desarrollo con simpatía y optimismo, y explicaba que el constitucionalismo regional había evolucionado de modo apropiado, conforme a distintas necesidades, exigencias o “angustias”, propias de cada momento.

En tal sentido, Alberdi entendía que el *primer derecho constitucional* de la región se había ocupado muy especialmente del “drama” inicial de la independencia, y la necesidad de consolidarla. De allí la —para él justificada— concentración de poder que habían promovido estas primeras Constituciones. Decía Alberdi: “La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla”.³ El nuevo constitucionalismo, sin embargo —el que era propio de su época—, debía orientarse en dirección distinta del primero, conforme a las nuevas necesidades o “dramas” que tenían que ver, en su opinión, con el crecimiento económico y el desierto (territorios poco poblados, necesitados de mano de obra calificada). En sus palabras:

En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo: hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos.⁴

Esta preocupación económica, de todos modos, desplazaba para más adelante —para una tercera etapa, suponemos— la apertura política, el tiempo de los derechos políticos ampliados. Para Alberdi, las necesidades propias de la época requerían la obtención de “ilimitadas y abundantísimas” libertades económicas, al mismo tiempo que libertades políticas limitadas.⁵

³ Alberdi, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, p. 26.

⁴ *Ibidem*, p. 123.

⁵ “No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*”. Alberdi, Juan Bautista, “Sistema económico y rentístico”, en Alberdi, t. XIV, 1920, pp. 64 y 65.

Otras figuras decisivas en el constitucionalismo regional, como el venezolano Andrés Bello, o el colombiano José Ernesto Samper, coincidían con esa línea de análisis alberdiano. Bello —el gran autor del famoso Código Civil chileno, de 1852— consideraba que el momento exigía ocuparse de los derechos civiles, porque la ciudadanía se encontraba entonces, en su opinión, más preocupada por los derechos de propiedad (que tendría más que ver con la vida cotidiana de cada uno), que por el derecho de sufragio (que tendía a asociarse con cuestiones más bien alejadas de la vida común).⁶ Ideas similares encontramos en el colombiano Samper, para quien podía resultar razonable la limitación de los derechos políticos, en tanto ello fuera una condición necesaria para consolidar ciertas libertades básicas imprescindibles y prioritarias.⁷

La confluencia entre estos pensadores reflejaba, en verdad, una coincidencia mucho más amplia que abarcaba a buena parte de la dirigencia política de la época. En efecto, el esquema institucional entonces defendido fue resultado del encuentro entre las dos principales fuerzas políticas de la época —liberales y conservadores— que en toda Latinoamérica comenzaron a unir sus fuerzas, luego de décadas de sangrientos enfrentamientos entre los miembros de una y otra facción.⁸

⁶ “Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades. Ni puede ser de otra manera: los primeros son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco, cuando los negocios que deciden nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes” Jaksic, A., *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001, p. 121.

⁷ Valencia Villa, A., *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1992, pp. 154 y 155.

⁸ Una pregunta importante que aparece entonces es qué es lo que pudo explicar este repentino encuentro entre facciones enfrentadas. Aquí no me aden-

2. La “sala de máquinas” de la Constitución: un esquema excluyente

El periodo que se extiende desde mediados del siglo XIX hasta fines del mismo siglo, en América Latina, puede ser considerado el “momento fundacional” del constitucionalismo regional. Fue entonces cuando se dio forma a lo que en buena medida sigue siendo la *matriz fundamental* del constitucionalismo latinoamericano. En particular, allí quedó definida la estructura básica de la organización constitucional del poder —es decir, la “sala de máquinas” de la Constitución—. La forma de esa “sala de máquinas” fue resultado, entonces, de un pacto liberal-conservador. Dicho pacto, como veremos, se traduciría en órdenes constitucionales antiestatistas;⁹ muy protectivos de ciertos derechos civiles (que, como señalaba Alberdi, ponían un especial acento en las libertades económicas —principalmente, protecciones a la propiedad y los contratos—); y a la vez muy restrictivos en materia de libertades políticas. Este nuevo y crucial acuerdo constitucional se distinguiría tanto por lo que el mismo incluiría como por lo que dejaría fuera del acuerdo fundamental de la época: tanto los asuntos relacionados con la expansión de las *libertades políticas* como todo lo relacionado con la denominada *cuestión social* —los problemas derivados de una situación marcada por injustas desigualdades—.

traré en el análisis de la cuestión, pero sugeriré en todo caso una posible respuesta, al menos parcial, a dicha pregunta, y que tiene que ver con la creciente presencia de fuerzas radical-democráticas, que comenzaban a reproducir en América Latina los reclamos que se habían hecho conocidos en Europa, con las revoluciones democráticas de 1848. Thomson, G., *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, editado por Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002.

⁹ Constituciones que, como gráficamente lo expondría el colombiano Samper, se caracterizarían por promover un orden “*espontaneísta, antiolectivista*, y sobre todo, *antiestatista*”. Jaramillo Uribe, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Temis, 1964, p. 50.

Los modos en que el constitucionalismo latinoamericano decidió limitar las “libertades políticas” de las que hablaban Alberdi, Samper o Bello fueron varios. Algunos de ellos muy típicos del derecho regional, y otros más comunes y propios del constitucionalismo que llegaba de los Estados Unidos. Dentro de las limitaciones típicamente impuestas en América Latina, mencionarías dos en particular. En primer lugar, la limitación del derecho a la participación política, y en segundo lugar, las limitaciones relacionadas con un sistema político de autoridad concentrada, y por tanto restrictivo de la participación autónoma de las mayorías. De la Constitución norteamericana, según veremos, provendría el “molde” básico del constitucionalismo latinoamericano que se distinguiría por una sobrepresencia de controles, especialmente orientados a “contener” los impulsos “mayoritaristas” del sistema político.¹⁰

A. Restricciones directas sobre el sufragio

Sobre el primer tipo de limitaciones, mencionarías que los mecanismos restrictivos del voto fueron diversos, y también distintos para el caso del voto activo (el derecho a elegir) y pasivo (el derecho a ser elegido). Estas restricciones incluyeron, además de las limitaciones informales, como la supresión de las prácticas asamblearias¹¹; el fraude y el uso directo de la fuerza (prácticas demasiado comunes en aquellos años), la exclusión de aquellos que no sabían leer y escribir, o que no contaban con cierto respaldo económico o posición social. También fue común que se les prohibiera el voto a las mujeres, a los esclavos, a los niños, y aun a los hijos solteros, a los sirvientes y a los empleados domésticos. El lugar de residencia (es decir, el voto limitado a los “vecinos”

¹⁰ El convencional constituyente argentino Benjamín Gorostiaga expresó entonces que la Constitución por ellos redactada “ha sido vaciada en el molde de los Estados Unidos”.

¹¹ Expresada, por caso, en el cierre de los cabildos existentes en Buenos Aires, Ternavasio, 2002.

—la gente “decente” en los hechos—), la nacionalidad y hasta la proveniencia étnica también devinieron en razones justificatorias de la exclusión política. Las restricciones relativas al derecho a ser elegido resultaron, por lo normal, todavía mayores que las existentes para el caso de los electores. Aquí aparecieron limitaciones relacionadas con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los “notables”.¹² El establecimiento de elecciones indirectas también fue una manera en que, en toda América, se limitaron los derechos políticos de las mayorías. Según Elías Palti, a través de las elecciones indirectas se pretendía transformar al voto, meramente, en “un mecanismo de selección de *los mejores*”, que daba al gobierno representativo el carácter de una “aristocracia electiva” (cursivas en el original).¹³ Limitaciones como las citadas determinaron que los derechos políticos básicos resultaran, en los hechos, y durante largas décadas, concentrados en un porcentaje muy minoritario de la población.¹⁴

B. Restricciones basadas en la concentración del poder

Si las primeras restricciones referidas lo fueron “por abajo” (al afectar los derechos de participación política del electorado),

¹² Ver, por ejemplo, Sábato, H., *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010, y Sábato, H. y Lettieri, A. (comps.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

¹³ Finalmente, tanto el carácter no obligatorio del voto como, sobre todo, su carácter público o no secreto, conspiraron contra la posibilidad de contar con una participación popular amplia en las elecciones: eran muchos los que temían exponer en público sus preferencias políticas, y así despertar, por caso, la ira de sus empleadores o la de sus adversarios políticos (en momentos en que, como dijéramos, la práctica de la violencia política estaba tan extendida). Palti, E., *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007. p. 206.

¹⁴ Para el caso de la Argentina, Hilda Sábato calcula un 25% de los habilitados para hacerlo, que representaba a su vez al menos de un 5% del total de la población. Sábato, H., *op. cit.*, p. 40.

estas segundas se caracterizaron por establecer limitaciones “por arriba”, esto es, por ser limitaciones relacionadas con el vértice del poder político, y que implicaron concentrar la máxima autoridad política en una sola persona, encarnada por el Poder Ejecutivo. La decisión de concentrar el poder sobre el presidente, constituyendo regímenes —así llamados híperpresidencialistas—, representó una variedad típicamente latinoamericana dentro del constitucionalismo dominante en la época. Dicho cambio fue justificado por la especial necesidad que encontraron los líderes latinoamericanos de resistir los riesgos de la anarquía, la disgregación, y los levantamientos de masas lideradas por caudillos autoritarios. En su obra más importante, las *Bases*, Juan Bautista Alberdi propuso abiertamente alejarse del modelo norteamericano en todo lo relativo a la organización del Poder Ejecutivo, para emular el ejemplo propiciado por Juan Egaña en Chile, desde la autoritaria Constitución de 1833 —Constitución que se había convertido en ejemplar en toda América Latina, por favorecer la estabilidad política en un continente caracterizado por la falta de ella—. Para Alberdi, el ejemplo chileno había permitido reconocer que “entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como presidente republicano”.¹⁵ Fue así que en la Argentina, como en una mayoría de países de la región, se diseñaron poderes ejecutivos especialmente poderosos, que contaban —típicamente, y por ejemplo— con la facultad de declarar el estado de sitio, y con el poder de disponer la intervención, aun militar, en los estados o provincias rebeldes —poderes que no eran aceptados en Constituciones más liberales, como la de los Estados Unidos—.

¹⁵ Alberdi, J. B., *Obras Selectas*, ed. Joaquín V. González, Buenos Aires, La Facultad, 1920, p. 181. Liberales y conservadores dieron lugar, así, y de manera paulatina, a la formación de un sistema de gobierno peculiar, desafiante del más clásico modelo de “frenos y contrapesos”, un sistema que Carlos Nino denominara híperpresidencialista. Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.

C. *Restricciones generales propias del constitucionalismo liberal*

Condiciones como las analizadas hasta aquí fueron típicamente propuestas, en América Latina, por grupos conservadores o liberal-conservadores. Ellos defendían ahora, como lo habían hecho siempre, la organización de un poder concentrado, con una ciudadanía alejada del manejo directo de los asuntos públicos. Tales limitaciones se sumaron a otras, más propias de la tradición constitucional norteamericana, de raigambre más liberal. Estas limitaciones se originaban en la habitual resistencia del liberalismo frente a los riesgos y excesos propios del mayoritarismo —el drama de las “facciones” mayoritarias, que era el que obsesionaba a James Madison— que llevaron a la conformación de sistemas institucionales típicamente contramayoritarios.¹⁶

De modo muy resumido (sobre un tema que requeriría un amplio trabajo por separado), podría señalar que el “molde” del constitucionalismo liberal que llegó a América Latina, desde los Estados Unidos, se caracterizó por *a*) un *sistema representativo* (diseñado a partir de un presupuesto de “desconfianza” en cuanto a las capacidades políticas de las mayorías), caracterizado por las ideas de “distinción” y “separación” entre representantes y representados;¹⁷ *b*) una concepción sobre los controles al poder —elemento definitorio del constitucionalismo liberal—, en donde los *controles* “endógenos” u “horizontales” predominaban largamente sobre los controles “exógenos”, “populares”, que quedaban reducidos habitualmente al voto periódico, ejercido cada varios años;¹⁸ *c*) un *sistema de “frenos y contrapesos”* —el

¹⁶ En efecto, el riesgo impuesto por una facción minoritaria opresiva era menor, porque a ella se la podía vencer con el voto adverso.

¹⁷ Ideas que contrastaban con las nociones de “dependencia” —del representante en el representado; del representante como “embajador” o “delegado”; y del sistema político como “espejo” de la sociedad—. Manin, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

¹⁸ Ello, en reemplazo de alternativas previas, también aplicadas, que multiplicaban las instancias del control popular a través de asambleas populares,

corazón del sistema de controles internos— orientado a canalizar institucionalmente los conflictos entre distintos sectores de la sociedad, evitando las “mutuas opresiones”;¹⁹ *d*) un Poder Judicial que tendió a expandir paulatinamente su propio poder, hasta ganar no sólo la capacidad de *invalidar* las decisiones de los poderes políticos, sino también la de pronunciar la “última palabra” institucional,²⁰ y *e*) un sistema de acceso a los tribunales muy limitado que llegó a incluir exigencias muy costosas, en términos económicos y de gestión, para el ingreso a los mismos.²¹

Llegados a este punto de nuestro análisis, entonces, tenemos un esquema general del modo en que resultó moldeado el constitucionalismo americano, en su variante latina: un sistema que se expresaba en Constituciones que, por un lado, retomaban los rasgos liberales del constitucionalismo del “equilibrio”, los límites al poder (sobre todo al poder de las mayorías) y la neutralidad (religiosa) propios del modelo de los Estados Unidos, y que por otro lado, impulsaban medidas propiamente conservadoras, como lo eran el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, las fuertes restricciones a la participación popular o la opción por un Estado más comprometido con la cuestión religiosa. En estas contradicciones quedó moldeado el constitucionalismo latinoamericano, al menos hasta comienzos del siglo XX, en donde el estallido de los temas sociales y políticos hasta entonces poster-

mandatos imperativos, instrucciones a los representantes, revocatoria de mandatos, rotación obligatoria en los cargos, elecciones anuales, etcétera.

¹⁹ Se trataba de un sistema menos preocupado por preservar el lugar central del Poder Legislativo dentro de la estructura de poderes (como era propio de los sistemas de “separación estricta” propiciados por los grupos más radicales), que por dotar a cada rama del poder de “herramientas defensivas” equivalentes, de forma tal que se evitara el predominio de una sobre las otras.

²⁰ De ese modo, el Poder Judicial abrió espacio para la habitual crítica referida al “carácter contramayoritario” del mismo. Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

²¹ Así, se hizo necesario contar con un abogado, pagar tasas, cumplir con formalismos crecientes; se establecieron rígidas condiciones relacionadas con el *standing* o la legitimidad necesarias para litigar, que se reservaron muy comúnmente para aquellos directamente afectados por una determinada normativa.

gados forzaría cambios decisivos dentro de la propia estructura constitucional.

III. “PUEBLO” Y DERECHOS

La organización constitucional en general, y la situación de los derechos políticos y sociales, en particular, cambiaría significativamente con la llegada del siglo XX. Si es que aceptamos, siguiendo a Alberdi, que el “primer derecho constitucional” de la región estuvo dedicado al problema o “drama” de la independencia, y el segundo, a atender el “drama” del desierto y el atraso económico; en la nueva etapa —tercera— que se abría, el derecho constitucional iba a estar dedicado a resolver fundamentalmente cuestiones políticas y sociales que habían sido explícitamente dejadas de lado durante el siglo fundacional del constitucionalismo latinoamericano, incluyendo el acceso de la mayoría al voto, y el resguardo a los grandes dramas derivados de la llamada cuestión social.

1. *Sufragio universal, constitucionalismo social y el peculiar ingreso de la clase obrera en la Constitución*

La nueva atención dedicada a los viejos temas postergados —las genuinas aspiraciones políticas y sociales de la mayoría de la comunidad— no fue producto de un mero cambio en la actitud o voluntad de la clase dirigente, sino de un largo proceso marcado por la crisis política y las luchas sociales. La crisis en cuestión era la crisis del viejo paradigma dominante —el de “orden y progreso”, que había llegado a su punto máximo de desarrollo en la década de 1880-1890, con la privilegiada asociación que muchos países latinoamericanos establecieron con la Corona Británica—. Dicha asociación había producido importantes beneficios mutuos entre Gran Bretaña y América Latina que quedaron traducidos en un extenso periodo de crecimiento económico y paz social, conseguido gracias a la contribución

económica de las materias primas locales, y la garantía política ofrecida por gobiernos de mano dura, capaces de asegurar un férreo disciplinamiento social.²²

Con el comienzo del nuevo siglo XX, sin embargo, todo aquel viejo proyecto exitoso empezó a crujir. Los nuevos tiempos estarían marcados por la debacle económica del orden internacional, que vendría acompañado por la creciente movilización de los sectores subalternos, que cuestionarían tanto el carácter represivo de los gobiernos de “orden y progreso”, como también la injustificable postergación política y social de la que eran víctimas. Los principales beneficios del antiguo orden habían sido apropiados por las clases dirigentes, y ahora que estallaba una radical crisis económica, que afectaba a buena parte de Occidente, los sectores subalternos pasaban a ser los primeros y principales perjudicados por el cambio de paradigma.

En términos legales, hubo un primer gran hecho diferencial entre el nuevo siglo que comenzaba y el anterior que estuvo dado por la llegada *efectiva y progresiva* del sufragio universal. Hablo de llegada *efectiva* porque el derecho al sufragio ya había sido adoptado en una diversidad de Constituciones, desde el siglo XIX (en algunos casos muy tempranamente, como en la Argentina, Colombia o Nicaragua), pero en todos los casos, y por diversas razones (que incluían limitaciones formales o informales, incluyendo al fraude), la potencia de dicho instrumento había resultado diluida: el mismo recuperaría su fuerza recién en el nuevo siglo. Y hablo de la llegada *progresiva* del sufragio, porque el mismo no se impuso, en un momento y de modo pleno en la región, sino que en diversos países se fue instalando y abriendo de modos diferentes, y normalmente en etapas sucesivas. Fue común, por caso, que primero se estableciera el sufragio masculino; que el sufragio femenino se adoptara a partir de los años cincuenta y sesenta, y que —en países con niveles altos de analfabetismo, como Brasil, Ecuador y Perú— se extendiera el sufragio a los grupos analfabe-

²² Halperín Donghi, T., *The Contemporary History of Latin America*, Duke, Duke University Press, 1993.

tos recién hacia fines del siglo XX (en los setenta y ochenta). En definitiva, la extensión del sufragio implicó un cambio enormemente significativo en la vida pública de la región, aun cuando los efectos del mismo se expresaran gradualmente, y de modos diferentes en los distintos países (véase cuadro 1).

Junto con las referencias anteriores, vinculadas con el sufragio y la extensión de los derechos políticos, debemos hacer alusión a los cambios que aparecieron en materia de derechos sociales. En relación con esta historia puede marcarse, sin dudas, a una fecha, como momento definitivo de ruptura con el viejo orden social. Este momento es el que se dio en México a partir de 1910, y con los primeros alzamientos revolucionarios que culminarían con el dictado de la (en algún sentido también revolucionaria) nueva Constitución social. En México, en efecto, y desde comienzos del siglo, se habían producido movilizaciones de sectores obreros, campesinos e indígenas, que actuarían, en ocasiones, en coordinación con grupos más politizados, de raíces socialistas, comunistas o anarquistas. Todos ellos repudiaban el orden político vigente, encabezado por el autoritario caudillo Porfirio Díaz quien, en los hechos, y por más de treinta años (desde 1876) había conducido los destinos del país como un dictador. Los acontecimientos que se sucedieron en estos años de crisis terminal del paradigma de “orden y progreso” resultarían, en muchos casos, extraordinarios, pero para los propósitos de este trabajo me referiré exclusivamente al dictado de la Constitución de 1917.

La Constitución de 1917 representó un hecho fundamental para el constitucionalismo mundial, ya que ella fue la primera ley fundamental en el mundo que incorporó en su texto, de manera explícita y muy extensa, una larga lista de derechos sociales.²³ De este modo, la Constitución de México de 1917 inauguró el lla-

²³ Se trató, entonces, de una Constitución pionera, que apareció en un momento muy especial en el mundo, cuyo nacimiento fue más o menos contemporáneo con el dictado de la Constitución de la República de Weimar, en 1919; la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también en

mado *constitucionalismo social*, que pasaría a ser marca de identidad del constitucionalismo latinoamericano, desde entonces y hasta hoy. En el caso de México, la respuesta dada por la Constitución de 1917 aparecería no sólo como respuesta pionera, dentro de la región, sino también como la más radical de todas las que vendrían luego.²⁴ En particular, dentro de la Constitución de 1917 destacarían el artículo 27, que vendría a nacionalizar las riquezas del subsuelo y dar contenido a la reforma agraria, y el muy extenso artículo 123, que establecería la protección de los trabajadores y reconocería entidad a los sindicatos.²⁵

Ahora bien, aunque es cierto que las innovaciones sociales incorporadas por la Constitución de 1917 representaron un adelanto fundamental en el derecho regional, también debemos tomar nota de las importantes limitaciones del proyecto en curso. Sintéticamente, lo que diría es que *el notable cambio incorporado por el constitucionalismo regional en materia de derechos no se tradujo en un cambio de rango similar en materia de organización del poder*. En otros términos, si tomamos en cuenta las dos partes centrales en que se divide cualquier Constitución —una parte que organiza el *bill* de derechos— y otra que define la organización del poder, podemos reconocer que el extraordinario avance producido en América Latina desde comienzos del siglo XX afectó centralmente a la

1919, y el paulatino crecimiento del llamado Estado de bienestar y de la visión económica keynesiana.

²⁴ Aunque, cabe notarlo también, la Constitución mexicana aprobada en Querétaro representaría la versión más moderada y “contenida” de las elaboradas por el embrionario constitucionalismo mexicano de la Revolución, primero en Ayala, y luego en Aguascalientes.

²⁵ Según el constituyente Pastor Rouaix, uno de los responsables intelectuales del carácter social de la Constitución, estos artículos “fueron el resultado del radicalismo revolucionario... que estaba en todas las conciencias después de las sangrientas luchas que habían transformado a la sociedad mexicana” Rouaix, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959, p. 238.

sección de los derechos, pero no a la referida a la organización del poder.²⁶

Finalmente, lo ocurrido en México en 1917 ilustra un caso bastante más general que encontraría una clara continuación en todo el resto de Latinoamérica. Para sintetizar con alguna imagen lo ocurrido, podría decirse que desde entonces el constitucionalismo regional “democratizó” la sección de los derechos constitucionales, a la vez que fortaleció los rasgos más “verticalistas” o “concentrados” de la sección constitucional referida a la organización del poder. O, para utilizar una imagen sociológica, también visible y simple, podríamos decir que lo que ocurrió entonces fue que *la clase obrera ingresó por primera vez en la Constitución, pero que lo hizo exclusivamente a través de la sección de los derechos, y no a partir de la decisiva área referida a la organización del poder*. En otros

²⁶ La Constitución apareció marcada entonces por un cisma interno que no resultaría inocuo en relación con el funcionamiento de la misma —se trataría de una Constitución con dos almas—. En esos años, el muy destacado jurista mexicano Emilio Rabassa describió a la Constitución de 1917, justamente, como “un documento con dos partes bien definidas: la liberal y la social” que pretendía combinar la “filosofía política de (la Constitución) de 1857,” con nuevos aspectos de contenido social, exigidos por los crecientemente influyentes sectores marginados, partícipes de la Revolución social del momento. (Rabassa 1986, 97). La parte “liberal” de la que hablaba Rabassa, remitía a una organización del poder más bien cerrada, antirousseauiana si se quiere, hostil al mayoritarismo que se asociaba con los movimientos revolucionarios locales. Rabassa atribuía este proyecto constitucional al líder político por entonces dominante, Venustiano Carranza. En los hechos, Carranza impulsaría un ordenamiento constitucional distinguido por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo (y, en este caso, la ampliación de su base de legitimidad, a partir de la elección directa del presidente), que se alejaba de los aspectos más parlamentarios que el propio Carranza le atribuía a la Constitución de 1857 —más propios de Inglaterra, Francia o España, según decía—. En México, todavía resultaba necesario el recurso a “gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden” a “poblaciones indisciplinadas”. Rabassa, E., “Historia de las Constituciones mexicanas,” en Soberanes Fernández, José Luis, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. I, p. 371. En definitiva, el espectacular desarrollo constitucional mexicano, en términos de derechos sociales, venía de la mano —ante todo— de un reforzamiento de los poderes presidenciales en democracia.

términos, las reformas constitucionales latinoamericanas se destacaron por las vanguardistas reformas que introdujeron en materia de derechos, a la vez que dejaban la “sala de máquinas” de la Constitución cerrada a la clase obrera.

Ya me he ocupado en otro lugar, y de modo extenso, del modo en que América Latina emuló, poco a poco, el fenómeno constitucional mexicano. Aquí simplemente recordaría que, poco después del dictado de la Constitución mexicana, varios países de la región optaron por sumarse a este camino más “social”, incorporando en sus textos extensos y profundos compromisos sociales, traducidos en derechos sociales, económicos y culturales. Así ocurriría en Bolivia en 1938; en Cuba en 1940; en Ecuador en 1945, o en Costa Rica en 1949. Particularmente, los casos de la Argentina y Brasil destacarían, en esta etapa, como los otros dos grandes ejemplos de la llegada del constitucionalismo social a la región. Uno de ellos, el de la Argentina, estuvo marcado por la presencia del presidente Juan Domingo Perón, y el otro, el de Brasil, por la figura del líder popular Getulio Vargas. Ambos presidentes promovieron el dictado de pioneras Constituciones sociales, que incluían un reforzamiento de los poderes presidenciales, junto con numerosas y robustas cláusulas dedicadas a los derechos de los trabajadores, los sindicatos, la organización familiar, o la propiedad de los recursos naturales: Perón en 1949, y Vargas en 1934 y 1937. Las Constituciones del caso fueron al mismo tiempo ejemplo de un constitucionalismo de claro perfil social, que a la vez confirmaba la presencia de gobiernos de autoridad concentrada.

2. *Cláusulas de inclusión política en un contexto políticamente excluyente*

Si el primer gran intento de cambio, en el cerrado constitucionalismo regional, se orientó a incorporar largas listas de derechos sociales dentro del molde de las viejas Constituciones, el segundo provino de reformas que llegaron a finales del siglo XX,

con la pretensión de reforzar un proceso de *inclusión política* que era considerado aún muy limitado. Ese proceso de inclusión política había sido inaugurado a comienzos del siglo XX, con la pretendida inclusión de la clase obrera en la Constitución. Aunque limitado y frustrado, el mismo había implicado ciertos pasos adelante en relación con los sectores trabajadores, que, al menos, habían visto reconocidos sus derechos en el texto constitucional. A fines del siglo XX, y a partir de una concepción del derecho y la democracia todavía limitados, los constituyentes latinoamericanos quisieron expandir aquel proceso inclusivo incorporando en el texto constitucional a los sectores que más notablemente habían quedado al margen del primer movimiento de cambio. Las nuevas Constituciones de finales del siglo XX se abrieron entonces a los sectores indígenas; incorporaron referencias al multiculturalismo; hablaron de modo más explícito de los derechos de las mujeres; hicieron referencias a las minorías sexuales.²⁷ La Constitución se abrió así a los grupos postergados entre los postergados —a aquellos que no habían sido “recuperados” en la primera oleada de reformas (que había concentrado sus energías, especialmente, en los desplazados del mundo del trabajo)—. Pasábamos así de Constituciones que habían puesto el acento en *cuestiones político-sociales* a nuevas Constituciones que acentuaban más las cuestiones identitarias.

Este segundo y también significativo proceso de cambio apareció inscripto en un paradigma renovado. Dentro de este nuevo paradigma, de inclusión y participación políticas, destacaron algunas reformas excepcionales y tardías, destinadas a extender el sufragio a sectores antes injustamente excluidos del mismo (es decir, iletrados). Más relevantes fueron, en cambio, las numerosas

²⁷ Bergallo, P., “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011; Ramírez, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006, y Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Garavito, C. (comp.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

medidas destinadas a incorporar mecanismos de participación popular directa (como las que Uruguay incluía como práctica al menos desde 1917), y que aparecieron por primera vez en las Constituciones de Brasil 1988 (plebiscito, referéndum, iniciativa popular); Colombia 1991 (referéndum, plebiscito); Paraguay de 1992 (referéndum, iniciativa popular), o Argentina de 1994 (referéndum, plebiscito y consulta popular).

Iniciativas como las mencionadas representan sólo algunos ejemplos de las diversas propuestas participativas incorporadas por las nuevas Constituciones latinoamericanas. Las mismas, por lo demás, ofrecieron novedades aún más fuertes con el último constitucionalismo regional, que incluye a las Constituciones andinas de Bolivia 2009, Ecuador 2008 y Venezuela 1999.²⁸ De modo especialmente notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización “tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado, la 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 se asume fijando pautas irrenunciables, que autorizan la revocatoria de los mandatos de quienes no cumplen con su voluntad—).²⁹ El caso de Venezuela

²⁸ La Constitución boliviana destaca, frente a las otras dos, por otra razón, y es que ella es la más directamente abocada a resolver el gran “drama” (bien identificado) que ha venido afectando a la vida pública del país desde su independencia, nos referimos al drama de la marginación indígena, lo que implica a la sección mayoritaria del país, históricamente olvidada o postergada por el constitucionalismo local. Dicha integración —coronada con la elección de un presidente indígena— alcanza aún a un peculiar reconocimiento de los derechos de la naturaleza, o al propio Tribunal Constitucional Plurinacional, en donde al menos dos de sus siete miembros debe provenir del sector indígena de la población.

²⁹ 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.

también nos ofrece un ejemplo importante, en el sentido señalado. Otra vez, nos encontramos con un texto amplio en términos de participación popular. La Constitución abre un amplio campo a la participación, en la sección de los derechos políticos, reservando cuatro artículos (del 71 al 74) a regular el “referendo popular”. De modo significativo, y 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.

Vuelve a plantearse, entonces, una pregunta en torno a la productividad o no de las reformas. Quisiera responder a esta pregunta, en lo que sigue, concentrando mi atención en cuestiones que trascienden a los particulares actores y países de donde provienen dichas reformas, para vincularse con preocupaciones más estructurales.

3. *Derechos incluyentes vs. poder concentrado*

El balance que podemos hacer, luego de las largas décadas de vida que lleva el constitucionalismo social en América Latina, y los varios años que llevan las reformas orientadas a favorecer la participación política, no es positivo en general, aun cuando sea necesario distinguir entre unas y otras reformas. Y ello, no sólo por razones externas al constitucionalismo, sino también por razones internas a él. Según diré, *el Poder Judicial tendió a poner freno a los derechos sociales, como el poder político tendió a hacer lo propio con los nuevos derechos políticos*, en modos que no debieran resultar sorpresivos, a la luz de la naturaleza propia de la estructura institucional existente.

La situación resulta especialmente clara en relación con el constitucionalismo social, por lo cual comenzaré por referirme a éste. Respecto del mismo, hay una primera cuestión que debe analizarse, y que nos interroga acerca del porqué es que esos nuevos derechos quedaron “durmiendo” en nuestras Constituciones, durante tanto tiempo, a pesar de los años que llevan inscriptos en ellas; la cantidad de países que los inscribieron en sus textos; el ímpetu con que fueron incorporados en nuestras Constituciones, y el modo en que fueron ratificados dentro de las mismas, sistemáticamente, cada vez que llevamos a cabo un nuevo proceso de reforma constitucional.³⁰

La dificultosa vida de los derechos sociales en la región tiene que ver con muchas cosas, pero aquí me centraré muy especialmente en el peso adquirido por el Poder Judicial en esta historia. Resumiendo drásticamente una historia sinuosa y compleja, diré que el Poder Judicial jugó un rol protagónico en la agonía (y posterior resurrección) de los derechos sociales propios del constitucionalismo latinoamericano. Durante décadas, fueron los jueces los que, en una amplísima mayoría, se dedicaron a señalar que los mismos eran derechos de segunda categoría, y como tales no directamente “aplicables” (*enforceable*) por los tribunales. Ello, luego de considerar a los mismos como categorialmente distintos de los derechos de “primera generación”; luego de señalar a los mismos como los únicos que importaban costos económicos muy altos para su implementación, y luego de concluir que —a la luz de tales implicaciones presupuestarias— eran los poderes políticos, y no los tribunales, los encargados de lidiar con esos derechos. Y fueron los jueces, también, los que, acorralados por una creciente movilización social; nuevos desarrollos doctrinarios; algunos cambios institucionales, y un creciente fenómeno de internacionalización del derecho (que llegó con nuevas demandas de jus-

³⁰ Una segunda pregunta, sobre la que también trataré de decir algo, se refiere a por qué, muy lentamente, esos derechos que quedaron “adormecidos” desde su dictado, y durante décadas, fueron despertando de su largo sueño, hacia fines del siglo XX.

ticia social), lentamente ayudaron a poner de pie a algunos de aquellos viejos derechos sociales adormecidos.³¹

Trabas similares a las que impuso el Poder Judicial sobre el desarrollo de los derechos sociales, durante décadas, son las que impuso el poder político —y el Poder Ejecutivo en particular— sobre el crecimiento de los más recientes derechos vinculados con la participación política, en los últimos años. En otro trabajo, he apoyado esta afirmación con ejemplos provenientes de los países más salientes en la consagración de derechos constitucionales para la participación popular. Lo que he intentado demostrar fue el modo sistemático en que esos derechos fueron bloqueados o socavados por los poderes políticos, y muy en particular por el Poder Ejecutivo concentrado, que estas nuevas Constituciones terminaron por fortalecer.³² En ocasiones, dichas limitaciones provinieron de los poderes legislativos, que se negaron a reglamentar las cláusulas participativas que habían sido incorporadas en la Constitución (es decir, en relación con la reglamentación del plebiscito, en la Argentina, Zayat 2011); en otras, los Ejecutivos concentrados vetaron las iniciativas populares destinadas a poner en práctica las cláusulas constitucionales participativas, o tomaron medidas destinadas a socavar directamente esos nuevos derechos (es decir, en relación con la elección popular de jueces, en Ecuador), y en otras más, los gobiernos locales o las autoridades de gobierno, bloquearon o privaron de sentido a las medidas participativas implementadas (es decir, el derecho de consulta a las comunidades afectadas por emprendimientos mineros, como en Perú o Colombia).

³¹ Abramovich, V. y Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002; Bonilla, D. e Iturralde, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Gargarella, R. et al., *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006, y Langford, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

³² Echeverría, J., “El Estado en la nueva Constitución”, en Andrade, S. et al. (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Todas estas limitaciones —algunas, relacionadas con el alcance de los derechos sociales; otras, relacionadas con el alcance de los nuevos derechos políticos— nos hablan, entre otras cosas, del modo en que *una sección de la Constitución terminó activándose para bloquear desarrollos propios de la sección contraria*. Más específicamente, ejemplos como los citados dan cuenta del modo en que los nuevos derechos constitucionales tendieron a ser limitados o socavados por iniciativas provenientes de una organización del poder concentrada, y muy desvinculada del control ciudadano.

Desde parámetros como los descritos, parece claro, la fórmula contemporánea que pretende transformar cada nueva necesidad social que se reconoce, en un nuevo derecho constitucional, se presenta como limitada y superficial. Para nuestros antecesores, según veremos, resultaba claro que ni bastaba la creación de un nuevo derecho para atender satisfactoriamente una determinada necesidad social, desde el aparato jurídico, ni mucho menos era concebible el diseño de una estructura de derechos sin una base asentada en la participación y movilización sociales.

IV. “PUEBLO” Y PODER

En lo que sigue, examinaremos algunos de los varios intentos significativos que se propusieron o llevaron a cabo, en los últimos tiempos, con objeto de revitalizar una práctica institucional todavía demasiado ajena a la “decisión y control” populares. La idea de estas reformas —potenciales o reales— puede ser redescrita, en todos los casos, como una forma de colocar, efectivamente, al “pueblo” en el centro de la Constitución. En parte, los cambios y propuestas que vamos a explorar aparecieron en reacción a las dificultades propias de los intentos anteriores (es decir, creación de derechos sociales y participativos). A diferencia de las reformas examinadas previamente, las que exploraremos aquí tuvieron una virtud en común: todas ellas se animaron a trabajar sobre la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que las reformas

anteriores se habían realizado, más bien, de espaldas a aquélla. En otros términos, mientras las reformas previamente examinadas se ocuparon, sobre todo, de reformar el abanico de los derechos constitucionales, las nuevas operaron directamente sobre la organización del poder. El primero de esos intentos —alentado desde la política constitucional— consistió, fundamentalmente, en un nuevo tendido de puentes entre ciudadanos y tribunales, orientado a facilitar el acceso de los últimos a las cortes. El segundo —promovido de modo especial por la doctrina constitucional— se dirigió a revitalizar al Poder Legislativo, en particular, otorgándole un papel más protagónico en la confección de las políticas públicas. El último —motorizado desde el derecho internacional— se dirigió a involucrar directamente a los grupos desaventajados en la resolución de cuestiones públicas que les concernían directamente. Presento a continuación las iniciativas mencionadas, junto con una breve evaluación crítica de las mismas —destinada a balancear su potencia y alcances— en cada caso.

1. *Revitalización del Poder Judicial*

El primer tipo de iniciativas reformistas que vamos a repasar se relacionan con el Poder Judicial. Y aunque son muchas las medidas de cambio que se han impulsado en el ámbito judicial, aquí vamos a concentrarnos en el análisis de algunos cambios implementados en materia de acceso a la justicia. Ello, en razón de la influencia e impacto alcanzado por tales propuestas.

El repaso de la (en parte frustrada) trayectoria de los derechos sociales nos había ayudado a reconocer algunos de los diversos problemas que afectaban a la institución judicial. Se trataba, en buena medida, de problemas vinculados con la estructura judicial, y la (en buena medida buscada) “lejanía” entre sus miembros y el sector popular.³³ Por buenas o malas razones, lo cierto

³³ Lejanía orientada, por caso, a preservar a la justicia de las disputas políticas coyunturales; esto es, James Madison en *El Federalista*, núm. 49.

es que el diseño judicial acordado se caracterizó por la presencia de jueces seleccionados de forma muy indirecta, que (en una mayoría de casos) mantienen sus cargos de por vida, y que no están forzados a vincularse y a dialogar con la ciudadanía, durante el ejercicio de su mandato. A tales circunstancias deben sumarse, por lo demás, las formas rugosas, complejas, de *acceso a los tribunales* —las cuales terminan por agravar la “distancia” señalada entre “justicia” y “pueblo”—. Estas dificultades de acceso incluyen costos económicos importantes para litigar, la obligatoriedad del recurso a un abogado; formalismos que generan distancia; restricciones al litigio colectivo, y derechos de legitimación (*standing*) muy limitados a aquellos que se encuentran “directamente afectados” por un cierto agravio.

La contracara de esta situación —que sirve entonces para confirmarla— es que cambios aun menores realizados sobre la estructura del Poder Judicial pueden ayudar al fortalecimiento de los débiles vínculos existentes entre ciudadanos y jueces, y así a modificar —al menos en parte— los resultados de la justicia. Son este tipo de cambios los que se fueron imponiendo en diversos países latinoamericanos, orientados de modo muy especial a facilitar el acceso de los más desaventajados a la justicia.

En los países en donde se pusieron en marcha tales cambios, ellos sirvieron, de manera inequívoca, para motivar a los jueces a tomar casos que antes consideraban ajenos, y para orientarlos a decidir de un modo socialmente más consciente —tal vez, a partir de la enorme cantidad de nuevos casos que han recibido, y que los han confrontado a problemas y presiones sociales que antes no confrontaban—. En alguna investigación colectiva que hemos realizado con juristas del “sur global”, hemos podido reconocer la fuerte correlación existente entre los cambios producidos en materia de *standing*, costos y formalidades judiciales, y el surgimiento de una litigación social mucho más potente, y de resultados mucho más alentadores.³⁴

³⁴ Gargarella, R. *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006. Véase también Bonilla, D. (ed.), *Constitutionalism of the*

Sólo para mencionar dos casos que probaron ser históricamente muy importantes en la región, mencionaría a los de Costa Rica 1989 y Colombia 1991. En el primero, el de Costa Rica, una reforma constitucional propició un radical cambio en materia de legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado a la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, la reforma permitió que cualquier persona quedara autorizada a abrir un caso ante una nueva Sala del Tribunal Superior —la Sala IV— sin necesidad de recurrir a un abogado; sin necesidad de pagar ninguna tasa; sin necesidad de apearse a argumentos y reglas preestablecidos. La presentación puede ser hecha a cualquier hora del día, en cualquier lengua, sin importar la edad del reclamante, y puede ser escrita en cualquier soporte.³⁵ Los resultados de tales cambios fueron veloces y extraordinarios: en su primer año de funcionamiento, en 1990, el tribunal recibió 2,000 casos, que pasaron a ser 6,000 en 1996, 13,000 en 2002, y más de 17,000 en 2008: 200,000 casos en los primeros diecinueve años de funcionamiento —casi todos, en la actualidad, relacionados con la presentación de *amparos*—.³⁶

La situación descrita guarda paralelos significativos con lo ocurrido en el más alto escalón del Poder Judicial, en Colombia, con la reforma constitucional de 1991. En Colombia, como en Costa Rica, una reforma constitucional dispuso la creación de un nuevo organismo judicial —aquí, una Corte constitucional que vendría a situarse junto a una ya existente Corte Suprema— que pasó desde entonces a jugar un papel absolutamente

Global South, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Gauri, V. y Brinks, D. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, y Langford, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

³⁵ Wilson, B., “Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica’s Constitutional Court,” en Gloppen, S. et al., *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010.

³⁶ *Ibidem*, p. 68.

protagónico en el reforzamiento de derechos sociales, al menos hasta hace tiempos recientes.³⁷ La creación de la nueva Corte colombiana vino acompañada, otra vez, de fuertes cambios en materia de litigio jurídico. Ello así, particularmente, a través de la *acción de tutela*,³⁸ que le permite a cualquier persona acceder a la justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene un interés concreto en el asunto por el que reclama. Lo que ocurriera a partir de la puesta en marcha del mecanismo fue explosivo, en Colombia tanto como en Costa Rica: la nueva Corte tomó 236 decisiones, en su primer año de funcionamiento, 1992, y diez años después su promedio estaba bastante encima de las 1,100 (un incremento de casi un 500%). En materia de tutela, la Corte recibió unas 8,000 demandas de protección, en su primer año, y para 2001, la cifra había alcanzado las 133,273 (el número se había incrementado unas dieciséis veces). El número de decisiones anuales promedio, por parte de la Corte Constitucional, resultó 16 veces más alto, también, que el de las que eran propias de la Corte Suprema, antes de la llegada del nuevo tribunal.³⁹

Los resultados obtenidos en Costa Rica y Colombia, a partir de la radical apertura del Poder Judicial a la ciudadanía que se produjo en ambos casos, son sin lugar a dudas espectaculares: por el número de casos que llegaron a las cortes, por el tipo de

³⁷ Bonilla, D. e Iturralde, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Cepeda, Manuel, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 559, 2004; Lemaitre Ripoll, J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, y Uprimny, R. et al., *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

³⁸ Aunque la tutela representa la más conocida e influyente de las nuevas vías de reclamo creadas por la reforma, no es la única, ya que la misma fue acompañada por la *acción popular*, la *acción colectiva*, o la *acción de incumplimiento*.

³⁹ Las cifras son de Cepeda 2004.

casos, por las decisiones obtenidas. De todos modos, el balance más justo sobre lo ocurrido en todos estos años todavía está por hacerse. Por el momento, y desde aquí, propondría una conclusión doble, capaz de rescatar la ambigüedad que me motiva a explorar estos casos.

Por un lado, señalaría que lo ocurrido ratifica, del mejor modo, el tipo de análisis efectuado más arriba, cuando dábamos cuenta de los riesgos propios de mantener una estructura del poder separada de la ciudadanía, y sugeríamos las ventajas derivadas de recuperar el lugar central del “pueblo” en la Constitución. Lo que los ejemplos citados revelan es que la búsqueda distancia entre habitantes y jueces redundó en una sistemática subejecución de los derechos sociales, sino en su directo rechazo desde la esfera judicial. Por ello mismo, la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia —con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera—.

Por otro lado, sin embargo, también es cierto que tanto en Costa Rica como en Colombia —países que pasaron a constituirse en ejemplos mundiales en materia de litigio por los derechos sociales— los niveles de pobreza y desigualdad estructural permanecen básicamente inmodificados, luego de todos estos años de activo litigio. Peor aún, según algunos, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana han sido acompañadas por un directo deterioro de los ya inatractivos índices económicos y sociales,⁴⁰ y según otros, tales decisiones no impactaron siquiera en la jurisprudencia de los jueces inferiores a ella.⁴¹ Por supuesto, nadie sostiene que el litigio social debe ser capaz de provocar

⁴⁰ Lora, Eduardo y Carlor, Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá, Fedesarrollo-Alfaomega, 2010.

⁴¹ Agradezco el diálogo con Antonio Barreto en este punto. López, D., *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Universidad de Los Andes, 2006, p. 62.

una radical transformación de la sociedad, sin la producción de otros cambios adicionales, más allá del derecho. Sin embargo, el contraste entre la espectacularidad de los cambios producidos en el ámbito judicial —arriba resumidos— y la permanencia (o el empeoramiento) de una estructura económico-social profundamente injusta, también llama la atención, y nos da razones para preocuparnos.

Por lo demás, también es cierto que los cambios conseguidos dentro del ámbito de la justicia siguen resultando demasiado dependientes de los particulares integrantes del Poder Judicial que reciben esos casos, a la vez que la integración de los tribunales sigue estando demasiado ligada a la vieja estructura de poderes, en donde el presidente sigue jugando un papel decisivo. En ese contexto, las capacidades de la población para intervenir en el proceso litigioso, de modo colectivo, constante, y en diálogo con las diversas autoridades judiciales y políticas involucradas, siguen siendo limitadas en extremo. Como resultado, los litigios de tipo social originados a partir de problemas estructurales colectivamente sufridos siguen resolviéndose de modo demasiado habitual a través de litigios individualizados, que resultan sujetos al examen de expertos que los analizan de modo aislado en sede judicial.

Como resumen provisional, diría que la buena noticia que representan ejemplos, como los de Colombia y Costa Rica, no alcanza para alejarnos suficientemente de la tradicional “objeción contramayoritaria” ni nos facilita razones para pensar en la producción de algún tipo de cambio estructural relevante, empujado desde el derecho.⁴²

⁴² La “insuficiencia” propia de las propuestas anteriores para superar la llamada “objeción contramayoritaria” es lo que parece explicar el surgimiento de otras propuestas, orientadas, ya no a mejorar el acceso de los ciudadanos a los tribunales, sino a permitir —directamente— la participación de los mismos en la selección de los magistrados. La Constitución que fue más lejos en dicho sentido fue la de Bolivia, que estableció un sistema de elección popular para los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia; el Tribunal Constitucional; el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. Corresponde decir, en

2. *Revitalización del Poder Legislativo*

El segundo de los intentos que exploraré, destinado a recuperar lugar para el “pueblo” en la Constitución, no se originó en los ámbitos judiciales (como el primero), sino en la doctrina y en la práctica del constitucionalismo. Este esfuerzo se ha orientado a revitalizar al órgano Legislativo, volviéndolo a colocar en el centro del proceso de toma de decisiones democrático. Algunas de las iniciativas que se han generado en el área han tenido origen en el mundo anglosajón, aunque, como veremos, ellas han encontrado pronto eco y continuidades en el constitucionalismo latinoamericano.

En buena medida, estos intentos de volver a poner al Congreso en el centro de la escena constitucional se debieron a la convicción de que el mismo había perdido relevancia, a expensas de las ramas del poder rivales. En el ámbito anglosajón, podría decirse, la pérdida de influencia del Legislativo se debió de modo predominante, aunque no excluyente, a la creciente influencia ganada por el Poder Judicial en la práctica de nuestras democra-

todo caso, que tanto en razón del diseño de iniciativas como la boliviana, como por la esperable práctica que se desarrolló desde su puesta en marcha, una experiencia “democratizadora” de la justicia como la mencionada, ha resultado frustrante. El hecho es que, antes de la elección popular de los jueces, los candidatos deben ser preseleccionados por la “Asamblea Legislativa Plurinacional” (conforme al procedimiento establecido en el artículo 182 de la Constitución), en donde cada uno de ellos debe llegar a obtener el apoyo de dos tercios de los miembros presentes en la Asamblea. El resultado obvio ha sido que absolutamente *todos* los candidatos a ocupar los cargos judiciales abiertos a la elección popular fueran candidatos ofrecidos por el partido gobernante. Una reforma “democratizadora” impulsada en la Argentina por la presidenta Cristina Kirchner —una reforma finalmente declarada abiertamente inconstitucional por la Corte Suprema Argentina, en la parte que aquí nos interesa— mostraba defectos de tonalidad semejante: se trataba de un procedimiento diseñado por el Poder Ejecutivo de turno para vincular la elección de los consejeros de la magistratura a las elecciones políticas del momento, que incluía exigencias destinadas exclusivamente a impedir que la oposición al gobierno presentase sus propios candidatos.

cias —sobre todo a partir de que el mismo asentó su capacidad para invalidar los actos de los poderes políticos, y situó a su propia palabra como “final” en el proceso decisorio—. En el ámbito latinoamericano, la pérdida de protagonismo del Legislativo se debió, de modo predominante, pero tampoco excluyente, al creciente peso que fue ganando el Poder Ejecutivo, diseñado desde sus orígenes como *primus inter pares*, dentro del esquema de “frenos y contrapesos”. Ya sea, entonces, por unas razones u otras, lo cierto es que el Poder Legislativo —considerado, desde el comienzo de su existencia, como “la rama más popular” o “más democrática” de la organización de poderes— perdió autoridad e influencia. Por ello mismo, aquellos interesados en una recuperación del lugar del “pueblo” en la Constitución vieron en el reforzamiento de los poderes del Congreso, un modo apropiado de volver a situar al “pueblo” en el centro de la vida constitucional.

La adopción de la *notwithstanding clause* en Canadá —una cláusula que le permite al Congreso insistir con sus decisiones, pese a la negativa que le pueda fijar la justicia— y el paulatino desarrollo de un modelo *Commonwealth* de constitucionalismo, o —más en general— un modelo de *revisión judicial débil*, han contribuido a fortalecer la noción de que el Parlamento tiene un papel crucial que jugar en la discusión constitucional.⁴³ Dicha recuperación del Legislativo resultó en parte alimentada y en parte animada por desarrollos doctrinarios varios, dirigidos a resaltar la especial “dignidad de la legislación”;⁴⁴ a reivindicar la importancia y papel efectivos del Congreso, frente a las despiadadas críticas que éste recibiera desde ciertas áreas del pensamiento

⁴³ Hogg, P. y Bushell, A., “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997; Hogg, P. *et al.*, “Charter Dialogue Revisited, Or much Ado About Metaphors,” *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007; Sunstein, C., *The Second Bill of Rights*, Basic Books, Nueva York, 2004; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, y Waldron, J., “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

⁴⁴ Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.

académico;⁴⁵ y en todos los casos a potenciar las tradicionales críticas “democráticas” a la institución del control judicial de la ley. Por lo demás, el desarrollo del así llamado *constitucionalismo popular* —una doctrina constitucional que implicaba, en parte, una relectura de la historia del constitucionalismo— apoyó tales esfuerzos reivindicatorios, dejando en claro, por caso, que los mismos eran compatibles con la mejor historia del derecho constitucional.⁴⁶

En América Latina, por su parte, las últimas décadas nos han permitido reconocer algunos esfuerzos doctrinarios y prácticos paralelos a los recién referidos. En los años ochenta, por ejemplo, se desarrollaron en la región una vasta cantidad de iniciativas prácticas y teóricas, destinadas a mostrar la posibilidad y deseabilidad de los esquemas parlamentarios. Dichas iniciativas —finalmente frustradas, en una mayoría de casos— encontraban su origen en la certeza de que el presidencialismo (o, más precisamente, lo que desde entonces se denominara el hiper-presidencialismo) había sido responsable principal de la recurrente inestabilidad democrática que había afectado a la región durante todo el siglo XX.⁴⁷ Junto a los anteriores encontramos también trabajos dirigidos a repensar el sistema institucional dominante en la región, desde una perspectiva comprometida con la democracia deliberativa.⁴⁸ Derivados de tales núcleos, también, encontramos

⁴⁵ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

⁴⁶ Kramer, L., “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004; Kramer, L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, 1987; Linz, J. y Stepan, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1978 y Linz, J. y Valenzuela, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994.

⁴⁸ Los estudios del profesor argentino Carlos Nino, en particular, han abierto importantes caminos y líneas de reflexión en este sentido, que se han continuado en el trabajo de algunos de sus discípulos. Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, y Nino,

florecientes trabajos vinculados con el “constitucionalismo popular”, pero anclados en el estudio de casos y temas propios de la América Latina contemporánea.⁴⁹

Todos estos esfuerzos representan, desde mi punto de vista, importantes pasos adelante en la discusión sobre el control de constitucionalidad y, en general, sobre el funcionamiento de nuestro sistema de toma de decisiones. Por lo demás, desde la perspectiva de este trabajo —orientada a recuperar un papel central para el “pueblo”, dentro del marco de la Constitución—, dichos estudios resultan más que bienvenidos. Ello así, tanto por el modo en que parten del reconocimiento de las tensiones que se producen entre democracia y control judicial como por el modo en que objetan el lugar postergado que nuestras democracias constitucionales han reservado para la rama más democrática del poder.

Dicho lo anterior, sin embargo, quisiera terminar de problematizar esta alternativa, a la luz de las discusiones que hemos repasado más arriba. Y es que la reivindicación del órgano Legislativo no puede hacerse sin llamar la atención sobre la enorme brecha que se ha creado —y expandido en la práctica— entre ciudadanos y representantes políticos; la ampliación del aparato administrativo del Estado; la falta de controles populares sobre dicho aparato administrativo; la carencia de instancias institucionales de diálogo entre pueblo y legisladores; la forma en que la comunicación pública y la comunicación política han quedado dependientes del dinero que se disponga para comunicar.

Cuando advertimos la presencia de factores como los mencionados, luego, no podemos sino señalar que la reivindicación del lugar del Poder Legislativo en la discusión constitucional no significa —ni debe tomarse siquiera como aproximación a— la reivindicación del lugar del “pueblo” en dicha discusión consti-

Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.

⁴⁹ Niembro, R. y Alterio, M., *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

tucional. Por el contrario, los desarrollos que hoy podemos ver de estas “nuevas formas de constitucionalismo” nos dejan enfrentados a sistemas de funcionamiento complejo, no siempre transparente, de difícil comprensión para el ciudadano común, y destinados a quedar, por tanto, en manos de expertos. En definitiva, muchos de quienes criticamos a las maneras tradicionales de control judicial, defendiendo la necesidad de “quitar la Constitución” de las (exclusivas) “manos de la justicia”, no nos involucramos en dicha disputa con el fin de minimizar el papel de la justicia en la discusión constitucional (papel que puede ser todavía relevante), sino para volver a establecer puentes entre la Constitución y el “pueblo”. Del mismo modo, cuando hablamos de construir puentes entre “pueblo” y Constitución no tomamos a la idea de “pueblo” como sinónimo de “Congreso,” asumiendo que este último órgano existe como sucedáneo perfecto o casi perfecto de la voluntad popular.⁵⁰

⁵⁰ A la luz de lo dicho, algunas pocas experiencias aparecidas en los últimos años, de “diálogos” que involucran a jueces, políticos, y organizaciones sociales representan alternativas alentadoras que merecen ser defendidas desde una lectura “popular” del constitucionalismo. Uno puede aplaudir, entonces, la decisión de la Corte Suprema Argentina de convocar a representantes de la Nación, las provincias, los empresarios y las organizaciones barriales, a los fines de definir colectivamente una solución respetuosa de los derechos de millones de ciudadanos afectados, frente a la grave contaminación del Riachuelo, producida por el vertido de sustancias químicas por parte de empresas irresponsables (caso *Mendoza*). Como puede aplaudir, también, lo hecho por la Corte Constitucional de Colombia, al abrir a una discusión socialmente más vasta, tendiente a resolver el drama de los *desplazados*. Tratamientos como los citados son auspiciosos, y hablan de la posibilidad efectiva de concretar procesos de conversación constitucional genuinamente inclusivos, aún —sino especialmente— en contextos difíciles, marcados por la desigualdad y la injusticia social. Sin embargo, la historia que siguió a casos como los citados nos habla también de la limitación de los mismos, en un marco institucional que no sólo no alienta, sino que parece trabajar en contra de posibilidades como las citadas. Más específicamente: el sistema de “frenos y contrapesos” no está preparado para promover el diálogo, sino para contener institucionalmente a la guerra. No ofrece canales institucionales apropiados para encauzar el diálogo entre poderes, y tiende a obstaculizar, más que a alentar, los vínculos entre ciudadanos y funcionarios públicos. Por lo dicho, uno agradece las instancias de resolución de conflictos

3. *Consulta directa a grupos desaventajados*

Los dos caminos reformistas explorados hasta aquí procuraban modificar el estado de cosas existente en materia institucional, ya sea fortaleciendo el acceso de los ciudadanos a la justicia, ya sea recuperando para el Congreso un papel más protagónico. El “remedio” que vamos a examinar a continuación va algo más allá de los anteriores, al salir directamente en la búsqueda de los grupos desaventajados, a los que se invita a participar en el proceso de toma de decisiones. Se trata de una manera diferente, enormemente relevante, de dotar de “voz” a grupos relegados, en cuestiones que les conciernen de modo directo, bajo la idea de un “derecho a la consulta previa”.

El derecho en cuestión ha ganado una importancia extraordinaria en tiempos recientes, a partir de al menos dos hechos políticos cruciales. Por un lado, en las últimas décadas del siglo XX, numerosas comunidades indígenas consiguieron tornar más visibles sus reclamos y comenzaron a cuestionar a los gobiernos de turno en razón de derechos que veían desplazados históricamente (ello así, no sólo, pero muy en particular, en países con población indígena numerosa, como Bolivia, Ecuador, Guatemala o Venezuela). Por otro lado, en los últimos años, muchos países de la región empezaron a explotar intensivamente recursos económicos asociados con la agricultura (por ejemplo, la soja) y, sobre todo, la minería, lo cual implicó, ya sea una nueva serie de disputas territoriales con aquellas poblaciones indígenas, o una nueva amenaza sobre su hábitat y su bienestar en relación con la naturaleza. En razón de lo dicho, puede señalarse que las crecientes tensiones que se han generado entre pueblos indígenas y gobiernos decididos a acelerar su desarrollo a través de la explotación de recursos primarios (gobiernos que pueden ser por ello

dialógicas que, en ocasiones más bien excepcionales, han abierto los tribunales, a la vez que lamenta el hecho de que no haya ninguna buena razón para pensar que esas formas de diálogo inclusivas se conviertan, alguna vez, en prácticas predominantes.

denominados *neodesarrollistas*) representan la principal fuente de conflictos en la América Latina actual. En dicho marco, la puesta en marcha del citado “derecho de consulta” se presenta como una forma atractiva de canalizar tales tensiones, incorporando de modo efectivo a los pueblos afectados a la mesa de toma de decisiones.

El principal apoyo jurídico del “derecho a la consulta” invocado por las comunidades indígenas afectadas fue el Convenio 169 de la OIT, que data de 1989, y que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, a lo que se suma la Declaración de la ONU de 2007, en torno a los derechos de los pueblos indígenas. La primera norma, en particular, ganó significación y reconocimiento por haber sido receptada por una amplia mayoría de países latinoamericanos, y por el alcance de sus disposiciones. Ella establece, de modo saliente, que los países adherentes al Convenio deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6.1), asegurando siempre que las consultas se efectúen “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (artículo 6.2).⁵¹

⁵¹ “Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado recientemente que dicho proceso de consulta constituye ya un “principio general del derecho internacional”.⁵² En el mismo caso, el principal tribunal latinoamericano dejó en claro los alcances que atribuía a la norma en cuestión, señalando que “cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.⁵³

A pesar del valor de estas promesas realizadas desde el derecho, orientadas a generar cambios directamente al interior de la organización del poder, lo cierto es que la práctica efectiva del derecho de consulta se convirtió, desde su puesta en marcha, en una que es resistida por el poder, y diluida en su potencia. Por ejemplo, según James Anaya, relator especial de las Naciones Unidas en materia de derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los problemas que llegan a su atención se refieren a “la falta de consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios”.⁵⁴

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

⁵² *Caso Saramaka v. Surinam*, sentencia del 12 de agosto de 2008, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf.

⁵³ *Ibidem*, parr. 134.

⁵⁴ <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.

El testimonio de Anaya representa una expresión importante de un problema mayor, vinculado con las diversas formas en que los Estados que ratificaron el Convenio 169 se ocuparon de eludirlo cada vez que se les reclamaba el uso de las herramientas de consulta. Dos ejemplos cercanos y relevantes, en este sentido, los representan los quince años de disputa en torno al derecho de consulta reclamado por el pueblo u'wa, en el este de Colombia, en torno a un proyecto de explotación de petróleo; o la más reciente disputa surgida en Perú, 2009, a partir de la falta de consulta a los pueblos indígenas amazónicos en relación con proyectos mineros que los afectaban de modo directo. En otras ocasiones, el Estado nacional y los gobernantes de turno trivializaron el sentido de las consultas, convirtiendo a las mismas en meras presentaciones de sus proyectos, frente a grupos indígenas; o manteniéndose simplemente indiferentes a las opiniones expresadas por los últimos.⁵⁵

El hecho es que, a resultas del nivel de trabas impuestas y hostilidades demostradas por el poder establecido, en relación con el derecho de consulta indígena, muchas comunidades afectadas han comenzado a resistirse o a negar su participación en relación con los procesos de consulta organizados desde el Esta-

⁵⁵ Según César Rodríguez Garavito y otros investigadores que se han ocupado del tema, los obstáculos que se advierten en la implementación efectiva de estos derechos de consulta derivan fundamentalmente de dos fuentes relacionadas, por un lado, con la existencia de “normas de naturaleza y contenidos muy diversos que, de hecho, frecuentemente chocan entre sí”, y que incluyen, desde “reglas de “derecho duro” (por ejemplo, leyes nacionales y tratados internacionales), vinculantes estrictamente para los Estados hasta normas de “derecho blando” o “derecho suave” (por ejemplo, reglas operativas de organismos financieros multilaterales y códigos de responsabilidad empresarial de firmas multinacionales), que operan más como guías de conducta que como estándares jurídicos en sentido propio”. Por otro lado —agregan—, aparece el problema de ver al derecho de consulta como un todo, sin reconocer que el mismo refiere a “un procedimiento con varios pasos y dilemas (desde la publicidad de los pormenores de un proyecto económico que se planea ejecutar en territorio indígena, hasta los participantes y la duración de la consulta), en cuyos detalles se juega el nivel de protección a los derechos de los pueblos y comunidades resguardadas” (Rodríguez Garavito *et al.*, 2010).

do. En otras ocasiones, las propias comunidades han organizado “consultas de buena fe”, entre grupos afines, seguidas de un referéndum, pero en todo caso directamente al margen del Estado.

4. *Decisión y control en manos del “pueblo”*

Todas las iniciativas examinadas en la última parte de este trabajo compartían una virtud muy importante —sobre todo, si se las compara con las reformas examinadas en la segunda parte de este trabajo—. Me refiero a su vocación por llevar adelante cambios en el área de la Constitución que mayor necesidad tiene de ser reformada; esto es, el área relacionada con la organización del poder. En este sentido, podemos decir que en esta ocasión los esfuerzos reformistas se encontraron bien dirigidos. Lo dicho, sin embargo, no pretende ocultar los obstáculos que han hallado estas reformas para convertirse en cambios plenamente exitosos.

En relación con los dos primeros tipos de reforma estudiados —reformas dirigidas al Poder Judicial y al Poder Legislativo— podríamos decir que las mismas, a pesar de su importancia, pueden ser criticadas por haber sido innovaciones que dejaron básicamente intacta la antigua estructura decisoria, incorporada en aquellas viejas Constituciones modeladas en el siglo XVIII. En otros términos, ambos tipos de reforma compartieron la virtud de “ingresar” en la “sala de máquinas”, a la vez que el vicio de mantener intacto el viejo sistema de funcionamiento —digamos, para seguir con la metáfora, dejaron intacto el manejo de las “palancas y controles”—. Como resultado, quienes tomaban las decisiones, conforme al viejo esquema institucional, continuaron tomándolas, conforme a las nuevas propuestas.

Frente a estas dos primeras vías de cambios, la tercera línea de reformas explorada —que ilustramos con el caso de la “consulta previa” a los pueblos indígenas— representa un camino más interesante y promisorio, pero aún muy limitado. Resulta

ta claro, por un lado, dónde es que reside lo interesante de este tipo de reformas: ellas vienen a “transferir” poder directamente al ciudadano de a pie, a los grupos afectados. Aquí sí, podemos decir, se advierte la posibilidad de expandir el poder de *decisión y control* del “pueblo”, dentro de la Constitución.

Una reforma de este tipo, conviene decirlo, se alinea con otras que se han dado en la región, particularmente en estos últimos años, y a las cuales también hemos aludido: la afirmación de nuevas herramientas participativas (derechos de iniciativa popular); la creación de un nuevo tipo de controles (es decir, derechos de revocatoria); la instauración o el reconocimiento de las formas de la justicia indígena, etcétera. Nos encontramos aquí con reformas importantes, bien orientadas, y que en algunos casos han ofrecido resultados interesantes. Sabemos que Uruguay cuenta con una larga y notable historia de consultas populares; que en Venezuela —durante el gobierno de Hugo Chávez— y en Bolivia —durante el gobierno de Evo Morales— se produjeron intentos significativos de revocatoria de mandatos; sabemos que en algunos casos, como el de Colombia, la justicia indígena se ha ido articulando de un modo atractivo con la justicia más tradicional y establecida (en parte, gracias a los notables esfuerzos de la Corte Constitucional). Todas estas iniciativas son merecedoras de elogio, y uno sólo puede desear la expansión y el fortalecimiento de propuestas tales.

De todos modos, para todos los casos, conviene llamar la atención acerca de los límites que parecen propios de esas propuestas. Y es que la preservación de una estructura de poderes tan concentrada, en el marco de sociedades tan desiguales, provoca que estas interesantes acciones sobre las “palancas y controles” del poder tiendan a quedar a la merced de quienes ocupan las posiciones principales dentro de esa “sala de máquinas”. En otros términos, si las sugeridas reformas sobre los poderes Judicial y Legislativo terminaban resultando limitadas, en razón de su *timidez* —ellas no se animaban a cuestionar a la estructura de jueces y legisladores tradicional, que permanecía intacta—,

éstas últimas terminan apareciendo como fallidas en razón de su *modestia* —se trata de reformas minimalistas, que no van tan lejos como debieran—. Mientras las primeras no cuestionaban a los Poderes Judicial y Legislativo tradicionales, éstas no alcanzan a abarcar al Poder Ejecutivo, y corren el riesgo, por tanto, de quedar a la merced de la autoridad de éste. Las tensiones que se sucedieron, una y otra vez, entre los gobiernos establecidos y los pueblos originarios consultados, en razón de proyectos de explotación económica impulsados por los primeros, y que terminaron habitualmente con la desconsideración de la opinión de los últimos, reflejan bien el tipo de inconvenientes de los que hablamos. No se trata de la posibilidad de que una herramienta institucional no funcione de modo óptimo —ninguna herramienta puede prometer resultados justos o perfectos en ningún caso, ni es ello lo que se espera—. Se trata de un problema más estructural; esto es, que en razón de las diferencias de poder y capacidades entre gobiernos establecidos y grupos desaventajados, las herramientas participativas tienden a ser doblegadas por el poder predominante.

En definitiva, cuando no se modifica la raíz del problema que analizamos —la distancia que separa al “pueblo” del aparato del poder— luego, el poder establecido queda con amplias capacidades para mantener su capacidad de influencia sobre el proceso decisorio. Puede ocurrir entonces que un presidente todopoderoso organice de modo entusiasta una consulta popular, confiado en impedir resultados que le sean adversos; que la justicia indígena sólo se mueva dentro de los estrechos márgenes que le permita la justicia tradicional, o que los gobiernos de turno conviertan a las consultas indígenas en hechos insignificantes, privados de todo sentido. Recuperar para el “pueblo” un lugar central, dentro de la Constitución, no nos lleva a objetar las reformas minimalistas ya producidas, pidiendo que no se repitan, sino a reclamar que sean reforzadas, exigiendo que alcancen a las áreas que hasta hoy se han resistido a alcanzar.

Cuadro 1
DERECHO ELECTORAL DE ACUERDO
CON SU INTRODUCCIÓN⁵⁶

	<i>Voto universal</i>	<i>Voto secreto</i>	<i>Voto obligatorio</i>		
<i>País</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>	<i>Analfabetos</i>		
Argentina		1949		1912	
Bolivia	1952	1952	1952		1956
Brasil	1932	1932	1988	1932	1932
Chile	1925	1949	1925	1925	
Colombia	1853/1836	1957		1853	1932
Costa Rica	1913	1949		1925	1893
Ecuador	1861	1929	1978	1861	1945
El Salvador	1883	1939		1950	1961
Guatemala	1865	1945		1956	1946
Honduras	1894	1954		1894	1960
México		1958			
Nicaragua	1803	1957		1962	1984
Paraguay	1870	1967		1967	1990
Perú	1931	1955	1979	1931	1931
Rep. Dominicana	1865	1932		1962	1924
Uruguay	1918			1918	1915
Venezuela	1894	1946		1946	1958

⁵⁶ Fuente: Nohlen, Dieter, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta, 2002.
- ALBERDI, J. B., *Obras Selectas*, Buenos Aires, La Facultad, 1920.
- , *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981.
- ANAYA, J., Conferencia sobre el derecho de consulta, 2013, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2009.
- BERGALLO, P., “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BONILLA, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- e ITURRALDE, M., *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- CEPEDA, Manuel, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 559, 2004.
- ECHEVERRÍA, J., “El Estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, S. et al. (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- GARGARELLA, R. et al., *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres, Ashgate, 2006.
- GAURI, V. y BRINKS, D. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- GEARTY, C. y MANTOUVALOU, V., *Debating Social Rights*, Londres, Hart Publishing, 2011.
- HALPERÍN DONGHI, T., *The Contemporary History of Latin America*, Duke, Duke University Press, 1993.
- HOGG, P. y BUSHELL, A., “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 1997.
- *et al.*, “Charter Dialogue Revisited, Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007
- JAKSIC, A., *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001.
- JARAMILLO URIBE, J., *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Temis, 1964.
- KRAMER, L., “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004.
- KRAMER, L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- LANGFORD, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LEMAITRE RIPOLL, J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- LINZ, J. y STEPAN, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1978.
- y VALENZUELA, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994.
- LÓPEZ, D., *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Universidad de Los Andes, 2006.
- LORA, Eduardo y CARLOR, Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá, Fedesarrollo-Alfaomega, 2010.
- MANIN, B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

- MONTALVO, J., *Selections from Juan Montalvo*, editado por MacDonald Spindler, F. y Cook Books, Temple, Center for Latin American Studies-Arizona State University, 1984.
- NIEMBRO, R. y ALTERIO, M. *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- NINO, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- , *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- NOHLEN, D., *Democratización del sufragio*, 2010, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm.
- PALTI, E., *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- PETIT MUÑOZ, E., *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo, Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1956.
- RABASA, E., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- , “Historia de las Constituciones mexicanas,” en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. I.
- RAMÍREZ, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- (ed.), *Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

- ROUAIX, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959.
- SÁBATO, H., *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2010.
- y LETTIERI, A. (comps.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- SUNSTEIN, C., *The Second Bill of Rights*, Nueva York, Basic Books, 2004.
- TERNAVASIO, M., *La revolución del voto. Política y elecciones en Buenos Aires, 1810-1852*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- THOMSON, G., *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, editado por Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- , *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*, Londres, Verso, 1996.
- UPRIMNY, R., “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en UPRIMNY, R. et al., *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.
- VALENCIA VILLA, A., *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1992.
- VILE, M., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967.
- WALDRON, J., *The Dignity of Legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.
- , “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

- WILSON, B., “Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica’s Constitutional Court,” en GLOPPEN, S. *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave, 2010.
- YRIGOYEN FAJARDO, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en GARAVITO, C. (comp.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- ZAYAT, D. “Mecanismos semidirectos de participación,” en GARGARELLA, R. (ed.), *La Constitución en el nuevo siglo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.