

La sala de máquinas de la Constitución

Del mismo autor

La Constitución en 2020 (coord.), Buenos Aires, 2010

Teoría y crítica del Derecho constitucional (coord.), Buenos Aires, 2008

De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, 2008

Los fundamentos legales de la desigualdad, Madrid, 2005

Razones para el socialismo (en colaboración con F. Ovejero), Barcelona, 2000

Las teorías de la justicia después de Rawls, Barcelona, 1999

La justicia frente al gobierno, Barcelona, 1996

Nos los representantes, Buenos Aires, 1995

The Legal Foundations of Inequality, Cambridge, 2010

Social Transformation and the Judiciary (en colaboración con P. Domingo
y T. Roux), Londres, 2006

Democratization and the Judiciary (en colaboración con S. Gløppen y E. Skaar),
Londres, 2004

Roberto Gargarella

**La sala de máquinas
de la Constitución**

Dos siglos de constitucionalismo
en América Latina (1810-2010)

Primera edición, 2014

© Katz Editores

Benjamín Matienzo 1831, 10º D
1426-Buenos Aires
c/Sitio de Zaragoza, 6, 1ª planta
28931 Móstoles-Madrid
www.katzeditores.com

© Roberto Gargarella, 2014

ISBN Argentina: 978-987-1566-93-8

ISBN España: 978-84-15917-14-4

1. Constitucionalismo.
CDD 342.02

El contenido intelectual de esta obra se encuentra protegido por diversas leyes y tratados internacionales que prohíben la reproducción íntegra o extractada, realizada por cualquier procedimiento, que no cuente con la autorización expresa del editor.

Diseño de colección: tholón kunst

Impreso en la Argentina

por Buenos Aires Print

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Índice

7	Prefacio
13	1. El primer derecho constitucional latinoamericano (1810-1850)
49	2. El “constitucionalismo de fusión”: el pacto liberal-conservador en la segunda mitad del siglo XIX
91	3. Las bases materiales de la Constitución
123	4. Los límites del pasado constitucional sobre el nuevo constitucionalismo
163	5. La crisis del modelo constitucional poscolonial. Positivismo y revolución a comienzos del nuevo siglo
199	6. El constitucionalismo a mediados del siglo XX y el retorno de la cuestión social
243	7. Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos
269	8. El constitucionalismo contemporáneo I. Constituciones en tensión interna
309	9. El constitucionalismo contemporáneo II. La sala de máquinas de la Constitución
347	10. ¿Qué hemos aprendido en dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario
367	Bibliografía

Prefacio

1. *Origen.* El origen y motivación principal de este libro debe rastrearse en una doble incomodidad. Incomodidad, primero, frente a la poca atención –si no directamente el descuido– que suele haber en relación con la riquísima tradición constitucional latinoamericana, respecto de la cual hay tanto por aprender, cualquiera sea la tradición en la que uno se encuentre inscripto. Esta primera incomodidad tendría, como contracara, una cierta fascinación personal con el cúmulo de ideas constitucionales que se han discutido y revisado en la región, en estos dos siglos. Al mismo tiempo, y sobre todo, el libro se encuentra motivado por una segunda incomodidad, que surge frente a la propia manera en que el constitucionalismo regional ha tendido a pensar las reformas constitucionales, particularmente en las últimas décadas. Esta segunda incomodidad, entonces, se produce, fundamentalmente, por la obstinada atención que se ofrece a las cuestiones de derechos, en desmedro de la organización del poder. Ello, como si la democratización política y el robustecimiento social que se quieren promover a través de cambios en las secciones de derechos, fueran compatibles con la concentración de poder y el centralismo autoritario que se preserva en la sección relativa a la organización del poder. En resumen, las nuevas Constituciones de la región pecan por el modo en que mantienen cerrada la “sala de máquinas” de la Constitución. La consecuencia de ello es que el poder concentrado entra fácil y previsiblemente en tensión con las demandas sociales por más derechos, lo cual termina implicando que una parte de la Constitución comienza a trabajar en contra del éxito de la segunda.

2. *El objeto de estudio.* En este trabajo vamos a examinar los dos siglos de vida que lleva el constitucionalismo latinoamericano (1810-2010), para tratar de entender mejor lo que ha ocurrido en la materia, en todos estos

años, y también para destilar desde allí teoría constitucional.¹ Este emprendimiento implica tomar en serio el constitucionalismo de la región, un propósito que tal vez no resulte obvio para algunos, que pueden presumir que no hay mucho que aprender de lo que se ha escrito y pensado en la región. Decir esto no implica asumir que la vida pública de la región gira en torno a las cuestiones institucionales, o que por completo depende de ellas. Más bien lo contrario: lo que se quiere decir, contra enfoques demasiado habituales, es que la cuestión institucional, y particularmente la que se refleja en las opciones constitucionales de una comunidad, son lo suficientemente relevantes como para hacerse acreedoras de nuestra atención, en lugar de ser consideradas superficiales o meramente superestructurales.

En todo caso, importa llamar la atención sobre el modo en que la teoría constitucional ha dejado de reflexionar sobre problemas e ideas fundamentales para la vida pública latinoamericana. Y el hecho es que hay mucho que aprender del constitucionalismo regional. Ello así, ante todo, porque el mismo incluye entre sus filas a cantidad de estadistas, juristas y teóricos notables: Juan Bautista Alberdi, Francisco Bilbao, Simón Bolívar, Juan Egaña, José González Vigil, Victorino Lastarria, José Carlos Mariátegui, Juan Montalvo, José María Mora, Mariano Otero, Manuel Murillo Toro, José María Samper, Domingo Sarmiento, entre tantos otros.

De modo más importante aún, el constitucionalismo regional se ha planteado, o se ha visto obligado a plantear, cuestiones que, por una razón u otra, la teoría constitucional predominante no ha tomado como objeto de estudio especial. Por ejemplo, el constitucionalismo latinoamericano se ha planteado recurrentemente qué hacer frente a la vocación de “importar” derecho extranjero. De manera similar, el constitucionalismo regional ha debido lidiar con los problemas impuestos por formas de presidencialismo más extremas que las del modelo original norteamericano. Este constitucionalismo se ha preguntado, durante buena parte de su historia, sobre el lugar que conferirle a la cuestión religiosa, que en otras latitudes se había puesto entre paréntesis desde un comienzo. Ha reflexionado repetidamente acerca de cómo tratar con las demandas insistentes, amenazadoras tal vez, del mayoritarismo. Ha vivido, además, la angustia de la desigualdad, que lo ha llevado a enfrentar, repetidas veces, el problema constitucional de la

1 Al hablar de constitucionalismo estaré pensando en un sentido limitado del término, reducido fundamentalmente a las reglas que organizan el poder (típicamente, a partir de la creación de las ramas de poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y a la vez lo limitan, sobre todo, a partir de una lista de derechos.

propiedad. Más recientemente, ha visto estallar, frente a sí, el problema del “pluralismo” y el multiculturalismo. En suma, a lo largo de su historia, América Latina ha debido enfrentar, tanto en lo legal como en lo político, numerosos problemas originales y significativos.

Todas esas cuestiones han obligado a que el constitucionalismo regional se plantease preguntas cruciales, como las siguientes: ¿tiene sentido “importar” derecho extranjero? ¿Es posible no hacerlo? ¿De qué modo hacerlo, entonces? ¿Cómo hacerlo compatible con el derecho y las tradiciones locales? ¿Y cómo vincular, al derecho nuevo con el viejo? ¿Hasta qué punto corresponde proteger constitucionalmente a la propiedad, en sociedades tan injustamente organizadas? ¿Y qué es lo que necesita hacerse, para permitir el “florecimiento” de los nuevos derechos (típicamente, para hacer posible el desarrollo de los derechos sociales, en el marco de sociedades tan desiguales)? ¿Qué hacer frente a Ejecutivos históricamente tan poderosos? ¿Y de qué modo impedir, que el crecimiento de los Ejecutivos locales redunde en el socavamiento de todo el resto de la estructura constitucional? ¿Y qué hacer con Constituciones comprometidas, a la vez, con ideales en apariencia tan contradictorios? La lista de preguntas relevantes podría seguir indefinidamente.

3. *Propósito.* El propósito de este trabajo es tanto descriptivo como normativo. En términos descriptivos, la idea es examinar las principales líneas de pensamiento constitucional, desarrolladas en la región en todos estos años. Por su enfoque, el acercamiento que aquí se planea difiere del que se ha podido hacer desde otras áreas, preocupadas exclusivamente del derecho, y no de las circunstancias que lo rodean y le dan significado y sentido; o excesivamente despreocupadas del mismo, para concentrarse fundamentalmente en factores explicativos en torno a por qué se escogieron tales o cuales instituciones. Normativamente, la idea del trabajo es la de pensar críticamente el constitucionalismo regional, tomando como punto de mira una idea robusta de la igualdad –reflejada en un doble compromiso con el autogobierno colectivo y la autonomía individual– que ha jugado un papel tan central en la historia legal de la región. La idea principal es que, a través de las próximas páginas, los eventuales lectores encuentren un apoyo teórico desde donde evaluar lo acontecido, y comenzar a imaginar respuestas frente a los interrogantes planteados a lo largo del texto.

Tanto por el propósito normativo que lo mueve –repensar el constitucionalismo regional desde el punto de vista de la igualdad–; como por sus pretensiones descriptivas –cubrir dos siglos de historia constitucional– el proyecto de este trabajo aparece como extraordinariamente ambicioso. Por

ello quisiera anticipar las excusas por no haber podido dar cuenta de la infinidad de datos y detalles que hubiera tenido sentido incorporar en esta exploración, para precisar el mapa trazado o mejorar los juicios vertidos.

4. *Estructura.* La presentación será organizada en torno a cinco períodos históricos fundamentales.

- El primero se refiere al “primer constitucionalismo latinoamericano” que ubicaremos entre los años 1810 y 1850, esto es decir, desde la fecha clave de las declaraciones de independencia hasta mediados de siglo.
- El segundo período partirá desde mediados de siglo y abarcará hasta comienzos del siglo XX. Llamaremos a este momento el del “constitucionalismo de fusión” –porque es aquí cuando se produce el crucial pacto constitucional entre liberales y conservadores– o directamente hablaremos del “período fundacional” del constitucionalismo latinoamericano ya que en esos años (fundamentalmente, entre 1850 y 1890), se dictaron las principales Constituciones de la región, esto es, las que darían forma más o menos definitiva y permanente a la organización constitucional latinoamericana. Hablaremos aquí, también, de la época de consolidación del constitucionalismo poscolonial.
- El tercer período será el período de crisis de dicho modelo de constitucionalismo poscolonial, y lo ubicaremos entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. Será este el período de influencia del pensamiento positivista, y sobre todo el momento de resquebrajamiento del viejo orden constitucional poscolonial.
- El cuarto período será el del constitucionalismo social. Este lapso se inicia con la crisis de 1930 y tiene su punto culminante a mediados de siglo (Segunda Guerra Mundial; proceso de sustitución de importaciones; entrada definitiva de la clase obrera, en política). Aparecerán aquí numerosos proyectos dirigidos a convertir a las viejas Constituciones en Constituciones nuevas, fundamentalmente dirigidas a retomar la olvidada “cuestión social”.
- El quinto y último período que vamos a examinar es el que se extiende desde finales del siglo XX hasta el cambio de siglo. Hablaremos aquí del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y exploraremos las últimas e importantes reformas constitucionales, dedicadas generalmente a expandir de modo notable los compromisos sociales en materia de derechos; aunque normalmente tan modestas como las anteriores en lo relativo a la democratización de la organización política y la limitación del poder político.

Tales serán los cinco ejes temporales fundamentales de este estudio. El examen descriptivo de cada una de estas partes será intermediado, entonces, por una reflexión crítica en torno a las cuestiones que ellos suscitan. Por caso, el estudio del constitucionalismo propio del período independentista nos llevará a discutir sobre las relaciones entre el derecho creado por las naciones independientes frente al que provenía del largo pasado colonial; la fundación de un “nuevo” derecho local nos permitirá pensar sobre los presupuestos filosóficos, políticos y económicos entonces prevalecientes, y sobre todo, sobre la influencia que dichos presupuestos—propios de una élite excluyente— pueden seguir ejerciendo sobre nuestras sociedades, más abiertas y democráticas; la llegada triunfante, en el siglo XX, de los derechos sociales, nos permitirá abocarnos a preguntas sobre injertos y trasplantes constitucionales; el especial énfasis puesto por el último constitucionalismo regional sobre la parte dogmática de la Constitución, nos ayudará a repensar sobre los modos en que se articulan las distintas secciones de la Constitución, y las tensiones que se generan entre ellas.

5. *La desigualdad como preocupación principal.* Todo este estudio estará recorrido, sistemáticamente, por algunas intuiciones y preocupaciones fundamentales, y un hilo conductor común. La preocupación básica de esta obra tiene que ver con la desigualdad, que aparece marcando a todas las esferas de la organización del poder—social, política, económica— y que, históricamente, en la región, ha afectado más a algunos grupos que a otros (mujeres, indígenas, afrodescendientes, por ejemplo). La intuición principal, mientras tanto, señala que el sistema institucional tiene una responsabilidad significativa en la consolidación de ese sistema político, económico y social que sigue siendo, después de doscientos años de independencia, profundamente desigual. Buena parte del libro gira en torno de ese problema: los límites establecidos por el pasado, y las dificultades para —y la necesidad de— sobrepasarlos.

El hilo común que recorre todo el libro es la indagación en torno a una manera diferente de pensar y organizar la vida democrática. Se trata de una búsqueda en torno a una concepción que difiere de forma sustantiva de la que se consolidara, constitucionalmente, tiempo atrás, cuando se afirmara el modelo de las “libertades políticas limitadas”, y las “libertades civiles” (económicas) “abundantísimas”. Se trata de la búsqueda de un modelo ligado a los ideales de autonomía individual y autogobierno colectivo presentes desde el momento de la independencia. En buena medida, el libro es un intento de recorrer el pensamiento constitucional de la región,

tratando de reconocer, recuperar, redefinir, sofisticar e interrogar al pensamiento político americano de raíz igualitaria.

6. *Agradecimientos*. Por ayudarme con este libro, quiero agradecer de modo muy especial a Robert Barros, Marcelo Leiras, Adam Przeworski y Julio Saguir, por algunas excelentes sesiones de discusión, en Buenos Aires; a Miguel Godoy y José Arthur Castillo, de la Universidad de Curitiba; a Mauricio García Villegas; a Vicky Murillo, quien organizó una de las primeras reuniones de discusión que tuve sobre el tema, en el marco del Seminario que ella coordina en la Universidad de Columbia; a Silvina Ramírez, Maristella Svampa y Horacio Tarcus, con quienes discutí en el CEDINCI; a Par Engstrom y los colegas del Instituto de las Américas del University College de Londres, por los meses que pasé discutiendo con ellos; y de modo muy especial a Miguel Ángel Benedetti por su lectura tan amigable, ilustrada y puntillosa. También quiero dar las gracias a los integrantes del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, que coordinó en la Universidad de Buenos Aires; a mis colegas de la Universidad Di Tella (a Alejandro Chehtman en particular) y del Christian Michelsen Institute, de Bergen (CMI); a quienes asistieron a presentaciones de partes de este libro, en el David Rockefeller Center for Latin American Studies, de Harvard; en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Yale; en el Departamento de Derecho de la Universidad de Austin, en Texas; y en los Departamentos de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de San Pablo. Discutí partes de este texto, además, en el Seminario GIGA, en Hamburgo; en la Universidad de Frankfurt; en la Universidad de la República, en Uruguay; en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Sociología de la Universidad de Buenos Aires; y en la Universidad de Córdoba. También agradezco a Joanna Richardson, Alan Moir y Michelle Mangan por el trabajo que hicieron para la edición inglesa del texto, y a Alejandro Katz, Paula Viale y Renata Prati por el esmero puesto en esta edición en español. A Paula, por estos tiempos buenos.