

# Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después

*Roberto Gargarella\**

## **Resumen**

La reforma de 1994 implicó, definitivamente, una mejora en relación a la anterior Constitución de 1853. Sin embargo, representa un ejemplo de una oportunidad perdida y, tras 20 años de su sanción, resulta relevante señalar sus déficits y defectos. En los años 80 existía un claro consenso académico y político en torno a la importancia de resolver la inestabilidad democrática que afectaba a toda América Latina. Un mal diseño constitucional que acentuaba el hiperpresidencialismo era entendido como en gran medida responsable de la crisis política. La Constitución de 1994 mantuvo una organización de poder centrada en el Ejecutivo. La reforma se caracterizó por su tendencia acumulativa, en vez de sintética, lo que se ve reflejado en la amplia incorporación de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos. Las energías estuvieron puestas en la ampliación del listado de derechos existentes cuando, al mismo tiempo, se descuidó otra sección muy importante de la Constitución: la organización del poder. La incorporación de organismos e instituciones como el Consejo de la Magistratura o el Jefe de Gabinete cambiaron el sistema institucional pero no han servido para democratizar el poder. Por otro lado, las soluciones “acumulativas” derivaron en

\* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-4. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; robert@utdt.edu.

problemas en su efectivización, en la medida en que ciertos nuevos derechos e instituciones entran en tensión con otros ya existentes.

## **Abstract**

The constitutional reform of 1994 has definitely been an improvement in relation to the previous Constitution of 1853. However, it represents an example of a lost opportunity and, after 20 years of its passing, it is important to point out its deficits and flaws. In the 80's there was a clear academic and political consensus on the importance of solving the democratic instability that affected Latin America. A bad constitutional design that emphasizes the hyper-presidentialism was seen, to a large extent, as the responsible of the political crisis. The Constitution of 1994 maintained an organization of power centered in the Executive. The reform was characterized by its accumulative tendency, instead of being synthetic, which is reflected in a great incorporation of "new rights" in matters of human rights. The energies were put in the increase of the list of rights when, at the same time, another important part of the Constitution was neglected: the one of the organization of power. The incorporation of organisms and institutions such as the Council of Magistracy or the Chief of Staff had changed the institutional system but were not useful for a democratization of power. Moreover, the "accumulative" solutions implied problems in its effectiveness, as certain new rights entered in tension with old ones.

## **Introducción**

En este breve artículo, procuraré hacer un balance de las novedades incorporadas por la reforma constitucional de 1994. Sintéticamente, diré que la misma mejora de modo relevante la versión anterior –el texto madre de 1853– pero que, a pesar de ello, representa un buen ejemplo de una oportunidad perdida. Aunque anima a mi texto un compromiso con una concepción robusta de la democracia (que en principio lleva a que me acerque muy críticamente a la Constitución), no fundaré tal afirmación ni en la invocación de ideales muy exigentes, ni en el falso supuesto de que la Constitución pudo haberse transformado entonces –como lo hubiera deseado– en algo muy distinto de lo que hoy es. Lo haré bajo la modesta idea conforme a

la cual la Constitución –aun reconociendo los estrechos márgenes políticos que existían entonces para actuar de modo diferente– pudo, fácilmente, haber terminado siendo algo bastante más interesante de la que hoy tenemos. Y, de modo más simple aún, presentaré mis reservas señalando que las críticas que primero me interesa hacer se derivan, directamente, de los mismos compromisos asumidos por los convencionales constituyentes en algunas de las reformas que ellos sí impulsaron.

### **Una reforma de miras cortas**

Las constituciones pueden orientarse a satisfacer objetivos de corto, mediano o largo plazo, y según entiendo la del 94 se dirigió a saldar problemas inmediatos, más que de largo aliento, lo cual en principio no resulta especialmente atractivo. De modo similar, podría decirse que las buenas constituciones son las que tienen la capacidad de reconocer y reaccionar frente a graves problemas colectivos: ellas intentan, a partir de sus siempre limitadas capacidades, contribuir a la resolución de problemas públicos de primera importancia. La Constitución norteamericana de 1787, por caso, buscó ante todo combatir el problema de las facciones –conforme declarara James Madison en el famoso *Federalista* N°10–. Uno podía estar de acuerdo o no con el diagnóstico madisoniano (las facciones como principal problema público, en un país marcado por la esclavitud), pero sin dudas dicha cuestión representaba una dificultad pública grave, frente a la cual una Constitución podía ofrecer alguna respuesta (en este caso, el establecimiento de un sistema de “frenos y contrapesos”). De modo similar, podría decirse, las primeras constituciones latinoamericanas entendieron bien su misión. Al decir de Juan Bautista Alberdi, ellas se dirigieron, ante todo, y razonablemente, a favorecer la causa independentista (i.e., a través de la concentración de los poderes políticos y militares en el Ejecutivo). En sus palabras:

“¿Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje: y como medio de garantizar su completa extinción, se iba hasta arrebatárle cualquier

clase de ascendiente en estos países. 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” (Alberdi, 1981, 26).

Alguien podría disentir, en este caso, sobre los medios constitucionales escogidos por nuestros constituyentes originarios, para confrontar tal dificultad, pero es seguro que el problema del caso era uno de máxima relevancia y de tipo estructural, y que la Constitución podía contribuir en su remedio o morigeración. Casos como los señalados, en definitiva, ilustran una tradición de constituciones animadas a atender dificultades públicas profundas y de largo plazo. A la luz de tal tradición –concluiría– una Constitución como la de 1994 falló, al dirigir sus principales energías a dar cuenta de una cuestión en definitiva muy menor, esto es, satisfacer las apetencias reeleccionistas del presidente entonces en ejercicio –esta fue, sin dudas, la gran causa motivacional de la reforma de 1994–. En tal sentido, podría decirse, la Constitución nació con un grave defecto de origen.

### **Una oportunidad perdida**

Según entiendo, la reforma del 94 representa una gran oportunidad perdida. Esto es así, porque en los años 80 –esto es decir, luego de la oleada de dictaduras militares que atravesara la región latinoamericana– se extendió en el país, como en toda América Latina, un inusual consenso académico y político, en torno a un tema entonces decisivo: la sistemática inestabilidad democrática que afectaba a la región, y que culminaba en reiterados golpes militares. Notablemente, se forjó entonces un amplio acuerdo de enorme importancia: no sólo se había identificado en dicha ocasión un problema colectivo de primera relevancia, sino que además se había reconocido –a mi parecer, de modo apropiado– una posible respuesta constitucional destinada a facilitar la resolución (ya que nunca el completo remedio) del mismo. En efecto, en dicho tiempo se llegó a la conclusión de que un mal diseño institucional, que culminaba en un sistema híper-presidencial, era en buena medida responsable del tipo de crisis política que la región sufría de modo recurrente: los híper-presidentes acumulaban poder y expectativas sobre sus espaldas, lo que hacía que –frente a las primeras crisis de popularidad– el régimen entero entrase en crisis. Esto se debe, por un lado, a

la identificación que se producía entre el sistema político y una particular figura pública; y por otro lado, dada la ausencia de “válvulas de escape” que mostraban estos sistemas híper-presidenciales. Este interesante diagnóstico concluía entonces con propuestas de un (más o menos radical) cambio en el sistema político, destinadas en primer lugar a facilitar las salidas políticas a las recurrentes crisis; y, en segundo lugar –y lo que era más importante– a evitar el típico y repetido resultado de los golpes de Estado. A la luz de este extendido e inusual acuerdo que supo existir en la región, es que señalo de modo enfático que la reforma del 94 representó una oportunidad perdida: se desperdició entonces el saber teórico acumulado y las energías políticas coincidentes que alentaban una particular reforma constitucional, de naturaleza muy diferente de la que luego emergiera.<sup>1</sup>

Antes de terminar este apartado, de todos modos, quisiera reconocer el hecho de que, a veces, las malas razones, o las cuestiones de corto plazo, sirven como excusa o causa para “disparar” reformas más interesantes. Es debatible, en este sentido, que la Constitución de 1994 haya aprovechado la excusa que la motivaba –la reelección presidencial– para generar cambios más profundos y de interés. De todos modos –y sobre esto volveremos prontamente– lo dicho no niega que, finalmente, la Constitución reformada incorporara en su texto algunas novedades valiosas, y capaces de mejorar su contenido originario.

## **Una Constitución de transacción**

Las constituciones pueden ser, de distinto modo, constituciones de transacción, esto es, constituciones que resultan de acuerdos y negociaciones entre grupos con pretensiones diferentes, a veces opuestas. No es necesariamente malo que las constituciones emerjan de procesos de transacción políticos –para algunos, este resultado es simplemente inevitable–. Abriría, de todos modos, alguna duda sobre lo afirmado, para señalar que muchos podemos favorecer o preferir las constituciones que resultan del debate público, más que de la negociación entre grupos (Elster, 2000). Ahora bien, hecha esta aclaración, volvería a insistir con la idea de que las transacciones pueden

1. El Consejo para la Consolidación de la Democracia resumió y expresó de algún modo el tipo de acuerdos –en primer lugar teórico– entonces existente.

hacerse de formas muy diferentes –algunas más atractivas que otras– sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de que los distintos grupos involucrados quieran avanzar, cada uno de ellos, demandas que están o pueden estar en tensión entre sí.

Voy a ilustrar lo señalado con un ejemplo que se origina en el constitucionalismo norteamericano, y que va más allá de los defectos que pueden reconocerse en el mismo. A finales del siglo XVIII, en los Estados Unidos, existía un gravísimo conflicto, que enfrentaba a grupos con posiciones diametralmente opuestas entre sí, en materia religiosa –recordemos que Estados Unidos se constituyó definitivamente como Nación a partir de la llegada de numerosos grupos religiosos, que escapaban de las persecuciones que sufrían en Inglaterra–. A la hora de “negociar” sus diferencias en términos constitucionales, tales grupos acordaron una fórmula de transacción interesante: definieron que ninguna de las facciones impondría sus creencias sobre las de las demás, en caso de llegar al poder –podemos llamar a esta una solución *de síntesis*–. Se consagró entonces la neutralidad estatal en materia religiosa, lo cual representó una manera atractiva de dar cuenta de las pretensiones opuestas, provenientes de grupos enfrentados entre sí. En la Argentina, en cambio, las diferencias entre los grupos liberales y conservadores que participaron en la Convención Constituyente de 1853 se saldaron con un articulado que incorporó directamente, apenas matizadas, las posiciones de ambos grupos: los liberales afirmaron su postura en el art. 14, a través de la declaración de la tolerancia religiosa, mientras que los conservadores hicieron lo propio por medio del art. 2, en donde se concedió a la religión católica un status preferencial. Tenemos aquí un modo diverso –y, en mi opinión, mucho menos atractivo– de saldar las diferencias entre grupos con pretensiones enfrentadas –podemos llamar a esta una solución *de acumulación*.

El ejemplo anterior me ayuda a marcar el punto citado: hay formas distintas de “negociar” diferencias, y no todas ellas resultan igualmente atractivas. Es mi impresión que, lamentablemente, la reforma del 94 insistió con algunas soluciones “acumulativas”, antes que sintéticas. Piénsese, por caso, en un ejemplo sobre el cual voy a volver: la superposición de la defensa del derecho de propiedad, con la defensa de los derechos indígenas-comunitarios, en materia de propiedad. Según entiendo, se trata de una (mala) estrategia demasiado común en el constitucionalismo latinoamericano, que en los años 90 y siguientes se caracterizó por sumar en el mismo texto, por ejemplo, preocupaciones “neoliberales” junto con otras de carácter “social”

o aun “socialista”. Este tipo de respuestas, según creo, tiende a generar, como mínimo, innecesarias confusiones interpretativas, a la vez, en ciudadanos y profesionales del derecho.

Es en esta encrucijada donde se cruzan las observaciones presentadas en el punto anterior (referido a una “reforma de miras cortas”) y las propias de este nuevo punto (referido a las “Constituciones de transacción”). En efecto, en todos sus aspectos, la Constitución de 1994 se muestra como una Constitución de transacción que, por estar hecha con “miras cortas” y apresuradamente, arraiga reformas de compromiso pronto, en algunos casos a partir de improvisaciones que son completadas con derecho “rápidamente importado”. Doy tres ejemplos de lo que pienso, relacionados con las tres grandes ramas de gobierno existentes, y producto de lo que entonces fuera el llamado “Pacto de Olivos” entre las dos principales fuerzas políticas existentes (el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical). En relación con el Poder Ejecutivo, y tal como viéramos, se optó por dejar de lado los proyectos existentes, dirigidos a promover un (más sustantivo) cambio de sistema político (se había pensado en los 80 en la posibilidad de promover un sistema parlamentarista o semi-presidencialista), para preferir en su lugar una muy modesta modificación –hasta hoy, luego de 20 años de vigencia de la Constitución– más bien inocua: la introducción de un Jefe de Gabinete. En relación con el Poder Judicial, se dejaron de lado las posibilidades de “democratizar” su funcionamiento de un modo digno o sensato (señalo esto a la luz de las reformas “democratizadoras” que se promovieran sobre la justicia, durante el mandato de Cristina Kirchner), para optar en cambio por reformas relativamente menores (aunque en este caso, agregaría, no inocuas, y en algunos casos bienvenidas). En particular, la adopción de un Consejo de la Magistratura (una institución “importada” más o menos irreflexivamente desde el constitucionalismo latino-europeo) vino a “cambiar de nivel” pero no a resolver, las indeseadas disputas políticas que se generaban en torno al control político del Poder Judicial. Finalmente, y ya pensando en el Poder Legislativo, la adopción de un “tercer Senador” por provincia vino a satisfacer la demanda de la Unión Cívica Radical (en condiciones de obtener una representación senatorial por la minoría, en varias provincias), sin afectar sustantivamente las del Partido Justicialista, entonces en el gobierno (y que seguiría controlando mayoritariamente al Senado, con la Constitución reformada). De este modo, otra vez, se optó por “acumular” demandas de las fuerzas políticas entonces en disputa, en lugar de pensar en alternativas de “síntesis”, superadoras de las existentes.

## Derechos humanos (sin poder)

Uno de los aspectos más notables e interesantes de la Constitución reformada tiene que ver con lo realizado en materia de derechos humanos. Este tipo de reformas resultan atractivas, a partir del análisis anteriormente avanzado, en la medida en que parecen responder –ahora sí– a una preocupación sin dudas relevante, propia del tiempo en que la Constitución se modificó: la gravísima oleada de violaciones de derechos humanos que distinguiera a la región latinoamericana, durante los años 90. En efecto, y de distintos modos, diferentes países de América Latina modificaron sus constituciones para responder, de maneras también diversas, a un similar tipo de afrenta: el trágico legado de las dictaduras, en términos de derechos humanos. En algunos casos, como los de Chile o Brasil, las nuevas constituciones se dedicaron, ante todo, a tratar de disolver o confrontar algunos de los peores registros dejados a nivel constitucional por las dictaduras. Por ello, la Constitución de Chile de 1980 comenzó a enfrentar el duro legado de los *enclaves autoritarios*, dejados por el gobierno de Pinochet en la misma organización constitucional del país –una tarea en la que la nueva Constitución sería acompañada por sucesivas reformas legislativas–.<sup>2</sup> La Constitución de

2. Las trabas impuestas por el orden pinochetista incluían la institución de senadores vitalicios (que le permitió al general Pinochet pasar a formar parte del Senado, una vez abandonado su cargo); senadores “designados” (que permitió que miembros de las Fuerzas Armadas y los carabineros pasaran a integrar también el Senado democrático); un (cada vez menos influyente) Consejo de Seguridad Nacional; el rol tutelar de la democracia asignado a las Fuerzas Armadas; un sistema electoral fuertemente excluyente (destinado a dificultar al máximo la selección de representantes de agrupaciones políticas minoritarias); el papel meramente subsidiario que se le reservara al Estado; o la exigencia de mayorías calificadas para reformar aspectos cruciales de la vida institucional, referidos a los temas más diversos: desde la educación a la organización del Congreso o las Fuerzas Armadas. Se trataba de limitaciones claramente inspiradas en una declarada actitud de desconfianza democrática. El poder democrático fue desprendiéndose de tales limitaciones muy lentamente, a través de sucesivas reformas constitucionales –la más importante, la realizada durante el gobierno de Ricardo Lagos–. Entre tantas modificaciones, destacan las dirigidas a: modificar el procedimiento de reforma y limitar el peso de los estados de excepción (1989); cambiar aspectos de la organización geográfica interna (1991); reducir el período presidencial de 8 a 6 años (1994); introducir cambios en los modos de selección de jueces (1997); cambiar el funcionamiento del poder judicial y los modos de la elección presidencial para la segunda vuelta (1999); modificar el mecanismo de reforma constitucional (2000); terminar con la

Brasil de 1988 dedicó, asimismo, una enorme energía a recuperar la civilidad democrática que había perdido, a nivel constitucional, en cuestiones tan diversas como la tortura o el voto.<sup>3</sup> En la Argentina, ante todo, la reforma constitucional promovió la incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos, a la vez que reconoció la superioridad jerárquica de los mismos, en relación con las leyes nacionales.

En principio, entiendo que la (masiva) incorporación constitucional de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos puede ser respaldada: no está mal que un país reconozca intereses fundamentales que se compromete a proteger de modo enfático. De todos modos, hay varias reservas que pueden adelantarse al respecto, sin ánimo de denegar el valor de lo hecho. Son dos, principalmente, los matices que agregaría en relación con lo realizado.

Ante todo, la reforma vuelve a mostrar, en este aspecto, su tendencia “acumulativa” antes que “sintética”: se acumulan, unos sobre otros, nuevos derechos, con cierta improvisación –con cierto apuro– y con los riesgos que ello puede implicar. En particular, entiendo que las largas listas de nuevos derechos incorporados por la reforma entran en tensión, en más de un caso, con los derechos ya existentes (i.e., derechos individuales vs. colectivos; derechos tradicionales liberales vs. derechos “multiculturales”). La Constitución –es mi opinión– se ha desentendido simplemente de tales dificultades, prefiriendo no incurrir en los costos involucrados en el repensar y modificar la lista de derechos tradicionales, hasta entonces vigente.

---

censura cinematográfica (2001); fijar el deber del Estado de asegurar la educación gratuita (2003); terminar con los senadores designados y vitalicios; reducir el mandato presidencial a sólo 4 años; permitir que el Presidente removiese a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al director de Carabineros; modificar el Consejo de Seguridad Nacional (2005); introducir modificaciones en el sistema electoral (2009).

3. Así, la nueva Constitución proscribió la tortura y las medidas tomadas contra el Estado democrático; restableció el voto directo y secreto; reordenó los criterios para el funcionamiento de los partidos políticos; fijó penas severas contra las restricciones a las libertades civiles; dispuso medidas antidiscriminatorias; incluyó mecanismos destinados a alentar la participación política (tales como plebiscitos y referéndums); restableció el compromiso federalista y expandió la autonomía municipal; incorporó medidas de protección de las tierras indígenas; y consagró una larga y muy detallada lista de derechos y garantías sociales (incluyendo los derechos de educación, salud, trabajo, descanso, seguridad, previsión social, maternidad, y creando, por caso, el significativo sistema único de salud); y sindicales.

En segundo lugar –y este es un punto crucial en mi análisis, sobre el que quiero volver más adelante– los reformistas entendieron –en mi opinión, de modo equivocado– que la mejor forma de fortalecer el compromiso constitucional con los derechos humanos consistía en ampliar de modo significativo la lista de derechos existentes. De esta forma, y como una mayoría de constitucionalistas y reformistas latinoamericanos, insistieron sobre un camino cuanto menos problemático: al concentrar de forma tan extraordinaria sus energías en las reformas en materia de derechos, tendieron a descuidar por completo la necesidad de modificar de manera consecuente la otra sección clave de la Constitución, esto es, la organización del poder. De esta forma, según diré, pusieron también en riesgo la misma apuesta por los derechos, que venía a representar su principal o casi única apuesta. Porque, en definitiva, ¿cuál es la mejor manera de –por caso– evitar la tortura? ¿Proscribir a la misma, a través de un artículo, o crear instituciones destinadas a impedir la concentración del poder? Adviértase que es obviamente posible dedicar esfuerzos a conseguir ambos objetivos: no es ello, sin embargo, lo que se hizo. Del mismo modo, ¿cuál es la mejor manera de asegurar renovados compromisos, en materia de derechos sociales?: ¿consagrar nuevos derechos sociales en el texto constitucional, o reforzar el poder de acción y decisión de los grupos más postergados de la sociedad? Tales objetivos no son incompatibles pero, nuevamente, se optó por el primer camino (la consagración de más derechos) dando directamente la espalda al segundo (la modificación de la organización del poder).

## **La autoridad de los tribunales internacionales**

El último de los puntos citados en la sección anterior da cuenta de una relación importante: lo reconozcamos de modo explícito o no, lo cierto es que toda modificación que introducimos sobre una de las secciones de la Constitución (i.e., la referida a los derechos), tiene repercusiones sobre la otra (i.e., en materia de organización del poder). Aquí lo mismo: a través de sus renovados compromisos en materia de derechos humanos –podría concluirse– la Constitución de 1994 transfirió poder a los tribunales internacionales a cargo de la custodia de tales derechos –pienso, en particular, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos–. Al hacerlo, el país recreó, en un nivel más alto, una opción importante pero también cargada de dificultades, que ya conocía en el ámbito local: la influencia o dominio de

organismos no mayoritarios/no democráticos en la política democrática doméstica. El problema en cuestión, conocido con el nombre de la “dificultad contramayoritaria” (Bickel, 1969) –tal vez el problema más clásico dentro del derecho constitucional moderno– no es meramente teórico ni tampoco es menor, y merece una atención particular, dado el peso especial que adquiere (proporcional a las renovadas dificultades que genera), a partir de la intervención de tribunales internacionales.

A nivel local, la intervención decisiva (la “última palabra”) de los tribunales que resuelven cuestiones constitucionales fundamentales (al pronunciarse, por caso, sobre la validez de una ley de divorcio, aborto, eutanasia, estupefacientes, o sobre los poderes especiales del Ejecutivo para decidir en materia económica) genera la obvia pregunta acerca de por qué tales cruciales temas no son en definitiva decididos por la política democrática. Ello, sobre todo, a la luz de una Constitución (la nuestra, como cualquier otra) que no puede, ni razonablemente quiere, saldar todas esas cuestiones en su propio texto, y que, sin embargo, es constantemente interpelada y citada en la búsqueda de una respuesta a temas públicos conflictivos. En efecto, lo que suele ocurrir es que el texto constitucional no cuenta con una respuesta obvia a preguntas fundamentales (como las citadas) y por lo tanto es el intérprete (judicial) el que termina por laudar conflictos interpretativos de primera importancia. En tal situación, el hecho de que los últimos o principales intérpretes judiciales no sean electos ni removibles por el voto popular, genera la pregunta razonable acerca del espacio efectivo de la política democrática para resolver cuestiones fundamentales.

A nivel internacional, dilemas como el citado se reproducen y agravan, con algunas peculiaridades. En primer lugar, nuestro poder de influencia, como ciudadanos, en la elección de los magistrados de la Corte Interamericana es todavía mucho menor que el poder con el que contamos a nivel local. En segundo lugar, nuestro poder de influencia, como ciudadanos, en la disputa interpretativa que todo conflicto relevante dispara, es mucho menor que la (escasa influencia) que podemos ejercer a nivel local, sobre nuestros tribunales. Y sin embargo, el impacto de las decisiones de un tribunal internacional resulta extraordinario, por más que el tribunal del caso carezca de poderes coercitivos efectivos.

Alguien podría decir: “fuimos nosotros, a través del voto democrático, los que delegamos tales poderes” (Abramovich, 2007). Esta común afirmación es tan cierta como frágil: “nuestro” poder de decisión efectivo, como

ciudadanos, en dicha delegación, es (fue) muy relativo; y el mismo se diluye en la medida en que el tiempo pasa. Alguien podría replicar: “pero cuando queramos podemos denunciar al tratado en cuestión y terminar con el pleito” (Filippini, 2012). Pero, otra vez, se trata de una respuesta en problemas, tanto por la enorme energía que requiere una maniobra semejante, destinada a romper el status quo existente en materia de política internacional, como por su “tremendismo”: uno echa en falta, entonces, la existencia de canales democráticos diferentes, más flexibles y accesibles, capaces de ayudarnos a dialogar e influir sobre quienes toman las decisiones que más pueden afectarnos. Tales canales resultarían mucho más interesantes que la alternativa que hoy parece dejarnos la Constitución, que es la del “todo” (pérdida sustantiva de soberanía decisoria) o “nada” (pérdida de nuevas instancias de control sobre el poder democrático).

Lo dicho, finalmente, no niega el enorme valor que han tenido los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos, durante períodos dictatoriales como los que asolaron la región. Sin embargo, ello es tan cierto como lo es la pérdida de centralidad de tales instituciones internacionales, en la medida en que se consolidan las democracias locales: nuestros sistemas políticos ya no pueden ser vistos, como entonces, como maquinarias destinadas a arrasar con los derechos humanos de ciertos individuos y grupos. Por supuesto, a la luz de las tremendas fragilidades que siguen afectando a nuestras democracias, el mantenimiento de controles internacionales destinados a supervisar la vigencia de los derechos humanos fundamentales es muy importante. Pero, otra vez, la fragilidad de nuestras democracias no requiere cualquier tipo de remedios ni cualquier tipo de controles: el reconocimiento de las graves falencias presentes clama por mayor –y no menor– poder de control y decisión democrática.<sup>4</sup>

4. Se podrá decir, entonces: “es que necesitamos garantizar siempre los derechos de las minorías”. Nuestra respuesta es: “es cierto, pero nada demuestra que la mejor o más apropiada forma de garantizar tales derechos minoritarios es a través del recurso a organismos o instituciones no democráticos, o por completo independientes de la voluntad democrática, como lo son tribunales compuestos por individuos carentes de responsabilidad democrática, y respecto de los cuales nos encontramos desvinculados radicalmente, en términos institucionales”.

## **Cuando “lo viejo” se enfrenta con “lo nuevo”: tensiones “intra-seccionales”**

En línea con los descuidos y apresuramientos que tendieron a caracterizar la reforma del 94, nos encontramos con una serie de problemas que emergen a partir del poco feliz “ensamble” entre “lo nuevo” y “lo viejo”, dispuesto por la Constitución reformada. En efecto, muchas de las cláusulas y modificaciones que se incorporaron a la misma –muchas veces, razonablemente– no fueron debidamente pensadas en relación con los materiales constitucionales ya existentes: ya sean las cláusulas “viejas”, ya sean las prácticas constitucionales más establecidas. De este modo, reformas que, en principio, podían justificarse, comenzaron a enfrentar problemas en su efectivización debido, al menos en parte, a la falta de cuidado en los modos en que tales modificaciones fueron incorporadas en el texto ya existente. El “viejo” texto –las viejas prácticas, el viejo esquema constitucional existente– comenzó de ese modo a dificultar la posibilidad de que el “nuevo” texto, o las nuevas cláusulas, cobraran vida. El problema, según entiendo, es uno que ha afectado a todo el constitucionalismo regional, y al cual el constitucionalismo argentino no ha sido ajeno.

Una buena ilustración del problema en el que pienso puede encontrarse, por caso, en el ejemplo del llamado “choque de trenes” en Colombia, que enfrentó a la vieja Corte Suprema Colombiana con la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ambas instituciones mantuvieron durante años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, y que implica persistentes disputas de poder, y una nociva competencia entre las dos Cortes (Cepeda, 2007; Uprimny *et al.*, 2006). En el caso argentino, tenemos varios ejemplos notables que pueden ilustrar lo expresado, pero uno de los más interesantes es el referido a la mencionada introducción de un Consejo de la Magistratura. La dificultad del caso se advierte fácilmente cuando examinamos las relaciones que han tendido a darse entre la Corte Suprema (presente desde la primera Constitución, de 1853), y el Consejo de la Magistratura introducido por la reforma constitucional de 1994. Otra vez, en este caso, vemos relaciones de fuerte tensión entre los dos organismos (tensiones que podían anticiparse al momento de la creación del Consejo), relacionadas con la dificultad de definir con exactitud el área de la competencia exclusiva de cada una de las instituciones, pero también (y a partir de allí) con un cierto hostigamiento de la

Corte sobre el Consejo, en donde la primera aparece celosa de perder facultades que considera propias (Gargarella, 1996). Más allá de los problemas de diseño propios de cada uno de tales casos (posiblemente, los conflictos desatados habrían sido menores, en ambas situaciones, de haber existido una más perfecta delimitación de competencias), lo cierto es que este tipo de conflictos resultaban esperables desde el momento mismo en que las nuevas instituciones comenzaron a imaginarse –ello, aunque en los hechos, notablemente, tales conflictos no aparezcan como previstos. Esta última situación nos habla, otra vez, de la poca atención recibida por lo que podemos llamar la *influencia interna* de las reformas.

Otro caso de *influencia interna* que podría explorarse tendría que ver con las tensiones que han tendido a desatarse al interior de otra sección fundamental de nuestra Constitución, esto es decir, la sección relacionada con los derechos. Para volver sobre un caso que ya mencionáramos, podríamos hacer referencia a algunas reivindicaciones que la Constitución hace, en materia de derechos indígenas o multiculturales. Tales reivindicaciones, de modo habitual, entran en tensión con la teoría o el articulado mismo que se refiere a los demás derechos individuales. ¿Cómo acomodar, por caso, el respeto pretendido a los derechos colectivos de un determinado grupo aborigen, y el respeto a los derechos individuales de los miembros de tales grupos (una cuestión que Will Kymlicka trata a través de las categorías “restricciones internas”, “protecciones externas”, Kymlicka, 1995)? Del mismo modo, uno podría pensar en tensiones entre los compromisos sociales crecientes asumidos por la Constitución y sus cláusulas más antiguas (o no) instalando fuertes protecciones a los derechos de propiedad.

### **La “sala de máquinas” de la Constitución**

Varios de los problemas que hemos estado revisando hasta aquí nos refieren una misma cuestión, esta es, la falta de atención que los constituyentes han puesto en la reforma de la organización del poder, que se contrapone con los significativos cambios que se introdujeron en la sección de los derechos. Soy consciente, por supuesto, de las limitaciones impuestas por el “Pacto de Olivos” sobre la labor de los constituyentes: el “Pacto”, que precedió a la reforma, limitó los alcances de la misma, de forma cuanto menos muy polémica. Sin embargo, este hecho simplemente explica los límites de lo realizado, pero no sirve para justificarlos. Soy consciente, asimismo,

del hecho de que se incorporaron en el nuevo texto algunos cambios relevantes en materia de la organización del poder, como la elección directa del Presidente (con ballottage incluido); la reelección presidencial; la elección directa del Jefe de la Ciudad de Buenos Aires; el Senador (tercero) por la minoría; el Jefe de Gabinete; el Consejo de la Magistratura; la regulación de los decretos-leyes; etc.

Cambios como los citados no pueden considerarse meramente cosméticos: se trata de reformas en algunos casos atractivas, que han tenido impacto en nuestra organización institucional. Sin embargo, la pregunta es sobre la dirección y significado efectivos de estos cambios, en particular si es que queremos evaluar la reforma a partir de una preocupación frente al débil poder democrático que queda en manos de la ciudadanía. En tales términos, es difícil decir que la reforma vino a reforzar el poder de decisión y control ciudadanos, sobre el modo en que se gestionan los asuntos públicos. Tanto la reelección presidencial como la consagración constitucional de los decretos-leyes vinieron a reforzar, más que a limitar, los poderes establecidos. La creación de nuevos organismos e instituciones, como el Consejo de la Magistratura o el Jefe de Gabinete, han cambiado, en efecto, nuestro sistema institucional, pero resulta claro que –a 20 años de la reforma– no puede decirse que tales cambios hayan servido para democratizar al poder, o para someterlo a controles más férreos. Una vez más: a la luz de algunos de los graves problemas que –por afirmaciones u omisiones del texto de 1853– afectaban a la vieja Constitución, es posible decir que el texto reformado es preferible al previo (i.e., al ayudar a morigerar algunos de los peores vicios que afectaban a la elección de jueces).

Lo que es tal vez más importante, el balance no resulta satisfactorio, aun –o particularmente– si es que tomamos en cuenta (ya no un ideal democrático exigente, sino, simplemente) los cambios que los propios convencionales llevaron a cabo en materia de renovación de derechos. Y es que, si tomamos en serio la cantidad de “nuevos” derechos humanos que aparecen inscriptos en la Constitución reformada; y a la vez tomamos en cuenta otras novedades, como las relacionadas con la incorporación de los derechos ambientales, del consumidor, de información, de indígenas, de género, en materia de golpes de Estado, la acción colectiva, el amparo, los nuevos derechos a la participación popular directa, entre varios otros, vemos que tales esfuerzos no se condicen con correlativos y necesarios cambios en materia de organización del poder. En efecto, dichos cambios en materia de organización

del poder eran imprescindibles, según entiendo, para reconocer que lo que se hacía en el área de los derechos era expresión de un compromiso serio, que abarcaba a toda la Constitución.

Alguien podría decir: “es que dimos el primer paso, luego –cuando cambien las circunstancias políticas– daremos el próximo”. Sin embargo, lo cierto es que dicho “paso” (la incorporación masiva de nuevos derechos), aunque resulta aceptable, se ve, a la vez, en la práctica, negado o bloqueado por los cambios no hechos en materia de organización del poder. Para ilustrar lo dicho con un ejemplo conocido, relacionado con los derechos sociales: ¿qué explica, en toda América Latina, que las largas listas de derechos sociales inauguradas desde la Constitución mexicana de 1917, y extendidas luego a toda la región, hayan quedado, en la práctica, “adormecidas”, para recién comenzar a “despertar”, muy lentamente, hacia el final del siglo XX? Muchas razones, sin dudas, pero también –entre ellas, y ocupando un lugar destacado– se encuentra la presencia de una organización del poder tributaria de los siglos XVIII/XIX, y, por tanto, de una forma de pensar la democracia mucho más elitista, vertical y autoritaria que la que hoy compartimos. En tal sentido, y por ejemplo, resulta un problema particular que el *enforcement* o la puesta en práctica efectiva de tales derechos quede, finalmente, en manos del Poder Judicial, cuando el mismo se encuentra compuesto, habitualmente, por personal proveniente de las clases medias y altas, varones, católicos, más bien conservadores (según los pocos estudios empíricos con que contamos), que a la vez no son electos ni removibles por el poder popular, que además no cuenta con buenas herramientas para dialogar con los jueces, cuando ellos van a decidir sobre casos difíciles. Decir esto no significa suscribir una concepción constitucional “conspirativa”, enemiga del Poder Judicial, sino simplemente ser consciente del tipo de dinámicas de poder que nuestra Constitución –como cualquier otra– pone en marcha.

El hecho es que, en este caso, como en otros, nuestra Constitución ha renovado y actualizado su sección de derechos, para terminar por suscribir un modelo “siglo XXI” en la materia; a la vez que ha mantenido en lo sustantivo intocada la organización del poder, que sigue estando apegada a un modelo “siglo XVIII”. Lamentablemente, y como era de esperar, ambos compromisos no van bien juntos y, lo que es peor –y como era previsible– una más bien retrógrada organización del poder no aparece al servicio de –sino que más bien tiende a obstruir– los deseados avances expresados en las nuevas configuraciones de derechos. Nuestros constituyentes –como la

mayoría de los constituyentes latinoamericanos, en este último siglo y medio— han optado por concentrar sus esfuerzos en la introducción de cambios en la esfera de los derechos, dejando intocada la vieja “sala de máquinas” de la organización del poder.

De tal modo, y por ejemplo, la promesa de mayor participación popular (arts. 39 y 40), y así de mayor democratización de la sociedad, aparece negada en los hechos con el mantenimiento de una organización del poder concentrada en el Ejecutivo. Simplemente: la democratización prometida resulta el antónimo de la concentración del poder afirmada. Los nuevos derechos sociales, económicos y culturales incorporados, del mismo modo, aparecen obstaculizados por estándares de legitimidad para accionar, y requisitos de acceso a la justicia que siguen estando marcados por el formalismo, los costos y las trabas burocráticas, pudiendo haberse hecho lo contrario —como en los ordenamientos constitucionales de Colombia o Costa Rica, para citar a dos casos próximos—. El cuidado de los derechos ambientales, a la vez, se dificulta con poderes políticos con la capacidad para bloquear, vetar o vaciar de contenido a las exigencias propias del Convenio 169 de la OIT, referido a los derechos de las comunidades aborígenes.

En definitiva, la Constitución de 1994 es rica y atractiva, en muchos aspectos; supera por varias razones a la redacción anterior, de 1853 (ayudando, por caso, a dejar de lado al perfil más liberal-individualista-antiestatista de aquella), y merece nuestra bienvenida, por muchas razones. Ninguna de tales razones, sin embargo, debe impedir que señalemos sus déficits y defectos, que no sólo nos señalan —la obiedad de— que la reforma era perfectible, sino que nos dejan ver que parte de las dificultades que la última reforma enfrenta se deben a motivos que anidan, lamentablemente, en su propio seno.

## **Bibliografía**

- Alberdi, J. B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires.
- Abramovich, V. (2007), “Editorial”, *Nueva Doctrina Penal*, 2007-B, I-XVIII.
- Bickel, A. (1969), *The Least Dangerous Branch*, Connecticut: Yale University Press.
- Cepeda, M. (2004), “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, 3 *Washington University Global Studies Law Review* 59.

- Elster, J. (2000), "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies", *U. Pa. J. Const Law* 345.
- Filippini, L. (2012), "Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Gargarella, R. (1996), *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Ariel.
- Hamilton, A.; Madison, J. & Jay, J. (1982), *The Federalist Papers*, London: Bantam Books.
- Kymlicka, W. (1995), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez-Garavito, C. (coord.) (2011), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. & García, M. (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá: Norma.