

Ciepp

CENTRO INTERDISCIPLINARIO PARA EL ESTUDIO DE POLITICAS PUBLICAS



Reformar, ¿para qué?¹

Roberto Gargarella²

En la historia latinoamericana se han producido movimientos de creación y reforma constitucional importantes. En general, éstos se han destacado como relevantes cuando han sabido identificar algún gran mal, alguna angustia básica social a la cual enfrentar. Se trata de una condición necesaria pero no suficiente para tener una buena reforma, ya que identificar las razones que hacen necesaria una reforma no implica que luego la reforma efectuada resulte atractiva. Por ejemplo, la primera oleada de reformas constitucionales en América Latina, estuvo marcada por el drama de la consolidación de la independencia, y eso trajo en muchos casos –en particular en las constituciones impulsadas por Simón Bolívar– constituciones que concentraron la autoridad, bajo la idea bolivariana de que la única forma de afirmar la independencia era a través del fortalecimiento

de los poderes militares centralizados en las manos de un líder. Se trató, en mi opinión, de una mala respuesta a una pregunta importante, y frente a un drama constitucional bien identificado. Una oleada posterior de creación y reforma constitucional, involucró por ejemplo a Juan Bautista Alberdi, quien también, con lucidez, identificó una serie de problemas importantes, que se pueden resumir con la idea del “desierto” y el atraso económico. Se trataba de un drama importante que justificaba poner en marcha el mecanismo de la reforma, aun cuando había ideas alternativas más fructíferas, más vinculadas con la tradición radical republicana (una tradición derrocada, que estuvo presente en América Latina, pero que careció casi por completo de fuerza dentro de las Convenciones Constituyentes). Más tarde, las constituciones del nuevo siglo en América Latina también identificaron un problema importante que tenía que ver con la crisis gravísima que involucraba a todos los países de la región, una crisis que había comenzado en 1890, y que era la crisis del proyecto del “orden y el progreso.” Ello exigió repensar el aspecto social de la Constitución, que había sido puesto bajo la alfombra por el pacto liberal-conservador, es decir el proyecto dominante en la región durante la segunda mitad del siglo XIX. En consonancia con lo dicho, las reformas constitucionales que se dieron en América Latina a comienzos

¹ Este texto ha sido adaptado de una exposición realizada en el II Seminario sobre temas polémicos del Derecho Constitucional, “Germán J. Bidart Campos”, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 28-8-12.

² Profesor de Derecho Constitucional (UBA-Di Tella)

del siglo XX, buscaron incorporar aquello que había sido dejado de lado por el pacto liberal-conservador. Había nuevamente una buena identificación de un problema crucial, aun cuando la reforma que se llevara a cabo entonces no resulta tan interesante como podría haberlo sido.

Finalmente, nos encontramos con las reformas de fin de siglo en América Latina, que aparecieron como necesarias a la luz de una significativa serie de hechos. En particular, destacaba entonces un compromiso especial con otra materia que había sido dejada de lado en momentos anteriores: la cuestión de los derechos humanos. En efecto, las graves violaciones a los derechos humanos de los años 70 tornaron razonable encarar un nuevo proceso de reforma, destinado a alinear al nuevo constitucionalismo con convicciones y compromisos hasta entonces más bien descuidados.

Una Constitución generosa

En la actualidad también nos encontramos con razones que tornan relevante una reforma constitucional. En particular, la desigualdad que marca a Argentina y a toda la región amerita una reflexión nueva sobre cómo salir de ese contexto que viene marcando la vida social de la región desde hace largas décadas. Lamentablemente, sin embargo, ninguna de las razones que se han presentado en los discursos Dominantes muestran una preocupación especial por la igualdad, ni justifican en definitiva la necesidad de una reforma. Todas las razones que se han identificado hasta el momento resultan superficiales o bobas. Todo lo que se ha dicho hasta ahora con respecto a una reforma constitucional muestra tener poco sentido. Ello, sobre todo, teniendo

en cuenta la existencia de un marco constitucional que, como bien señaló el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, ya es muy generoso en cuanto a los derechos que incorpora. Derechos que, por una parte, reconoce con un lenguaje constitucional que (como el de todas las constituciones del mundo), resulta un lenguaje vago, amplio y lo suficientemente abstracto como para incorporar concepciones de bien diferentes, y como para dar cabida a los matices y modificaciones que pudieron surgir desde 1994 hasta hoy o que podrán surgir en adelante. (Ello así, además, teniendo en cuenta que la Constitución, en su art. 33, reconoce la existencia de derechos implícitos; y en su art. 75 inc. 22 permite la incorporación –sin necesidad de una reforma constitucional– de nuevos derechos avalados por los acuerdos internacionales que se den en la materia).

O sea, no sólo nos encontramos con que lo que la Constitución incorpora en materia de derechos es ya muy significativo, sino que además el propio lenguaje de la Constitución argentina es lo suficientemente hospitalario como para incorporar los matices que se quieran incorporar. Nada de lo que se ha dicho merece un cambio significativo en la Constitución.

Más todavía, destacaría que la Constitución ya se ha mostrado, en la práctica de estos años, lo suficientemente maleable como para incorporar todas las reformas económicas que se han querido hacer, y ha permitido la sanción de las leyes de reforma que se han querido aprobar (por caso, las de matrimonio igualitario o identidad de género).

En todo caso, si en la actualidad existe un problema constitucional relevante, el

mismo tiene que ver con todo aquello que el propio poder ejecutivo y el gobierno en general han bloqueado hasta el momento. El oficialismo, en efecto, ha impedido, obstaculizado u omitido hacer aquello que debería haber hecho o ha hecho lo que no debía hacer en relación con institutos constitucionales fundamentales. Y esto se puede comprobar en una diversidad de casos. Por ejemplo, y en relación con la participación política, las leyes vigentes lo único que han hecho es bloquear la posibilidad de que los institutos de participación política reconocidos por la reforma del '94 puedan ponerse en movimiento. Lo que nos encontramos aquí, entonces, es que los problemas que hoy advertimos en materia de participación política no se derivan de la Constitución, sino de una cierta práctica constitucional, y en particular de la idiosincrasia y la actitud que tiene el gobierno al respecto. Lo mismo sucede respecto del medio ambiente y de los derechos indígenas. Si uno piensa en el vínculo entre el gobierno y las empresas megaminerías o, por ejemplo, en la ofensa consistente, permanente, del gobierno nacional y de los gobiernos provinciales hacia los derechos de los pueblos originarios, se observa que las cláusulas constitucionales son enormemente generosas mientras que la práctica constitucional en la materia resulta ofensiva hacia los derechos de los pueblos originarios.

Del mismo modo, son muchos los casos en donde no hay obstáculos constitucionales a la concreción de ciertas necesarias políticas, sino decisiones políticas que impiden que poner en práctica compromisos ya afirmados constitucionalmente. Por ejemplo en términos de acceso a la información, el gobierno ha bloqueado la posibilidad de

contar con una ley de acceso a la información. No sólo ha omitido hacer lo que debía, sino que ha hecho lo que no debía. El ejemplo más obvio en la materia es el que advertimos en su política en relación con el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

Problemas en la parte orgánica de la Constitución

Como dijera al comienzo, la preocupación por la desigualdad puede ameritar un cambio constitucional. Dicho cambio, de todos modos, y contra lo que los diversos oficialismos de la región han afirmado en las últimas décadas, debieran llevarnos a trabajar sobre el área que menos ha sido trabajada por los grupos reformistas: la parte orgánica de la constitución. Sobre esta área que no sólo no se ha estudiado lo suficiente, sino que lo que se ha hecho, o lo que se amenaza con hacer, es exactamente lo contrario a lo que debería hacerse si uno quisiera tomarse esa reforma en serio, en un sentido igualitario.

En efecto, en el siglo XIX, nuestros "padres fundadores" supieron reconocer que la preocupación particular por ciertos derechos requería dedicarse a trabajar sobre la parte orgánica de la Constitución. Esto se advierte bien, por caso, en el esquema alberdiano, por más que muchos no simpatizamos con el mismo. Allí por ejemplo, se entendió bien que, dado que existía una preocupación extraordinaria por ciertos derechos –en particular, el derecho de propiedad– luego debía trabajarse intensamente sobre la parte orgánica de la Constitución, como modo de asegurar protección especial para esos derechos. Más específicamente, porque había un interés especial en el derecho de pro-

piedad, se reconoció lúcidamente que lo que había que hacer no era quedarse trabajando fundamentalmente con esos derechos, sino ir a la *sala de máquinas de la Constitución*, y ponerse a trabajar sobre ella. “*Libertades económicas amplísimas, libertades políticas restringidas*.” ésa fue la respuesta alberdiana a la preocupación dominante en torno al derecho de propiedad. En otros términos, porque tenían una preocupación especial por el derecho a la propiedad, se decidió restringir las libertades políticas hasta asegurar que ese derecho estuviera lo suficientemente garantizado. Se trataba, agregaría yo, de un proyecto político inatractivo, pero a la vez muy lúcido, en el sentido del reconocimiento del vínculo existente entre derechos y parte orgánica.

Lo cierto es que por distintas razones, en todo el siglo XX, los latinoamericanos hemos olvidado este tipo de consejos, y a consecuencia de ello los grupos reformistas se han dedicado a trabajar casi exclusivamente en el área vinculada con los derechos. Entonces con cada nueva reforma de la Constitución, los reformistas se han volcado a trabajar en esa área, llenando la Constitución de nuevos derechos. Por supuesto, bienvenidos sean estos derechos. Lo preocupante, sin embargo, es que en todo este tiempo se haya mantenido cerrada la puerta de la sala de máquinas de la Constitución. Dicha sala de máquinas ha quedado bajo el control de los pocos grupos de iniciados con acceso al poder, lo que ha determinado que se hayan desarrollado sistemáticamente, a lo largo de todo el siglo XX, Constituciones que se han ido expandiendo en el área de los derechos, mientras se mantenían cerradas y restringidas en materia de redistribución del poder.

Para ponerlo en términos más meta-

fóricos, se ha democratizado el área de los derechos, y mantenido vertical la organización del poder –un área que ha sido mantenida tal como estaba presente en los más proyectos más elitistas de la historia de la región. O sea que la estructura de poder sigue respondiendo al ideal conservador elitista del siglo XIX, que decía algo así como que “hay unos pocos iluminados que pueden transformar la realidad, y los otros que escuchan y aplaudan mientras nosotros hacemos”. Se trata de una visión antidemocrática y elitista de la vida constitucional. Y, más allá de calificarla o descalificarla, lo relevante es que dicha visión es inconsistente con el ánimo, las creencias y las convicciones democráticas actuales.

Condiciones históricas

Entonces, ¿es necesario un cambio en la Constitución? Sí. Para democratizar la organización del poder, de modo tal de hacer consistente, como hubieran sugerido nuestros antecesores, la sección de los derechos que hemos democratizado, con la sección dedicada a la organización del poder. Por tanto, para buscar una organización más democrática e igualitaria, necesitamos menos discurso y más práctica, y hay un terreno importante sobre el cual avanzar.

Ahora bien, ¿son estas las mejores condiciones para llevar a cabo dicha reforma? Entiendo que no. Se trata de condiciones más bien opuestas a las deseables. En particular, si uno piensa en una reforma situada en el tiempo, no abstracta sino consciente de las circunstancias históricas, políticas, sociales en las que la reforma se sitúa. En dicho caso, lo que hay que ver es con quién es que uno va a tener que trabajar, con quién va a ser posible aliarse. Y lo que

uno encuentra es que sistemáticamente la fuerza política en el gobierno ha contradicho lo que invocaba en el minuto uno, que era la necesidad de una reforma política, la necesidad de la transversalidad. El oficialismo ha renunciado a la reforma política al minuto dos de su llegada al poder y peor aun, ha dado reiteradas muestras de su resistencia a cooperar y a tender la mano y a trabajar con la oposición a la hora de hacer reformas institucionales relevantes. Ello así, al punto tal que las principales reformas institucionales que se han hecho, se han llevado a cabo para el exclusivo provecho del partido en el poder (algo que, podría decirse, convierte a tales reformas en reformas constitucionalmente atacables o constitucionalmente inválidas). Por ejemplo, la reforma a la Ley de partidos políticos, y la reforma al Consejo de la Magistratura, nos dan muestra de dos tipos de reformas en donde se trabajó de la peor manera posible, y sólo para sacar ventajas de cortísimo plazo.

Nadie pide al poder que sea ingenuo, pero tampoco se le puede permitir que haga cualquier cosa. Entonces no puede permitirse que el poder haga una reforma a las reglas de juego para beneficiarse a sí mismo, mientras está jugando el juego y está en posición dominante. Eso es lo que resulta inaceptable. Entonces, hay muchas razones –por cómo estamos ubicados social, política e históricamente– para resistir este tipo de reforma. De algún modo lo decía el propio Carlos Nino cuando analizaba críticamente parte de los desarrollos que se hicieron en la Constitución del '94. Él decía, “no me vengan a decir a mí que es necesaria la reforma. Por supuesto que avalamos la reforma, pero no hagamos cualquier reforma de cualquier manera.” En otros términos (y

retomo un ejemplo que él mismo daba), alguien puede necesitar ser hospitalizado para una operación del corazón, pero ello no torna deseable sino indeseable que lo hospitalicen a uno para operarlo de los pulmones.

Una sociedad igualitaria necesita una nueva Constitución. Es posible otra Constitución, es deseable otra Constitución, es imaginable una Constitución igualitaria. Lo que dicha reforma requiere es una reforma sustantiva de la parte orgánica, en una dirección particular, contraria a la que hoy se anuncia, se sugiere o aparece presente en la práctica.

El diplo, Nº 160, Año XIV, octubre 2012.

© *Le Monde Diplomatique*