

TRADICIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA Y PODER CONSTITUYENTE

Juan Facundo BESSON*

*1^{er} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos de EN LETRA sobre Derecho
Constitucional en la Categoría "Estudiantes"*

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 28 de febrero de 2017

Resumen

Muchos juristas se han ocupado de reunir y sistematizar el discurso jurídico. Con el tiempo este material ha sido elaborado y transmitido como legado cultural. Una tradición ininterrumpida del pensamiento y el discurso tiene ventajas tanto para el pensador como para el actor, ya que proporcionan la sensación de transitar por un mundo familiar cuyo territorio ha sido explorado y donde no lo ha sido, también permite la comunicación entre contemporáneos, admite adaptar la nueva experiencia al ordenamiento de las cosas vigentes y ofrece un vínculo de continuidad entre el pasado y el presente.

El análisis de esta relación dialógica entre nuestro pasado y presente constitucional se exhibe desde una perspectiva que rompe con el molde de lectura pretendidamente imparcial y puramente jurídico-normativo. En este sentido, el lector va a encontrarse con un ensayo planteado desde la interdisciplinariedad y el pensamiento jurídico situado, que proporciona las herramientas que ayudarán a adentrarse en el conocimiento de los nuevos

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) (Argentina). Miembro del Centro de Estudios e Investigaciones Sociales, Políticas y Jurídicas "Renato Treves" de la Facultad de Derecho de la UNR. Ayudante-alumno de Derecho Político - Cátedra C de la Facultad de Derecho de la UNR. Coordinador-organizador de la Cátedra Libre "Carlos Cossio" de la Facultad de Derecho de la UNR. Correo electrónico de contacto: jfacundob@hotmail.com

procesos constitucionales latinoamericanos y los poderes constituidos que abandonan y todos los desafíos que se le presentan en un mundo en constante transformación.

Palabras claves

Neoconstitucionalismo latinoamericano – tradición constitucional latinoamericana – Poder Constituyente – actor constituyente

LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL TRADITION AND CONSTITUENT POWER

Abstract

Many jurists have dealt collect and systematize the legal discourse. Over time this material has been produced and transmitted as a cultural heritage. An unbroken tradition of thought and discourse has advantages for both the thinker and for the actor as they provide the sensation of going through a familiar world whose territory has been explored and where it has not been, also enables communication between contemporaries, can adapt experience the new order of things in place and provides a link of continuity between past and present.

The analysis of this dialogic relationship between our past and present constitutional is displayed from a perspective that breaks the mold of supposedly impartial and purely legal and regulatory reading. In this sense, the reader will encounter a raised from interdisciplinarity and set legal thinking, which provides tools that help adentrarse in the new Latin American constitutional processes and the constituted powers leaving and all challenges test are presented in a constantly changing world

Keywords

Latin American neoconstitutionalism – Latin American constitutional tradition – Constituent Power – Constituent Actor

I. Perspectiva situada y hermenéutica constitucional

La epistemológica latinoamericana ha llamado al "pensar situado" como la asunción crítica, hermenéutica y axiológica del punto de vista desde donde se habla y

piensa (AUAT, 2015: 11). En este sentido, la situacionalidad del pensar es una toma de posición que se asume ante un horizonte de desafíos: es elegir el punto desde donde se mira, el *topos* o *locus* de nuestro discurso, y especificarlo axiológicamente con las opciones valorativas que disciernen las alternativas en juego. La explicitación de ese punto de vista hermenéutico y valorativo forma parte de la rigurosidad del pensar, tanto por la honestidad intelectual como por las exigencias epistémicas de respetar modos y caminos de la disciplina que se ejercita, aún para dejarlos indisciplinariamente de lado (*id.*). Teniendo en cuenta este punto de partida, se vuelve imprescindible en el ámbito académico el contexto de enunciación —desde dónde se escribe, quién lo hace y qué objetivos persigue— el cual desempeña un rol destacado en el proceso de construcción del conocimiento y de las teorías que pretenden explicar los fenómenos sociales, históricos, políticos, jurídicos, económicos e internacionales en un espacio y en un tiempo determinados.

José Martí exponía la necesidad de poder desarrollar en los márgenes del pensamiento latinoamericano una reflexión propia y diferencial con respecto a las lógicas de producción de los países centrales. Para Martí las figuras de la política y las categorías de lo social se volverían mestizas al aplicarse al continente americano. Si el pensamiento quisiera sostenerse en su propia esencia debería transfigurarse, debería corresponderse con la realidad de fondo del continente. En caso contrario quedaría sumergido en una falsa erudición, escindida de la naturaleza propiamente autóctona: el libro importado, en su inoperancia, ajenidad y artificialidad, sería vencido por el hombre natural. De acuerdo con esta lectura, de nada serviría guiarse por leyes heredadas de otras civilizaciones, si estas no se ajustasen a la singularidad americana, si no se tornasen sabia vital y vivificante del desenvolvimiento de los pueblos. En este sentido, el gobernante americano debería erigirse en un creador, en un intérprete original de la realidad propia, de la verdad de fondo de la autoctonía (WILLIAMS, 2015: 118). En este mismo sentido, agrega METHOL FERRÉ que (1984):

la cultura latinoamericana, el pueblo latinoamericano -compuesto de todas nuestras patrias- requiere para su autoconciencia gestar también su conciencia geopolítica. Dejar de sentir sólo sus fragmentos, y también totalizarse. Unirse. Y la unidad como realización práctica, comienza en la cabeza, en la inteligencia [...] en tanto los dominadores geopolíticos tienen una visión global de nosotros, nosotros carecemos de ella. Porque ellos nos totalizan,

nos controlan eficazmente. Y entonces, para liberar a América Latina hay que conocerla, tener una perspectiva de ella no abstracta, sino aterrizada.

Ante lo precedentemente glosado, surge la pregunta ¿es posible pensar en una teoría jurídica latinoamericana? Y, en especial, ¿es posible en una teoría y hermenéutica constitucional latinoamericana? En este sentido, Carlos CARCOVA (2015) nos proporciona un argumento a fin de comenzar con la elaboración de una posible respuesta, señala el iusfilósofo que (p. 56):

las teorías tradicionales que no han hecho más que 'naturalizar' y con ello transformar en universal lo que resulta ser sólo un particularismo hegemónico, por lo general asociado a una visión eurocéntrica del mundo. Estos estudios destacan que los textos son fenómenos sociales y por ello contextuales e históricos, creados y leídos (es decir, interpretados) en un cierto tiempo y lugar. La construcción del sentido no es monopolizable, y la realidad social se constituye como múltiple y diversa. Cada expresión de esa realidad resulta, entonces, igualmente necesaria para entender la interacción humana.

A partir de la modernidad, la regla de juego básica de organización del orden social pasó a ser el derecho. En consecuencia, el conocimiento del derecho, cada vez más opaco, más problemático y complejo, atribuye a quienes de él disponen, los juristas, los hombres de leyes, un poder diferenciado respecto de los legos, de aquellos que actúan las reglas como imposición, como costumbre, como hábito. Bajo el *logos* moderno, el derecho va a llegar a la síntesis concebida por Hans Kelsen, quien lo encuadró como un sistema de normas jurídicas donde el fundamento de validez de ese sistema es una norma única a la que denomina "norma fundamental". Una vez definido así el derecho, la consecuencia inmediata es que solamente las normas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico. Carl SCHMITT (1996) señala en referencia a la teoría kelseniana (p. XXI):

[l]a norma es algo abstracto. No es espacio temporal. Es simplemente un esquema de interpretación. Quien cae en la tentación de comprender la relación jurídica como una relación que se halla en lo social, una -relación de la vida-, no hace más que

introducir un punto de vista ideológico en la esfera pura del derecho. El derecho solo viene de la norma. De modo que un hecho o un acto solo tiene sentido jurídico si pueden ser interpretados de acuerdo con ella.

Para Schmitt el concepto de derecho queda determinado primariamente por un orden concreto. El derecho no se determina en primer lugar por reglas ni por decisiones, sino por un concepto de orden previo. El derecho es un momento de la vida del hombre sobre la tierra en que todavía no hubiera un *suum*- un *nomos*.¹ Todo derecho no puede ser más que un —derecho situado— (1996: XXII-III).

En la lógica del *konkretes Ordnungsdenken*,² orden no significa en primer lugar ordenamiento, es decir, conjunto de reglas o la suma de las reglas de un conjunto, como señalaba Kelsen, sino la visibilidad de un *nomos*. Y *nomos* es el desarrollo de una comunidad de hombres en el espacio gracias al modo natural de ser del hombre, a las relaciones naturales que se originan entre ellos, al trabajo y a la tradición que pone de manifiesto el modo de ser de un pueblo en concreto. Es, por tanto, expresión antropológica. Es lugar concreto y tiempo concreto porque la vida del hombre es una vida en un espacio y en un tiempo concreto, es decir, con ciertas condiciones naturales y físicas pero, sobre todo, con una tradición y unas costumbres. Es trabajo y relación porque el hombre es un ser social. Orden significa, en resumen, un resultado de principios morales y racionales, configurados en las costumbres, con sentimientos, condicionamientos del entorno y a partir del hecho de que el hombre no puede vivir más que en relación con otros hombres. Todo esto es lo que Kelsen despreciaría como ideología (SCHMITT, 1996: XVIII).

Más allá del interesante debate entre los precitados juristas, es menester enfatizar que el Derecho Constitucional estudia una Norma, la Constitución, pero no una norma cualquiera, sino la fundamentadora del resto y, al tiempo, el vértice, material y formal, del ordenamiento en su conjunto. En el Derecho Constitucional es donde se tocan lo válido y lo político, lo legal y lo legítimo; por esa razón, sin olvidar el método jurídico y la

1 En las ciencias sociales contemporáneas —por ejemplo, en la sociología— se definió un concepto confluyente de “*nomos*” que se extiende más allá de las leyes explícitas, a las normas, reglas y convenciones sociales de todo tipo.

2 Traducción: “el pensamiento de orden concreto”.

observación de la Constitución como Norma suprema del ordenamiento, no podemos rechazar, sin más, otras perspectivas, más abiertas, que tienen en cuenta los nuevos procesos en los que se inserta el Estado y la ciudadanía a la que debe servir.

En este sentido, la Constitución no presenta un significado unívoco, sino múltiples acepciones y usos, dispares a lo largo del tiempo y del espacio. Sin embargo, durante el siglo XX hubo, al menos, un acuerdo básico: hablar de Constitución es hablar de Constitución de Estado. Para un análisis decimonónico, la clave estaba en descubrir la naturaleza de la norma jurídica, como elemento aislado, en su identificación con el derecho, con los albores del siglo XX se comienza a percibir que, más que desde la norma, habrá que definir el derecho como conjunto de normas integrado en un todo, pleno y coherente de sentido; un todo que no puede verse como algo estático, sino como un sistema dinámico, en permanente evolución y transformación.

Si el objeto de estudio del Derecho Constitucional es la Constitución y lo que se pretende es indagar y buscar un marco teórico propio y situado, considero pertinente traer un significado de Constitución desde esta perspectiva. En este sentido me voy a remitir a Arturo Sampay, el cual indica que Constitución es (UNAMUNO y BORTNIK, 1986: 54):

una estructura de leyes fundamentales que cimienta la organización política del Estado, fijando sus fines y enunciando los medios adecuados para conseguirlos, y que establece, además, la manera de distribuir el poder político y elegir los hombres que lo ejercen. Dicho con otras palabras, la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demanda la órbita de las diversas magistraturas gubernativas.

II. Poder y sujeto constituyente

En general, las constituciones se dictan para constituir naciones o para introducir cambios sustanciales en los objetivos, en la organización o en las formas de funcionamiento existentes; es decir, para institucionalizar las revoluciones o contra-revoluciones, que a su vez resultan de las relaciones de poder vigentes en cada país.

La superestructura jurídica (con la constitución escrita como directriz) representa la materialización normativa y el programa político, social, económico y cultural que

emerge del resultado de la correlación de fuerzas políticas dadas en un momento determinado, para la posteridad. Esto en el caso argentino legitimó y legitima al pueblo (como sujeto político y titular de derechos) o al sector minoritario, oligárquico-corporativo.

En orden a lo glosado, manifiesta BARRA RUATTA (2012) que toda Constitución es, en rigor, una explicitación discursiva de políticas de la verdad en pugna. Es por ello, que más allá del rigor y potestad jurídica con que se pretende trascendentalizar a las constituciones políticas de los Estados, todo plexo normativo constitucional expresa verdades formuladas en medio de variados campos de antagonismo y tensión. Agrega expresamente (p. 59):

[]La Constitución es el lugar donde la verdad política pretende manifestarse, donde la palabra dice la verdad de subjetividades políticas que pugnan por organizar la realidad desde sus peculiares supuestos cosmovisionales, ideológicos, culturales. Aunque la constitución pretende ser un nicho normativo que acoge a los diversos actores políticos de un espacio político nacional, y, por lo tanto, asume modalidades discursivas que revelan la intención de superar los antagonismos y disensos, su análisis hermenéutico revela la presencia de aquella verdad política que ha sido capaz de volverse hegemónica en el proceso constituyente.

Y atento a lo señalado ¿cómo definimos al poder constituyente? ¿Qué rol juega en el acto de creación constitucional? En primer término, observamos que hay un consenso en los Tratados de Derecho Constitucional de cabecera en señalar que el poder constituyente, es la facultad que tiene el pueblo de constituir la sociedad civil (o Estado) dándose para ello una organización política y jurídica. Desde una posición dogmática, LINARES QUINTANA (1987) señala que ese poder constituyente, singular y extraordinario, esa facultad soberana del pueblo en darse su ordenamiento jurídico político fundamental, es ejercido por una comunidad carente de Constitución para dictarse la primera de ellas. Estamos aquí frente al ejercicio del poder constituyente originario. En el mismo sentido, cuando la comunidad ya tiene una Constitución, la facultad que le permite su reforma, modificación o revisión, ya sea en forma total o parcial, cuando lo crea necesario, es el ejercicio de su poder constituyente derivado.

Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la Constitución y establece un nuevo orden político y jurídico. Aquél es el sujeto constituyente. Por esa razón, el soberano es como quien determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. Es preciso señalar, de acuerdo a lo ya argumentado, que el poder constituyente observa dos momentos, el fundacional y el reformador. Dichas etapas coinciden en que son capaces de constituir u organizar el sistema político estatal, difiriendo en tiempo y competencias, teniendo siempre en miras que le brindan un marco de principios y reglas para el poder constituido: el acto de gobernar.

El concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional del término. Primero, porque mientras en la formulación tradicional el énfasis se hace en el momento de coerción, que a menudo ocurre dentro de un orden establecido (represivo), en esta versión alternativa, el hincapié se hace en el momento de la creación original de un nuevo orden (productivo). En este caso, la modalidad de soberanía está expresada en sus poderes instituyentes para establecer nuevos sistemas de leyes fundamentales, instaurar nuevos órdenes políticos y dar vida a nuevas constituciones. El sujeto constituyente no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva. En segundo lugar, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder. Finalmente, en lugar de destacar el poder discrecional de un mandato superior que emana desde arriba, la noción de soberano constituyente redirige nuestra atención hacia las fuentes subyacentes de la realidad instituida localizada abajo (BEAUD, 1994: 208).

En este sentido, Carl Schmitt enseña que sólo conoce como constitución legítima a la que descansa en el poder constituyente del pueblo. El razonamiento del pensador alemán apunta al origen colectivo de las leyes constitucionales. En un régimen democrático, la legitimidad de las normas y las instituciones fundamentales depende de cuán incluyente sea la participación de los ciudadanos durante el momento extraordinario y excepcional de la creación constitucional. En este sentido, FERREYRA (2012) expresa (p. 161): "la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral" y agrega que es el pueblo el sujeto que tiene el derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo.

Atento a lo expresado, apunta Schmitt que la política de las fundaciones democráticas ilustra los orígenes populares de las estructuras básicas de la sociedad, mediante las cuales son concebidos los principios reguladores superiores y las instituciones centrales, como el producto resuelto de una práctica colectiva basada en la formación consiente de la voluntad política. El soberano constituyente evoca el momento extraordinario de la manifestación directa de autonomía colectiva y movilización popular, durante esos raros períodos de innovación política y creación constitucional original, donde hay una creciente intervención y participación de las masas en el proceso de establecer una nueva constitución.

Esta formulación de soberanía popular en términos del poder constituyente de una comunidad política expansiva es una re-aseveración mucho más sofisticada del viejo y fundamental principio democrático de autogobierno y autodeterminación, de acuerdo con el cual el pueblo es el autor de las leyes que lo gobiernan (autonomía).

Esta teoría de legitimidad democrática está de acuerdo con una definición de democracia como el régimen en el cual el pueblo es el sujeto del poder constituyente y se da a sí mismo su propia constitución. Son los principios immanentes del término constituir los que prescriben que la fundación de un nuevo orden constitucional debe involucrar a quienes deberán obedecerlo. De la misma manera, el contenido normativo del soberano constituyente es de participación. Este poder constituyente exige que los que son sujetos de un orden constitucional, lo co-instituyan. Le otorga validez al documento constitucional, con la condición de que participen todos sus posibles destinatarios.

Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden legal con la exclusión de aquellos a quienes estará destinado, el documento constitucional resultante será considerado como inválido y no autorizado, el resultado de un acto arbitrario de usurpación que viola la prescripción normativa del acto constituyente (SCHMITT, 2009: 178).

En orden a lo señalado, LASALLE (1978) expresa que las constituciones reflejan el estado de las relaciones de fuerzas políticas, económicas y sociales en un momento dado. En este sentido, afirmaba el germano que “los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no pueda ser, en sustancia, más que tal y como son” (p. 81). En este sentido, agrega el mencionado autor (*id.*):

donde la Constitución escrita no corresponde con la real, estalla ineludiblemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que, a la corta o a la larga, la Constitución escrita tiene fatalmente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país.

Antonio NEGRI (2007), desde el marxismo, señala en función a lo argumentado que el poder constituyente era, entonces, la posibilidad de existir para una clase o para un grupo de fuerzas sociales definidas desde el punto de vista de clase de manera coherente dentro de una sociedad, y de poner la base de un nuevo pacto social, esencialmente como afirmación de hegemonía, es decir, en todas las formas que van desde la hegemonía democrática y pacífica hasta la dictadura del proletariado (pp. 103-104). Agrega el pensador italiano que el poder constituyente se pone como algo que hace nacer, es una forma externa al sistema jurídico, es una suerte de catástrofe que interviene abriendo y marcando posibilidades de una nueva Constitución, es decir, a un nuevo poder constituido. Y saliendo de teorías y análisis ¿Qué es el poder constituyente en esta situación? Evidentemente, enfatiza Negri, que es algo que debe comenzar a expresar lo que somos, es algo que se tiene que producir en conjunto a través de las varias identidades que hemos expresado, que pueden ser: la del trabajo, la de hombres o mujeres en el trabajo, la de campesinos en el trabajo, la de mujeres en cuanto mujeres, la de los indígenas en cuanto indígenas. Lejos de estos paralelismos de lucha, una nueva Constitución no tiene otra cosa que hacer sino reconocer estas identidades como singularidades dentro de lo común (p. 110).

III. Tradición historiográfica constitucional argentina y latinoamericana

Apelando a una hermenéutica de las corrientes historiográficas constitucionales, nos encontramos con dos discursos inmersos en lo político, que subyacen y son inseparables a dichas vertientes. En este sentido, entendemos la construcción de la constitucionalidad, como una acción condicionada y determinada por lo político. En primer término, aparece el discurso heredado de la llamada historia oficial. El historiador Norberto Galasso nos enseña que la mencionada corriente trasunta la construcción de un relato cimentado en la óptica de las minorías económicamente poderosas ligadas a intereses foráneos, expuesto como sucesión de fechas y batallas cuya relación, más de una vez, aparece como arbitraria o sólo generada por enfrentamientos personales.

Esta perspectiva sienta sus bases en la impugnación a la herencia hispánica, el desprecio de lo multitudinario y el desconocimiento de lo autóctono en sus valores originarios. Sus defensores consideraban que el punto de partida de la nacionalidad era el 25 de mayo de 1810, negando nuestro pasado colonial. En este sentido, crearon el dogma patriótico consistente en obtener la independencia política y organizar una nación soberana, cimentada en la libertad, igualdad y fraternidad, a través de un sistema republicano y representativo (GALASSO, 2004: 4).

Desde la historiografía jurídica, Rodolfo ORTEGA PEÑA y Eduardo Luis DUHALDE (1974) señalan que la historia del derecho se viene practicando de una manera acorde con el proyecto neo-colonial (p. 105). Agregan que el paradigma pedagógico oficial optó y opta por encubrir la verdad ideológica con el manto de cientificidad. Decisión ésta que conduce a la configuración de una falsa neutralidad, un autonomismo y un aislacionismo de los procesos de construcción de juridicidad de los modelos históricos políticos. En este marco, toda enseñanza está basada en el dato, en el hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades y sin relación de conceptos.

Toda esta técnica de colonización jurídica encontró soporte exclusivo en el mitrismo, en tanto concepción de mundo colonial concreto, y no solamente como versión historiográfica de los vencedores. Cuando se brindaba al estudiante un tema histórico, se lo hacía desde la perspectiva de una concepción elitista, antipopular, unitaria, presuntamente documentada y con un gran desprecio a lo nacional, solamente igualado en la admiración a las instituciones y capital europeos.

En orden a lo precedentemente señalado, dichos autores agregan que: “Sólo a través del análisis de la temporalidad de las normas, a partir de su inserción concreta en la dialéctica social y en la relación con el imperialismo, es posible rescatar la esencia de la historiográfica del derecho argentino” (ORTEGA PEÑA y DUHALDE, 1974: 105).

Señalan que en este hurgamiento de la historia del derecho argentino nos encontramos con el llamado derecho de dependencia, es decir, el derecho generado por y para afirmar la dependencia enajenada del argentino, con su momento específico del derecho represivo, que puede ubicarse con claridad ejemplar en el siglo XIX en la etapa rivadaviana, mitro-sarmientina y en el régimen. La historia de la llamada organización nacional es precisamente la de la formulación concreta del derecho de dependencia. De modo antagónico, los sectores populares generaron un derecho de liberación enquistado

en la corriente del revisionismo histórico, que se presenta, al igual que el derecho de dependencia, como un continuum, en la medida en que de la montonera al peronismo la lucha popular es igualmente continúa

La Argentina hasta el día de hoy sigue padeciendo el vicio de la institucionalidad patriótica que sostiene la corriente Mayo-Caseros, según lo sostiene la posición revisionista. En esta línea, se sostiene que la norma fundamental de 1853 vino a transformar el poder en derecho y que su sanción fue crear una ficción jurídica y una causa que legitime el accionar de los vencedores de Caseros (GONZÁLEZ ARZAC, 2010).

En sintonía con lo expresado, Mitre, al regresar del ostracismo, enuncia un programa de organización nacional acorde con la visión realista y progresista de Mayo, ya que para él lo vertebral de la organización no era la constitución escrita, sino una constitución económica, es decir, un modo de ser político en cuanto a los recursos o medios de vida. Es así como en 1853 se sancionó la Constitución que articulaba las instituciones políticas-jurídicas destinadas a promover el desarrollo capitalista liberal del país; erigió un gobierno central fuerte con la finalidad de contener y disciplinar a las masas de la población, a las que, por distintos procedimientos, se les obstaculizaba la gravitación política; garantizó las libertades económicas, especialmente la de disponer de la propiedad privada; protege, con los mismos derechos que a los nativos, a los extranjeros y a sus capitales para que se radiquen en el país; nacionaliza la renta de la aduana y suprime los impedimentos de la circulación territorial interna de mercaderías y productos, y, para facilitar esta circulación, uniforma la legislación civil, comercial, penal y de minería; abre los ríos a la libre navegación, con lo que el Litoral quedó definitivamente integrado en la nación argentina.

Los sistemas institucionales en la mayoría de los países latinoamericanos se siguen distinguiendo por sus rasgos elitistas. Señala Gargarella en este sentido que (GARGARELLA, 2010: 32):

[...] la mayoría de nuestras Constituciones fundacionales —las que dieron soporte a nuestra base institucional actual— fueron el producto de un pacto de elites liberales y conservadoras que organizaron una estructura de poder contramayoritaria, sesgada en contra de la intervención masiva de la ciudadanía en la política. En segundo lugar, el papel de nuestras fuerzas progresistas en los

procesos de reforma constitucional no ha demostrado ser, hasta el momento, muy interesante —a veces por la poca formación de sus miembros, por su falta de conocimiento de alternativas institucionales atractivas, o bien por su falta de convicciones genuinamente igualitarias...

Señala el constitucionalista argentino que el resultado de los acuerdos que se dieron entre liberales y conservadores implicó la adopción de un esquema constitucional que supo combinar rasgos valorados por ambos grupos. El producto finalmente adoptado, en una mayoría de países, representó entonces un híbrido: un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norteamericana de los “frenos y contrapesos”, pero desbalanceado gracias a una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores. Es así como se alumbraron sistemas de organización federal en lo declamativo, pero unitarios en la práctica, o sistemas “centro-federales” destinados a combinar, de modo más o menos infructuoso, las antitéticas exigencias de ambos grupos en la materia (GARGARELLA, 2010: 34).

Desde una perspectiva revisionista clásica de nuestro pasado constitucional Díaz de Vivar señala que había sido Juan Manuel de Rosas quien dejó organizada constitucionalmente la República y que teníamos antes de 1853 una Constitución, que era el fiel reflejo del país real, que era nuestro modo existencial de comportarnos institucionalmente (DÍAZ DE VIVAR, 1960: 146). Esta es sin dudas una grieta en el pensamiento histórico constitucional argentino. Agrega que la Constitución que adoptamos en 1853, nunca pudo llenar, en la realidad de nuestra vida colectiva el alto magisterio que dimana de toda ley fundamental, esa eficaz propedéutica que muestra un texto estructural, cuando logra plena intimidad con el escenario histórico político al que está destinado a regir. Enfatiza en que (p. 148):

[...]o artificioso del proyecto aprobado, radicaba, en que pretendiese la adaptación del esquema de Estado de Derecho que implicaba instalar a la clase burguesa en el poder, en un país, que como el nuestro, se componía fundamentalmente de una pequeña minoría dirigente y de la “masa”, con una clase media insignificante, y en todo caso, sin ninguna garantía social. Porque esa fue la magna paradoja del Congreso de Santa Fe: se adapta una Constitución extranjera destinada a proteger los intereses

políticos de la burguesía en un país que casualmente carecía de una clase burguesa de significación. Y las consecuencias de haber escamoteado la auténtica realidad argentina, en esa carta constitucional de Santa Fe, no se hizo esperar; veinte años de anarquía política y el menor "progreso" registrado en América hispana, pese a las condiciones excepcionales de nuestro suelo y con esta afirmación contradigo los textos mendaces de la historia oficial.

José María Rosa (1955) a lo señalado previamente agrega que (p. 359):

[e]n 1853 el país entró en la legalidad: fue una frase común de los triunfadores. Una legalidad ficticia, mantenida por un andamiaje en que entraban muchas cosas: la enseñanza liberal, la prensa, el ejército de línea, los cantones de fronteras, los intereses foráneos. No hay verdadera ley cuando ésta no proviene de una voluntad nacional ni se inspira en las maneras o las necesidades de un pueblo.

Tanto en Argentina como en el resto de Latinoamérica, se trataba, de la constitución de ordenamientos contramayoritarios en un sentido estricto, es decir, ordenamientos que establecían trabas para la participación política de las mayorías y que depositaban los nombramientos y las decisiones públicas más importantes, así como la "última palabra" institucional, en órganos que no eran controlados directamente por la ciudadanía, y frente a los cuales el ciudadano común tenía sólo un dificultado acceso.

En esa coyuntura político-jurídica, Sarmiento expresaba con referencia a la reciente sanción de la Carta Magna (SAMPAY, 1975: 55):

[u]na constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces las aplican, y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades, de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que estas comprendan el juego de las instituciones que adoptan.

Este proceso histórico marca su punto de decisivo con la batalla de Pavón donde se consolida, la alianza de los grandes comerciantes del puerto de Buenos Aires, importadores y exportadores, y los grandes hacendados de la pampa húmeda. Este triunfo lo lleva a Mitre a la presidencia en 1862, y en su mandato echa las bases de lo que luego se va a denominar modelo agro-exportador, que es llevado adelante con las concesiones ferroviarias de empresas inglesas trazadas en abanico a las zonas portuarias del país y luego los frigoríficos, pasando por los seguros y la flota comercial. Lo que se instauró fue una verdadera plutocracia, un gobierno vertebrado por una constitución económica dependiente, con un régimen normativo que garantizaba el poder de los sectores vinculados con la producción primaria y reprimía al pueblo, para que no pudiera romper con dicho *status quo* (GALASSO, 2011: 11).

En 1860 se formalizó la reunificación política-jurídica de la Argentina, por las presiones de las firmas británicas establecidas en la ciudad de Buenos Aires, que aprovecharon un mercado nacional ya modelado y de perspectivas promisorias para cuando el país se pacificara. Luego, con la reforma constitucional de 1866, Mitre, apremiado por los gastos de la guerra del Paraguay, impuso definitivamente la nacionalización sobre las exportaciones, a pesar de la oposición de los grandes sectores ganaderos de Buenos Aires y de Urquiza. Aquí se puede observar que en la escala de valores de los intereses británicos primó el sostenimiento de la guerra fratricida contra el pujante y avanzado Paraguay de Solano López. En esa coyuntura, Mitre, a la cabeza de la clase política liberal, extinguió a sangre y fuego a los últimos caudillos del interior resistentes a las transformaciones que trajeron la penetración y expansión del capitalismo europeo (ORTEGA PEÑA y DUHALDE, 1966).

Con la maduración del sistema constitucional real y escrito de la oligarquía liberal, durante la década de 1880 el capitalismo occidental competidor se trasmutó en un capitalismo organizado con carácter imperialista. En consecuencia, las empresas capitalistas, en lugar de concurrir a los países atrasados para competir entre sí, ahora se unifican en grandes consorcios, que se apoderan de esos países para explotarlos con exclusividad, imponiéndoles, con sus inversiones en las industrias y sus empréstitos dirigidos, una producción suplementaria y subordinada a la del área metropolitana. La Argentina, entonces, ya no pudo servirse de un capitalismo competidor para plasmar un desarrollo autónomo, explotando sus recursos para establecer la infraestructura de una producción moderna. Bajo este panorama, el país quedaría situado en la división internacional del trabajo como un productor de *commodities*. Para consolidar su lugar en

este esquema político-económico mundial, el por aquel entonces Presidente, Julio Argentino Roca, llevó adelante su reforma agraria bajo la denominación de Conquista del Desierto, en la que usurpó a los pueblos originarios del sur del país más de 20 mil leguas cuadradas de tierra fértil para el cultivo y la ganadería.

A finales del siglo XIX y principios del XX, irrumpe en la escena política nacional la figura de Hipólito Yrigoyen y de su movimiento político popular, que haría bandera, la lucha por la conquista de la universalización del derecho de los ciudadanos a elegir gobernantes. Yrigoyen proclama la necesidad de que los sectores populares no pacten con los políticos del sistema liberal-oligárquico que excluía al pueblo de la decisión política, y que en cambio recurra a la violencia para conquistar el derecho al sufragio.

El partido radical revolucionario depuso la acción violenta y pactó con Sáenz Peña el compromiso de dictar una legislación que confiriere garantías al derecho de sufragar a todos los ciudadanos varones, mayores de edad y con plenas capacidades.

Las leyes electorales de referencia transforman la Constitución oligárquica de 1853-60 en otra virtualmente democrática. Es decir, el sector mayoritario sometido podía conquistar por vía legal el poder político. Y llegado este caso, el carácter elástico del texto constitucional, según SAMPAY (1949), permitiría y legitimaría la intervención del Estado en la economía con vistas a satisfacer los intereses populares.

La anotada antinomia interna de la Constitución de 1853-60 hizo crisis en la segunda presidencia de Yrigoyen, cuando Inglaterra, forzada por la bancarrota de 1929, exigió una parte mayor del producto del trabajo argentino y esto no podía consumarse sin excluir de la política a los sectores populares.

La circunstancia de que Yrigoyen había sido elegido por un movimiento popular acusadamente antiimperialista, que propiciaba la extracción, industrialización y comercialización del petróleo por parte del Estado, agravaba aún más el hecho. Se sumaba a esta situación el hecho de que la oligarquía había recobrado privilegios y preeminencia de todas las clases durante la presidencia de Alvear, porque este gobernante, rodeado por la guardia de los políticos conservadores, abandonó los designios del radicalismo que había impuesto Yrigoyen. La crisis de la Constitución de 1853-60 residía en que el sector social dominante, para retener el gobierno real del país y contener el avance de los sectores populares, necesitaba suprimir los derechos democráticos que en el siglo XIX

permitieron conquistar y consolidar la supremacía frente al absolutismo político y a una organización monopolista de la economía, que había retardado el progreso que implicaba la primera revolución industrial. Derrocado el gobierno de Yrigoyen, y por ende, excluidos los sectores populares, los intereses británicos se revitalizaron. En efecto, el imperialismo inglés se adueñó de los principales recursos de la riqueza nacional.

En el transcurso que va desde la irrupción autocrática al gobierno de Yrigoyen hasta 1943, se sucedieron hechos de fraude electoral, el radicalismo pasó a depender de los sectores conservadores y los gobiernos pro-imperialistas instalaron una legislación de vasallaje, que Arturo Jauretche bautizaría como “estatuto legal del coloniaje”.

El ciclo oligárquico reabierto con el derrocamiento de Yrigoyen se cierra con el alzamiento militar del 4 de junio de 1943, cuyo programa era instalar las industrias pesadas como medio para obtener la independencia económica, rematándose el cierre del ciclo oligárquico con la insurgencia popular del 17 de octubre de 1945, dirigida a defender el progreso de justicia social que se había alcanzado en esa época gracias a la política realizada desde la Secretaría de Trabajo y Previsión. Este avance de los sectores populares allanó el camino para que en 1949 se imponga una reforma constitucional.

La causa de la reforma de la Constitución escrita en 1949 es el surgimiento de un nuevo poder constituyente, dado por una nueva constitución real que se selló el 17 de octubre de 1945, una forma de nación, es decir, un pueblo unido políticamente con capacidad de obrar y con consciencia de su singularidad política. Antes de este surgimiento, el poder constituyente era una minoría organizada, que nunca invocó la voluntad de la mayoría y la relegó de las decisiones políticas fundamentales. Este poder constituyente cimentaría la reforma en tres pilares vertebrales: la independencia económica, la soberanía política y la justicia social.

En este contexto, las relaciones de poder cambiaron, configurándose nuevos modos de construcción de lo político que llevaron a una transformación consecuente también en lo jurídico, en lo económico, en lo social y en lo cultural. Este nuevo paradigma de Estado de Bienestar o providencia llamado populismo no se asemeja a las experiencias socialdemócratas europeas o los corporativismos autoritarios, como el fascismo italiano. Es preciso señalar que se trata de un fenómeno netamente iberoamericano y principalmente sudamericano.

En el caso argentino, es patente vislumbrar cómo el régimen populista de 1946-1955 sucedió a los movimientos de clase media, como el yrigoyenismo. Estos movimientos en su momento fueron las primeras y más fuertes reacciones en contra del Estado oligárquico, y que, en oportunidades, se combinaron con movimientos obreros.

La Constitución de 1949 se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenar planificadamente la economía para conseguir un desarrollo autónomo y armónico, que concediera bienestar moderno a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad.

Señala SAMPAY (1949) que el Estado en la reforma constitucional de 1949 abandona la neutralidad liberal que, según él, es intervención a favor del poderoso, y participa, dentro de la órbita de las funciones que le son propias, en las cuestiones sociales, económicas, culturales, como poder supletorio e integrador, para afirmar un orden positivo, restituyendo o asegurando al hombre la libertad necesaria a su perfeccionamiento (pp. 36-7).

Toda la tradición constitucional nos lleva a la última reforma constitucional de 1994, la cual, según CULLEN (2015), se enmarca en un proceso histórico donde la única modificación de la Constitución originaria (1853-1860), realizada en el siglo XX (1949), tuvo breve vigencia y terminó siendo derogada por un gobierno de facto, ratificándose su nulidad por decisión de la Convención Nacional Constituyente de 1957, que careció de legitimidad por dos motivos centrales: en primer lugar, fue convocada por un gobierno de facto y no como consecuencia de una ley del Congreso a tenor del art. 30 CN; y también porque para la elección de convencionales se proscribió a una de las fuerzas políticas mayoritarias, que respondió con un masivo voto en blanco (p. 128). Agrega el constitucionalista santafesino que (p. 131):

la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853, incluyó a las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, y dejó afuera del texto a reformar a la Constitución de 1949. Este problema no fue tratado en la Convención, pero resultaba necesario que quedara definido, pues toda incertidumbre jurídica en materia de vigencia de un texto constitucional debe evitarse. Y así se hizo, pues juramos una

fórmula que excluía la Constitución de 1949 y validaba la Reforma de 1957.

IV. Divergencias en torno al sujeto constituyente argentino y latinoamericano

El hombre americano, según ZAGARI (2015), debe comprenderse en el encuentro entre las culturas originarias (indígenas) y las que provienen del tronco europeo-occidental. Este encuentro configura una simbólica propia y una etimología novedosa de nuestro verbo ser o estar. En esa imbricación o mestizaje se encuentra el pueblo en acto, sujeto-sujetado por el devenir de las generaciones y del suelo en el que están siendo. Paradoja de un encuentro de culturas: una, la “occidental” que se quiso –y se quiere– universal y unívoca y que se arroga su exclusividad-excluyente de detentar el bien, la verdad y la belleza; la(s) otra(s) seminales, arraigadas al suelo, dando significaciones y valores a la tierra, a los elementos, a la materialidad que hace del suelo, geocultura (p. 95).

En este sentido, se debe comprender que las manifestaciones de la cultura latinoamericana son todas por su propia condición, mestizas. No se trata exclusivamente de un mestizaje étnico o racial sino de ver que la condición de existencia de una lengua, de un discurso, de una manera de pensar, es siempre en América Latina, mestizado. Se es mestizo en América aunque no se lleve una sola gota de sangre india o una sola gota de sangre “blanca”. Enfatiza ZAGARI (2015) que esta condición nos hace mestizos tanto a los pueblos originarios que todavía sobreviven en la tierra americana como a los hijos y nietos de los europeos que llegaron a estas tierras. El mestizaje no es biológico sino cultural y por lo tanto ético. Es pueblo. Se trata de acceder a la categoría de mestizaje que reconoce una fecha mítica en 1492 y que ha devenido un signo en la cultura americana. En síntesis, la propuesta de pensar la cultura latinoamericana es la de comprender el mestizaje como una virtud, y comprender también que en ese mestizaje se juega otra visión del mundo. Como categoría cultural, el mestizaje no es solamente una mezcla de ideas y de razas, sino que se encuentra en el origen de una visión propia de las cosas. Y como tal, produce un efecto sobre las diversas manifestaciones intelectuales, políticas, jurídicas, artísticas y literarias propias (p. 102-3).

A esta posición se le contraponen la visión antropológica que da ALBERDI (1852) en su obra “Bases”, la cual significó no sólo una guía para la sanción de nuestra primera Constitución escrita, sino el discurso de la oligarquía para batallar al sujeto heredero de la tradición hispanoamericana. En la mencionada obra, señalaba que en América todo lo que

no es europeo, es bárbaro. Dicha perspectiva hoy pervive en las capas de muchos intelectuales y de la clase media en Argentina, la cumbre de una pirámide étnica diseñada por el pensamiento del llamado progreso, estaría ocupada por Gran Bretaña que, para ALBERDI, es el pueblo civilizador por excelencia, porque conoce la libertad y el progreso material como ninguno. Por eso afirmó que la inmigración ha de provenir de los países europeos no católicos, cuya experiencia en el librepensamiento, la industria y el comercio son parte de su concepción civilizatoria. En este orden, expresaba textualmente (p. 126):

[c]on tres millones de indígenas, cristianos y católicos, no realizaríais la república ciertamente. No la realizaríais tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para nuestro sistema de gobierno, si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglo-sajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio y la libertad, y no será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación activa de esa raza de progreso y de civilización.

ALBERDI (1852) predicaba el exterminio de la progenie hispanoamericana y su sustitución por el hombre rubio del Norte, vigoroso y civilizador. No estaba en sus planes la incorporación paulatina de la corriente inmigratoria europea, sino algo mucho más radical, la desaparición de nuestra población terrícola y su sustitución por una extranjera, entre la que corresponde suponer excluída, a la española, fautora de nuestra irremisible inclinación a la molicie y a la vida contemplativa. Por lo demás, tampoco lo conmueve la heroica resistencia de Rosas, ante la agresión extranjera y lo desconcierta la férvida adhesión de San Martín, a la causa de la Patria lejana.

¿Cómo se expresaba el sujeto constituyente de ALBERDI? Desde una perspectiva institucional, en primer término podemos observar que nuestra Constitución Nacional se reconoce federal, sin embargo, el poder ejercido durante muchos momentos del siglo emancipatorio y también del posterior, por quienes representaron la ideología liberal-unitaria, desmentía la letra de la carta magna. ALBERDI (1852) junto con muchos otros librepensadores entendía que la gran contradicción argentina pasaba por lo que llamaron civilización/barbarie. La civilización representada fundamentalmente por la Europa

anglosajona, y la barbarie representada por la Europa atrasada (la hispana-latina) y por los indios y nativos de nuestro suelo. En resumen, la preocupación de ALBERDI era por la gobernabilidad o ingobernabilidad de un Estado que estaba diseñado pero que carecía de nación. Afirmó que nuestro pueblo es ingobernable y díscolo si solamente es hijo de una España intolerante y del atrasado nativo, inepto para el ejercicio republicano y democrático. En este sentido, llega a tanto su ímpetu repoblador y civilizatorio, que proyecta un esquema constitucional, con un status que coloca al extranjero en una situación tan privilegiada con relación al nacional, donde según ROSA (1955: 305):

[L]as garantías individuales tenían por objeto cuidar al hombre extranjero y al capital de afuera; y no era posible que quedaran a merced de gobiernos que podrían tener la viaraza de aplicarlas a favor de los criollos, o sacudirse, como Rosas, en alguna crisis de exaltación nacionalista.

V. Neoconstitucionalismo y neoconstitucionalismo latinoamericano

La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Bajo esta nueva configuración estadual va tomando forma teórica la corriente neoconstitucionalista, que según VIGO (2015) tiene por rasgos centrales los siguientes ejes (pp. 499-500):

a) el derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; b) la epistemología jurídica se ve problematizada, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador sino que se reclama prescripción y valoración; c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva, como en Kelsen, o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; d) el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; e) la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; f) se reconoce una juridicidad

indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y g) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica.

Agrega el mencionado jurista que (VIGO, 2015: 507):

[e]l neoconstitucionalismo encierra el riesgo de un nuevo dogmatismo en tanto afirma —explícita o implícitamente— que todo lo dispuesto por el constituyente es intrínseca y necesariamente bueno o justo, o mejor aún, replica las exigencias incluidas en la exegética "presunción del legislador racional", pero ahora respecto del texto constitucional, y en consecuencia concluye que todo lo dispuesto por el constituyente es claro, coherente, justo, útil, completo, etc.

Durante los últimos 30 años, Latinoamérica ha sufrido constantes e importantes cambios jurídicos y sociales. Procesos constituyentes en países como: Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, aunado a reformas a textos constitucionales ya existentes como en Costa Rica, México y Chile, son los ejemplos de la aceptación del neoconstitucionalismo en América Latina.

Estos cambios constitucionales trajeron aparejado nuevas concepciones de los derechos fundamentales y nuevas expectativas recíprocas entre gobernados y gobernantes, de tal manera que la legitimación de las autoridades y de las políticas públicas de un Estado depende en gran medida de los derechos fundamentales y de los medios de garantía de protección que a ellos reconozcan y ofrezcan.

Como anteriormente se mencionó, el neoconstitucionalismo responde a contextos y problemas específicos, por lo que buscar un origen común para todos los cambios constitucionales en la región resultaría ingenuo. Muchos de estos cambios se produjeron como resultado de las caídas de dictaduras cívico-militares, como es el caso de Brasil o Paraguay; o simplemente por la necesidad de legitimar regímenes democráticos, como es el caso de México o Colombia (UPRIMNY, 2011).

Asimismo, las nuevas constituciones presentan la incorporación con fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos, como punto de partida y

piso mínimo que debe adoptar cada Estado en su ordenamiento interno, ya que los jueces nacionales amplían los estándares internacionales de derechos humanos a través de figuras como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

A pesar de todos los aspectos positivos que pudiera ofrecer el modelo neoconstitucional no es un modelo elaborado que contiene todas las respuestas y muchas veces está a contrapelo de la constitución real.

En Latinoamérica empezó a gestarse a partir de 1999, a partir de la Constitución Bolivariana de Venezuela, un nuevo constitucionalismo que daba cuenta de las particularidades culturales. En este mismo carril, Ecuador y Bolivia emprenderían sus propios procesos constituyentes. En orden a lo argumentado, VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU (2010) señalan (p. 13): “el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes”. Es importante aquí enfatizar que la participación popular fue esencial y nunca antes vista, desterrando.

La comprensión de la evolución constitucional latinoamericana se encuentra la cuestión de la necesidad de la Constitución real. Los grandes cambios constitucionales analizados se relacionan directamente con las necesidades de las sociedades, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en Latinoamérica no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano surge de movimientos cívicos combinados con propuestas políticas adoptadas por los pueblos, en escenarios de alta conflictividad social y política. En efecto, la reivindicación del poder constituyente que está planteando el nuevo constitucionalismo latinoamericano vuelve a formas primeras de ejercicio de este poder, propias del constitucionalismo revolucionario. A medida que el poder constituyente marca sus diferencias con el constituido, con todo lo que ello conlleva de replanteamiento de conceptos como el de legitimidad o representación, cada uno se refugia en su naturaleza: el poder constituido en la institucionalidad y el orden de pretensión inalterable, y el poder constituyente en la legitimidad primera y la creación (VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU, 2010: 12).

En su fase creativa el nuevo constitucionalismo latinoamericano, considera que las Constituciones tradicionales, en buena medida clásicas, de América Latina, en general prefirieron conservar la búsqueda de soluciones externas a problemas internos sin un previo estudio de los efectos de la importación, y en vez de promover un verdadero debate republicano entre el pueblo, continuaron como fruto de elites formadas en universidades extranjeras, que preferían una adaptación de mecanismos constitucionales que habían sido pensados para países y sociedades diferentes a la reflexión sincera de las soluciones que podían ser eficaces y apropiadas para sus propios entornos. La dudosa efectividad real de este constitucionalismo adaptado —que, por otro lado, era de prever— de muchas de las Constituciones latinoamericanas tradicionales ha incidido en una visión nominalista de sus textos, fácilmente mutados tanto formal como materialmente (VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU, 2010: 11).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consolidó un avance democrático en el país y en la región. La vigencia de los derechos sociales, los cambios institucionales planteados, la nueva configuración de los partidos políticos, la inclusión de mecanismos de democracia participativa o el nuevo papel del Estado en la economía son algunos de los cambios trascendentales que se inauguraron con la nueva Constitución, con la que se creó la que fue conocida como V República.

Una aportación relevante de la Constitución venezolana fue la marginación del poder constituyente constituido y la necesidad de referendo en caso de cambio constitucional, sea total o parcial. Así se determina en sus artículos 340 y siguientes,³ en

3 N. del E.: "[l]a enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental" (art. 340, Constitución de Venezuela); y. "[l]as enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente: 1. La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros. 2. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes. 3. El Poder Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal. 4. Se considerarán aprobadas las enmiendas de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley relativa al referendo aprobatorio. 5. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del

virtud de los cuales las modificaciones en el texto constitucional sólo pueden tener lugar previo referendo vinculante. Responde esta fórmula a la correlación entre la detentación del poder constituyente por el pueblo y la obligación de contar con su visto bueno para validar cualquier cambio en el texto constitucional.

Por otro lado, tenemos al proceso constituyente boliviano arrancó en las luchas sociales que desde la década de los años noventa han reivindicado la necesidad de un cambio constitucional en el país que apuntara hacia la integración social, la mejora del bienestar del pueblo, la ampliación y aplicación de los derechos y hacia un gobierno responsable que respondiera a las expectativas de participación que propugnaban los ciudadanos.

El proceso constituyente boliviano ha sido, hasta el momento, quizá el de más arduo entendimiento en toda la extensión de su complejidad. Responde esta situación a numerosas circunstancias, entre ellas varias directamente vinculadas con la calidad de la reacción contra el proceso, fundamentada en el conocimiento que ya poseían las clases dominantes de experiencias anteriores y/o paralelas —y, por lo tanto, al aprendizaje lógico en cualquier sujeto social ante una situación que potencialmente afectará de forma sensible a sus intereses—, en particular asentadas territorialmente en la serie de departamentos de tierras bajas, conocida generalmente como Media Luna, haciendo alusión a su forma geográfica, en las características institucionales y sociales del país, y en determinados errores cometidos en el transcurso del proceso por parte de sus impulsores, debidos no sólo a la idiosincrasia de la acción revolucionaria, sino a las condiciones en que ésta ha debido darse.

La aprobación de la Constitución boliviana plantea un cambio radical en el país. Es la primera Constitución legitimada directamente por el pueblo, y un ejemplo claro del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El carácter plurinacional del Estado, la convivencia de elementos liberales con indígenas, la apuesta por la regeneración democrática, el valor de los derechos sociales, el papel del Estado en la economía, etcétera, plantean en definitiva un texto que no pasará desapercibido en la historia constitucional.

artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó” (art. 341).

En este sentido, afirma BARRA RUATTA (2012) que la nueva Constitución de Bolivia es vista, por lo tanto, como una conquista política que corona siglos de luchas "en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio" (p. 60).

Las luchas indígenas y populares aparecen traducidas jurídicamente en la nueva Constitución, como plenitud ontológica que habilita a la titularidad de la propia vida. Ya no más vasallaje, tutela o protección paternalista: se trata de la recuperación de un curso vital violentamente interrumpido por la soberbia colonialista y la hipocresía republicana liberal. La coexistencia de pueblos y naciones jurídicamente igualadas, hace que la experiencia boliviana se erija en una fecunda prueba de convivencia unitaria de pueblos diversos. Según BARRA RUATTA (2012), esta unidad en la diversidad supone el establecimiento de un diálogo político intercultural, que difícilmente pueda ser ya reconducido a la hegemonía monótona del discurso racializado de la democracia liberal (p. 63).

Pero si la apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora el rescate del concepto de soberanía, la búsqueda de la utilidad a los pueblos sobre los que regirá el texto constitucional, la profundización en el reconocimiento de los derechos y sus garantías, o el avance hacia una democracia participativa, no cabe duda de que la Constitución de Ecuador de 2008 es un digno último ejemplo de esta corriente.

El proceso ecuatoriano es el primer ejemplo materializado de lo que se ha denominado constitucionalismo de transición, que cuenta con su génesis en el texto constitucional que sustituyó. Entendido como un constitucionalismo en pleno proceso de desarrollo y que apuesta arriesgadamente por la ruptura, por lo que, necesariamente, deberá adaptarse tanto a modelos aún no descritos como a los requisitos de unos procesos que han determinado sus prioridades pero no la forma material como van a llevarlas adelante.

En el caso ecuatoriano, no sólo el pueblo puede directamente activar el poder constituyente, sino que la mayor parte —y la más relevante— de la Constitución no puede

modificarse sin la aprobación en referéndum del pueblo ecuatoriano (artículo 441),⁴ lo que margina el poder de reforma que, hasta el momento, se ha situado con pocos límites en manos del poder constituido. No obstante, el poder de reforma delegado en los órganos constituidos no ha quedado conjurado del todo, por cuanto una parte de la Constitución — aquella que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado; que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución— podrá ser modificada por el Parlamento (VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU, 2010: 24).

Con 444 artículos, preámbulo y demás disposiciones, es capaz de incorporar nuevos derechos con sus garantías, formas institucionales diferentes a las habidas, y mecanismos de democracia participativa impensables en otras latitudes. La voluntad de ser útil al pueblo ecuatoriano está presente desde su primera línea, y en algunos casos conlleva un efecto secundario no siempre bien considerado: la originalidad. La Constitución está impregnada de esa necesidad de servicio del poder público, comenzando por la propia Constitución, que comienza simbólicamente por decisiones como denominar “Régimen de desarrollo” a la otrora llamada Constitución económica, o incorporar el lenguaje de género, hasta cuestiones que penetran con profundidad en la institucionalidad del Estado y su papel en la economía y en la sociedad, y que se resumen en el conjunto de sistemas que desarrollan los derechos sociales, y que el texto denomina “Régimen del buen vivir” en su Título VII. El concepto indígena del *sumak kawsay* (buen vivir), que ya se mencionó en el artículo 8.I del proyecto de Constitución de Bolivia con la variante lingüística boliviana, *vivir bien* o *suma qamaña*, es la piedra angular de la acción del poder

4 N. del E.: “[I]a enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional” (art. 441, Constitución de Ecuador).

público y de buena parte de la actividad privada.⁵

En resumen, el constitucionalista GARGARELLA (GARGARELLA y COURTIS, 2009) enfatiza que las nuevas Constituciones, la de Bolivia y el Ecuador, son las que muestran los principales cambios en su organización interna y muestran más claramente su rechazo a tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas (p. 5).

VI. Conclusiones

La importancia de las manifestaciones constituyentes ha implicado la recuperación de la doctrina democrática del poder constituyente y su revitalización práctica. Cuando en Europa parece olvidado que es el pueblo el soberano, y de donde deriva la legitimidad constitucional, en América Latina se recuperan los procesos políticos transformadores a través de asambleas constituyentes reales, es decir, aquellas que son activadas directamente por el pueblo en pleno uso de su soberanía; y sus propuestas transformadoras implican proyectos que, en conjunto, constituyen un nuevo paradigma no sólo para el constitucionalismo como corriente política liberadora y democratizadora, sino para las Constituciones como principal fruto de aquél.

No obstante vislumbramos como los sistemas constitucionales se vuelven cada vez más incapaces de responder a una coherencia autónoma ligada a un terreno nacional-estatal, ya sea en el terreno comercial o en la política internacional. En el terreno de la contratación o del reconocimiento de los derechos civiles, nos encontramos en situaciones de mayor contradicción entre órdenes jurídicos nacionales que nacen e inmediatamente se oponen a una normativa comercial internacional.

Hoy estamos atestiguando un reajuste global, en especial para los intereses estadounidenses, que tienen por objetivo alejar la fijación de reglas comunes de los órganos internacionales y traerlas a los grandes acuerdos regionales de libre comercio, cambiando el espacio de negociación, y en consecuencia, las condiciones de la misma, a fin de modificar el resultado, aislando también la mayor cantidad posible de materias que,

5 N. del E.: "[e]l Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)" (art. 8.I, Constitución Política del Estado de Bolivia del 25 de enero de 2009).

aun tenuemente vinculadas al comercio. En este sentido, el amplio conjunto de tratados, acuerdos protocolos y declaraciones oficiales relativas a derechos humanos, que ya conforman un marco de acción para los Estados, que debiera primar sobre otras obligaciones adquiridas en el ámbito comercial, queda así en segundo plano.

En junio de 2015, un grupo de diez Relatores Especiales y Expertos Independientes de la Organización de las Naciones Unidas emitieron una declaración expresando su preocupación por el impacto sobre los derechos humanos de los tratados de libre comercio e inversión (OACDDHH-ONU: 2015), específicamente Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP)⁶ y Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones⁷, en relación con los derechos a la vida, la comida, el agua, la salud, la vivienda, la educación, la ciencia y la cultura, los estándares de trabajo, la judicatura independiente, un medio ambiente limpio, y el derecho a no ser desplazado forzosamente. La declaración hacía referencia expresa a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios de Ruggie) de 2011, que se refiere a las obligaciones de derechos humanos de las empresas e insta a los Estados a asegurar un marco normativo que así lo permita en tratados de comercio e inversión .

Es atento a lo precedentemente señalado que es necesario incorporar en los instrumentos de comercio e inversión cláusulas sociales que propendan a reconocer exigencias para los Estados Parte, no declaraciones o principios flexibles. En este sentido es necesario avanzar en una normativa dentro los ámbitos del Mercosur que sea exigible para sus miembros y las empresas, donde se respeten los derechos humanos y que la vinculación con otros bloques regionales o estados fuertes sea de cooperación y no de integración subordinada a una estructura hegemónica de poder, como se pretende realizar con el TPP.

6 El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (en inglés: *Trans-Pacific Partnership* o TPP) es un tratado de libre comercio entre varios países de la Cuenca del Pacífico que aborda una variedad de materias de políticas públicas, firmado el 4 de febrero de 2016 en Auckland, Nueva Zelanda. Entre otras cosas, busca rebajar las barreras comerciales, establecer un marco común de propiedad intelectual, reforzar los estándares de derecho del trabajo y derecho ambiental, y establecer un mecanismo de arbitraje de diferencias inversor-estado. Es considerado por el gobierno de los Estados Unidos como el tratado complementario a la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP), un acuerdo similar entre Estados Unidos y la Unión Europea.

7 El Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) es un acuerdo comercial entre la Unión Europea y Estados Unidos que pretende equiparar las normativas a ambos lados del océano.

Más allá de las medidas coyunturales y tácticas que se pueden tomar, vemos como una salida a este problema se puede plantear desde un plano estratégico con el fortalecimiento de las instancias continentales. Europa, la China, la India y también Rusia están reapareciendo con mucha importancia a nivel global y, sobre todo, tenemos aquí la gran novedad, que es América Latina, hoy pasando un por clima de incertidumbre.

SANZ MORENO (s/f) señala en torno a esta problemática que en el mundo de lo global/local ni la política se circunscribe al Estado, ni el derecho puede quedar encerrado en los límites estatales de una Constitución nacionalizada. La propia recomposición del Estado, tanto por arriba (procesos de gobernanza supraestatales/transnacionales), como por abajo (autogobiernos y autonomías políticas, territoriales y locales), supone asumir nuevas formas de constitucionalización a las que no podemos dejar de lado, a pesar del actual fracaso de su ejemplo más retórico, la mal llamada Constitución para Europa. Ante la nueva realidad, el Estado no se debilita, pero adelgaza: recoloca competencias y medios para potenciar sus nuevos frentes como instrumento básico no sólo de mediación entre las instituciones transnacionales y las entidades subestatales, sino también como garante de la nivelación intraestatal entre derechos y obligaciones, de la realización efectiva de la solidaridad y de la redistribución de la renta - interpersonal e interterritorial- en un modelo de legitimidad democrática y social (p. 16).

Bibliografía

ALBERDI, J. (1852) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Consultado en [<http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>] el 01.04.2017.

AUAT, A. (2015) "Pensar desde América Latina: desafíos y resignificaciones", en *Dialogo Latinoamericano - Apertura Argentina*. Buenos Aires, Ed. Octubre

BARRA RUATTA, A. (2012) "El poder constituyente en la constitución boliviana. Acerca de la posibilidad de una teoría de la revolución inserta en un plexo normativo-institucional", en *Revista Otros Logos – Revista de Estudios Críticos*, número 3, diciembre 2012, pp. 54-86. Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad, Universidad Nacional del Comahue. Disponible en [http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0002/Articulos%20definitivo/Barra_Ruatta.pdf] el 01.04.2017.

BEAUD, O (1994) *La puissance de l'État*. París, Presses Universitaires de France.

- CARCOVA, C. (2015) “Derecho y globalización – elementos para una teoría jurídica situada”, en *Dialogo Latinoamericano - Apertura Argentina*. Buenos Aires, Ed. Octubre.
- CULLEN, I. (2015) “Análisis de la Reforma veinte años después”, en Barcesat, E. y Corti, A. (dirs.) *Derecho Público*, año III, número 9, pp. 127-36. Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en [http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/revistas/DERECHO_PUBLICO_A3_N9.pdf].
- DIAZ DE VIVAR, J. (1960) “Don Juan Manuel y la Ley Constitucional de 1853. Panorama histórico y paisaje natural”, en *Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas*, número. 22, julio-diciembre de 1960.
- FERREYRA, R. (2012) “Discurso sobre reforma constitucional”, en BARCESAT, E. y CORTI, A. (dirs.), en *Revista de Derecho Público*, número 3. Buenos Aires, Ediciones Infojus.
- GALASSO, N. (2004) “Las corrientes historiográficas”, en *De la Historia Oficial al Revisionismo Rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina*. Centro Cultural Enrique S. Discépolo, Buenos Aires.
- (2011) “El modelo agroexportador” en *De Perón a Kirchner – Apuntes sobre la historia del peronismo*. Buenos Aires, Ed. Punto de encuentro.
- GARGARELLA, R. (2010) “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, número 25, pp. 30-48. Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
- GARGARELLA, R. y COURTIS, C. (2009) “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”. CEPAL - Serie Políticas sociales, número 153, Organización de las Naciones Unidas. Disponible en [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf] el 01.04.2017.
- GONZÁLEZ ARZAC, A. (2010) “Rosas y el constitucionalismo”, consultado en [http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html] el 21.06.2010.
- LASALLE, F. (1978) *¿Qué es la constitución?* Buenos Aires, Ed. Siglo XX.
- LINARES QUINTANA, S. (1987) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte general*. Buenos Aires, Plus Ultra, Buenos Aires.
- METHOL FERRÉ, A. (1984) “¿Por qué geopolítica?”, en *Revista Nexo*, año 1, número 3. segundo trimestre. Montevideo, Uruguay.

NEGRI, A. (2007) "El poder constituyente", en VV.AA. *Imperio, multitud y sociedad abigarrada*. Sucre, Muela del Diablo Editores.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (OACDDHH-ONU) (2015) "UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights", disponible en [<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>].

ORTEGA PEÑA, R. y DUHALDE, E. (1966) *Felipe Varela contra el Imperio Británico (Las masas de la Unión Americana enfrentan a las potencias europeas)*. Buenos Aires, Sudestada.

— (1974) "Historia del derecho y liberación nacional", en *Liberación y Derecho*, año 1, número 1. Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires.

ROSA, J. (1955) *Nos los representantes del pueblo – Historia del Congreso de Santa Fe y de la Constitución de 1853*. Buenos Aires, Ed. Theoría.

SAMPAY, A. (1949) *La reforma constitucional*. La Plata, Ed. Laboremus.

— (1975) *Las constituciones de la argentina (1810-1972)*. Buenos Aires, EUDEBA, tomo I.

SANZ MORENO, J. (s/f) "Derecho Constitucional, objeto y método: ¿Siglo XX o siglo XXI?" en Jornada sobre orientación y método del Derecho Constitucional. Disponible en [http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_JA_Sanz.pdf].

SCHMITT, C. (1996) *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid, Ed. Tecnos.

— (2009) *Teología Política*. Madrid, Ed. Trotta.

UNAMUNO, M. y BORTNIK, R. (1986) *La reforma constitucional del siglo XX*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

UPRIMNY, R. (2011) "Las transformaciones constitucionales en América Latina: tendencias y desafíos", en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.

VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010) "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional", en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, número 25, pp. 7-29. Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

VIGO, R. (2015) "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas

prevenciones”, en DOUGLAS PRICE, J. y DUQUELSKY GÓMEZ, D. (coords.) *Primer Congreso Iberoamericano - XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, pp. 493-541. Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

WILLIAMS, R. (2015) “Unidad latinoamericana y continentalismo: para una teoría del gobierno y una filosofía política de la Patria Grande”, en *Dialogo Latinoamericano - Apertura Argentina*. Buenos Aires, Ed. Octubre.

ZAGARI, A. (2015) “El pueblo como construcción geocultural en Gunter Rodolfo Kusch”, en *Dialogo Latinoamericano - Apertura Argentina*. Buenos Aires, Ed. Octubre.