

SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Antonio María HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transición democrática en América Latina*. III. *Las reformas constitucionales producidas*. IV. *Cultura constitucional y calidad institucional en América Latina*. V. *Perspectivas de los sistemas constitucionales en América Latina*.

I. INTRODUCCIÓN

La enunciación del tema nos obliga a efectuar las siguientes consideraciones previas:

- a) Efectuaremos un enfoque desde una visión politológica y jurídico-constitucional, sin perjuicio de advertir que la consideración integral del mismo requeriría de los aportes de otras disciplinas.
- b) Por la vasteridad y profundidad de la materia en cuestión, solo nos limitaremos a sostener nuestras opiniones de manera genérica y sintética, importa decir que no nos detendremos en el análisis particularizado de cada uno de los respectivos países de la región.
- c) Para tratar de abarcar la cuestión, también indicamos lo siguiente: observaremos lo ocurrido en los últimos 30 años para señalar los grandes rasgos de la evolución producida.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba; director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires; presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales; exmiembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y exconvencional constituyente de la nación en 1994. Autor y coautor de 41 libros sobre derecho constitucional, derecho federal, constitucionalismo provincial y derecho municipal.

d) En cuanto al desarrollo del tema, expondremos en primer lugar la transición democrática en la región y la situación política actual; en segundo lugar las reformas constitucionales producidas; en tercer lugar, los problemas vinculados a la cultura de la Constitución y a la calidad institucional y finalmente, las perspectivas para el futuro.¹

II. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN AMÉRICA LATINA²

1. *La tercera ola democrática*

Esta región produjo un cambio fundamental en relación con la traumática historia política de los golpes de Estado e ingresó en la “tercera ola” democrática, según la acertada denominación de Huntington,³ con los primeros procesos producidos antes de 1980 en Colombia, Costa Rica y Venezuela, para continuar con transiciones democráticas que se observaron posteriormente en todos los países con la sola excepción de Cuba.

Por tal razón, al comenzar este nuevo milenio, la Cumbre de las Américas reunida en Quebec, Canadá, en abril de 2001, enfatizó la importancia del fortalecimiento de la democracia, mientras que la Carta De-

¹ Este trabajo registra como antecedentes a dos anteriores de nuestra autoría: “Perspectiva de los Sistemas políticos y constitucionales en América Latina”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XVIII, núm. 190, abril-junio de 2003, y “Democratic Transition and Constitutional Reforms in Latin America”, *International Round Table “Globalization and Constitutionalism in the 21st Century”*, 19-21 de noviembre de 2009, Seoul, South Korea, Asociación Internacional de Derecho Constitucional y la Asociación Coreana de Derecho Constitucional, 2009. Asimismo este último fue también publicado como “Reflexiones sobre transición democrática y reformas constitucionales en América Latina”, *Cadernos de Soluções Constitucionais*, núm. 4, Asociación Brasileira de Constitucionalistas demócratas y Malheiros Editores, Brasil, San Pablo, 2012.

² Entre la amplia bibliografía sobre el tema, indicamos: O’Donnell, Guillermo *et al.*, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1988; Linz, Juan J., *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, 1987; Alcántara Sáez, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, 1995; Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; *Revista Agora*, núm. 5, “América Latina, la democracia y sus límites”, Buenos Aires, 1996, con distintos artículos y *Revista Síntesis*, núm. 22, “Consolidación democrática, gobernabilidad y transformación socioeconómica en América Latina”, Madrid, 1994, con distintos artículos.

³ Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.

mocrática Interamericana, suscrita en Lima, en septiembre del mismo año, reafirmó el esencial respeto a los valores democráticos como una condición de la membresía en la organización hemisférica.⁴

Este notable cambio trajo consigo otra situación que también debe destacarse en forma positiva y que fue la evidente disminución de guerras y conflictos en la región. En cambio, la otra tendencia producida, vinculada a las políticas económicas en la región, que establecieron la apertura económica, las privatizaciones, el aumento de la deuda externa y la aplicación de las recetas del Fondo Monetario Internacional, no parece haber concitado igual valoración. Obsérvese en tal sentido las crisis económicas sufridas por México, Ecuador, Brasil y muy especialmente, por Argentina en 2001. Asimismo debe repararse en las severas críticas efectuadas al Fondo Monetario por el premio nobel Joseph Stiglitz en su libro *El malestar en la globalización*.⁵

No obstante ello, hubo un quinquenio virtuoso entre 2003-2008 para la economía de la región,⁶ que comenzó a modificarse con la crisis mundial de 2008, que sin embargo, no tuvo un impacto comparable a otros países del mundo, con la excepción de México.

Consideramos también que en algunos países en la década de los noventa se observó una verdadera retirada del Estado en su función de promotor del desarrollo económico y en sus tareas de fiscalización del funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda, que indicaron la necesidad de volver a debatir el rol del Estado en estas sociedades latinoamericanas y en el marco del mundo globalizado en que estamos insertos.

En este aspecto, deben así considerarse los cambios políticos posteriores en varios países y —aunque con objetivos diversos—, la aparición de gobiernos populistas en Venezuela, Ecuador, Bolivia y Argentina, con la influencia del expresidente Chávez.

⁴ Cfr. *Democracies in Development-Politics and reform in Latin America*, Mark Paine, Daniel Zovatto G., Fernando Carrillo Flores y Andrés Allamand Zavala, Published by the Inter-American Development Bank and de the International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Distributed by The Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2002. Introduction, p. 1/6.

⁵ Buenos Aires, Taurus, 2002.

⁶ Véase Latinobarómetro, Informe 2008, www.latinobarometro.org, p. 6.

2. *El informe de Latinobarómetro 2011 sobre la realidad política actual⁷*

Existen no pocos síntomas que evidencian una compleja situación en la región. En primer lugar, ha bajado el apoyo a la democracia, que ahora se ubica en un 58%, después de cuatro años de aumento sostenido.⁸

En la valoración que la gente hace de las instituciones, los partidos políticos han elevado su índice de confianza hasta solo un 22 % en 2011.⁹ Lo propio ocurre con los sindicatos (28%) y con el Poder Judicial, lo que es particularmente grave (29%). Y lo mismo ha ocurrido con los órganos parlamentarios, que han llegado a un 32%.¹⁰ La más alta valoración es para la iglesia con el 64%.

En cuanto a la percepción sobre el cumplimiento de las leyes en la región, el promedio es de 31%, con un 54% en Uruguay con la mejor puntuación, mientras que la peor es la de Perú con un 12%.¹¹

Dice el Informe: “La clásica pregunta de Almond y Verba, ¿Para quién se gobierna? Es lo que determina la calidad de la democracia. En América Latina la percepción de que se gobierna no para la mayoría sino para los intereses de unos pocos, es claramente mayoritaria (74%)”.¹²

Entre las cosas que le faltan a la democracia está reducir la corrupción (48%), garantizar la justicia social (33%), aumentar la participación ciudadana (31%) y la transparencia del Estado (31%).¹³

A ello deben sumarse los índices de distribución de la riqueza, pobreza, corrupción y desarrollo humano, originados en organismos internacionales como el Banco Mundial, Naciones Unidas y Transparency International, que indican una realidad francamente negativa para la región, lo que sin lugar a dudas, afecta el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas.

⁷ Este es el último informe, dado que no se hizo el del año 2012 y no ha salido el de 2013.

⁸ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 26. Esta disminución está vinculada a aspectos políticos, más que económicos. De todas maneras, no se puede considerar como homogénea la situación de la región.

⁹ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 50.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p. 53.

¹² Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 35. El país con mejor percepción es Uruguay con el 54% que responde afirmativamente a la pregunta si se gobierna para todo el pueblo, mientras que la menor respuesta, del 9% es de la República Dominicana.

¹³ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 40.

III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRODUCIDAS

1. *Las reformas producidas hasta el año 2000*

El distinguido jurista mexicano Diego Valadés sostuvo en un artículo del año 2000 que de los 18 países latinoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, 12 han producido reformas tan profundas que se permite denominarlas como nuevas leyes supremas. Es el caso de Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Asimismo señala que también efectuaron reformas constitucionales importantes Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Tal dinamismo en la materia debe atribuirse según el autor, a las transiciones democráticas vividas en la región.¹⁴

Como un análisis integral de esta problemática de constitucionalismo comparado excedería el marco de este estudio, nos limitaremos a destacar —como lo hace Valadés—, las coincidencias que se aprecian en este proceso, que son: 1) en cuanto al procedimiento de adopción y 2) en cuanto al contenido.¹⁵

A. *Coincidencias en cuanto al procedimiento de adopción*

Compartimos plenamente con el autor la idea de considerar y exaltar los acuerdos políticos como bases de una política constitucional, para alcanzar la legitimidad, como especial valor político y jurídico de una ley suprema.¹⁶

Y esto es lo que destaca Valadés, que menciona los siguientes casos en nuestra región:

¹⁴ Cf. Diego Valadés, “La constitución y el poder”, en Valadés, Diego y Carbonell Miguel (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, 2000, pp. 139 y 140.

¹⁵ Cf. Diego Valadés, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

¹⁶ Véase Antonio María Hernández (h.), *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001 y 2a. ed., *El caso Fayt*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. XIV.

- a) El acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal de Colombia, ratificado mediante plebiscito en 1957 y también en dicho país, el proceso de negociación con sectores guerrilleros que posibilitara la reforma constitucional de 1991.
- b) Las modificaciones producidas en la Constitución de El Salvador, luego del acuerdo con el Frente Farabundo Martí, en 1991.
- c) El Pacto de Punto Fijo en Venezuela, en 1958, que posibilitó la reforma constitucional de 1961.
- d) El Pacto de Olivos en Argentina, celebrado en 1993 entre los presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del Peronismo y del Radicalismo, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, que sirviera de base a la reforma constitucional de 1994, para nosotros la más importante de la historia.
- e) El pacto que sirvió para la confirmación del frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que sirvió para la reforma constitucional de 1988.
- f) Con relación a México, indica que se está viviendo un proceso inconcluso de negociación.

B. Coincidencias en cuanto al contenido

En este aspecto, Valadés distingue entre el reconocimiento de derechos y lo institucional.

Con respecto a los primeros, enumera los siguientes: de iniciativa popular; de referéndum y plebiscito; al ambiente; a la salud; de la infancia, juventud, tercera edad y disminuidos; de la intimidad y habeas data; de los consumidores y usuarios y de la protección contra la arbitrariedad.

Con relación a lo institucional, señala que se han introducido estos tres institutos: el defensor del pueblo, los tribunales constitucionales y las comisiones del Congreso. Finalmente el autor considera que el rasgo que identifica estas reformas es la consagración de un nuevo sistema de derechos fundamentales cuya garantía es el sistema democrático y que el desafío es hacer realidad estas normas supremas, como lo viene sosteniendo el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sostiene que la mayor afinidad de esta región es la “forja convergente de una cultura democrática colectiva”.¹⁷

¹⁷ Cfr. Valadés, Diego, *op. cit.*, pp. 147-164. Véase asimismo Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel *et al.*, (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM-IDEA Interna-

2. *Las reformas constitucionales posteriores de Ecuador y Bolivia. El caso de Venezuela*

Nosotros debemos agregar a este análisis, lo acontecido posteriormente con los procesos constituyentes de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que han recibido la particular influencia de Venezuela. En relación con ello, Domingo García Belaúnde ha reflexionado sobre el ejercicio del poder constituyente en nuestra región, criticando dichas Asambleas que pretenden “refundar” a los respectivos Estados.¹⁸

Estas Constituciones últimas se caracterizan por su notable reglamentarismo y extensión y por la especial defensa de los derechos humanos, de las culturas originarias y de los recursos naturales, como lo destaca Roberto Gargarella.¹⁹

En el caso de Bolivia, en su artículo 1o. se define al nuevo modelo de Estado como unitario social de derecho plurinacional comunitario, del cual sostiene José Antonio Rivera Santiváñez que más allá de las contradicciones identificadas, “constituye una reforma estructural que sienta las bases para superar ese viejo Estado de exclusión y marginación”.²⁰

cional-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2009, donde el distinguido jurista también analiza las distintas modificaciones constitucionales e institucionales producidas en la región.

¹⁸ Cf. García Belaúnde, Domingo, “Poder constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades”, junio 2006, www.domingogarciaabelaunde.articulos. El distinguido jurista peruano analiza en particular las reformas constitucionales producidas en Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia. Asimismo, en su trabajo destinado a este Congreso Iberoamericano de Tucumán, titulado “Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas”, analiza la influencia del socialismo del siglo XXI, liderado por Chávez, con influencia en los casos de Ecuador y Bolivia, donde destaca el hiperpresidencialismo imperante, con la búsqueda de reelecciones y con lesiones al sistema republicano, por lo que los denomina como pseudo-constitucionalismos. Y en el caso de Argentina, además de criticar el intento re-electoralista, también se refiere a las violaciones constitucionales que sufrimos.

¹⁹ Cf. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, ONU-Cepal-Asdi, 2009. La de Bolivia tiene 411 artículos, además de las disposiciones transitorias, abrogatorias y final y establece una Asamblea Legislativa Plurinacional y un Tribunal Constitucional Plurinacional, indicándose en el Preámbulo que se trata de construir un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario”. La de Ecuador alcanza los 444 artículos, 30 disposiciones transitorias, 1 artículo final, además de 30 artículos para la transición y un artículo final luego de la aprobación del referéndum. Gargarella insiste especialmente en el mérito de la Ley Suprema boliviana de enfrentar el problema de la marginación indígena que tenían (*op. cit.*, p. 3).

²⁰ Cf. Rivera Santiváñez, José Antonio, “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes Contemporáneos*.

En el caso de Ecuador, ha sido notable el reconocimiento de nuevos derechos, como así también las nuevas relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo.²¹

En el caso de Venezuela, el expresidente Chávez promovió una reforma constitucional en 2007, que importaba una modificación sustancial de la anterior de 1999, para consolidar lo que denominaba un nuevo Estado socialista, de claro contenido autoritario y centralista. Dicha reforma fue rechazada por referéndum popular.²² No obstante ello, se introdujo en 2009 una enmienda constitucional en los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, aprobada por el mismo procedimiento, que posibilitó la reelección indefinida del presidente, entre otros cargos públicos.²³

neos en América Latina. Tendencias y perspectivas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 159. El autor señala que será complejo el proceso de implementación constitucional, ya que por ejemplo, se han reconocido 37 lenguas oficiales del Estado. Como no podemos detenernos en una consideración detallada de este caso, véanse los artículos de Jorge Asbun Rojas: “El proceso constituyente actual en Bolivia. La constante tensión entre libertad y autoritarismo”; José Antonio Rivera Santivañez, “Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia” y “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”; Jaime Cárdenas Gracia, “El constituyente como restricción y como radicalidad democrática”; María del Pilar Hernández, “Los procesos constituyentes latinoamericanos. Una retrospectiva histórica de Colombia a Bolivia” y Francisco José Paoli Bolio, “Comentarios a la ponencia «Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia», del doctor José Antonio Rivera Santiváñez”, en *Procesos constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, cit., pp. 3-224.

²¹ Véase a Salgado Pesantes, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 981-1002. Allí formula reflexiones críticas sobre 3 cuestiones en materia de derechos: a) la designación de “derechos” en lugar de la de “derechos humanos”; b) los “derechos del buen vivir”, que provienen de la voz quechua “sumak kawsay”, dado que prefiere en su lugar “la vida digna”, que estima corresponde a la cosmovisión mayoritaria de los ecuatorianos y c) el reconocimiento de derechos a la naturaleza, pues considera que ello no es acorde con el concepto de derechos humanos. También formula críticas a la relación establecida entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, con preeminencia del primero.

²² Véanse los artículos de Carlos M. Ayala Corao, “Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007”; Allan Brewer Cariás, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario” y “El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999”; Graciela Soriano de García Pelayo, “Mito y reforma constitucional en Venezuela 2007” y Jorge Silvero Salgueiro, “Comentarios al proceso constituyente de 2007 en Venezuela”, todos en *Procesos constituyentes Contemporáneos en América Latina- Tendencias y perspectivas*, cit., 2009, pp. 333-544.

²³ Cf. Serrafero, Mario, “La reelección presidencial indefinida”, *Revista de Instituciones, ideas y mercados*, núm. 54, mayo de 2011, p. 239.

3. La forma de gobierno presidencialista

En estas reformas constitucionales se ha mantenido como forma de gobierno el régimen presidencialista, pero se produjeron algunos debates sobre la posibilidad de la incorporación de instituciones de tipo parlamentario.

Deben recordarse las opiniones de Linz, Valenzuela y Stepan²⁴ acerca de los problemas de gobernabilidad que atribuyeron al presidencialismo, agravados por un sistema electoral proporcional para el Poder Legislativo, lo que requería según estos autores, un cambio hacia el gobierno parlamentario, para hacer más estables los sistemas políticos democráticos. Sin embargo, este tránsito no se produjo, como se resolvió especialmente en el referéndum convocado al respecto en Brasil en 1993. Solo se introdujeron algunas instituciones de tipo semiparlamentarias o semipresidencialistas como la censura de ministros o la posibilidad de disolver el parlamento como respuesta a esta medida o la creación de un jefe de gabinete de ministros, como lo hicieron las Constituciones uruguaya de 1966, guatemalteca de 1985, colombiana de 1991, peruana de 1993, argentina de 1994, ecuatoriana de 1998, venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009.²⁵

Por otra parte, también desde los ámbitos doctrinarios, se ha respondido críticamente a estos intentos de cambio de la forma de gobierno, al señalarse que el presidencialismo no es uniforme en América Latina y que además existen mecanismos y fórmulas para que el mismo funcione con mayor eficacia.²⁶

²⁴ Cf. Linz, J. y Stepan, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1978 y Linz, J. y Valenzuela, A., *La crisis del presidencialismo*, Alianza Universidad, 1994.

²⁵ Cf. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 59 y 60. Véase también las siguientes obras: Zovatto, Daniel (coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2006, y Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a., México, UNAM-Universidad de Heidelberg-IDEA Internacional, Instituto Federal Electoral-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Fondo de Cultura Económica, 2007.

²⁶ Véase Fernández, M. y Nohlen, D., “El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América latina”, Nueva Sociedad, Caracas, 1998. El conocido políólogo alemán considera que el método aplicable a esta materia es el histórico-empírico y en consecuencia se opone al trasplante de experiencias políticas y electorales que no se correspondan con las realidades de cada sistema. Asimismo véase el libro de Dieter Nohlen titulado *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos*, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral de México-Fundación Friedrich Naumann, 1999. A su vez, Giovanni Sartori había propuesto un semipresidencialismo para la región, al oponerse tanto al presidencialismo como al parlamentarismo (en su trabajo

En definitiva, sostenemos que el problema del “hiperpresidencialismo” es uno de los más graves en nuestra región, aunque ello no se presenta en todos los países, pues hay distintas clases de presidencialismo en América Latina.²⁷

4. *Los sistemas electorales*

En cuanto a la elección de presidente de la República se observan en América Latina dos sistemas: el de mayoría simple o relativa y el de mayoría absoluta o especial a dos vueltas, que es el más difundido.

En efecto de 18 países hay 13 que imponen mayorías especiales, de los cuales hay ocho (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) que exigen 50% más uno de los votos, mientras que otros cinco (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua) requieren entre 35 y 45% de los votos para ganar en primera vuelta.

En consecuencia, solo tienen el sistema de mayoría relativa para esta elección Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

Se deduce de ello que la tendencia en este periodo ha sido consolidar el sistema especial de mayorías absolutas o especiales de doble vuelta, para otorgar mayor legitimidad a los electos. Asimismo, se ha señalado también que otra tendencia ha sido la de posibilitar las reelecciones presidenciales en 12 de los 18 países, ya sea en forma inmediata o después de algún periodo.²⁸

Con respecto al sistema electoral aplicable a los órganos legislativos, hay que distinguir entre países con sistema unicameral o bicameral.

En el primer caso encontramos a Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela y en el se-

“Neither presidencialism nor parliamentarism”, en el libro de Linz y Valenzuela, *The failure of presidential democracy*, cit., pp. 106-118).

²⁷ Nos remitimos por razones de brevedad a nuestra obra *Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, en el Cap. XVII sobre “El Poder Ejecutivo”, especialmente los puntos I: “La función ejecutiva y su liderazgo en la realidad contemporánea”. II. “Presidencialismo y Parlamentarismo”. III. “El Presidencialismo en América Latina”. y IV. “El Presidencialismo argentino”, y en particular, IV.3. “El hiperpresidencialismo”, en pp. 1279 a 1305.

²⁸ Cfr. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 62 y 63. Véanse también las siguientes obras: Zovatto, Daniel (coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2006, y *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit.

gundo a Argentina, Brasil y México que son federales y que tienen Senado, lo mismo que otros países unitarios que no obstante ello también lo tienen como Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Deteniéndonos específicamente en el sistema electoral de la Cámara Única o de la Cámara de Diputados en el sistema bicameral, Zovatto señala que hay 10 países con tendencia proporcional (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela) y ocho con tendencia mayoritaria (Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana).

Asimismo el autor sostiene que se puede indicar que en América Latina predominan los países que tienen listas cerradas y bloqueadas, como Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.²⁹

IV. CULTURA CONSTITUCIONAL Y CALIDAD INSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA³⁰

1. *Débil cultura constitucional y de la legalidad*

Bajo nuestro punto de vista, sin dejar de valorar positivamente las reformas producidas, que además han consolidado el constitucionalismo social e ingresado en algunos casos en el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos, insistimos en que una de las características más notorias de la región es la distancia que separa las Constituciones reales de las formales. Distintos autores han señalado los graves defectos de

²⁹ Cfr. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 64-68. Para un análisis más detallado de los sistemas electorales, véase este mismo trabajo referenciado y los indicados en la nota anterior. Por nuestra parte, consideramos que luego de las reformas producidas en Ecuador y Bolivia, se han incorporado mayores elementos del sistema mayoritario para las elecciones legislativas.

³⁰ En relación a este tema, efectuaremos un análisis general de la región, que no comprende a Uruguay, Chile y Costa Rica, dado que en los diversos estudios y encuestas efectuados, dichos países alcanzan estándares regulares sobre calidad institucional y funcionamiento democrático. En relación a Argentina, véanse las siguientes obras de Antonio María Hernández, “Argentina, Constitutional Law”, *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Suppl. 81, junio de 2009, y “Argentina, Subnational Constitutional Law”, *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Suppl. 66, (2005), *Derecho Constitucional*, t. 1, cap. I y “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

la vigencia de la ley, que demuestran nuestro subdesarrollo y los problemas que atraviesan nuestras democracias.³¹

En este aspecto, destacamos nuestra obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*,³² que junto a otras,³³ han demostrado desde una visión interdisciplinaria la deficiente cultura constitucional y de cumplimiento de la ley que existe en Argentina, Bolivia y México.

2. *Las emergencias*

Hemos publicado un libro donde estudiamos cómo las emergencias políticas, económicas y sociales han sido el motivo utilizado recurrentemente para producir la decadencia del Estado de derecho argentino, mediante el avance sobre los derechos individuales y la lesión al equilibrio de los poderes y al sistema republicano, pues reúne más poder el Ejecutivo y disminuyen los controles del Legislativo y del Judicial.³⁴ Estas conclusiones

³¹ Ernesto Garzón Valdés en un trabajo titulado “Derecho y democracia en América Latina” (publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 7, núms. I y II, 2000), comienza sosteniendo: “Desde el punto de vista de la vigencia de ordenamientos políticamente democráticos y socialmente justos, América Latina sigue siendo el continente del desencanto y de la frustración. Al concluir el siglo XX, buena parte de sus países se encuentran en una situación más deficitaria aún que a comienzos del siglo” (p. 133). Más adelante, el reconocido autor indica que la “adopción de un punto de vista interno democrático” y el “establecimiento de una sociedad homogénea” son dos condiciones necesarias para la “plena vigencia de un orden jurídico como el que prescriben las Constituciones latinoamericanas” (p. 165). Finalmente expresa que “el problema de la relación entre derecho y democracia en América Latina no reside tanto en la promulgación de nuevas Constituciones sino más bien en la aplicación efectiva de las ya existentes a través de una política jurídica que haga posible el establecimiento de una relación causal entre prescripción normativa y comportamiento humano” (pp. 167/8). Por su parte, Carlos Santiago Nino en su notable libro titulado *Un país al margen de la ley*, (publicado por Emecé, en Buenos Aires, 1992) referido a la Argentina, explica desde la filosofía del derecho, la sociología y el derecho cómo la anomia es una de las características más negativas de nuestra sociedad. Nosotros pensamos que desafortunadamente estas penosas realidades también son comunes a otros países de la región.

³² De autoría de Hernández, Antonio María, Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, editada por la UNAM, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e IDEA Internacional, México, 2005.

³³ Concha Cantú et al., *La cultura de la Constitución en México*, México, UNAM, 2004, y en Bolivia, *El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente*, La Paz, Bolivia, PNUD-IDEA Internacional, 2007.

³⁴ Véase Antonio María Hernández (h.), *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni Editores, 2002, y 2a. ed., México, UNAM-Rubinzel Culzoni, 2003) donde analizamos las distintas emergencias padecidas y los institutos de emergen-

en general pueden extenderse a otros países de la región, no obstante las características distintivas entre ellos.

3. *El hiperpresidencialismo*

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación “hiper-presidencialismo”, tanto en Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta, en su obra *Fundamentos de derecho Constitucional*.³⁵

En el hiperpresidencialismo gobierna el presidente, mediante decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada, sin adecuados controles del Congreso que declina sus atribuciones, ni del Poder Judicial, que no efectúa un adecuado control de constitucionalidad. Actualmente pueden incluirse en esta categoría los casos de Argentina, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela.³⁶

cia previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución, que sirvieron para producir tan negativos efectos, en un país que ha vivido de emergencia en emergencia y con legislaciones que violaron la Ley Suprema.

³⁵ Que lleva como subtítulo “Análisis filosófico, jurídico y poliológico de la práctica constitucional” y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

³⁶ Véase Hernández, Antonio María, “Federalismo y constitucionalismo provincial”, Cap. VIII, “Sobre presidencialismo y federalismo en la República Argentina”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 y *Derecho Constitucional*, t. II, cit. en el cap. XVII sobre “El Poder Ejecutivo”, en los puntos indicados en la nota 26. Por su parte, también manifestó su preocupación al respecto Carpizo, porque: “..la falta de confianza en los partidos políticos, la atomización del sistema de partidos políticos, la corriente reelecciónista, el debilitamiento de los poderes legislativo y judicial, los referendos manipulados y no conducidos conforme a la ley, el problema del crimen organizado y un deterioro de la moral pública, vayan a conducir, a varios o a muchos de nuestros países, a una nueva ola, no de fortalecimiento de la democracia, sino de hiperpresidencialismo, donde los pesos y contrapesos del poder se debilitan y la protección de los derechos humanos palidece” (*Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, cit., p. 31).

4. *Democracias corporativas y delegativas*

Carlos Nino señaló además el problema del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado.³⁷ Por eso consideraba que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo que defendía de democracia “deliberativa”.³⁸

Agregamos a ello el problema de las democracias “delegativas”, que se diferencian de las representativas, pues se otorgan amplios poderes por el electorado a los presidentes, que gobiernan prácticamente solos o con un pequeño círculo y sin los controles de los otros poderes.³⁹

5. *Federalismos centralizados*

En el caso de los Estados federales como Venezuela, México, Argentina y Brasil, es evidente el proceso de centralización que se ha producido, aunque estos últimos ejemplos no pueden compararse con el primero, donde ya es muy difícil catalogar a dicho país como federal.⁴⁰

V. PERSPECTIVAS DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

En consecuencia, hacia el futuro aparecen dos opciones: o la continuidad y agudización de los problemas de calidad institucional e incumplimiento de la legalidad en las sociedades de la región o por el contrario, el inicio de un

³⁷ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., pp. 562-566.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 605.

³⁹ O'Donnell, Guillermo, “La democracia delegativa”, *La Nación*, 28 de mayo de 2009.

⁴⁰ Para un análisis de los sistemas políticos federales, véase Hernández, Antonio María, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, Cap. I.

proceso de cambio profundo que eleve el nivel de respeto y cumplimiento de las leyes y de nuestra cultura democrática y jurídica.

Es que debe comprenderse que no puede haber desarrollo ni avances sustanciales en la democracia latinoamericana,⁴¹ sin una efectiva vigencia de la fuerza normativa de las Constituciones y de la seguridad jurídica.

O sea que éste debe ser el objetivo primario en lo inmediato. Después habrá que pensar en instancias superadoras, para lo cual estimamos conveniente la consideración de estos temas:

1. La consagración del derecho internacional de los derechos humanos

Luego del triunfo sobre el totalitarismo en la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas, en su Carta constitutiva de 1945, proclamaron como el gran objetivo la vigencia de la democracia y los derechos humanos, que fueron solemnemente anunciados en la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948.

A partir de allí comenzó un importante proceso que importó la sanción de tratados internacionales en la materia y que vinculó más estrechamente a los órdenes constitucionales nacionales con el derecho internacional público. Esto significó —como antes lo adelantamos— el tránsito del constitucionalismo social al del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello fueron establecidos los sistemas mundial y regionales —como el europeo y americano— de protección de los derechos humanos.

Esta tendencia hacia la búsqueda de la paz perpetua —como lo preconizara Kant—, constituye para nosotros uno de los aspectos positivos

⁴¹ Recuerdo aquí especialmente a Jorge Carpizo, que luchó denodadamente por ella, con sus calidades de hombre de Estado, jurista y notable universitario. Y en particular, se debe tener presente su profundo análisis sobre los “contenidos materiales de la democracia”, como así también su “propuesta de cinco claves”, efectuada en uno de sus últimos aportes, el artículo “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, de especial relevancia para el actual Congreso Iberoamericano. Con respecto a sus claves para la democracia latinoamericana, sostenía Carpizo: “Una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas. Tres de carácter material, a saber: a) El respeto y protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político. b) La importancia que representa la oposición. c) La desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste. Una última de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta satisfactores tales como alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento”. (“Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., p. 8).

de la actual globalización, que pone el énfasis para ello en la vigencia efectiva de la democracia y de los derechos humanos.

En este aspecto, resulta evidente que ahora los derechos humanos tienen dos fuentes: la nacional y la internacional y que asimismo existen tribunales supranacionales en la materia, lo que junto al fenómeno de la integración, ha impactado en las leyes supremas de la región, originándose una distinta respuesta, pues algunas se han modificado para atender tal situación mientras que otras todavía no han contemplado adecuadamente estas nuevas realidades. En consecuencia, somos de la opinión que una de las perspectivas a considerar en futuras reformas constitucionales es la definitiva incorporación de esta fase superior del constitucionalismo.⁴²

2. La afirmación del derecho de la integración

Estamos convencidos que para evitar las consecuencias negativas del proceso de globalización en nuestra región, los países deben desarrollar procesos de integración y de descentralización de manera simultánea.⁴³

En cuanto al primer proceso, que está en marcha —más allá de sus problemas—, con las experiencias del Mercosur y del Nafta principalmente, se advierte que se está gestando un derecho de la integración, que en el futuro ha de originar un derecho comunitario, tal como lo indica la más avanzada experiencia de la Unión Europea.

Como lo dijimos anteriormente, dicho derecho no ha sido todavía contemplado por todos los órdenes constitucionales en la región y ello indica que también deberá ser incluido en la agenda de posibles modificaciones constitucionales en la región.

⁴² Como ha ocurrido con las reformas constitucionales de Colombia, en 1991 y de Argentina, en 1994. Esta última consagra el reconocimiento de jerarquía constitucional para los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos allí consignados, además de la posible incorporación de nuevos tratados a este sistema por parte del Congreso, en el inc. 22 del artículo 75. Asimismo, por el inc. 24 de la misma norma citada, referida a las atribuciones del órgano legislativo federal, se le otorga la facultad de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

⁴³ Véase Antonio María Hernández (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000 y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Allí explicamos que tanto la integración como la descentralización están interrelacionadas y que debe desarrollarse un avance simultáneo de ambos procesos para afirmar la mejor inserción posible en el mundo actual mediante la integración y por otra parte, por la descentralización, para la defensa de nuestras individualidades, tradiciones y culturas, amenazadas especialmente por la globalidad de los medios de comunicación masivos.

3. La consolidación de un proceso de descentralización del poder

Más allá de las distintas formas de Estado prescritas en América Latina, se puede observar como una de las características generales, la existencia de notorios fenómenos de centralización del poder, que incluye a los Estados federales.

En consecuencia, y a la luz de lo que acontece en los países más avanzados, donde la descentralización del poder es una auténtica idea fuerza,⁴⁴ consideramos que en América Latina se producirá paulatinamente un proceso de igual naturaleza. Obsérvese que estos debates se están produciendo no solo en los Estados federales sino también en los unitarios, que están avanzando en procesos de regionalización, como Perú, Chile, Colombia, Ecuador y Paraguay.

Por otra parte, reiteramos que la descentralización es la otra respuesta inteligente a los desafíos de la globalización. El neologismo “glocal” nos indica que debemos pensar ubicados en el mundo globalizado en que estamos insertos, pero que debemos actuar localmente y en consecuencia, existe la imperiosa necesidad de defender las autonomías y competencias de los gobiernos subnacionales y locales.

Mientras bien se ha destacado la importancia de las ciudades en la era actual,⁴⁵ nosotros hemos precisado el rol de las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional.⁴⁶

En consecuencia, estos dos procesos requieren un profundo cambio del derecho público de la región, a la luz del mundo actual, que muestra la tendencia hacia un regionalismo abierto, más allá de las fronteras nacionales.

4. La afirmación del control de constitucionalidad

Para nosotros resulta también muy importante que en el futuro se afirme el control de constitucionalidad, cualquiera que sea la modalidad de cada

⁴⁴ Con dos ejemplos notables: a) la creación de una nuevas formas federativas, como en Italia, Francia, España e incluso Inglaterra con la “devolution”, que ha transformado los anteriores estados unitarios y b) la consagración de una federación de estados en la nueva Constitución de Europa, como etapa final del proceso de integración europea. Véase *Federalismo y constitucionalismo provincial*, cit., en su cap. I.

⁴⁵ Borja, Jordi y Castells, Manuel, *Local y global-La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 1997.

⁴⁶ Hernández, Antonio María (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios y Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, cit.

país, para asegurar la supremacía de la Constitución y por tanto, el buen funcionamiento de los poderes y la vigencia de los derechos humanos.

5. Asegurar Estados eficaces

También pensamos que otra perspectiva debe ser la de asegurar el cumplimiento eficaz de los roles del Estado en el contexto de las democracias de la región. Ello significa fortalecer los poderes públicos y democráticos frente al avance de las corporaciones de poder económico y mediático. En consecuencia, debe producirse un renovado debate sobre las políticas públicas y la modernización de la administración, para alcanzar la vigencia de los principios del constitucionalismo social, en una América Latina que atraviesa graves problemas de este tipo.

En definitiva, necesitamos consolidar la fuerza normativa de las Constituciones y crear una nueva conciencia en la materia, para superar las promesas incumplidas de la democracia (Bobbio)⁴⁷ y lograr un buen funcionamiento del gobierno, del mercado y de la sociedad civil. Ello demanda, insistimos, una lucha tenaz y permanente para elevar la cultura institucional, política y jurídica de América Latina y para superar las profundas desigualdades que se padecen en la región.⁴⁸

⁴⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, España, Plaza & James, 1985.

⁴⁸ Escribió Carpizo al finalizar su trabajo antes citado: “De estos treinta años de fortalecimiento democrático y constitucional, no debe darse ningún paso hacia atrás. Ningún retroceso. Al contrario. La ruta es el fortalecimiento y la consolidación de la democracia política y social. Ello es también nuestra responsabilidad y debe ser, asimismo, nuestro compromiso” (*Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, cit., p. 31).