

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg22/336-338>

Rg **22** 2014 336–338

Roberto Gargarella

Explicando el constitucionalismo latinoamericano

ted the continental context »The new Latin American constitutionalism«. Additionally, the research leaves aside the study of some constitutional articles that directly or indirectly have a connection with the indigenous matter. Last but not least, the author highlights the limitations of this reform but ignores its positive aspects. The book is recommendable for those who want to question the

ideological sense of legal text which regulates indigenous or another minority group from a plural standpoint. Nevertheless, the theoretical analysis can be obvious for readers who have legal previous knowledge.



Roberto Gargarella

Explicando el constitucionalismo latinoamericano*

Por qué es que países con historias y trayectorias políticas similares, situados en la misma región, y a veces en épocas similares, llegan a promover reformas constitucionales tan diversas? Qué explica las similitudes y las diferencias que encontramos, dentro de la historia latinoamericana, en materia de creación constitucional? En *Making Constitutions. Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*, el investigador argentino Gabriel Negretto ofrece un estudio comparativo capaz de explicar los orígenes de diseños constitucionales particulares, y por lo mismo, diseños institucionales que en ocasiones se parecen tanto, y en otras terminan resultando tan diversos. Su estudio se apoya en datos provenientes de la historia latinoamericana, desde el año 1900 y hasta la actualidad. Las herramientas que utiliza el autor para fundamentar sus conclusiones son diversas, incluyendo el análisis comparado, la historia, y una amplia base de datos colectada durante años.

Según nos dice el autor, algunas teorías del cambio institucional – provenientes sobre todo del campo económico y agrupadas en el libro como *teorías cooperativas* – sugieren que los reformadores tienden a perseguir objetivos cooperativos, cuando dan inicio a un proceso de cambio constitucional. Mientras tanto, otras teorías – más comunes en la ciencia política, conocidas como *teorías distributivas*

– consideran que los reformistas se encuentran motivados fundamental o exclusivamente a favorecer cambios que contribuyan al objetivo de ganar elecciones e influencia sobre el diseño de políticas públicas.

Confrontando a tales aproximaciones unidimensionales, Negretto propone una teoría sobre la elección constitucional de dos niveles. El autor parte de la naturaleza dual de las Constituciones, que incluye estructuras cooperativas y de poder. Dicho marco institucional – agrega – provee de incentivos para que se desarrollen iniciativas dirigidas tanto a asegurar la mayor eficiencia de la Constitución, como reformas sesgadas a favor del partido más poderoso. Según Negretto, dentro de dicho esquema complejo (que sirve tanto como mecanismo de coordinación como de mecanismo distributivo), una lógica dual de elección y diseño constitucional parece resultar más plausible como fuente explicativa de los cambios que se introducen en el texto. Así, frente a un proceso reformista, la elección de un particular diseño institucional estaría marcada tanto por consideraciones de eficiencia, como por pretensiones más directamente partidistas. La existencia de motivaciones de dos tipos muy diferentes – agrega el autor – no necesita terminar con la producción de textos constitucionales contradictorios, ya que ellas pueden – y suelen –

* NEGRETTO, GABRIEL L., *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, XII, 283 p., ISBN 978-1-107-02652-0

orientarse sobre aspectos diferentes de la Constitución. Esto sería así, ya que los diferentes actores comparten el interés de construir una Constitución eficiente en lo que hace a la organización general de la misma, de modo tal de favorecer un orden político estable y que funcione. Al mismo tiempo, los intereses partidistas tienden a hacer que quienes tienen la oportunidad de influir en el diseño constitucional adopten instituciones que les aseguren ventajas particulares.

El mayor o menos impacto de las actitudes de cooperación o partidistas, dependen de diversos factores pero, en particular, nos dice Negretto, del evento particular que dispara el cambio constitucional. La presencia de las primeras – y así, de diseños institucionales marcados por consideraciones de eficiencia – tendería a primar cuando las élites políticas del caso promueven los cambios luego de un proceso de crisis que incluye, típicamente, demandas populares a favor de modificaciones estructurales. En tales condiciones, en donde prima la influencia de la performance pasada de un cierto régimen constitucional, resulta esperable que se promuevan arreglos institucionales diferentes de los que los actores hubieran alentado desde una posición de mayor hegemonía. Algo similar tiende a ocurrir en situaciones de mucha incertidumbre electoral, que también pueden impactar negativamente sobre los intereses partidistas más definidos, forzar el diseño de reformas más equitativas entre los diversos actores. Casos como el de Ecuador 1998 y Colombia 1991 ilustrarían la situación de una reforma guiada fundamentalmente por objetivos de eficiencia. Otras situaciones que se han dado en la historia latinoamericana, se distinguen en cambio por el mayor peso de los intereses partidistas y el poder relativo de los reformadores. En ellas, la reforma tiende a quedar marcada por la presencia del partido que cuenta con mayor poder relativo al momento de hacerse la reforma (partido que tiende a ser el que controla o que probablemente va a controlar la Presidencia de la Nación). Reformas como la de 1949, en la Argentina, muestran el dominio del partido del Presidente, y así también una menor necesidad de negociación de ese grupo político con las fuerzas de la oposición. El resultado se vincula entonces, esperablemente, con Constituciones modificadas bajo el impacto de intereses partidistas de más corto plazo.

En varios sentidos, el trabajo de Negretto es único: tanto por su objeto; como por la dimensión

y el detalle de la comparación que aborda; como por el foco, que se extiende a varios países de América Latina, en lugar de pretender generalizar a partir de unos pocos casos. Su carácter singular se deriva también de la excepcional combinación entre un cuidadoso examen cuantitativo, y un fino conocimiento de la historia legal de la región.

Dada su ambición, sin embargo, el estudio enfrenta riesgos significativos. El primero es el de proponer una aproximación que, por su peculiar dualidad, amenaza con convertirse en irrefutable: si el resultado de la reforma termina con un poder más concentrado, es que primaron los impulsos partidistas; si en cambio el poder se descentraliza, es porque no primaron, ganando espacio las tendencias a la cooperación. Cuándo es que podría decirse que la explicación no ha funcionado? Su estudio descansa, por otra parte, sobre supuestos que merecen ser precisados. Por caso, cuándo es que puede decirse que una reforma constitucional favorece al partido político dominante o de más peso? Y cuándo es que priman, en cambio, las tendencias a la cooperación? Piénsese, por ejemplo, en la reforma de la Argentina, de 1994. En dicho caso, podría decirse, el Presidente en ejercicio obtuvo lo que pretendía – el derecho de reelección – a cambio de reformas menores, que pretendieron «compensar» a la oposición. El ejemplo es revelador de los inconvenientes que afectan al análisis de Negretto. Para el autor, la reforma en cuestión es una reforma «híbrida». Sin embargo, ese juicio resulta de una evaluación problemática de los hechos en juego, derivada de una cierta desatención sobre la historia, y de una mirada más estática que dinámica sobre la práctica política. Ocurre que tanto la historia como la dinámica política muestran de qué modo los Ejecutivos poderosos en América Latina, en momentos que no son de crisis profunda, consiguen que sea su autoridad la que prevalezca (ya sea, gobernado por medio de decretos; pasando por encima de los límites que se le quieren imponer; o presionando sobre la justicia). De qué modo puede decirse, en contextos tales, que las ventajas obtenidas por el Ejecutivo (i. e., el derecho a la reelección) ha quedado compensado por cambios orientados en dirección aparentemente contraria (i. e., y como ocurriera en la Argentina, la introducción de un Consejo de la Magistratura, o de una Sindicatura General que al poco tiempo el Ejecutivo – y como era esperable – logra «torcer» a su favor)? La cuestión, en todo caso, exige de mayores precisiones conceptuales, y

de un análisis más sensible en términos históricos y dinámicos.

Las observaciones realizadas, de todos modos, de ningún modo cuestionan la importancia y el valor del trabajo de Negretto, que desde su publi-

cación representa un material de lectura necesario para cualquier estudio que quiera fijar su atención al constitucionalismo de América Latina.



Ulrich Jan Schröder

Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet*

Der Begriff von den »Verfassungsvoraussetzungen« wurde von Herbert Krüger geprägt. Sie liegen in der »geistigen Grundlage« und einer »adäquaten Gestimmtheit, damit das [verfassungsrechtliche] Programm sich verwirklicht«. ¹ Hier bricht sich eine pathetische Sprechweise Bahn: In diesem Sinne geht es um die Grundlagen der Verfassung und in gewisser Weise um *mehr* als nur das, was Recht ist. Auf dieser rhetorischen Wellenlänge sendet das sog. Böckenförde-Diktum ² und mit dieser Konnotation hat sich die Vereinigung der Staatsrechtslehrer im Jahr 2008 einer »Erosion von Verfassungsvoraussetzungen« angenommen. ³ Daneben gibt es auch eine nüchtern-rechtsdogmatische Sprechweise, die zum Ausdruck bringt, dass eine Aussage keine verfassungsrechtliche Verbindlichkeit erreicht und insofern *weniger* ist als Recht. Unklar an der Begriffsbildung Verfassungsvoraussetzung ist bereits, ob es sich um dasjenige handelt, was von der Verfassung respektive dem Verfassungsgeber normativ vorausgesetzt wird (etwa die *teloi* von Normen), oder um dasjenige, was der Verfassung *de facto* vorausgesetzt wird. Letzteres wird bisweilen auch als »Verfassungserwartung« bezeichnet. In die pathetische Bedeutung könnte

nahezu alles eingelesen werden, auf dem die Verfassung aufruhet: der *status quo* zur Zeit der Verfassungsgebung, Wertesystem, kulturelle Wurzeln, anthropologische Grundkonstanten. Schon in diesem semantischen Spannungsfeld läuft der Begriff der Verfassungsvoraussetzung Gefahr, an Unterscheidungskraft zu verlieren. Darüber hinaus büßt er ungemein an Trennschärfe ein, wenn sogar die Akzeptanz des Rechts und der Regelungsgrund bzw. -gegenstand der Verfassung in den Begriff einbezogen werden. ⁴

Rechtshistorisch sind die Verfassungsvoraussetzungen in dreifacher Hinsicht relevant: Erstens mag man fragen, welche Bedeutung sie zu früheren Zeiten hatten und welche wissenschaftliche Behandlung sie seinerzeit erfuhren. Zweitens mögen die Voraussetzungen des Grundgesetzes gerade deswegen rechtlich relevant sein, weil sie eine historische Tiefendimension haben. Drittens schließlich gibt es ein historisch-kulturwissenschaftliches Interesse an den historischen Wurzeln verfassungsrechtlicher Normen auch dann, wenn jene für die Auslegung keine Rolle mehr spielen. Alle diese Spielarten rechtshistorischer Bezugnahme finden sich in dem Band »Verfassungsvoraussetzungen«,

* MICHAEL ANDERHEIDEN, RAINER KEIL, STEPHAN KIRSTE, JAN PHILIPP SCHAEFER (Hg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 832 S., ISBN 978-3-16-152577-3

1 Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, 285 (287).

2 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92 (112). Vgl. auch ULRICH JAN SCHRÖDER, Wovon der Staat lebt, in: JZ 2010, 869 (873 f.).

3 VVDStRL 68 (2009); die Berichtsgegenstände waren: Religiöse Freiheit als Gefahr?, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, Demografischer Wandel

und Generationengerechtigkeit, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?

4 CHRISTOPH MÖLLERS, in: VVDStRL 68 (2009) 47 (51 f.) trennt Voraussetzung und »Sachverhalt«.