

SANFORD LEVINSON

NUESTRA CONSTITUCIÓN ANTIDEMOCRÁTICA

**En qué se equivoca la Constitución
(y cómo puede corregirla el pueblo)**

Traducción y estudio introductorio de
Juan F. González Bertomeu

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

ÍNDICE

	Pág.
ESTUDIO INTRODUCTORIO. ¿LA CONSTITUCIÓN DE SÍSI-FO? LEVINSON Y EL CAMBIO INSTITUCIONAL	11
1. LOS PROBLEMAS MÁS RELEVANTES	13
1.1. El bicameralismo y el Senado	13
1.1.1. El filibusterismo	15
1.2. El Colegio Electoral	17
1.3. Los poderes del presidente	17
1.4. Reforma de la Constitución (y polarización política).....	20
1.4.1. Enmienditis y veneración.....	20
1.4.2. Consecuencias de la dificultad del cambio: entre el pacto suicida y la parálisis legislativa	23
1.4.3. Causas de la polarización.....	25
1.4.4. Polarización y cambio constitucional	27
1.4.5. Las implicaciones del análisis.....	29
1.4.6. El proceso de reforma	30
2. OTRAS CUESTIONES.....	31
2.1. El reemplazo «al por mayor» de los legisladores	31
2.2. Gobierno dividido	32
2.3. Presidentes «proscritos»	35
3. LO QUE QUEDA FUERA	36
3.1. Mayores derechos.....	36
3.2. Instituciones y cambio social	37
AGRADECIMIENTOS	39
PRELUDIO. LA SABIDURÍA DE THOMAS JEFFERSON	43
INTRODUCCIÓN. HISTORIA DE DOS FIRMAS	45

	Pág.
CAPÍTULO 1. EL REFERENDO POR LA RATIFICACIÓN. ENVIAMOS LA CONSTITUCIÓN A UNA NUEVA CONVENCIÓN PARA QUE SEA REPARADA.....	53
1. SUPERAR LA VENERACIÓN	58
2. ATRAPADOS DENTRO DE LA JAULA DEL ART. V	62
 CAPÍTULO 2. NUESTRO PROCESO LEGISLATIVO ANTIDEMOCRÁTICO	 67
1. EL BICAMERALISMO Y EL PROBLEMA GENERAL DE LOS «PUNTOS DE VETO».....	71
2. BICAMERALISMO O TRICAMERALISMO: ¿POR QUÉ DEBERÍA EL PRESIDENTE TENER PODER DE VETO?.....	80
3. NUESTRO SENADO ILEGÍTIMO.....	91
4. EL PROBLEMA ESPECIAL DEL GOBIERNO DIVIDIDO: ¿CUÁN SEPARADAS QUEREMOS QUE ESTÉN NUESTRAS INSTITUCIONES?	104
5. LA CONSTITUCIÓN COMO PROMOTORA INVOLUNTARIA DE DISCONTINUIDAD EN EL GOBIERNO (Y DE DICTADURA PRESIDENCIAL).....	111
6. LA DUDOSA LEGITIMIDAD DE LOS CONGRESOS SALIENTES.....	116
7. CONCLUSIÓN.....	118
 CAPÍTULO 3. EL LEGADO DEL ART. II. PRESIDENTES DEMASIADO PODEROSOS, ELEGIDOS MEDIANTE UN PROCESO INDEFENDIBLE, Y QUE NO PUEDEN SER REEMPLAZADOS INCLUSO CUANDO SEAN MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTES	 121
1. NUESTRO TERRIBLE SISTEMA DE SELECCIÓN PRESIDENCIAL.....	123
2. ¿CUÁNDO COMIENZA A GOBERNAR EL PRESIDENTE? NUESTRA TOMA DE POSESIÓN INDEFENDIBLEMENTE TARDÍA	138
3. PODERES PRESIDENCIALES	142
3.1. El presidente como comandante en jefe y salvador de la nación	142
3.2. El poder de perdonar	151

	Pág.
4. SOBRE CRÍMENES Y ABUSOS DE AUTORIDAD: POR QUÉ LOS PRESIDENTES CRIMINALES SUPONEN UNA AMENAZA MENOR QUE LOS «MERAMENTE» INCOMPETENTES	153
5. ¿Y QUÉ HAY DEL VICEPRESIDENTE?	160
CAPÍTULO 4. EL MANDATO VITALICIO DE LOS JUECES DE LA CORTE SUPREMA. UNA IDEA CUYO TIEMPO YA HA PASADO	163
CAPÍTULO 5. LA CONSTITUCIÓN COMO CREADORA DE CIUDADANOS DE SEGUNDA CLASE	179
1. CALIFICACIONES PARA LA CÁMARA DE REPRESENTANTES Y EL SENADO: UNA MANCHA A LOS VALORES DEMOCRÁTICOS	180
1.1. Edad.....	180
1.2. Duración de la ciudadanía	183
1.3. Residencia y localismo.....	184
2. ¿PUEDEN TODOS LOS CIUDADANOS ESTADOUNIDENSES ASPIRAR A VIVIR EN LA CASA BLANCA?	188
2.1. ¿Deberían realmente los Estados Unidos declarar que los inmigrantes no pueden postular a la presidencia?	188
2.2. ¿Dónde exactamente están los Estados Unidos y qué influencia tiene esto sobre la cuestión de quién puede ser presidente?.....	190
2.3. ¿Desalojo de la Casa Blanca tras dos mandatos?	192
CAPÍTULO 6. EL IMPERMEABLE ART. V	195
CAPÍTULO 7. DESENCANTO Y DESEO. ¿QUÉ HACER?.....	203
1. ¿QUÉ HACER?.....	203
2. HAGA REAL EL REFERENDO	212
EPÍLOGO. LA SABIDURÍA DE WOODROW WILSON	215
APÉNDICE. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	217
PREÁMBULO	217
ART. I	217

	<u>Pág.</u>
ART. II.....	223
ART. III.....	225
ART. IV.....	226
ART. V.....	227
ART. VI.....	228
ART. VII.....	228
ENMIENDAS A LA CONSTITUCIÓN.....	228

ESTUDIO INTRODUCTORIO

¿LA CONSTITUCIÓN DE SÍSIFO? LEVINSON Y EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Juan F. GONZÁLEZ BERTOMEU¹

Narra el Antiguo Testamento que Dios comunicó su ley a Moisés y se ató las manos irrevocablemente². Para bien o para mal, la ley divina había de ser una ley inmutable y eterna (al menos hacia el futuro). Ninguna ley terrenal puede aspirar a tal permanencia. Pero hay intentos en el mundo contemporáneo por hacer irrevocables ciertos compromisos estimados centrales, como el respeto del federalismo y ciertos derechos básicos de las personas en la Constitución alemana [*Grundgesetz*], protegidos justamente por la denominada «cláusula de la eternidad» [*Ewigkeitsklausel*]³. Una pregunta relevante es si los Estados Unidos, más allá de lo que sus fundadores hayan deseado, se ven hoy en una situación de inmovilidad similar, aunque ya no referida a contenidos constitucionales *específicos*, como en el caso alemán, sino a *todo el edificio* que la Constitución construyó.

Las constituciones suelen poner algún tipo de traba a la capacidad de acción de las mayorías políticas, haciendo más difícil la adopción de decisiones y, en algunos casos, retirando cuestiones del menú de opciones (aunque no necesariamente de la agenda pública). Como la mayoría de las regulaciones, las constituciones limitan a la vez que hacen posible aquello que regulan⁴. Así, también atribuyen poder al Estado y, aunque

¹ J. S. D. (2012) y LL. M. (2003), NYU School of Law. Agradezco a María Paula Saffon y a Víctor Ferreres-Comella por su lectura de una versión previa de este trabajo y sus comentarios pertinentes; los errores que queden son responsabilidad mía.

² Véase J. H. H. WEILER, «The Trial of Jesus», *First Things*, junio-julio 2010. En Deuteronomio 4:2, Moisés enseña la ley de Dios afirmando: «No añadiréis a la palabra que yo os mando, ni disminuiréis de ella, para que guardéis los mandamientos de Jehová vuestro Dios que yo os ordeno». Algo similar aparece en Deuteronomio 12:32: «Cuidarás de hacer todo lo que yo te mando; no añadirás a ello, ni de ello quitarás». Y en Salmos 111:7-8: «Fieles son todos sus mandamientos, afirmados eternamente y para siempre».

³ Véase *Grundgesetz*, GG [Ley Básica], arts. 1, 20 y 79.3 (Alemania).

⁴ Véase Stephen HOLMES, *Passions and Constraint*, University of Chicago Press, 1995; Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, 1993 (*Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004).

parezca paradójico, sientan las bases para la participación política. Las trabas pueden darse, y usualmente se dan, a dos niveles relacionados: las *instituciones* que la Constitución crea y el proceso de *reforma* de la Constitución. En primer lugar, los arreglos en materia de organización del poder estipulados en la Constitución pueden limitar en mayor o menor grado la capacidad de acción de las mayorías o la participación popular (dos cuestiones que no son idénticas). Esos límites cobran especial significado porque, en segundo lugar, reformar los arreglos sobre el poder —reformar la Constitución— es usualmente complejo, en el sentido de que algo más que la mera aprobación de una ley es necesario para hacerlo.

Una Constitución podría poner mayores trabas a uno de estos niveles. Por ejemplo, su texto podría ser difícil de reformar formalmente pero el diseño institucional allí estipulado podría ser muy permeable a la capacidad de las mayorías o a la participación política. O, a la inversa, las instituciones creadas podrían entorpecer en cierto sentido el poder de las mayorías, pero la puerta podría quedar relativamente abierta para modificarlas. *El problema en los Estados Unidos es que la Constitución parece poner un doble escollo a las mayorías políticas, y en ambos casos se trata de un escollo muy fuerte.* Las instituciones que la Constitución crea son insuficientemente mayoritarias y participativas, y sortear los mecanismos contemplados para reformarlas es notablemente difícil.

El fantástico libro que tengo el privilegio de prologar, escrito por el profesor Sanford Levinson, llama la atención sobre estas cuestiones. La obra es particularmente valiosa pues está escrita con el afán de alcanzar a una audiencia amplia que incluya a gente políticamente interesada aunque no versada en cuestiones legales o institucionales. Pero, además, el autor no se conforma con ofrecer un análisis crítico de la Constitución estadounidense, lo que de por sí sería un aporte relevante. Levinson estructura su libro sobre la base de una propuesta que, según lamenta, es por ahora solo teórica: la convocatoria a un referendo nacional en el que los ciudadanos serían invitados a votar sobre la necesidad de organizar una convención que reforme la Constitución. Levinson procura así motivar a sus lectores y llamarlos a la movilización política, sugiriendo maneras de superar los problemas que describe. Utilizando las palabras empleadas por el propio autor, el libro es un excelente ejemplo de trabajo académico en un sentido «no peyorativo».

Las cuestiones problemáticas que Levinson identifica son varias, y en la mayoría de los casos su análisis es tan claro como convincente. En este trabajo solo puedo ocuparme de algunos de esos problemas y de una porción del análisis. Lo hago con la finalidad de evaluar críticamente algunos argumentos, complementar la exposición de Levinson en algunas cuestiones puntuales, y pensar en la aplicación de sus ideas a escenarios políticos más allá de los Estados Unidos.

1. LOS PROBLEMAS MÁS RELEVANTES

Según entiendo, cuatro de las materias analizadas por Levinson son particularmente importantes y ocupan, justificadamente, un lugar destacado en el libro. Ellas son: 1) la existencia (y configuración particular) del Senado; 2) el Colegio Electoral; 3) los poderes del presidente, y 4) el proceso de reforma de la Constitución. Los tres primeros temas están espléndidamente tratados por el autor y, salvo para complementar su análisis o para llamar la atención sobre alguna omisión, no agregaré casi nada. La cuestión de la reforma constitucional merece en cambio un comentario más extenso. Del resto de temas que Levinson analiza, mencionaré tres cuyo análisis en el libro considero algo más problemático: 5) el reemplazo de legisladores; 6) la situación de «gobierno dividido», y 7) la prohibición de una segunda reelección. Finalmente, haré una muy breve referencia a dos cuestiones que quedan fuera del libro: la ampliación de los derechos y el vínculo entre instituciones y cambio social.

1.1. El bicameralismo y el Senado

Tal como señala el autor, la estructura bicameral en los Estados Unidos, particularmente debido al modo en que está organizado el Senado, resta vocación mayoritaria al sistema político. En primer lugar, aprobar legislación en un órgano dividido en dos cámaras es más difícil (sin considerar otras cuestiones) que en un órgano unicameral. Pero, en el caso de los Estados Unidos, ello sucede de manera especial debido a que la Constitución garantiza a todos los estados un poder igual de voto sin importar su población, y asigna al Senado facultades legislativas virtualmente simétricas a las de la Cámara de Representantes⁵. Tomando en cuenta el nivel de representatividad de los senados o las cámaras altas en el mundo, medido en función del peso que tiene el voto de cada ciudadano en las elecciones legislativas, Estados Unidos ocupa el quinto puesto de las cámaras menos representativas⁶. Levinson es gráfico: «Doce estados cuya población total, de aproximadamente 14 millones, es menor al 5 por 100 del total de población de los Estados Unidos eligen casi un cuarto del senado»⁷.

El argumento de Levinson es que la configuración particular del Senado hace difícil adoptar legislación apoyada por la mayoría y otorga de-

⁵ Es decir, el Senado nunca puede ser derrotado por la Cámara de Representantes al momento de aprobar una ley.

⁶ David SAMUELS y Richard SNYDER, «The Value of a Vote: Malapportionment in Comparative Perspective», *B. J. Pol. S.*, 31, pp. 651-671 (2001), p. 662. La lista la encabeza Argentina, un país federal con una estructura institucional inspirada en la de los Estados Unidos, que también asigna igual cantidad de senadores por distrito, pero que tiene aun mayores disparidades de población (*ibid.*).

⁷ Capítulo 2, apdo. 3.

masiado poder a los estados menos poblados. En países federales, como los Estados Unidos, es común que exista una cámara alta que represente de un modo más fuerte los intereses de los distritos que componen el país. Sin embargo, como sostiene el autor, algunos de ellos cuentan con mecanismos para que la cámara baja, más representativa de la ciudadanía, pueda en ciertos casos vencer la resistencia de la cámara alta⁸. La configuración del Senado y la ausencia de estos mecanismos tienen como consecuencia reforzar el poder de negociación de los estados pequeños, lo que se traduce, entre otras cosas, en una mayor captura de rentas del Estado federal (el episodio del «Puente hacia ninguna parte» que el autor menciona al comienzo del libro ilustra muy bien el punto). Esta asignación de recursos, en muchos casos destinados a usos clientelares, es entonces dirigida a estados que no necesariamente son los que peor están en términos socioeconómicos. Por caso, ninguno de los siete estados menos poblados (que Levinson enumera)⁹ se encontraba en el año 2010 entre los 25 estados con hogares más pobres del país¹⁰.

El principio de igualdad de poder de voto en el Senado es prácticamente imposible de modificar en los Estados Unidos, pues la Constitución estipula que los estados no pueden ser privados del mismo sin su consentimiento, y es irrazonable pensar que un estado pueda prestarlo en el futuro. A la sazón, Levinson sostiene que uno de los argumentos que explican la igualdad de poder de voto en el Senado fue la necesidad de que los estados pequeños consintieran en ratificar la Constitución luego de su redacción en Filadelfia en 1787, pero que esta justificación no existe para el caso de los estados que fueron incorporados luego al país o que se incorporen en el futuro. La premisa del argumento es por supuesto correcta, pero la conclusión del autor no necesariamente lo es. Podría pensarse que un estado nuevo solo aceptaría sumarse a la unión si se le garantizara tal poder. Más allá de esto, sería peculiar que los estados del país contaran con distinto peso político en relación con la toma de decisiones a nivel nacional. Los ciudadanos de la ciudad de Washington, la capital de los Estados Unidos, cuentan en efecto con un poder político mucho menor (no envían representantes al Congreso), pero esto es porque la ciudad no es considerada un estado, lo que no impide que muchas voces demanden un trato igualitario.

Levinson sostiene que la Cámara de Representantes respeta en mejor medida el principio democrático «una persona un voto». De hecho, los Estados Unidos ocupan el puesto 64.º en una lista de las cámaras bajas menos representativas (que incluye 78 países)¹¹, lo que deja bien

⁸ Esto sucede en Alemania. Véase *Grundgesetz*, GG [Ley Básica] (1949), arts. 77-78 (Alemania).

⁹ Alaska, Delaware, Montana, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Vermont y Wyoming.

¹⁰ Los datos surgen de información recopilada por la organización *statehealthfacts.org*. Véase <http://www.statehealthfacts.org/comparemappable.jsp?ind=16&cat=1> (última consulta el 4 de septiembre de 2012).

¹¹ Véase SAMUELS y SNYDER, «The Value of a Vote», p. 660. Argentina ocupa el puesto 12.º en materia de falta de representatividad en la cámara baja.

parado al país en este sentido, al menos sin considerar cuestiones como la excesiva influencia del dinero privado en las campañas. Sin embargo, el autor afirma que el sistema electoral mayoritario establecido para la selección de representantes refuerza la tendencia *localista* de la política que la existencia del Senado ya de por sí generaba. El sistema divide cada estado en distritos, en cada uno de los cuales se elige un representante. Por ende, el representante ni siquiera defiende los intereses de su estado sino, por ejemplo, del «cuarto» o «quinto distrito» de su estado. La consecuencia es, según Levinson, que los miembros de la Cámara de Representantes son poco representativos de los intereses de la sociedad en su conjunto.

Levinson reconoce que organizar el gobierno con el fin de permitir el triunfo regular de la mayoría no es la única opción sobre la mesa. El sistema político podría promover la adopción de decisiones *más consensuadas*, y restar potencial mayoritario al Congreso podría ser una manera de apuntar a ello. Un sistema tal podría dar fuertes incentivos a la mayoría para negociar con la minoría y encontrar así puntos de acuerdo. El autor muestra, sin embargo, que el gobierno de los Estados Unidos *tampoco* es un gobierno de consenso. Una pregunta central, dado que Levinson analiza las instituciones formales del país, es si es este un problema institucional. Postergo la respuesta a este interrogante por un momento.

1.1.1. El filibusterismo

Además de las estipulaciones constitucionales, el Congreso de los Estados Unidos tiene *procedimientos internos* que obstaculizan la adopción de políticas preferidas por la mayoría. Llama la atención, debido a su importancia central, que Levinson no analice en profundidad uno de ellos: el filibusterismo en el Senado. Me refiero a la regla vigente en esa institución que exige la anuencia de 60 de los 100 senadores para cerrar un debate sobre un tema y llamar a votación. Esta regla implica que el 41 por 100 de los senadores —es decir, una minoría o incluso una superminoría— puede negarse a cerrar el debate, lo que los senadores logran simplemente hablando, ya sea sobre el tema en cuestión o sobre cualquier otro. Una primera razón que podría justificar la ausencia de un análisis pormenorizado en el libro es que Levinson presta especial atención a las reglas *impuestas por la Constitución*, y no hay nada en la Constitución que exija el filibusterismo. La regla podría ser modificada por el propio Senado mediante un voto por mayoría (lo que, según la práctica legislativa, solo podría hacer el primer día de sesiones), aunque el voto podría ser obstaculizado si se ejerciera un filibusterismo. Pero Levinson dice algo más concreto. Según el autor, la falta de representatividad del Senado impide sostener que el filibusterismo ponga una herramienta adicional de veto en manos de la minoría, simplemente porque podría ocurrir que la minoría en el Senado fuera la mayoría política a nivel nacional.

Estas razones no justifican el poco interés por el tema. Comenzando por la última, esté o no el Senado en manos de la minoría a nivel nacional, la situación *sin* la existencia del filibusterismo parece siempre mejor (en términos del potencial mayoritario del sistema político) que la situación *con* él. Levinson reconoce que, incluso cuando los partidos manipulan rutinariamente los distritos electorales en beneficio propio, la Cámara de Representantes refleja de mejor modo la voluntad popular que el Senado. Por ende, cuando el Senado queda en manos de una *minoría* de la *población*, es relativamente improbable que la minoría en ese órgano (representante a su vez de la *mayoría* de la *población*) emplee el filibusterismo, dado que con frecuencia estará en sintonía con la mayoría en la Cámara de Representantes. Podrá hacerlo en relación con propuestas iniciadas por el propio Senado¹², pero ya no tanto en relación con la aprobación de leyes que cuentan con el aval de la Cámara de Representantes. Y, por supuesto, si el Senado está en manos de una *mayoría* de la *población*, el filibusterismo ejercido por la minoría de este órgano es antimayoritario. En ambos casos, las mayorías nacionales se beneficiarían con la remoción de este obstáculo.

Por otro lado, no hay que olvidar que, más allá de que el filibusterismo no esté en la Constitución, se trata de una práctica que opera como una regla paraconstitucional que da forma al proceso legislativo. La preocupación legítima de Levinson es hacer más mayoritario y representativo el sistema político estadounidense, y la eliminación del filibusterismo apuntaría claramente en esa dirección. Y, a diferencia de las reformas constitucionales, que son mucho más costosas, el cambio podría lograrse sin enormes esfuerzos políticos.

Desde luego, movilizar a una mayoría del Senado en pos del cambio podría ser complejo, dado que se trata de la renuncia por parte de los senadores a una herramienta potencial de veto sobre sus colegas. Salvo el supuesto en que un partido goce (y tenga la expectativa de gozar) de la mayoría en el Senado durante mucho tiempo, el partido que controle este órgano podría no querer dar ese paso; podría encontrar útil el filibusterismo en el caso de quedar en minoría. La muy reciente serie de la televisión estadounidense *Veep* (que describe las desventuras de una vicepresidenta que lucha contra la irrelevancia institucional que su cargo implica y que, más allá de esta cuestión específica, podría verse como buen complemento a este libro) muestra este tema a la perfección. En un episodio que narra los intentos infructuosos de la vicepresidenta de impulsar la modificación del filibusterismo, un senador afirma que lograr tal cambio sería equivalente a «persuadir a alguien a que se pegue un puñetazo en la cara»¹³. Con todo, en términos relativos, la energía política necesaria para hacerlo es mucho menor que la necesaria para reformar la Constitución.

¹² Si estas propuestas fueran aprobadas por el Senado, probablemente no conseguirían apoyo en la Cámara de Representantes.

¹³ *Veep*, episodio 2, temporada 1: *Frozen Yoghurt*.