

ISSN 1889-8068



**redhes**

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

# Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Año IV No. 8 Julio-Diciembre 2012



Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí  
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla  
Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes  
Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes  
Educación para las Ciencias en Chiapas (ECICH)

# LOS PODERES INNOMINADOS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

## La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado

Alejandro Medici<sup>1</sup>

**Resumen:** En este escrito, exploramos la necesidad de ampliar las discusiones acerca de ingeniería constitucional comparada en nuestra región referida a la estructura dualista clásica de las constituciones: poderes y derechos y garantías, al cuadro total de los poderes fácticos innominados vinculados al acumulado histórico de una matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser y de los poderes nominados constitucionalmente (típicamente legislativo, ejecutivo y judicial).

**Palabras clave:** Nuevo constitucionalismo, Latinoamérica, poderes fácticos, división de poderes, colonialidad.

**Abstract:** In this paper, we explore the need to expand the discussions about comparative constitutional engineering in our region referred to the classical dualistic structure of the constitutions: powers and rights and guarantees, into the total spectrum about unnamed de facto powers linked to the historical accumulated of a matrix of coloniality of power, knowledge and being nominated and the powers constitutionally (usually legislative, executive and judicial).

**Wordkeys:** New constitutionalism, Latin America, de facto powers, separation of powers, coloniality.

### 1. Introducción

En este escrito exploramos la necesidad de ampliar las discusiones acerca de ingeniería constitucional comparada en nuestra región referida a la estructura dualista clásica de las constituciones: poderes y derechos y garantías, al cuadro total de los poderes fácticos innominados vinculados al acumulado histórico de una matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser y de los poderes nominados constitucionalmente (típicamente legislativo, ejecutivo y judicial). Ello permitirá ir más allá de las polémicas abstractas

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de La Pampa. Correo-e: ale\_medici@yahoo.com. Artículo recibido: 2 de octubre de 2012; aprobado: 7 de noviembre de 2012.



acerca de las ventajas o desventajas de los modelos presidenciales o parlamentarios y ponderar mejor el muchas veces mentado hiperpresidencialismo en los casos de gobiernos postneoliberales pero de fuerte legitimidad democrática de origen y de ejercicio en nuestra región. Si bien los casos son obviamente muy variados y responden a trayectorias nacionales diversas se puede intentar un marco teórico que permita un comparatismo geopolíticamente situado que fundamente en el futuro mejores comprensiones acerca de:

- La relación entre poderes nominados constitucionalmente y poderes fácticos innominados arraigados en el acumulado histórico de las formas de colonialidad del poder en sus expresiones históricas y contemporáneas.
- De esta forma se podrá explicar mejor la relación entre derechos humanos y el cuadro total de poderes fácticos e institucionalizados en lo que hace a sus condiciones de posibilidad, alcances y límites.

## **2. Los poderes fácticos innominados en América Latina: sus orígenes coloniales y su presencia inercial en la matriz de colonialidad del poder**

El filósofo del derecho y jurista de la universidad de Camerino, Luigi Ferrajoli ha dicho que el estado constitucional contemporáneo porta en sí mismo una tensión permanente entre el modelo garantista de los derechos fundamentales, entendidos como la ley del más débil y los poderes sociales salvajes y neoabsolutistas. Estos poderes públicos y privados, antijurídicos y extrajurídicos en sus diversas combinaciones, solapamientos y mutuos reforzamientos conforman una variada fenomenología de facticidad que socavan en el plano externo la legitimidad y en el interno la validez del estado constitucional perjudicando en definitiva al pueblo o a los más débiles que son justamente aquellos para cuya tutela se dispone un orden finalista de derechos y garantías que deberían ser indisponibles para el mercado y para el estado. Ferrajoli realiza este diagnóstico crítico desde una Europa que ve cómo el estado social es desvirtuado cuando no desmantelado por una economía global de mercado que va restando capacidad a los estados constitucionales que la integran, afectando la supremacía de la constitución, de sus derechos y de sus garantías en la prelación de fuentes del derecho. En ese vaciamiento las tecnocracias supranacionales privadas y públicas se imponen sobre la democracia, la ciudadanía y sus derechos. Diagnóstico más actual que nunca a la luz de la crisis económico-social que devasta a los pueblos del viejo continente.

Sin embargo, como nosotros pretendemos pensar en forma situada desde la realidad de nuestra región, cabe preguntarnos si este diagnóstico (sin duda progresista e imbuido en la apuesta por la realización de las promesas emancipatorias de la modernidad jurídica) de la teoría general del garantismo, compartido por las expresiones



más críticas y lúcidas del neoconstitucionalismo, es adecuado a la historia y presente del estado constitucional de nuestra región. Sin duda que la importante noción de esta dialéctica inherente al estado constitucional entre poderes y derechos debe ser puesta al día desde nuestra realidad.

En esa búsqueda resulta útil el trabajo de Bartolomé Clavero, una lectura de su obra *“El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional”*<sup>2</sup>, muestra cómo en nuestro estado constitucional latinoamericano, la relación entre poderes y derechos ha sido siempre, e independientemente de la extensión e intención declarativa de éstos en los textos constitucionales, relativamente desajustada a favor de los primeros; siendo nuestro constitucionalismo en sus prácticas mucho más “de poderes”, que “de derechos”. También nos da pistas para trazar una genealogía histórica de los mismos dado que existe por un lado una concreción institucional de los poderes en la célebre trinidad que, cuál secularización del sagrado orden trinitario de la cristiandad (padre, hijo y espíritu santo) entroniza el constitucionalismo moderno: legislativo, ejecutivo (gubernativo) y judicial. Dicha trilogía constituye apenas un recorte de la fenomenología de poderes en danza en los orígenes del estado moderno y su expansión colonial: por un lado esa trinidad constitucional presupone los derechos subjetivos reconocidos a los individuos a cuya garantía están afectados, concibiéndose incluso la división de poderes como garantía en sentido genérico por parte del constitucionalismo demoliberal. Así lo explica uno de los originales formuladores de la doctrina de la división de poderes: John Locke en el *Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil* ya que ellos son así dispuestos para proteger los derechos naturales de los individuos propietarios evitando el gobierno arbitrario. No obstante, Clavero sostiene que esta distinción de poderes del segundo ensayo, se debe analizar sin perder de vista su antecedente que es la división de poderes previa establecida en el Primer Ensayo sobre el gobierno civil, aquél usualmente menos conocido en el que nuestro autor discute la teoría de la legitimidad patriarcal de la monarquía sostenida por Robert Filmer. Encontramos entonces primero, un poder doméstico o de familia *fatherly power* que se ejerce no solamente sobre la mujer y los hijos, sino también sobre el trabajo por cuenta ajena asalariado, servil o esclavo. Segundo un *power grounded on property*, cuya primer manifestación está relacionada al poder anterior: la propiedad sobre sí mismo y después por añadidura sobre los frutos del trabajo, del que obviamente carecen aquellos sometidos al poder doméstico ya enumerados, incluyendo todas las manifestaciones del trabajo dependiente, por cuenta ajena. Este poder basado en la propiedad genera por virtud de la acumulación hecha posible a través de la moneda en tanto que equivalente general de las mercancías, una relación entre individuos propietarios que es la base de la segunda ordenación tri-

2 Clavero, Bartolomé (2007), *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid.



nitaria de poderes, aquella destinada a protegerlos y veremos también, a dilatarlos espacial y temporalmente.

“El segundo espacio, el de la propiedad, resulta el ámbito que hubiera de sustentar el universo político mediante la concurrencia de individuos en pié de igualdad. Aquí es donde se plantea un sistema que pusiera a los propietarios, esto es a los padres de familia europeos con patrimonio y sin necesidad de enajenar su trabajo, a cubierto de otros posibles poderes que no dependiesen de ellos”.<sup>3</sup>

Entonces el consenso de los individuos propietarios padres de familia es el que genera el orden trinitario del Segundo Ensayo destinado a garantizar esa convergencia entre poder doméstico y propietario. Veamos que además, existe en la versión de Locke una peculiaridad, en el trío se incluye un poder legislativo, un poder ejecutivo de las cosas del derecho civil (que viene a ser un poder judicial), y un poder federativo, o como se le llamará después ejecutivo de las cosas del derecho de gentes (es decir que se proyecta a la relación externa con otros reinos o repúblicas, según la nomenclatura de la época, o se dilata a las colonias, en el origen de lo que más adelante se va a denominar derecho internacional). Tomada así en abstracto, la separación trinitaria de poderes de Locke no hará fortuna en Inglaterra, donde como se sabe la moderación de la monarquía surgió de la evolución del poder estamental de los lores y de los comunes.

Solamente se entiende su sentido histórico si se la fundamenta en el orden doméstico- propietario del primer ensayo (que después se llamará ámbito privado) que la trinidad estaba destinada a proteger. Sí tuvo fortuna y arraigó la idea en América, pero además en este escenario se produjo la dilatación de esos poderes domésticos propietarios europeos en el contacto con las áreas que se consideraban a la luz de la doctrina del Segundo Ensayo como todavía en estado de naturaleza, fuera del pacto de asociación civil, fuera de la sociedad civil entonces y por añadidura fuera de la civilización, es decir, en estado de naturaleza: *“en el principio, todo el mundo era América”*. Esos poderes “doméstico propietario” y “federativo”, se transformarán en exorbitantes en el contexto de las colonias americanas, incluso en las relaciones marcadas por la colonialidad del poder de las naciones formalmente independientes de América. Cuando entre el primer y segundo ensayo sobre el gobierno civil Locke teoriza estos poderes doméstico patriarcal sobre el que se erige la trinidad nominada en el segundo ensayo, y cuando piensa el poder federativo en el contexto americano (previo a la sociedad civil), los piensa entonces como poderes que se exorbitan y se dilatan en contacto con las poblaciones, los territorios y las riquezas americanas, generando el derecho de conquista, apropiación y

3 *Ídem.*, p. 42.



esclavización con esas gentes reluctantes a ingresar al estado de civilización y al sentido utilitario de la propiedad privada y de la acumulación de capital modernas.

Esta situación que Locke fundamenta no era diversa de la justificación que, durante la modernidad temprana, sostiene un Ginés de Sepúlveda en la querrela de Valladolid que lo enfrenta con el defensor de los derechos de los indios, Bartolomé de Las Casas. Allí Ginés de Sepúlveda argumenta la carencia de naturaleza humana de los indios y por lo tanto la necesidad de su tutela y esclavización, como el carácter de *res nullius* de sus tierras susceptibles entonces de un derecho de apropiación ilimitado por parte de la corona de Castilla. Ginés los calificaba de “bárbaros” siguiendo la nomenclatura del aquinante,

“Son llamados pues, simplemente bárbaros lo que están faltos de razón, o por causa del clima, por el cual se encuentran muchos atrofiados, o por alguna mala costumbre por la que los hombres se convierten casi en bestias”.<sup>4</sup>

En consecuencia, tales barbaros deben obedecer por derecho natural a las personas “más humanas, más prudentes y más excelentes”. La guerra contra los bárbaros es justa por derecho natural si hubo una previa admonición y fue rechazada. “Se trata, básicamente, de la aplicación de la esclavitud natural de Aristóteles al nuevo escenario mundial generado por el “descubrimiento” de América”.<sup>5</sup> La argumentación de Sepúlveda remite a una serie de dualismos aristotélicos y puede resumirse así: los bárbaros son por naturaleza siervos, incultos e inhumanos, y por lo tanto deben admitir la dominación de los que son más prudentes, ya que esta dominación les será ventajosa, ya que por derecho natural es justo que lo imperfecto obedezca a lo perfecto, la materia a la forma, el cuerpo al alma, las bestias al hombre, la esposa al marido, los hijos al padre.<sup>6</sup>

En efecto, la jerarquización de las poblaciones siguiendo la división del trabajo moderno/colonial, en el caso de América Latina ponía en ese punto de “dominación ventajosa y natural para los barbaros” a los europeos en América. Aquí la manifestación colonial del poder federativo convergerá con los poderes domésticos y propietarios (ya que la única forma de propiedad considerada existente era la de tipo europeo, de apropiación individual) provocando su dilatación a expensas de los pueblos originarios americanos. La manifestación colonial del poder doméstico propietario dará títulos de

---

4 Sepúlveda, Ginés de, (1975), *Apología*, Ed. Angel Losada, Editora Nacional, Madrid, 1975, p. 61.

5 Rosillo Martínez, Alejandro (2011), *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, San Luis Potosí, p. 144.

6 *Ídem.*, p. 150.



propiedad sobre esclavos y de señorío sobre los indios sometidos a servidumbre. De ahí que sobre la base de esta cultura de dominación naturalizada las Leyes de Indias en sus aspectos tuitivos de la parte débil fueran una mera “hoja de papel” generalmente sin eficacia, pese a los esfuerzos en contra de Las Casas, Vasco de Quiroga, Alonso de la Veracruz entre otros.

Es sin duda, Anibal Quijano<sup>7</sup>, merced a su concepto de colonialidad del poder quien explico cómo la división jerárquica del trabajo tendió a vincular el concepto de barbarie y de servidumbre o esclavitud natural con la coloración de la piel generando un concepto (raza), nacido de la relación colonial en la modernidad temprana, merced al “descubrimiento de América” y a la formación de un circuito comercial del Atlántico en un sistema que por primera vez era verdaderamente mundial, que a partir de allí se utilizaría como justificación de las relaciones de poder y de la clasificación de las poblaciones del mundo. Este patrón de colonialidad del poder en América Latina persistiría aún después de la formación de las nuevas naciones surgidas del proceso de independencia de las coronas española y portuguesa ya que las elites criollas organizadoras asumen el rol que antes jugaban los europeos y lo justificaban con las narrativas de “civilización” y “progreso” propias de la segunda modernidad donde la diferencia imperial se ha sesgado a favor de Inglaterra, Francia, etc. y en contra de las viejas metrópolis España y Portugal. Entre los artículos de fe en la civilización y el progreso las elites criollas importan las instituciones del constitucionalismo noratlántico especialmente las del constitucionalismo estadounidense.

### 3. Los poderes innominados en el constitucionalismo moderno/colonial

La moraleja de toda esta historia es que no podemos creer ingenuamente que esta dialéctica en el estado constitucional entre derechos y poderes es un resabio o algo inventado por el capitalismo salvaje neoliberal, sino que esos síntomas de malestar en la cultura jurídica en nuestra región son en realidad el tramo actualmente visible de una larga historia del constitucionalismo moderno/colonial que debemos rastrear entonces con una mirada geopolíticamente situada. Aparecen poderes innominados como tales en la trinidad constitucional: doméstico, propietario, “federativo” o “ejecutivo de las cosas del derecho de gentes” que se dilatan espacio temporalmente con la expansión colonial del estado moderno. Pero baste por ahora, a los fines de este trabajo, detenernos aquí y considerar que desde la realidad jurídico política regional se entiende mejor este problema remitiendo a la noción de colonialidad del poder, del ser y del saber elaborada

<sup>7</sup> Quijano, Anibal (2001), “La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina” en Lander, Edgardo (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, pp. 201-242.



por Aníbal Quijano<sup>8</sup> y los autores participantes del proyecto Modernidad/ Colonialidad/ Decolonialidad.

El constitucionalismo demoliberal en América Latina en los siglos XIX y XX, especialmente sus versiones liberal y conservadora y pese a los hondos matices que entre ellas existían, no obstante coincidía en su paternalismo y desconfianza frente al ejercicio de la soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido. Esta desconfianza no era solamente un elitismo político sin más. Se nutría de la naturalización y justificación seudocientífica que proveía el discurso racista a la matriz de colonialidad del poder, justificación que se utiliza por ejemplo en nuestro país hasta bien entrado el siglo XX, incluso en el propio padre de la sociología científica argentina José Ingenieros en “Sociología Argentina” a través de la adopción de la teoría del darwinismo social aplicada a la historia del triunfo de la raza blanca en su lucha con las razas de color en Argentina y en América Latina.<sup>9</sup> Así, figuras notables y en otros temas no siempre concordantes, compartían desde el siglo XIX este racismo epistémico que justificaba la relación de colonialidad al interior de los nuevos estados que se estaban organizando en nuestra región: entre otros el venezolano chileno Andres Bello, el chileno Victorino Lastarria, el cubano Jose Antonio Saco, el mexicano Justo Sierra, los argentinos Esteban Echeverría y Juan B. Alberdi y por supuesto Domingo Faustino Sarmiento quien en *Facundo* y *Conflictos y armonías entre las razas de América*, ya había teorizado con su prosa encendida sobre los obstáculos a vencer por la civilización en términos del medio y las razas “nativas” o “mestizas”.<sup>10</sup>

Entonces a las características contramayoritarias y de limitación del poder democrático y la ciudadanía popular que por sí mismas ya portaban las instituciones adoptadas del modelo de la constitución estadounidense, hay que añadir las propias de esta matriz de colonialidad del poder, del saber, del ser y el racismo cultural epistémico que resulta tanto su efecto, como su entorno.

No es de extrañar que en general se compartiera entre los constitucionalistas demoliberales el diagnóstico acerca de la ineficacia o carácter simbólico de las constituciones de la región pese a su “perfección” en el sentido de copiar las instituciones principales del constitucionalismo estadounidense y europeo occidental:

“Un análisis cuidadoso del texto de las constituciones que han regido y rigen en las naciones hispanoamericanas revela que en muchas de ellas la perfec-

---

8 *Ídem.*, pp. 201 y ss.

9 Ingenieros, José (1946), *Sociología Argentina*, Losada, Buenos Aires, pp. 31-36.

10 Medici, Alejandro (2012), *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, San Luis Potosí, pp. 54-55.





ción de las instituciones escritas en el papel está muy lejos de la realidad política, social y económica existente en dichos pueblos, señalando un abismal desajuste entre la teoría y práctica constitucional. En muchas de esas leyes fundamentales podrían encontrarse instituciones que jamás alcanzaron plena vigencia efectiva y que lucirían mejor en un museo político que en un instrumento de gobierno y administración”.<sup>11</sup>

Siendo correcto el diagnóstico acerca del desajuste entre teoría y práctica constitucional, no obstante la teoría constitucional demoliberal de la región en general ha tendido a imputar su causa al subdesarrollo político y cultural imperante, en vez de analizar la relativa exterioridad e inconsistencia del modelo constitucional para tener vigencia en las sociedades de la región. De esta forma el conflicto social no ha sido pensado dentro del modelo constitucional y su implementación. La índole del sujeto constituyente y de los procesos constitucionales no ha sido reflexionada y por acción u omisión la teoría constitucional ha sido cómplice de la colonialidad del poder.

El constitucionalismo demoliberal que ha adoptado y copiado las instituciones del constitucionalismo noratlántico ha sido ciego y en el mejor de los casos ingenuo frente a estas realidades, suponiendo el modelo “perfecto” y achacando su no funcionamiento a las deficiencias de la cultura política local y en última instancia a sus poblaciones. De ahí que no resulte adecuado para explicar esta historia ni los cambios recientes. Su contexto de emergencia ha sido la construcción de las pequeñas patrias del criollo<sup>12</sup>, donde las élites hegemónicas ilustradas organizadoras de los estados latinoamericanos han intentado, a partir del siglo XIX, construir la identidad nacional y sus diseños culturales e institucionales, por medio de la escritura de una narrativa de modernidad y progreso: la redacción de constituciones, ensayos, manuales escolares, gramáticas regionales, novelas nacionales<sup>13</sup>. Todos estos productos culturales pretenden dejar a un lado la barbarie y ser instrumentos civilizadores, no obstante estar profundamente enraizados en la persistencia de la colonialidad del poder funcional a la construcción de un estado monocultural, monoorganizativo superpuesto al pluralismo social de nuestra región. El formato del estado nacional monocultural constitucional demoliberal es un modelo externo y superficial superpuesto a una trama de relaciones sociales compleja

---

11 Linares Quintana, Segundo V. (1981), *Derecho constitucional e instituciones políticas*, T.3, Plus Ultra, Buenos Aires, p. 557.

12 Fernández Retamar, Roberto (2006), *Pensamiento de Nuestra América*. CLACSO. Buenos Aires, pp. 31-36.

13 Castro Gómez, Santiago (2000), “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro” en: Lander, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, pp. 149-151.



y plural pero al mismo tiempo desigual e injusta históricamente para las grandes mayorías así como para las minorías discriminadas o invisibilizadas en Nuestra América. La modernidad periférica poscolonial latinoamericana tiene entonces en la colonialidad su inseparable hermana siamesa. La ineficacia relativamente alta de los modelos constitucionales adoptados en América Latina es registrada por el discurso político jurídico dominante no en términos de su inadecuación al contexto, sino a la inversa; es la barbarie, la incultura, o más modernamente, el subdesarrollo político y las deficiencias de la cultura cívica que impide la realización del modelo de estado constitucional de derecho como expresión de la racionalidad y modernidad jurídica. Quedando entonces a salvo “el modelo” los obstáculos a la realización del mismo provienen de la sociedad y hunden sus raíces tanto en la dominación española como en la inferioridad de las “razas” americanas. A diferencia de la dominación británica de la América del Norte, la dominación española no habría preparado a los pueblos de Hispanoamérica para “el régimen de la libertad”:

“la simiente cultivada por el truculento despotismo de los reyes absolutos germinó lógicamente en el brutal despotismo de los caudillos. De ahí ese poema bárbaro de servidumbre y de desorden, esa sublevación ciclópea, la “gauchocracia”, que agrava la anarquía hasta la demencia, exalta la crueldad hasta el delirio, ... tiñe de sangre la historia de las pampas”.<sup>14</sup>

Es entonces la índole incivilizada de la realidad social de nuestra región la que no se adecua a la racionalidad presumida e incuestionada de los modelos de organización institucional plasmados en los textos constitucionales.

#### **4. La teoría constitucional demoliberal moderna/colonial y sus puntos ciegos**

Más concretamente una de las discusiones preferidas de estas posturas del constitucionalismo demoliberal y también de la politología basadas en planteos “noratlánticos” es acerca del hiperpresidencialismo reinante en nuestra región que sería un obstáculo a una accountability horizontal en términos politológicos o al control mutuo y compensación entre los poderes del estado siguiendo la clásica semántica de la doctrina de la división de poderes del estado. Estos análisis tienden a realizarse en términos abstracto formales sin tomar en consideración que como venimos explicando, el constitucionalismo latinoamericano moderno/colonial es un constitucionalismo de poderes mucho más que de derechos y que el cuadro total de poderes debe integrar también a los fá-

14 Linares Quintana, Segundo V. (1981), *Derecho constitucional e instituciones políticas T.3*, Plus Ultra, Buenos Aires, pp. 550.



ticos e innominados más allá de la trilogía nominada por el constitucionalismo. Si tenemos en cuenta ese cuadro total es evidente que procesos populares de alta participación y movilización pero también de participación institucionalizada a través de formas de democracia semidirecta constitucionalizadas o políticas locales como los que vemos en Ecuador, Bolivia y Venezuela principalmente, son coherentes y compatibles a la emergencia de liderazgos populares que ejercen las funciones ejecutivas en esos países con innegable legitimidad democrática tanto de origen como de ejercicio.

Saliendo del *mainstream* de los análisis politológicos y constitucionales demoliberales desde la teoría crítica situada en nuestra región se comprenden esos ejercicios y funciones como servicio a las mayorías populares que les han mandado y con las implicancias de afectar a los poderes fácticos o “factores reales de poder” por usar la terminología de la teoría constitucional vinculada al campo semántico de la “constitución real” en su dialéctica con la constitución “jurídico-formal”.

El problema de las teorizaciones politológicas o constitucionales demoliberales no es solamente que adoptan conceptos y modelos noratlánticos sino que realizan análisis abstractos ya que el presidencialismo –acentuado sin duda en nuestra región– puede ejercerse como liderazgo emergente y al servicio de un proceso de democratización y de avance del campo popular o puede ejercerse al servicio de los poderes fácticos económicos y mediáticos que terminan minando el mandato popular. Una mirada a los vaivenes de la legitimidad y los procesos de democratización en nuestra región en sus avances y retrocesos es clara al respecto, mostrando presidencialismos hipertrofiados para satisfacer los intereses del capital financiero concentrado y de los organismos económicos internacionales en el marco de las condicionalidades y de la hegemonía de las políticas neoliberales y presidencialismos fuertes basados en procesos de movilización y participación popular enfrentando poderes fácticos económicos y mediáticos innominados en servicio al mandato popular. Estos últimos son las llamadas “democracias transformadoras”<sup>15</sup> que han protagonizado el sesgo postneoliberal en muchos cuadrantes de nuestra región generando liderazgos emergentes de dichos procesos: Lula, Chávez, Correa, Morales, los gobiernos del FA en el Uruguay, Lugo en Paraguay, Zelaya en Honduras, el sandinismo en Nicaragua, Funes en El Salvador, los gobiernos Kirchner en nuestro país; por supuesto con todos los profundos matices y las distinciones que se pueden realizar entre ellos, han tenido y tienen tensiones con, y fuertes obstáculos en, el cuadro de los poderes fácticos e innominados por los constitucionalistas y politólogos del *mainstream*. Allí donde estos procesos populares incipientes no pudieron dotarse de herramientas políticas propias y no llegaron a basarse en una fuerza política electoral emergente, los poderes fácticos innominados del constitucionalismo tuvieron

15 Vilas, Carlos M. (2011), *Después del neoliberalismo: estado y procesos políticos en América Latina*, Ediciones de la UNLa, Lanús, p. 179.



la posibilidad de imponerse por medio de una nueva modalidad de “golpes institucionales” precedidos de una conflictividad construida y desestabilizadora, amplificada por las grandes grupos multimediales monopólicos, que en no pocas ocasiones invocan la constitución como “fetiche”, mientras que sus poderes legislativo y judicial como agraviados legitiman esos procesos irregulares. Los intentos en Ecuador en 2010 y en Bolivia en 2008 y los golpes institucionales en Honduras y Paraguay son ejemplos de esta dialéctica entre poder democrático y poderes fácticos.

El problema es que el análisis se realiza en abstracto, sin tener en cuenta que más allá de la “*accountability horizontal*” y de la santísima trinidad de poderes del estado, un análisis situado en la realidad de nuestra región debe realizarse partiendo del cuadro fáctico de condicionalidades y obstáculos que suponen estos poderes, innominados por el constitucionalismo, a los procesos de democratización. En vez de discusiones abstractas que confrontan modelos en términos de ingeniería constitucional, por ejemplo acerca de las ventajas y desventajas del parlamentarismo frente al presidencialismo, o de la democracia deliberativa frente a la representativa, es necesario por ejemplo situarse en la constitución real y analizar los obstáculos que suponen para el empoderamiento ciudadano la existencia de un alto grado de oligopolización de los medios de comunicación y de los servicios de información por parte de grandes grupos económicos multimediales. Allí viendo cuál es el rol que por acción o por omisión juegan los poderes gubernativos democráticos para asegurar el servicio público, para pluralizar e igualitarizar el acceso de distintas voces y perspectivas a los medios y para desconcentrar la propiedad de los mismos fomentando medios públicos y comunitarios además de mercantiles, se puede hacer un análisis situado de cuadro total y la relación de fuerzas entre poderes democráticos y poderes corporativos innominados en nuestra región.

## 5. Un ejemplo: los grandes grupos multimediales como poderes fácticos innominados

Se trata de identificar el terreno en el que se gestan unos de los poderes fácticos innominados más fuertes y por ello absolutos (en el sentido de Ferrajoli) del constitucionalismo latinoamericano actual. Lo que el filósofo argentino José P. Feinmann viene denominando “el sujeto absoluto comunicacional”.<sup>16</sup> Un poder que tiene la capacidad de incidir en la percepción de la realidad y en la formación del imaginario de una sociedad, un poder que tiene la capacidad de articularse y solaparse con otros poderes fácticos y de condicionar legitimando o deslegitimando a otros poderes nominados: legislativos, judiciales, partidos políticos para los que construye agenda. Un poder que construye socialmente una realidad de entretenimiento y consumismo, de (in) seguridad, unas

16 Feinmann, José Pablo (2008), *La filosofía y el barro de la historia*, Planeta, Buenos Aires, p. 789.



pautas de normalidad repetidas al infinito por una variedad de soportes tecnológicos y que admite la proliferación de la diferencia solamente funcional a ese cuadro de normalidad.

Paulo Bonavides en su *Teoria constitucional da democracia participativa* argumenta identificando los grandes grupos multimedia como poder fáctico de fuerte incidencia en la consolidación del estado de subciudadanía. Sostiene que ellos actúan en función del sistema capitalista, no del interés público. De tal suerte que para lograr ese mezquino objetivo de la ganancia se valen, al mismo tiempo, del más poderoso instrumento de descaracterización de la verdad y de la legitimidad en la sociedad regida por el capital: las grandes empresas de diarios, las vastas cadenas de radio, las poderosas redes de televisión, las cuales, sostenidas por el capital y al poder que les proveen generosos subsidios de publicidad paga, se transforman en una usina o poder donde se fabrica el sofisma de la opinión pública, que al decir del constitucionalista brasileño son en realidad opinión publicada e información divulgada. Los medios esclavizados al capital deforman, entorpecen y anulan la libre voluntad, el libre raciocinio, la libre conciencia del ser político, rebajando a ciudadano nominal, a ciudadano súbdito, vasallo y así las dictaduras constitucionales suben al poder y en él se conservan ostentando la imagen de seudo democracia y de seudo régimen representativo.

Y agrega que los señores de los media frenando la repercusión de los hechos y seleccionando la información, son también los señores de aquel poder susceptible de aniquilar e interceptar por el silencio impuesto o por las omisiones premeditadas todos los canales de comunicación de los liderazgos democráticos con el pueblo, no pudiendo este, así, ser liberado de las presiones reaccionarias y de la permanente agresión capitalista a los derechos de tercera generación. Teniendo a su disposición la máquina de información con que intentan dar apariencia de legitimidad a sus intereses, los estamentos de dominación tienen todo con que perpetuar la servidumbre social y la confiscación de los derechos de expresión.

Para Bonavides debe abrirse entonces en la constitución una arteria normativa de control, que afiance por el concurso de los medios emancipados la libre expresión material de las ideas y del pensamiento, para ello se deben constitucionalizar los medios como uno de los poderes nominados de la república –pero poder democrático y legítimo-. Se trata, sin duda, del más urgente e inevitable requisito de la democracia participativa. Hasta podría decirse, presupuesto y condición sine qua non de instalación de ese régimen, si lo queremos como realidad y no como farsa o burla conforme ha sucedido con el sistema representativo<sup>17</sup>.

17 Bonavides, Paulo (2003), *Teoria constitucional da democracia participativa. Por un Direito Constitucional de luta e resistencia. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros, Sao Paulo, pp. 12-13.



Este proceso de concentración de los medios de comunicación e información por grandes grupos económicos privados es justificado ideológicamente a través del discurso de la “libertad de expresión”, homologada a la “libertad de prensa”, a su vez homologada a la “libertad de empresa”. Ignacio Ellacuría ya lo advertía cuando ponía como ejemplo de la historización crítica de los conceptos abstractos a dicho ideograma:

“Se habla por ejemplo, de libertad de prensa como derecho fundamental y como condición indispensable de la democracia; pero si esa libertad de prensa sólo la puede ejercitar sólo quien posee medios de producción no adquiribles por las mayorías dominadas, resulta que la libertad de prensa es un pecado fundamental y una condición artera que hace imposible la democracia: si un periódico, una radio o una emisora de televisión sólo pueden ser sostenidas por un gran capital y sólo pueden subsistir con el apoyo de los anunciantes, que representan las fuerzas del capital, la libertad de prensa así historizada es la negación de la libertad de prensa formal, con la cual, en teoría y en universal, todos estamos de acuerdo”<sup>18</sup>.

El escenario de formación del poder fáctico de los grupos multimedia se caracteriza por:

La concentración de la propiedad del sistema de medios en torno a pocos y gigantes grupos que afectan la circulación de contenidos, la centralización geográfica de su producción en torno a las grandes ciudades, la proscripción legal que pesa sobre la mayoría de la población latinoamericana para acceder a la titularidad de radio y televisión, la ausencia de una regulación explícita que reduzca la discrecionalidad de los gobiernos y grandes grupos, la creciente influencia de los grupos de telecomunicaciones en el sistema de medios de comunicación, y la ausencia de medios públicos. Como explica Denis de Moraes:

“...A partir de 1980 en el cuadro de la globalización capitalista e internacionalización de los mercados, las políticas neoliberales de desregulación, desestatización y privatización debilitaron la interferencia del estado en áreas estratégicas y en la promoción de políticas sociales. El discurso dominante pasó a rotular como “intromisión indebida” del estado la formulación de directrices para la expansión de las tecnologías de conexión y transmisión (sa-

---

18 Ellacuría, Ignacio, “La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización”, en: Senent, Juan Antonio (ed.) (2012), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Deusto, Bilbao, p. 239.



télite, cable, redes infoelectrónicas), bajo la justificación de que correspondía al estado autorregularse”.<sup>19</sup>

Configurando entonces ese escenario en el que campean los grandes grupos multimedia e infoelectrónicos como poderes sociales salvajes o neoabsolutistas privados *praeter legem*, según la célebre fórmula de Luigi Ferrajoli. Especialmente tenso y sensible se hace el tema toda vez que los gobiernos postneoliberales y progresistas de América Latina han enfrentado este poder fáctico a nivel legal e incluso constitucional recurriendo a varias o algunas de las siguientes medidas según los casos:

- La reorganización de la comunicación estatal y reorientación de las inversiones públicas en el sector, sin fines mercantiles;
- Los nuevos canales de televisión en el ámbito estatal;
- La restricción de la concentración y reforzamiento del control público sobre empresas concesionarias de radio y televisión;
- El apoyo a medios alternativos y comunitarios;
- El fomento de la producción cultural independiente;
- Las leyes que protegen y estimulan la industria audiovisual nacional;
- Los programas de integración regional que involucran intercambios informativos y audiovisuales; coproducción, codistribución y reserva de mercado para películas, documentales y series televisivas.

Estas políticas que pueden verificarse en mayor o menor medida en Ecuador, Argentina, Venezuela, Bolivia, Paraguay, Brasil, Uruguay<sup>20</sup> constituyen

“un intento por superar el histórico letargo del estado frente a una avasalladora concentración de industrias de información y entretenimiento que están en manos de un reducido número de corporaciones nacionales y transnacionales, propiciando la constitución de auténticos latifundios mediáticos e infoelectrónicos. Legislaciones omitidas o complacientes, y la adhesión de sucesivos gobiernos a las doxas neoliberales del “estado mínimo” y del “máximo mercado” beneficiaron los controles monopólicos”.<sup>21</sup>

Se forma un entramado asociativo y de intereses comunes entre los grandes grupos transnacionales como News Corporation, Viacom, Time Warner, Disney, Bertels-

19 De Moraes, Dênis (2011), *La cruzada de los medios en América Latina. Gobiernos progresistas y políticas de comunicación*, Paidós, Buenos Aires, p. 46.

20 Belmonte, Valeria (2012), “Otros andares del decir. Apuntes para repensar la ciudadanía comunicacional” en: Díaz, Martín y Pescader, Carlos (Comp.). *Descolonizar el presente: ensayos críticos desde el Sur*, Publifadecs, UNCo, Neuquén, pp. 352-354.

21 De Moraes, Dênis, *op. cit.*, p. 16.



mann, Sony y Prisa de un lado y los grandes grupos regionales que hace décadas pertenecen a dinastías familiares, como por ejemplo: Marinho, Sarney, Magalhaes y Collor en Brasil, Cisneros y Zuloaga en Venezuela, Noble, Mitre, Saguier, Fontevecchia y Vigil en Argentina, Slim y Azcárraga en México. Esto les permite ampliar sus actuaciones multisectoriales y sus productos y servicios.

“Las cuatro mayores empresas de medios y entretenimiento de América Latina (Globo de Brasil, Televisa de México, Cisneros de Venezuela, Clarín de Argentina) retienen el 60% de la rentabilidad total de los mercados y de las audiencias, distribuidos de esta forma: Clarín controla el 31% de la circulación de los diarios, el 40,5% de las ganancias de la televisión abierta y el 23,2% de la televisión por cable; Globo responde por el 16,2% de los medios impresos, el 56% de la televisión abierta y un 44% de la televisión paga; Televisa y TV azteca forman un duopolio que acumula 69% y el 31,7% de la TV abierta, respectivamente”.<sup>22</sup>

Es evidente que entre los efectos negativos de estos altísimos niveles de concentración se cuenta el riesgo de unificación de líneas editoriales y la prevalencia de las ambiciones empresariales por encima de los intereses de la sociedad, cercenando el derecho de la ciudadanía a la pluralidad de fuentes de información entendida como un servicio público, el derecho a la comunicación y la genuina libertad de expresión que no debe entenderse como sinónimo de la libertad de empresa.

Más aún la construcción de un sentido común acrítico y de una hegemonía social, la apropiación privada de unos bienes públicos como son el espectro radioeléctrico, las redes de información y comunicación electrónicas, el oligopolio privado de la generación de noticias y de la prensa escrita. Todos estos aspectos deben ser regulados por poderes constituyentes y/o legislativos democráticos como servicios públicos que garantizan el derecho a la información y a la comunicación.

La creciente conciencia al respecto de los estados postneoliberales de la región y de las organizaciones de la sociedad civil agrupadas en plataformas y campañas por una comunicación plural y democrática, van marcando una nueva agenda crítica acerca de la concentración de los medios de comunicación, del interés público en la regulación de la convergencia entre los sectores de informática, audiovisual y telecomunicaciones y de las formas de regulación de la radiodifusión y de los flujos globales de comunicación para que los mismos se orienten hacia el pluralismo en función del interés público y no de intereses empresariales privados oligopólicos. Se produce entonces una confronta-

---

<sup>22</sup> Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo (2006), *Periodistas y magnates: estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*, Prometeo, Buenos Aires, p. 25.





ción de los dos paradigmas: el de los poderes contra el de los derechos. En el primero la desregulación (o mejor regulación a favor de los grandes grupos monopólicos y la introducción de las industrias culturales en la OMC y el BM /CIADI) y en el segundo el derecho a la información y la consideración de el espacio radioeléctrico como bien común. (Teniendo esta última tendencia sus antecedentes en el trabajo de la UNESCO y el Informe Mc Bride). Por citar sólo dos ejemplos cabe mencionar, además de nuestra Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual nro. 26522, se han adoptado o se están debatiendo legislaciones al respecto en Bolivia, Venezuela, Uruguay y Brasil. En ese contexto y por razones de brevedad, destacaremos solamente los arts. 16 y 17 de la Constitución de la República de Ecuador, notable por llevar a ese nivel normativo superior el derecho individual y colectivo a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa; el acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación; la creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas; a integrar los espacios de participación previstas por la constitución en el campo de la comunicación. Para ello, el estado asume el deber de fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación, así como de prohibir el oligopolio o monopolio, directo e indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Estos y otros avances en la regulación democrática de estos poderes sociales innominados han sido estigmatizados invocando el agravio a la libertad de expresión, y utilizando la inmensa concentración mediática para desinformar a las poblaciones al respecto. Por su parte, constitucionalistas que teorizan la “democracia deliberativa” han omitido en general hasta ahora realizar un análisis situado acerca de las condiciones estructurales del espacio público en cuanto a la propiedad de los medios de información y comunicación que son su supuesto material necesario.

## 6. Conclusiones

El constitucionalismo latinoamericano, con excepciones notables pero escasas, ha sido un constitucionalismo de poderes (Clavero) y de poderes salvajes o neo absolutistas (Ferrajoli), es decir fundamentalmente poderes muchas veces innominados y *praeter legem* o *contra legem*. Si la estructura de las constituciones modernas supone derechos y poderes, para las mayorías populares, coloridas y sexuadas de Nuestra América, el constitucionalismo ha sido sobre todo un constitucionalismo de poderes. Su experiencia ha sido predominantemente, no la de tener derechos, por más que estos estuvieran



declarados en términos generalistas y de igualdad jurídica formal, sino la de padecer un estado fáctico de subciudadanía.

La teoría constitucional más realista y situada (por ej. un Arturo Sampay) usualmente ha entendido esta situación como una contradicción entre constitución real y constitución jurídico formal, de cuya relación surge un juicio de justicia acerca de la constitución que existe y la que debería existir en miras del bien común y la soberanía popular.<sup>23</sup> A nosotros nos ha interesado complejizar ese aserto en los siguientes aspectos que empezamos a explorar:

- Las determinaciones situadas en nuestro contexto latinoamericano de esa relativa ineficacia de la constitución jurídico formal marcada por la colonialidad del poder, del saber y del ser.
- Empezar a evidenciar la pervivencia de poderes fácticos innominados hasta la actualidad que suponen un obstáculo para que los programas constitucionales –y por lo tanto la democracia y la ciudadanía– se desplieguen con mayor profundidad, radicalidad y eficacia. Por mencionar solamente dos en una enumeración no taxativa: los grandes grupos económicos multimediales que hemos tomado a manera de ejemplo en este escrito y la trama de intereses vinculados a la acumulación de capital financiero.
- La teoría constitucional demoliberal hace suyo este hecho de la distancia entre facticidad y proyecto constitucional pero su diagnóstico tiende siempre a defender y preservar el modelo formal de la arquitectura del estado constitucional. El modelo, generalmente adoptado o copiado del constitucionalismo noratlántico, es considerado perfecto. La distancia de la práctica con el modelo se imputa en esta perspectiva a la falta de cultura republicana o cívica de nuestras sociedades, a su subdesarrollo político y económico.
- Más concretamente, la teoría constitucional tradicional demoliberal cuando enfocada en nuestra región generalmente se centra en la célebre trilogía de poderes nominados (legislativo, ejecutivo, judicial) para criticar el “hiperpresidencialismo” como poder exorbitante frente a los otros poderes del estado y las “libertades fundamentales”. No obstante, sostendremos aquí es necesario ver qué rol juegan los poderes constitucionales democráticos en relación a los procesos de avance de los intereses del campo popular y cuál es su posición (si crítica o servil, con toda la gama de situaciones intermedias específicas de cada proceso histórico) en relación al cuadro de poderes fácticos innominados por el constitucionalismo. Los procesos de democratización con amplia participación y protagonismo populares, como lo enseña la historia de nuestra región, no son incompatibles con la emergencia de liderazgos populares que asumen como responsabilidad y servicio al pueblo el enfrentar el

---

23 Sampay, Arturo (1973 1 ed.). *Constitución y pueblo*, Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1974.



cuadro de poderes fácticos que obstaculizan o condicionan esos procesos de “constituyencia popular” (el término es de Bartolomé Clavero).

- De esta forma es posible comprender los procesos del nuevo constitucionalismo latinoamericano más reciente (Venezuela, Bolivia, Ecuador) como ejercicios populares enderezados a transformar ese cuadro de poderes fácticos desde una voluntad política descolonizadora. De ahí las transformaciones constitucionales profundas que suponen, generando una nueva agenda para la teoría política y constitucional regional.

## Bibliografía

- Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo (2006), *Periodistas y magnates: estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*, Prometeo, Buenos Aires.
- Belmonte, Valeria (2012), “Otros andares del decir. Apuntes para repensar la ciudadanía comunicacional” en: Díaz, Martín y Pescader, Carlos (Comp.). *Descolonizar el presente: ensayos críticos desde el Sur*, Publifadecs, UNCo, Neuquén, pp. 352-363.
- Bonavides, Paulo (2003), *Teoria constitucional de democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*, Malheiros, Sao Paulo.
- Constitución de la República de Ecuador.
- Castro Gómez, Santiago (2000), “Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la invención del otro” en: Lander, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO-UNESCO, Buenos Aires.
- Clavero, Bartolomé (2007), *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid.
- De Moraes, Dênis (2011), *La cruzada de los medios en América Latina. Gobiernos progresistas y políticas de comunicación*, Paidós, Buenos Aires.
- Ellacuría, Ignacio, “La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización”, en: Senent, Juan Antonio (ed.) (2012), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Deusto, Bilbao, pp. 239.
- Feinmann, José Pablo (2008), *La filosofía y el barro de la historia*, Planeta, Buenos Aires.
- Fernández Retamar, Roberto (2006), *Pensamiento de Nuestra América*, CLACSO. Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- Gargarella, Roberto (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, SigloXXI, Buenos Aires.
- Ingenieros, José (1946), *Sociología Argentina*, Losada, Buenos Aires.



- Linares Quintana, Segundo V. (1981), *Derecho constitucional e instituciones políticas*, T.3, Plus Ultra, Buenos Aires.
- Medici, Alejandro (2012), *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, San Luis Potosí.
- Quijano, Aníbal (2001), “La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina” en Lander, Edgardo (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, CLACSO-UNESCO, Buenos Aires, pp. 201-242.
- Rosillo Martínez, Alejandro (2011), *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, San Luis Potosí.
- Sampay, Arturo (1973 1 ed.). *Constitución y pueblo*, Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1974.
- Senent, Juan Antonio (ed.) (2012), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Deusto, Bilbao.
- Sepúlveda, Ginés de, (1975), *Apología*, Ed. Angel Losada, Editora Nacional, Madrid, 1975.
- Vilas, Carlos M. (2011), *Después del neoliberalismo: estado y procesos políticos en América Latina*, Ediciones de la UNLa, Lanús.