

Repensar el Sistema de los Checks and Balances

Repensar o Sistema de Freios e Contrapesos

Rethink the Checks and Balances System

Roberto Gargarella¹

Professor Titular do Departamento de Derecho Público.

I Universidad de Buenos Aires. (UBA). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina.

II Universidad Torcuato Di Tella. (UTDT). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina.

RESUMEN: En este trabajo, reflexiono críticamente sobre el sistema de frenos y contrapesos. Sostengo que el mismo fue concebido (en los tiempos de la "constitución mixta") con el objeto de incluir y expresar a toda la sociedad: la idea era la de obligar a todos los diversos sectores de la sociedad a negociar las leyes "generales" entre todos ellos. Se trataba de un objetivo "noble" -evitar las mutuas opresiones, garantizar leyes inclusivas- pero poco democrático, ya que todos los sectores sociales recibían una cuota de poder equivalente, sin importar el número de sus integrantes. En el trabajo argumento que los cambios sociales sobrevenidos en las últimas décadas, pusieron fin, también, al objetivo más "noble" (aunque poco democrático) de dicho esquema, lo cual nos fuerza a repensar el sentido del sistema de frenos y contrapesos en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: frenos y contrapesos; democracia; constitucionalismo; representación política.

RESUMO: Neste artigo, faço uma reflexão crítica sobre o sistema de freios e contrapesos. Argumento que ele foi concebido (na época da "constituição mista") com o objetivo de incluir e expressar toda a sociedade: a ideia era forçar todos os vários setores da sociedade a negociar leis "gerais" entre si. Esse era um objetivo "nobre" - evitar a opressão mútua, garantir leis inclusivas - mas não democrático, pois todos os setores sociais recebiam uma parcela igual de poder, independentemente de seus números. Argumento que as mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas também acabaram com o objetivo mais "nobre" (embora antidemocrático) desse esquema, o que nos obriga a repensar o significado do sistema de freios e contrapesos atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: freios e contrapesos; democracia; constitucionalismo; representação política.

ABSTRACT: In this paper, I critically reflect on the system of checks and balances. I argue that it was conceived (at the time of the "mixed constitution") with the aim of including and expressing the whole of society: the idea was to force all the different sectors of society to negotiate "general" laws among themselves. This was a "noble" objective - avoiding mutual oppression, guaranteeing inclusive laws - but not very democratic, since all social sectors received an equal share of power, regardless of the number of their members. In the paper, I argue that the social changes that have occurred in recent decades have also put an end to the most "noble" (although not very democratic) objective of this scheme, which forces us to rethink the meaning of the system of checks and balances today.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1579-5427>.

PALAVRAS-CHAVE: checks and balances; democracy; constitutionalism; political representation.

1. Introdução

El sistema de “frenos y contrapesos” o *checks and balances* se encuentra en el centro mismo de la maquinaria constitucional, como el “motor” que organiza su funcionamiento. Según podemos decir, dicho “motor” constitucional muestra hoy grandes dificultades para alcanzar algunos de sus propósitos originarios, vinculados con la inclusión de intereses sociales diversos; el equilibrio entre grupos opuestos; y el mutuo control entre diferentes ramas del poder: “. Se trata de finalidades que mantuvo el constitucionalismo desde un principio, y que implicaron “pagar” un precio muy alto, en términos democráticos. A través de este trabajo, se intentará avanzar la idea de que dicho sistema de “frenos y contrapesos” debe ser “reparado” fundamentalmente, a la luz de la ineficacia que muestra en el logro de algunos de sus principales fines (la “plena representación”, los “mutuos controles”; y los costos que implica asumir, en materia democrática). En todo caso, interesa aclarar desde ya, que las objeciones que se harán sobre el sistema de los *checks and balances* no implica objetar ni la *división de poderes*, ni los *controles frente al poder* -objetivos también centrales para ese “sueño noble” del constitucionalismo. Se sugerirá, en todo caso, que tales objetivos, en los que básicamente todos parecen estar de acuerdo, no requieren ni de una “maquinaria” más bien obsoleta, como la de los *checks and balances*, ni mucho menos el socavamiento de los aspectos más *democráticos* del constitucionalismo.

En las páginas que siguen, se darán unos primeros pasos en la dirección de esa crítica a los “frenos y contrapesos” y la búsqueda de alternativas -tareas ambas que deberán ser seguidas y profundizadas a través de trabajos futuros. La misión propuesta, para lo que sigue es, en primer lugar, la de dar cuenta de las razones que llevaron a la construcción de un sistema de *checks and balances* como el que hoy domina dentro del constitucionalismo occidental. Desde esos inicios, el constitucionalismo apareció

siempre en directo diálogo con el marco social dentro del cual estaba destinado a aplicarse. Conforme se dirá, ese *vínculo Constitución-sociedad* se fue resquebrajando, con el paso del tiempo, lo cual implicó que la Constitución fuera perdiendo “mordedura social” o capacidad para procesar los conflictos sociales principales, tal como -desde un principio- había previsto. Los cambios sobrevenidos fueron quitando eficiencia y atractivo a ese “corazón” o “motor” de la maquinaria constitucional. Sobre el final del texto, y en respuesta a algunos de los problemas señalados, se hará mención de algunas líneas de “salida” posible, ante tales dificultades.

2. El “Sueño Noble” del Constitucionalismo

El sistema de “frenos y contrapesos” tuvo como *finalidad*, desde sus lejanos orígenes, la de hacer realidad un “*sueño noble*”, cual fue el de contribuir a la “paz social” o a la “no-opresión” de alguna parte de la sociedad sobre la(s) otra(s). Ello así, a través de *medios* ambiciosos, en cuanto a sus requerimientos o exigencias, y controvertidos, en términos democráticos. Fundamentalmente, el *ambicioso* camino por el que se optó, desde un comienzo, fue el a) asegurar la *representación de todos los intereses sociales relevantes*, b) asignándoles, en principio, *funciones* diferentes, a través de *ramas del poder* distintas; c) manteniendo un *poder institucional equivalente* entre tales diferentes ramas de gobierno. De este modo, se obligaba a negociar o pactar entre sí a esas diferentes ramas de gobierno, impidiendo a la vez que un sector se impusiera sobre el otro. La idea era que, buscando la propia supervivencia (es decir, por auto-interés), cada sector social, entonces, tendería a *controlar* a los otros. Dichos medios escogidos resultaron, a la vez, muy *controvertidos* en términos democráticos, ya que desplazaban del “centro” del sistema constitucional al principio mayoritario o democrático (por ahora tomo a ambas ideas como sinónimos), en favor del equilibrio y el mutuo control.

La idea de reflejar institucionalmente a los distintos sectores de la sociedad, para así acomodar sus intereses, recorrió toda la historia institucional de Occidente, al menos

desde la antigüedad griega y romana, y a través de la propuesta de un “gobierno mixto” - mixto, en cuanto a la agregación de los diferentes sectores sociales.² Según Maurice Vile, autor del que es, probablemente, el mejor y más informado libro en la materia, *la teoría del “gobierno mixto”*, que nació en oposición al ejercicio del poder arbitrario, partió de la idea conforme a la cual “el poder sólo podía ser controlado mediante la creación de un sistema de gobierno en el que las *tres clases* de la sociedad estuvieran perfectamente equilibradas entre sí” -típicamente, la monarquía, la aristocracia, la democracia (Vile 1967, 107, énfasis agregado). Con el tiempo, esa teoría del gobierno se traduciría/transformaría en una organización constitucional -la idea de la *constitución balanceada*- que mantendría, como aquella teoría, una *base clasista* (asumiendo, típicamente, que el poder constitucional debía distribuirse entre el Rey, los Lores y los Comunes, que equilibrarían su poder entre ellos).³

Esa misma teoría viajaría luego a los Estados Unidos, poniendo el acento en las *funciones* y los *órganos* diferentes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Allí, todo el instrumental propio de la “constitución balanceada”, resultaría traducido al nuevo idioma de la *separación de poderes*: “Las ideas y el vocabulario que previamente había

² La idea de que el sistema político de gobierno tenía que estar entrelazado con los diferentes intereses sociales se encontraba ya presente en la Antigüedad, en Grecia y en Roma. En tal sentido, ya Polibio había descrito a la República Romana como una manifestación del “gobierno mixto” imaginado por Aristóteles. Así, en su combinación de la “monarquía” (los cónsules); la “aristocracia” (en el Senado); y la “democracia” (en las grandes asambleas). Platón también compartía la necesidad de un gobierno que favoreciera el compromiso: la democracia y la monarquía, para él, eran las dos formas principales de gobierno que resultaban, al mismo tiempo, requeridas para asegurar aquella deseada moderación. De ese modo, él “enfaticaba el elemento básico de una teoría del gobierno mixto, en un franco reconocimiento de la base clasista de la sociedad” (Vile 1967, 39). Así, se diferenciaba de Aristóteles, quien pensaba que los intereses a ser incorporados debían ser más (tres en su formulación típica): mejor cuantos más fueran los “elementos” de los que se componía. Suscribiendo, él también, la “base clasista de la constitución mixta,” él elogió, sobre todo, el valor “moderador” de la presencia de la clase media en el gobierno (ibid.).

³ Fue en Inglaterra, en efecto, en donde la teoría del gobierno mixto comenzó a virar más decisivamente en una concepción diferente, la de la “constitución balanceada”. Conforme con este modelo, lo que se proponía era una división entre agencias de gobierno, que se expresaba en una repartición del poder entre el Rey, los Lores, y los Comunes. Dentro de ese esquema de equilibrios, un propósito crucial, desde un comienzo, fue el de impedir que el sistema quedara capturado o desbordado por los reclamos populares. La idea de “mezcla” o “balance” seguía teniendo un componente de clase, en donde resultaba central la aspiración -no democrática- de evitar el predominio mayoritario (para lo cual no se buscó la limitación de sus posibles “excesos” o “abusos”, sino el reforzamiento del poder de las minorías ya poderosas).

vido aplicado a la monarquía, la aristocracia y la democracia, fue transferido firmemente a las ramas legislativa, ejecutiva y judicial de gobierno” (Vile 1967, 166).

La participación en el proceso de toma de decisiones de todos los grupos diferentes prometía -sobre todo- evitar el riesgo de la mutua opresión, mejorando la administración de los bienes comunes: las decisiones públicas ya no serían la expresión sesgada de un solo sector, sino un reflejo de demandas compartidas a lo largo de la sociedad -lo cual, además, anunciaba la estabilidad de esas medidas. Éste era, en definitiva, el “sueño noble” del constitucionalismo: asegurar la “armonía social” y el “control mutuo” entre grupos diferentes (aún al costo del socavamiento del principio mayoritario).

3. El “Mecanismo” y sus Supuestos

Desde la Antigüedad Clásica hasta la actualidad, la organización institucional ha insistido siempre en un diseño interno, a través del cual ha querido vincular, de manera más o menos explícita, al esquema institucional que se montaba, con la sociedad sobre la cual dicho esquema venía a operar. En esa persistente evolución que incluyó formas diversas, como el gobierno mixto; las constituciones “balanceadas”; la “separación de poderes”; el sistema de *checks and balances*; podemos distinguir siempre ciertas notas comunes, que dan razones para reconocer una continuidad en todos esos experimentos.

Se puede hacer referencia, a continuación, a algunos de esos elementos que se han mantenido, al menos de forma implícita, como supuestos fundamentales de ese esquema de organización institucional. Interesa, en particular, llamar la atención sobre las *discontinuidades* que se encuentran, desde hace tiempo, entre aquellas *notas comunes* que recorrieron la historia de la organización del poder, y el tiempo presente: discontinuidades que muestran que, en la actualidad, ya no es posible reconocer ese diálogo o vínculo, persistente en la historia, entre organización institucional y

organización social -ya no podemos reconocer, entonces, al sistema institucional como reflejando y procurando procesar los conflictos entre sectores sociales enfrentados.

La sociedad está dividida en unos pocos grupos, con intereses diferentes. Como se viera ya, la idea del gobierno mixto nació a partir del supuesto de que existían órdenes sociales diferentes, cada uno de los cuales debía encontrar un lugar en el sistema de gobierno (i.e., monarquía, aristocracia, democracia). Esa “base clasista” de la organización del poder también se advirtió nítidamente en los albores del constitucionalismo moderno (i.e., Rey, Lores, Comunes). Se trata de una base social muy vinculada con aquella a la que se refiere Madison, en su texto más importante (El Federalista n. 10). Allí, Madison comienza diciendo que “los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales” (y, agrega, lo mismo que ocurre, por caso, entre “acreedores y deudores”). A partir de allí, el induce un principio fundamental de la organización social y política, conforme al cual la “ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna”.

Esos (pocos) grupos sociales con intereses diversos son internamente homogéneos, y sus intereses son estables. Un supuesto adicional, implícito en la consideración anterior, pero particularmente relevante y digno de mención, es el que afirma que esos distintos sectores sociales se definían por los intereses homogéneos que existían en su interior. Esto quiere decir que los “grandes propietarios,” o los “acreedores”, o los “comerciantes”, o los “obreros” eran vistos como grupos reunidos, fundamentalmente, a partir de “un interés”, o un pequeño núcleo de intereses compartidos. De allí que, si se aseguraba la presencia en la estructura de gobierno de algunos de esos representantes (i.e., un núcleo de grandes empresarios; un grupo de pequeños propietarios) el interés de toda esa clase quedaba representado y, en principio, protegido. Por lo demás, se asumía que esos intereses eran estables en el tiempo, de allí la necesidad de consagrar herramientas institucionales (definitivas) destinadas a protegerlos.

Los miembros de cada uno de los grupos en que se divide la sociedad actúan, fundamentalmente, movidos por el auto-interés. Un supuesto adicional, pero relevante, para poner en marcha ese “motor” institucional, es el del auto-interés. Ese egoísmo o auto-interés aparece como pieza esencial de todo el esquema, que torna inteligible su funcionamiento: porque se asume que los individuos son, fundamentalmente, individuos auto-interesados, entonces, es esperable que si -digamos- algunos “grandes propietarios” encuentran su lugar en el Congreso -i.e., en el Senado- luego, el interés de toda esa “clase” o sector, queda representado y, en principio, protegido. La apuesta del sistema institucional, entonces, fue la de “aprovecharse” de ese dato asumido -la motivación fundamentalmente auto-interesada- como “combustible” destinado a permitir el movimiento de todo el “mecanismo”. Desde entonces, el sistema institucional se alimentó de, y alimentó y se encargó de reproducir, el auto-interés de los diversos sectores sociales.⁴

Existen mecanismos o formas institucionales asequibles, que permiten “incorporar” esos intereses sociales diversos dentro de la estructura constitucional. Un elemento adicional, y crucial, en todo este esquema, tiene que ver con la posibilidad de “traducir” los intereses sociales en intereses representados institucionalmente. En los tiempos del “gobierno mixto” o la “Constitución balanceada” lo que se hizo fue, directamente, moldear la organización institucional conforme a los intereses sociales que se detectaban como fundamentales: aquí la aristocracia, aquí el monarca, etc. Cuando nació el constitucionalismo norteamericano, en cambio, se asumió que ciertas herramientas institucionales -típicamente, las elecciones directas e indirectas- iban a permitir y asegurar la representación de intereses diversos: las elecciones directas iban

⁴ Esa misma decisión implicó otra decisión fundamental, cual fue la de no promover ni preocuparse de alentar otras motivaciones alternativas posibles -por ejemplo, la que más interesaba a las corrientes republicanas: la *virtud cívica*. Esto es lo que Madison, célebremente, dejó en claro en *El Federalista* n. 51, criticando a sus adversarios que insistían en el valor de la “virtud cívica”, o simplemente la asumían (tal como Madison, con o sin razón, les criticó), como rasgo de los funcionarios públicos. Dijo Madison: “Si los hombres fueran ángeles, el Estado no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, ningún control al Estado, externo o interno, sería necesario”.

a favorecer la elección de representantes de los intereses mayoritarios o populares; mientras que las elecciones indirectas iban a favorecer la elección de miembros de grupos minoritarios (y más cuanto más indirectas -esto es, elecciones de segundo o tercer grado, como la de jueces y embajadores, Wood 1969). Más contemporáneamente, los partidos políticos (digamos, para tomar el ejemplo inglés, el *Partido Laborista*, el *Partido Conservador*) asumieron la tarea principal de esa intermediación: se esperó que ellos cumplieran con la función de asegurar la “inclusión de la diversidad social” -tarea que, en algún momento, se pensó que podía asegurarse de otros modos (i.e., la creación de “posiciones” particulares, como la de el *Rey*; o “medios” específicos, como las elecciones directas e indirectas).

Los datos y supuestos anteriores permiten ya delinear las formas básicas en que se esperaba que funcionara el “mecanismo” diseñado -cuál era la idea que se tenía al respecto, qué resultado se esperaba obtener. Básicamente: *dado que la sociedad se divide en (unos pocos) grupos internamente homogéneos, compuestos de individuos egoístas, si el sistema de gobierno le da cabida institucional a (todos o los principales) grupos existentes, luego, toda la sociedad queda representada, y todos los intereses quedan de ese modo (en principio) protegidos. Las normas que se creen resultarán, entonces, expresión de “toda” la sociedad, porque los distintos grupos existentes (en lugar de “aniquilarse” u “oprimirse” mutuamente) se verán obligados a negociar entre sí (a armonizar sus intereses contrapuestos).*

En este trabajo, interesará señalar que ese núcleo de ideas fundamentales, acerca de lo que el “mecanismo” de(l tipo) *checks and balances* lograba o pretendía asegurar, ya no se mantiene: nada o casi nada de lo que era esperable entonces, puede seguir esperándose, como resultado del funcionamiento normal o “natural” del esquema de “frenos y balances”. Ni la representación social, ni la defensa de intereses, ni la inclusión de toda la sociedad en el proceso de toma de decisiones, ni el equilibrio o la paz social aspiradas. De todos modos, y antes de llegar a ese tipo de conclusiones, es importante detenerse en una nueva y decisiva escala, relacionada con el ideal

democrático, fundamental para comprender las preocupaciones y críticas que se presentan en el marco de este escrito.

4. “Frenos y Contrapesos” y Democracia

De los muchos temas que requieren atención, de entre los señalados en las páginas anteriores, el principal para las preocupaciones de este texto tiene que ver con la democracia. Se examinará ahora, en parte, la cuestión, asumiendo -por el momento- una noción muy básica o “ecuménica” de la democracia: democracia, fundamentalmente, asociada a “regla mayoritaria”/ elecciones periódicas.

La “cuestión democrática” ingresa en este análisis de diversas maneras, relevantes para nuestro análisis. Ante todo, interesa señalar algo relacionado con la (total o parcial) “ausencia” de la “cuestión democrática”. Esto es que, para el “mecanismo” de los “frenos y contrapesos” (o aledaños), en tanto “núcleo esencial” del constitucionalismo moderno, la “cuestión democrática” era secundaria o marginal, ya que lo relevante era muy otra cosa un objetivo valioso, pero no democrático. La referencia, como se sabe, alude al objetivo de asegurar la paz y la armonía social -en términos de Alexander Hamilton, el objetivo de “evitar las mutuas opresiones”, entre grupos con intereses contrapuestos. El logro de este propósito constituye, según se dijera, es el “sueño noble del constitucionalismo,” esto es, el de *evitar la guerra civil*. Más precisamente: canalizar los enfrentamientos sociales institucionalmente, de forma tal de permitir que los intereses contrapuestos “procesen” sus diferencias a través de los mecanismos establecidos por la Constitución. Se trata de un “sueño noble” pero, a la vez, de un sueño ajeno a la democracia, diferente, entonces, del “sueño democrático” - o se trata, directamente, de un sueño no-democrático (es “sueño noble”, entonces, en el doble sentido de valioso, y de oligárquico).

El sistema diseñado, de los “frenos y contrapesos”, enfrenta muchos problemas (como decía Paine, es muy complejo, poco claro, confuso, ninguna rama de gobierno

queda con conocimiento efectivo acerca de cuál es su tarea), pero el principal -a nuestros fines, y conforme hemos adelantado- tiene que ver con la democracia. Ello así, al socavar directamente las bases elementales del ideal democrático, que requieren asignarle el lugar institucional central a la *regla mayoritaria*. Por supuesto, en una democracia constitucional, el poder de las mayorías debe quedar sujeto a controles; las minorías pueden recibir una protección institucional especial; es posible idear formas diversas para obligar a las mayorías a “pensar dos veces” o revisar sus iniciativas; etc. Todas estas iniciativas, u otras similares, resultan viables y de interés para tomar en serio tanto los derechos de las mayorías (el derecho de dejar su marca o mostrar su peso, a través de las decisiones políticas), como los derechos de las minorías (el derecho a ser respetadas en cuanto a sus intereses fundamentales). Lo que resulta muy controvertido, sin embargo, es el propósito de asegurar protección a las minorías dotándolas de un poder equivalente al de las mayorías, esto es decir, poniendo término al principio de prevalencia de la regla mayoritaria. En los términos de Hamilton, debía dársele un poder institucional equivalente a “mayorías” y “minorías”, porque ésa era la única manera sensata de evitar que “las mayorías opriman a las minorías” o “las minorías opriman a las mayorías”. El objetivo fue entonces (“noble”): evitar las “mutuas opresiones”. Pero el costo resultó, por tanto, demasiado alto: “pagar” democracia, como precio para la “paz social”.

Es posible aclarar algo más en relación con las tensiones existentes entre el esquema originario de los “frenos y contrapesos” y la democracia -aunque, para los propósitos de este texto, y a esta altura, no sea necesario hacerlo- podrían resaltarse algunas otras formas en que el ideal democrático se encontraba afectado. Por un lado, quienes diseñaron el sistema en cuestión -normalmente, figuras centrales de la dirigencia política- tendieron a pensar “democracia” de una manera muy limitada o estrecha: desde una posición elitista, conforme a la cual, la mayoría de la ciudadanía no se encontraba preparada para auto-gobernarse (de allí, por tanto, las restricciones en los derechos políticos que acompañaban al esquema). De todos modos, aquí no es

necesario insistir con esa cuestión (o “acusación”), aunque interesa dejar subrayada la presencia de esa *desconfianza democrática* como supuesto extendido, detrás de los orígenes del constitucionalismo moderno.

Por otro lado (y aquí sí tomando en cuenta una noción algo más robusta de la democracia), puede destacarse un supuesto extendido en muchos de los “padres fundadores” del constitucionalismo, vinculado con una noción (que hoy puede denominarse) “pluralista” de la democracia, o de la “democracia como mercado” (Dahl 1956). La idea era, en el mejor de los casos, “evitar las mutuas opresiones”, o -en otros términos- evitar que un grupo (se convierta en monopólico u oligopólico, y) excluya o margine a todos los demás. La idea era la de “preservar el juego” -preservar la posibilidad de que “todos los jugadores” puedan seguir “jugando el juego”. Por el momento, y al respecto, simplemente conviene subrayar la manera en que esta aproximación al sistema institucional difiere de las búsquedas y propósitos de quienes miran a la democracia de otra forma (más robusta), por ejemplo, para quienes entienden a la democracia como “diálogo” o “conversación” (Gargarella 2023). Podría decirse, al respecto, que *el (“noble”) objetivo de evitar o canalizar la “guerra civil” es importante, pero no ayuda, y suele estar en tensión además, con el propósito de (utilizar el sistema institucional para) promover el diálogo colectivo.*

Lo que el sistema de “frenos y contrapesos” ya no está en condiciones de prometer

Uno de los temas que interesa destacar, en este trabajo, tiene que ver con las capacidades que perdió el sistema de los *checks and balances*, cuando las condiciones sociales/materiales en las que se encontraba apoyado el sistema de los “frenos y contrapesos” dejaron de ser aquellas a partir de las cuales había sido concebido. Con el paso del tiempo, el sistema “perdió” mucho de lo que se esperaba pudiera expresar u

obtener, en términos de representación, equilibrio, controles, lo cual lleva a pensar en cuál es el sentido de seguir contando con un sistema diseñado de este modo.

Aquí no se comentará de qué modo, cuándo y cuánto cambiaron aquellas condiciones de base. Este texto, simplemente, supondrá dichos cambios, que se tomarán como “datos dados”. Puede señalarse, en todo caso, que la “sociología política” del constitucionalismo, supuesta durante siglos, más o menos explícitamente, de una sociedad “compuesta por pocos grupos, internamente homogéneos, y con individuos motivados por el autointerés”, ya no se condice con las condiciones sociales y personales hoy existentes, en el marco de las sociedades modernas (que, por el momento, y de manera muy precaria e incompleta, se definirán como) diversas, plurales y multiculturales. En éstas, lo que se encuentra es una pintura social muy diferente, de “sociedades divididas en multiplicidad de grupos, internamente heterogéneos” (ello así asumiendo, lo que no es obvio, que la descripción social supuesta originariamente era adecuadamente descriptiva de las viejas sociedades). En el marco de las actuales sociedades multiculturales, la identidad misma de cada persona resulta variada, por lo cual ninguna persona puede considerarse apropiadamente identificada resaltando una faceta saliente de su personalidad o de su inserción social: una persona puede trabajar como “obrero,” y ello puede decir poco o nada respecto de la disposición de esta persona a apoyar a un partido “obrero”; o acerca de la inclinación de dicho partido a defender los intereses obreros; o acerca de la posibilidad de dicho partido de representar a los intereses de una mayoría de los miembros de la clase obrera.

Una vez admitidos los cambios radicales habidos en la “sociología política” -real o supuesta- lo que queda claro es que el sistema institucional apoyado en aquella base, y diseñado conforme a aquellas condiciones materiales, con el objeto de atender los problemas que aquella situación social planteaba, ya no puede cumplir con sus objetivos propuestos: él fue pensado y diseñado para otra cosa. La cuestión es, una vez que quedan rotos los vínculos entre sistema institucional y sociedad -cuando la Constitución deja de estar en diálogo, o correlacionada con la sociedad sobre la que

pretende aplicarse- esperablemente, sus propósitos esenciales se pierden. Así, ya no puede seguir presumiéndose que la Constitución va a asegurar, como alguna vez se pensó, *la plena representación de la sociedad; y por tanto el equilibrio social (entre esos grupos incorporados al sistema institucional con poderes equivalentes); y por tanto controles eficientes; y por tanto la paz social.*

Frente a lo dicho, alguien podría preguntarse: ¿en qué sentido la “desconexión” que señalamos entre “Constitución y sociedad” resulta, finalmente, relevante? Lo cierto es -podría continuar esta objeción- que nadie tiende a pensar, en la actualidad, en tales términos; nadie ve a la Constitución como un “resumen” de la sociedad; nadie espera que la Constitución ayude al equilibrio social. Por el contrario -podría continuarse con esta réplica- fueron otros propósitos -los que fue afirmando y desarrollando, con el paso del tiempo, la “separación de poderes”- los que comenzaron a ganar presencia y fuerza. En tal sentido, podría agregarse, el énfasis en las “*agencias y funciones*” diferentes, propias de la “separación de poderes”, resulta cada vez más relevante. Finalmente, todos pretenden asegurar *la división de poderes* y un sistema fuerte de *controles cruzados*. Si el sistema actual de “frenos y contrapesos” permite contribuir a dichas finalidades, entonces -alguien podría concluir- merece que se lo siga defendiendo, más o menos incondicionalmente.

A pesar de lo dicho, las discontinuidades entre ayer y hoy -entre lo que el sistema institucional se comprometía a asegurar, y lo que hoy ya no es capaz de asegurar- son decisivas, y dan razones para pensar la preservación del sistema de *checks and balances* como un problema. Básicamente, podrían mencionarse tres cuestiones que resultan preocupantes, todavía hoy, de aquellas pérdidas.

En primer lugar, puede destacarse el *fin de (el supuesto relativo a la posibilidad de) la representación plena*. El punto es: en algún momento, y por las razones que fueran (tal vez, una mala descripción de la sociedad; tal vez, niveles de exclusión social extraordinarios, frente a los que la clase dirigente se mantenía indiferente; etc.) la dirigencia política pudo asumir que el sistema institucional iba a tornar posible la

“representación plena” de la sociedad: todos los órdenes sociales (relevantes) -ie., mayorías y minorías- iban a encontrar su lugar en el esquema constitucional. De esa manera -pudo suponerse- toda la sociedad iba a participar en el proceso de toma de decisiones. La expectativa era que, de dicha forma, la producción normativa iba a resultar debidamente *imparcial o neutral*, quiero decir, el resultado (no de la imposición de unos pocos, sino el producto) de una negociación/acuerdo entre sectores con demandas e intereses diferentes. caída de aquella ilusión -la certeza de que vivimos en una radical crisis de representación; la convicción de que buena parte de la sociedad resulta por completo alienada del proceso de toma de decisiones- permite pensar, entonces, en la producción -más o menos constante, más o menos inequívoca- de una legislación *parcial o sesgada*. Hablo de legislación “sesgada”, en razón de que ya no se cuenta con (lo que alguna vez se pensó o asumió que podía contarse, esto es) medios institucionales para “incorporar” al proceso decisorio (siquiera) a una porción relevante de la enorme diversidad social existente, lo que lleva a que el contenido de la legislación quede -esperablemente- muy alejado de las necesidades y demandas mayoritarias, y por completo dependiente de los cambiantes y ocasionales criterios de la elite que se convierte en “clase dirigente”. Peor que eso -puede decirse, aunque aquí no se analizará la cuestión- aparecen crecientes y muy preocupantes procesos de “captura” de la producción legislativa/ “captura” del Estado.⁵ Mientras que, en el pasado, se pudo asumir que cada grupo iba a quedar a cargo, por sí mismo, de defender sus (homogéneos) intereses en el foro legislativo, a lo largo de todo el tiempo, hoy la expectativa es, en el mejor de los casos, que algunos dirigentes identifiquen, y luego consideren “relevante,” un determinado reclamo (relevante como para merecer un respaldo o blindaje normativo, por parte de la mayoría de los miembros del cuerpo legislativo), y a lo largo del tiempo encuentren conveniente la defensa y sostén de esa exigencia, hasta convertirla en ley, primero, y luego implementarla -un “camino”

⁵ Cuestiones éstas que la literatura ha estudiado desde hace décadas, de manera muy exhaustiva (i.e., Buchanan & Tullock 1999; Olson 1971; Ostrom 2015).

demasiado extenso y riesgoso. Esperablemente, y por el contrario, el “camino” resulta mucho más corto, fuerte y seguro, para los intereses propios de la clase dirigente (i.e., proteger sus propias remuneraciones; negociar posiciones al interior de la clase; pactar impunidad entre ellos). Hoy, una mayoría de países parecen estar afectados por el problema del *sesgo en la creación normativa*. Lo que es más relevante, para nuestros fines, es que el sistema institucional resultaría parte responsable central de ese problema (un problema que tiempo atrás se asumía que el “mecanismo” de los “frenos y contrapesos” venía a resolver, y que era capaz de resolverlo).

En segundo lugar, y en relación con los supuestos relativos al *equilibrio social* y los *controles mutuos*, aparece otra ruptura significativa. En su momento, se pudo asumir, con cierta razón que, a través de la incorporación institucional de toda o casi toda la sociedad, iba a asegurarse el equilibrio social -la no opresión de unos sectores sobre otros- y así la paz o armonía del conjunto. El control del poder resultaba dependiente de la *plena incorporación de los diversos intereses sociales y el autointerés de sus integrantes*. Así como en la economía Smithiana se pensaba garantizar la satisfacción de los intereses y necesidades de todos, a través del auto-interés y el libre mercado (“el panadero produciría panes suficientes, no por altruismo, sino por egoísmo, y así cada uno podría tener pan en su mesa”); así también, se iba a asegurar el resultado de los *mutuos controles* entre las diferentes ramas del poder. Tales controles iban a resultar no del carácter *angelical* de algunos funcionarios virtuosos, sino del egoísmo de todos ellos. Como dijera Madison, debía dotarse de “armas” o “herramientas defensivas” a cada poder, gracias a las cuales (y por el egoísmo de todos) se iban a impedir los mutuos abusos o injerencias indebidas (*encroachments*) de un poder sobre otro. Así, el hecho de que, en la actualidad, no existan (imaginablemente) tener a todos los sectores de la sociedad representados en el sistema institucional (i.e., “mayorías” y “minorías”) contribuye a la imposibilidad de los controles mutuos. En la predicción de Hamilton: si la minoría (*the few*) tienen todo el poder, lo que resulta esperable es que ese grupo oprima al contrario -la mayoría (*the many*). Más crudamente: si quienes alcanzan

hoy un lugar en el sistema representativo son miembros de una minoría particular - digamos, miembros establecidos de la clase dirigente/ el *establishment*- lo que resulta esperable es que, por su propio egoísmo, ellos utilicen las posibilidades, poderes, capacidades de las que disponen, para beneficiarse a sí mismos, y perjudicar -por tanto, esperablemente- al resto. Muy en particular, cuando la dirigencia política-económica se consolida como tal -como clase dirigente, con intereses propios- luego, la lógica de “legislación imparcial y control al poder” queda sustantivamente afectada: es dable esperar, entonces, que los principales beneficiarios de la legislación sean ellos mismos (ie, los miembros de la clase dirigente, a través de privilegios, aumentos de sueldos, etc.), como resulta (no obvio pero sí) esperable que tiendan a activarse mecanismos de impunidad y mutua protección entre tales miembros de la dirigencia. El egoísmo que en algún momento -se pensó- podía alimentar y tornar esperables los controles mutuos, hoy nos permiten predecir los abusos de poder y la falta de controles a una diversidad de cuestiones de relevancia pública (ie., frente a los beneficios y privilegios distribuidos entre los miembros de la clase dirigente).

Finalmente, y aunque no sea necesario, a esta altura, enfatizar este punto, pueden señalarse algunos problemas generados por el tipo de herramientas o “armas defensivas” otorgadas a cada una de las ramas de poder (ie., veto; control judicial; poderes de *impeachment* o juicio político; poder de insistencia legislativa; etc.), y destinadas a *evitar o canalizar la guerra civil o el enfrentamiento entre sectores* (bajo el supuesto de que el mutuo temor ante las “armas” del sector contrario, inducirían a “no atacarlo”). La presencia de dicho instrumental torna comprensible la “lógica de guerra” que suele advertirse entre los distintos poderes, cuando responden a facciones o partidos políticos diferentes (lo que no implica decir clases sociales o porciones significativas de la sociedad). Como sostuviera ya en su momento el político de Vermont, Nathaniel Chipman, a mediados del siglo xviii: lo esperable es una situación de “guerra perpetua de cada [interés] contra el otro, o en el mejor de los casos, una tregua armada, acompañada de negociaciones constantes y combinaciones cambiantes, como para

evitar la destrucción mutua; cada parte a su vez uniéndose con su enemigo contra un enemigo más poderoso” (Chipman 1833, 171). En lo que interesa aquí, esa indeseable “lógica de guerra” lo es más aún para quienes defienden una aproximación *dialógica de la democracia*, y consideran que el sistema constitucional debiera servir a ella, promoviéndola.

5. Qué Hacer?

Se ha señalado que, más allá de los cambios y reconstrucciones que haya podido sufrir el sistema de los “frenos y contrapesos,” con el paso del tiempo- en un sentido relevante, el esquema de *checks and balances* (desprovisto, contemporáneamente, de una “fuente de alimentación” apropiada -desprovisto de una base de representación política medianamente completa) resulta responsable de la generación de resultados indeseables, en materia de imparcialidad de las normas, controles institucionales, o paz social (resultados indeseables, a la luz de los beneficios que se esperaban obtener del “mecanismo” creado, en relación con dichas finalidades). La pregunta, entonces - relevante y central para este texto- es qué puede hacerse frente a dicho diseño que hoy se advierte -en lo esencial- fallido.

La respuesta a dicho interrogante es muy compleja -hace décadas que se reflexiona, desde las ciencias políticas y jurídicas, acerca de cómo responder a la crisis que asumimos y reconocemos, sin encontrar soluciones satisfactorias. Sin embargo, este texto ha buscado contribuir, al menos en parte, a robustecer esa reflexión. Ello así, al menos, de dos modos. En primer lugar, este texto ayuda a mejorar de modo significativo, el diagnóstico en torno a la situación que se enfrenta. Esta contribución resultaría muy importante, porque -en buena medida- si no se resuelven, todavía, ninguno de los graves desafíos que se enfrentan, ello se debe también, y de modo decisivo, a fallas de diagnóstico. En efecto, muchos parecen señalar como responsable de la actual crisis institucional al “enemigo” equivocado: alguno puede decir, por

ejemplo, que la crisis se debe a que hoy se cuenta con representantes corruptos, poco virtuosos o deshonestos; otro puede pensar, mientras tanto, que el problema de la crisis tiene que ver, sólo, con cuestiones culturales o económicas; alguno más puede considerar que lo que verdaderamente está en crisis son los partidos políticos, y no el sistema institucional; y otros más pueden considerar, asimismo, que el problema es coyuntural, y se debe a la “erosión democrática” provocada por algún líder excesivo, abusivo o “populista” (Ginsburg & Huq 2018). Aquí, se buscó precisar y mejorar decisivamente el diagnóstico, prestando atención a las deficiencias estructurales del sistema constitucional, relacionadas *-no con anomalías ocasionales, fallas personales, o cuestiones actitudinales- sino con fallas estructurales*.

Por otro lado, en la contracara de muchos de los problemas y deficiencias que se han señalado, alumbran posibilidades y alternativas promisorias, capaces de sugerir caminos posibles de salida. Ahora es posible reconocer, por ejemplo, que no es esperable volver a contar con sistemas representativos “plenos”, traducibles institucionalmente, susceptibles de manifestarse en una multiplicidad de decisiones (sobre economía, sociedad, cultura, etc.) y “estables” en el tiempo. A la vez, se pueden encontrar razones para apostar, en cambio, a representaciones coyunturales (de “una vez”), vinculadas con temas “únicos” (aborto, sistema electoral, matrimonio igualitario), como en la práctica de las asambleas ciudadanas desarrolladas en Irlanda o Canadá, a comienzos del siglo xxi (Gargarella 2023).

De manera similar, y en materia de controles al poder, resulta relevante “dejar de asumir” que pueden esperarse controles significativos (mucho menos, suficientes) sobre el poder, a través de las “agencias internas” -los “controles endógenos” en los que depositaba su esperanza James Madison. Tal vez -contra ello (y ya que hoy lo que puede esperarse al respecto es más bien lo contrario, esto es, la mutua contribución a la impunidad; la mutua protección entre miembros de la clase dirigente), lo que nos queda es volver a apelar a los “controles exógenos” o “populares” que, dentro del esquema Madisoneano, quedaban relegados o reducidos a las elecciones periódicas. Tal vez, sea

necesario re-instalar controles “populares” (del estilo jurados?) para -al menos- reforzar las posibilidades de control al poder, y volver a instalar un sentido de “responsabilización” de los tomadores de decisiones (ello, en particular, dado de la pérdida de sentido o potencia de las elecciones, como forma de controlar sobre los funcionarios públicos -ver Gargarella 2023).

6. Conclusión

Este trabajo procuró llamar la atención sobre los límites que distinguen al sistema de “frenos y contrapesos” -el “motor”, “corazón” o “centro” de la maquinaria constitucional- que se ha convertido en un sistema ineficiente e inatractivo, con el paso de los años: ineficiente respecto de sus principales propósitos iniciales; e inatractivo, en relación con los ideales democráticos que animan a la organización institucional.

Sobre lo primero, se analizó que algunas de los objetivos que habían justificado su creación, fueron deteriorándose, revelándose poco probables, o tornándose menos esperables, con el paso del tiempo. Puede pensarse en objetivos tales como la incorporación de todos los intereses sociales relevantes; la asignación, a cada uno de esos sectores, de un lugar institucional (y, normalmente, funciones) diferente(s); el incentivo al “control mutuo”, entre esos grupos (que procurarían su auto-defensa limitando el accionar, o impidiendo los excesos, de los demás grupos). Todas esas finalidades quedaron afectadas, una vez que el constitucionalismo comenzó a perder “carnadura” social (es decir, un vínculo estrecho con la sociedad sobre la cual debía operar): en sociedades multiculturales y heterogéneas como las nuestras, aquel “sueño noble” del constitucionalismo se tornaba imposible. Frente a tales cambios,, alguien podría alegar que “debiera resultar suficiente” si el sistema de “frenos y contrapesos” ayudase a dividir al poder, y a controlarlo -fines valiosos en los que todos podrían coincidir. Sin embargo, el problema, al respecto, parece doble: por un lado, al perder capacidad de “inclusión de la diversidad” (de intereses relevantes), el “mecanismo”

comenzó a producir, sistemáticamente, decisiones “segadas” (sesgadas en favor de la estrecha minoría de la clase dirigente), y los controles (que se suponía serían activados por sectores “auto-interesados”, buscando auto-defenderse) comenzaron a mostrarse fundamentalmente insuficientes para los fines de controlar al poder;⁶ y además, muchos de esos “nobles” fines (dividir el poder; establecer controles, etc.) previsiblemente, pueden lograrse a través de otros medios menos costosos, además, en términos democráticos.

Sobre lo segundo -el carácter inatractivo del sistema de “frenos y contrapesos”- este trabajo buscó llamar la atención sobre la tensa relación que existe (una tensión permanente, desde sus orígenes) entre el sistema escogido y la democracia. Esa tensión se pudo advertir de diversas formas. Antes que nada, el esquema de los “frenos y equilibrios” se planteó, desde un comienzo, de espaldas a la democracia: su propósito era el de otorgar un “poder equivalente” a “mayorías y minorías”, y no el de honrar la regla de la mayoría. Dicho propósito, de hecho, requería socavar al principio mayoritario (la mayoría no debía conseguir más poder institucional que la minoría), por lo cual los principales controles establecidos se dirigieron a “frenar” a la rama del poder más popular. De modo más significativo, el principio democrático resultó afectado severamente por la pérdida del carácter “inclusivo” y representativo de la diversidad, que se esperaba que tuviera el sistema: cuando el grupo de las “mayorías”, o el de las “clases populares” o el de “los obreros” dejaron de tener -como se esperaba- una composición homogénea, amplísimos sectores de la sociedad dejaron de encontrar correlación o reflejo en el sistema institucional -dejaron de sentirse incluidos. Ocurría que, aquellos que actuaban, supuestamente, en su nombre, dentro del Congreso, tenían poco que ver con sus intereses; mientras que ellos -los vastos sectores de la población que permanecían “fuera” del Congreso, irrepresentados- quedaban, virtualmente, “mudos”

⁶ Aunque aquí no es posible desarrollar mucho más esta idea, señalaría que, en la medida en que la clase dirigente -que incluye a sectores políticos, empresarios, sindicales- controla el proceso de toma de decisiones, la división que pueda darse entre tales sectores (expresada, por ejemplo, en coaliciones, alianzas o partidos diferentes) puede “frenar” ciertos acuerdos y negocios desarrollados por alguna de las coaliciones del caso, pero no esa modalidad como rasgo central del proceso de toma de decisiones.

-sin “voz” institucional.” La idea de la democracia resultó, además, afectada a partir de la concepción (“pluralista”) entonces vigente, que aconsejaba dedicar las energías del sistema a “evitar las mutuas opresiones” o “canalizar la guerra civil”, antes que a otras tareas (preferidas por visiones más robustas de la democracia), como las de promover el diálogo o la “conversación entre iguales”.

En vista de tales dificultades, este trabajo vino a sugerir la necesidad de repensar los modos en que dividir el poder, y asegurar controles en el proceso de toma de decisiones, de formas que no socaven sino que fortalezcan las posibilidades del diálogo democrático.

Referências

- BUCHANAN, J.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent**. Liberty Fund, 1999.
- CHIPMAN, N. **Principles of government**. Vermont, 1833/2021.
- DAHL, R. **A Preface to Democratic Theory**. Chicago: The University of Chicago Press, 1956.
- FARRAND, M. (Ed.). **The Records of the Federal Convention of 1787**. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1937.
- GARGARELLA, R. Full representation, deliberation and impartiality. In: ELSTER, J. (Ed.). **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- GARGARELLA, R. **The Law as a Conversation Among Equals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.
- GINSBURG, T.; HUQ, A. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.
- GRAU, L. **El constitucionalismo americano: materiales para un curso de historia de las constituciones**. Universidad Carlos III de Madrid, 2011.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The Federalist Papers**. New York: Bantam Books, 1988.
- LOCKE, J. **Two Treatises of Government**. Everyman's Library, 1924.
- MADISON, J. **The Papers of James Madison**. Ed. R. Rutland; W. Rachal. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- OLSON, M. **The Logic of Collective Action**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- OSTROM, E. **Governing the Commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- ROUSSEAU, J. **Of the Social Contract and Other Political Writings**. London: Penguin Books, 2012.
- SIEYES, E. **What is the Third State?** Praequer, 1963.
- VILE, M. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1967.

WOOD, G. **The Creation of the American Republic**. New York: W. W. Norton & Company, 1969.

WOOD, G. **The Radicalism of the American Revolution**. New York: Alfred Knopf, 1992.

Sobre o autor:

Roberto Gargarella | E-mail: roberto.gargarella@gmail.com

Roberto Gargarella é advogado, sociólogo e doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade de Chicago (EUA), com pós-doutorado no Balliol College, Universidade de Oxford (Reino Unido). É Professor Titular de Direito Constitucional na UBA e de Teoria Constitucional e Filosofia Política na Universidad Torcuato Di Tella. Autor e organizador de mais de 25 livros em inglês e espanhol sobre teoria constitucional, filosofia política e direitos econômicos e sociais, recebeu diversas distinções, como as bolsas Fulbright, Tinker, John Simon Guggenheim e Harry Frank Guggenheim. Foi professor e pesquisador visitante em instituições como Universidade de Bergen, Universidade de Oslo, Universitat Pompeu Fabra, Columbia University, New York University, Harvard University e The New School.

Datas do Processo Editorial / Editorial Process Dates

[\(Link do texto\)](#)

Data de submissão / Submission date: 21 de Fevereiro de 2025.

Data da Triagem de Diretrizes / Guidelines Screening Date: 06 de Fevereiro de 2025

Data da Triagem de Qualidade / Date of Quality Screening: 06 de Fevereiro de 2025

Data do Envio para Avaliação / Date of Submission for Evaluation: 07 de Fevereiro de 2025

Data da Primeira Avaliação / Date of First Evaluation: 24 de Abril de 2025

Data da Segunda Avaliação / Date of Second Evaluation: 09 de Junho de 2025

Data do Envio para Correção / Date Sent for Correction: 17 de Junho de 2025

Data de Aceite / Date of Acceptance: 26 de Agosto de 2025.

Corpo Editorial:

Editor-Chefe: J.P.B

Editora-Adjunta: L.S.G

Editora Associada: J.Y.N

Pareceristas: 2

Roberto Gargarella

Conceitualização; Curadoria de Dados; Análise Formal; Aquisição de Financiamento; Investigação; Metodologia; Administração de Projeto; Programas; Recursos; Supervisão; Validação; Visualização; Escrita (rascunho original); e, Escrita (revisão e edição)