

Ana Micaela Alterio

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

Claramente, el debate constitucional en materia de organización del poder es muy amplio como para abarcarlo en unas pocas páginas —incluso si nos limitamos al que se da en la teoría constitucional—. Considero relevantes las discusiones que, si bien no son nuevas, están influyendo en el diseño constitucional, como las propuestas por las teorías de la democracia. Con base en las distintas teorías de la democracia se analizan y proponen nuevas instituciones, se busca mejorar su regulación o cambiar su diseño, con el fin de que se adapten a los postulados de dichas teorías. Dentro de las teorías de la democracia hay una apuesta por teorías deliberativas que ponen énfasis en la discusión incluyente en la esfera pública, esté o no institucionalizada.

La disputa al interior de las teorías deliberativistas está entre quienes adscriben posiciones más volcadas al sustancialismo, donde la parte dogmática de la Constitución sigue siendo la protagonista, mientras que de la parte orgánica se destaca el papel de los jueces. De allí el auge de las teorías de la interpretación constitucional, la argumentación, etcétera, y una tendencia a visualizar el diálogo interjudicial como respuesta a los déficits de lo que puede verse como monólogo de las supremas cortes, sobre todo destacando las decisiones de las cortes internacionales en materia de derechos humanos.

Por otro lado, quienes sustentan concepciones procedimentalistas suelen hablar de la democracia como diarquía, donde la voluntad y la opinión son los dos poderes de la ciudadanía soberana, que, si bien diferentes, necesitan de comunicación constante. Aquí el énfasis está puesto en un espectro más amplio de actores como detentadores de “poder” de interpretación/configuración constitucional, es decir, se amplía el diálogo y la participación emerge como el gran derecho a proteger, por un lado, y a canalizar institucionalmente, por el otro.

El constitucionalismo en Latinoamérica está siendo influido por estas dos tendencias que podrían incluso verse como en tensión al momento del diseño constitucional. Si analizamos las últimas reformas constitucionales (incluyendo las sustituciones constitucionales) que se han dado en la región en los últimos 30 años, es fácil apreciar que mayormente se han destinado a aumentar el reconocimiento de derechos fundamentales —bajo un entendimiento normativo de la Constitución—, incluyendo la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos y sus órganos de control, el aumento de las facultades de las supremas cortes de justicia o tribunales constitucionales. A la par, se ha visto reflejada en las reformas la preocupación por mejorar los canales de participación popular y dotar de mayor legitimidad democrática a la organización del poder.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

Descartando los clásicos, siempre fundamentales para entender la organización del poder, señalaría muy escuetamente:

- Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- De la Torre, Carlos y Aranson, Cynthia (eds.), *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Washington D. C., Woodrow Wilson Center Press, 2013.
- Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, Inglaterra, Ashgate, 2012.
- Fishkin, James y Laslett, Peter (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Malden, Blackwell Publishing, 2003.
- Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, diciembre de 2001.
- Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001.
- Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- Holmes, Stephen, *Passions and Constraints*, University of Chicago Press, 1995.
- Levitsky, Steven y Way Lucan, *Competitive Authoritarianism. Hybrid Regimes after the Cold War*, Cambridge University Press, 2010.

- Madison, Hamilton y Jay, *El Federalista*.
- Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002.
- Möllers, Christoph, *The Three Branches*, Oxford Constitutional Theory, 2015.
- Mudde, Cas y Rovira Kaltwasser, Cristóbal (eds.), *Populism in Europe and the Americas. Threat or Corrective for Democracy?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- Negretto, Gabriel, *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, 2014.
- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Noguera, Albert.
- Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.
- Post, Robert, *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Rovira Kaltwasser, Cristóbal, *Populism vs. Constitutionalism? Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America, and the United States*, Oxford, The Foundation for Law, Justice and Society, 2013.
- Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- Sunstein, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions Do*.
- Urbinati, Nadia, *Democracy Disfigured Opinion, Truth and the People*, Harvard University Press, 2014.
- Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Fundamental también la bibliografía feminista en materia de organización del poder, autoras como Anne Phillips, Mac Kinnon e Yris Young.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

En términos teóricos, creo que el estudio de la organización del poder desde la teoría política y, particularmente, desde la teoría de la democracia enriquece y transparenta el debate sobre las propuestas institucionales. Considero que la originalidad de los debates está en que se ha perdido el miedo a romper paradigmas clásicos constitucionales en pro de adecuar la organización del poder a las necesidades locales. En particular, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha significado un parteaguas que ha tenido gran influencia en la academia constitucional. En este sentido, se ha presentado como una posible respuesta (más o menos exitosa) a problemas como la exclusión de grandes sectores sociales de la vida política y del disfrute real de los derechos fundamentales. Se ha animado a crear Constituciones que no cumplían con los estándares que mandaba el constitucionalismo liberal democrático y le ha puesto el calificativo de “político” a su actuar constitucional, enfrentando las asunciones de juridicidad, neutralidad, simplicidad, universalidad, etcétera.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

En América Latina, los grandes problemas a los que debería ofrecer respuesta el debate constitucional en materia de organización del poder son: la corrupción; la falta de acceso/participación/incidencia de la ciudadanía en lo público; la enorme desigualdad social y falta de acceso efectivo al goce de los derechos, y la concentración del poder en manos de los poderes ejecutivos. En particular, tiene relevancia el estudio del populismo constitucional y su repercusión (negativa o positiva) sobre la desigualdad social, política y económica.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

El modelo constitucional debe ser incluyente, deliberativo y horizontal. La novedad no implica tirar todo lo aprendido por la borda y empezar de cero, sino replantearnos qué

instituciones realmente sirven para los fines que tenemos, cuáles debemos descartar y cuáles tendremos que crear. Debemos saber qué expectativas reales podemos depositar en el diseño constitucional, y cuáles objetivos queremos lograr a través de los tribunales, los Parlamentos y el Ejecutivo, considerando relevante la voz de los movimientos sociales y la ciudadanía ante la toma de decisiones. Se trata de crear condiciones institucionales y generar herramientas para el desarrollo constitucional democrático, no dar respuestas anticipadas ni esperar respuestas concretas. Se trata de abrir espacios, no de cerrarlos; de ser humildes ante desafíos tan grandes, y a la vez responsables. Siempre atendiendo a nuestras particularidades y necesidades culturales, étnicas, geográficas, económicas, sociales, políticas, etcétera.

Daniel A. Barceló Rojas

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

La calidad del gobierno democrático.

En todo el mundo: la calidad del gobierno (a) en la toma de decisiones de gobierno (intra e interorgánica); (b) en su implementación eficaz, eficiente, honesta, transparente, responsable; (c) en su control y rectificación oportuna (intra e interorgánica).

La calidad del gobierno es absolutamente indispensable para el cumplimiento eficaz de los deberes impuestos por la Constitución al gobierno, para proveer los derechos sociales —en realidad todos los derechos—. La calidad del gobierno —que implica eficacia— legitima la democracia representativa como sistema político.

En los países de América Latina únicamente: en las décadas de los años ochenta y noventa del siglo XX, a partir del libro de Juan Linz y Arturo Valenzuela, *The Failure of Presidential Democracy*, se discutía la mejor forma de gobierno para mantener en el tiempo el sistema democrático: si la parlamentaria o la presidencial. Las conclusiones de ese debate condujeron a un replanteamiento en lo que va del presente siglo XXI: cómo mejorar el sistema presidencial en los países de América Latina, cómo hacer que funcione.

Las soluciones teóricas vinieron por la concepción de los gobiernos de coalición en los sistemas presidenciales con mayorías congresuales estables, y la potenciación de la función del Congreso como órgano de control de los mandatos de implementación de la Constitución y las leyes a cargo del Poder Ejecutivo.

En el entorno de Hispanoamérica (América Latina + España) el periodo de tiempo máximo para el cargo de presidente de la República. El tiempo como técnica de control del poder.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

Fuera de México: Michael Laver, Wolfgang Müller, Kaare Strom, Gerhard Loewenberg, Bo Rothstein, Dieter Nohlen, Manuel Alcántara. En México: Diego Valadés, Mauricio Merino, María Amparo Casar.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

En poner el énfasis en que los gobiernos democráticos deben ser eficaces para superar la alternativa, presente en el imaginario colectivo de los países subdesarrollados de América Latina, de que los sistemas autoritarios pueden proveer mejores resultados sociales —con orden y paz sociales— que los democráticos. En este orden de ideas, se ha transitado del debate sobre la calidad de la representación política mediante la configuración de los sistemas electorales, a la calidad del gobierno mediante la hibridación del sistema presidencial con instituciones propias del sistema parlamentario —entre las que destaca la supervisión congresual del gobierno en tiempo real y los instrumentos de rectificación—.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

- 1) *El problema de la simulación constitucional como patología propia de los países subdesarrollados de América Latina.* Las teorías de control constitucional que surgen en Estados Unidos y Europa —siendo desde luego absolutamente indispensables— no son suficientes para erigir un Estado constitucional en América Latina. Se debe desarrollar una teoría para buscar solución al problema de la simulación constitucional como estrategia recurrente de la mayoría de los gobernantes latinoamericanos.
- 2) *La corrupción gubernativa auspiciada y/o protegida desde la cúspide del Poder Ejecutivo, y los instrumentos adecuados para su combate.* Reflexionar sobre los límites del concepto de soberanía nacional que usan como escudo de protección

los gobernantes latinoamericanos, y, en ese contexto, pensar sobre la creación de una comisión supranacional permanente que indague y juzgue subsidiariamente la corrupción gubernativa al más alto nivel en los países de América Latina (caso Guatemala).

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

Abrir la posibilidad desde las Constituciones de los Estados nacionales de América Latina para formar una unión política más intensa con órganos supranacionales latinoamericanos, eficaces para cumplir su función de garantes de la democracia y de los derechos humanos —incluyendo los de contenido social—. En este marco, interpretar restrictivamente el concepto de soberanía nacional.

Rodrigo Brito Melgarejo

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

En el debate constitucional contemporáneo es común encontrar referencias a la problemática que, en el nuevo escenario global, implica adoptar en los Estados nacionales prácticas que corresponden a un “constitucionalismo cerrado”. Ello, pues si bien las Constituciones nacen y operan en el ámbito estatal, el mundo jurídico moderno, como señala Zagrebelsky, se ha emancipado, en varios campos, de la idea de territorialidad. La soberanía se transforma a partir de la interdependencia que existe entre los distintos actores (estatales y no estatales) que participan en un mundo en el que un buen número de acontecimientos políticos, económicos, sociales, ambientales, etcétera, tienen eco en la realidad de diversos Estados. De esta forma, situaciones lejanas, a través de cadenas causales de lo más variadas, producen consecuencias en la protección local de los bienes constitucionales. Esta situación ha provocado que las normas internacionales, así como los sistemas regionales y universal de protección de los derechos humanos, hayan adquirido una mayor relevancia en los últimos años; sin embargo, al interior de algunos Estados, los derechos no dejan de encontrarse en un momento crítico al que debe corresponder una redefinición a través de la cual el amplio conjunto normativo de protección que se ha creado se traduzca en prácticas institucionales y sociales que permitan su real afirmación. Y es que la fuerza que ha adquirido el discurso de los derechos humanos y los esfuerzos intelectuales que han dado pie a su redefinición teórica, no han encontrado correspondencia en la realidad sociopolítica contemporánea.

Otro de los temas que se discuten es la forma en que debe encauzarse la multiculturalidad de las sociedades. Este fenómeno, que en buena medida está ligado a la inmigración, ofrece retos importantes al constitucionalismo, pues aunque éste ha pretendido encarnar una cierta neutralidad de carácter ideológico y cultural que haga posible la integración de las diversas concepciones particulares, parecería que la incorporación

al constitucionalismo moderno de principios sustantivos propios de la tradición europea genera un escenario en que la incursión de nuevas identidades culturales o religiosas representa un reto que pone a prueba la concepción de los derechos y de la organización política propia del constitucionalismo.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

Entre los autores que tratan estos temas puede mencionarse a Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Michelangelo Bovero, Armin von Bogdandy, Javier García Roca, Claire L'Heureux-Dubé, Mariela Morales Antoniazzi, Alessandro Pizzorusso, Flávia Piovesan, y Anne-Marie Slaughter.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

La originalidad de esos debates reside en la necesidad de concebir una nueva forma de entender el constitucionalismo, a partir de una realidad cambiante que hace incompatible la idea de confinamiento a las fronteras nacionales de temas que por su naturaleza requieren de un análisis a través de perspectivas incluyentes y abiertas, que tengan como hoja de ruta la protección de los derechos de las personas.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Uno de los problemas a los que debería ofrecer respuesta el debate constitucional contemporáneo es acortar la distancia que existe entre la prédica retórica y la violación recurrente de los derechos humanos en algunos países, pues esta situación ha hecho que se acentúe una serie de contrariedades que en ocasiones impide la afirmación práctica de esos derechos. En el ámbito político, por ejemplo, el discurso de los derechos humanos se emplea muchas veces de manera instrumental para alcanzar intereses particulares e inmediatos, con lo que se corre el riesgo de distorsionarlo y hacerlo susceptible de manipulaciones y desviaciones contrarias a su papel preservador de libertades.

Es por ello que otro de los problemas a resolver es cómo conseguir Constituciones sustantivas y garantizadas, pues, como ha señalado Luis Prieto Sanchís, hoy en día se hace necesario que los textos constitucionales, al tiempo que recojan un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que limiten el poder e impongan obligaciones positivas a las autoridades, también gocen de una plena tutela a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria y, en general, de las autoridades, a fin de conseguir que tengan una verdadera fuerza normativa.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

Un modelo constitucional abierto, que no quede confinado a las fronteras nacionales y que permita las convergencias a través de un diálogo constructivo entre instituciones y jurisdicciones nacionales, internacionales y regionales, a fin de conformar un patrimonio común de principios constitucionales que auspicie una mayor protección de los derechos humanos.

Manlio Fabio Casarín León

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

- La adecuada armonización entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.
- El modelo económico sustentable del Estado constitucional.
- Las regresiones del poder reformador de la Constitución hacia esquemas antidemocráticos.
- El modelo de seguridad ciudadana ante el terrorismo y nuevos fenómenos de criminalidad.
- La Constitución del pluralismo democrático en un contexto globalizado.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

- Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1997.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- *Id.*, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1.
- Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997.
- *Id.*, *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004.
- *Id.*, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- Sartori, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, Madrid, Taurus, 2008.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

Se trata de temas que han puesto en evidencia la insuficiencia de los modelos constitucionales adoptados en varias partes del mundo, y que requieren nuevas explicaciones con propuestas de solución efectivas.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

- Violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de los gobiernos.
- Erosión de la gobernabilidad democrática.
- Modelos de explotación y desarrollo económico inequitativos y carentes de sustentabilidad.
- Regresiones autoritarias amparadas en el propio ordenamiento jurídico.
- Déficits democráticos en la participación ciudadana.
- Constituciones incompatibles con el pluralismo y el multiculturalismo.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

Se trata de articular un modelo que, atendiendo al contexto, guarde el justo equilibrio entre estatismo y economía de mercado, que contenga controles orgánicos efectivos entre los poderes, formas adecuadas de empoderamiento ciudadano, cooperación internacional permanente, y una mayor efectividad en la tutela de los derechos humanos hacia nacionales y extranjeros, en su esfera individual y colectiva.

José Luis Caballero Ochoa

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

Me parece que algunos de los temas que pueden apuntarse de forma general son:

A) El análisis, cada vez mayor, sobre el papel de la Constitución en la construcción de ciudadanía. Me refiero a la necesidad de una aplicación constitucional más de fondo, que conjure el imaginario de que la inclusión de normas en el texto constitucional —“elevantar a rango constitucional”— obtiene resultados inmediatos o una apropiación social directa. Este cuestionamiento sobre la “eficacia” de la Constitución está tomando lugar en las discusiones actuales.

En este sentido, me parece que el eje de atención pasa por: 1) la efectividad de la Constitución, no sólo como documento político, sino de carácter normativo, y 2) también la valoración de su impacto en el desarrollo social.

Otros temas que se encuentran en el debate contemporáneo:

B) Activismo de los tribunales constitucionales y la eficacia de sus resoluciones.

C) Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

D) Constitución y procesos de emancipación social.

E) Transparencia y rendición de cuentas.

F) La autonomía de los poderes del Estado en relación con la preponderancia del Ejecutivo, especialmente en algunos contextos latinoamericanos.

Con respecto al *constitucionalismo* y el *derecho internacional*, me permito proponer como ángulo de apreciación los siguientes temas, más enfocados en el sistema de interpretación de los derechos fundamentales:

- La discusión sobre el derecho internacional de los derechos humanos como auténtico derecho constitucional, específicamente de las normas contenidas en tratados internacionales; la ampliación del catálogo de derechos a través del denominado “bloque de constitucionalidad”.
- La discusión sobre la efectividad de las sentencias o resoluciones de los organismos internacionales en el ámbito de los operadores jurídicos internos; es decir, si estas resoluciones son meramente declarativas, o llevan implícita una eficacia que debe permitir su ejecución.
- La posible “sanción” de organismos internacionales ante Estados reticentes al cumplimiento de resoluciones.
- La construcción del sistema de interpretación dialógica y, en este sentido, si la interpretación conforme a los tratados internacionales construye el contenido mínimo de los derechos fundamentales.
- En este aspecto, se inserta el diálogo entre los tribunales internacionales y constitucionales; especialmente ante la construcción de jurisprudencia internacional a partir de los criterios de las altas cortes de constitucionalidad.
- El modelo de interpretación constitucional sobre derechos humanos y el alcance de los métodos o principios que se aplican para resolver posibles conflictos: ponderación, proporcionalidad, margen de apreciación nacional, test de escrutinio estricto en los casos en que esté comprometida la igualdad y la prohibición de discriminar, etcétera.
- El sentido, alcance y obligatoriedad de aplicación del control de convencionalidad, y su relación con un modelo de interpretación constitucional de los derechos humanos, en donde se genere un sistema de verdadera integración entre derechos.
- La idea de generar un control de constitucionalidad de la propia Constitución ante una incompatibilidad convencional.
- La construcción de un contenido mínimo de aplicación constitucional, que se identifica como *ius commune* regional o universal. Si el propósito de los sistemas de protección de los derechos humanos, especialmente los regionales, tiene como *ultima ratio* la conformación de un marco normativo común para los países.
- El tema del pluralismo constitucional.

II. ¿CUÁLES SON ALGUNOS AUTORES DE REFERENCIA?

Algunos ejemplos, en relación con el constitucionalismo y el derecho internacional:

- Rodríguez Garavito, César, *Constitución y globalización*.
- Uprimny, Rodrigo, *Constitución y globalización*.
- Bonilla, Daniel, *Diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos*.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad*.
- Abramovich, Víctor, *Sistema interamericano y protección de derechos humanos*.
- Courtis, Christian, *Constitución, derechos sociales y globalización*.
- Saiz Arnaiz, Alejandro, *Interpretación de los derechos fundamentales y tratados internacionales*.
- Nollkaemper, André, *Interpretación de los derechos fundamentales y tratados internacionales*.
- García Roca, Javier, *Pluralismo constitucional*.
- Ayala Corao, Carlos, *Sistema interamericano y protección de los derechos humanos*.
- Krisch, Nico, *Pluralismo constitucional*.
- Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo o pluralismo constitucional*.
- Bogdandy, Armin von, *Ius constitutionale commune*.

III. PROBLEMÁTICA A LA QUE DEBERÍA DAR RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO EN RELACIÓN CON EL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Expongo tres puntos de atención:

1) La perspectiva de la internacionalización del derecho constitucional:

- La migración de procesos previstos en el orden constitucional a sede internacional. En este sentido, habría que evaluar la interacción con nuevos organismos internacionales en el diseño de estrategias de procuración de justicia, evaluación

de políticas públicas o rendición de cuentas, como ha sido el caso del GIEI (Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes) o la CICIG (Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala).

2) La perspectiva de constitucionalización del derecho internacional:

— Que los procesos del derecho internacional puedan apropiarse de perspectivas del derecho constitucional. Me refiero, por ejemplo, a los alcances de la incorporación de la jurisprudencia nacional por parte de la jurisprudencia internacional y, en ese sentido, a una incidencia de los estándares que vaya marcando el derecho comparado. También que procesos propios del derecho internacional adopten el alcance del derecho constitucional, como sería el caso de que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana pudieran transformarse en auténticas cuestiones prejudiciales.

3) La perspectiva de articulación de las distintas fuentes productoras de derechos humanos en un sistema de redes:

— El tema de la articulación y trabajo en redes de sedes productoras de normas sobre derechos humanos, no sólo en el ámbito constitucional o internacional —que no se sitúan más en un plano de jerarquía normativa—, sino en el de las entidades federativas, que han ido posicionado sus propios referentes interpretativos, catálogos de derechos y mecanismos de tutela.

Oswaldo Chacón Rojas

La participación y las prerrogativas del Estado en la vida económica constituyen en nuestros días uno de los problemas centrales del constitucionalismo. Las dinámicas globalizadoras y políticas liberalizadoras están obligando a repensar los principios tradicionales, como la intervención subsidiaria del Estado en la economía, la regulación al libre mercado, la actuación solidaria del Estado, o la libertad para el ejercicio de la actividad económica, lo cual ha abierto una amplia agenda de discusión desde la perspectiva constitucional.

Este debate se ha enriquecido en nuestro país a raíz de las reformas estructurales aprobadas durante la administración del presidente Enrique Peña Nieto con el objeto de desatar el crecimiento económico y que han impactado el capítulo económico de la Constitución, principalmente los artículos 3o., 5o., 25, 26, 27, 28 y 131. Las reformas han modificado la frontera entre Estado y mercado (reformas en competencia económica, telecomunicaciones y energía), entre los poderes de la Unión (con el nombramiento desde el Congreso de las nuevas instituciones autónomas), y la creación de nuevas instituciones autónomas constitucionales —Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)—, cuyas responsabilidades correspondían antes a agencias que dependían de alguna forma del Ejecutivo. Definitivamente nos encontramos frente a un nuevo marco normativo de la realidad económica y social del país que conlleva importantes desafíos para el derecho constitucional (DC):

- 1) *La necesidad de incorporación de enfoques interdisciplinarios.* La metodología de la investigación en el DC suele tener un matiz poco interdisciplinario. Pero esto debe cambiar, pues no hay otra manera de explicar y teorizar sobre la convergencia entre la economía y la Constitución.
- 2) La condición de los principios económicos adoptados en la Constitución nos enfrenta a diversos planteamientos: ¿pueden y/o han sido modificados?, ¿deben

obviarse o defenderse en el debate sobre la eficiencia o los resultados de gobierno?, ¿ensayar nuevos principios es desviarse de la Constitución y falsearla? Para algunos autores, las reformas han debilitado los principios del Constituyente de Querétaro.

- 3) *El análisis constitucional de las políticas regulatorias.* Sin duda, la participación del Estado en la economía es fundamental no sólo para la regulación y mantenimiento de una sana y libre competencia entre los factores de la producción y entre los diversos sectores de la industria, sino también para el sostenimiento mismo del Estado como estructura política superior; sobre todo en épocas como la actual, donde los capitales transnacionales y sus gobiernos ejercen serias presiones a los Estados más débiles para obtener las concesiones necesarias para su expansión. Sin embargo, hace falta promover la investigación jurídica sobre esta agenda. La visión puramente económica de la regulación ha ocasionado que el desarrollo de la discusión académico-jurídica no presente avances profundos. Distintas áreas de estudio han abordado el tema de las políticas regulatorias, pero no desde el derecho constitucional. Debe construirse una agenda para la investigación jurídica sobre esta política. Por ejemplo, la evolución de las políticas regulatorias hacia modelos deliberativos y sociales, así como la idea de una mayor calidad de la regulación, debe ser objeto de investigación de los constitucionalistas y no sólo economistas.
- 4) *La incorporación de nuevas categorías y conceptos a los estudios constitucionales.* La noción de ciclo político de la regulación, ajeno a la estructura tradicional del pensamiento jurídico, puede abrir un nuevo campo. Tradicionalmente se estudia la fase *ex post* de la regulación, pero ahora, con la mejora regulatoria, se debe mirar la fase previa de la expedición de una norma (ciclo político). Indagar cómo el proceso de elaboración de determinadas políticas incide sobre el proceso de elaboración de normas. Se requieren nuevos modelos de investigación jurídica que incluyan la relación entre *policy* y *law making*.
- 5) *Desafíos de las agencias regulatorias.* Las reformas crean poderosos organismos reguladores autónomos en materia de telecomunicaciones o competencias, a excepción de la materia energética. No habíamos creado instituciones autónomas para regular a las empresas privadas. Esto contempla retos de coordinación de políticas públicas, amén de que, en el ánimo de evitar la gran cantidad de litigios en el sector que han frenado todo intento de regulación, se dejaron pocos mecanismos de defensa contra las decisiones de los poderosos comisionados. Persiste el reto de analizar normativa y empíricamente la garantía de autonomía de estos

entes. Los organismos reguladores necesitan recursos suficientes, poderes importantes y un mecanismo de selección adecuado que impida su sometimiento al poder político.

- 6) *Desde el DC debe analizarse el nuevo escenario de la división de poderes.* Las reformas favorecen al Ejecutivo al reconocerle el control del nombramiento de los responsables de las nuevas instituciones. Mientras tanto, el Legislativo se ve debilitado porque pierde la posibilidad de integrar comisiones de investigación y control como en Pemex. Asimismo, se debilita el Poder Judicial porque los asuntos energéticos se irán al arbitraje internacional, o se solucionarán de acuerdo con las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial. Esta circunstancia ofrecerá ventajas procesales a quienes en el futuro litiguen contra México con motivo del nuevo régimen contractual.
- 7) *La materialización de derechos económicos.* Algunas de las nuevas Constituciones latinoamericanas han consagrado en su texto directivas económicas intangibles y, por otro lado, algunas de tales reformas fueron acompañadas por simultáneas medidas de reforma económica, destinadas a cambiar relaciones de poder previsiblemente amenazantes sobre la Constitución, como en Bolivia.
- 8) *La defensa de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como límite al mercado y garantía de protección de los ciudadanos.* La defensa de los DESC es muestra de las limitaciones que pueden imponerse al mercado, actuando con justicia. En ello radica la importancia de las decisiones judiciales. Los distintos argumentos que se han sostenido para señalar que no son derechos y consecuentemente no pueden ser justiciables están superados con el nuevo artículo 1o. constitucional. Los DESC forman parte del ámbito de protección que la Constitución prevé, toda vez que se encuentran reconocidos en diversos tratados internacionales en los cuales se establecen obligaciones muy claras para el Estado en relación con dichos derechos. El pendiente es el conocimiento de los estándares internacionales que los reconocen y que les dan contenido, y avanzar en su exigencia por la vía judicial.
- 9) *La relevancia de la interpretación de los tribunales constitucionales.* La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como exégeta y garante del orden jurídico fundamental, jugará un papel determinante en la arquitectura jurídica de los cambios económicos, pues son sus criterios interpretativos los que definirán en última instancia los contenidos, dando certeza jurídica y eficacia a las nuevas normas. La SCJN debe enfrentar el reto jurídico de la transformación económica de México, teniendo claro que la interpretación constitucional debe contribuir a alcanzar los

finés perseguidos por el Constituyente. Para ello habrá que acudir a métodos de interpretación modernos, mucho más allá de los dogmáticos o literales. Se requieren interpretaciones creativas, teleológicas y evolutivas que visualicen al derecho como instrumento de cambio social.

- 10) *La modulación constitucional como respuesta a la coyunturalidad de la agenda económica.* La economía y el derecho oscilan entre consideraciones de eficiencia y aspiraciones de equidad. En ciertos periodos prevalecen las valoraciones de eficiencia basada en la autonomía de la voluntad privada. En otros periodos priman las metas de equidad, en donde prevalece la desconfianza del interés particular como medio adecuado para canalizar los afanes de desarrollo económico y progreso social y se destaca el rol de las autoridades estatales para maximizar la riqueza total. La Constitución es una decantación de ambos anhelos. Las reformas estructurales abren esta posibilidad. Aquí es donde la modulación, entendida como la actividad de adecuación realizada por el máximo juez de la constitucionalidad cuando se ve precisado a ofrecer respuestas a situaciones excepcionales, cuya resolución de conformidad con los cánones tradicionales y de uso más habitual daría lugar a resultados contraproducentes, se presenta como un instrumento de interpretación pertinente.
- 11) Para el estudio del estado del arte del constitucionalismo económico conviene seguir los trabajos de Alberto Dalla Via (*Derecho constitucional económico*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot-LexisNexis, 2006), Juan V. Sola (*Constitución y economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-LexisNexis, 2004), las publicaciones de Claudio Radaelli, Ciara Brown y Colin Scott del Centro de Estudios sobre Gobernanza Regulatoria de la Universidad Exeter, o las publicaciones sobre los desafíos regulatorios de Mariano Bacigalupo Saggese.

Oscar Cruz Barney

GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Temas propuestos de análisis:

- 1) Constitucionalismo *versus* integración económica internacional: el peso de los tratados comerciales internacionales (de integración económica) frente a la autonomía en la toma de decisiones por parte del Estado.
- 2) Las resoluciones de los mecanismos internacionales de solución de controversias y su recepción por los sistemas jurídicos internos:
 - El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) y los derechos ambientales, sociales y laborales.
 - La relación de los mecanismos internacionales de solución de controversias con los mecanismos internos de defensa constitucional.
 - El acceso a derechos recibidos vía los tratados comerciales internacionales por los nacionales.
- 3) El impacto de la reorganización económica mundial en el diseño de los modelos económicos constitucionales:
 - Regionalismo *versus* multilateralismo.
 - Políticas de competencia económica y realidad social.
- 4) El papel del Poder Judicial en la creación del derecho y la limitación a los derechos de los particulares:
 - Pequeños “recortes” a los derechos del gobernado.
 - Mecanismos de selección/designación/elección de los jueces superiores.

Francisco Javier Díaz Revorio

Según las indicaciones dadas, en las siguientes líneas se sintetizan los que, a juicio del autor, son los principales debates constitucionales de la actualidad, así como los retos principales a abordar en cada uno de ellos.

I. CONSTITUCIÓN, ESTADO, MARCO INTERNACIONAL

La Constitución nace como norma suprema de un Estado. No se entiende el origen de la Constitución sin el Estado. El Estado es la forma de organización política de la Edad Moderna; el Estado constitucional lo es de la edad contemporánea. Pero hoy estamos en la era de la globalización, el marco estatal se ve superado en aspectos económicos, sociales y culturales, aunque no tanto en el aspecto jurídico-político, en el que los avances han sido notoriamente insuficientes.

Retos: encontrar una respuesta jurídico-política a los desafíos planteados por la globalización. Debe existir un poder con legitimidad democrática en el marco internacional. Ha de buscarse una regulación jurídica internacional con pretensiones globales. El derecho internacional de los derechos humanos ha de constitucionalizarse, procediéndose a una regulación global en el marco internacional. Ha de encontrarse la posición de los Estados en el nuevo orden global, superando el marco estatal como principal referencia. La protección y garantía de los derechos en el ámbito internacional no puede ser inferior a las existentes en el marco estatal. Deben extraerse las consecuencias internas del reconocimiento de los derechos en el plano internacional, como por ejemplo la posición de los tratados o el control de convencionalidad.

Algunos autores: Miguel Carbonell, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Néstor Sagüés, Luis López Guerra.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NOVEDADES EN SU ELENCO Y ESTRUCTURA JURÍDICA

Los derechos humanos han experimentado una evolución histórica importante. Su reconocimiento y garantía constitucional los ha convertido en derechos fundamentales, cuyos paradigmas fueron establecidos por la teoría jurídica desde hace más de un siglo. Pero las declaraciones de derechos han ido ampliando su elenco de manera casi imparable, en sucesivas generaciones. Aparecen así nuevos derechos en ámbitos medioambientales, tecnológicos o científicos, como el derecho al agua, el acceso a Internet, los derechos vinculados a la protección del genoma, entre otros.

Retos: establecer los parámetros para la fundamentación, reconocimiento y garantía de nuevos derechos. Dotar a los derechos de un nuevo paradigma, que considere las alteraciones fundamentales que se han producido en elementos como su titularidad, contenido, límites o interpretación.

Algunos autores: Miguel Revenga, Néstor Sagüés.

III. ESTADO SOCIAL, DERECHOS DE PRESTACIÓN Y LIMITACIONES PRESUPUESTARIAS

Vinculado al fenómeno anterior, se observa que la extensión de los derechos fundamentales implica mayores prestaciones públicas. Los derechos siempre tienen un costo económico. De este modo, la satisfacción real de los derechos dependerá de los medios económicos que se destinen a este objetivo. La intensa crisis económica vivida especialmente en Europa ha exigido la imposición de límites estrictos de déficit público, poniendo en cuestión la viabilidad del Estado social.

Retos: establecer las consecuencias jurídicas de la necesaria dependencia económica para la satisfacción de los derechos. Valorar la compatibilidad entre Estado social y límite de déficit. Analizar la viabilidad de un principio de irreversibilidad de los avances en materia de derechos económicos y sociales.

Algunos autores: Cass Sunstein, Roberto Gargarella, miembros del proyecto de investigación interuniversitario de las universidades de Castilla-La Mancha, Deusto y Pablo de Olavide.

IV. A LA BÚSQUEDA DE UN MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los métodos tradicionales de interpretación jurídica no son aplicables sin grandes adaptaciones a la interpretación constitucional. Las Constituciones tienen características especiales como su carácter axiológico, su politicidad, ambigüedad o la presencia más intensa de principios.

Retos: encontrar un método adecuado para la interpretación constitucional. Valorar las aportaciones, límites y carencias de las propuestas más utilizadas (ponderación, concordancia práctica, método tópico...).

Algunos autores: Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Konrad Hesse, Néstor Sagüés.

V. TRANSPARENCIA Y NUEVAS EXIGENCIAS DE LA DEMOCRACIA

La democracia representativa en su concepción tradicional parece verse superada por muchos motivos. Existe una demanda ciudadana cada vez más intensa, exigiendo más transparencia a las instituciones y a los responsables políticos, y nuevas formas de participación.

Retos: una regulación jurídica completa de las exigencias de transparencia en las instituciones y cargos públicos, así como del acceso a la información pública (compatible con la privacidad de los datos personales). Establecer los paradigmas de una nueva forma de democracia, posibilitando el tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa y deliberativa

Algunos autores: Ángel Garrorena, Luis M. Díez-Picazo.

VI. ESQUEMA DE DISCUSIÓN PROPUESTO

1. *Constitución, derecho internacional y superación del marco estatal*

Las Constituciones nacieron vinculadas al Estado, pero en la era de la globalización el marco estatal ha dejado de ser la referencia principal en el ámbito económico y social.

Sin embargo, el marco jurídico-político en el esquema global es prácticamente inexistente y muy débil, y los avances en ámbitos regionales no parecen suficientes.

2. *El plano internacional y el plano interno*

El análisis de los problemas jurídicos y del propio sistema de fuentes arroja que éstos siguen sin tener una respuesta unívoca cuando se abordan desde la perspectiva interna o desde la perspectiva internacional.

3. *Problemas de fuentes*

La ubicación del derecho internacional en el sistema de fuentes sigue planteando retos de difícil solución, como:

- La ubicación de los tratados internacionales en el sistema de fuentes. En el plano internacional existe el principio de que los Estados no pueden invocar su derecho interno para el incumplimiento de los tratados, pero en el plano interno rara vez los tratados se sitúan por encima de la Constitución, y la ubicación en el mismo nivel que ésta no deja de plantear problemas.
- Supremacía constitucional y primacía del derecho internacional: el caso de la Unión Europea (véase Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004).
- El control de la jerarquía en el sistema de fuentes: de la impugnación de la inconstitucionalidad al control de convencionalidad.
- Problemas de interpretación.
- El reconocimiento de los derechos en múltiples planos (local, nacional, internacional) plantea complejos problemas interpretativos que han de afrontarse con diversos criterios.
- El principio de norma más favorable y el estándar mínimo.
- El principio de interpretación conforme: el caso del Convenio de Roma en Europa.
- El margen de apreciación y sus consecuencias interpretativas.
- La interpretación de la ley que desarrolla derechos: el principio de proporcionalidad.

Guillermo E. Estrada Adán

I. TÓPICOS CONSTITUCIONALES: DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL. SOBERANÍA ESTATAL EN EL SIGLO XXI Y DISEÑO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El derecho internacional contemporáneo ha alcanzado prácticamente todas las áreas de las relaciones jurídicas. Un debate constitucional exige una nueva manera de entender la soberanía estatal, la extensión y alcance del concepto. Gobernanza global, constitucionalización del derecho internacional, o internacionalización del constitucional, Estados débiles y Estados fuertes, pueden ser nociones conceptuales que plantean una forma diferente de entender la soberanía (José Migal, 2011).

Un modelo pos-wesfaliano (que supere la idea clásica de Estado) que asuma una nueva epistemología para explicar o entender los fenómenos de escala global y los nacionales producidos por incidencia internacional: un modelo de transnacionalización del derecho (César Rodríguez Garavito, 2011).

Los derechos humanos y la nueva religión de la Humanidad (Supiot, 2012). Aparentemente adoptada en el reforma constitucional de 2011, la protección de derechos y la democracia deben ser temas que debería recorrer el debate de todos los temas constitucionales.

II. UNIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL O FRAGMENTACIÓN Y LAS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNO

En el ámbito internacional no puede decirse que haya un solo derecho internacional. O, al menos, sus ramas de especialización hacen preciso el tratamiento que el derecho interno deba darle a cada una de ellas. Por ejemplo, el derecho ambiental, del mar,

diplomático y consular, de las inversiones, humanitario, de los refugiados o de comercio, exigen conocer especificaciones propias. No puede ser contenido todo el derecho internacional en una sola referencia a tratados internacionales, como en los artículos 1o. y 133 de la Constitución. No se trata de discutir la naturaleza de este derecho internacional fragmentado (Comisión de Derecho Internacional, 2006), sino la manera de relacionarse desde el derecho interno.

III. PRINCIPIOS DE POLÍTICA EXTERIOR O LA OPORTUNIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL

La diplomacia mexicana debate si la política exterior debe seguir construyéndose a partir de principios consagrados en el artículo 89-X de la Constitución mexicana, o si debe hablarse mejor de la oportunidad política. En cualquier caso, falta por hacer más sólido el sistema de contrapesos entre el Ejecutivo y el Legislativo, no sólo en los actos referentes a tratados internacionales, sino en, por ejemplo, operaciones para el mantenimiento de la paz de la ONU.

IV. LIMITACIÓN O DELIMITACIÓN DE LAS RECIENTES HERRAMIENTAS DE DERECHO INTERNACIONAL. CLÁUSULAS DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI

Control de convencionalidad. A partir del control de convencionalidad el derecho internacional de los derechos humanos se volvió de uso diario en los foros judiciales federal y locales, ejecutivo y judiciales. Acierto, si el juez siempre tiene la mejor interpretación. Falta de diseño si existen tantas interpretaciones como jueces, tribunales superiores de justicia, Poder Judicial de la Federación, órganos constitucionales autónomos, etcétera.

Principio de interpretación conforme a tratados internacionales de derechos humanos. Anotado en el texto del artículo 1o. constitucional, falta por decidirse si la referencia es solamente a tratados de derechos humanos, o el principio alcanza a otras materias, siempre que México adquiriera la obligación internacional. O si en el ejercicio de asignación de significado por el operador jurídico, según el tratado, debe o no aplicar la regla de interpretación de tratados de la Convención de Viena de 1969 (Caballero Ochoa, 2014).

V. INSUFICIENCIAS GRAMATICALES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

La limitación del artículo 133. La Constitución mexicana de 1917, como no podía ser de otra manera, estuvo pensada en las categorías que explicaban para la época la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, además de una marcada influencia norteamericana. El artículo 133, por ejemplo, mantiene una vieja fórmula lingüística que posiciona por vía indirecta a la Constitución como cúspide del sistema jurídico. La propuesta es volver a pensar la articulación entre derecho internacional y derecho interno a partir de un bloque, donde los conflictos entre uno y otro se resuelvan no por jerarquía sino por complementariedad.

El olvido del otro derecho internacional: costumbre, declaraciones unilaterales, resoluciones de organizaciones internacionales, sentencias. Las referencias al derecho internacional en el texto constitucional refieren solamente tratados internacionales. Incluso la reforma al artículo 1o., en 2011, supone que los derechos humanos de fuente internacional se ubican mejor en tratados. Esto no es sino una barrera al manejo de un amplio material que genera obligaciones internacionales para el Estado mexicano.

Carla Huerta

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

Los grandes temas más discutidos son, a pesar de todo lo avanzado, la naturaleza y función de la Constitución; los derechos fundamentales, su delimitación y garantía; democracia; el control del poder, y la sanción de los abusos del mismo.

II. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

Si bien los temas parecen ser los mismos de siempre, la diferencia radica en la necesidad de equilibrar los asuntos específicos en su dimensión constitucional, en dejar la perspectiva particular del problema para considerar una cuestión específica en su relación con otras; en otras palabras, en la necesidad de adoptar una visión holística de la Constitución como norma, no como conjunto de disposiciones aisladas.

III. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Un tema importante al que el derecho debería dar respuesta es el de la reserva constitucional,* que responde a la pregunta sobre qué debe estar regulado en la Constitución

* Se refiere a los contenidos que por su naturaleza deben estar previstos en la Constitución, tema que he abordado anteriormente en relación con otros problemas, últimamente en “La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. 2, pp. 30-34.

(incluidos principios y valores, que en sí mismos constituyen un tema a discutir); junto con ello, se debería reflexionar sobre la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.

Los problemas relativos al cambio constitucional son los relativos a los límites, alcances y procedimiento de la reforma constitucional, la posibilidad de otorgar una nueva Constitución siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución vigente, así como la viabilidad de aplicar dicho procedimiento para reformar el artículo que lo prescribe, entre otros.

Otro aspecto es su eficacia, que se asocia a dos cuestiones distintas: por una parte, a la unidad y coherencia del texto constitucional, afectado por las reformas y las mutaciones derivadas de la jurisprudencia, ambas cambiantes como corresponde a un sistema jurídico dinámico, pero un riesgo cuando son demasiado frecuentes. Por la otra, a su exigibilidad en virtud de su cualidad de norma jurídica y a los medios jurídicos idóneos para su defensa.

Muchas reformas son coyunturales y no en un sentido positivo; la mayoría de las mismas no tienen por objeto la mejora de la Constitución, del sistema jurídico o de la situación de los gobernados, ya que resultan de la prevalencia de los intereses de una mayoría que se beneficia del control provisional que tiene de los medios de reforma.

Junto con estos temas están las preguntas relativas a la aplicación del derecho, específicamente las relacionadas con la interpretación, la discrecionalidad y las facultades para desarrollar derecho e inaplicar normas vigentes en favor de los derechos fundamentales con el posible menoscabo correlativo del principio de división de poderes, así como otros principios jurídicos como los de legalidad, seguridad y certeza jurídicas.

Razón por la cual, principios considerados como pilares de la estructura constitucional, como la división de poderes y el control de constitucionalidad, son revisados constantemente. En el marco de esta estructura se desarrolla el modelo constitucional que se conforma por diversos diseños institucionales, que manifiestan la relevancia de elementos de los modelos global (demandas de justicia y gobernanza globales, compatibilidad con modelos constitucionales), de crecimiento y desarrollo económico, liberal (libertades básicas) y de garantía de los derechos fundamentales; un modelo puro no es viable por las circunstancias que determinan actualmente las relaciones entre personas y Estados.

David Landau

I. A FEW MAJOR THEMES OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

The list here is not meant to be exhaustive, but merely to point out some recent lines of scholarship that have been important in recent work.

The New Separation of Powers: Much recent work has explored the possibility that traditional models of separation of powers are insufficient for modern problems.

Judicial Role: Some recent scholarship questions whether courts can justify a more aggressive conception of judicial role. The justifications for this conception of role vary, with some scholars placing changes in the nature of rights at the center, and others noting dysfunctions of modern politics and the fragility of many democratic orders. For example, Bilchitz (writing on South Africa) grounds an aggressive theory of judicial role in the nature of socioeconomic rights, which place greater demands on constitutionalism than other kinds of rights. In a recent book, Issacharoff by contrast places courts at the center of efforts to prevent democratic failure (through militant democracy and other means) and to ensure that electoral politics is competitive (by strengthening opposition parties and placing limits on incumbents). Finally, a third branch of scholarship (see the book by Bonilla) grounds judicial activism in a cluster of problems and justifications that are said to be unique to “global south” contexts. Thus, an important question put on the table by this literature is the extent to which appropriate judicial role might differ systematically between northern and southern contexts.

Beyond normative theory, there is of course an important ongoing line of scholarship about the political conditions under which strong courts actually emerge. While early work (Hirschl; Ginsburg) focused solely on political competition, more recent contributions (see, e.g., Kapiczewski) emphasize more nuanced factors including the historical development and design of the judiciary. This literature is of significant importance particularly as to whether the behavior of the judiciary might be impacted by factors in the

constitutional design that can be easily changed versus more historical factors that are more difficult to alter.

“Fourth Branch Institutions”: A Major focus of recent scholarship has been on institutions other than courts that are supposed to protect constitutional rights and limit the power of majorities, including electoral tribunals, human rights commissions, ombudsmen, etc. While these institutions are sometimes missing from older constitutions like the US, they seem to be an integral part of most more recent constitutional designs. Nonetheless, key questions surrounding them remain undertheorized. A major problem is that they are often lumped together as one thing, rather than being analyzed separately as different actors. Moreover, we still know too little about how they are impacted by their political environments and how they do or should interact with constitutional courts. The roles of these institutions across countries and contexts often seem too varied to generalize effectively.

Forms of Judicial Review: There is an important ongoing debate about the way in which judicial review should be carried out (linked to A). Tushnet, for example, calls for weak-form styles of judicial review in which courts give considerable deference to political actors while trying to spur some action. The paradigm case here remains the Grootboom decision in South Africa. Similarly, a number of scholars led by Gardbaum explore “new commonwealth” models of constitutionalism in countries like Canada and New Zealand, where courts are given some powers of judicial review, but these are weaker and more dialogical than in the traditional model. What is unclear is whether these weak forms of judicial review carry across different political contexts and indeed whether they are successful even where they have been tried.

II. CONSTITUTIONAL CHANGE AND CONSTITUTIONAL REPLACEMENT

A major focus of recent work has been on analyzing the relationship between forms of constitutional change and other variables that might define constitutional success.

A number of recent scholars have pointed out that constitutional change—both amendment and replacement—can be used to undermine rather than just defend democracy. In response, scholars and courts have noted tools that can be used to defend sensitive provisions against dangerous forms of constitutional change. Yaniv Roznai for example has noted in a recent piece that the unconstitutional constitutional amendment doctrine is a quite successful export in comparative law terms. Similarly, constitutions

can be tiered, establishing higher levels of difficulty for more sensitive kinds of changes. Nonetheless, recent experience suggests that these tools are not a cure-all and can even have problematic effects. Take recent attempts to extend term limits in Latin America. The unconstitutional constitutional amendment doctrine was used to stop such an attempt in Colombia. Nonetheless, “tiered” constitutional provisions proved to be no barrier to efforts to eliminate term limits in Venezuela and Ecuador. In Nicaragua and Honduras, the unconstitutional constitutional amendment doctrine was essentially used to remove term limits rather than protect them.

There is a separate but related body of work on the causes of constitutional endurance (see, e.g., Ginsburg et al). This work finds that most constitutions empirically do not last very long, and seeks to explain why some do last a long time. The literature has some provocative findings —*i.e.* whether longer constitutions may last longer, and/or whether constitutions with intermediate levels of difficulty may last longer—but we are still a long way off from really understanding the causes of endurance. A related question is how to consider whether a constitution has actually endured—many constitutions (including those of the US and Mexico I believe) have formally endured a long time but also gone through sweeping changes in their basic framework. Whether this should count as endurance and if so what value formal endurance may have is an unresolved but very important question.

III. THE GLOBALIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW

Much recent work seeks to theorize or empirically explore the question of whether constitutional law is in some sense converging across countries through time. Tushnet, for example, considers such globalization “inevitable” because of increased contact between judges and other legal actors, while Law puts stress on demand-side factors leading countries to offer more complete set of rights in order to lure certain kinds of businesses and citizens. Further, the increased “internationalization” of domestic constitutional law (through incorporation clauses and for other reasons) perhaps places pro-globalization pressure on local courts. Finally, the broad use of some tools of legal reasoning, such as proportionality, may suggest some convergence. Nonetheless, one can question the ultimate effectiveness of these mechanisms, or point out other mechanisms that work against rather than toward globalization. Judicial role, for example, seems to differ in fundamental ways across countries, and this difference may be historically sticky.

One major consequence of the debate is whether scholars should look for common links in constitutional law across different contexts or instead seek to define families of constitutional law. The global south critique of constitutional law, for example, is built on the premise that an excessively “northern” view of the field is leaving out important topics (socioeconomic rights, etc) and perspectives that are distinctive to global south constitutionalism. It is possible, of course, that convergence is occurring on some issues and not on others. Consideration of possible “convergence” in Latin America suggests a few areas where common approaches may be taking hold but also broad areas (socio-economic rights) where approaches differ wildly across states in the region.

IV. THE ULTIMATE EFFECTIVENESS OF THE NEW CONSTITUTIONALISM

Skepticism of judicially-led attempts at social change are not new, but rather have a long tradition both inside and outside the U.S. (see Rosenberg, Epp, etc.). Recent work deepens these debates by putting them up against recent efforts at rights-led constitutionalism. Hirschl, for example, suggests that the new constitutionalism is at least in many contexts actually not an attempt to carry out social change at all, but rather an attempt by elites to maintain power. Gargarella in recent work argues that attempts to graft rights onto constitutions in Latin America have been largely unsuccessful and that reformers should instead attempt to change the structural parts of constitutionalism if they want to carry out positive change. Since judicial role is often historically rooted, judges are in some contexts not very amenable to the use of law to carry out social change. Even in contexts, like the Colombian, where the Constitutional Court is said to be aggressive in carrying out socioeconomic rights, firm evidence linking the Court to large-scale change is scarce.

In many ways, the debate seems to resolve into the following question: whether the new constitutionalism needs to be deepened (through increased emphasis on judicial role and creativity, etc.), or instead abandoned and replaced with a fundamentally different approach.

Roberto Lara Chagoyán

El desarrollo del pensamiento jurídico y social durante los casi 100 años que han transcurrido desde la promulgación en 1917 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha encontrado, en la reflexión sobre la ley escrita y la toma de decisiones colectivas en el Estado-nación, a dos de sus ejes articuladores. Los acontecimientos históricos ocurridos en este periodo impulsaron, por un lado, una gradual consolidación del constitucionalismo como paradigma del orden social y del ejercicio del poder público sustentado en la ley escrita* y, por otro, una progresiva difusión de la democracia representativa como modelo de toma de decisiones compatible con el Estado-nación.**

La reflexión en torno a la Constitución y a la democracia es, ciertamente, un elemento que distingue a las diferentes perspectivas que caracterizan al debate constitucional contemporáneo. En los años recientes, además, los derechos humanos se han incorporado a esta reflexión como tercer componente de una fórmula que, en conjunto, tiene frente a sí el dilema de generar condiciones que permitan garantizar un orden social fundado en la igualdad ante la ley, la libertad personal y el ejercicio racional del poder público.

* Una revisión de la sistematización realizada por el Proyecto Comparado de Constituciones —que tiene como objetivo registrar desde 1789 características específicas de los textos constitucionales de cada país con al menos cinco años de vida independiente— ofrece indicios en este sentido. Mientras que para 1917 este repositorio de información registra 25 textos constitucionales, en 2013 esta cifra es de 146. Al respecto véase: Elkins, Zachary; Ginsburg, Tom y Melton, James, *Comparative Constitutions Project* (CCP), 2014. Disponible en: <https://www.comparativeconstitutionsproject.org/> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2015).

** Desde las ciencias sociales se han generado diversas iniciativas que buscan ofrecer una visión diacrónica del desarrollo de los regímenes políticos alrededor del mundo. A pesar de que existen diversas aproximaciones teóricas y metodológicas al respecto, un aspecto común a estos proyectos es que hacen posible advertir que la difusión de la democracia fue una de las características que distinguieron al siglo XX. La información compilada por Boix, Miller y Rosato es un ejemplo de estas iniciativas. De acuerdo con esta compilación, de los 61 países registrados en 1917, 17 se consideraban democracias; en 2010, el número de países había aumentado a 194, y el de democracias a 117. Boix, Charles; Miller, Michael K. y Rosato, Sebastian, *Boix-Miller-Rosato Dichotomous Coding of Democracy*, 2014. Disponible en: <https://sites.google.com/site/mkmtwo/data> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2015).

En este sentido, la aproximación que se presenta en este texto sobre el debate constitucional contemporáneo se realiza a partir de la distinción de cuatro dimensiones que subyacen hoy en el proceso de convergencia del constitucionalismo, la democracia y los derechos humanos. A continuación se enuncian en forma sucinta cada una de ellas como una invitación a la deliberación.

I. ESTADO-NACIÓN COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL

Las transformaciones tecnológicas, económicas y políticas del último siglo han dado paso a la aparición de fenómenos sociales que plantean retos sustantivos al Estado-nación como forma de organización política. Entre estas transformaciones destacan el crecimiento significativo de la migración internacional,^{***} el auge de los mercados financieros internacionales, el desarrollo de Internet y el crecimiento de instrumentos jurídicos e instituciones supranacionales. Pero también la permanencia al interior de los Estados nacionales de actores privados que compiten con la autoridad de las instituciones estatales. El debate constitucional contemporáneo se enfrenta hoy al reto de generar perspectivas que contribuyan a que los sistemas jurídicos nacionales se acoplen a la realidad derivada de estas transformaciones.

Temas: globalización económica, cooperación para el desarrollo, derecho digital.

II. MODELO DE DIVISIÓN DE PODERES (FUNCIONAL Y TERRITORIAL)

La separación tripartita de poderes y la correlativa adopción de *frenos* y *contrapesos* ha sido, bajo diferentes esquemas, uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo durante el último siglo. En los años recientes, diferentes naciones —México entre ellas— han introducido, en sus diseños constitucionales, instituciones de carácter autónomo o, en otras palabras, que rompen con el modelo tripartita de separación de poderes. Igualmente, aunque mediante denominaciones distintas, se han ido incorporando al

^{***} Los datos del Fondo de Población de las Naciones Unidas señalan que en 2013 el número de migrantes internacionales ascendió a 232 millones, equivalente al 3.2% de la población mundial. Esta cifra representa un incremento de 33% respecto de lo que ocurrió en el año 2000. Fondo de Población de las Naciones Unidas, *International Migration Report 2013*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2013.

constitucionalismo contemporáneo esquemas que profundizan la distribución territorial del poder público a través de entidades de carácter subnacional. En conjunto, las innovaciones a los diseños tradicionales de división funcional y territorial de la autoridad del Estado plantean dos retos vinculados entre sí: el de generar esquemas que favorezcan el ejercicio armónico de las competencias asignadas a diferentes autoridades, y el de hacer que éstas sean permeables al escrutinio ciudadano.

Temas: federalismo, órganos autónomos, equilibrio entre poderes, rendición de cuentas, transparencia y acceso a la información pública.

III. ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y EFICACIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los conflictos armados ocurridos en el siglo XX moldearon la relación entre las naciones e impulsaron el surgimiento y desarrollo de instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos. Al interior de los Estados esto fue acompañado por la extensión en el uso de mecanismos de control judicial de la Constitución. Estas transformaciones han aproximado a los órganos jurisdiccionales a la resolución de conflictos de naturaleza política —propios de esquemas de separación funcional y territorial del poder—, pero también a la definición de contenidos sustantivos en materia de derechos humanos. Dos retos principales derivan de estos cambios: el primero se refiere a la relevancia de afianzar la legitimidad de la labor de los órganos jurisdiccionales, y el segundo a la necesidad de generar esquemas que hagan posible armonizar los instrumentos internacionales con las normas nacionales, de forma tal que la protección de los derechos humanos se realice con eficacia.

Temas: neoconstitucionalismo, independencia judicial, bloque de constitucionalidad, internacionalización de los derechos humanos, diálogo entre tribunales nacionales, regionales e internacionales.

IV. DESIGUALDAD Y DESCONFIANZA EN LA DEMOCRACIA

La difusión del constitucionalismo, la democracia y los derechos humanos ha convergido con una progresiva desigualdad en la distribución de la riqueza. Más allá de los retos que ello plantea en materia económica, estas condiciones cobran una central relevancia en

el debate contemporáneo porque ponen de manifiesto la desconfianza ciudadana hacia la democracia y, así, a su viabilidad como la forma de gobierno socialmente aceptada. En este sentido, los factores socioeconómicos que tan significativamente impulsaron la promulgación en 1917 de una nueva Constitución siguen siendo uno de los desafíos que enfrenta la consolidación y vigencia de un pacto político y social que queda plasmado en una norma suprema.

Temas: derechos sociales, económicos y culturales; participación ciudadana; seguridad y Estado de derecho.

El derecho es, por la propia transformación de la sociedad, una disciplina en constante evolución. Una de las características más sobresalientes que ha presentado su desarrollo en las últimas décadas es la gradual pero sostenida incorporación de canales de comunicación tanto entre juristas de diferentes naciones y ámbitos, como entre ellos y especialistas de otras disciplinas. En la actualidad, es observable la vigorización de estudios constitucionales comparados cuyos análisis se han nutrido de perspectivas teóricas y enfoques metodológicos provenientes de otras disciplinas. El éxito que en los años por venir consiga la reflexión jurídica en materia constitucional seguramente estará vinculado a la consolidación de los puentes que se han tendido en las últimas décadas.

Francesco Pallante

CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

1) Queriendo individuar de forma esquemática, desde un punto de vista descriptivo, las características que connotan los sistemas político-constitucionales contemporáneos, indicaría las siguientes:

- La personalización de la política.
- La verticalización de los sistemas institucionales.
- La centralidad de los derechos humanos, entendidos esencialmente como derechos civiles.
- El diálogo entre las cortes, basado en el escepticismo interpretativo.
- La bipolarización del poder entre Ejecutivo y Judicial.
- La desestructuración del sistema de las fuentes del derecho.

En conjunto, como veremos ahora, se trata de degeneraciones del constitucionalismo, que cada vez menos actúa —como sería su “tarea”— en calidad de límite y vínculo al poder, y cada vez más se convierte en una mera organización técnico-procedural de los poderes públicos, cualesquiera que sean.

2) Se trata de perfiles relacionados, en cuyo origen se puede colocar un fenómeno cultural general: la idea de que la sociedad está compuesta (no también por agregaciones sobre-individuales titulares de la función de mediación entre los individuos, sino sólo) por individuos en inmediata relación recíproca.

En el ámbito del derecho público, esto comporta dos consecuencias:

- a) Que la contienda política sea concebida (no como conflicto entre ideas sostenidas por formaciones políticas estructuradas —los partidos— sino) como conflicto entre *líderes*.
- b) Que en el centro del sistema constitucional se ponga al individuo, entendido (no como co-portador de instancias —culturales, económicas, políticas— de relieve colectivo, sino) como auto-portador de una libertad natural insuprimible.

La primera consecuencia incide en el equilibrio concreto de los ordenamientos constitucionales, empujando, más allá de su configuración teórica (presidencial o parlamentaria), hacia una común verticalización de los sistemas: de ahí la importancia, en todo discurso político-institucional, de la persona del jefe del Ejecutivo —de cualquier manera sea llamado: presidente, primer ministro, canciller, presidente del consejo de ministros, etcétera— y el declive de los poderes legislativos (también en la función que les resultaría más propia, la de producir derecho, cada vez más aplastada por la expansión de los poderes —especialmente emergenciales— de los gobiernos).

La segunda consecuencia incide en la relación entre Estado y ciudadanos, poniendo en crisis la idea de que toca al Estado definir el contexto en el que después se desarrollará el confronto de las libertades individuales, a favor de la idea de que sea el contexto el que se deba adecuar, sobre todo a través de intervenciones jurisdiccionales capaces de ir más allá del dato jurídico positivo, a la suma de las exigencias consecuencia de los derechos de libertad individuales; de ahí el papel cada vez más protagonista y “creativo” de los jueces, nacionales e internacionales (de nuevo, en detrimento de los datos formales que distinguirían entre modelos de *civil law* y de *common law*), que tienden a sustituir al Parlamento en el papel de “interlocutor” de los ciudadanos.

El resultado es un orden institucional que tiende en todas partes a resultar articulado ya no en tres, sino en dos poderes: el Ejecutivo y el Judicial, con el Legislativo relegado en un rincón (y además expuesto a la competencia de nuevos sujetos que, en un ordenamiento que se hace “soluble” [Belley], pretenden proponerse como “reguladores” alternativos: desde las organizaciones sobrenacionales sectoriales a las grandes *corporations* multinacionales).

3) El orden ahora descrito es el resultado de un proceso histórico que se remonta a los orígenes del constitucionalismo, alimentado por el intento de solucionar lo que puede ser considerado el problema del Estado moderno: hacer convivir el pluralismo social en la unidad política. Como es sabido, semejante cuestión tiene sus raíces en la Europa de los siglos XVI y XVII, agitada por las guerras de religión, y encuentra nueva linfa en las luchas sociales consecuencia de la Revolución Industrial.

En una primera fase, la respuesta al riesgo de la disgregación política es buscada en mecanismos de diferente naturaleza:

- a) La exclusión de las clases sociales indigentes de la “ciudadanía” política, a través del sufragio censitario (democracias liberales).
- b) La inclusión controlada en la “ciudadanía” política de las mismas clases sociales, a través del partido único (regímenes totalitarios nazi-fascistas).
- c) La eliminación del problema de raíz, a través de un programa de ajustamiento social pensado para recomponer, sobre bases diferentes, la unidad (sistemas de dictadura del proletariado).

En los tres casos se trata de artificios destinados a no sobrevivir a las agitaciones que atraviesan los siglos XIX y XX (sobre todo los dos conflictos mundiales).

El periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial marca —tendencialmente— el inicio de una segunda fase que hace propio el pluralismo social, proponiéndose controlar las pulsiones conflictuales a través de una nueva idea de Constitución: la que la entiende como armisticio entre partes de otra manera en conflicto. Las Constituciones del siglo XX se muestran como instrumentos de convivencia en un doble sentido:

- a) Desde el punto de vista sustancial (forma de Estado), porque cada una de las fuerzas involucradas encuentra dentro de la misma Constitución los valores irrenunciables de la propia visión del mundo (por ejemplo, se encuentran tanto la libertad como la igualdad).
- b) Desde el punto de vista formal (forma de gobierno), porque los procedimientos a través de los cuales se concretizan esos valores son preestablecidos y su objetivo es asumir decisiones que siempre se pueden volver a poner en discusión cambiando las leyes.

En definitiva, mientras las del siglo XIX eran Constituciones de parte (o monoclasa), las del siglo XX son Constituciones de todos (o pluriclasa). Las Constituciones armisticiales son el instrumento a través del cual el pluralismo social es conducido a la unidad política. Lo interesante es que una análoga apertura al pluralismo se verifica también en países, como los Estados Unidos o el Reino Unido, en los que el sistema constitucional no sufre un cambio formal. Desde el punto de vista sustancial, sin embargo, también se asiste aquí a una progresiva inclusión de las clases sociales menos acomodadas, que avanzan en la jerarquía política, económica y social (emblemáticos pueden ser conside-

rados el plan Beveridge, en el Reino Unido, y el *New Deal* de Roosevelt, en los Estados Unidos).

4) Queriendo profundizar un poco la disertación, en la segunda fase pueden distinguirse dos tendencias contrapuestas: la primera destinada —como hemos dicho— a producir inclusión social; la segunda nuevamente marcada por la tendencia a la exclusión (si bien en el marco de las Constituciones armisticiales previamente descrito). El punto de giro entre los dos momentos puede ser simbólicamente individuado en la afirmación sobre el plano político de las visiones antiestatalistas y proindividualistas (el viraje neoliberal puesto en marcha por Thatcher y Reagan) que habían recibido ordenamiento teórico en la relación Crozier-Huntington-Watanuki en la Comisión Trilateral (1975).

La primera tendencia está caracterizada por una actitud realmente incluyente y corresponde, indicativamente, a lo que el economista francés Fourastié definió como “los treinta años gloriosos”.

La idea de fondo era que el objetivo del sistema constitucional debía ser el de facilitar la búsqueda de puntos de contacto entre visiones del mundo contrapuestas (el *overlapping consensus*, o consenso por intersección, de Rawls). La política estaba investida del deber de representar a las instancias sociales con el fin de reelaborarlas en el contexto constitucional a través de una discusión abierta, dirigida a individuar una posición de compromiso entre las puestas en discusión. En este cuadro era central el circuito representativo (ciudadanos-partidos-Parlamento) que permitía a los individuos entrar en relación con las instituciones políticas no directamente, sino por la mediación de formaciones sociales estructuradas —los partidos— llamadas a desempeñar una función de mediación que facilitara el compromiso.

La segunda tendencia está marcada por la vuelta de una actitud excluyente, aunque no como la del siglo XIX. El objetivo del sistema constitucional se vuelve el de individuar un ganador, llamado a gobernar sin obstáculos hasta las siguientes elecciones. La política ya no es discusión a la búsqueda de compromiso, sino decisión: el que gane debe imponerse; un eventual acuerdo con los derrotados es tachado de traición (y poco importa que, en todas partes, el ganador lo sea sólo gracias a sistemas electorales que confían la mayoría de escaños a quien, en realidad, es minoría en la sociedad). Todo esto favorece la personalización de la contienda política. Los partidos, los programas y las ideas pierden importancia; las cualidades de los líderes (habilidad retórica, presencia televisiva, aspecto exterior) se vuelven fundamentales. La crisis de los partidos seca la vitalidad del circuito representativo. Los jueces se convierten en los nuevos interlocutores de los ciudadanos y el sistema desplaza el punto de equilibrio hacia el circuito jurisdiccional (ciudadanos-jueces-corte constitucional que dialogan con las cortes extranje-

ras y supranacionales): sucede incluso en Francia, Estado legislativo por excelencia, con la introducción del control de constitucionalidad sucesivo. Los jueces asumen la función no de consultar al ordenamiento en búsqueda de respuestas a casos sometidos a ellos por los ciudadanos, sino de crear las reglas que faltan y sustituir aquellas que resultan inadecuadas para resolver el caso concreto. La actividad jurisdiccional se vuelve interpretación del caso más que del derecho; es decir, búsqueda de una solución adapta (o adaptada) al caso en discusión, en lugar de reconducción del caso mismo a una *fattispecie* (categoría) general y abstracta predefinida.

5) Esta evolución produce una serie de consecuencias indeseables:

- El debilitamiento de la política que, privada de una base real de consenso (todos los gobiernos son de minoría), queda más expuesta a la influencia de los poderes sociales estructurados autónomamente, en primer lugar al poder económico. No es una casualidad que hoy se considere que la tarea de los gobiernos sea no la de dirigir, sino la de secundar las dinámicas económicas. El orden constitucional de la Unión Europea —centrado en las libertades económicas— es desde este punto de vista emblemático (y está en contraste con el de las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial).
- La contracción de la Constitución a sólo su función de estructuración formal del ordenamiento (noción estructural de Constitución a la Kelsen), en detrimento de la función de protección del ordenamiento mismo contra los riesgos de (auto)destrucción derivados del debilitamiento de los límites a las libertades individuales (noción funcional de Constitución a la Teubner). Las Constituciones son percibidas cada vez menos como pactos para fines deseables de la vida en sociedad (por ejemplo: la igualdad, la solidaridad, la dignidad humana, el trabajo, etcétera) y cada vez más como un mero conjunto de reglas procedurales sobre la organización del gobierno de la sociedad. La democracia, reducida a dato formal, se convierte en un bien en sí, capaz de legitimar —la mayoría de las veces *ex post*— cualquier finalidad (incluso su “exportación” *manu militari*).
- La crisis de legitimidad de las Constituciones, como consecuencia del desplazamiento de su fundamento de validez por el reconocimiento difundido entre los ciudadanos a través del circuito representativo (la norma de reconocimiento de Hart y la costumbre de reconocimiento de MacCormick) al reconocimiento asegurado por los ciudadanos *uti singuli* a través del circuito jurisdiccional (al menos hasta que consiguen “satisfacción”).

- La superación del principio de igualdad, que deriva de la idea de que a los problemas de la vida asociada se les debe hacer frente no a través de acciones políticas colectivas destinadas a derivar en leyes generales y abstractas, sino a través de acciones jurisdiccionales individuales cuyo objetivo es dar reconocimiento jurídico particular y concreto, bajo forma de derechos individuales (pero quizá sería mejor decir: de privilegios), a los que desde el punto de vista del ordenamiento positivo son meros deseos personales.
- La vuelta —paradójica, en época pos-ideológica— de una conflictualidad radical, centrada en el choque entre opuestas visiones “naturales” de un mismo fenómeno (a propósito de la eutanasia, por ejemplo, ¿qué es “natural”?): ¿que cada uno decida libremente el momento en que morirá o que —precisamente— la “naturaleza” siga su curso?). El abandono, en tiempos de pluralismo social, de la perspectiva compromisoria relacionada con el *iuspositivismo* hace difícil no aplicar la lógica del “choque final” a la contraposición entre posiciones individuales contrastantes.

6) En definitiva, vivimos en tiempos de debilidad del Estado y de disgregación de la sociedad, expuestos a la fuerza de poderes privados que la dimensión pública cada vez está en menos grado de controlar. Empresas privadas —si no incluso meros individuos particulares, como los italianos y los mexicanos saben muy bien— expresan una potencia económica superior a la de enteros Estados y tratan con ellos de igual a igual (pensemos en la cada vez mayor difusión de los arbitrajes en los que los Estados se ponen de acuerdo con las multinacionales por los “daños” causados por legislaciones que para ellas tienen consecuencias desfavorables). La desigualdad social —eficazmente medida por el índice de Gini— está volviendo a los niveles anteriores al último conflicto mundial (Piketty).

Desde el punto de vista del constitucionalismo, parece necesario actuar en dos frentes:

- En el plano sustancial, es necesario recuperar la noción de Constitución funcional a la Teubner, volviendo a descubrir la necesidad de esos vínculos que en el pasado habían sabido contener el crecimiento de la fuerza (potencialmente destructiva) de los poderes en grado de autoafirmarse en la sociedad, concretamente de los poderes económicos.
- En el plano formal, es necesario recuperar la conciencia de que, en una sociedad plural, la actitud excluyente se retuerce sobre los mismos ganadores de las elec-

ciones, cuya fuerza en el plano institucional —fruto de un artificio— difícilmente se traduce en capacidad de incidir realmente sobre los equilibrios materiales de la sociedad. De ahí la necesidad de intervenir para reforzar la función representativa de los Parlamentos a través de partidos que no sean estructuras herméticas, interesados en perseguir sólo sus propios intereses, sino auténticos instrumentos de filtro y agregación de las necesidades sociales.

En pocas palabras, el constitucionalismo debe volver a hacer su labor: hacer frente abiertamente al poder para limitarlo (en el plano sustancial) y separarlo (en el plano formal).

Carlos María Pelayo Moller

ADVERTENCIA

El documento tiene por objeto presentar una respuesta genérica a las amplias preguntas planteadas. Los puntos de vista del autor partirán desde los derechos humanos con el fin de abordar esta panorámica constitucional. Por cuestiones de formato y considerando los objetivos del documento, se omiten notas al pie y referencias.

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

Es una pregunta ambiciosa, compleja y que es imposible contestar de forma absoluta y categórica. La pregunta es tan compleja que habría que contestar al menos otras cuatro preguntas adicionales con el fin de poder dar una respuesta metodológicamente aceptable:

- ¿Cuáles son los factores que determinan qué se discute a nivel constitucional en cada país?
- ¿Cuáles son los temas en los que parecen converger, al menos en el mundo occidental?
- ¿Cuáles son los temas importantes para América Latina?
- ¿Cuáles son los temas importantes para México?

Por cuestiones de tiempo y metodología se tratará de contestar solamente la última de las preguntas de forma directa.

El debate constitucional contemporáneo en México gira de forma particularmente fuerte, en la actualidad, en torno a la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional, en especial la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, una aproximación genérica a esta problemática se ha dado por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en varias decisiones trascendentales, como el expediente Varios 912/2010, la contradicción de tesis 293/2011 y, más recientemente, el expediente Varios 1396/2011.

Esta circunstancia muy particular se ve también reflejada en el debate público actual respecto a graves violaciones de derechos humanos, que a la vez han sido conocidas por la jurisprudencia internacional, *inter alia*: la desaparición forzada de personas, tortura, ejecuciones extrajudiciales. De hecho, a últimas fechas, gran parte del debate gira en torno a la evaluación internacional de la situación en México respecto a dichos temas.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

Existe actualmente una profunda transformación del derecho en los países que comparten la tradición jurídica romano-germánica (conocida en el ámbito anglosajón como *civil law*).

Desde hace algún tiempo, la pregunta respecto a cuáles serían los autores de referencia para el estudio del derecho constitucional hubiese resultado primordial y, tal vez, hubiese sido la única importante. Sin embargo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, países con una fuerte tradición romano-germánica han transitado a un esquema fuertemente influenciado por el *common law*, en donde los precedentes de las altas cortes de constitucionalidad se han convertido en parte esencial en el estudio del derecho.

A la par de lo anterior, el surgimiento, desarrollo y consolidación del derecho internacional de los derechos humanos ha traído como consecuencia la inclusión de nuevos actores y nuevas dinámicas en el estudio del derecho y en el rol de los académicos del derecho.

Es así que en este panorama se debe atender, en el estudio del derecho, a lo que se determina por parte de:

- a) Jueces nacionales e internacionales.

- b) Organismos nacionales, que en muchas ocasiones no se encuentran insertos en el Poder Legislativo, Judicial o Ejecutivo, y que en muchos casos gozan de autonomía.
- c) Criterios de organismos internacionales que desarrollan labores cuasi-jurisdiccionales, así como de promoción de los derechos humanos. Por ejemplo, grupos de trabajo de Naciones Unidas, relatores especiales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.
- d) Informes y reportes sobre temas o situaciones específicos por parte de organizaciones de la sociedad civil y la academia.

En este entorno global, los autores principales a seguir no pertenecen a un sólo país, sino que pueden ser de diversas partes del mundo y de diversas tradiciones jurídicas.

Asimismo, lejos parece estar ese día en que una persona podía tener el conocimiento universal de una de las ramas del saber, como lo es el derecho constitucional, por lo que para hablar de autores habría que precisar en qué tema en específico, y aun así sería difícil determinar que exista una máxima autoridad en el tema (como podría haber sucedido antaño), esto por el carácter esencialmente subjetivo de la ciencia jurídica, en donde muchas afirmaciones no pueden ser calificadas de falsas o verdaderas, o como correctas o incorrectas.

Por último, los autores de referencia en los debates contemporáneos en el derecho no son siempre, en el sentido formal del término, juristas, sino que podemos encontrar a una plétora de especialistas explicando y, en última instancia, transformando el derecho; tal es el caso de sociólogos, antropólogos, politólogos, entre otros.

Tomando en cuenta todas las anteriores salvedades y siendo inevitable dar una lista de autores de referencia, en el campo de los derechos humanos podemos citar a: Robert Alexy, Jürgen Habermas, Mark Tushnet, Luigi Ferrajoli, Ann Marie Slaughter, Gustavo Zagrebelsky, Armin von Bogdandy, entre otros.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

La originalidad de los debates —al menos en el ámbito de los derechos humanos— radica en varios factores, los cuales se podrían dividir en cuatro grandes preguntas: ¿qué derechos?, ¿cómo esos derechos son interpretados?, ¿cuáles son las fuentes de esos derechos? y ¿quién crea, cumple y controla esos derechos?

Respecto a los *derechos sobre los que giran los debates actuales*, como primer punto cabe señalar que la visibilización y comprensión de problemas de derechos antes no considerados como tales ha traído como consecuencia que en la actualidad muchos temas de derechos humanos estén apenas siendo explorados desde las últimas décadas; un tiempo relativamente corto si consideramos los siglos de evolución constitucional. Aquí encontramos temáticas como la desaparición forzada de personas o los derechos de los pueblos indígenas, que son hechos que han ocurrido desde hace siglos pero que han sido comprendidos y estudiados como tales hasta hace apenas pocas décadas.

En segundo lugar, el surgimiento de nuevos problemas de derechos humanos a partir de la creciente complejidad de las sociedades modernas hace necesario que se aborden temas respecto a derechos que hasta hace poco no eran considerados como tales. Estas construcciones son recientes y merecen la mayor de las atenciones; aquí tenemos derechos como la autonomía personal, los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

En cuanto a lo anterior, cabe decir que dentro de estas líneas generales de análisis las posturas respecto a las generaciones de derechos en nada ayudan a comprender estas dinámicas, las cuales sólo pueden ser explicadas caso por caso y no de manera global.

Respecto a *cómo se interpretan esos derechos*, el debate es muy amplio, pero principalmente se ha circunscrito al ámbito de la interpretación judicial. La interpretación de derechos define lo que son los derechos mismos y puede traer como consecuencia el descubrimiento de derechos no enumerados formalmente (algunos dirían que estos derechos se pueden incluso llegar a crear), la creación de bloques de derechos (bloque de constitucionalidad), o incluso puede llevarnos a la discusión de herramientas interpretativas respecto a los mismos (por ejemplo, el uso del test de proporcionalidad).

En cuanto a las *fuentes de los derechos*, ha desatado uno de los más intensos debates actuales. Estas discusiones surgen a partir del nuevo entorno global mundial, en donde los Estados han perdido su monopolio en la materia; por tanto, las discusiones jurídicas no se pueden circunscribir —ni en el plano teórico ni en el práctico— en los confines de las fronteras nacionales. Lo anterior trae la necesidad de ofrecer, por una parte, versiones adaptadas de teorías clásicas fundamentales, y en algunas otras ocasiones soluciones que rompan esos esquemas clásicos. En todo caso, pareciera inevitable aceptar que estamos ante un cambio de paradigma. De esta forma, la originalidad de los debates y las posibles respuestas a los mismos radican en dos términos: adaptación y creación.

Por último, en lo relativo a quién *crea formalmente, cumple y vigila* esos derechos, pareciera ser para no pocos autores la pregunta principal en este esquema. Es decir, en palabras de Tushnet, los aspectos más importantes del derecho constitucional tienen que ver con la política, ya que la Constitución da forma al proceso político, que en última instancia se encarga de crear y proteger los derechos.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

El debate constitucional contemporáneo, al menos en México, se plantea varios grandes problemas a resolver, entre los que se pueden encontrar:

- La interacción entre los sistemas nacionales e internacionales de derechos.
- La recepción del derecho internacional de los derechos humanos tanto en el ámbito judicial como a nivel legislativo y de políticas públicas.
- La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- La protección de grupos en situación de vulnerabilidad.
- Los adecuados protocolos para evitar la impunidad en casos de graves violaciones a derechos humanos.
- El combate a la corrupción como una herramienta para la protección de los derechos humanos.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

El modelo constitucional en un país como México, a grandes rasgos, debería poseer las siguientes características en un esquema de complementariedad. De esta forma, el modelo debe:

- a) Encontrarse orientado a la protección de los derechos humanos de forma integral y amplia.
- b) Orientar los procesos políticos de forma democrática, plural e incluyente.

- c) Ser dinámico en su interpretación, pero a la vez estable en sus estructuras básicas. Las Constituciones deberían razonablemente permanecer en el tiempo inalteradas. Sin descontar que todo extremo es poco conveniente. Así, una estabilidad constitucional sería deseable en lugar de tener una Constitución como la mexicana con alrededor de 600 reformas; en contraste, una Constitución como la de Estados Unidos debería tener un mayor dinamismo en la transformación de su texto. En cualquier caso, las Constituciones deberían tener como punto básico de evolución una interpretación dinámica por parte de los tribunales e incluso otros actores públicos.
- d) Defender el Estado de derecho nacional y, a la vez, ser abierto al derecho internacional.
- e) Proveer seguridad jurídica desde las más altas instancias, pero, a la vez, permitiendo una retroalimentación horizontal.
- f) Que irradie todo el ordenamiento jurídico, pero que tenga autoconciencia de sus limitaciones.

Andrea Pozas Loyo

GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

1) Creación constitucional:

- ¿Importa el proceso?
- Procesos constituyentes como promover valores, tales como inclusión, deliberación, participación popular activa.
- ¿Qué características deben tener los procesos?
- ¿Diversidad (democracia epistémica)?, ¿representación pictórica?, ¿transparencia?
- Desarrollos teóricos: ¿teoría del poder constituyente?, ¿se pueden y deben regular los procesos constituyentes?
- *Autores:* Jon Elster, Rosalind Dixon, David Landau, William Partlet, Helene Landemore, Tom Gisburg, Zach Elkins y Justine Blount, Gabriel Negretto, Eisenstadt, Todd, Carl LeVan, y Tofigh Maboudi.

2) Cambio y sobrevivencia constitucional:

- ¿Qué factores políticos y legales determinan los patrones de enmienda constitucional?, ¿importan las cláusulas de reforma para los patrones de cambio?
- ¿Cuáles son las fuentes sociales del cambio constitucional?, ¿cómo y cuándo las instituciones informales impulsan el cambio constitucional?, ¿qué tipo de cambio?
- ¿Cláusulas pétreas y democracia?, ¿usos y abusos?

3) Identidad constitucional:

- ¿Qué determina que una Constitución dure?, ¿qué características de diseño y qué condiciones políticas hacen que una Constitución sea más resistente?
- *Autores:* Elkins, Ginsburg y Melton, Robert Alberts, Levinson, Sanford, Lutz, Jacobsohn, Kelee Tsai.

4) Interpretación constitucional:

- ¿Cuál es y cuál debe ser el papel de los jueces constitucionales en las democracias constitucionales? Promover: ¿deliberación, construcción de acuerdos, progreso, estabilidad?
- Interpretación constitucional fuera de las cortes.
- *Autores:* Larry Alexander y Frederick Schauer, Wittington, John Ferejohn, Gargarella, César Rodríguez Garavito, Barry Friedman, Steven Holmes.

5) Justicia constitucional y seguridad:

- ¿Pueden y deben las cortes regular el contraterrorismo y el uso del ejército en contextos de violencia interna? ¿Cómo?
- *Autores:* Holmes, Fergal F. Davids, Uprimny, Julio Ríos.

6) Retos de los derechos humanos frente a la globalización:

- Derechos y corporaciones, derechos laborales y globalización, derechos humanos y migraciones masivas.
- *Autores:* Ronald J. Colombo, Turkuler Isiksel, Ruth Dukes.

7) Estado de derecho, desigualdad:

- ¿Cómo el derecho reproduce y/o promueve la desigualdad?, ¿cómo se puede usar el derecho para promover mayor igualdad?
- Democracia y constitucionalismo frente al extremismo y la globalización.
- ¿Democracia militante? Legitimidad de los límites a los derechos políticos en aras de la defensa de la Constitución.
- *Autores:* Alexander Kirshner.

8) Constitucionalismo supranacional y debilitamiento de las soberanías nacionales:

- Democracia frente a entidades económicas supranacionales.

- Eficacia de las normas constitucionales e instituciones informales.
- ¿Cómo podemos dar cuenta de la variación en la eficacia constitucional?
- Papel de normas sociales e instituciones informales. ¿Cuándo se oponen a las reformas y cuándo las complementan?
- ¿Cuándo y por qué puede la ley ser exitosa en la oposición al clientelismo, corrupción, etcétera?
- *Autores:* Levitsky, Helmke, Murillo, McAdams y Rasmusen, Ellickson.

Gustavo Quintero Navas

I. SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL. CONCEPTO

La Constitución Política de Colombia establece en el artículo 374 que su reforma se podrá realizar solamente por el Congreso de la República, una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante un referendo. En el artículo 241 se indica que es la Corte Constitucional el órgano encargado de decidir sobre la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

La Corte Constitucional, mediante desarrollo jurisprudencial, ha indicado que el control de la reforma de la Constitución por vicios de procedimiento en la formación del acto reformativo también incluye los vicios de competencia. Ha señalado que quien puede reemplazar la Constitución es el pueblo, únicamente por medio de una Asamblea Constituyente.¹ Es decir que al Congreso, y al pueblo mediante referendo, le está prohibido sustituir la Constitución, pues su competencia únicamente le permite reformarla,² y en el supuesto de que lo hiciera, estaría asumiendo funciones propias de la Asamblea Constituyente. Con el fin de determinar si el órgano de reforma rebasó o excedió competencias, recurriendo a potestades propias del Poder Constituyente, la Corte puede, mediante un control formal, analizar el contenido de la reforma constitucional.³

De igual forma, ha indicado que los límites competenciales del poder de reforma constitucional son los principios y valores que identifican a la Constitución de 1991 y los elementos del bloque de constitucionalidad que sean consustanciales a la Constitución.⁴ Ha establecido que, en todo caso, la facultad de reformar no conlleva la facultad

¹ Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; sentencia C-1040 de 2005.

² *Idem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴ Sentencia C-249/12. M.P. Juan Carlos Henao. "...A partir del análisis puntual de las reformas a la Constitución que ha tenido bajo su estudio en casos particulares, ha concluido hasta el momento que di-

de sustituir, derogar, suprimir o reemplazar la Constitución vigente por otra diferente. En esa línea, ha clasificado las sustituciones en totales o parciales. Las sustituciones totales se dan cuando se expide una nueva Constitución. Por su parte, las sustituciones parciales son en las que un eje definitorio de la entidad es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente. Asimismo, la sustitución puede ser temporal o definitiva.⁵

La Corte realiza este análisis mediante un juicio de sustitución en el que se identifica la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma y se enuncian los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican a la Constitución y requiere que se contrasten las premisas citadas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala. Asimismo, verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.⁶

II. SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN DEL PODER

La tesis de la sustitución constitucional tiene una relación intrínseca con la organización del poder en Colombia. En efecto, por medio de ella se limita al Congreso de la República a la hora de emitir reformas a la Constitución, y se le da a la Corte Constitucional la facultad de revisar si se está o no cambiando alguna de las piedras angulares de la carta política.

En efecto, la Corte Constitucional es quien, al momento de interpretar la normatividad superior, define cuáles son esos elementos esenciales y los llena de contenido. Vale precisar que en la Constitución colombiana no existen cláusulas pétreas, pero bajo la teoría de la sustitución constitucional sí existen elementos que son de la esencia de la carta y que no pueden ser sustituidos, salvo por el constituyente primario.

En este punto debe realizarse una distinción entre poder constituyente originario y poder de reforma de la Constitución. Para la Corte Constitucional colombiana el poder

chos principios o valores que identifican la Constitución de 1991 son los siguientes: (i) separación de poderes, (ii) carrera administrativa, meritocracia, (iii) igualdad, (iv) bicameralismo, (v) principio democrático, (vi) alternancia del poder y (vii) control entre los poderes o *checks and balances*...”.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-433 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-1200 de 2003; C-572, C-668, C-816, C-888, C-970, C-971 y C-242 de 2004, y C-1040 de 2005.

constituyente primario “no está sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados”.⁷ Por su parte, el poder constituyente derivado “se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma”;⁸ en estos casos el poder de reforma es derivado, limitado, y se encuentra sujeto a controles. Asimismo, vale decir que los modos de reforma de la carta son: acto legislativo y referendo, y se realizan por ejercicio del poder derivado.

La sustitución constitucional guarda así relación con el poder constituyente y con el equilibrio de poderes, puesto que la Corte Constitucional puede limitar el ejercicio del Congreso de la República a la hora de realizar una reforma constitucional. Incluso puede examinar lo anterior en el evento en que se realice un referendo, como ya lo ha hecho el referido tribunal en el pasado.

En efecto, en Colombia se realizó un control de sustitución constitucional sobre una ley de convocatoria a un referendo que tuvo origen en una iniciativa ciudadana. Es decir que el origen de la reforma constitucional fue popular, por ello un sector de la ciudadanía afirmaba que se actuaba como poder constituyente originario, sin límites en el ejercicio de su competencia; sin embargo, esta tesis no fue acogida.⁹ Lo anterior porque la Corte Constitucional consideró que:

A pesar de tratarse de una ley de iniciativa ciudadana, en todo caso se trata de un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma a la Constitución, según el tenor del artículo 374 de la carta. Por lo tanto, el referendo constitucional de iniciativa ciudadana no sólo está sujeto a requerimientos procedimentales, sino también a los límites competenciales a los que previamente se hizo alusión. Esta apreciación resulta también del tenor del artículo 3o. constitucional, según el cual “[l]a soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”; de este enunciado se desprende que a pesar de ser el depositario de la soberanía, el pueblo, cuando ejerce el poder de reforma constitucional, también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución.¹⁰

Es decir que cuando se usan estos mecanismos, el pueblo no puede modificar los elementos definitorios de la Constitución. Asimismo, afirmó la Corte que a pesar de

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1200 del 9 de diciembre de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

⁸ *Idem.*

⁹ Corte Constitucional, sentencia del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ *Idem.*

provenir de una iniciativa ciudadana, el texto sometido a referendo debe ser aprobado mediante una ley del Congreso, trámite en el que se puede estar expuesto a distintas vicisitudes que terminen por modificar la propuesta inicial.¹¹

Con base en lo anterior, el intérprete constitucional esgrime que todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado. No obstante, estima el mismo tribunal que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la carta”,¹² y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.¹³ Pero este supuesto no hace desaparecer del todo los límites; la restricción estaría dada por las normas imperativas de derecho internacional y también por los convenios internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, en el caso del referendo analizado se proponía que el pueblo colombiano definiera si es posible o no que quien haya ocupado por dos periodos constitucionales la Presidencia de la República, pueda ser elegido para un nuevo periodo. Al realizar el juicio de constitucionalidad por vicios de procedimiento la Corte Constitucional indicó que habría una sustitución constitucional, dado que de tornarse efectiva la segunda reelección, el tercer periodo del presidente desconocería la regla de alternación en el ejercicio del poder político. Además, repercutiría de manera grave en la estructura adoptada en la Constitución, pues los controles recíprocos y, en particular, los que recaen sobre el presidente y su gobierno hacen posible el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, sin el cual se pierde todo equilibrio en las altas instancias estatales.

En síntesis, esgrimió la Corte que la segunda reelección y el tercer periodo consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.¹⁴

En la actualidad surge un debate en punto a si existe sustitución constitucional con un mecanismo propuesto por el gobierno nacional para refrendar los acuerdos de paz con la guerrilla. El gobierno colombiano contempla como mecanismo crear por medio de

¹¹ *Idem.*

¹² Corte Constitucional, sentencia del 9 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

acto legislativo una “Comisión Legislativa para la Paz” —para la refrendación—, que estaría conformada por una parte de los actuales legisladores, senadores y representantes en ejercicio. De forma posterior a esa refrendación, se otorgarían por 90 días —prorrogables por 90 días— facultades al presidente de la República para que expida los decretos con fuerza de ley necesarios para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo. Esas facultades otorgadas al presidente podrían resultar contrarias a las contenidas en la Constitución de 1991, y posiblemente se estaría en presencia de una sustitución de la misma, pues en este caso el presidente tendría unas facultades legislativas permanentes que invaden la órbita competencial del Congreso de la República.

Visto lo anterior, vale la pena elevar una crítica al modelo de sustitución constitucional, puesto que por su vía se podría impedir el cambio normativo que se requiere en la dinámica social por virtud de la voluntad popular. Particularmente en los eventos donde se realiza un referendo modificador de la Constitución, la Corte Constitucional no debería realizar el juicio de sustitución, pues quien decide en últimas es el pueblo con su voluntad soberana. Si bien la carta política establece que el pueblo por vía de referendo sólo puede reformar la Constitución, ello debe ser interpretado bajo el entendido de que también la puede sustituir, dado que quien decide no es el Congreso sino el pueblo. De otro lado, esta tesis resulta cuestionable a la luz del equilibrio de poderes, puesto que la Corte Constitucional se alzaría como un tribunal que podría llegar a restringir todas las enmiendas que se realicen sobre la carta. Asimismo, debemos indicar que ningún aparato judicial o político controla a la Corte Constitucional a la hora de emitir sentencias, en el sentido de revisar su argumentación, por lo que se está en presencia de un tribunal poderoso que define las piedras angulares de la carta y que por vía de interpretación podría cambiar incluso los elementos esenciales de ésta. Lo anterior, toda vez que frente al análisis de una norma puede dar una interpretación contraria al querer del Constituyente primario, modificando sustancialmente la integridad de la Constitución.¹⁵

Así las cosas, deberían restringirse las facultades de la Corte Constitucional a la hora de realizar juicios de sustitución constitucional, puesto que podría ir en contravía de la voluntad soberana. Además, la misma estaría invadiendo competencias propias del órgano legislador, en tanto por vía de interpretación crea reglas de aplicación obligatoria.

¹⁵ Rodríguez Guzmán, Juan Carlos, “La Corte Constitucional puede llegar a sustituir la Constitución a través de la interpretación”, *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulo/los/edi7/lacorteconstitucional.pdf> (fecha de consulta: 5 de octubre de 2015).

Esteban Restrepo Saldarriaga

I. ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE

En este documento presento brevemente algunas ideas que podrían guiar los debates del Coloquio “Debate constitucional contemporáneo”. Los organizadores del Coloquio nos han solicitado que reflexionemos sobre “los debates actuales en materia constitucional a nivel mundial”, tratando de responder a la pregunta: “¿cuáles son los grandes problemas que plantea la realidad política, económica y social a la que [los debates constitucionales contemporáneos] deberían ofrecer respuesta?”. En lo que sigue propondré tres temas de discusión que, de manera general, tienen que ver con el principio de libertad, el principio de igualdad y la reforma constitucional, y la división de poderes. Antes de presentar mi propuesta, debo advertir tres cuestiones. Primero, muchos de los temas y debates que aquí se presentan no son realmente “novedosos” sino, más bien, versiones contemporáneas de viejos debates del derecho constitucional. Segundo, aunque los organizadores del Coloquio nos han invitado a reflexionar sobre debates constitucionales “a nivel mundial”, muchas de mis reflexiones están centradas en la realidad latinoamericana. Por último, la escogencia de temas que aquí presento tiene los sesgos propios de una agenda personal de investigación.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL Y SOBRECriminalIZACIÓN

Recientemente se ha afirmado que vivimos en tiempos de sobrecriminalización (Husak). Pese a la insistencia de que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* del ejercicio del poder ordenador del Estado y a la existencia de marcos teóricos liberales (de derecho penal y de derecho constitucional) que señalan que en los Estados constitucionales contemporáneos sólo es aceptable un derecho penal mínimo, el ordenamiento penal

parece extenderse y colonizar (e incluso recolonizar, como ha ocurrido en el espacio de la sexualidad), en forma creciente, espacios sustantivos de la libertad humana. Parte de esta problemática tiene que ver (1) con una dinámica paradójica: si la reducción del derecho penal fue una de las luchas paradigmáticas del movimiento histórico de los derechos humanos en Occidente, hoy en día parece que sectores de ese movimiento olvidan esas luchas, exigiendo una extensión inaceptable del ordenamiento penal (la lucha por la igualdad a través del derecho penal parece ser una de las manifestaciones más inquietantes de esta tendencia), y (2) la interpretación doméstica de estándares de derecho internacional en los que se leen (dudosas) obligaciones “impostergables” de criminalizar conductas.*

Hoy en día, la legitimidad y el tamaño del derecho penal suele resolverse en el litigio constitucional. Los tribunales constitucionales suelen tener, así, la última palabra acerca de cuándo es legítimo que el Estado ejerza su poder de castigar penalmente. Lo interesante es que la jurisprudencia penal sobre el tamaño y legitimidad del derecho penal (lo que podría denominarse “derecho constitucional penal”) parece fundarse en categorías conceptuales que no siempre siguen la lógica y la política de las grandes teorías filosóficas que tradicionalmente han servido para justificar un ordenamiento penal moderado (la teoría del bien jurídico en el contexto continental y la teoría del daño y sus variaciones en el contexto anglosajón, para mencionar las más importantes). Por el contrario, los jueces constitucionales parecen hacer un uso intensivo del juicio de proporcionalidad al momento de “medir” el tamaño y la validez del derecho penal dentro de un marco de amplia deferencia al Poder Legislativo en materia penal. Sería incluso interesante preguntarse si la exagerada extensión del derecho penal en nuestros tiempos está relacionada con esta utilización intensiva del juicio de proporcionalidad.**

Propongo entonces que nos preguntemos acerca del papel que debe jugar el derecho constitucional contemporáneo en el tamaño y validez del derecho penal. ¿Es la sobrecriminalización un fenómeno siempre injustificado que debe ser combatido con

* Tal vez deberíamos discutir en algún momento del Coloquio el uso del derecho internacional por los jueces constitucionales domésticos. Mi impresión es que la figura del “bloque de constitucionalidad” (tan en boga en América Latina) parece determinar una dinámica de aplicación acrítica de los denominados “estándares” internacionales fundada en una especie de “fe” en la bondad y corrección intrínsecas del derecho internacional (de los derechos humanos particularmente).

** Creo que es de gran importancia discutir, de modo general, el uso intensivo del juicio de proporcionalidad en el derecho constitucional contemporáneo. El libro *The Ultimate Rule of Law* de David Beatty y las críticas que ha recibido (Vicki Jackson y Richard Posner, por ejemplo) pone de presente la relevancia de este debate. La popularidad de esta forma de resolución de controversias constitucionales parece inmunizarla a la crítica y desviar la atención a otras posibles formas de aproximación a los conflictos entre derechos (como las que, entre nosotros, ha propuesto Amalia Amaya).

toda la fuerza que se desprende de la idea de libertad que suele prevalecer en los Estados constitucionales contemporáneos? O, por el contrario, ¿la sobrecriminalización refleja necesidades de protección justificadas en las amenazas (objetivas y reales) que se ciernen sobre las sociedades contemporáneas, lo cual nos lleva a repensar la idea de libertad que se desprende de las Constituciones modernas? ¿Cuál es la metodología judicial más apropiada para examinar las particularidades constitucionales del derecho penal contemporáneo?

III. POBREZA, RECONOCIMIENTO E INTERSECCIONALIDAD

El coloquio puede ser un espacio importante para discutir cómo aparece el viejo debate sobre “reconocimiento” y “redistribución” (para usar la terminología de Nancy Fraser) en la jurisprudencia constitucional contemporánea. Por una parte, muchos tribunales constitucionales se han ocupado de examinar, desde la perspectiva constitucional (usualmente a partir de las normas que garantizan las distintas dimensiones de la igualdad), la exclusión histórica de varios grupos sociales tradicionalmente subordinados, y han intentado idear remedios para contrarrestar esta situación. De otro lado, podría afirmarse que el fenómeno de la pobreza ha sido confrontado por los jueces constitucionales a través de las distintas estrategias de exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. En mi opinión, este panorama abre la discusión sobre varias cuestiones.

En primer lugar, tengo la impresión de que las discusiones sobre el papel del principio constitucional de igualdad en el desmantelamiento de estructuras sociales opresivas se han centrado casi exclusivamente en el tipo de argumentos sustantivos que ofrecen los jueces constitucionales para conceder o negar las demandas de personas o grupos sociales históricamente subordinados. En los debates constitucionales contemporáneos (particularmente en América Latina) echo de menos una discusión más profunda acerca de los remedios (judiciales y legislativos) más apropiados para confrontar la opresión social. Creo entonces que debemos escuchar el llamado de quienes (Paola Bergallo, por ejemplo) han insistido en la importancia del debate remedial.

El debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales está a la orden del día, particularmente en algunos países del denominado “Sur global”. En la actualidad se están produciendo discusiones importantes sobre litigio estructural, “justicia dialógica”, intervención de los jueces en las políticas públicas sociales, entre otros temas. Aunque estos debates son ciertamente apasionantes, creo que en ellos ha estado ausente la discusión de dos cuestiones.

En primer lugar, sería importante preguntarse más frontalmente cuál es la relación de la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales con la lucha estructural contra la pobreza (¿es el litigio estructural una respuesta suficiente y adecuada?, ¿puede el litigio en materia de derechos socioeconómicos crear desigualdades que refuerzan la pobreza? Si esta clase de litigio tiene relaciones virtuosas con la lucha estructural contra la pobreza, ¿qué remedios judiciales son los más apropiados?). En segundo lugar, creo que la relación entre la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales y la jurisprudencia constitucional sobre exclusión de grupos históricamente oprimidos no ha sido suficientemente discutida, particularmente si se tiene en cuenta que parte de la opresión de estos grupos se traduce en pobreza y exclusión socioeconómica. Dicho de otro modo, es pertinente discutir cuáles son las relaciones constitucionales entre “reconocimiento” y redistribución”. Adicionalmente, esta discusión genera una reflexión sobre la retóricamente invocada y poco aplicada categoría de la “interseccionalidad” (¿cuál es el marco conceptual constitucional que permite capturar las intersecciones entre distintos vectores de subordinación social?, ¿es posible identificar remedios judiciales constitucionales derivados de la idea de interseccionalidad?).

IV. PAZ Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Aunque éste puede ser un debate que sólo concierne a los países con conflictos armados que, al poner en marcha procesos de paz con grupos alzados en armas y al margen de la ley, deben revisar aspectos importantes de su institucionalidad, el estudio de los procesos de transición nos permite debatir cuestiones importantes sobre diversos aspectos del derecho constitucional contemporáneo. A partir de diversas experiencias transicionales (las de Europa del Este, las del Cono Sur, la de Suráfrica y la de Colombia, por mencionar algunas de las más destacadas) pueden darse discusiones novedosas sobre poder constituyente y reforma constitucional, y división de poderes.

En relación con el primer tema, los procesos de transición suelen implicar acuerdos de paz y, con posterioridad, reformas constitucionales que, por la importancia de los temas que abarcan, deberían ser sometidas a algún mecanismo de refrendación popular. Una primera discusión que abren estos temas tiene que ver con la noción de poder constituyente que se usa en estos debates. Una segunda discusión tiene que ver con los modos de reforma constitucional y, particularmente, si es legítimo utilizar las formas

ordinarias de reforma constitucional (usualmente a través del Poder Legislativo) o es necesario usar mecanismos de reforma que apelen directamente al constituyente primario.

En punto a la división de poderes, las distintas experiencias transicionales suelen confirmar la idea de que el logro de la paz es una competencia que radica fundamentalmente en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, estas mismas experiencias llaman a discutir cuál debe ser el papel del Legislativo y de los jueces en la implementación de acuerdos de paz y de las reformas constitucionales necesarias para hacer efectivos estos acuerdos.

Marcial Rodríguez Saldaña

La participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones fundamentales de un Estado de democracia constitucional sigue siendo una forma adecuada para que los depositarios originarios de la soberanía se manifiesten sobre asuntos trascendentes y para resolver crisis que polarizan a una sociedad.

Aun cuando en las obras clásicas y contemporáneas de derecho constitucional se ha estudiado el tema de la democracia directa, éste sigue siendo de actualidad, toda vez que forma parte del debate de la participación ciudadana, con mayor frecuencia, en la toma de decisiones políticas fundamentales, del diseño constitucional, de los fenómenos sociales y políticos que impactan la gobernabilidad democrática, de la calidad de la democracia constitucional y del estudio de la forma en que estos mecanismos han sido incorporados a los textos constitucionales.

Los casos de los referéndums aplicados en algunos países europeos para decidir la ratificación de una Constitución europea; los realizados en estados de los Estados Unidos de América en los últimos años para decidir la legalidad del consumo de marihuana; los efectuados en América Latina; el promovido para la independencia de Cataluña en 2014; el realizado en Grecia el 5 de julio de 2015 para decidir sobre las relaciones financieras con las instituciones de la Unión Europea; el que está programado a realizarse en Inglaterra para decidir su permanencia en la Unión Europea, nos permiten constatar que estas formas de participación ciudadana y su normativa constitucional siguen vigentes.

Las formas de democracia directa que contienen las Constituciones ¿siguen siendo mecanismos para medir a la opinión pública?, ¿para desarticular a los grupos de interés?, ¿para promover la participación ciudadana y la legitimación de decisiones?, o ¿constituyen un peligro de las mayorías?, ¿son formas de hacerse presentes los grupos de interés?, ¿pueden ser un peligro para los derechos de las minorías?, ¿son un reflejo de la ausencia de educación, deliberación y participación?

Sobre estas cuestiones existen las aportaciones de: Michèle Guillaume-Hofnung, en su obra *Le référendum*; Francis Hamon, con su texto *Le référendum Étude comparative*; Stéfhane Diémert, con su trabajo *Textes Constitutionnels sur le Référendum*; Molly E. Carter con su obra *Regulating Abortion through Direct Democracy: The Liberty of All versus the Moral Code of a Majority*; IDEA, *Direct Democracy*; Arthur Lupia y John G. Madusaka, *Direct Democracy: New Approaches to Old Questions*; Juan Carlos Madroñal, *Direct Democracy in Latin America*; David Atman, *Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados?*; Angélica Durán Martínez, *Referendos en América Latina: ¿una herramienta que fortalece o debilita las instituciones democráticas?*, Esteban Gómez Campos, *Mecanismos de democracia directa en América Latina: una revisión comparada*; Daniel Zovatto, Iván Marulanda, Antonio Lizarazo y Rodolfo González, *Democracia directa y referéndum en América Latina*.

En el caso particular de México, es muy reciente la incorporación de estas formas de democracia directa, ya que fue mediante la reforma constitucional del 9 de agosto de 2012 que se incluyeron la iniciativa ciudadana y la consulta popular.

Hasta ahora, a tres años de haberse aprobado la reforma, no se ha presentado ninguna iniciativa legislativa ciudadana. En cuanto a la consulta popular, después de entrada en vigor la reforma constitucional, se han presentado cuatro solicitudes para efectuarse en las elecciones federales del 7 de junio de 2015; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como institución que valida en definitiva la procedencia de las preguntas, resolvió con distintos argumentos que los temas a consultar no eran objeto de consulta popular.

El aspecto central de esta reflexión va orientado a exponer la forma *sui generis* en que fue incorporada al texto constitucional mexicano esta forma de participación ciudadana de democracia directa y plantear de qué manera se podría incorporar un modelo más completo en la Constitución mexicana.

La figura de la consulta popular incluida en la Constitución mexicana es un tipo de referéndum derogatorio y de creación normativa, debido a que una vez que se cumple el procedimiento de los órganos facultados para solicitarlo —Poder Ejecutivo, un porcentaje del Poder Legislativo o el 2% de los electores—, se validan las firmas de los solicitantes por el Instituto Nacional Electoral y se valida la o las preguntas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si la participación electoral es de más del 40% y de ese porcentaje la mayoría opta por el sí, la consulta es obligatoria para los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de tal forma que si la pregunta está relacionada con la derogación,

adición o reforma constitucional, la consulta obliga al Poder Legislativo a realizar esa reforma en los términos aprobados por el electorado.

La consulta popular en la Constitución de México es muy limitada, pues no incluye otras modalidades de referéndum, tales como el referéndum constitucional y legal obligatorio y el referéndum revocatorio.

Se concibió a la consulta popular como un derecho individual, a diferencia de otros textos constitucionales, que han integrado el referéndum como un derecho colectivo, *i.e.*, como una forma directa del ejercicio de la soberanía, como ocurre con los textos de la Constitución francesa y colombiana.

Tampoco en la reforma constitucional se incluyó la figura clásica de plebiscito, que, como se sabe, a diferencia del referéndum que se aplica para la creación o derogación de normas, procede para decisiones de naturaleza política, como ocurrió en el caso de la destitución del dictador Augusto Pinochet.

La incorporación de la consulta popular en la Constitución mexicana, en su modalidad de referéndum para reformar, adicionar o derogar normas constitucionales, constituye un avance limitado en la incorporación de figuras de democracia directa, las cuales deberían extenderse a otras modalidades de referéndum como el obligatorio constitucional (para poder reformar determinados preceptos constitucionales), el legal y el revocatorio de mandato.

Además, se deberían integrar las figuras de plebiscito y de acción ciudadana de inconstitucionalidad.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

I. DEBATES ACTUALES EN MATERIA CONSTITUCIONAL A NIVEL MUNDIAL

Pluralismo constitucional

a) *Idea básica*

La existencia de *lugares* que se ubican más allá de las fronteras de los Estados-nacionales que muestran aptitud para el “discurso constitucional”, es decir, para que se desarrollen procesos “metaconstitucionales”.

Autor: Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002.

b) *Idea básica*

La idea de *un constitucionalismo en diferentes niveles*.

Autores: Mayer, F. C. y Pernice, I., “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimes-trielle de Droit Européen*, 2000.

c) *Idea básica*

Se explica lo que acontece actualmente dentro del constitucionalismo a través de la figura de las “redes”.

Autores: Ladeur, K. H., “Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of Network Concept”, *European Law Journal*, 1997; Sajó, A., “Constitutionalism Enthusiasm Towards Network Constitutionalism”, *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper (www.jeanmonnetprogram.org/papers/04).

II. TEMAS SOBRE LOS QUE DEBERÍA GIRAR EL DEBATE CONSTITUCIONAL ACTUAL

1. Tema: *Legitimación del autoritarismo a través de la Constitución*

Idea básica: la existencia de un *constitucionalismo abusivo* consistente en “el uso de mecanismos de reforma constitucional para erosionar el orden democrático”, lo cual da como resultado un “régimen autoritario competitivo”.

Autores: Landau, David, *Derechos sociales y límites de la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, trad. de María José Viana Claves, Bogotá, Universidad Externado, 2015; Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold Wars*, 2010.

2. Tema: *Tensión entre democracia y Constitución*

Idea básica: el problema de la legitimidad de las decisiones en un Estado constitucional entre el adjetivismo y el sustancialismo, que en la práctica se traduce en la tensión entre las mayorías legislativas y los órganos jurisdiccionales que llevan a cabo el control de constitucionalidad (grupo reducido de personas que sin ser electas por el pueblo pueden echar abajo las decisiones de las mayorías parlamentarias: *dificultad contramayoritaria*).

Autores: Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962; Dworkin, *Freedom's Law*, 1996; Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Daniela Salazar

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

En mi opinión, la principal discusión en el debate constitucional actual sigue siendo el garantismo, particularmente en lo que se relaciona con las categorías de *efectividad* y *validez* de las normas constitucionales.

Respecto de la *efectividad*, lo que se está discutiendo actualmente no es necesariamente nuevo, y no por ello la reflexión ha dejado de estar vigente. Hoy más que nunca es necesario debatir sobre cómo hacer efectivos los postulados constitucionales; cómo pasar de la retórica a la realidad.

Respecto de la *validez*, la discusión sobre el “constitucionalismo popular” y la manera en que la Constitución debe ser un reflejo de la voluntad popular, no sólo en su texto sino también en su interpretación, es un debate actual. El debate gira alrededor del lugar que ocupa el pueblo en la Constitución.

Lo anterior se relaciona también con la importante discusión sobre la *rigidez* de la Constitución y la posibilidad de que su texto evolucione —o no— a través del *activismo judicial*. Por ejemplo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano plasmado en las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador ha pretendido transformar la realidad a partir de un texto constitucional flexible que faculta a los jueces, a través de las garantías, a hacer realidad los mandatos constitucionales. En la práctica, este objetivo no ha sido alcanzado.

Quizá no resulte novedoso el debate sobre la necesidad de una Constitución rígida, si nos limitamos a pensar en que el procedimiento de enmiendas o modificaciones debe establecer obstáculos adicionales a los de la modificación legislativa. Pero el debate sobre el grado de rigidez y la medida en que otros actores pueden modificar el texto constitucional sigue vigente. Necesitamos una cierta estabilidad en el tiempo de los tex-

tos constitucionales, lo que impide que cada gobierno de turno modifique a su antojo las reglas básicas del juego. Al mismo tiempo, la posibilidad de que el Poder Judicial interprete la Constitución y controle la constitucionalidad de las acciones de los demás poderes permitiría que el texto constitucional evolucione con la sociedad. No obstante, también existen argumentos contrarios a esta idea, en tanto el gobierno de turno puede también apropiarse del Poder Judicial, y así apropiarse de la capacidad de decidir las reglas básicas del juego en la sociedad.

Resulta relevante en ese punto la cuestión de la apropiación de la Constitución por parte del *pueblo* y la posibilidad de que las modificaciones puedan proponerse y realizarse a través de procesos plebiscitarios que garanticen la participación ciudadana. La experiencia ecuatoriana sobre la consagración de la *participación* como la quinta función del Estado resulta novedosa, aunque no exitosa. La posibilidad de que a través de consultas el pueblo tenga la posibilidad de expandir el control y decisión sobre la Constitución suena atractiva, pero es irrealizable mientras se dejen intactas las estructuras tradicionales de concentración del poder en el Ejecutivo.

Respecto de la sección *dogmática* de la Constitución, existe un debate sobre la utilidad o no de desarrollar un amplio catálogo de derechos en la misma. En la experiencia ecuatoriana, ofrecer más derechos en la Constitución significó un importante apoyo popular al texto. Pero más allá del éxito electoral, sucede que el detalle con el que fueron regulados algunos derechos ha impedido que por vía legal o jurisprudencial se logre avanzar en materia de derechos y libertades.

Respecto de la sección *orgánica* de la Constitución, existen varias novedades interesantes en la teoría constitucional que desafían las ideas tradicionales sobre la separación de poderes y la revisión judicial. En parte, estas ideas han sido discutidas bajo la etiqueta del *constitucionalismo dialógico*, aplicado por varias cortes de la región. Sin importar la etiqueta que le pongamos, el debate sobre si entusiasmarnos por un modelo que se distancie de la visión madisoniana de los chequeos y balances para ajustarse a la realidad latinoamericana requiere una reflexión profunda que tome en cuenta los riesgos que estos nuevos modelos pueden suponer para la democracia y el Estado de derecho.

Aún más importante que las discusiones aisladas sobre la sección *dogmática* y la sección *orgánica* de la Constitución, resulta el debate sobre la relación entre las secciones dogmática y orgánica de la Constitución, es decir, la relación entre las libertades y derechos consagrados en la Constitución y el modelo de Estado. No se trata de un debate nuevo, pero sí de un debate en buena medida abandonado. Es necesario retomar las discusiones sobre las formas en las que las limitaciones al poder establecidas en la par-

te orgánica influyen en la garantía de los derechos establecidos en la parte dogmática. Aquí reside también el debate sobre el *constitucionalismo liberal*. Una vez más, independientemente de la etiqueta que le pongamos, sigue siendo necesario reflexionar sobre la forma en la que las secciones dogmática y orgánica de la Constitución dialogan y se relacionan. La insuficiente reflexión sobre esta discusión ha dado como resultado Constituciones como la de Ecuador, llena de promesas en cuanto a derechos, pero incapaz de apartarse de un modelo que permite al Ejecutivo vaciar de contenido esos derechos.

Finalmente, la experiencia constitucional ecuatoriana podría aportar algunos elementos novedosos al debate constitucional contemporáneo. Por ejemplo, los conceptos de ciudadanía universal, la naturaleza como sujeto de derechos (Pacha Mama) y el *Sumak Kawsay* (o buen vivir) se han considerado cambios paradigmáticos del modelo constitucional en Ecuador, que aportan al debate constitucional actual.

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

Hay autores que siguen siendo imprescindibles como Ferrajoli o Guastini. Gargarella, sin duda, es también actualmente un autor de referencia. Las ideas de García Amado constituyen un importante aporte a este debate.

Luego habría que ir identificando autores por temas. Por ejemplo, sobre la naturaleza como sujeto de derechos, un autor de referencia es Farith Simon. El tema también ha sido pensado desde la filosofía del derecho por Otfried Höffe. Sobre buen vivir podemos citar a Alberto Acosta y Ramiro Ávila. Sobre constitucionalismo popular podemos identificar a Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet. Sobre la rigidez constitucional son muy interesantes las ideas de Víctor Ferreres Comella. Sobre constitucionalismo popular y constitucionalismo democrático sugiero a Reva Siegel y Robert Post. Y así sucesivamente por cada tema.

En cuanto a autores ecuatorianos, los dos de referencia son Ramiro Ávila y Rafael Oyarte.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

Como adelanté en la pregunta I, considero que si el debate constitucional contemporáneo sigue entusiasmado por pretender ser original, perderá de vista que lo esencial

es construir un instrumento constitucional que sea técnico y práctico. La experiencia en Ecuador sugiere que debemos ser menos entusiastas hacia la elaboración de nuevas teorías y la creación de nuevos paradigmas. La originalidad no está en el texto mismo ni en las etiquetas que le pongamos al debate constitucional, sino en cómo se aplica la Constitución.

A la larga, lo que propone cada autor termina siendo interpretado y aplicado de forma distinta por las cortes de los distintos países en cada caso particular, incluso son utilizados para objetivos contrarios a lo que plantearon; de ahí la importancia de enfocarnos menos en la teoría y más en la práctica constitucional.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Insisto en que el principal problema que requiere una respuesta por parte del debate constitucional contemporáneo es el de hacer de las garantías una realidad; llevar la teoría constitucional a la práctica.

El debate constitucional contemporáneo en la región debe definir hasta qué punto es aceptable el constitucionalismo europeo y americano en la realidad latinoamericana. Pero al hacerlo no debe caer en idealismos y novelorías que le lleven a abandonar sin más el sistema de pesos y contrapesos que, con sus defectos, ha dejado sentadas las bases de la democracia.

En lo principal, el debate constitucional contemporáneo debe reflexionar sobre la permanente incapacidad de las Constituciones para resolver el problema de la desigualdad en la región.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

Debería ser un modelo que se enfoque menos en la teoría constitucional y busque fortalecer las bases democráticas de la práctica constitucional. Sin duda, necesitamos un modelo constitucional tanto como necesitamos un texto constitucional. Pero eso no es lo fundamental. No importa qué modelo se diseñe y qué teoría abracemos. Importa que la Constitución sea efectiva en la práctica.

Laura Saldivia

I. ¿QUÉ SE ESTÁ DISCUTIENDO EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO?

- a) Migraciones transnacionales de los derechos humanos.
- b) Recepción jurídica de miradas despatologizadoras: salud mental, derechos del paciente, identidad de género, muerte digna, aborto, entre otras cuestiones.
- c) Nuevos derechos, nuevos sujetos de derechos: los derechos de las personas LGBTI, los derechos de la naturaleza, los derechos de los animales.
- d) Reconocimiento de derechos de grupos en situación desaventajada todavía pendiente: minorías sexuales, mujeres (aborto), personas adultas mayores, personas con discapacidad mental.
- e) Empoderamiento de los movimientos sociales. Derecho surgido de “abajo”.
- f) Efectivización de los derechos ya reconocidos (pueblos indígenas, mujeres, niños).

II. ¿CUÁLES SON LOS AUTORES DE REFERENCIA?

- Roberto Gargarella.
- Silvina Ramírez.
- Daniel Bonilla.
- Francisca Pou Giménez.
- Pedro Salazar Ugarte.
- Mario Pecheny.
- Emiliano Litardo.
- Mauro Cabral.
- Julieta Lemeitre.

- Paola Bergallo.
- Isabel Jaramillo.
- Esteban Restrepo.
- Cesar Rodríguez Garavito.
- Boaventura de Sousa Santos.
- Juan Ramón Capella.
- Saskia Sassen.
- Gunther Teubner.

III. ¿EN DÓNDE RESIDE LA ORIGINALIDAD DE ESOS DEBATES?

Se ubica en un lugar central a la participación política en la configuración constitucional. Grupos y pueblos antes excluidos de las decisiones constituyentes son hoy protagonistas o al menos participan, a diferencia de las reformas constitucionales anteriores, en las cuales brillaron por su ausencia. Esto a su vez convive con organizaciones del poder concentradas, creando una paradoja que debe ser examinada por el derecho constitucional.

Ante el reconocimiento constitucional de nuevos derechos, los jueces cobran mayor protagonismo realizando una tarea de adjudicación que en muchos casos expande las fronteras de su actuar tradicional. Además, debe examinarse el contenido de la nueva fuerza de validez del derecho para los jueces nacionales, proveniente de la interpretación que realizan de los tratados internacionales de derechos humanos los organismos internacionales de aplicación en la materia.

El empoderamiento como sujetos de derechos de grupos y pueblos antes sojuzgados y el reconocimiento de sus derechos generan reconfiguraciones en el rol de los distintos poderes del Estado y con ello en la Constitución, ya sea por medio de la reforma de su texto o en la Constitución práctica por medio de la interpretación que de ella realizan los distintos actores políticos-institucionales.

IV. GRANDES PROBLEMAS A LOS QUE DEBERÍA OFRECER RESPUESTA EL DEBATE CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

- Cómo hacer operativa a la Constitución para que no sea meramente aspiracional y tenga en cambio un impacto en la vida de los grupos y pueblos sojuzgados.

- La feminización del derecho constitucional.
- Introducción en el entendimiento que se haga de los derechos humanos de concepciones despatologizadoras de las personas (salud mental, género, muerte, etcétera).
- Además, el debate constitucional debería identificar esos temas que son propios del derecho constitucional latinoamericano como forma de jerarquizarlo frente a otras producciones normativas constitucionales provenientes de Europa, Estados Unidos o el sistema internacional. Hoy Latinoamérica lidera en muchos temas constitucionales y está en condiciones de exportar a otras latitudes modelos, prácticas e ideas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, igualdad y no discriminación, los derechos de las minorías sexuales y personas adultas mayores. Debe realizarse una jerarquización del derecho constitucional latinoamericano de forma tal de revertir a sus referentes tradicionales para buscarlos en cambio en la región.

V. ¿CÓMO DEBERÍA SER EL MODELO CONSTITUCIONAL PARA DAR RESPUESTA A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS?

Debería ser un modelo paritario y gradual que promueva, y no se asuste de, la iteración democrática (término de Seyla Benhabib), donde ningún poder del Estado se arrogue para sí la capacidad del ser el intérprete único/último de la Constitución.

José Ma. Serna de la Garza

LÍNEAS DE DEBATE SOBRE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL Y EL SISTEMA INTERNACIONAL

1. *Primera línea: la “confrontación de paradigmas”*

Idea básica: existe la necesidad de un cambio de paradigma para explicar el impacto del sistema internacional en el derecho constitucional (hacia un paradigma “pos-westfaliano). Conceptos clave: proliferación de sitios de autoridad y “pluralismo constitucional”.

Autores: Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing; Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, 2002; *id.*, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, vol. 56, 2008.

2. *Segunda línea: sistema internacional y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos*

Sub-líneas:

a) Influencia de las instituciones del sistema internacional en las Constituciones de los Estados nacionales:

Idea básica: la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre los Estados nacionales, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales que pueden tener dimensión constitucional.

Autores: Zamora, Stephen, “Allocating Legislative Competence in the Americas: The Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997.

b) La “internacionalización del derecho constitucional”:

Idea básica: fenómeno por el cual el derecho constitucional de los Estados-nacionales se ve influido en sus contenidos y en sus estructuras por el derecho internacional.

Autores: Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, 2007; Bogdandy, Armin von, “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004; Young, Ernest, “The Trouble with Global Constitutionalism”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003.

c) Los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional:

Idea básica: examinar las fórmulas, instrumentos normativos, mecanismos o doctrinas jurídicas por medio de los cuales se da la interacción entre los ámbitos normativos nacional e internacional.

Autores: Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en Bogdandy, A. von y Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003. Así como la copiosa literatura sobre “diálogo jurisprudencial”, particularmente en derechos humanos.

3. Tercera línea: la “constitucionalización del derecho internacional”

Idea básica: la posibilidad de que el derecho internacional adquiriera dimensiones constitucionales o desempeñe “funciones constitucionales”.

Autores: Biaggini, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, pp. 49-51; Bogdandy, Armin von, “Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006; Wet, Erika de, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006; Walter, Christian, “International Law in a Process of Constitutionalization”, en Nijman, Janne y Nollkaemper, André (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, 2007; Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Internatio-

nal Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006; Becerra, Manuel y González, Nuria, *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, 2012.

4. Cuarta línea: la globalización del derecho constitucional como “convergencia”

Idea básica: entender el sistema internacional y su impacto en el derecho constitucional en términos de la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales, en sus estructuras y en sus mecanismos de protección a los derechos fundamentales.

Autores: Tushnet, Mark, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, núm. 4, 2009; Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006; Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 11, núm. 1, 2004; Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, 2014.

Ermanno Vitale

Al definir la esencia del liberalismo que, como todas las ideologías, tiene una fenomenología muy variada, Bobbio afirma que el liberalismo consiste en una teoría sobre los límites al poder, una teoría capaz de producir las técnicas para dicha limitación. El constitucionalismo es, en el fondo, el conjunto de estas técnicas de limitación del poder, cualquiera que sea la forma y la legitimidad que el poder reivindique para sí.

De la misma manera que el poder ha ido evolucionando en sus formas y sus fundamentos de legitimidad, así deben —o deberían— cambiar las modalidades de la limitación, esto es, del constitucionalismo. Si, para Locke, el establecimiento de límites al soberano absoluto era necesario, en defensa de algunas libertades civiles, entre las que la propiedad privada ocupaba un papel especialmente relevante, y políticas, para Tocqueville y Stuart Mill esto ya no era suficiente: casi dos siglos más tarde, el constitucionalismo ha ampliado su ámbito comprometiéndose a hacer frente también a los riesgos de la tiranía de la mayoría, esto es, poniéndole límites a un poder que no es ya el de un príncipe que es expresión de una restringida aristocracia, sino a un poder que cuenta con fundamentos democráticos y produce nuevas formas de conformismo social y de represión de las ideas y las conductas minoritarias, en particular de las que son expresión de un disenso radical.

Una tercera dimensión del constitucionalismo, desarrollada fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XX, es la que reflexiona sobre la necesidad de remover los obstáculos materiales que se interponen en el ejercicio tanto de los derechos de libertad como de los derechos políticos, devolviéndole en la práctica al poder político un carácter “absoluto”, reconociendo la obligación a las instituciones públicas de garantizar a todos los ciudadanos una serie de bienes considerados fundamentales (niveles mínimos de formación escolar, asistencia sanitaria, etcétera). Esta pretensión conlleva, *in nuce*, la exigencia de volver a poner en discusión el carácter sagrado de la propiedad privada, reconocida en las Constituciones de los siglos XVIII y XIX. No en vano, en la Constitución

italiana se subraya la función social por la que debe orientarse también la libre iniciativa económica, es decir, el mercado.

Este es, *grosso modo* y expresado de la forma más resumida, el accidentado recorrido, jalonado de retrocesos y grandes promesas incumplidas, cuyo punto de llegada está en lo que hoy solemos denominar Estado democrático de derecho.

Dicho punto de llegada, alcanzado con grandes sacrificios, es el que, de unos treinta años a esta parte, se encuentra en el punto de mira de un ataque que parece aproximándose ya a su conclusión, protagonizado por unas elites económico-políticas nacionales e internacionales que están logrando imponer, convirtiéndola en sentido común a través de los medios de comunicación de masas, esa visión del mundo y esa ideología tendencialmente totalitaria a la que se suele hacer referencia con el nombre de “neoliberalismo”. En síntesis, se trata de una ideología de la desigualdad que, arrancando desde el plano económico, se extiende capilarmente hasta abarcar todas las dimensiones de la convivencia civil. Nadie se engañe con el nombre, neoliberalismo, que parece designar una nueva forma de limitación del poder, según veíamos en la definición de Bobbio: se trata, en realidad, del triunfo de un nuevo absolutismo, que no será ya de naturaleza esencialmente política, sino económico-financiera. El que hoy ha quedado *legibus-solutus* ya no es el monarca, sino el mercado, y en particular el mercado financiero. Es la lógica del mercado, la privatización del mundo la que triunfa pretendiendo gobernar no sólo la economía, sino también en todos los demás ámbitos de la existencia humana, y el neoliberalismo es su superestructura ideológica. El fruto por excelencia de la política moderna, de Hobbes a Weber, el Estado, se ha vuelto funcional a la lógica del mercado global. La política ha dejado de marcar los límites a la economía de mercado: es esta última la que limita a la política y a sus instituciones, con frecuencia reducidas a simples ejecutoras de las decisiones de los llamados “mercados”.

En realidad, bajo la presunta objetividad de la ley de la oferta y la convertida en divinidad reguladora de las cosas humanas, lo que se esconde es un sistema de poder transnacional, en última instancia político en grado sumo y terriblemente opaco, que decide las suertes de la mayor parte de las naciones del planeta. El reciente caso de Grecia, pero incluso de la propia Italia, muestra a las claras que la soberanía nacional y su ley fundamental nada puede ante los *arcana imperii* de las instituciones económico-financieras globales. Por poner un único ejemplo, la Constitución italiana ha sido doblegada no sólo de hecho, sino en el propio tenor literal, a estas exigencias. La nueva exigencia de equilibrio presupuestario se ha convertido en criterio al fin y al cabo prioritario sobre la garantía de los derechos fundamentales, especialmente de aquellos más caros, los derechos sociales.

Así pues, si tuviera que indicar, desde mi perspectiva italiana y europea, algún libro donde se ilustren estos procesos, no pensaría tanto en la obra de algún constitucionalista, sino en un par de sociólogos de alto perfil como Luciano Gallino y Wolfgang Streeck. Del primero de ellos señalaría sobre todo *Finanzcapitalismo*, y del segundo *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*.

Junto a la difusión de la pobreza y de unos niveles cada vez más altos de desigualdad que llegan hasta lugares en los que antes parecía derrotada, hay al menos otros dos síntomas que llevan a considerar insostenible este modelo de economía y de sociedad. Un modelo que, para mantenerse en equilibrio —para aplazar el colapso—, debe apostar por el crecimiento ilimitado de los rendimientos y los indicadores económicos, en particular del producto interno bruto (PIB). Los dos síntomas son el empobrecimiento por ahora incontenible de los recursos del planeta y, al mismo tiempo, la desaparición del trabajo, ese trabajo suficientemente seguro que había sido el vector de emancipación e inclusión social y política. Me limito aquí a recordar un par de hechos: este año, a mediados de agosto, hemos agotado los recursos que el planeta produce anualmente. Cada año, la fecha del *overshooting* se adelanta en varios días. Por lo que respecta al trabajo, el desempleo ha alcanzado ya un carácter estructural también en Europa, aunque no sea más que por el hecho de que la fuerza de trabajo humana puede verse sustituida cada vez más fácilmente con soluciones tecnológicas. En realidad, no faltarían trabajos necesarios desde un punto de vista social y medioambiental, pero son trabajos que un sistema económico como éste no reconoce como tales, porque no producen beneficio, o no lo hacen en suficiente medida. Y además, la presencia de un ejército de desempleados es seguramente útil para mantener bajo el coste del trabajo. Creo necesario afrontar con urgencia un debate sobre el modelo de desarrollo que, en otra época, podía definirse como occidental, pero que hoy en día puede considerarse planetario. Se diría, en efecto, que las áreas del mundo “en vías de desarrollo” desean seguir cometiendo los mismos errores de las que ya “se desarrollaron”. Sobre estos temas indicaría, una vez más, las reflexiones de un sociólogo como Serge Latouche, en particular en su volumen *La megamáquina*.

Dar forma constitucional a esta panoplia de problemas económicos, geopolíticos, demográficos, etcétera, no es tarea en absoluto fácil, ni veo en la comunidad política la voluntad política para hacerlo, o un serio compromiso entre sus actores para proyectar y convertir en vinculante una “Constitución mundial” que sirva como estrella polar en el tratamiento de estas cuestiones. No parece tener el más mínimo efecto, por el momento, el riesgo concreto de que tales cuestiones, sistemáticamente ignoradas, acaben dando lugar a conflictos y catástrofes de dimensiones desconocidas. Retomando la fa-

mosa metáfora propuesta por Elster, la comunidad internacional no se parece en nada a un Ulises dispuesto a dejarse atar al mástil de su barco para resistir al canto de las sirenas.

Por lo demás, este es precisamente el sentido del constitucionalismo: imponer límites, lo más ajustados posible en el largo plazo, a la acción contingente y particular, dictada por la búsqueda del beneficio inmediato, de los actores políticos y económicos locales, nacionales, regionales o globales, plantando cara sobre todo a los “poderes salvajes” que actúan en la esfera de la economía financiera y a los grandes “networks” de la comunicación. En el fondo, el constitucionalismo no ha sido nunca solamente, y si lo ha sido ya no podrá volver a ser, un conjunto de técnicas jurídicas para conjurar la concentración del poder en el soberano: probablemente ha sido (también) un lugar teórico sobre el que dibujar proyectos políticos de gran alcance, que orienten en el largo plazo la acción legislativa ordinaria.

Desde este punto de vista, si tuviera que dar la indicación de un autor que orientara a quienes quisieran tomar el compromiso de dar forma constitucional a la necesidad de reorganizar la vida colectiva, superando esos desequilibrios a los que antes me refería, sin reproducir los caminos de los que ya sabemos que no tienen salida (por ejemplo, el comunitarismo), apuntaría a Luigi Ferrajoli. Comprendo que parece una indicación casi descontada y superflua, pues su obra es ya bien conocida en América Latina. Pero no sabría encontrar otra mejor.

En particular, para volver a trazar los límites del mercado, me parece conveniente tomar como punto de partida su explícita y bien argumentada exclusión de la propiedad privada del catálogo de los derechos fundamentales mediante la clara distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, y la subordinación de estos últimos a los primeros. Si un día, en lugar del equilibrio presupuestario, fuera la perspectiva de lo que Ferrajoli ha denominado el “constitucionalismo de derecho privado” la que llegara a hacerse realidad en las Constituciones nacionales y en las cartas y declaraciones universales, entonces sí que se habría producido una revolución de esas que marcan una época. El mercado dejaría de ser la divinidad omnipotente que regula casi todos los aspectos de nuestra vida para volver a ser una modalidad de intercambio de algunos bienes, los que son patrimoniales, devolviendo otros, los fundamentales, a otras formas de distribución, conforme al criterio igualitario de las necesidades.