



68

Desarrollo democrático y reforma constitucional

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Junio de 2005

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Reforma constitucional y reforma del Estado	3
III. El contenido de la reforma y el papel de la Constitución	5
IV. Los límites de la reforma constitucional.....	10

I. INTRODUCCIÓN

A partir de los años 70 hemos observado en un número importante de países de América latina intensos procesos de reforma constitucional. Algunos de ellos han culminado con la expedición de nuevas Constituciones (Guatemala en 1985, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Perú en 1993, Venezuela en 1999, para citar solamente algunos ejemplos), mientras que otros han generado reformas integrales a las respectivas cartas magnas (Argentina en 1994 quizá represente una experiencia paradigmática al respecto).

La causa fundamental de este movimiento de renovación de los textos constitucionales tiene que ver, sin duda alguna, con los procesos de transición, instauración y/o consolidación de las respectivas democracias. El paso de regímenes de corte autoritario (entendiendo al autoritarismo en sentido amplio, de modo que permita abarcar desde los gobiernos militares hasta las autocracias moderadas), a regímenes democráticos exigió en toda la región una profunda revisión de sus textos constitucionales. El objetivo de tales procesos de revisión fue doble: a) por una parte refundar la relación entre el Estado y sus ciudadanos (a través de la creación o mejoramiento del catálogo de derechos fundamentales), y b) por otro lado, realizar un diseño institucional que sirviera para expresar el modelo de división de poderes que requiere un sistema democrático.

La transición democrática ha exigido la regeneración de nuevos contenidos constitucionales como una consecuencia obvia de su propio significado: en cuanto que transición, ha requerido de una importante transferencia de poder político, y en cuanto democrática la adopción de pautas incluyentes y abiertas de distribución del poder, así como la adhesión a los principios y valores que la propia democracia conlleva.¹

Además, una reforma constitucional amplia o la expedición de una nueva constitución han terminado por significar para muchos países una forma de inaugurar simbólicamente el nacimiento del nuevo régimen democrático y la mejor garantía de su estabilidad. Las reformas constitucionales han permitido, justamente, estabilizar las nuevas relaciones de poder y precisar el papel de cada uno de los actores políticos involucrados en las transiciones democráticas. En esto América Latina no ha hecho sino seguir pautas muy semejantes a las que podemos observar en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial (Italia en 1947, Alemania en 1949 y Francia en 1958), o cuando se dejan atrás las dictaduras militares en Portugal (1976) y España (1978). La experiencia se vuelve a repetir dos décadas después con la renovación del constitucionalismo en la Europa del Este.

Desde luego, dichos procesos no se han realizado siempre en absoluta calma ni han tenido un éxito inmediato. Por el contrario, las experiencias de transiciones fallidas o incompletas no han estado ausentes en la región, como lo demuestra la reciente ola de inestabilidad que está poniendo en riesgo la supervivencia del sistema democrático en varios países cercanos.

* Ponencia presentada en el “Seminario Internacional sobre Reforma Constitucional” celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, del 15 al 17 de junio de 2005.

¹ En este sentido, Serna de la Garza, José María, *La reforma del Estado en América Latina*, México, UNAM, 1998, p. 14.

No han faltado los opositores al régimen constitucional que han intentado obstruir las reformas, tanto desde dentro como desde fuera de las instituciones públicas. La opinión pública de nuestros países, al escuchar visiones encontradas, no deja de hacerse las siguientes preguntas: ¿Qué puede aportar la reforma constitucional a la calidad de la democracia? ¿Sirven los textos constitucionales para mejorar el sistema democrático o las variables jurídicas son independientes del desarrollo democrático? ¿Podemos concebir a una democracia funcional sin contar con algunas bases mínimas de lo que significa el Estado constitucional de derecho?²

Las respuestas que se ofrecen desde la teoría constitucional y desde la ciencia política tampoco han sido homogéneas. Para algunos autores la función de los textos constitucionales en las sociedades complejas de nuestro tiempo debe reducirse a fungir como cauce para garantizar las condiciones del intercambio político o de la esfera pública de discusión (Habermas, por ejemplo),³ o para regular los procedimientos que mantengan el pluralismo político, procurando que la mayoría política que ocupa en un determinado momento el gobierno no pueda obstruir el paso a los minorías que lo podrán ocupar en el futuro (Sartori).⁴

Algunos autores ofrecen una visión más “exigente” del papel de la Constitución dentro de los Estados democráticos. Así por ejemplo, Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales (que son un elemento esencial de cualquier Estado constitucional) son algo así como la “parte sustancial” de una democracia, ya que disponen lo que el gobierno debe hacer (en el caso, por ejemplo, de los derechos sociales) o no puede hacer (en el caso de los derechos de libertad).⁵ Para este autor, “Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”.⁶

En realidad, una buena configuración de lo que en general podemos denominar Estado de derecho es indispensable para cualquier régimen democrático, pues como lo ha señalado Guillermo O’Donnell, “El Estado de derecho es un puntal de toda democracia de buena calidad”.⁷ ¿Qué le añade la regulación jurídica al pluralismo democrático? En primer lugar, estabilidad, como ya se ha mencionado. En segundo término, previsibilidad. En tercer lugar, es por medio de las reglas jurídicas recogidas en la Constitución como se delimita el lugar y el papel de cada uno de los sujetos actuantes en un contexto democrático (partidos políticos, poderes públicos, ciudadanos, medios de comunicación, etcétera).

² Para una primera aproximación al concepto de “Estado de derecho” puede verse Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM, ITAM, Siglo XXI, 2002, así como el clásico ensayo de Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Madrid, Taurus, 1991 (reimpresión).

³ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

⁴ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 1998.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2004.

⁶ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, cit., p. 24.

⁷ O’Donnell, Guillermo, “Democracia y Estado de derecho”, *Nexos*, México, número 325, enero de 2005, p. 19.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL Y REFORMA DEL ESTADO.

Las reformas constitucionales a las que se acaba de hacer referencia han tenido, como se decía, un marco de interpretación y de significado más amplio que se suele identificar con el concepto de “reforma del Estado”.

Los procesos de reforma del Estado se empiezan a dar a finales de la década de los 70, en buena medida como resultado de la llamada “crisis fiscal del Estado” y de la caída en los procesos de crecimiento económico. La crisis de los 70 se produce, en cierta medida, por el crecimiento desproporcionado del Estado (que había comenzado a darse desde las primeras décadas del siglo XX como resultado del incremento de las tareas asumidas por las diversas administraciones públicas) y por los entonces incipientes pero ya importantes procesos de globalización.⁸

Como reacción a la crisis de los años 70 se empiezan a difundir una serie de visiones teóricas que defienden el llamado “Estado mínimo”, en una suerte de intento por regresar a los tiempos del Estado decimonónico (o, mejor dicho, a su modelo imaginario), en los que las estructuras estatales tenían como cometidos casi únicos el asegurar el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad. Son los tiempos –a principios de los años 80- en que el pensamiento neoliberal domina el escenario teórico y se empieza a implantar en diversos países.

Un primer tramo de las reformas del Estado con visiones neoliberales se dirige hacia una restricción importante de las tareas y funciones del Estado, y hacia el correspondiente adelgazamiento de sus estructuras burocráticas. En la segunda mitad de la década de los 80 se llevan a cabo profundas reformas de la función regulativa del Estado sobre los mercados, se empiezan a abrir las fronteras al libre comercio y a bajar las barreras arancelarias de un buen número de países.

Durante la década de los 90 los procesos de reforma del Estado se dedican a enmendar una parte de las reformas de la década anterior, que dejaron resultados funestos en términos de crecimiento del desempleo, caída del poder adquisitivo de los salarios, desigualdad y discriminación sociales, degradación de los servicios públicos, precariedad de los sistemas de seguridad social, etcétera. Las reformas a los componentes económicos del sistema se empezaron a complementar con otro tipo de cambios, que en parte corrigieron las visiones del Estado mínimo. Se puede decir que en los 90 se lleva a cabo la “segunda generación” de reformas del Estado. De ese tipo de reformas trata, en gran medida, el presente capítulo.

Hoy en día, una vez que se ha dejado atrás, por lo menos en la mayor parte de los países de América Latina, la etapa de la “reforma estructural” —enfocada particularmente, como se acaba de apuntar, hacia los componentes del sistema económico—,⁹ a principios del siglo XXI las tareas parecen concentrarse en la búsqueda de nuevos diseños institucionales. En este punto, como ha subrayado Adam Przeworski, no se cuenta todavía con suficiente evidencia empírica para responder a todas las interrogantes.¹⁰ De hecho, un politólogo de la talla de Giovanni Sartori

⁸ Bresser Pereira, Luiz Carlos, “Reforma del Estado en los años noventa: lógica y mecanismos de control” en Carrillo Florez, Fernando (editor), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, BID, 2001, p. 111.

⁹ El análisis del impacto de la reestructuración económica en el ámbito político se encuentra, para el caso de México, en Cook, Ma. Lorena, Middlebrook, Kervin J. y Molinar Horcasitas, Juan (editores), *Las dimensiones políticas de la reestructuración económica*, México, UNAM-Cal y Arena, 1996.

¹⁰ *Democracia y mercado*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 59-60.

todavía hace unos años se preguntaba si, en las cuestiones institucionales, sabemos qué reformar y cómo vamos a hacerlo y se respondía que no.¹¹ En el mismo sentido se expresa Juan J. Linz, quien subraya el hecho de que “nos falta un estudio más sistemático y de conducta política de las implicaciones que tienen diversas instituciones para el proceso político en el que basar algunos de los debates del momento sobre reforma institucional y constitucional”.¹²

En el *Informe sobre el Desarrollo Mundial* de 1997,¹³ elaborado por el Banco Mundial, se reconoce la necesidad de contar con un Estado fuerte y eficiente para poder lograr un desarrollo social aceptable. Dicho Informe sostiene que siguen siendo muchas y muy diversas las interrogantes sobre la función del Estado, pero que hay cuatro acontecimientos recientes que las han hecho especialmente apremiantes: a) el desplome de las economías dirigidas de la antigua Unión Soviética y de Europa central y oriental; b) la crisis fiscal del Estado del bienestar en la mayoría de los países con tradición industrial; c) el importante papel desempeñado por el Estado en el “milagro” económico de algunos países de Asia oriental y d) el desmoronamiento del Estado y la multiplicación de las emergencias humanitarias en varias partes del mundo. El mismo documento agrega que “un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios -y las normas y las instituciones- que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz... el Estado es fundamental para el desarrollo económico y social”.

Este reconocimiento, salido del corazón mismo del pensamiento neoliberal que ha dominado buena parte de las políticas económicas de América Latina desde la década de los 80, refuerza las tesis de quienes mantienen que dejar la solución de los problemas sociales a la lógica inapelable del mercado es un grave error histórico y político que siempre se acaba pagando.

La búsqueda del Estado mínimo se ha dejado definitivamente atrás en los procesos de reforma del Estado. Posturas y esquemas gubernativos como los aplicados bajo los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos y de Margaret Thatcher —defensora a la vez, lo que no deja de tener cierta ironía, del libre mercado y de férreas dictaduras, como la chilena de Augusto Pinochet—, en Inglaterra ya no son frecuentes en el panorama internacional. Hoy en día casi nadie duda de la necesidad de contar con un Estado *eficiente*, ni muy grande ni muy pequeño, sino simplemente un Estado que cumpla con sus funciones irrenunciables.¹⁴

¹¹ *Ingeniería constitucional comparada*, cit., p. 12. En el mismo sentido Luiz Carlos Bresser apunta que “La dimensión política de la reforma del Estado es al mismo tiempo la más importante —ya que el Estado es el ente político por excelencia- y la menos clara...”, “Reforma del Estado en los años noventa...”, cit., p. 131.

¹² “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?” en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (compiladores), *Las crisis del presidencialismo. 1 Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 27. Ver, sin embargo, las observaciones de Josep Colomer, para quien “los estudios politológicos y la acumulación de experiencia permiten hoy en día un cálculo más certero acerca de los beneficios que cabe esperar razonablemente de las diferentes fórmulas institucionales. Asimismo, la imitación o el contagio de los cambios en países con similares características políticas, económicas y culturales se apoya en la observación de los consiguientes efectos deseables”, *Reflexiones sobre la reforma política en México*, Documento de Trabajo número 141, División de Estudios Políticos, CIDE, México, 2001, p. 15.

¹³ *Informe sobre desarrollo mundial. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, Banco Mundial, 1997.

¹⁴ Anaya, Alejandro y Carbonell, Miguel, “Gobernar el pluralismo. Gobernabilidad y tercera vía en México” en Varios autores, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IJJ-UNAM, 2000, pp. 35-52.

Una de las cuestiones previas que habría que dilucidar tiene que ver con la amplitud de la agenda temática de lo que podría llamarse la “segunda generación de reformas” dentro del proceso de modernización del Estado. Algunos autores, como Giovanni Sartori o Antonio Camou, sugieren que la agenda debe ser lo más breve posible, a fin de permitir consolidar primero los cambios indispensables y no detener por completo el proceso.¹⁵ Una agenda mínima, sugerirían. Desde un punto de vista teórico se podrá o no estar de acuerdo con esos puntos de vista, pero lo cierto es que cualquier observador de la realidad latinoamericana reciente podrá constatar una sobrecarga del debate público, ya sea por a) el gran número de cuestiones pendientes de resolver; b) la incapacidad de los principales actores políticos para alcanzar acuerdos mínimos sobre un número relevante de temas; y c) la presión de grupos de diversa índole (mediáticos, empresariales, corporaciones obreras, etcétera) que buscan preservar viejos beneficios o continuar disfrutando de regímenes de excepción.

III. EL CONTENIDO DE LA REFORMA Y EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN

1. ¿Para qué sirven las Constituciones?

El significado mismo que pueda darse desde la lógica del Estado constitucional a las necesidades que surgen en un proceso de transición democrática depende del papel y el lugar que le asignemos a la propia Constitución.

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico. Los ordenamientos jurídicos modernos son muy complejos y las fuentes que, dentro de ellos, pueden crear validamente normas jurídicas son múltiples.¹⁶ Por ello, hoy la Constitución ya no es el centro que hace que el resto de las normas pasen por su tamiz para ser válidas, sino que se ha convertido simplemente en el marco de referencia dentro del cual pueden tener expresión las diversas opciones políticas y/o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa.

Como ha escrito Gustavo Zagrebelsky, se trata del nuevo modelo de Constituciones *abiertas*,¹⁷ que son aquellas “constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”.¹⁸

¹⁵ Camou, Antonio, “Partidos políticos y gobernabilidad democrática en el México del postajuste” en Labastida Martín del Campo, Julio y Camou, Antonio (coordinadores), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, UNAM, Siglo XXI, 2001; Sartori, Giovanni en la segunda edición de su obra ya citada *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 2001.

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, UTET, 1993.

¹⁷ Sobre la noción de apertura constitucional y de “Constitución abierta” se puede consultar Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, UCM, 1993 y Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004, cap. VII.

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

¿Se debilita con ello la normatividad constitucional? Creo que no. Todo lo contrario. Que la Constitución no pre-determine ni los resultados de la contienda política (tanto la que tiene lugar en los procesos electorales, como la que se desarrolla en los parlamentos o cámaras legislativas), ni los espacios y contenidos normativos que van a integrar el resto del ordenamiento jurídico, no quiere decir que la Constitución deje de ser el documento supremo del sistema y la condición de validez de todas las normas que lo integran. Significa, eso sí, que dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la Constitución debe dejar un espacio a la *política constitucional*.

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (Sentencia 11/1981), de modo que “la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (sentencia 174/1989), todo ello en uso de la “libertad de conformación” del propio poder legislativo (sentencia 37/1988).

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la Segunda Posguerra Mundial. Justamente, esos mismos Estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el poder legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción.

El modelo de Constitución contemporánea, con todo y su apertura, se significa por guardar una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.¹⁹ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.²⁰ Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.²¹

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

- A) Una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el pro-

¹⁹ La “constitucionalización del ordenamiento”, señala Louis Favoreau, es un fenómeno reciente, poco estudiado y a menudo fuente de confusión y malentendidos, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 37.

²⁰ *Estudios de teoría constitucional*, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2001, p. 153.

²¹ *Idem*, p. 154.

- cedimiento de revisión constitucional.²² En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.
- B) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera).²³
- C) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y que obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar a las relativas a los derechos sociales) o los principios.²⁴ El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción políticas o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.
- D) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general)²⁵ no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos,²⁶ se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, no explícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y político, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”.²⁷

²² *Idem*, p. 155.

²³ *Idem*, pp. 155-157.

²⁴ *Idem*, pp. 157-158.

²⁵ Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

²⁶ Ver por ejemplo sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004.

²⁷ *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159-160.

- E) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio.²⁸ Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.²⁹ En México, sin embargo, ambos aspectos todavía no han sido ni analizados teóricamente ni desarrollados en las sentencias de nuestros jueces.
- F) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley.³⁰ La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2 opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere éste último.³¹
- G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se ha llamado las “*political questions*”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.³²

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

²⁸ Obviamente, en aquellos países en los que exista un control “concentrado” de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

²⁹ *Idem*, pp. 160-161.

³⁰ *Idem*, p. 160.

³¹ Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

³² *Idem*, pp. 163-164.

2. ¿Qué debe contener una buena reforma constitucional?

Ahora bien, ¿qué es lo que se ha incluido en las constituciones que ya existían o en las que se han expedido en los últimos años y cuáles han sido las metas de quienes han diseñado tales reformas? A riesgo de simplificar, puesto que cada realidad nacional es distinta, creo que podemos sostener que los grandes objetivos de la reforma constitucional en América Latina han sido los siguientes:

- A) Regular de mejor forma los derechos fundamentales; enunciando de manera más adecuada algunos derechos que ya existen e incorporando otros que, siendo de la mayor relevancia, no aparecen en todos los textos constitucionales. Pensemos por ejemplo en el derecho de acceso a la información pública gubernamental, el derecho a la intimidad individual y familiar, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, etcétera. A mediano plazo incluso tendremos que considerar la posible inclusión del derecho al agua, el derecho a la alimentación³³ y el derecho a la renta básica.³⁴ El mejor parámetro, el más inmediato y obvio, para proceder a reformar nuestros textos constitucionales, debe ser el derecho internacional de los derechos humanos y, concretamente, los tratados internacionales en la materia, así como el llamado “derecho derivado”, que incluye por ejemplo las importantes “observaciones generales” que emiten diversos organismos internacionales.³⁵
- B) Rediseñar la relación entre los poderes y los niveles de gobierno, de forma que creemos incentivos para la *cooperación* y no solamente para el enfrentamiento entre poderes. Para lograrlo se pueden crear mecanismos como la reconducción presupuestal o las iniciativas de urgencia (que deben ser discutidas por el poder legislativo en un plazo perentorio).
- C) Contar con un adecuado sistema de distribución geográfica del poder, creando o recreando sistemas federales o regionales (o haciendo reales y efectivos tales sistemas si es que ya existían con anterioridad). Con respecto al diseño del sistema federal, habría que ponderar la necesidad de avanzar desde el actual “federalismo cooperativo” (copiado, en lo fundamental, de Alemania) hacia un federalismo *asimétrico* (como el que, bajo otra denominación, se observa en España en las relaciones entre el Estado central y las comunidades autónomas), en el que las facultades de los poderes locales

³³ Sobre los derechos a la alimentación y al agua, Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Porrúa, 2005, pp. 947-971.

³⁴ Sobre el derecho a la renta básica, Raventós, Daniel, *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999; Raventós, Daniel (coordinador), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001; Raventós, Daniel, “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, número 106, Madrid, octubre de 2000; Raventós, Daniel y Noguera, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, número 120, Madrid, marzo de 2002; Lo Vuolo, Rubén, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano” en *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995; Lo Vuolo, Rubén, “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, número 19, Madrid, julio de 2002; Carbonell, Miguel, “Renta básica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 285 y ss.

³⁵ Para un amplio panorama de la materia, Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002. Los textos normativos más relevantes pueden consultarse en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa, CNDH, 2003, 2 tomos.

estuvieran determinadas por su capacidad económica y por su fortaleza administrativa.

- D) Disponer de mejores instrumentos de *control de constitucionalidad*. Los conceptos clave en este aspecto son, al menos tres: independencia de la judicatura encargada de ejercer la jurisdicción constitucional, esquemas de legitimación suficientemente abiertos para permitir que los tribunales conozcan sin trabas de las impugnaciones por violación de la normativa constitucional y efectos de las sentencias de los tribunales constitucionales.
- E) Prever mecanismos que mejoren la deliberación pública en varios niveles e instancias; por ejemplo a través de la legitimación activa ampliada para los procedimientos de control de constitucionalidad, o por medio del reconocimiento de la figura de los *amici curiae* para aportar argumentos adicionales a los de las partes en procedimientos judiciales que tengan gran repercusión social.³⁶ Desde luego, también mejora la calidad de la deliberación pública democrática un ordenamiento constitucional que recoja instrumentos de democracia semi-directa, como por ejemplo los presupuestos participativos, sin excluir desde luego las figuras más conocidas en este tema como el referéndum o el plebiscito.

IV. LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir no es muy difícil poder concluir que los límites a la reforma constitucional han sido y seguirán siendo en el futuro inmediato los mismos que afectan de lleno a la instauración y consolidación de la democracia. La lista que se podría confeccionar sobre los límites a la democracia en América Latina seguramente es muy larga. Quizá sirvan como una breve guía para ulteriores consideraciones los siguientes aspectos:

- a) Un primer límite a la eficacia de la reforma constitucional tiene que ver con la posibilidad de las estructuras estatales de abarcar todo el territorio con su autoridad. Aunque el caso que mejor ejemplifica esta limitación es el de Colombia, lo cierto es que en casi todos los países de la región hay zonas donde sigue prevaleciendo la ley del más fuerte en ausencia de una autoridad pública que pueda aplicar las normas jurídicas, comenzando por las propias constituciones. Algunos autores han utilizado el concepto de “Estado de excepción encubierto” o “Estado de emergencia tácito” para explicar la guerra de baja intensidad que se libra en partes del territorio de algunos países.³⁷ En México, por ejemplo, la guerra contra el narcotráfico ha sacado de la aplicación del Estado de derecho a ciudades enteras, sobre todo en el norte del país. Pero lo mismo pasa en Bolivia y en Perú, donde con el pretexto de la persecución de la criminalidad organizada, la policía y el ejército ha cometido grandes abusos, la mayor parte de los cuales ha quedado impune.

³⁶ Una explicación de esta figura puede verse en Bazán, Víctor, “El *amici curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, México, enero-junio de 2005, pp. 29 y ss.

³⁷ Ver la crítica de Sousa Santos, Boaventura de, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta-ILSA, 2005, pp. 339 y ss.

El advenimiento de la democracia no ha significado, por sí mismo, que se cumpla en cada rincón del territorio de nuestros Estados con lo que establece la ley; por el contrario, en aspectos relacionados con el Estado de derecho hay muchas cosas que parecen no haber cambiado nada o muy poco. Para decirlo en pocas palabras, por un lado tenemos el problema de la delincuencia, creciente e impune, en los grandes núcleos de población. En el ámbito rural, por el contrario, lo que encontramos es el ejercicio cotidiano de violencia ilegal, como consecuencia de que el Estado no ha logrado hacerse con el monopolio de la fuerza.³⁸

- b) Un segundo límite se encuentra en la persistencia de la corrupción en muchos de nuestros Estados. Aquí, lamentablemente, el peor ejemplo —aunque no el único, desde luego— quizá sea México. Según los datos del Latinobarómetro del 2004 la percepción de los habitantes mexicanos acerca de la posibilidad de sobornar a un juez o a un policía eran la más alta de todo el sub-continente.³⁹
- c) Un tercer límite a las reformas constitucionales tiene que ver con la debilidad de la cultura constitucional de los habitantes. Aunque las cifras pueden ser muy variables, los estudios existentes demuestran que hay un severo y muy significativo desconocimiento de los mandatos constitucionales.⁴⁰ La gente y las autoridades en general desconocen lo que contiene la Constitución y, en consecuencia, no están en capacidad de aplicarla o respetarla en su vida cotidiana. Por citar el ejemplo mexicano, tenemos que, de acuerdo con los datos de la “Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas”, levantada a finales de 2001,⁴¹ a la pregunta “¿Qué tanto conoce los derechos de los mexicanos establecidos en la Constitución?”, el 60% de los encuestados respondió que “poco” y el 35% que “nada”; es decir, el 95% de los encuestados dijo conocer poco o nada sus derechos constitucionales; solamente el 4.5% dijo conocer “mucho” sus derechos.

La implicación de grandes sectores de la población en la lucha por sus derechos, la movilización social a su favor es una condición necesaria —aunque no suficiente, como se ha encargado de demostrar la historia de los últimos años— para que esos derechos salgan de los textos constitucionales y los tratados académicos y se materialicen en nuestra experiencia cotidiana. La implicación popular es indispensable para evitar también la manipulación fraudulenta en contra de los derechos, a la que con cierta frecuencia han acudido nuestros políticos para quitarse de encima su falta de ideas o su palmaria incapacidad de resolver los problemas sociales respetando las reglas del Estado de derecho. Como sostenía el juez de la Corte Suprema de los Estados Uni-

³⁸ Sobre el tema, Plant, Roger, “El imperio de la ley y los desfavorecidos en América Latina: una perspectiva rural” en Méndez, Juan E. y otros (compiladores), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 93 y ss.

³⁹ Los datos pueden consultarse en www.latinobarometro.org En toda la región solamente hay dos países en los que más de la mitad de las personas cree que es posible sobornar a un juez: México con el 58% y Paraguay con el 55%. En sentido contrario, la percepción más baja al respecto se produce en Chile con el 20% y en El Salvador con el 22%.

⁴⁰ Ver los siguientes trabajos colectivos que se refieren a México y Argentina, respectivamente: *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, 2004 y *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM, 2005.

⁴¹ Un resumen de la misma se encuentra en la revista *Este País. Tendencia y Opiniones*, número 137, México, agosto de 2002.

dos, Louis Brandeis, “un pueblo inerte es la mayor amenaza para la libertad”; a esa inercia se le vence con un debate público abierto y bien nutrido, el cual, según el propio Brandeis, “es un deber político”.⁴²

No ayudan mucho, en este sentido, los medios de comunicación, que en general permanecen atrincherados en la defensa de sus intereses comerciales y en el logro a toda costa de mayores niveles de audiencia, sin importarles la calidad de los contenidos que transmiten ni la falta de apego al régimen democrático que manifiestan.

- d) Por último, quizá pueda señalarse como un límite adicional a las reformas constitucionales el bajo nivel de satisfacción que se tiene con respecto al funcionamiento de la democracia. Luego de algunos años de transición, la gente parece exigir resultados a corto plazo, sobre todo en el terreno económico. Al no darse un incremento sensible en su bienestar, suele haber un descontento ciudadano que, en un caso extremo, puede conllevar la simpatía hacia un retorno autoritario.

Según los datos del Latinobarómetro 2004, a partir de 1996 la satisfacción con el funcionamiento de la democracia ha sufrido fuertes retrocesos en países como Perú, Ecuador, Paraguay y Bolivia. Se ha incrementado ligeramente (entre un 8 y un 14 por ciento) en países como Panamá, Brasil, Honduras, Venezuela, Colombia y Chile. Esta falta de satisfacción se demuestra muy crudamente cuando se le pregunta a los habitantes de la región si consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno.

De acuerdo con la misma encuesta, los más convencidos de las bondades de la democracia viven en Costa Rica, donde el 48% está a favor de esa forma de gobierno sobre cualquier otra. Existen altos niveles de aceptación democrática en Uruguay (45%), Venezuela (42%) y Chile (40%). Por el contrario, la menor adhesión ciudadana al régimen democrático se produce en Perú (7%), pero le siguen muy de cerca Paraguay (13%), Ecuador (14%), Bolivia (16%) y México (17%).⁴³

Pese a estos datos, tan preocupantes, lo cierto es que la mayor parte de la población de América Latina considera que un gobierno militar no podría solucionar mejor los problemas que uno democrático, aunque también en esto las cifras son muy variables. Consideran más eficaz y mejor a un gobierno democrático sobre uno militar el 85% de los encuestados en Costa Rica, el 73% en Uruguay y el 71% en Panamá, pero solamente el 41% en Paraguay, y el 47% en Perú y Honduras. En lo que parece haber mayor consenso es en la necesidad de “aplicar más mano dura” en el país: están de acuerdo con esto el 85% de los paraguayos y el 78% de los guatemaltecos y salvadoreños. Pero solamente están de acuerdo con esa opción el 32% de los uruguayos y el 43% de los brasileños. Se trata, pese a todo, de un dato inquietante, pues demuestra que hay un segmento de la población que podría sentirse atraído por una opción de “endurecimiento” del ejercicio del poder estatal, lo que podría tener consecuencias nefastas en el desarrollo democrático de alguna nación.

⁴² Ver su voto concurrente en *Whitney vs. California* de 1927.

⁴³ El análisis de estas cifras debe tomar en consideración, sin embargo, que suelen ser muy volátiles. Así por ejemplo, la adhesión a la democracia en México era del 45% en 1997 (año en el que el PRI pierde la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados) y todavía del 36% en el 2000 (cuando el PRI pierde la Presidencia de la República), pero desciende hasta un 26% en 2001 y hasta el 17% en 2002 y 2004.