

# Constitucionalismo democrático: desafíos y perspectivas

ANNA MASTROMARINO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO. II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. III. CRISIS DEL MODELO. IV. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN.

## I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

El derecho constitucional nos ha enseñado que las constituciones más que un documento normativo constituyen el ADN de un ordenamiento. Es en las constituciones donde se define el perfil del sistema, pero también las particularidades de su carácter. Por eso consideramos las constituciones cuerpo y alma de un país.

En primer lugar, esto quiere decir que es en la constitución donde hay que buscar y encontrar los valores que forjan, o tendrían que forjar, las políticas del sistema, sea cual sea la mayoría política de ese momento; y significa también que son esos mismos valores los que entran en juego al encasillar aquel sistema dentro una determinada doctrina del Estado, afectando a todo el ordenamiento.

Así concebida la constitución no necesariamente tiene que concretarse en una carta escrita. Lo que vamos diciendo, efectivamente, conlleva que la esencia de una constitución no reposa en su texto escrito, sino, más bien, en sus valores y principios y en la idea de Estado a la que adhiere.

De esto se deduce que más que clasificar los sistemas según tengan o no una constitución escrita, hoy en día, la diferencia entre constituciones se juega a partir de valores en los que se fundan, es decir, a partir de la doctrina y la forma de Estado que condiciona las instituciones. Lo expuesto nos ayuda a entender el vínculo que une las constitu-

<sup>1</sup> Profesora Titular en Derecho Público Comparado en la Università di Torino.

ciones liberales al constitucionalismo democrático, entendido como vocación de un sistema a la limitación de los poderes de gobierno a través del derecho y al reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales<sup>2</sup>.

Nos podemos encontrar, entonces, con ordenamientos que adhieren a los principios pilares del constitucionalismo democrático sin contar con una constitución escrita, así como tenemos que registrar la existencia de países que, aunque hayan redactado un texto constitucional, no otorgan garantías que conciernen la salvaguardia de los derechos fundamentales o la limitación de poder.

Esta perspectiva nos lleva a considerar bajo otro enfoque la relación entre constitucionalismo y constitución, habida cuenta de que si el primero es el lugar ideológico en que se manifiesta la forma de Estado de los sistemas liberales contemporáneos, la segunda, en aquellos mismos sistemas, se ha convertido en el instrumento jurídico a través del cual esa ideología puede tomar forma y se puede practicar de manera concreta.

Claro es que lo que vamos diciendo supone tomar en cuenta una determinada idea de constitucionalismo, que sería ese constitucionalismo que definimos como democrático<sup>3</sup>, que se ha ido forjando a

<sup>2</sup> Véase: M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, Laterza, 2009; N. Matteucci, *Costituzionalismo*, en N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004; C.H. Mc Hilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, (1947), Trad. it., Venezia, Neri Pozza, 1956; C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn and Company, 1950.

<sup>3</sup> En este sentido: A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, en G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, 328 ss.; A. Di Giovine, A. Mastroianni, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, en R. Tomiatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisprudenza ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, Cedam, 2011, en particular 17 e s. donde se subraya que la peculiaridad del constitucionalismo democrático yace en el hecho que: «la limitazione non proviene da un principio diverso da quello che legittima il potere, ma dallo stesso principio, quello democratico, incarnato al massimo livello dalla Costituzione: e cioè all'interno della Costituzione che il principio democratico, per così dire, si sdoppia nella versione maggioritario-rappresentativa dell'esercizio del potere e in quella garantistica della limitazione del potere». El sentido profundo de las

partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de las atrocidades que han herido profundamente Europa, pero no tan solo este continente.

Efectivamente, la palabra “constitucionalismo” no otorga un contenido semántico unívoco. Todo lo contrario. Nos encontramos frente a un término a cuya incertidumbre semántica se agregan cambios de significado debidos a la evolución histórica, pero también a las diferentes experiencias geográficas.

Por eso podemos afirmar, sin duda, que la idea de constitucionalismo que va formándose sobre las barricadas francesas en poco se parece al significado con que el término entra en la historia norteamericana a través de la revolución para la independencia de las colonias. Y sin duda ni la experiencia francesa ni aquella estadounidense, coinciden con la sucesiva evolución que el término tuvo en la segunda postguerra.

Para los revolucionarios franceses hablar de constitución y de constitucionalismo, en primer lugar, significó dotar al Estado de unas herramientas contra la desigualdad y trazar el camino para garantizar un trato igualitario a todos los ciudadanos; por otra parte, en los Estados Unidos el objetivo fundamental de la revolución era la independencia de la madre patria, lo que no necesariamente llevaba consigo la necesidad de volcar el orden anterior, mas bien todo lo contrario: guardar las reglas y la jerarquía que para ese entonces caracterizaban la sociedad se convierte en una tarea fundamental para conseguir los propósitos revolucionarios, que tienen más que ver con el desarrollo económico e institucional de las ex-colonias inglesas, que con los desafíos de las desigualdades sociales.

No es un caso si para ese entonces el tema de la abolición de la esclavitud no toma centralidad en el debate y solo años después conquistará un espacio. En el constitucionalismo norteamericano el principio de igualdad se expresa más bien a través del concepto de equidad: todos tienen derecho a un trato equitativo y justo, pero nadie tiene derecho

democracias constitucionales, por lo tanto, se encuentra en la «combinazione di sovranità popolare e garanzia dei diritti, determinazione dell'indirizzo politico affidata al principio democratico e tutela della "tirannide della maggioranza" di competenza della giurisprudizione». Véase E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 33.

a imaginarse “igual” que otros. Nos recuerda Maurizio Fioravanti que según la idea de los revolucionarios «*Se ciò dovesse accadere, la misura sarebbe superata. L'uguaglianza senza differenze si avverebbe in quello stesso momento a divenire estrema, perdendo irrimediabilmente il suo fondamento equitativo. La Costituzione sarebbe gravemente minacciata. E all'orizzonte si staglierebbe in modo sempre più nitido la figura del despota, non importa se monarchico o democratico*».<sup>4</sup>

Finalmente, la idea francesa de igualdad y de no discriminación no coincide con la norteamericana, porque se funda en presupuestos diferentes: el quebramiento del equilibrio vinculado al status quo, de un lado; su salvaguardia por el otro lado. A partir de lo que vamos diciendo se deduce que hubo un tiempo en que conceptos como constitución, democracia, igualdad y paridad de trato no se podían atribuir a la misma fuente cultural y sin duda no tenían el mismo contenido semántico con el que hoy les utilizamos.

Efectivamente, la idea que dentro de un contexto democrático se pueda encontrar el principio de igualdad en su máxima expresión empuja a profundizarse en nuestra cultura política más bien a partir de la segunda mitad del siglo XX y tan solo porque se van trazando unas líneas teóricas que permiten conciliar el concepto de democracia con aquel principio. Mientras que la democracia se identifica tan solo con el proceso puro de expresión de la voluntad popular, sin racionalidad, y la igualdad quiere decir anulación de cualquier diferencia a pesar del carácter en esencia plural del cuerpo social, a los dos términos les cuesta ajustarse dentro de una misma fórmula constitucional capaz de otorgar un marco institucional estable y garantías de amparo y efectividad de los derechos a largo plazo.

El radicalismo que alimenta la revolución francesa y empuja a sus teóricos fascina, pero al mismo tiempo genera temor por su fuerza devastadora: la revolución no podía ser solo expresión de una voluntad momentánea, manifestación del deseo de arrastrar el orden anterior, si no más bien tenía que representar la ocasión para generar un nuevo equilibrio social más justo, pero también estable.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 114.

<sup>5</sup> Se pregunta M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 116: «*Si era davvero sicuri di essere all'inizio di un nuovo ordine, o non si stava forse distruggendo il vecchio*

Se entiende por qué por mucho tiempo hubo cierto recelo hacia las ideas revolucionarias radicales, que profesaban ideales como la igualdad y la expresión de la voluntad general. Ya hemos subrayado el diferente marco ideológico en el que fue desarrollándose la independencia norteamericana; en este sentido, a lo que vamos diciendo podemos agregar la oposición manifiesta de los regímenes europeos y la admiraición, unida a la desconfianza, con la que los padres del constitucionalismo de la región latinoamericana recibieron la experiencia francesa. La alianza entre conservadores y liberales que vino reformándose en casi toda América Latina en la segunda mitad del siglo XIX otorgó espacio a lo que suele llamarse “constitucionalismo de fusión”, marcado por un fuerte rechazo a la tradición política radical o republicana asociada a «decisiones irracionales, y conscientes excesos» y a la voluntad de «poner fin de una vez por todas al discurso democratista de origen francés»<sup>6</sup> en pos de una fórmula constitucional capaz de salvaguardar el orden social y por lo tanto la estabilidad de gobierno.

No hay duda de que en estos primeros enfrentamientos ideológicos ya acechan todas esas tensiones que todavía caracterizan el debate político y académico acerca de la relación entre la democracia representativa y la democracia directa. Un debate que está lejos de quedar cerrado y que, si es posible, se ha ido haciendo más intenso en los últimos años frente a una grave crisis del sistema parlamentario y de la difusión de la red.

## II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Justamente la transición del Estado de derecho al Estado de derecho constitucional marca la recomposición de la distancia entre democracia, igualdad y constitución en la medida en que la constitución cesa de ser un documento cualquiera de expresión de la voluntad popular para convertirse en el documento que funda el sistema, al ampa-

*senza una prospettiva precisa, e magari con il rischio di cadere in una situazione di guerra civile, di bellum omnium contra omnes, come nella nota formulazione di Hobbes?».*

<sup>6</sup> Cf. R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Mostoles, Katz, 2014, 59

ro de los cambios políticos y legislativos y por lo tanto fundado en la idea que la sociedad representa esencialmente un cuerpo plural: es la pluralidad que garantiza la existencia de una minoría y de la mayoría, es decir que es el pluralismo que garantiza la alternancia de opiniones y por lo tanto asegura la democracia misma.

Al mismo tiempo la preeminencia de la constitución fundada sobre el pluralismo asenta la salvaguarda de los derechos fundamentales y por lo tanto la expresión de la identidad de los ciudadanos independientemente de sus rasgos, orígenes y características. El trato igualitario ya no se garantiza en virtud de la ausencia de diferencias, si no a pesar de ellas, lo cual llevará a un progresivo crecimiento del papel desempeñado por el poder judicial y de la jurisprudencia constitucional en particular: diferenciar ya no significa favorecer y por lo tanto vulnerar el principio de igualdad. En el contexto del constitucionalismo democrático diferenciar quiere decir no discriminar tratando casos iguales de la misma manera y casos diferentes de forma diferente.

A partir de esta perspectiva se impone definitivamente la idea que la esencia del constitucionalismo tiene su base en la limitación del poder como condición previa para la salvaguarda de los derechos y del pluralismo, es decir, de la dignidad humana: limitación que se refiere tanto al poder adquirido por un hombre solo, así como al poder ejercido por el pueblo en forma extrema, en un delirio de libertad<sup>7</sup>.

Son dos los instrumentos empleados por parte de las constituciones, que se convierten en verdaderas herramientas de equilibrio, para asegurar el alcance de estos objetivos: el principio de la separación de poderes y la técnica de balance entre ellos.

No cabe duda de que hoy el modelo del constitucionalismo democrático ejerce una enorme *vis* atractiva.

Lo demuestra su expansión; lo evidencia el hecho de que los elementos fundamentales del paradigma del constitucionalismo democrático se han convertido en factores imprescindibles para hablar de constitucionalismo en las democracias contemporáneas; lo revela también (en consecuencia de lo dicho) el hecho que la misma idea de democracia se ha vuelto inconcebible fuera del marco del constitu-

cionalismo democrático, esto es, prescindiendo de garantías como la limitación del poder o la salvaguarda de las minorías.

A partir de lo que se va afirmando, no sorprende, por lo tanto, la ambigüedad creciente que ha ido caracterizando la relación entre constitucionalismo y democracia, dos términos que hoy son empleados casi como sinónimos, hasta el punto que, por ejemplo, nos olvidamos que cuando se habla de la importancia de "exportar la democracia", lo que se pretende obtener es el desarrollo de sistemas que garantizan un cierto modelo de vida democrática fundada en los preceptos del constitucionalismo democrático y no el simple enraizamiento de una fórmula generalmente democrática en la toma de decisiones.

No todas las manifestaciones de constitucionalismo pertenecen al *genus* del constitucionalismo democrático; no todas las experiencias democráticas se concretan en modelos de constitucionalismo. Y esto a pesar de las simplificaciones a las que ciertos conceptos están sometidos en el hablar cotidiano.

El caso de América latina y del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano me parece emblemático en este sentido<sup>8</sup>.

A pesar de la expansión de la lista de los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en las constituciones que pertenecen a esta categoría considerada novedosa y de los previstos instrumentos de participación activa de los ciudadanos, estos cambios no han sido acompañados por adecuadas transformaciones en lo que concierne a otros ámbitos como la organización política, en particular en tema de separación de poderes y su balance<sup>9</sup>.

En consecuencia los adelantos obtenidos por un lado han sido desperdiciados o por lo menos no han sido aprovechados del todo en una óptica de sistema<sup>10</sup>. Las transformaciones en materia de derechos y

<sup>8</sup> R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en R. Viciano Pastor, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 11 ss.

<sup>9</sup> Es la tesis en la que se funda el trabajo de R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit. y que compartimos.

<sup>10</sup> Desde un punto de vista crítico, entre muchos, ver: P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en L.R. González Pérez, D. Valadés (coord.), *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a*

<sup>7</sup> Así M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 115.

participación, como vamos diciendo, han chocado con la inmovilidad del sistema de gobierno de algunos sistemas, así que la mayoría de los países suramericanos generalmente han visto sus avances constitucionales atenuados por haber quedado cerrados en un *hiperpresidencialismo* que no deja espacio de manobra a las minorías, rechaza la limitación del poder y, por lo tanto, se resiste y desactiva cualquier cambio que pueda afectar al poder del jefe de Estado.

Esta manera de ejercer el poder quizás no se coloca de forma evidente fuera del marco democrático: al fin y al cabo el presidente toma su legitimidad a partir de una elección directa del pueblo al que se dirige, sintiéndose con derecho a hacerlo, pidiendo confianza absoluta. Sin embargo, en su esencia, esta relación entre gobierno y gobernados termina con ser incompatible con los fundamentos del constitucionalismo democrático cuando se convierte en una relación de naturaleza plebiscitaria que pretende prescindir de los órganos representativos y de los cuerpos intermedios donde se expresa el pluralismo del cuerpo electoral y que quiere neutralizar sus naturales diferencias dirigiéndose al pueblo como si fuera una entidad uniforme y homogénea<sup>11</sup>.

No es este el lugar más apropiado para profundizar el análisis del proceso de desarrollo del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”<sup>12</sup>. Lo que hemos querido subrayar en estas breves referen-

Jorge Carpizo, Ciudad de México, CulturaUnam, 2013, 345 ss. L.J. Gladstone, *Os limites no novo constitucionalismo latino-americano diante de uma conjuntura de retrocessos*, en *Revista sobre acesso à justiça e direitos nas américas*, 2017, recuerda que sin duda el «novo constitucionalismo latino-americano passa para uma etapa de resistência». Se hace, cada día, más evidente la tensión entre los desafíos constitucionales que el nuevo constitucionalismo latinoamericano lleva consigo y la falta de una cultura democrática a la altura de las expectativas. Bajo la perspectiva del caso brasileño, véase L.G. Arcaro Conci, *O Constitucionalismo brasileiro como do constitucionalismo latino-americano contemporâneo: algumas reflexões sobre os últimos 40 anos*, en *Revista de Direito UFMS*, vol. 4, n. 1, 2018, 209 ss.

11 G. Salmorán, *Bolivia, Ecuador y Venezuela: un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autoocacias plebicitarias?*, en *D&Q*, 16/2, 2016, 1 ss.

12 P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en L.R. Gonzalez Pérez, D. Valadés (eds), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2013, 345 ss.

cias, recordando el caso suramericano, es que si por un lado la *vis expansiva* del constitucionalismo democrático supera las conocidas fronteras geo-políticas del derecho constitucional, por el otro lado va creciendo también el nivel de ambigüedad en la que el concepto de constitucionalismo democrático resulta condenado, como consecuencia de su utilización generalizada, a pesar de fenómenos históricos, geográficos y sociales muy diferentes.

Y esto no sucede sin efectos: el perfil de su esencia va perdiendo enfoque y entretanto va disminuyendo la capacidad del constitucionalismo democrático de transformar las constituciones en espacios de “liberación” y no tan solo “de libertad”, manifestando su voluntad emancipadora respecto a la condición humana<sup>13</sup>. Es a partir de esta situación que se genera un estado de creciente debilidad del modelo, en su cuna europea también, acentuada por una condición de crisis estructural debida a algunos elementos que determinan una situación de estrés permanente del modelo.

### III. CRISIS DEL MODELO

En primer lugar, hay que reconocer que después de años de difícil coexistencia algunos efectos nefastos de la globalización se están manifestando con toda su fuerza, afectando profundamente las perspectivas del constitucionalismo democrático. En particular, si este último pretende, a través del derecho y, sobre todo, de las normas constitucionales, asegurar la existencia de un espacio de protección y de garantía de los ciudadanos frente a todos los poderes. Sea cual sea su naturaleza, la globalización rema en la dirección opuesta: antes baraja las cartas, transformando el contexto y neutralizando cualquier punto de referencia; luego arrastra a un espacio extra-estatal todas aquellas actividades que tradicionalmente están reguladas a nivel nacional y anula los efectos de las legislaciones correspondientes dejando a los ciudadanos prácticamente desamparados.

13 Cfr. A. Baldassare, *Diritti sociali*, en *Enc giur. Treccani*, Roma, 1989, 6 ss.; A. Di Giovine, *Diritto costituzionale comparato: lineamenti introduttivi*, en A. Di Giovine, A. Algosino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Le Monnier, 2017, 17 ss.

Efectivamente, hoy en ámbitos como el mercado del trabajo, la seguridad social, la protección del medio ambiente, la regulación del acceso a la red... la disciplina a nivel estatal se demuestra insuficiente, mientras todavía carece del todo una regulación a nivel supranacional eficaz y capaz de otorgar protección frente a los intereses económicos en juego.

No cabe la menor duda de que la globalización ha ido transformando progresivamente la naturaleza del vínculo entre economía y política.

Si hubo un tiempo en el que hemos imaginado posible someter el interés económico del síngulo, al interés general de todos a través de la política y del derecho, hoy resulta difícil no admitir que el poder de decisión de los órganos políticos al fin y al cabo resulta limitado y reducido por parte de poderes económicos cuyo ámbito de acción sobrepasa las fronteras nacionales, quedando sustancialmente libre de vínculos normativos a nivel estatal<sup>14</sup>.

Este panorama se complica cuando analizamos las transformaciones a las que la dinámica democrática ha sido sometida, revelando la progresiva pérdida de peso de las asambleas representativas en los procesos de decisiones.

Efectivamente, por el papel que son llamadas a jugar, sobre todo en el caso de la forma de gobierno parlamentaria (pero no tan solo en el modelo parlamentario), las asambleas representativas constituyen el laboratorio donde valores como pluralismo, protección de las minorías o salvaguardia de los derechos frente al poder toman forma y concretan la idea de Estado propia del constitucionalismo democrático: esto significa que la crisis del sistema parlamentario termina por agravar inevitablemente la crisis del modelo del constitucionalismo democrático.

Desde hace años asistimos al desarrollo de un proceso de personificación de la política, al fin de favorecer prácticas propias del decisionismo consideradas más adecuadas al contexto actual, donde la velocidad se ha convertido en el común denominador de las relaciones humanas. Esta perspectiva ha conllevado a un cambio en los equilibrios entre los poderes del Estado, incluso en el modelo parlamentario donde

las asambleas representativas han visto progresivamente reducido su propio espacio de manobra, por ejemplo comprimiendo el tiempo dedicado al debate que precede la decisión y favoreciendo el momento del voto respecto al momento del enfrentamiento entre las fuerzas políticas. Pero hay algo más.

Es cierto que hace muchos años el parlamento ha empezado a perder la competencia del poder ejecutivo, que, mientras iba sobreponiéndose al parlamento, ha sufrido también a la vez la "presidencialización" de sus dinámicas provocando una verticalización de los procesos de decisión, según una tendencia que ha ido desarrollándose en todas las democracias liberales contemporáneas<sup>15</sup>.

Pero en los últimos años, si es posible, el contexto que se refiere al balance entre poderes del Estado ha ido enredándose aún más.

Atento a la incapacidad del parlamento de abordar una situación de creciente desigualdad y de enfrentarse a los desafíos que la globalización ha llevado consigo, se ha ido fortaleciendo la idea del definitivo fracaso de su misión política y la convicción que el lugar más adecuado para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos es el poder judicial.

Donde el parlamento no puede o no llega a otorgar amparo, intervienen los jueces reconociendo garantías a pesar de la existencia de una legislación explícita sobre el tema, practicando una interpretación extensiva de la constitución o de los principios generales del ordenamiento.

Frente al creciente protagonismo de los jueces, se va haciendo cada vez más sutil el espacio de discrecionalidad reconocido al parlamento en el momento de desarrollar una normativa con referencia a un determinado ámbito, habida cuenta de que en términos políticos la misma elección de no disciplinar aspectos peculiares de la vida humana significa tomar una decisión de naturaleza política al respecto.

A partir de la idea de que las constituciones son textos directamente aplicables cuya interpretación tiene que ser lo más amplia posible, otorgando el nivel más alto de protección y la máxima aplicabilidad de

<sup>14</sup> Véase G. Bazoli, *Mercato e disuguaglianza*, Brescia, Morcelliana, 2006.

<sup>15</sup> Cfr. A. Di Giovine, A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007.

cada principio constitucional reconocido por la letra de la carta a pesar de su explícita regulación, la actividad de los jueces se ha ido haciendo, cada día, más invasiva respecto al ámbito del poder legislativo.

Son varias las razones de este fenómeno. Es cierto que a raíz de este crecimiento del protagonismo del juez se encuentra, sin dudas, la perspectiva de la filosofía neoconstitucional<sup>16</sup>, que se funda sobre la idea de que la constitución no tiene naturaleza solo programática y que su directa aplicabilidad y su implementación constituye una tarea del poder judicial<sup>17</sup>, sobre todo frente al silencio del legislador.

En este sentido los jueces se convierten en guardianes de los derechos contenidos en la constitución, velan y trabajan por su ampliación.

Es evidente que este cambio que afecta las relaciones entre poderes del Estado no queda sin consecuencias. En primer lugar el activismo judicial al que asistimos contribuye a la progresiva deslegitimación del

poder legislativo mismo, acreciendo la crisis existencial en la que ya se encuentran, como vamos diciendo, las asambleas representativas.

Por otra parte, la utilización sistemática de la acción judicial genera también una distorsión dentro del marco del sistema de los derechos. La intervención de los jueces y la tendencia a garantizar todos los derechos subjetivos como si fueran derechos fundamentales conduce a desahacerse de la diferencia entre libertades universales, derechos y servicios y a la progresiva equiparación de su protección. Solo en apariencia esto conlleva una mejora de la posición de los individuos frente al poder. En efecto, mientras en el proceso de balance entre diferentes posiciones individuales los derechos fundamentales reducen su supremacía solo cuando se enfrentan a otros derechos fundamentales, prevaleciendo en todos los otros casos, esta transformación, que neutraliza cualquier jerarquía entre diferentes posiciones de derechos individuales, hace bajar la protección obligando a un balance más amplio y constante, que reduce la fuerza performativa de las libertades universales.

A todo lo dicho se añade otro aspecto, quizás el más contundente por lo que concierne sus consecuencias respecto al modelo del constitucionalismo democrático.

Asistimos a un cortocircuito del sistema: por un lado la dinámica electiva, la responsabilidad política y el paradigma representativo, que tiene su eje en el parlamento, entran progresivamente en crisis involucrando los principios en los que se funda la lógica del Estado liberal; por el otro lado crece el favor popular hacia los jueces, a pesar de su falta de responsabilidad directa hacia los ciudadanos y a pesar de que en muchos casos no son expresión directa de los ciudadanos.

En realidad, pese a una generalizada sensación de acrecido amparo, lo que se genera es una desviación de las formas de participación del pueblo en la vida pública. El uso frecuente y generalizado a la acción judicial debilita esas formas de participación política que se fundan en una cultura constitucional hecha de institutos de control popular, pero también de una costumbre sobre el concepto de compromiso, entendido como práctica de síntesis de posturas diferentes dentro de la decisión, como aceptación del pluralismo, como exaltación de la política como encuentro y no como mera primacía de una parte respecto de la otra. En este sentido, si más bien en sus primeras manifestaciones las ideas del neoconstitucionalismo han representado una posible vía para

17

En las palabras de G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, p. 234: «*Che tristezza! Che consolazione avvilente c'è nella conclusione che ciò e solo ciò che è legato alla legge è giuridicamente rilevante e tutto il resto, che alla legge non è legato, è perfettamente irrilevante. Che concezione infelice del diritto e del giurista! Tutti coloro che hanno esperienza pratica del diritto, cioè l'unica esperienza conforme alla natura del diritto stesso, sanno perfettamente che il loro sforzo si concentra precisamente nel determinare ciò che c'è "oltre" e "intorno alla legge", dove stanno concezioni e convinzioni circa le relazioni sociali da cui la legge stessa dipende; e sanno che questa determinazione non è lo scontro di volontà o di arbitrii soggetti, ma l'onesta ricerca comune di una sostanza che, pur non essendo legislativa, non è, ciò nondimeno, privazione della volontà degli uni su quella degli altri, in nome della forza o dell'inganno*».

16

P. Comanducci reivindica la paternidad para la escuela genovesa que a finales de los años Noventa del siglo pasado empezó a utilizar la expresión "neoconstitucionalismo": P. Comanducci, M.A. Ahumada, D. Gonzáles Lagier, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 87. Con el tiempo la literatura sobre el tema ha ido extendiéndose sin que sea posible hoy al día proponer una bibliografía sistemática. En lengua castellana: L. Prieto Sanchis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, 2001; Id., *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013; M. Carbonell, L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007; M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006.

reforzar el modelo del constitucionalismo democrático, reafirmando la centralidad del individuo y de sus derechos, con el tiempo se han ido presentando toda una serie de efectos colaterales.

Efectivamente la crisis del parlamento y de su papel representativo y la sobreexposición del poder judicial han determinado la exaltación del rol del juez, remplazando la acción de integración política propia de las asambleas representativas, por el uso de la acción judicial, que por su propia naturaleza no busca el compromiso, no traza soluciones de ajuste, sino que más bien llega a un veredicto donde alguien gana y los demás pierden, aunque a veces de forma más o menos matizada.

Se trata de una lógica dicotómica que ha ido contagiando todo el sistema, donde se registra un acrecido uso de los instrumentos de la democracia directa, cuya compatibilidad con el modelo del constitucionalismo democrático genera más de una perplejidad.

Si queda francamente en duda la idea de que la democracia directa constituye en efecto un sistema superior desde el perfil axiológico porque es capaz de otorgar un mayor protagonismo a la voluntad del pueblo a través de la participación inmediata en la decisión, quedan abiertas también algunas otras cuestiones relacionadas con los límites de los institutos de democracia directa<sup>18</sup> y su posible degeneración en regímenes de naturaleza populista.

<sup>18</sup> Va reforzándose la idea que el desarrollo tecnológico vivido en los últimos años pueda finalmente favorecer a menudo el uso de los instrumentos de la democracia directa: siendo más fácil la participación directa de los ciudadanos en los procesos de decisión, esta forma tendría que ser favorecida respecto a formas de organización representativas, suponiendo que las primeras cuenten con una carga democrática mayor que las segundas. Aunque no se pueda aquí elaborar una reflexión exhaustiva, si merece la pena brindar algunas consideraciones con el fin de poner en duda este punto de vista. Si es verdad que las decisiones son fruto de un proceso de síntesis de las informaciones adquiridas, entonces la simplificación de la realidad en la que se funda la lógica binaria de la democracia directa inevitablemente favorece un contexto previo a la decisión muy poco favorable a la libre elección del ciudadano cuya capacidad de análisis resulta fuertemente vinculada y por eso limitada. En efecto, las propuestas formuladas dentro institutos como el sondeo, el plebiscito, el referéndum se inspiran a una política monolítica, que comprime el debate neutraliza los diferentes matices de la propuesta tanto de las minorías como de la mayoría. Se fomenta así una democracia más atenta a las sensaciones que a los contenidos, que busca un *comp de théâtre* y no se dedica a buscar un compromiso capaz de generar integración política.

En efecto, no cabe la menor duda que el simple hecho de reconocer una interpretación extensiva de los derechos en la carta constitucional o de reconocer instrumentos de democracia directa no acrece en sí mismo el nivel de protección de los ciudadanos frente al poder ni fortalece su nivel de participación en la vida política. Eso porque a pesar del activismo judicial o de las teorías neoconstitucionalistas, la aplicación de los derechos necesariamente necesita de la intervención del poder legislativo. Prácticamente solo el desarrollo normativo garantiza estabilidad en la aplicación de los derechos y asegura equilibrio entre los poderes del Estado.

#### IV. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Volvemos así al principio: es difícil entender la democracia fuera de la perspectiva del constitucionalismo democrático, porque solo esta perspectiva asegura pluralismo y salvaguarda de las minorías (que significa, también, acceso y participación en la decisión) a través de la valorización de las dinámicas parlamentarias, a pesar de la tendencia a la presidencialización de la política. Pero también es imposible no reconocer que cada uno de los aspectos críticos que hemos recordado en estas breves reflexiones ha terminado por afectar profundamente al desarrollo del constitucionalismo democrático que hoy vive una grave crisis identitaria.

No es fácil reconocer los orígenes de esta crisis y sus causas. En realidad nos encontramos frente a un fenómeno polifacético que no se deja sintetizar fácilmente, ni clasificar.

Con todo, lo que sí se puede empezar a decir de forma bastante firme es que sin duda detrás de la crisis del constitucionalismo democrático podemos encontrar dos tendencias distintas pero no contradictorias entre sí.

No parece atrevido afirmar que el constitucionalismo democrático ha sido afectado, de un lado, por un exceso de confianza que ha llevado a creer que el modelo poseía todos los anticuerpos necesarios para hacer frente a los desafíos que el progreso tecnológico y la transformación del sistema económico traían consigo; y del otro por una falta de conciencia respecto a la magnitud de estas transformaciones.



La supervaloración de la capacidad de resiliencia del constitucionalismo democrático, junto a la subestimación de los efectos de la globalización han determinado el progresivo desgaste de los fundamentos del constitucionalismo democrático y el crecimiento de la desconfianza por parte de los ciudadanos que, en vez de ver cumplirse las promesas hacia una sociedad más justa y más libre, han asistido al continuo incremento del nivel de desigualdad de nuestras sociedades tanto en términos de oportunidades como de capacidad económica.

Este panorama desolador ha llevado a hablar de fracaso del constitucionalismo y de sus objetivos de emancipación y ha ido favoreciendo la subida de movimientos nacionalistas y populistas cuyo fundamento ideológico se pone en abierto conflicto con los principios que han inspirado las democracias liberales a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo la puesta en juego es tan alta que, sin duda, merece la pena preguntarse realmente si estas son las únicas conclusiones a las que se puede llegar y si ha llegado el momento de despedirse del constitucionalismo democrático o si existe una solución a esta recepción del modelo.

Efectivamente, en la opinión de quien escribe, una salida diferente a la crisis existe, siempre y cuando estemos dispuestos a cambiar nuestro punto de vista y nuestras coordenadas geográficas y políticas.

Realmente, si bien nos detenemos a analizar el estado de debilidad en el que se encuentra el constitucionalismo democrático, nos damos cuenta de que las mayores críticas no afectan a sus pilares ideológicos. Valores como el pluralismo, la protección de las minorías y la salvaguarda de la dignidad humana en todos sus aspectos no han cesado de representar un objetivo casi primordial de nuestros ordenamientos. Buscando las razones de la crisis, por lo tanto, no hay que preguntarse si los fundamentos dogmáticos en los que se basa el constitucionalismo democrático pueden considerarse todavía válidos, sino más bien si el contexto en el que se pretende radicarlos es adecuado.

En este sentido nos enfrentamos con una primera constatación: los desafíos con los que nuestros modelos constitucionales se encaran, cada día, tienen dimensión supranacional. El desacuerdo entre la magnitud de fenómenos mundiales como la protección del medio ambiente, la gestión de la inmigración, la protección de los derechos

de los trabajadores o de los consumidores, la salvaguarda de los usuarios de la red, por un lado, y la pretensión de otorgar una disciplina a nivel estatal, por el otro, es evidente. No se trata, entonces, de considerar si propósitos como la salvaguarda del pluralismo o de la dignidad humana constituyen todavía una meta digna de dedicación, más bien de averiguar si los instrumentos empleados para alcanzar esta meta son proporcionados, desde una perspectiva geopolítica además de jurídica.

Si el problema a solucionar tiene nivel supranacional, el remedio no puede ser pensado en escala nacional.

La verdad es que se trata de una percepción ya advertida y que ya ha empujado hacia soluciones capaces de involucrar los estados en procesos de integración supranacional para la creación de entidades llamadas a enfrentarse a problemas que superan el límite de las fronteras de cada estado.

Hemos asistido a una larga fase mundial de integración regional cuya expresión más clara está sin duda representada por el proceso de construcción de la Unión Europea. Pero ahora es tiempo de imaginar otros objetivos, que de una perspectiva meramente económica nos conducen a la construcción de nuevos espacios políticos.

No es fácil, sin duda. El desafío es grande: el mismo proyecto de integración europea, que en este sentido no deja de ser una experiencia piloto, ha sufrido una grave interrupción a partir del año 2004 cuando, frente a la voluntad de aprobar un tratado constitucional para la Unión, los Estados han chocado contra la diferente opinión de los ciudadanos. Una opinión que ha sido expresada en ocasión del referéndum en Francia y Holanda.

No es esta la sede adecuada para analizar las razones de ese fracaso que aunque no haya llegado a desperdiciar los logros adquiridos en años de trabajo, sin duda ha ralentizado el proceso de integración.

Sin embargo, se pueden desprender algunas consideraciones en relación a lo ocurrido. Por ejemplo, acerca de la dificultad de concebir un proyecto constitucional sin haber construido previamente una voluntad constituyente en el pueblo. Las constituciones son cartas que para vivir necesitan un alma. Esa alma se sustancia en la voluntad de los ciudadanos de formar parte de un proyecto político común.

Es cierto, por lo tanto, que el constitucionalismo democrático para superar los desafíos de la globalización y para reaccionar al nacionalismo tiene que cambiar de paso, buscar un contexto más amplio en el que desarrollar sus virtudes y realizar su proyecto político. Por lo que concierne a Europa eso quiere decir abrir una extraordinaria fase constituyente que esta vez no tiene que ser dirigida por los estados, sino ser encaminada a partir del Parlamento, el lugar donde la ciudadanía está representada.

Efectivamente, la unificación de los Estados europeos ya no puede ser una perspectiva de algunos europeistas. Se ha convertido en una necesidad para la supervivencia de los principios del constitucionalismo democrático, que no necesita nuevos contenidos para enfrentarse al presente, sino no nuevos espacios geográficos para expresar todos sus beneficios.

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARLA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho,  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSIO DIAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte  
de Justicia de la Nación y miembro  
de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Jefe de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho  
Mercantil de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional e  
Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTON**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

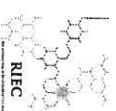
# LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Enrique Uribe Arzate

Anna Mastromarino

Jorge Olvera García

Coordinadores



Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

tirant lo blanch  
Ciudad de México, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Enrique Uribe Arzate  
© Anna Mastromarino  
© Jorge Olvera García

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100  
Ciudad de México  
Telf: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1378-448-9

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa-nuestro-procedimiento-de-quejas](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa-nuestro-procedimiento-de-quejas).

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

Esta obra se terminó de imprimir en junio de 2021 en los talleres de Ultradigital Press, S.A. de C.V. Centeno 195, Col. Valle del Sur, C.P. 09819. Ciudad de México.