

**La Constitución de Gestión:
La Convergencia de los Modelos de Gobierno Constitucional y Corporativo¹**

Carlos Portugal Gouvêa

Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo

Julio de 2013

ABSTRACT

Este paper propone el concepto de “Constitución de Gestión”, el cual aboga por la convergencia entre modelos de gobierno constitucional y corporativo. Tal concepto se basa en la interpretación de algunas características de la constitución brasileña promulgada en 1988 que podrían servir como un modelo para democracias modernas en países en desarrollo. De acuerdo a ese modelo, las constituciones modernas deberían ser suficientemente detalladas como para dirigir políticas públicas y procesos legislativos a corto plazo en áreas específicas. Bajo este modelo, los miembros de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se vuelven menos intérpretes de principios grabados en la Constitución y más agentes de políticas públicas delineados en la Constitución misma. Este modelo se opone a dos modelos constitucionales dominantes. Primero, se opone al modelo de constitución como un “instrumento de gobierno”, caracterizado por una constitución con un número limitado de disposiciones enfocadas en principios generales y una descripción general de la estructura de gobierno. Otra característica de este modelo sería que el proceso legislativo difícilmente puede cambiar la constitución. Segundo, se opone al modelo de constitución como un “instrumento de ingeniería social”, también conocido como la “constitución programática”. Bajo este modelo, las constituciones proveerían

¹ Agradezco los comentarios a versiones anteriores de este paper de los participantes del SELA 2013 (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) organizado por la Yale Law School y realizado en Cartagena, Colombia, en Junio del 2013, en particular de Alberto Amaral Júnior, Ana Maria Nusdeo, Ana Paula de Barcellos, Ángel Aquendo, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Diego Werneck Arguelhes, Luis Aviles, Owen Fiss, y Viviane Neptune. También agradezco a los participantes del Congress on Global Law and Development, organizado por Harvard Law School, Institute for Global Law and Policy, la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, y la Facultad de Derecho de la Fundação Getúlio Vargas en Julio del 2013, donde una versión anterior de este paper también fue presentada. También quiero reconocer los comentarios detallados y generosos de Mariana Pargendler a las varias versiones de este paper.

planes de acción para toda la organización de la sociedad. En contraste, la “Constitución de Gestión” provee un modelo más simple, con reglas claras para implementar políticas públicas. Tal modelo está inspirado por desarrollos actuales en el gobierno corporativo de empresas transnacionales modernas, los cuales parecen manifestar un mayor nivel de tolerancia en el gobierno corporativo hacia los medios de la democracia directa que la teoría constitucional aceptaría en el gobierno del Estado. De acuerdo a ese modelo, las constituciones deberían ser adaptables a cambios en los contextos institucionales domésticos e internacionales y sensibles a los intereses de sus ciudadanos, dejando un margen para mecanismos a través de los cuales sus ciudadanos pueden cambiar la constitución directamente.

1. Introducción

El propósito de este paper es desafiar perspectivas tradicionales sobre la separación entre el derecho privado y público. El objetivo es crear nuevas alternativas para el diseño institucional que podrían contribuir a la comprensión del derecho constitucional y corporativo. Ha sido común abordar la idea de que la estructura del gobierno constitucional debería servir como un modelo para el gobierno de empresas.² Este paper intenta hacer lo opuesto e investigar porqué ciertos arreglos institucionales son considerados inaceptables en el derecho constitucional y aceptables en el derecho corporativo. La idea principal es que el derecho constitucional ha evolucionado de una manera que niega la capacidad de los individuos para cambiar la constitución directamente. Respecto a la empresa, pese al hecho de que en las décadas recientes un movimiento para aumentar el poder de la gerencia también fue identificado, éste no llegó al nivel de negar el poder de los accionistas para cambiar sus cartas de constitución o estatutos si así lo desean. Puede ser difícil, pero todavía es posible. En esta tarea, partiré del estudio de la constitución brasileña en un intento de entender si sus texto actual se mueve en la dirección del modelo de la Constitución de Gestión aquí propuesto.

A diferencia de muchas constituciones de países desarrollados y en desarrollo, la Constitución Brasileña provee no solo la estructura básica de gobierno y los derechos individuales pero también ciertas políticas públicas con asignaciones presupuestarias específicas

² Georges Ripert, *Aspects Juridiques du Capitalisme Modern*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1951).

y mecanismos claros de implementación.³ El argumento a ser desarrollado aquí parte de la hipótesis de que en las áreas en las cuales esas detalladas políticas públicas fueron establecidas en la Constitución, las promesas relacionadas encarnadas en “principios” o “programas” fueron alcanzados. Por otro lado, en áreas en las cuales tales “principios” o “programas” no estuvieron acompañados de reglas claras que dirigieran su implementación, ellas se mantuvieron como promesas muertas. Ejemplos de éxito son el derecho a la salud, implementado mediante el constitucionalmente mandado Sistema Único de Salud (*Sistema Único de Saúde*), y el derecho a la educación, protegido por un sistema riguroso de cuotas presupuestarias en los niveles federal, estatal y municipal. En estas dos áreas, ha habido mejoras estadísticamente sustanciales en las dos últimas décadas. En relación a la mayoría de los otros derechos humanos también incorporados en la Constitución como “derechos fundamentales” o “derechos sociales y económicos”, no se visto avances similares.

La hipótesis es completada con la idea de que en tales áreas la Constitución solo terminó siendo detallada como resultado del lobby de movimientos sociales durante los debates que llevaron a la promulgación de la Constitución de 1988, principalmente por el movimiento de salud (*movimento sanitariasta*) y el movimiento de educación, estimulados, en ambos casos, por sus respectivos sindicatos, pero que también incluyeron un abanico mucho más amplio de organizaciones sociales. No hay otras áreas de la Constitución Brasileña de 1988 que hayan estado sujetas a la presión y esfuerzos de lobby de movimientos sociales como la salud y la educación. En consecuencia, es claro que tales áreas recibieron mayor protección constitucional que otras áreas. La hipótesis más general entonces es que en países en desarrollo, donde son necesarios cambios institucionales muy sustanciales, la constitución puede transformarse en un mecanismo de desarrollo muy importante solo si la constitución puede responder a las demandas de la sociedad. La sociedad debería tener los medios para cambiar la constitución sin la

³ Para los propósitos de este paper, adoptaré una clara diferenciación entre políticas públicas y programas de acción gubernamental. Las políticas públicas serán definidas como mecanismos regulatorios que proveen al menos dos cosas: (i) recursos para implementar las promesas; o (ii) un requisito legal de que ciertos pasos sean seguidos de acuerdo a un marco preestablecido. Cuando son incluidas en la constitución, las políticas públicas serán más fuertes si ambos elementos están presentes. En esos casos, habrá menos discreción para los funcionarios públicos. En el otro extremo se encuentran los programas, los cuales son promesas abiertas, sin recursos o obligaciones jurídicas claras.

intermediación del congreso o de los jueces, y esos medios deben ser construidos de manera que tales cambios representen un consenso más amplio en la sociedad y prevengan la opresión de minorías. Podría haber mecanismos para des-acelerar el proceso de cambio, con el fin de permitir que el proceso de elección social madure, pero la constitución debe ser receptiva para evitar puntos muertos sociales.

Para resumir, este paper es una investigación encaminado hacia nuevos modelos constitucionales, más adecuados para las necesidades de países en desarrollo. La “constitución de gestión” aspira a ser un paso en esa dirección. Sorprendentemente, la inspiración para tal modelo no será encontrada en la teoría constitucional o en la teoría de la democracia, sino más bien en los nuevos desarrollos del gobierno corporativo. En el último siglo, particularmente después de las Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los desarrollos institucionales han sido en el sentido de expandir el modelo de la democracia liberal desde las principales economías hacia la periferia,⁴ como paso inicial hacia la liberalización económica. En este proceso, los regímenes democráticos se transformaron en un paquete institucional, que no está abierto a innovación y desafíos, sino que es dependiente únicamente del éxito de experiencias anteriores y está focalizado solamente solo en implementar el “estado de derecho” como un equivalente a la democracia.⁵

Sin embargo, en tales procesos de expansión ha habido bastante poca innovación de la teoría democrática, lo que podría representar un riesgo si tales instituciones no son sensibles a los cambios sociales. Lo más probable es que tales innovaciones vendrán desde sociedades en desarrollo, donde el experimentalismo institucional es todavía posible y tales desarrollos pueden también representar el salto que esas sociedades requieren. El argumento presentado aquí es que la inspiración para tales innovaciones puede venir desde una fuente inesperada: el derecho corporativo.

⁴ Para un debate importante sobre los desafíos de ese proceso, ver Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies* (1968) y también Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Lat Twentieth Century* (1991).

⁵ Gran parte de ese “empaquetamiento” se ha realizado en las últimas décadas bajo el marco de proyectos de “estado de derecho”. Para un debate relacionado con el movimiento del “Estado de Derecho”, ver David Kennedy, *The 'Rule of Law,' Political Choices and Development Common Sense*, en *The New Law and Economic Development*, David M. Trubek, y Alvaro Santos, eds., Cambridge University Press, pp. 95-173 (2006).

En las décadas recientes, mientras las empresas se volvieron transnacionales, libres de ataduras de los gobiernos y de regímenes regulatorios, los mecanismos de gobierno de empresas grandes evolucionaron substancialmente mientras los accionistas notaron que ellos perdían control y, en consecuencia, valor sobre sus inversiones. En este proceso, los accionistas también perdieron poder, con la emergencia del control gerencial como el principal modelo para la organización corporativa. Este modelo sufrió un contragolpe en años recientes, con ciertos desarrollos dirigidos a dar mayor poder a los accionistas. Algunos de esos desarrollos, muchos relacionados a la emergencia del movimiento de “gobierno corporativo” después de 1990, podría ser usado para subrayar que tan fosilizada se volvió la actual teoría de la democracia. Los principales elementos del “gobierno corporativo”, centrados en mayor transparencia y transferencia de ciertas decisiones claves a los accionistas, pueden servir como una base para la comparación y sugerir hipótesis interesantes para investigación adicional. Por ejemplo, (i) si las corporaciones deben presentar reportes cada tres meses de manera que los accionistas entiendan sus condiciones financieras, asimismo deberían hacer los gobiernos; (ii) si los accionistas deben tener un “*say on pay*” de los gerentes de sus empresas,⁶ los ciudadanos también deberían tener un “*say on pay*” respecto de la compensación de sus funcionarios electos, y (iii) si los gerentes de empresas están atados a sus estimaciones “*forward looking*” para sus empresas, las cuales son nada menos que promesas hechas a los accionistas y potenciales inversionistas, de la misma manera los políticos deberían ser hechos responsables por las promesas realizadas en procesos electorales. Más relevante para los propósitos de este paper, las constituciones deberían también cumplir sus promesas y no proveer “principios” o “programas” abiertos. Mucho se puede decir para demostrar que la democracia de accionistas ha evolucionado más rápidamente en las últimas décadas que la democracia política.⁷ Este paper intentará presentar un modelo para revertir esta tendencia.

En un contexto más amplio, este paper es una crítica del movimiento conocido como “neo-constitucionalismo”, entendido como un amplia rama de la academia de derecho

⁶ Nota del traductor: La expresión se refiere a una regla que le permite a los accionistas tener control sobre los montos de las remuneraciones de los gerentes de empresas.

⁷ En gran medida, esos desarrollos en el gobierno corporativo fueron el resultado de sucesivas crisis financieras, particularmente aquella que comenzó el 2008, la cual fue causada exactamente por el hecho de que tales empresas ya no están sujetas a las regulaciones nacionales como lo estaban en el pasado.

constitucional comparado que defiende el fortalecimiento de las cortes constitucionales en ciertos países en desarrollo como un paso final en la transición hacia la democracia que completa la expansión del proceso del “estado de derecho” mencionado arriba. Ejemplos de esa literatura son los elogios para las cortes constitucionales de Sudáfrica y Colombia por sus posturas respecto de la protección derechos sociales y económicos. Mi argumento estará basado en la idea de que ese elogio es solo un intento de algunos académicos de demostrar que el modelo constitucional Anglo-sajón no ha alcanzado sus límites institucionales como mecanismo para articular conflictos sociales mediante elogios a otros por hacer lo que ha fallado en los Estados Unidos y Gran Bretaña. En este sentido, significa elogiar el fracaso, ya que tanto Sudáfrica como Colombia no han sido capaces de curar la enfermedad de la desigualdad económica con la fuerza de sus cortes constitucionales.

El paper estará dividido en tres secciones: (i) un análisis del modelo de como “instrumento de gobierno”; (ii) un análisis de las teorías de la constitución como un “instrumento de ingeniería social”; y (iii) una descripción de los mecanismos que inspiraron el concepto de “Constitución de Gestión” de la Constitución Brasileña, esto es, primero, el muy flexible mecanismo de cambio constitucional y, segundo, los ejemplos de políticas hacia la salud y educación específicamente provistos en la Constitución. La última sección también incluirá una crítica de la Constitución Brasileña que subraya los elementos que faltan para que podamos considerarla como un modelo constitucional alternativo viable.

Basado en la evidencia entregada, este paper contribuirá a la literatura al demostrar que, tal como las reglas de gobierno corporativo de empresas modernas se están volviendo más similares a reglas constitucionales, incorporando, por ejemplo, estándares de derechos humanos, las constituciones también deberían parecerse más a empresas, para cumplir sus propósitos institucionales, o ser declaradas un fracaso. El derecho constitucional debería volverse más como el derecho corporativo y adoptar el equivalente a lo que llamaré como la “supremacía del accionista”, la cual es entendida como el marco institucional universal del derecho corporativo bajo el cual los accionistas tienen poder definitivo para alterar el acta de constitución o estatutos de la empresa, incluso cuando esos cambios son difíciles de implementar.⁸ En comparación, en

⁸ El argumento presentado aquí sobre la supremacía del accionista es diferente de la teoría de la “primacía del accionista”. El argumento de la primacía del accionista es comúnmente entendido solo como el propósito que tiene la empresa de devolver valor a sus accionistas. *Ver* D. Gordon

la mayoría de las Democracias Constitucionales, el poder para cambiar directamente el texto de la Constitución es negado a sus ciudadanos. En este sentido, una de las lecciones del derecho corporativo, particularmente en relación a las enmiendas a la constitución, podría significar un regreso al principio de supremacía del pueblo. Ningún cambio a la constitución debería ser aprobado sin la ratificación del pueblo y el pueblo debería tener los medios de cambiar la constitución. Algo que debería ser obvio, pero que fue olvidado en la teoría de la democracia durante el último siglo como consecuencia de la idea de que era inalcanzable o que era peligroso. El argumento presentado aquí es que tal como en las empresas el poder fue removido de los accionistas por la clase de gerentes profesionales, también el desarrollo natural de las democracias hacia regímenes directos fue evitado mediante el desarrollo de una clase de políticos profesionales. La hipótesis de este trabajo es que en el caso del derecho corporativo la idea de sustraerle totalmente la supremacía última a los accionistas y dar todo el poder a los gerentes nunca fue consumada solo porque el derecho corporativo está dominado por ideas de derecho de propiedad y tal sustracción de poderes sería equivalente a la expropiación. Sin embargo, cuando nos movemos al campo del derecho público, parece más fácil negar tales poderes al pueblo. En suma, un movimiento hacia la Constitución de Gestión es también un movimiento hacia el dominio del gobierno por el pueblo.

2. Dos modelos dominantes de constitución y su sublimación

Hay muchas ideas acerca de qué es la constitución o significa en la sociedad. En vez de partir discutiendo teorías sobre la constitución, este paper partirá de dos modelos

Smith, *The Shareholder Primacy Norm*, 23 J. Corp. L. 277 (1998). El argumento de la supremacía del accionista se basa en que la empresa debe perseguir el interés de los accionistas y en que tal interés puede ser muy diverso y no estar basado solamente en valor de acciones. Tales intereses podrían ser, por ejemplo, la vanidad de un fundador emprendedor que quiere mantener el control de la compañía. Además, la idea de la supremacía del accionista no es lo mismo que el debate sobre los votos de los accionistas, el que se centra en entender la capacidad de los accionistas para prevalecer en los procedimientos de votación especialmente en empresas públicas. See Lucian A. Bebchuk, *The Myth of the Shareholder Franchise*, 93 Virginia Law Review, 675 (2007). El argumento de la supremacía del accionista no se relaciona con cuán frecuente los accionistas prevalecen, o si ellos deberían o no prevalecer, sino que solo si pueden hacerlo. En comparación, en la mayoría de las democracias constitucionales, los ciudadanos simplemente no pueden cambiar directamente el texto de la constitución.

constitucionales opuestos: primero, el modelo de la constitución como “un instrumento de gobierno”, y, segundo, el modelo de la constitución como “un instrumento de ingeniería social”. Este debate es entendido por muchos a la luz de la oposición entre una “constitución liberal”, basada en una visión de un gobierno minimalista, y una “constitución social-democrática”, que estructura un gobierno intervencionista. Sin embargo, la mayoría de las constituciones modernas intentan alcanzar un compromiso entre esas visiones.⁹ En nuestro análisis, tomaremos ejemplos de la Constitución de los Estados Unidos de América, adoptada en 1787 (Constitución de EE.UU.) y de la Constitución de la República Federativa de Brasil (Constitución Brasileña) como ejemplos de la constitución como “un instrumento de gobierno” y de la constitución como “un instrumento de ingeniería social”, respectivamente.

Al plantear el debate en términos de la constitución como “un instrumento de gobierno” o como “un instrumento de ingeniería social”, intentaré alejarme del debate ideológico subyacente que se relaciona con cuál es la cantidad deseable de intervención estatal en la economía. Ese debate está muerto, tal como la idea de la existencia de una esfera pública y una privada, con la cual partiría una discusión sobre la cantidad deseable de intervención estatal en las operaciones de mercado. El esfuerzo de toda una vida de John Rawls por articular principios de igualdad formal y material ante la ley, inspirado por la historia constitucional de los Estados Unidos, tal vez no probó que tales principios pueden ser articulados en una teoría universal sobre qué debería constituir una sociedad liberal, pero ciertamente demostró no solo que Rawls, pero también la interpretación de la constitución de los EE.UU., está basada en el esfuerzo del compromiso.¹⁰ Por lo tanto, la diferencia entre la Constitución de EE.UU. y la Constitución Brasileña no es más una diferencia que está basada en ideologías, sino uno basada en la forma.

Desde un punto de vista pragmático, el gobierno debería ser entendido como una de muchas otras organizaciones, y su lugar y modos de interacción con otras entidades jurídicas e individuos debería ser disciplinada de la misma manera que otras organizaciones. Incluso si la constitución misma menciona que ésta es la ley suprema y que todas las otras entidades e individuos solo existen desde una perspectiva jurídica en la manera como es contemplado por la

⁹ José Afonso da Silva, probablemente el intérprete más influyente de la Constitución Brasileña de 1988, sostiene con precisión que “*As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo*”. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo (2008), p. 135.

¹⁰ Ver John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard, 1999).

constitución, la existencia histórica de sociedades que no estuvieron basadas en arreglos constitucionales, y también la posibilidad de derrocar el orden constitucional, revela limitaciones de esa perspectiva. No es necesario involucrarse en un debate sobre la naturaleza del orden constitucional y argumentar por la pre-existencia de derechos fundamentales basados en un orden natural para admitir este hecho. Los dos modelos adoptados en este paper, el de la constitución como “un instrumento de gobierno” y como “un instrumento de ingeniería social”, parten de la idea que el gobierno no es la única fuente de poder en la sociedad, y, como resultado, del orden jurídico.

En este sentido, el intento ofrecido en este paper de comparar el derecho constitucional y el derecho corporativo en las bases que esas comparación es imposible, desde que en cualquier orden constitucional el derecho corporativo estaría subordinado al derecho constitucional y, en consecuencia, uno no podría comparar la empresa, que es una entidad legal que existe en los límites proveídos por el orden constitucional, y la constitución, que crea sus propios límites. Por lo tanto, la libertad de los accionistas para decidir sobre las disposiciones del acta de constitución de la empresa y sus estatutos estarían restringidos por el derecho corporativo, primero, y, en un nivel superior, por el derecho constitucional. El argumento luego se completa con la idea de que la constitución, como la ley fundamental, no tendría límites y sería, de hecho, la fuente de todo el sistema jurídico.

Tal oposición es incorrecta de dos sentidos. Primero, por la creencia de que la constitución es producida sin límites jurídicos por los “*founding fathers*” o un “poder constitucional originario” (*poder constituyente originario*). Esa idea es el argumento detrás del “velo de la ignorancia” de John Rawls, por ejemplo. La mayoría entendería que la genialidad del argumento del “velo de la ignorancia” consiste en sugerir que el legislador original sería alguien que no sería capaz de ser egoísta y de decidir basado en sus intereses o de aquellos a quienes representa particularmente.¹¹ Como resultado, el pacto original, que sería el centro de la constitución, sería que un determinado conjunto de reglas no resultaría del choque entre grupos de interés.

Como se mencionó arriba, el trabajo de John Rawls está profundamente basado en la historia constitucional de los Estados Unidos. Así, éste revela elementos de la imaginación constitucional *mainstream* respecto tanto del modelo de la constitución como un “instrumento de

gobierno” y como un “instrumento de ingeniería social”. Sobre todo, revela la idea de la supremacía constitucional, a la cual se opone el argumento de la “constitución de gestión” en el sentido que tal supremacía no debería ser presupuesta, sino que debe ser construida en base a la legitimidad real de la constitución. Para Rawls, la supremacía de la constitución deriva del “velo de la ignorancia”, en el sentido que solo los individuos que están tras tal velo pueden estipular las dos reglas básicas de una sociedad liberar, sus famosos primer y segundo principio de la justicia.¹² El primer principio de la justicia se encarga de los derechos fundamentales de cada individuo, y el segundo de ciertos derechos sociales y económicos. De acuerdo a Rawls, y desde una perspectiva legislativa, tales principios no serían implementados todos al mismo tiempo. Los derechos individuales deberían ser implementados al nivel constitucional, y los derechos sociales y económicos al nivel sub-constitucional, con leyes.¹³ Por lo tanto, habría una jerarquía entre, primero, las disposiciones constitucionales sobre igualdad ante la ley, y los actos legislativos para la protección de derechos sociales y económicos, los cuales involucran redistribución.

Volveremos a la cuestión de la jerarquía entre derechos relacionados con la igualdad ante la ley y la igualdad económica más tarde. En este punto, el punto relevante es solo comprender que el argumento del “velo de la ignorancia” sirve el propósito de crear no solamente una legitimidad formal para el orden existente, alejándose de la idea de que tal orden ha estado basado en las decisiones de individuos desinteresados, pero también el propósito de argumentar

¹¹ *Ib. Id.*, p. 11.

¹² “Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial elegirían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la asignación de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo sostiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo desigualdades de riqueza y autoridad, son justas solo si como resultado de ellas hay beneficios compensatorios para todos, y en particular para los miembros más desaventajados de la sociedad.” *Ib. id.*, p. 13.

¹³ “Entonces yo imagino una división del trabajo entre las etapas de acuerdo a la cual cada una confronta preguntas diferentes de justicia social. Esta división del trabajo corresponde aproximadamente a las dos partes de la estructura básica de la sociedad. El primer principio de igual libertad es el estándar primario para la convención constitucional. Sus principales exigencias son que las libertades fundamentales de la persona y la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento sean protegidas y que el proceso político complete sea un procedimiento justo. Así la constitución establece un estatus común y seguro de igual ciudadanía y hace realidad la justicia política. El segundo principio entra en juego en la etapa legislativa. Dicta que las políticas sociales y económicas deben buscar maximizar las expectativas a largo plazo de los más desaventajados bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades, siempre y cuando las iguales libertades sean respetadas.”. *Ib. id.* , p. 175.

que el orden constitucional fue creado a partir de una pizarra en blanco, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones previas.

Desde una perspectiva histórica, todos los órdenes constitucionales quieren satisfacer este mito. Sin embargo, cada orden constitucional está restringido por el orden constitucional previo, por la legislación ya existente en la sociedad particular, por el orden internacional y por los arreglos institucionales rivales ya existentes en tal sociedad. Así, la Constitución de los Estados Unidos de América estuvo restringida por los órdenes jurídicos de los estados existentes, por los documentos vinculantes de la confederación que la precedieron y por su deseo de ser aceptado como un cuerpo político independiente en la comunidad internacional.

En el caso de la Constitución Brasileña de 1988, la existencia de tales restricciones es incluso más clara. Primero, la Asamblea Constitucional General fue llamada mediante una enmienda a la Constitución de 1967, y tal enmienda no estableció reglas claras para la elección de tal asamblea, solo mencionó que la cámara de diputados (*Câmara dos Deputados*) y el senado (*Senado*) votarían conjuntamente.¹⁴ Pero las reglas electorales usadas en la elección de los miembros de la cámara de diputados fueron las mismas reglas del periodo de la dictadura. Además, el nuevo orden constitucional empezó sin algún cambio sustancial en el esquema jurídico infra-constitucional y la nueva constitución cambió pocas cuestiones en relación a la separación de poder, la estructura del legislativo, ejecutivo y la judicatura, el sistema electoral, la organización de los militares y la policía, la regulación de las comunicaciones o de los recursos naturales. En suma, la Constitución de 1988 cambió bastante poco de la distribución de poder del país. Los cambios mayores, que serán discutidos con mayor detalle abajo, se relacionan con la protección de derechos fundamentales y sociales y económicos.

Superando la idea de supremacía constitucional, es claro que la constitución también está sujeta a constreñimientos, tal como las empresas. Sin embargo, hay todavía otra objeción a ser presentada a la idea de comparar constituciones y los documentos de gobierno de otras organizaciones de la sociedad que son distintas del Estado mismo. Ésta es la idea que la empresa es parte de un cierto orden constitucional y está sujeta a un conjunto particular de leyes corporativas. Sin embargo, esa visión ha sido desafiada por el fenómeno de las empresas transnacionales, las cuales pueden “hacer *shopping*” de jurisdicciones con el fin de encontrar las que, de hecho, se adaptarán a sus necesidades y requerimientos, tanto desde una perspectiva

corporativa, pero también en relación a materias regulatorias. Dos ejemplos de eso son el número sustancial de compañías de seguro que ahora tienen sus compañías matrices establecidas en las Bermudas y las compañías consultoras y estudios de abogados con matrices en Suiza. Las empresas, como organizaciones transnacionales, al mismo tiempo configuran y son configuradas por leyes corporativas nacionales. Similarmente a lo que le pasa a los gobiernos, su habilidad para configurar o ser configuradas depende de su poder, o, hasta cierto punto, su legitimidad. Además, muchos países no eligieron sus constituciones, y en cambio sus órdenes constitucionales fueron impuestos por poderes externos. El mejor ejemplo de esto es la constitución de Japón, la cual está en gran medida basada en borradores entregados por los Poderes Aliados después del fin de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo tanto, los argumentos se mezclan para volver a la idea de los gobiernos constitucionales, así como las empresas transnacionales modernas, compiten por legitimidad, no solo domésticamente sino también internacionalmente. Es una realidad muy diferente a la descrita por Weber, para quien la legitimidad política era una materia que podía afectar solamente a los gobiernos. Tal como las protestas del 2013 en Brasil y alrededor del mundo han demostrado, la democracia podría ser vista no más como un proceso que puede ser contenido dentro de los límites del gobierno, ya que las protestas no se concentran en apoyar a funcionarios públicos actuales o futuros, o un partido u otro, sino que en cambios institucionales más amplios que requieren más que un nuevo grupo político que tome el poder. En un cierto sentido, requeriría cambios no solo en el gobierno, sino también en otras instituciones en la sociedad, como las empresas y organizaciones sin fines de lucro, las cuales no están listas para nuevas formas de organización social en las cuales ellas no podrían contar con el gobierno como su amigo o rival.

Antes de intentar alcanzar esos nuevos modelos de organización social, volveremos a los dos modelos constitucionales arquetípicos mencionados arriba, el modelo de la constitución como un “instrumento de gobierno” y como un “instrumento de ingeniería social”. En el modelo de la constitución como un “instrumento de gobierno”, el objetivo es organizar las actividades del gobierno, particularmente en su rol como la principal fuente de leyes, con el propósito de aumentar su legitimidad ante arreglos organizacionales que compiten con aquél. En el modelo de la constitución como un “instrumento de ingeniería social”, existe un reconocimiento de que

¹⁴ Enmienda no. 26, del 27 de Noviembre de 1985.

finés a ser alcanzados por la sociedad en general, y su legitimidad depende de su capacidad para forzar otras organizaciones de la sociedad a moverse en esa dirección. La pregunta que debe ser respondida al analizar estos modelos es porqué ambos niegan la capacidad de los ciudadanos para cambiar directamente la constitución, descansando en cambio en ideas de los “*founding fathers*” o del “poder constitucional originario”. Para entrar en esta discusión, es necesario detallar más a fondo los dos modelos aquí propuestos.

3. El modelo de la constitución como un instrumento de gobierno

Este modelo está inspirado por el “Instrumento de Gobierno”, promulgado por el Consejo de Estado creado por Oliver Cromwell después de la auto-disolución del Parlamento inglés el 6 de Diciembre de 1653. El “Instrumento de Gobierno” fue adoptado el 16 de Diciembre de 1653, y tuvo el objetivo de servir como una constitución escrita para el “*Commonwealth* de Inglaterra, Escocia e Irlanda, y los dominios que le pertenecen.” Creada después de una tormenta política y adoptada por un consejo compuesto principalmente de oficiales del ejército, su objetivo no fue otro que crear estabilidad política en un intento de evitar el retorno del gobierno monárquico. En ese intento, el “Instrumento de Gobierno” proporcionó el primer intento de una separación de poderes moderna, con la supremacía del parlamento para promulgar leyes equilibrada con el periodo de por vida del “lord protector” como jefe del poder ejecutiva.

El Primer Artículo del “Instrumento de Gobierno” establecía que “la autoridad legislativa suprema del *Commonwealth* de Inglaterra, Escocia e Irlanda, y los dominios que le pertenecen, existirá y residirá en una persona, y en la gente reunida en el Parlamento: el título de esa persona será el de Lord Protector del *Commonwealth* de Inglaterra, Escocia e Irlanda”. Complementariamente, el Segundo Artículo determinó la Autoridad de la rama ejecutiva: “el ejercicio de la primera magistratura y la administración del gobierno sobre los citados países y dominios, y la gente de la misma, deberán estar en el Lord Protector, con la asistencia de un consejo, el número de lo cual, no podrá ser superior a los veintiún años, ni ser inferior a trece”. La efectiva división de poder estuvo basada en la idea de que el Parlamento regularía los impuestos y el Lord Protector decidiría sobre la distribución de recursos. Tal división del trabajo en la administración del gobierno se mantiene hasta hoy como la espina dorsal de la separación de poderes. Al mirar al “Instrumento de Gobierno”, también resulta claro que la división de

poder está basada en el procedimiento para recaudar dinero para el gobierno y su gasto. La cuestión de si el gobierno es más o menos intervencionista, pequeño o grande, es más bien una cuestión de grado que de naturaleza, lo que justifica el argumento presentado arriba de que los modelos de constitución no deberían ser separados en base a sus fundamentos ideológicos.

El “Instrumento de Gobierno” tuvo una corta vida. Permaneció durante el protectorado de Oliver Cromwell y fue sustituido por la “*Humble Petition and Advice*” en 1657 durante el periodo como Lord Protector de su hijo. El Re-establecimiento de la Monarquía en 1660 fue característica de la falla de tales intentos de adoptar una constitución escrita en Inglaterra, pero pese a su corta existencia, ellos se mantuvieron como una inspiración para la Constitución de EE.UU.

El parecido es inmediato en la estructura del texto. Tal como en el instrumento de gobierno, el poder legislativo es también regulado en su primer artículo. El poder ejecutivo es descrito en su segundo artículo. El balance entre los dos también estaba derivado del poder del Congreso para “lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States”, como estableció la Sección 8 de Artículo I. El poder entregado al Congreso era mayor que en el Instrumento de Gobierno, ya que en el documento inglés había una clara excepción en relación a los impuestos aplicables a necesidades inmediatas de defensa. Sin embargo, el desarrollo durante el último siglo de una doctrina que justificara el poder “inherente” del Presidente como Comandante en Jefe, establecido en la Sección 2 del Artículo II de la constitución de los EE.UU., para actuar en ausencia de autorización del Congreso, llevó a la interpretación constitucional en los Estados Unidos más cerca de la comprensión original del Instrumento de Gobierno inglés, y a la posición del Presidente más cerca a la del Lord Protector.

La principal característica de la Constitución de EE.UU. que la diferencia del Instrumento de Gobierno inglés es que no solo establece la separación de poderes como un mecanismo de control del gobierno, sino también como un mecanismo contra-majoritario. Como es bien sabido este objetivo fue hecho explícito por James Madiso en su *Federalist Paper* no. 51, titulado “Separación de Poderes.” En su artículo, Madison parte de la idea de que *"la mayor seguridad contra una concentración gradual de los diversos poderes en un mismo departamento consiste en dar a los que administran cada departamento los medios constitucionales y motivos personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este*

como en todos los demás casos, deben ser proporcionales al peligro del ataque. Se debe lograr que la ambición sea contrarrestada por la ambición. El interés del hombre debe estar conectado con los derechos constitucionales del lugar. Puede que sea un defecto de la naturaleza humana que dichos dispositivos sean necesarios para controlar los abusos del gobierno.”

Tal idea de la división de poderes para permitir un proceso de negociación constante entre las ramas legislativas y ejecutivas estaba ya presente en el Instrumento de Gobierno, ejemplificado por el argumento desarrollado arriba de que la central distribución de poder estaba conectada a la política fiscal, en la cual la legislatura tiene el poder de recaudar impuestos y el ejecutivo tiene el poder de gastarlos. Cada poder puede bloquear al otro poder, causando daño político al otro. La pregunta aquí es solo sobre la protección de la sociedad contra el gobierno, considerado como una organización independiente de la sociedad. Pero James Madison planteó otra pregunta. El riesgo de opresión de la minoría por una mayoría: "Si la mayoría se une por un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro. Solo hay dos métodos de precaverse contra este mal: por un lado, crear una voluntad en la comunidad que sea independiente de la mayoría, es decir, de la propia sociedad; por otro lado, incluir en la sociedad tantas descripciones separadas de los ciudadanos que resulte muy improbable, si no imposible, una combinación de una mayoría de la totalidad de ciudadanos que sea injusta.”¹⁵

Para Madison, el hecho de que los Estados Unidos sería una federación prevendría el riesgo de opresión por una mayoría. Tal argumento fue encarnado en el mecanismo establecido por la constitución de los EE.UU. para permitir enmiendas a su texto. El Artículo V estableció que una enmienda establecería, primero, aprobación por dos tercios de la Cámara de Representantes y el senado, o por una convención llamada por dos tercios de las legislaturas de los Estados individuales, y, segundo, la enmienda requeriría ratificación “*de las legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o de convenciones de las tres cuartas partes de los mismos, modos de ratificación que pueden ser propuestos por el Congreso*”.¹⁶

Madison estaba en lo correcto respecto a esta cuestión. Tal mecanismo, basado en el federalismo, haría cualquier cambio a la constitución, justo o injusto, improbable si no impracticable. Desde la adopción de la constitución de los EE.UU. el 17 de Septiembre de 1787, solo 27 enmiendas han sido aprobadas. Esto significa una enmienda cada 8 años. Diez de esas

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Artículo V de la Constitución de los EE.UU.*

enmiendas constituyen la Bill of Rights, promulgados conjuntamente el 15 de Diciembre de 1791. Por lo tanto, si esas enmiendas son ignoradas, tendríamos alrededor de una enmienda cada 13 años, la última siendo ratificada el 7 de Mayo de 1992, a partir de una enmienda propuesta presentada el 25 de Septiembre de 1789 en conjunto con la Bill of Rights. De acuerdo al Senado de los EE.UU., 11.539 medidas han sido propuestas para enmendar la constitución entre 1789 y el 2 de Enero de 2013,¹⁷ o, considerando que el Congreso de los EE.UU. tuvo hasta el 2012 su periodo legislativo cientoceavo, han sido propuestas un promedio de 103 propuestas de enmienda por periodo legislativo. El resultado final es que la tasa de éxito de una propuesta de enmienda es de alrededor de 1 por cada 427 intentos.

Desde un punto de vista político, enmendar la constitución no ha sido una cuestión por la cual valga la pena iniciar ninguna batalla política. Las enmiendas constitucionales están fuera de la agenda política en relación a cualquier cuestión política. En cambio, las fuerzas políticas han girado hacia la Corte Suprema de los EE.UU. para alterar el contenido de la constitución de los EE.UU. mediante su interpretación, en vez de hacer cambios a su texto real. Madison no discutió el rol de la Corte Suprema, ni de la judicatura en general, como una herramienta contramayoritaria. Solo la consideró como una posibilidad, pero pensó que el Federalismo proveería una contrapeso más democrático al gobierno de la mayoría. Además, la existencia de la judicatura no estaba considerada en el texto original del Instrumento de Gobierno y las cortes eran consideradas como parte de la rama ejecutiva. Como tal, el creciente rol de la judicatura como una fuente de cambio al texto de la constitución y para aislar materias políticas complejas, el cual inicialmente ha caracterizado la política en los EE.UU. y ahora se está expandiendo a otras jurisdicciones,¹⁸ no es parte del modelo original de la constitución como un “instrumento de gobierno”. Es una forma híbrida, que representa un intento de transformar la constitución como un “instrumento de gobierno” en la idea de la constitución como un “instrumento de ingeniería social”.

En el primer modelo, los objetivos más importantes son prevenir que el gobierno sea dominado por una minoría y ocupado contra sus ciudadanos o, que, como un paso preliminar, el

¹⁷

Disponible

en:

http://www.senate.gov/pagelayout/reference/three_column_table/measures_proposed_to_amend_constitution.htm.

¹⁸ Ran Hirschl, *Toward Juristocracy: The Origins And Consequences Of The New Constitutionalism* (Harvard, 2007).

gobierno sea controlado por una mayoría y puesto en contra de una minoría. El fin es siempre la preocupación por la legitimidad del gobierno y la idea de que el gobierno es una organización que compite contra otra organización por su perpetuación.

La constitución como un “instrumento de gobierno” puede ser entendida como la encarnación perfecta del ideal Hobbesiano de un gobierno estable basado en determinadas límites a su tendencia a violar derechos individuales. Para Hobbes no es posible proteger derechos en el estado de naturaleza porque no hay una tercera parte que medie los conflictos entre los individuos. Para él, la ley natural fundamental es que todas las personas deben buscar la paz, pero ellos pueden usar todos los medios disponibles para protegerse a sí mismos.¹⁹ La sociedad civil y los derechos y libertades individuales aparecen como resultado de la segunda ley natural, derivada directamente de la primera. Si el principio natural fundamental es buscar la paz mientras te proteges a ti mismo de amenazas, el segundo principio es que cada persona puede, llegando a acuerdo con otras personas, renunciar a su derecho a ejercitar la fuerza, creando una relación recíproca en la cual cada persona tiene la misma cantidad de libertad como otros tendrían bajo condiciones similares.²⁰ Ya que la primera ley natural es superior a la segunda, cada vez que un gobierno se vuelve contra sus ciudadanos, los ciudadanos tendrían el derecho a derrocar el gobierno para protegerse a sí mismos y establecer un nuevo orden constitucional.

En consecuencia, la Constitución como un “instrumento de gobierno” debe tener como contenido solo los elementos básicos relacionados con la distribución de poder entre las varias ramas de gobierno, sin importar cuantas ramas y cuantos niveles. Si esa estructura es equilibrada en términos de evitar el control del gobierno por una minoría que se vuelve contra su pueblo, evitaría revoluciones, y la preocupación respecto al gobierno de la mayoría contra la minoría es la interpretación que se ha desarrollado en el contexto del federalismo, de que una mayoría que oprime a una minoría es el primer paso hacia el fin del gobierno de la mayoría por mismo.

¹⁹ Para Hobbes, la ley fundamental de la naturaleza y la razón era “que cada hombre debe esforzarse por alcanzar la paz, tanto como tenga esperanza de alcanzar; y cuando no puede obtenerla, que él puede procurarse, y utilizar, todas las ayudas y ventajas de la guerra.” Ver Thomas Hobbes, *Leviathan* (Cambridge, 1996), 92.

²⁰ La segunda ley de la naturaleza de Hobbes era “que un hombre tenga la voluntad, cuando otros la tengan también, y tanto como él considere necesario para la paz y su propia defensa, de renunciar a su derecho a todas las cosas; y conformarse con tanta libertad contra otros hombres como él aceptaría que otros hombres tengan contra él mismo.” Ver Thomas Hobbes, *Leviathan* (Cambridge, 1996), 92.

Madison no estaba pensando sobre diferentes sectas religiosas, sino sobre los estados. Una mayoría podría restringir los derechos de un cierto estado, y luego otro, hasta que una minoría de estados estuviera gobernando todos los otros.

La constitución como un “instrumento de gobierno” estaba basada en la idea de un sistema político totalmente receptivo, que no requeriría que sus valores y creencias estuvieran encarnadas en el texto de la constitución para su protección. La distribución del poder por sí misma proveería tal protección. Si un intento de implementar la constitución como un “instrumento de gobierno” falla, como el intento original falló en Inglaterra, el error estaría relacionado con la estructura de la distribución de poder propuesta, no con la idea de constitución como un medio para distribuir poder en el gobierno.

En este sentido, la constitución de los EE.UU. puede ser considerada como un ejemplo de éxito. Su texto se mantuvo casi sin ser tocado desde 1787 y el gobierno ha sido estable desde entonces, sin ningún movimiento revolucionario y un resultado exitoso para su guerra civil, la cual podría haber cambiado esa comprensión. Uno podría argumentar que ese éxito en términos de preservación de la organización política es un resultado del hecho de que la constitución de los EE.UU. perfeccionaron el modelo de la constitución como un “instrumento de gobierno”, manteniéndose suficientemente concentrado en la división de poderes de una manera que puede incorporar cambios ideológicos en la sociedad sin la necesidad de enmiendas al texto constitucional.

Esa comprensión es especialmente fascinante si comparamos la Constitución de EE.UU. con las constituciones de países latinoamericanos, las cuales generalmente son largas y detalladas. La Constitución de EE.UU. tiene siete artículos y veintisiete enmiendas. Considerando todas sus enmiendas, la constitución de los EE.UU. tendría alrededor de 8.000 palabras. En comparación, la Constitución Brasileña tiene actualmente 250 artículos, más 98 disposiciones transitorias, considerando ya su Enmienda 72 del 2 de Abril de 2013, en total alrededor de 70.000 palabras.

Esta comparación es ciertamente injusta, ya que la constitución de los EE.UU. no incluye solamente su texto, enmendado, sino también los 533 volúmenes de tapas duras del *United States Report*, que contiene todas las decisiones de la Corte Suprema que constituyen las decisiones de la corte hasta Octubre de 2007, y sus versiones electrónicas desde entonces. Puede haber quedado claro en este punto, pero uno de los argumentos entregados aquí es que el modelo de la

constitución como un “instrumento de gobierno” se volvió, en un cierto nivel, un anacronismo. El texto de la constitución de los EE.UU. ya no pertenece a nuestros tiempos. Su contenido real está actualmente en los casos de la Corte Suprema de EE.UU. Los casos de de la Corte Suprema de EE.UU. ya no se refieren al texto de la Constitución de EE.UU., sino que solamente a los precedentes. Los debates sobre el cambio constitucional se basan en nuevos nombramientos a la Corte Suprema, no a cambios al texto mismo de la constitución. La verdadera Constitución de EE.UU. es, a la vez, desconocida para su pueblo e incambiable.

En comparación con el gobierno de empresas, el modelo de la constitución como un “instrumento de gobierno” es similar al estado contemporáneo de los documentos básicos de las organizaciones de negocios de muchas jurisdicciones. El gobierno corporativo podría ser considerado como un micro-cosmos de la evolución de los gobiernos. Las empresas son organizaciones sociales mucho más jóvenes que los gobiernos. Su sofisticación en términos de organización es además mucho menos desarrollada. Sin embargo, una buena parte de la evolución en la organización interna de las empresas ha sido como resultado de la aplicación de estructuras gubernamentales a las organizaciones de negocios. Empresas modernas también tienen una estructura que está basada en la separación de poderes entre accionistas, junta de directores, y oficiales directivos. En la mayoría de las empresas, la junta de directores y los oficiales directivos tienen responsabilidades que son comparables a aquellas del parlamento y el ejecutivo, respectivamente, en el Instrumento de Gobierno inglés. Las empresas no tienen ningún poder equivalente a la judicatura, pero en muchos casos, las empresas han adoptado disposiciones sobre arbitraje, el cual, en la práctica, corresponde a un mecanismo judicial privado.²¹ Sin embargo, lo que hace similar a los actuales documentos básicos de las empresas alrededor del mundo con la estructura del “Instrumento de Gobierno” es el hecho de que tales documentos solo regulan la distribución de poder entre las partes involucradas. Las autorregulaciones más complejas, tales como los Códigos de Ética, los Programas de Desarrollo Sustentable, los Programas de Cumplimiento, Procedimientos Internos, están todas excluidas de los estatutos, actas de constitución y artículos de asociación, según se aplique, y son transferidas

²¹ En Brasil, por ejemplo, la Bolsa de Valores de São Paulo tiene un nivel de cotización, llamado Novo Mercado, el cual quiere que todas las empresas tengan cláusulas de arbitraje para resolver disputas relacionadas con materias empresariales y sobre valores financieros ante la cámara de arbitraje de la Bolsa de Valores.

a documentos que no tienen la misma publicidad o ejecutabilidad de tales documentos corporativos básicos.

Si, como se ha argumentado arriba, las constituciones como “instrumentos de gobierno” se vuelven anacronismos, los actuales documentos corporativos resultarían ser anticuados, y ciertos documentos que hoy son considerados por las empresas como documentos de “*soft law*”, con el tiempo se transformarán en parte de sus documentos constitucionales con el mismo nivel de publicidad y ejecutabilidad.

Tal como en el caso de los gobiernos, la complejidad de tales documentos deriva directamente de la complejidad de las organizaciones, no de teorías relacionadas con la cuestión de qué es la constitución ideal.

4. El modelo de la Constitución como instrumento de ingeniería social

Como se mencionó anteriormente, el modelo de la constitución como un "instrumento de ingeniería social" es también el resultado de su tiempo. Dos acontecimientos históricos se pueden relacionar con la idea de utilizar la Constitución como medio para cambiar la sociedad: en primer lugar, la conciencia de las nuevas capacidades de gobierno como resultado de los avances tecnológicos resultantes de la revolución industrial, y, en segundo lugar, preocupaciones respecto de cuestiones relacionadas con la justicia social, también como resultado de las transformaciones sociales provocadas por la revolución industrial.²² El bien y el mal a la vez aumentó la confianza de los individuos en la capacidad del Estado para regular la economía y crearon la demanda de este tipo de intervención.

Al igual que como sucedió con el "Instrumento de Gobierno" original, probablemente algunas de las primeras experiencias históricas con las constituciones entendidas como "instrumentos de ingeniería social" también fracasaron o fueron de corta duración. La Constitución Mexicana de 1917 fue probablemente el primer ejemplo de una Constitución que transfiere al Gobierno la responsabilidad de, a la vez, remediar los efectos de las desigualdades

²² Ver Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Eds. Trubek, David M. y Santos, Alvaro. Cambridge: Cambridge University Press (2006), 63.

generadas por la industrialización y además crear las bases para la futura expansión industrial.²³ Otro ejemplo fue la Constitución Alemana de 1919. La Constitución Alemana de 1919 es un blanco particular para la crítica de la ingeniería social constitucional. La razón de esta crítica es el hecho de que la Constitución fue de corta duración, por lo menos en cuanto a su texto e ideales originales. Si bien la misma constitución fue formalmente mantenida durante el Tercer Reich, es justo decir que el orden constitucional fue cambiado el 1 de marzo de 1933, cuando el presidente emitió un decreto que restringió las libertades civiles en un proceso que llevó a la creación del régimen nazi. Por supuesto, tal como el Instrumento de Inglés de Gobierno, la Constitución de Weimar podría no ser una buena referencia para el análisis del modelo, ya que otras cuestiones estuvieron en juego. Lo más probable es que el fracaso de la Constitución de Weimar estuvo más relacionada con la situación económica de Alemania como consecuencia de las concesiones relacionadas con el final de la Primera Guerra Mundial que con los méritos de la constitución misma.

La Constitución Mexicana provee un interesante foco de análisis, ya que fue la primera en asegurar la protección de los derechos sociales y económicos y sigue en vigor hasta hoy. En cuanto a muchos derechos sociales y económicos relevantes, la Constitución Mexicana no los concedió formalmente. En lo que respecta a la educación, por ejemplo, su artículo 3 estableció que la educación sería libre y laica, evitando la existencia de grupos educativos apoyados por instituciones religiosas. No estableció ninguna obligación del gobierno de proporcionar educación a los que no podían pagar. Sólo mencionó que la educación que fuera proveída por el gobierno sería gratis, pero sin ningún tipo de obligaciones claras para el gobierno con respecto a la erradicación del analfabetismo, el garantizar el acceso a la educación para todos, o cualquier cosa que pudiera ser exigida por los ciudadanos.²⁴ En realidad, el Artículo 31, Sección I, de la

²³ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7th ed. São Paulo (2010), p. 65.

²⁴ "Art. 3o.- La enseñanza es libre; pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial, Tomo V, 4ª. Época, No. 30, Lunes 5 de febrero de 1917, pp.149-161.

Constitución Mexicana de 1917 estableció que era una obligación de los ciudadanos mexicanos el llevar a sus hijos menores de 15 años a la escuela, pública o privada, para recibir educación básica y militar.²⁵ No existía ninguna obligación comparable del gobierno de ofrecer educación pública para todos los niños menores de 15. El Artículo 123, Sección VI, mientras regulaba el salario mínimo también mencionaba que los salarios deberían ser suficientes para que los trabajadores pudieran pagar por su educación, pero no estableció normas claras para dicho salario mínimo, permitiendo que fueran determinadas por los estados individuales de la Federación mexicana.

En lo que respecta a la salud, la Constitución Mexicana de 1917 fue aún más tímida. Sólo reguló la salud en relación a las condiciones de trabajo, estableciendo en su artículo 123, sección XV, que los empleadores deben cumplir con las regulaciones relacionadas con las condiciones laborales de sus empleados y evitar riesgos para la salud en el entorno laboral.²⁶ Tal disposición, como se dijo, proporcionaba escasa protección a los trabajadores, ya que sólo indicaba que las normas de salud en el lugar de trabajo y las sanciones por violaciones serían establecidas por la legislación aplicable. Una conclusión posible es que la disposición era inútil, ya que la regulación de los problemas de salud en el lugar de trabajo ya era ejecutable, sin necesidad de contar con una base constitucional.

La Constitución de Weimar concedió más protección específica en estos ámbitos. En su artículo 143, decía que el gobierno proporcionaría educación a los jóvenes y que la unión, los estados y los municipios cooperarían hacia ese fin.²⁷ En cuanto a la protección de la salud, la

(disponible en
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf).

²⁵ " Art. 31.- Son obligaciones de los mexicanos: I.- Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de Instrucción Pública en cada Estado." Supra nota 19.

²⁶ "XV.- El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes." Supra nota 19.

²⁷ Traducción libre de la Constitución del Reich Alemán del 11 de Agosto de 1919 (disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/2050-ps.asp>).

Constitución de Weimar no era tan clara, y solo establecía que el gobierno crearía un sistema de seguros para proteger la capacidad para trabajar de sus ciudadanos, y que dicho sistema no sería apoyado solo por el estado sino que también incluiría contribuciones de los individuos.

A pesar de que el lenguaje en tales constituciones no era muy preciso, el objetivo de dirigir la sociedad hacia un camino particular estaba claro. A diferencia de nuestra percepción contemporánea sobre la protección de los derechos sociales y económicos en los estados del bienestar, la protección de los derechos sociales y económicos en tales constituciones estaba mucho más basada en la regulación de los individuos que en inversiones directas por parte del gobierno. Por otra parte, la crucial importancia de las relaciones de trabajo trató a las políticas respecto de la educación y la salud como un medio hacia la protección de los trabajadores, teniendo en cuenta su poder de negociación más débil en comparación con los empleadores.

En cierto sentido, las experiencias con la recuperación de la Gran Depresión en los Estados Unidos y la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial aumentó la confianza en el gobierno como generador de políticas, así como en su capacidad para regular y apoyar a todos los sistemas de educación, seguros sociales, y seguros de salud. Cuando la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de 1919 fueron escritas, esas experiencias no existían, lo que podría explicar porqué este tipo de textos, a pesar de su valor histórico, no otorgaron ninguna protección real a los derechos sociales y económicos.

Cuando la Constitución Brasileña de 1988 fue escrita, estuvo profundamente influenciada por esas exitosas experiencias anteriores en la construcción de los estados de bienestar. En particular, la idea de una "constitución de conducción" prevaleció entre los expertos constitucionales que participaron en el proceso de elaboración de la Constitución Brasileña. El profesor constitucionalista portugués José Joaquim Gomes Canotilho inspiró el principal argumento relacionado con la "constitución de conducción". Dado que Portugal había pasado recientemente por una transición a la democracia desde dictaduras militares en 1974 como consecuencia de la Revolución de los Claveles que puso fin al "Régimen Novo", en el poder desde 1933, [Portugal] fue una importante fuente de inspiración para los políticos e intelectuales brasileños. Como resultado, la Constitución Portuguesa de 1976 fue una influencia relevante en la Constitución Brasileña, y, como consecuencia, también lo fueron las teorías proporcionadas por José Joaquim Gomes Canotilho.

Según Canotilho, en base a su amplia revisión de otras constituciones europeas y la constitución portuguesa en particular, la teoría de una "constitución de conducción" se basaría en la tendencia de las constituciones modernas de (1) transformarse en la estructura jurídica del gobierno y la sociedad, y (2) adoptar al mismo tiempo la posición de reglas, como garantías para los ciudadanos, y de tareas, como una dirección de los procesos sociales y políticos.²⁸ Por lo tanto, la "constitución de conducción" sería sustancialmente diferente de la constitución como un "instrumento de gobierno". En primer lugar, sería el mecanismo de regulación no sólo del gobierno, sino también de la organización nacional en su conjunto. En segundo lugar, proporcionaría los objetivos de la acción gubernamental, y dirigiría la actividad de todos los poderes del estado hacia esos objetivos.

José Joaquim Gomes Canotilho estaba consciente del riesgo de confundir la idea de la constitución con la idea de plan. En sus escritos, está claro que la idea de la "constitución de conducción" se inserta en la ideología socialdemócrata, tratando de llegar a un punto medio entre una economía planificaba y una liberal, y, como resultado, a una teoría a medio camino entre la idea de la constitución como un plan y el ideal del "instrumento de gobierno". La "constitución de conducción" entonces incorpora algunas partes de un plan social, sino pero no un plan completo. También mantendría las reglas que proveen garantías a los individuos contra las acciones gubernamentales. Canotilho no negó los riesgos de tal idea, que incluiría el peligro de un "totalitarismo constitucional".²⁹

Un balance sería alcanzado al no confiar en principios abiertos, que serían, por un lado, dependientes en los poderes discrecionales del ejecutivo y de la legislatura y, por otro lado, con cuestiones relacionadas a la administración de los recursos escasos y al rol del poder judicial en la gestión de dichos recursos.

Su idea era que las disposiciones constitucionales debían basarse en un programa, dejando de lado el balance de intereses y valores que estarían presentes en un análisis basado en principios, y centrándose en la relación entre fines y medios.³⁰ Para lograr ese objetivo, tres tipos de reglas serían adecuadas: (1) reglas de autorización, en la que la constitución indicaría el

²⁸ Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Limitada (1994), p. 170.

²⁹ Supra nota 23, p. 88.

³⁰ Supra nota 23, p. 200.

contenido obligado de las leyes normales, (2) reglas de programa, que establecerían metas para los poderes legislativo y ejecutivo; y (3) reglas instrumentales, las cuales no tienen ningún fin particular a alcanzar y cuya implementación representa, por y en sí mismo, el logro de la meta.

La eficacia de estas normas dependería de los mecanismos de aplicación, como la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad por los tribunales debida a la omisión de los legisladores o agencias del ejecutivo, tanto como resultado de las leyes que deben regular las disposiciones constitucionales o de políticas públicas exigidas por la constitución. En el caso de la Constitución Brasileña, ésta prevé una demanda judicial específica que es presentada directamente ante la Corte Suprema Federal, a fin de declarar la inconstitucionalidad por omisión, en su Artículo 103, Parágrafo 2, y establece que una vez que tal omisión sea declarada la respectiva rama del gobierno será notificada y, si se trata de una agencia ejecutiva, se tomarán las medidas necesarias en un máximo de 30 días. Por otra parte, la Constitución brasileña considera como derecho individual, previsto en su Artículo 5to, Sección LXXI, que todos los individuos tendrán el derecho a una orden judicial en caso de que "falte alguna regulación que hace inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía".

En Brasil, el erudito más influyente para el desarrollo de una teoría relacionada con la "constitución de conducción" fue José Afonso da Silva. Su análisis ha sido muy influyente en la interpretación de la constitución de 1988, y, como resultado, es un buen ejemplo para poner a prueba el concepto de la constitución como un "instrumento de ingeniería social".

José Afonso da Silva es más directo en lo que respecta al contenido social-democrático de la "constitución de conducción", mencionando que el conflicto entre "el liberalismo, con su concepto de la democracia política, y el intervencionismo o socialismo se refleja en las constituciones contemporáneas, con sus principios de derechos sociales y económicos, que abarcan un conjunto de disposiciones relativas tanto a los derechos de los trabajadores como a la estructura económica y las condiciones de la ciudadanía. La colección de dichos principios puede ser considerado como el contenido social de las constituciones. Esa es la fuente de la constitución de conducción, de la cual la Constitución Brasileña de 1988 es un ejemplo

importante, en la medida en que establece los objetivos y programas para la acción futura en el sentido de una orientación socialdemócrata".³¹

José Afonso da Silva desarrolló un argumento para clasificar las reglas previstas en la "constitución de conducción" de acuerdo a su "aplicabilidad", es decir, a las condiciones en que dichas normas podrían ser utilizadas en demandas contra el gobierno para forzar al gobierno a tomar una determinada acción. La "aplicabilidad" de las reglas podría ser un resultado de su eficacia, y, en consecuencia, José Afonso da Silva propuso cuatro conjuntos distintos de reglas: (i) reglas con plena eficacia y aplicabilidad inmediata; (ii) reglas de eficacia moderada y sujetas a las reglas de contención, que son reglas que proporcionan el gobierno medios para prevenir las reclamaciones individuales de sus ciudadanos, como los que están sujetos a un argumento relacionado, por ejemplo, con el mantenimiento del orden público; (iii) reglas institucionales, que otorgan ciertos derechos a los individuos en condiciones específicas, tales como las normas relativas a la creación de nuevos estados en una federación, pero que requieren de factores que están más allá de la capacidad de cualquier individuo aislado; y (iv) reglas programáticas, que son aquellas que no generan un derecho individual a solicitar al gobierno que actúe en una cierta dirección, sino que otorgan a las personas el derecho a demandar al gobierno en caso de que actúe en contra de esa dirección.

En cierto sentido, estas categorías deben ser utilizados por los tribunales para entender cómo aplicar las normas constitucionales en el tiempo. Por lo tanto, las reglas con plena eficacia son de aplicación inmediata, en un extremo, y, en otro extremo, las normas programáticas serán aplicables cuando son eficazmente reguladas por el poder ejecutivo o legislativo.

A modo de ejemplo, la Constitución Brasileña establece en su Artículo 205 que "la educación, derecho de todos y deber del Gobierno y de la familia, será promovida y estimulada con la colaboración de la sociedad civil, apuntando al pleno desarrollo de cada individuo, la preparación para el ejercicio de la ciudadanía y la calificación para el trabajo".³² Si se compara con la regulación del derecho a la educación en el texto original de la Constitución Mexicana de 1917, el Artículo 205 de la Constitución Brasileña ya establece que la educación es un deber del

³¹ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros (2008), p. 136 (traducción libtr).

³² "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

gobierno y no sólo de las familias. Si se toma sola, dicha regla no podría ser considerada como una regla de eficacia inmediata. Podría considerarse fácilmente como una regla programática, ya que no dice que es una obligación del gobierno el proporcionar educación gratuita, sino sólo promover la educación. Por lo tanto, un niño pobre que no tiene acceso a la escuela no tendría derecho a demandar al gobierno por un lugar en la escuela.

Sin embargo, la Constitución de Brasileña dio un paso más allá, y en el Artículo 208 estableció claramente en qué condiciones es un deber del gobierno el proporcionar educación gratuita: "el deber del Gobierno se hará efectiva a través de la garantía de: I - educación básica obligatoria y gratuita desde los 4 (cuatro) a 17 (diecisiete) años de edad, con la garantía de la oferta gratuita para todos los que no tienen acceso a este tipo de educación con la edad adecuada".³³ El Artículo 208 hace una diferencia con respecto a educación escolar secundaria, mencionando que en ese sentido, es el deber del gobierno establecer la "universalización progresiva de la enseñanza de nivel medio". No hay duda entonces que en relación a la educación básica obligatoria, su efectividad es inmediata. Toda persona tiene el derecho a demandar al gobierno por un lugar en la escuela de educación básica.³⁴ Con respecto a la educación de nivel medio, ésta es una regla programática y cualquier individuo puede demandar si ella o él puede demostrar que el gobierno no está cumpliendo su deber de invertir en la progresiva universalización de la educación secundaria.

Del mismo modo, el Artículo 196 de la constitución Federal establece lo siguiente en relación con al derecho a la salud: "La salud es un derecho de todos y un deber del Estado y será

³³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1 - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2 - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

garantizado mediante políticas sociales y económicas encaminadas a reducir el riesgo de enfermedades y otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios que tienden a su promoción, protección y recuperación. "

Como ya he argumentado en otras oportunidades,³⁵ tal artículo, junto con el Artículo 197 ("Las acciones y servicios de salud son de importancia pública, y es competencia del Gobierno proveer, de conformidad con la ley, su regulación, supervisión y control, y se llevarán a cabo directamente o por terceros, así como por individuos o entidades jurídicas privadas") deja claro que el derecho a la salud estará basado en políticas públicas. A partir del Artículo 196 es claro que el derecho a la salud hecho efectivo a través de políticas públicas orientadas al acceso universal. El acceso universal no es el punto de partida, pero el punto hacia el que las políticas del gobierno deben encaminarse. Como resultado de ello, ninguna persona tiene derecho a demandas individuales contra el gobierno por los fracasos en la implementación de dichas políticas.

La teoría de la constitución como un "instrumento de ingeniería social" tiene solo un problema: se aparta de la idea de que los autores de la constitución acertarán al elaborarla. En el caso de la constitución como un "instrumento de ingeniería social", debería ser obvio que las reglas con eficacia inmediata sólo se aprobarán en los casos en que el presupuesto gubernamental sea capaz de pagar por los costos relacionados con dicha regla. Los individuos tienen inmediatamente el derecho a demandar al gobierno por tales servicios. Además, con respecto a las normas con eficacia restringida o programática, los autores tendrán en cuenta las necesidades presupuestarias con el fin de permitir que el gobierno haga las inversiones encaminadas a esos objetivos.

Sin embargo, la teoría de la constitución como "instrumento de ingeniería social" no consideró tres problemas concretos con respecto a tales supuestos. En primer lugar, estos cálculos son inmensamente complejos. Incluso los autores de la constitución más sofisticados difícilmente estarán en condiciones de hacerlo bien en términos de entender si un determinado derecho que se otorga en la constitución como una regla inmediatamente efectiva va a costar

³⁴ El párrafo 1 del Artículo 208 establece específicamente que es un derecho individual de cada individuo el demandar al gobierno para obtener un puesto en la escuela con educación básica y gratis.

³⁵ Carlos Portugal Gouvêa, *Derechos Sociales contra los Pobres*, en *El Constitucionalismo en transición* (Alberto do Amaral et al. eds., 2012), p. 13, 25.

tanto como fue estimado inicialmente o no. La población puede crecer, la economía puede pasar por una crisis, y muchos otros factores pueden crear restricciones presupuestarias que no son previsible en absoluto.

En segundo lugar, los autores pueden conceder a propósito tales derechos sabiendo desde el principio que el gobierno no va a ser capaz de pagar por estos servicios y que los programas sugeridos nunca serán implementados. Tales derechos funcionan como medios para evitar conflictos sociales, dando a la población general la idea de que tienen ciertos servicios, a la par con otras naciones más desarrolladas, mientras que, de hecho, dichos servicios no se proporcionan a todos. Algunos serán excluidos del acceso a tales servicios porque viven en zonas remotas del país. Otros ni siquiera sabrán que tienen derecho a este tipo de servicios. Los que son más activos eventualmente iniciarán demandas judiciales y obtendrán los servicios. Y los políticos estarán legitimados para ofrecer este tipo de servicios en las áreas donde las inversiones proporcionarán una mayor rentabilidad en términos de votos. Esos derechos existen sólo en el papel y no en la vida real. O todavía peor, terminan promoviendo la desigualdad social y regional que supuestamente iban a combatir.

Y en tercer lugar, los jueces pueden cometer errores al interpretar cuáles reglas son programáticas y cuáles son de eficacia inmediata. El caso del acceso a los medicamentos en Brasil es un buen ejemplo. A pesar de que el Artículo 196 no prevé el libre acceso a cualquier clase de servicios médicos como un deber del gobierno hacia todos, muchos jueces, ante la solicitud de las personas para permitir el acceso libre a la medicina no usualmente proporcionada por el gobierno, tienden a conceder la solicitud, sin importar el costo o la eficacia del medicamento. El juez cree que se enfrenta a una situación de vida o muerte y toma el camino más fácil, que es la concesión de la droga. El juez no está a cargo del presupuesto del municipio que pagará por el medicamento de manera que no sabe cuántos niños acabarán sin sus tratamientos básicos a cambio de ofrecer a alguien ciertos medicamentos experimentales costosos. En ciertos casos, ésta puede ser una elección entre ciertas muertes de muchos a cambio de cura incierta para uno.

Estas tres fallas importantes en la teoría de la constitución como "instrumento de ingeniería social" demuestran que dicho modelo está deteriorado. Más todavía, como se demostrará en la sección final de este documento, ni siquiera la Constitución Brasileña puede ser considerada como una "constitución de conducción".

5. El modelo de la constitución de gestión

El modelo de la constitución de gestión es un modelo que intenta superar las deficiencias del "instrumento de gobierno" y los modelos de "ingeniería social" mediante la aplicación de los desarrollos actuales en la gestión corporativa a la teoría constitucional. Más que crear una gran teoría sobre la capacidad de la constitución para incorporar los valores de la sociedad o para conducir la sociedad a terrenos más elevados, el propósito de este enfoque es la identificación de casos exitosos que puedan ser replicados en otras áreas de análisis constitucional en el que se carece de éxito.

En primer lugar, voy a resumir el fracaso de los dos modelos anteriores previamente identificado, y basándome en ello, indicaré una nueva dirección. En cuanto al modelo del "instrumento de gobierno", su fracaso es que los gobiernos modernos requieren normas que puedan ser aplicadas a las políticas públicas que necesitan ser implementadas y que pueden tener un impacto sustancial en la sociedad, y que la constitución debe regularlas. En la mayoría de los países, los presupuestos de los departamentos de salud y educación son muy superiores a los presupuestos militares o policiales. No tendría ningún sentido tener disposiciones en la constitución para establecer cómo será gobernado el presupuesto militar, y no tener ninguna referencia a la inversión en la salud pública. Eso es lo que quiero decir con el hecho de que los que abogan por la persistencia del modelo de "instrumento de gobierno" porque creen en un gobierno pequeño y que, en consecuencia, la constitución también deberá ser pequeña, están perdidos en el curso de la historia. Si el gobierno debe ser controlado, será controlado donde se encuentra hoy en día, no en lo que era hace 300 años.

El problema con el modelo del "instrumento de gobierno" es que los medios para cambiar la Constitución no deben ser tan estrictos como para que se evite que cualquier cuestión políticamente controvertida sea aprobada como una enmienda a la constitución. Como se discutió anteriormente, esto fue lo que sucedió en los Estados Unidos de América, con la Corte Suprema actualmente operando como la única alternativa real para modificar la Constitución, incorporando cuestiones importantes en el debate constitucional, tales como la protección de la privacidad, ya que no es posible aprobar ningún cambio en el texto de la Constitución por medio del mecanismo de modificación actual.

El problema es que esta situación puede dar lugar a una crisis institucional si la corte no está dispuesta a alinearse con las demandas populares de cambio o si el proceso de nombramiento a la Corte Suprema llega a ser tan político que afecta al rol de la corte en su sentido tradicional de intérprete independiente del derecho promulgado por el Congreso. El equilibrio de poder podría ser alterado de manera que la Corte Suprema se convertiría en el legislador supremo, por encima de los funcionarios electos en el Congreso y se perdería el papel tradicional de las cortes. Esto es peligroso ya que el ideal de las cortes como órganos independientes encargados de resolver conflictos entre los poderes ejecutivo y legislativo también ha jugado un papel importante, desde una perspectiva histórica, en la preservación de las democracias constitucionales.

Los defensores de la idea de la Constitución como un "instrumento de gobierno" pueden sospechar del modelo de la constitución de gestión en el sentido de que dar demasiado poder a los ciudadanos de manera directa puede conducir a la opresión de las minorías. Sin embargo, la transferencia de demasiado poder a las cortes puede dirigirnos en la misma dirección, en el sentido de que cuando los poderes ejecutivo y legislativo realmente acuden a oprimir a las minorías, las cortes no tendrán legitimidad para resistir, ya que serán una parte más del juego político del día.

En cuanto al modelo del "instrumento de ingeniería social", el problema también es uno de legitimidad. Una constitución que está llena de promesas incumplidas es una constitución que no genera ningún respeto en la ciudadanía. Como resultado de ello, su poder simbólico es reducido y el costo de rechazarla se vuelve mínimo. La constitución se convierte en una amenaza para la democracia y una invitación al totalitarismo a pesar de sus supuestas buenas intenciones. Las promesas que no se pueden cumplir no son sino mentiras.

Además, ¿quién proporciona las metas? ¿Quién decide el plan? Muy pocas constituciones, si es que alguna, son verdaderamente democráticas en su origen. Como se mencionó anteriormente, la Constitución Brasileña de 1988 no es diferente, y es el resultado directo de la combinación de las fuerzas políticas que resultaron de la dictadura militar. No hubo cambio de base en el nuevo régimen constitucional en Brasil con respecto a la ley electoral o cualquier otro mecanismo importante de la distribución del poder político. Pero incluso para las constituciones revolucionarias, promulgadas en situaciones extremas, las elecciones justas son raramente posibles. Incluso si la intención del movimiento revolucionario es el establecimiento de un régimen democrático, sería un peligro para la democracia el permitir que unos pocos

establezcan un programa para millones de personas cuyos planes para el futuro no fueron escuchados.

En este aspecto, el modelo de la "constitución de gestión" se opone al modelo de "ingeniería social", en el sentido de que, sin importar cuán buenas sean las intenciones iniciales, ningún "principio" o "plan" que figura en la Constitución será resistente al cambio, tal como ninguna disposición del acta de constitución de una empresa es resistente al cambio por parte de sus accionistas. Ninguna decisión debe ser quitada de la ciudadanía, tal como ninguna decisión de la empresa puede ser removida de los accionistas.

En este sentido, tanto el modelo del "instrumento de gobierno" y del "instrumento de ingeniería social" han fallado. Ambos modelos no consideraron medios por los cuales los ciudadanos pueden cambiar directamente el texto de la constitución y cambiar sus derechos y protecciones, la distribución del poder entre los distintos poderes del estado, y el plan consagrado en la constitución.

La Constitución Brasileña establece medios de enmienda que son superiores a los de la Constitución de EE.UU. en el sentido de que es más fácil que una enmienda sea aprobada. La Constitución Brasileña establece en su Artículo 60, Parágrafo 2, que la modificación debe ser votada en dos ocasiones por la Cámara de Representantes y por el Senado y aprobada, cada vez, por 3/5 de los miembros de cada cámara.

Como resultado de dicha disposición, la Constitución Brasileña, desde que se promulgó el 5 de Octubre de 1988, ha sido modificada 72 veces. Teniendo en cuenta que esta es la sexta legislatura después de la promulgación de la constitución, esto significa un promedio de 12 enmiendas por legislatura. Mientras en el caso de la Constitución de EE.UU. Ha habido una enmienda cada 8 años, en el de la Constitución brasileña ha habido una enmienda cada cuatro meses - una tasa que es 16 veces mayor, para una Constitución cuyo texto tiene aproximadamente 8 veces más palabras. Teniendo en cuenta que la Constitución de EE.UU. además tuvo la mayor parte de sus enmiendas en los primeros años, el ritmo de cambio es comparable si se ajusta por el tamaño y el detalle de cada texto legal.

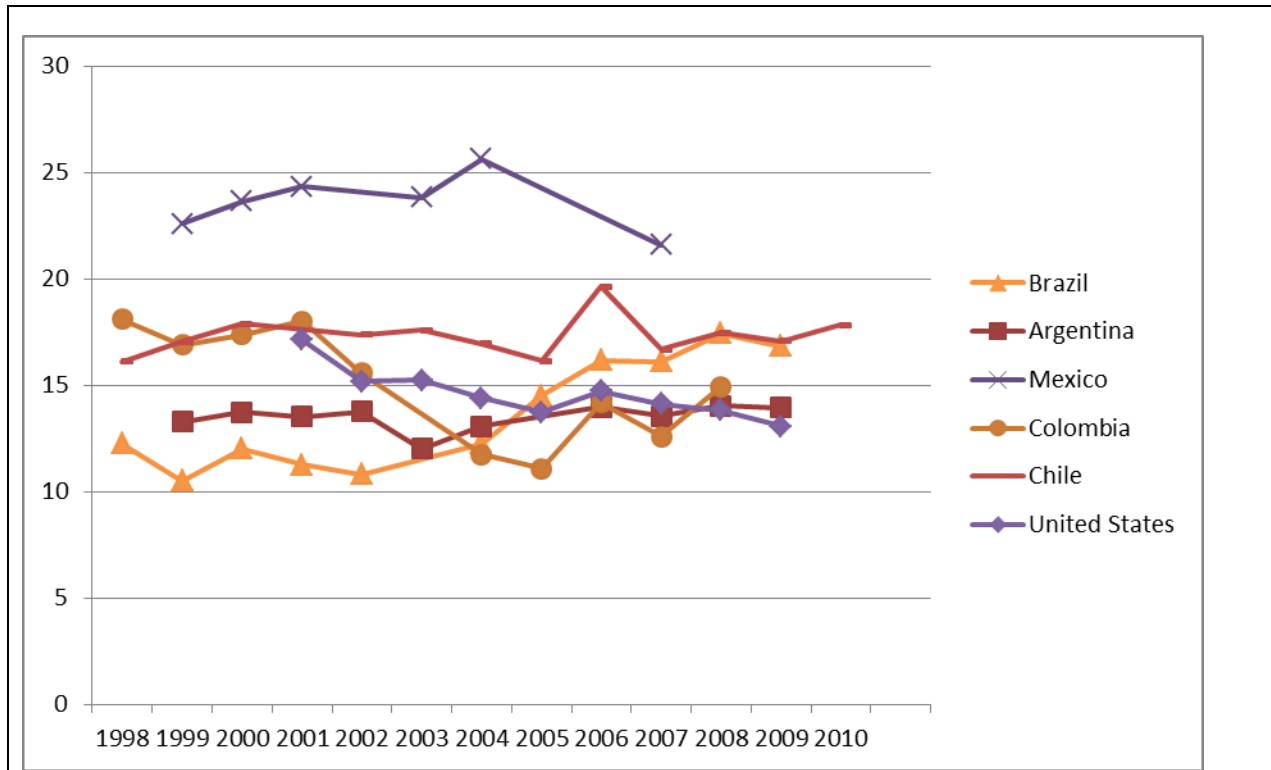
Muchas de estas enmiendas ajustaron aspectos del "programa" establecido en la constitución. Por ejemplo, en su versión original, el Artículo 192 de la Constitución Brasileña estableció que el sistema financiero sería regulado por una ley constitucional complementaria, es decir, una especie de estatuto que requiere mayor quórum de las leyes ordinarias. Como

resultado de un intenso *lobby* de las instituciones financieras, la Enmienda 40 de 2003 excluyó este requisito. La misma enmienda excluyó una disposición del Artículo 192 que limitaba las tasas de interés en las operaciones financieras al 12% por año, excluyendo el ajuste por inflación y los gastos de gestión. Hasta el 2003, ninguna ley había sido promulgada para regular las instituciones financieras. Además, los bancos cobraban tasas de interés muy superiores a los límites previstos por la Constitución. Las disposiciones del Artículo 192 fueron claramente ignoradas y, como resultado, en lugar de insistir en el "programa", la Constitución fue cambiada y la regla programática eliminada, ya que estaba siendo ignorado en la práctica. Esta una solución mucho mejor que el mantenimiento de una norma programática que no será implementada y, en consecuencia, terminará desafiando la legitimidad de la Constitución.

En otros casos, como en el caso del Artículo 208, se modificó la Constitución no para revertir el "programa" establecido con anterioridad, sino para reforzarla. El Artículo 208, Sección I, fue modificado para aclarar que la obligación del gobierno de proporcionar educación básica gratuita se debe garantizar a los niños de 4 a 17 años, mientras que anteriormente el lenguaje no especificaba los límites de edad.

De acuerdo a la información proporcionada por el Banco Mundial en sus Indicadores de Desarrollo Mundial, de la comparación de Brasil, Argentina, México, Colombia, Chile y Estados Unidos, entre los años 1998 y 2010, resulta que Brasil fue el único país que mostró un aumento constante de gasto público en educación como porcentaje del gasto público total.

<p>Gráfico 1. Gasto público en educación, total (% de gasto público), Brasil, Argentina, México, Colombia, Chile, y Estados Unidos States entre los años 1998 y 2010</p>
--



Fuente: World Bank, World Development Indicators, 2013.

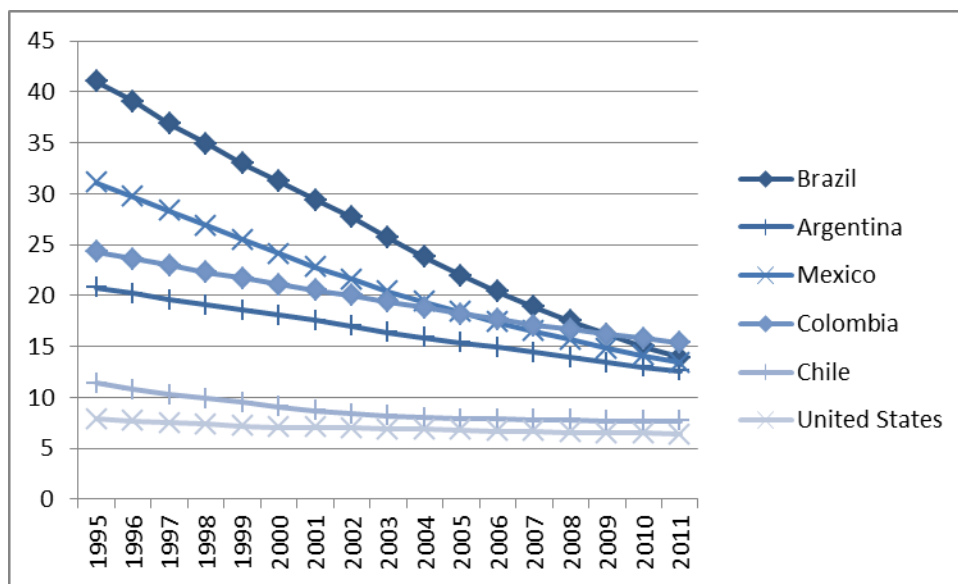
Su nivel actual de gastos, de alrededor del 17% del gasto público total, representa adecuadamente un equilibrio entre las necesidades de inversión previstas por la Constitución Brasileña. No obstante la clara disposición en la Constitución respecto de la obligación del gobierno de apoyar la educación básica gratuita para todos, el Artículo 208 de la Constitución exige que el gobierno federal invertirá en educación, anualmente, al menos 18%, y los Estados y Municipios al menos el 25% del total de sus los ingresos fiscales. En este caso en particular, la protección de los derechos sociales y económicos alcanza un círculo completo, ya que la Constitución establece, por una parte, la clara obligación del gobierno de proporcionar educación básica gratuita y, por otro lado, proporciona recursos suficientes para dichas inversiones.

En lo que respecta a la salud, la Constitución crea un mecanismo diferente. En primer lugar, establece la creación del Sistema Único de Salud. Además, en el Artículo 198 de la Constitución ésta provee que una ley complementaria debe prever el mínimo de inversión del Gobierno Federal en salud y la inversión porcentual mínima en salud que los estados y municipios también deben hacer anualmente. Dicha ley complementaria fue promulgada en 2012 estableciendo que el gobierno federal no podrá invertir menos de lo que invirtió en la asistencia

sanitaria en el año anterior ajustado por el crecimiento en el Producto Interno Bruto del país, y que los estados deben invertir el 12% de todos los ingresos tributarios del estado y los municipios deberán invertir el 15% de sus ingresos fiscales en el cuidado de la salud.

Tanto en el caso de la educación y la atención de salud tales mejoras constantes en el texto y en las regulaciones con el fin de cumplir con las promesas de la Constitución son un resultado exclusivo de la existencia de poderosos *lobbies* por parte de sindicatos de profesores y profesionales de la salud. Desde el proceso de promulgación de la Constitución, estos grupos han apoyado las propuestas relativas a la salud y la educación. Como resultado, la mayor parte del contenido de "programática" de tales disposiciones de hecho se hicieron realidad. Como lo demuestra el gráfico a continuación, la mortalidad infantil se redujo drásticamente en Brasil, a partir de 41 por cada 1.000 nacimientos en 1995 a 13,9 en 2011, superando a Colombia con 16,2 para el mismo índice y México con 14,8, a pesar de la reducción sustancial de México desde 31,1 en 1995.³⁶

Gráfico 2. Tasa de mortalidad infantil (por cada 1.000 nacimientos con vida), Brasil, Argentina, México, Colombia, Chile, y Estados Unidos entre 1995 y 2011

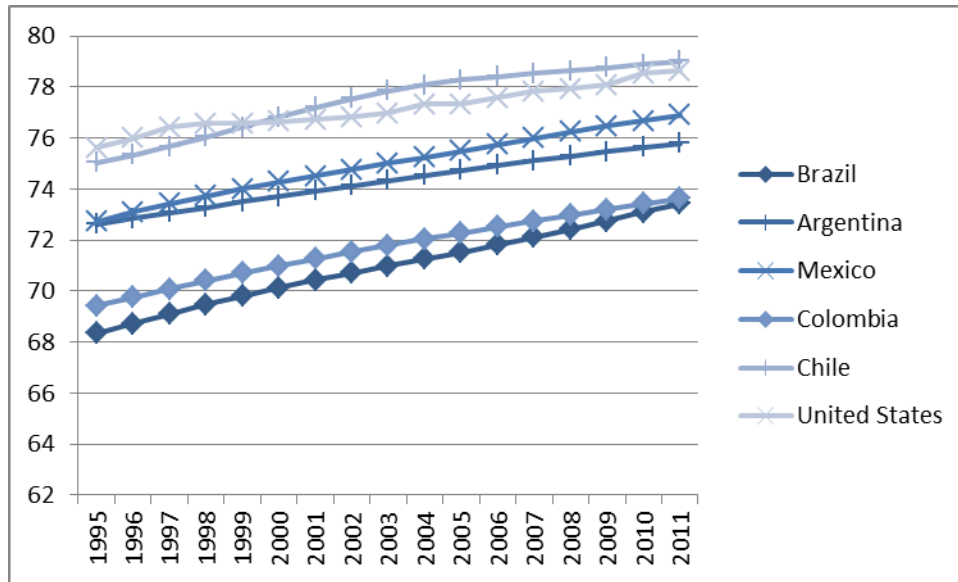


Fuente: World Bank, World Development Indicators, 2013.

³⁶ Ver Anexo 1 abajo.

Si nos fijamos en la expectativa de vida, probablemente el indicador de salud más importante, las mejoras en Brasil estaban a la par con otros países comparables de América Latina y los Estados Unidos en el mismo período entre 1995 y 2011, según lo previsto por el siguiente cuadro:

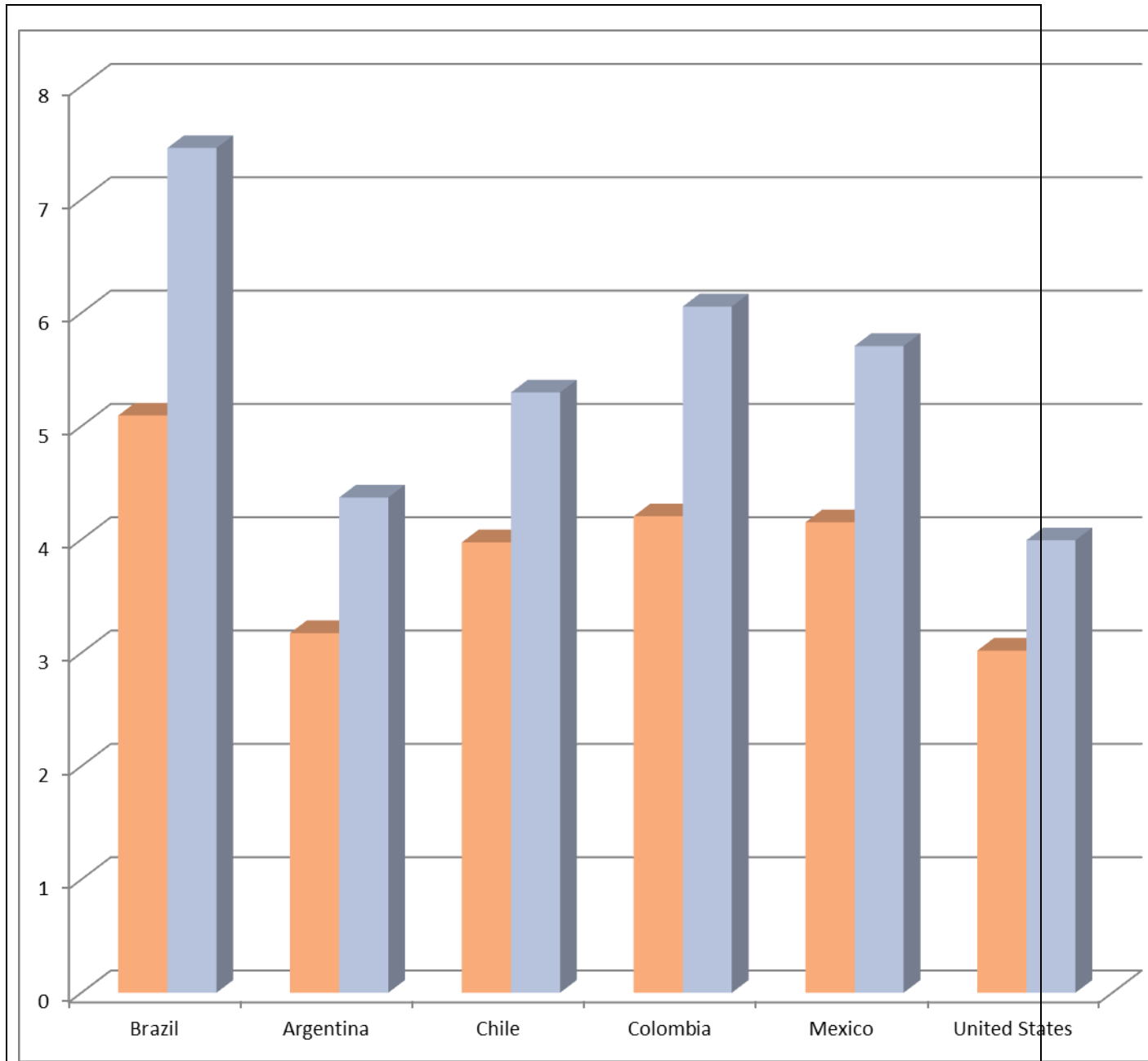
Gráfico 3. Expectativa de vida en el momento nacimiento, total (años), Brasil, Argentina, México, Colombia, Chile, y Estados Unidos entre 1995 y 2011



Fuente: World Bank, World Development Indicators, 2013.

Como lo demuestra el cuadro a continuación, Brasil presenta el mayor crecimiento absoluto y relativo de la expectativa de vida entre los países analizados.

Gráfico 4. Expectativa de vida en el momento nacimiento, Brasil, Argentina, México, Colombia, Chile, y Estados Unidos, mejora en años y puntos porcentuales entre 1995 y 2011

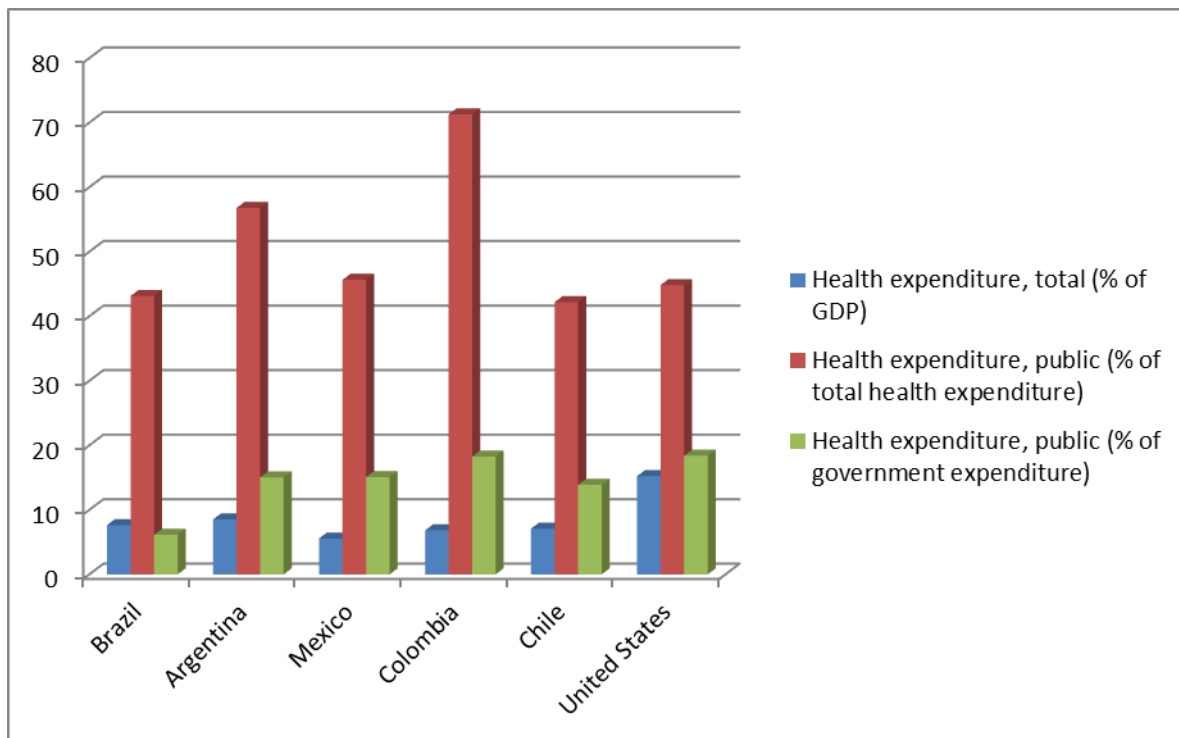


Fuente: World Bank, World Development Indicators, 2013.

Sorprendentemente, a pesar del hecho de que Brasil obtuvo las mayores ganancias en términos de mejora de la expectativa de vida en el período, fue el país que menos invirtió. Por lo tanto, ha sido el país que invierte más eficientemente en la atención de la salud. Esta eficiencia es consecuencia de la estructura del Sistema Único de Salud prevista en la Constitución Brasileña, según la cual dicho sistema debe ser un esfuerzo conjunto de instituciones públicas y privadas.

También, como se mencionó anteriormente, el Artículo 196 de la Constitución establece que el derecho a la salud será implementado por medio de políticas públicas, lo que le permite al gobierno dirigir sus recursos a los más pobres entre los pobres, y no a los individuos ricos con acceso a servicios legales de primer nivel como sería el caso si tales derechos se proporcionaran como derechos individuales. La acción de las cortes brasileñas con respecto a la distribución gratuita de medicamentos prevé una excepción notable a esta regla, como resultado de la mala interpretación de dicho artículo por las cortes, como ya he tenido la oportunidad de discutir en mucho más detalle. En este caso particular, una enmienda a la Constitución sería necesaria para corregir la comprensión de las cortes.

Gráfico 5. Gasto de salud promedio, Brasil, Argentina, Mexico, Colombia, Chile, y Estados Unidos, entre 1995 y 2011



Fuente: World Bank, World Development Indicators, 2013.

De acuerdo a la información proporcionada por los Indicadores de Desarrollo Mundial y cálculos del autor, en ese período, la inversión pública en salud en Brasil como porcentaje del gasto público total sólo alcanzó al 6,13%, mientras que todos los demás países tuvieron en promedio de alrededor del 16%. Brasil invirtió menos de la mitad de lo que hicieron los otros países en términos de porcentaje de los gastos públicos totales en salud. A pesar de esta inversión limitada, sus resultados en términos de aumento de la expectativa de vida permite que se cierre la brecha con respecto a otros países de América Latina.

La siguiente tabla proporciona una relación que compara, para cada país, cuántos puntos porcentuales del gasto de salud (i) como porcentaje del PIB y (ii) como porcentaje de los gastos públicos totales se requerirían para mejorar la expectativa de vida en un año para cada país, basado en el desempeño de cada país entre 1995 y 2011, y suponiendo que el aumento de la inversión se traduciría en una mejora equivalente en la salud pública.

Nombre de país	Aumento de gasto de salud como porcentaje total del PIB que es necesario para aumentar un año de expectativa de vida	Aumento de gasto de salud como porcentaje total del
Brasil	1,50	1,20
Argentina	2,68	4,74
México	1,34	3,63
Colombia	1,62	4,34
Chile	1,78	3,49
Estados Unidos	5,04	6,09

Brasil y México parecen estar en mejor posición para invertir eficientemente recursos para mejorar la expectativa de vida. Sin embargo, las inversiones en la salud pública por del

Gobierno de Brasil representarían una carga menor comparado con otras áreas de inversión pública, ya que, en comparación con otros países de América Latina, Brasil alcanzó niveles equivalentes de salud pública sobre la base de una inversión de una parte mucho menos importante de su presupuesto total. Esto puede ser una consecuencia de la estructura del Sistema Único de Salud prevista en la Constitución Brasileña, que permite un buen equilibrio entre la inversión pública y privada en materia de salud pública, ya que es un sistema universal complementado por un seguro privado. Los recursos públicos son dirigidos a los más pobres entre los pobres, que no tienen acceso a un seguro privado y tienen que ir hospitales públicos y hospitales privados que serán pagado por el sistema de seguro de salud pública proporcionada por el Sistema Único de Salud. Como resultado, en Brasil la participación del gobierno en los gastos totales de salud es baja, con un promedio de 43%, que es inferior al nivel de los Estados Unidos, de 45% de los gastos públicos teniendo en cuenta los costos totales de la atención de salud del país. Éste es un resultado sorprendente teniendo en cuenta que la Constitución Brasileña obliga al gobierno a proporcionar acceso gratuito a la atención de la salud, mientras que la Constitución de EE.UU. no regula la atención de salud para todos.

Por lo tanto, en las constituciones modernas, sobre todo en países en los que la desigualdad de ingresos y otros problemas sociales son extremos, un orden constitucional que establece los derechos sociales y económicos también debería proporcionar información con respecto a las fuentes de los fondos para este tipo de inversiones y las prioridades de inversión. Esto no es sólo para asegurarse de que se realicen este tipo de inversiones, sino también para que estas inversiones se realicen de manera eficiente, en beneficio de los más pobres entre los pobres. Para lograr este objetivo, la Constitución podría no conceder derechos a los individuos, como un derecho individual a la salud y la educación. Más bien debería prever medios objetivos para que tales derechos sean implementados y ejercidos por las personas, evitando que los beneficios del derecho constitucional a la salud y la educación sean drenados por los individuos más ricos de la sociedad. La constitución de gestión ya no es más un instrumento ideológico, sino que un mapa real para guiar al gobierno en cada paso del camino.

Volviendo a la comparación con las empresas, el movimiento para incluir referencias a la gestión presupuestaria en el cuerpo de la constitución equivaldría a incorporar también ciertas restricciones presupuestarias en los documentos básicos de las corporaciones. En parte, este movimiento ya se llevó a cabo con las empresas públicas, ya que en la mayoría de las

jurisdicciones ellas están obligadas a proporcionar información con respecto a las estimaciones *forward looking*. Pero la necesidad de hacer públicas todas las decisiones presupuestarias cambiaría por completo el nivel de control que los accionistas tienen actualmente sobre sus empresas. Si los gobiernos lo hacen en primer lugar, las empresas también lo harán a su debido tiempo.

Lo mismo se debería aplica a la estructura de la constitución. El objetivo de la constitución de gestión es aumentar la vigilancia sobre aquellos que implementan las políticas públicas, incluidos los miembros de los poderes Judicial Ejecutivo, Legislativo y también. Este control es posible porque la propia Constitución establece pautas claras para las políticas públicas.

Con respecto a la supervisión, se pueden aprender poderosas lecciones de las mejoras en el gobierno corporativo durante las últimas décadas. En cuanto a los requisitos de divulgación, se puede decir que en la mayoría de los países con mercados de capitales desarrollados, los accionistas tienen mucha más información sobre la situación financiera de las empresas en las que invierten que sobre sus gobiernos. Esto crea un déficit de legitimidad inmediata en el gobierno, en comparación con las organizaciones empresariales. Los ciudadanos pagan impuestos y tienen derecho a tanta transparencia como la que tienen los inversionistas de grandes empresas.

Por lo tanto, el modelo de la constitución de gestión también debiera incluir como claros requisitos el que ciertas entidades gubernamentales, como las principales ramas del gobierno federal y los estados, emitirán informes financieros anuales o trimestrales. Además, todas las otras agencias gubernamentales con presupuestos superiores a un determinado umbral también emitirán informes financieros individuales. Estos informes serían emitidos de acuerdo a principios estrictos de contabilidad, y las cortes tendrían un papel importante en la supervisión en lo que respecta a la emisión de dichos informes.

El último elemento de la constitución de gestión es que estará sujeto a ser cambiada directamente por la ciudadanía. Por desgracia, la Constitución Brasileña no prevé ningún medio de cambio directo por el pueblo del texto constitucional. El Artículo 60 de la Constitución establece que sólo el presidente, un tercio de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso, o más de la mitad de los poderes legislativos de los Estados podrá proponer enmiendas a la Constitución. En su Artículo 14 la Constitución establece proyectos de ley

basados en la iniciativa popular, pero sólo para la legislación ordinaria. Además, las enmiendas a la Constitución no requieren ratificación por el pueblo. Como resultado, en la actualidad, con sólo una mayoría de 3/5 de cada una de las cámaras del Congreso, la coalición gubernamental puede cambiar la Constitución para atender a sus intereses. El mecanismo para modificar la Constitución es actualmente la amenaza más significativa para el mantenimiento de un régimen democrático en Brasil.

Más recientemente, después de que la Corte Suprema de Brasil condenó a miembros de alto nivel del Congreso por corrupción por primera vez desde la promulgación de la Constitución de 1988,³⁷ se presentaron varias propuestas para modificar la Constitución con el fin de evitar nuevas investigaciones y restringir el poder del Tribunal Supremo. El ejemplo más importante de los mismos fue la Propuesta de Enmienda 37 (*Proposta de Emenda Constitucional* no. 37/2011). Originalmente propuesta solo como un medio para distribuir las competencias entre las fiscalías federales y estatales y de la policía en lo que respecta a las investigaciones penales, su proceso legislativo fue acelerado después de tales convicciones con el fin de demostrar que el Congreso podía tener el poder de limitar las acciones de los fiscales. Si dicha enmienda fuera aprobada, muchas investigaciones de corrupción serían transferidas a la policía, la cual no tiene las mismas protecciones constitucionales como las oficinas de los fiscales en lo que respecta a la independencia presupuestaria, por ejemplo. Esta combinación de factores transformó la Propuesta 37 en uno de los principales objetivos de las manifestaciones de 2013 en Brasil, que se concentró en protestas contra la corrupción. Como resultado de ello, en una votación a la velocidad de la luz, la cámara de representantes de Brasil rechazó la Propuesta 37 el 25 de junio 2013, por 430 votos contra 9, y 2 abstenciones,³⁸ y los políticos que votaron a favor de ella se disculparon al día siguiente, argumentando que habían votado a favor de la propuesta por error.

Tal como sucedió con el caso de los sistemas de salud y educación, en el que una intensa movilización social cambió el texto de la Constitución, también en lo que respecta a las facultades de investigación de los fiscales, la movilización social le dio a dichas provisiones un nivel mayor de protección constitucional, en el sentido de que el recuerdo de las manifestaciones siempre le recordará el Congreso que este tema no debe ser tocado.

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470.

³⁸ Disponible en <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>

Con el fin de prevenir tales abusos del proceso de reforma constitucional para atender a los intereses de determinadas mayorías ocasionales en el Congreso, el mejor remedio es exigir que las enmiendas constitucionales sean objeto de un referéndum. El modelo ideal sería disponer también que estas modificaciones sólo serán ser sometidas a votación solo en la elección que sigue a su aprobación, de manera que los funcionarios electos no tendrían incentivos para cambiar las normas constitucionales antes de los periodos electorales para promover su propios intereses o para restringir cambios de sus competidores. En el caso de la PEC 37, por ejemplo, los miembros del Congreso Brasileño tendrían miedo de poner el tema a votación al mismo tiempo en el que también participan de la elección. En tal caso las manifestaciones no serían necesarias porque la gente tendría la última palabra sobre el asunto, con altos costos para los funcionarios que finalmente fueran percibidos como habiendo funcionarios que votaron a favor de cambiar la Constitución para su propio beneficio.

Otro mecanismo que completaría el modelo de la constitución de gestión sería la iniciativa popular para cambiar la Constitución. Este mecanismo estaría basado en un requisito de un número mínimo de firmas para apoyar una propuesta de modificación de la constitución que se sometería a votación en el siguiente período electoral nacional. Dado que tales consultas se relacionan con cambios en la Constitución, los umbrales de votación serán superiores a los aplicables a los referendos regulares. Por ejemplo, en el caso de Brasil, un umbral de 3/5 de los votos válidos emitidos sería una buena referencia, ya que sería equivalente a los 3/5 de los miembros de las cámaras legislativas necesarias para aprobar una enmienda. La ciudadanía también mantendría su poder para cambiar la Constitución, incluso en contra de la voluntad del Congreso. Un clásico ejemplo de la importancia de ese mecanismo se relaciona con los cambios al sistema electoral. Ningún funcionario público en ejercicio votaría respecto de cambios al sistema electoral que crearían n incertidumbre para sus posibilidades de ser reelegidos. Como resultado, los sistemas electorales de los parlamentos serían difícilmente modificables excepto por medio de la democracia directa.

Esto plantea otra pregunta importante, que está relacionada con los límites a la eventual modificación de la Constitución. Los recuerdos de la Constitución de Weimar y el ascenso del nazismo todavía están frescos en la memoria de las sociedades occidentales, y por buenas razones. Los gobiernos autocráticos pueden legitimarse por medio de cambios repentinos en la constitución realizados a través de la democracia directa. Pero lo mismo podría suceder con

democracias puramente representativas, como de hecho sucedió con la Constitución de Weimar. Las democracias son siempre frágiles, y tomar el poder lejos de la gente sólo las hará más débil.

Para evitar este problema, la Constitución Brasileña prevé una solución torpe. El Artículo 60, Parágrafo 4, establece ciertos temas que no pueden ser infringidos por enmiendas constitucionales: (i) la forma federal de gobierno; (ii) los derechos de voto directo, secreto, universal y periódico; (iii) la separación de poderes; y (iv) los derechos individuales. Esas son las denominadas "cláusulas de piedra" que no se pueden cambiar. Por supuesto, estas disposiciones son simbólicas, en el sentido de que se puede cambiar, pero en este caso un nuevo orden constitucional sería establecido.

Respecto de esta cuestión el gobierno corporativo también puede proporcionar una valiosa lección. En las empresas brasileñas que se enumeran en el Novo Mercado, el nivel de cotización de la Bolsa de Valores de São Paulo con los más altos niveles de requisitos de gobierno, muchas empresas decidieron implementar cláusulas de sus estatutos según las cuales nuevas acciones serían emitidas a los actuales accionistas en casos de adquisición hostil. Estas cláusulas se denominan "cláusulas pétreas" en el sentido de que ellas protegen a la gestión y a los actuales accionistas mayoritarios. Algunos estatutos de empresas en Novo Mercado establecen que esas cláusulas no pueden ser cambiadas por los accionistas, o que dichas cláusulas sólo pueden ser cambiadas utilizando quorums que son anormalmente altos. El 23 de junio de 2009, la Comisión de Valores de Brasil (*Comissão de Valores Mobiliarios*) emitió un dictamen considerando que tales disposiciones son ilegales de conformidad con el derecho empresarial brasileño, ya que podrían limitar los poderes de los accionistas para modificar los estatutos con el fin de proteger a los actuales administradores.

En cierto sentido, el estado actual de la Constitución Brasileña y la constitución de la mayoría de las democracias liberales consiste en que la falta de medios para cambiar directamente la constitución se traduce en "cláusulas pétreas" inherentes, ya que es imposible cambiar las reglas según las cuales se eligen los políticos. Esas son las verdaderas "cláusulas de piedra".

En general, el modelo de las "cláusulas de piedra" no se opone al modelo de la "constitución de gestión". Para volver nuevamente a la analogía con las empresas, cuando un accionista decide comprar acciones de una sociedad en particular, él o ella también está eligiendo un modelo legal con ciertas reglas que no pueden ser cambiadas. Con anterioridad a ello, existe

una elección de comprar acciones de diferentes empresas, en diferentes países, con diferentes marcos regulatorios. En este sentido, el modelo de la constitución de gestión también admitiría ciertas cláusulas "de piedra" que definirían el tipo de organización gubernamental que se regirá por esta constitución. Sin embargo, para ser legítimas, tales cláusulas se tienen que someter a un referéndum por el pueblo. Sólo después de tal aprobación uno puede estar seguro de que el modelo propuesto fue el elegido por el pueblo, y no por grupos atrincherados que quieren proteger su posición en el gobierno.

El paso a una constitución de gestión previsto en este documento se basa en un principio simple: la supremacía de las personas. La constitución depende de las personas que la apoyan, y exigir la aclamación popular para cualquier cambio en la Constitución también significa que los votantes serán propietarios de la constitución, tal como los accionistas son propietarios de las empresas. Sin los medios de la democracia directa, nuevas constituciones serán solamente pintura nueva para casas antiguas. Se puede ver bien al principio, pero cuando llegue la tormenta se derrumbará. Ya es hora de que el derecho constitucional recupere sus fundamentos democráticos. La idea de una constitución de gestión aspira a ser un paso en esa dirección.

Anexo 1 - Datos sobre salud