



VICENTE PALERMO (comp.)

POLÍTICA BRASILEÑA CONTEMPORÁNEA

DE COLLOR A LULA EN AÑOS DE TRANSFORMACIÓN



INSTITUTO DI TELLA
Programa de las Naciones Unidas
para el desarrollo



SIGLO VEINTIUNO
DE ARGENTINA EDITORES

¿CONSTITUCIÓN O POLÍTICAS PÚBLICAS? UNA EVALUACIÓN DE LOS AÑOS FHC¹

Cláudio Gonçalves Couto
y Rogério Bastos Arantes

INTRODUCCIÓN

El problema constitucional brasileño y la agenda de reformas (no necesariamente) constitucionales

Uno de los aspectos más evidentes y controvertidos de la democracia brasileña contemporánea se refiere al hecho de que nuestra Constitución, promulgada en octubre de 1988, no ha llegado a adquirir hasta ahora las condiciones de estabilidad y permanencia que normalmente caracterizan a los textos constitucionales.

Si se observa la dinámica política y la producción legislativa post 1988, es posible afirmar, sin exagerar, que el país permaneció en una especie de agenda constituyente,

¹ Este artículo fue publicado originalmente en portugués en la colección organizada por Fernando Luiz Abrucio & Maria Rita Loureiro Durand, titulada *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Brasília: Ensp, 2002.

como si por una paradoja el proceso de reconstitucionalización no hubiese finalizado en octubre de aquel año. Debido a razones que este texto pretende elucidar, el hecho es que los gobiernos posteriores a 1988 se vieron obligados a desarrollar buena parte de su producción normativa todavía en el plano constitucional, esto es, por medio de modificaciones, agregados y/o supresiones de dispositivos localizados en la propia Constitución. En el Brasil post 1988, tomar decisiones e implementar políticas gubernamentales fueron actividades que no lograron adquirir apenas una rutina infraconstitucional. Por el contrario, buena parte de esas actividades tuvo lugar en el nivel superior de la jerarquía legislativa, o sea, en la propia Constitución.

La hipótesis más usual sobre la permanencia de una agenda constituyente en el Brasil post 1988 (comprobada por la intensa actividad de reforma del texto constitucional en ese período), afirma que la Constitución habría caído inmediatamente después de su nacimiento, esto es, que el texto habría sufrido un envejecimiento súbito, como si tuviese más que ver con el pasado del país que con el presente. Esa falta de sincronía sería especialmente perceptible en relación a la agenda de reformas estructurales del Estado y del sistema económico, la cual se fue imponiendo gradualmente al país como una necesidad para alcanzar la deseada estabilización de la economía y la recuperación del crecimiento sobre nuevas bases. En este sentido, el hecho de que la actividad gubernamental haya continuado ejerciéndose en el plano constitucional sería consecuencia de una incompatibilidad sustancial entre el contenido de la Carta de 1988 y los desafíos impuestos al país por la nueva realidad económica y política, tanto nacional como internacional.

Desde la promulgación del texto constitucional, se alzaron voces discordantes contra la Carta, a la que acusaban de constituir un obstáculo a la modernización, en el

plano económico, y un desastre desde el punto de vista de la gobernabilidad, en el plano político. En este sentido, la Constitución escrita bajo la égida de la "remoción de los residuos autoritarios" del régimen militar post-64, se convirtió ella misma "y muy rápidamente" en una especie de "residuo nacional-desarrollista", que precisaría ser removido para permitir la implementación de las llamadas reformas orientadas al mercado.

En la perspectiva de esa hipótesis sustantiva, desde José Sarney (1985-1990) y especialmente con Fernando Collor (1990-1992), comenzaron a plantearse cuestiones fundamentales del Estado y del modelo económico del Brasil que hicieron que el régimen constitucional fuera acusado de anacronismo apenas había nacido. Con Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), esa hipótesis sobre una incompatibilidad sustancial entre la Carta y los nuevos desafíos estructurales se puso de manifiesto en la formación de una amplia coalición de gobierno que, a diferencia del poco éxito que alcanzaron sus antecesores, consiguió implementar un importante conjunto de alteraciones en la Constitución.

Este texto pretende distanciarse de la hipótesis que sugiere una incompatibilidad sustantiva entre la Carta de 1988 y la agenda de reformas de los años 90, y desea llamar la atención sobre otra dimensión del problema constitucional brasileño: más allá de eventuales anacronismos presentes en la Constitución, nuestro objetivo es demostrar que la misma nos legó un peculiar *modus operandi* de producción normativa, con consecuencias significativas para el funcionamiento de la democracia brasileña. En este sentido, nuestra hipótesis es más formal que sustantiva, pues se refiere al modo por el cual se viene dando en el Brasil el proceso de toma de decisiones y gubernamental. Aquí nos importa poco el contenido concreto de las agendas de gobiernos específicos. Si nuestra hipótesis se muestra válida, la conclusión necesaria será que, independen-

dientemente del contenido específico de las distintas políticas gubernamentales —sean de izquierda o de derecha, implementadas por progresistas o conservadores (o cualquier otra denominación ideológica que se quiera dar)—, la actividad de gobierno en el Brasil seguirá dándose en gran medida en el plano constitucional y estaremos condenados a una permanente dinámica constituyente, incapaz de ponerle punto final al proceso iniciado en 1988.

Nuestro argumento principal es que la Carta brasileña de 1988 se caracteriza por haber consagrado formalmente como norma constitucional diversos dispositivos que en realidad presentan características de políticas gubernamentales, con fuertes implicaciones para el *modus operandi* del sistema político brasileño. En primer lugar, la constitución de políticas públicas hizo que los sucesivos gobernantes se viesen en la necesidad de modificar el ordenamiento constitucional para poder implementar parte de sus plataformas de gobierno. En segundo lugar, construir amplias mayorías legislativas pasó a ser una condición básica para superar la rigidez previa a que fue sometida la agenda gubernamental por la constituyente, algo especialmente difícil en el contexto institucional de un Estado federal y de un régimen presidencialista multipartidario como el brasileño. Por último, pero no menos importante, ese tipo especial de Constitución tuvo un impacto significativo sobre el funcionamiento del sistema de justicia, en la medida en que el Poder Judicial y especialmente su órgano máximo, el Supremo Tribunal Federal (STF), comenzaron a ser más utilizados para controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, no siempre relacionados con principios constitucionales fundamentales sino más frecuentemente con políticas públicas.

¿Cuáles serían las razones de la fuerte presencia de políticas públicas dentro del texto constitucional? Creemos

que una de las principales fue la forma en que llevó a cabo los trabajos la Asamblea Nacional Constituyente, favoreciendo en gran medida la introducción en el texto de dispositivos de tipo particularista. Souza y Lamounier hacen un buen resumen de ese proceso:

“De acuerdo con las directivas legales establecidas por la llamada ‘Enmienda Sarney’, los diputados y senadores a ser electos en noviembre de 1986 se reunieron unicameralmente, decidiendo por mayoría simple como una verdadera Asamblea Constituyente. Cuando ese nuevo Congreso comenzó sus actividades, a principios de 1987, se entablaron tensos debates entre los constituyentes sobre los poderes con que estaban investidos y sobre la organización que debía adoptarse en los trabajos. Finalmente, predominó una organización fuertemente descentralizada: los estudios iniciales serían hechos por subcomisiones y comisiones temáticas, que escucharían a la sociedad y votarían informes preliminares; concluida esa fase, una Comisión de Sistematización de 97 miembros (cuya presidencia le correspondió también al senador Afonso Arinos), se encargaría de preparar el proyecto final para ser votado en el plenario. El proyecto constitucional fue llevado a una primera votación en plenario a principios de 1988. Dado que el Congreso no se formó un bloque monolítico, el voto mayoritario tuvo que ser negociado y renegociado innumerables veces en la mayor parte de los artículos. La segunda y última vuelta ocurrió en setiembre de 1988, siendo promulgada el 5 de octubre la nueva Constitución”².

Este proceso descentralizado, el quórum de mayoría simple y la falta de un proyecto-base del cual pudiese par-

² “A feitura da nova Constituição: um resumo da cultura política brasileira”. In: Lamounier, Bolívar (1990).

tir el trabajo de los legisladores³, se constituyeron en factores favorables a la introducción en el texto de los más variados dispositivos; para ello, bastaba con que estos últimos contasen con el apoyo sustancial de algún grupo de presión o bancada parlamentaria, y que no lesionasen los intereses de la mayoría. En este sentido, se puede decir que las negociaciones entabladas en torno a la elaboración de la nueva Carta se dieron bajo la égida de una amplia *logrolling*: el apoyo de un grupo cualquiera a medidas patrocinadas por otro podría tener como retribución el posterior apoyo a una medida propia.

Coelho y Oliveira (1989) llamaron la atención sobre la dinámica extremadamente descentralizada que caracterizó a los trabajos constituyentes, destacando la falta de paralelismo de procesos semejantes en la historia constitucional brasileña e incluso en el derecho comparado. Según esos autores, "la construcción del futuro Proyecto se dio de afuera hacia adentro, de las partes hacia el todo. Veinticuatro subcomisiones temáticas recogieron sugerencias, realizaron audiencias públicas y formularon estudios parciales. Estos fueron reunidos en bloques de tres en tres, por medio de ocho comisiones temáticas. Sólo entonces la Comisión de Sistematización organizó el primer anteproyecto, el 15 de julio de 1987. A partir de allí, se da una tramitación formal con enmiendas, pareceres y votaciones. Hay muchos impasses, negociaciones y confrontaciones. En total, tomando en cuenta las distintas instancias de los trabajos constituyentes (comisiones, sistematización, primer y segundo turno de plenario), fueron presentadas 65.809 enmiendas. Desde el 15 de julio de 1987 hasta la redacción final, en setiembre de 1988, hubo nueve proyectos.

³ El texto elaborado por la Comisión Especial de Estudios Constitucionales (Comisión Alfonso Arinos) fue descartado por el presidente José Sarney.

Si bien es recomendable realizar un análisis más detallado de ese tipo de funcionamiento de la Constituyente antes de alcanzar conclusiones generalizadoras, nos parece defendible la hipótesis de que el formato adoptado fue el gran responsable por la introducción de una gran cantidad de dispositivos en el texto constitucional, los cuales podrían muy bien ser definidos como políticas públicas antes que como principios constitucionales generales y fundamentales. En este sentido, y más allá de los contenidos específicos consagrados por la Carta, ese tipo de normativa constitucional le dio rigidez formal a la futura agenda gubernamental. Siendo así, era esperable que buena parte de esos dispositivos se convirtiesen en blancos futuros de intentos de reforma por parte de las nuevas mayorías parlamentarias o de nuevas gestiones al frente del Ejecutivo, como de hecho ocurrió. De esta forma, el bajo grado de universalismo alcanzado por la Constitución y la gran cantidad de dispositivos particularistas y controvertibles presentes en el texto, son factores que ayudan a entender por qué la propia Constituyente programó una Revisión Constitucional general cinco años después de la promulgación (bajo influencia de la Constitución portuguesa, que incluía la previsión de revisiones cada cinco años); lo que fue hecho por medio del artículo 3º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias:

"Art.3º La revisión constitucional será realizada luego de cinco años, contados desde la promulgación de la Constitución, por el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional, en sesión unicameral".

Aunque algunos intérpretes de la Constitución hayan intentado vincular el artículo 3º del ACDT a los resultados del plebiscito sobre el sistema de gobierno que se realizó en 1993, prevaleció la opinión de que la autoprogra-

mada revisión de la Carta debería ser irrestricta, pudiendo versar sobre la totalidad del texto constitucional.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución nació bajo el signo de la reforma continua, pasó por la revisión constitucional de 1993/4 sin que el texto original sufriera muchas de las prometidas alteraciones⁴. En uno de los estudios más completos sobre las principales reformas constitucionales en el Brasil, Melo (2002) sostiene que, a despecho del potencial y de las expectativas de cambio que precedieron el proceso, el fracaso de la revisión de 1993/4 se dio en virtud de una conjunción de factores: junto a los aspectos que favorecían el cambio constitucional había “otras características, sin embargo, tales como el monopolio de la iniciativa propositiva por el Legislativo, la inexistencia de *policy advocates* para las enmiendas y la simultaneidad de las votaciones, que reducían el potencial de cambio por parte del gobierno. El análisis sugiere que ese potencial que propiciaba el arreglo constitucional fue anulado por el impacto devastador de factores contextuales, tales como las limitaciones electorales, la polarización de la agenda pública y la estructura de incentivos con la que se enfrentaban el Ejecutivo y el Legislativo en la coyuntura de la *Comissão Parlamentar de Inquérito* del presupuesto. El calendario electoral se constituyó, como variable independiente, en un factor decisivo”.

En sí mismo, el análisis de Melo revela un aspecto fundamental de aquello que hemos denominado problema

⁴ Según Melo (2002): “Instalada el 13 de octubre del '93 y finalizada el 31 de mayo del '94, la revisión votó apenas 19 cambios a lo largo de 80 sesiones, 12 de los cuales fueron rechazados ya en el primer turno de las votaciones. De las 17 mil enmiendas relacionadas —o mejor, simplemente ignoradas—, por el diputado relator Nelson Jobim, apenas fueron aprobadas seis. Entre estas últimas, la única enmienda relevante es la que redujo el mandato del Presidente de la República de cinco a cuatro años”.

constitucional brasileño: después de todo, ¿por qué el éxito o el fracaso de un proceso de revisión constitucional debería estar condicionado por los intereses del “gobierno”, por la presencia o ausencia de “*policy advocates*”, por el efecto negativo (devastador) de factores “contextuales”, por la “coyuntura” política y por el “calendario electoral”, si no es por el hecho de que esa Constitución es en sí misma una Carta de dispositivos típicamente gubernamentales? Esto es, los factores identificados por Melo para explicar el fracaso de la revisión constitucional de 1993/94 son la propia confirmación de nuestro argumento de que la Constitución creó un *modus operandi* de producción normativa, que vincula los intereses coyunturales, de gobierno y de los *policy advocates* al marco constitucional. Es por esa razón que en el post-1988 nuestra agenda política continuó siendo una agenda constituyente.

El otro ejemplo que confirma el argumento sobre la peculiaridad de nuestro ordenamiento constitucional es justamente el proceso de reformas constitucionales llevado a cabo durante los dos mandatos de Fernando Henrique Cardoso en la Presidencia de la República, que será mejor discutido más adelante. El mayor éxito del gobierno FHC en la implementación de reformas constitucionales se explica por la compleja pero favorable conjunción de factores, como los mencionados más arriba por Melo, en grado suficiente para que la agenda gubernamental de un Presidente en particular pudiese vencer los obstáculos de la constitucionalización a que fue sometida previamente por el modelo de 1988⁵.

⁵ Al referirse a este período, afirma Marcus Melo (2002): “Al contrario de la revisión constitucional, en la reforma en curso (1995-96), el Congreso reaccionó a iniciativas que partieron del Ejecutivo. Los ministros se convirtieron en *policy advocates* de las propuestas. De esta forma, el Ejecutivo mantuvo el poder de la agenda durante la reforma”. O incluso, “aunque el arreglo constitucional que prevaleció haya sido —en su conjunto— menos fa-

A lo largo de 14 años de vigencia de la Constitución de 1988, fueron aprobadas 44 enmiendas constitucionales, 6 de las cuales durante el ya mencionado proceso de Revisión —las “Enmiendas Constitucionales de Revisión” —, y otras 38 como Enmiendas Constitucionales comunes. De estas últimas, 34 fueron aprobadas solamente durante el gobierno Fernando Henrique Cardoso (entre los años 1995 y 2002), habiendo sido en su mayor parte propuestas de iniciativa del Poder Ejecutivo y cayendo mayoritariamente sobre materias que formaban una agenda típicamente gubernamental y no necesariamente constitucional, en el sentido más riguroso de ese concepto.

Para que podamos analizar con mayor precisión el proceso de enmienda constitucional durante el período FHC, debemos establecer antes algunos parámetros teóricos referidos a la comparación —presente en nuestro argumento— entre las nociones de políticas públicas y de normas constitucionales. Mediante esos parámetros, nuestra intención en las secciones siguientes es construir un modelo analítico que nos permita poner a prueba, con una dosis razonable de confiabilidad, la hipótesis de la constitucionalización de las políticas de gobierno en el Brasil post-1988.

Polity, politics, policy

¿Qué papeles tienen las reglas del juego político, la competencia por el poder y las decisiones concretas de

vorable a mudanzas, los factores contextuales favorecieron ampliamente el proceso de cambio”. En la reforma constitucional (1995-96), a pesar de que la rutina utilizada exigiera quórum calificado, larga tramitación y proceso descentralizado, el poder de agenda del Ejecutivo —en un marco de desideologización de la agenda pública y ausencia de limitaciones electorales decisivas—, favoreció al gobierno.

gobierno en los regímenes democráticos constitucionales? Aunque cada una de estas dimensiones sea parte constitutiva del proceso político de la democracia, ellas no tienen el mismo significado ni contribuyen de la misma forma para el funcionamiento del régimen democrático. Por lo tanto, si queremos comprender correctamente la dinámica política real de las democracias constitucionales, es indispensable verificar de qué manera los regímenes de ese tipo son capaces de distinguir y articular esas tres dimensiones de la estructura institucional básica y de la dinámica política.

En primer lugar, es importante considerar que los regímenes democráticos se distinguen en general de los no democráticos por la presencia de algunos elementos clave, a saber: el juego político se da de acuerdo a reglas preestablecidas; las elecciones son periódicas y se realizan por medio del sufragio universal; los mandatos de los elegidos son limitados, tanto temporalmente como en lo que respecta al alcance de sus decisiones y acciones; la voluntad mayoritaria de la población prevalece dentro de los límites de las reglas preestablecidas; la oposición es participante legítima del juego y debe tener condiciones de llegar al poder por el voto popular; los gobernantes son responsables frente al electorado; los derechos civiles clásicos están garantizados.

Estos elementos establecen las reglas básicas del juego político democrático, dando forma a aquello que hay de esencial en la estructura constitucional de una poliarquía. En tanto que definen los rasgos básicos del régimen puede considerárselos, en principio, como condiciones paramétricas estables para el ejercicio del juego político, no confundiendo con éste o con sus resultados. Debido al hecho de que la estructura constitucional contiene tales parámetros, es de esperar que ella se base en un amplio

consenso entre los diversos actores políticos (los jugadores), al menos en lo que concierne a sus aspectos centrales; por otro lado, dado que se trata de un acuerdo básico —un pacto entre los actores poliárquicos—, es dable esperar que los dispositivos que establece no tengan carácter controvertido, esto es, que no den motivo a dudas o disputas.

Una vez fijados los términos consensuales de esa estructura constitucional básica, la relación concreta entre los actores políticos en el ámbito de un régimen democrático se da en otras dos dimensiones principales, que resultan más visibles y perceptibles que la primera en el día a día de las democracias: la competencia política y la decisión sobre cuestiones gubernamentales.

La competencia política constituye el propio juego, y en ella están implícitos los enfrentamientos, las disputas, las negociaciones, los acuerdos y las coaliciones. Se trata de la dimensión dinámica de la realidad política, mientras que las condiciones paramétricas estables constituyen su dimensión estática. En otras palabras, el juego político se refiere a la acción (y a la interacción), mientras que las condiciones paramétricas se refieren a la estructura, en cuyo ámbito se dan las acciones (e interacciones). Asimismo, en esta competencia se definen los que ganan y los que pierden, los que ocuparán los cargos públicos (electivos o no) y los que serán excluidos del poder, los aliados y los adversarios, etc.

Sin embargo, además de este juego que conduce a la definición de quién gobierna y de cómo se gobierna, también existe la importante dimensión de la toma de decisiones sobre las acciones de gobierno, la cual constituye otra esfera particular del régimen democrático. Tales decisiones son “al mismo tiempo” un objetivo y una consecuencia del juego político.

Entonces, ¿cuáles son los motivos por los cuales compiten los jugadores en las poliarquías? En primer lugar, para poder ocupar puestos de poder y de influencia; pero, también, para definir políticas públicas. En lo que respecta a estas últimas —y al contrario de las condiciones paramétricas estables—, se espera que ellas sean objeto de disputa y no gocen de un amplio consenso; también es esperable que tengan carácter controvertido. Mientras que la primera dimensión constituye la base del juego político, esta última representa sus resultados concretos, producto del conflicto y la controversia. Y de la misma forma en que este juego se desenvuelve limitado por la estructura constitucional, el alcance de los resultados también está limitado por esa estructura, lo que no significa decir que esté predeterminado por ella⁶.

A la búsqueda de términos apropiados y claramente diferenciados para distinguir cada una de esas tres dimensiones de la realidad política, recurriendo al inglés, podemos llamarlas *polity*, *politics* y *policy*, según el orden con que fueron presentados más arriba. La *polity* corresponde a la estructura paramétrica estable de la política, y se supone que debe ser la más consensual posible entre los actores; la

⁶ Aunque en una perspectiva más filosófica y menos institucional que la adoptada aquí, Sartori (1994) también analiza la cuestión del consenso en la democracia en tres niveles, del más básico al más superficial: 1. el nivel básico que se refiere al consenso sobre valores supremos que componen la cultura política (tales como la libertad y la igualdad); 2. el nivel procedimental de consenso en torno de reglas del juego político, que es indispensable al funcionamiento de la democracia; y 3. el nivel programático del proceso político, marcado por la discusión sobre gobiernos específicos y sus políticas públicas, ámbito en el cual el consenso —si lo hubiere— está en permanente tensión y ajuste derivados del debate acerca de las acciones políticas concretas. En otras palabras, ese tercer nivel está más cerca del disenso (que no amenaza el edificio constitucional de la democracia si el consenso procedimental está consolidado), que del consenso.

politics es el propio juego político; la *policy* se refiere a las políticas públicas, al resultado del juego que se disputa de acuerdo a las reglas vigentes. El cuadro 1 resume la naturaleza y las características principales de estas tres dimensiones del proceso político democrático.

Cuadro 1
Naturaleza de las dimensiones ideales del proceso político democrático

DIMENSIÓN	NATURALEZA	DENOMINACIÓN	CARACTERÍSTICA FORMAL	CARACTERÍSTICA SUSTANTIVA
Normatividad Constitucional	Reglas Generales del Juego Político (Estructura)	<i>Polity</i>	Pacto entre los diversos actores políticos	Generalidad
Disputas y Coaliciones Políticas	Juego Político	<i>Politics</i>	Relación dinámica entre los actores políticos	Conflicto y/o Cooperación
Normatividad Gubernamental	Resultados del Juego Político (Coyuntura)	<i>Policy</i>	Victoria/Derrota de diferentes actores políticos	Especificidad

A partir de ahora, dejaremos de tratar la dimensión dinámica del proceso democrático —la *politics*—, para centrarnos en la jerarquía normativa que distingue el pacto constitucional (*polity*) de las decisiones gubernamentales (*policy*).

Las normas constitucionales definen la estructura del sistema político, estableciendo las condiciones generales de su funcionamiento. Debido a ello, se caracterizan por tener mayor generalidad, definiendo los presupuestos básicos del juego político, así como sus límites y resultados. En un régimen poliárquico, lo ideal es que tal normati-

dad derive de un pacto entre los actores políticos, siendo estipulada de la forma más consensual posible. La exigencia de consenso en torno a esa dimensión debe ser alta justamente para evitar que la Constitución, que tiene carácter permanente, refleje una victoria aislada de algunos sectores de la sociedad sobre otros, consagrando sus intereses particulares y colocándolos fuera del alcance del juego político futuro. El pacto consensual de principios constitucionales implica apenas la normatización de los intereses comunes a los distintos sectores de la sociedad, o, como máximo, de aquellos intereses particulares innegociables, sin cuya garantía se verían amenazadas la convivencia pacífica y la competencia política leal entre los diversos sectores sociales y políticos. En la medida en que las normas constitucionales definen parámetros, principios y límites del juego político, deben tener carácter general, pues las medidas específicas para su efectivación serán tomadas coyunturalmente, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que tendrán que enfrentar los gobiernos.

En tanto que son la condición básica del juego político, y el resultado de un pacto social, las normas constitucionales encarnan la propia estructura del Estado, de la *polity*. Por lo tanto, se trata de normas de carácter soberano que, en principio, no están sujetas a la discusión cotidiana, pues derivan de un momento inaugural constituyente que da inicio al sistema y al juego políticos; en virtud de ello, es previsible que sean protegidas contra frecuentes modificaciones. Teniendo en vista tal finalidad, las reglas decisorias que guían el proceso de modificación de la normatividad constitucional acostumbra a ser más exigentes: quórum ampliado de votación, plazos más extensos, poder de veto conferido a diversos actores constitucionales e, incluso, hasta el veto total a cual-

quier cambio de parte de la legislatura ordinaria mediante simples enmiendas constitucionales —requiriéndose en ese caso la realización de una nueva Asamblea Constituyente. En otras palabras, el grado de consenso necesario para tomar decisiones de tipo constitucional es mucho más amplio que aquel que se aplica a las decisiones de la política gubernamental.

El gobierno actúa en la coyuntura y su acción se guía por la eficacia; en la disputa democrática, sus decisiones pueden —sin mayores problemas— constituir impositivos de la parte victoriosa (la mayoría) sobre la parte derrotada (la minoría), así como también pueden tener carácter específico y sentido controvertido. Todo esto es posible siempre que las decisiones del gobierno no contraríen la normatividad constitucional. El ganar y perder en política forma parte de la naturaleza del propio juego democrático: a veces un grupo obtiene el control sobre los puestos capaces de procesar decisiones gubernamentales, y a veces ese control lo consigue otro grupo. Las oscilaciones que derivan de este proceso se reflejan directamente en la formulación e implementación de las políticas públicas (*policies*), las cuales son objeto de evaluación de un electorado que, “basado en un juicio sobre el desempeño del gobierno”, premia o castiga a sus representantes en las elecciones subsecuentes por medio de opciones electorales. Si la alternancia de los grupos (partidos) en el gobierno es una condición del régimen democrático, la variación de las políticas públicas (*policies*) es una consecuencia práctica inevitable (y deseable) de ese principio. Por lo tanto, la posibilidad de que se concrete tal variación de *policies*, constituye un prerequisite para que la alternancia de grupos (partidos) en el gobierno tenga efectos prácticos. De allí las menores exigencias de las reglas decisorias referentes a la producción de *policies*.

Criterios de distinción de materias constitucionales y no constitucionales

Si nuestros argumentos sobre las dimensiones de *politics*, *politics* y *policy* son correctos, sería posible distinguir, dentro de una constitución escrita, los aspectos fundamentales del ordenamiento político relativos a la estructura del Estado (*polity*), de aquellos otros que, aunque se refieran al contenido material de acciones estatales probables o deseadas (*policies*), fueron integrados al texto constitucional y emparentados formalmente con los principios de la *polity*.

Nuestra intención en esta parte es elaborar criterios objetivos que nos permitan clasificar los dispositivos constitucionales como *polity* o *policy*. Dicha tarea exige una buena dosis de argumentación, ya que el texto no distingue formalmente esos dos principios y establecer una jerarquización entre ellos implica correr un riesgo considerable.

Como es sabido, el constitucionalismo moderno se desarrolló a partir del principio liberal de la limitación del poder político, *vis à vis* la libertad civil e individual. De manera general, los modernos textos constitucionales se preocuparon por establecer los principios fundamentales del Estado, al mismo tiempo que intentaron definir los límites de la acción estatal de la manera más rigurosa posible. En la tradición liberal, poder y libertad son considerados antitéticos, y esa oposición marcó de forma decisiva el surgimiento de las primeras constituciones escritas de fines del siglo XVIII.

En forma paralela, el conjunto de dispositivos constitucionales relacionados a la regulación de ese antagonismo fue difundido por medio de las nociones de Estado de Derecho y *rule of law*. Con la posterior ampliación del sufragio, las Cartas tuvieron que enfrentarse también con la realidad de la incorporación de contingentes de población

cada vez mayores al proceso político. De esta forma, a las dos nociones anteriores se le agregó la de Estado democrático.

Creemos que una primera clasificación del texto constitucional —en términos de *polity* y *polity*—, debería volver a los orígenes del constitucionalismo moderno y a los principios liberales que marcaron la refundación del Estado, así como también a los principios democráticos que vinieron luego, especialmente la ampliación de los derechos de participación.

En este sentido, para identificar los dispositivos típicos de la *polity* y poner de manifiesto, por exclusión, aquellos pasibles de ser considerados como vehículos de *polity*, se podrían adoptar los siguientes criterios. Entre los principios de un régimen liberal-democrático formalizados constitucionalmente, apenas serían típicos de la *polity*:

- 1) Las definiciones de Estado y Nación, tales como el régimen republicano o monárquico, la organización federal o unitaria, el ejercicio directo y/o por vía representativa del poder político por el pueblo, la noción de nacionalidad y la estructura del aparato estatal.

- 2) Los derechos individuales fundamentales, caracterizados por las condiciones básicas del ejercicio de la ciudadanía individual. En esa primera clasificación general, consideramos como principios de la *polity* a las garantías de la libertad civil que Berlin (1981) reunió bajo la expresión “libertad negativa” (protección del ciudadano contra la acción arbitraria del Estado), y los derechos políticos de participación democrática. Nótese que ese criterio minimalista excluye de la definición constitucional de la *polity* los derechos sustantivos, individuales y sociales, que, por lo general, vienen acompañados de normas constitucionales programáticas.

- 3) Las reglas del juego que organizan los procesos de participación y competencia políticas, relación entre e in-

trapoderes, interacción entre niveles de gobierno y entre actores colectivos reconocidos por la Constitución como implicados con intereses de orden público. Tales reglas estipulan: a) la división de prerrogativas y funciones entre los actores institucionales, b) las reglas operacionales del proceso decisorio gubernamental y c) los tiempos y plazos que regulan tales procesos.

Los tres criterios señalados arriba parten de la mayor generalidad posible de la *polity* (criterio 1) y van ganando especificidad hasta casi tocar —dos veces— el nivel de la *polity*. En el criterio 2, la mención a la ciudadanía podría llevarnos a incluir derechos constitucionales sustantivos que suelen demandar *polities* para hacer posible su efectivación. Sin embargo, en esa definición minimalista de *polity* evitamos confundir derechos individuales de protección (contra el Estado y también contra otras personas) y de participación en la esfera política, con derechos cuya promoción depende de políticas gubernamentales. Según esa clasificación inicial, el primer tipo de derechos forma parte de la *polity* y, por lo tanto, tiene naturaleza constitucional. El segundo tipo se aproxima a la categoría de *polity*, a pesar de que su inclusión en la Carta le confiera formalmente estatus constitucional.

La definición operacional de *polity* también se aproxima a la de *polity* cuando en el criterio 3 (las reglas del juego) mencionamos las funciones de los diversos entes gubernamentales. No obstante, nótese que el criterio 3 se orienta a la catalogación de artículos constitucionales que organizan procesos —entre ellos, el de la división de atribuciones gubernamentales específicas entre los órganos estatales—, y por lo tanto, no deben ser confundidos con aquellos dispositivos que establecen funciones promocionales del Estado y que serán clasificados como *polity*. En este sentido, las funciones de gobierno sólo serán clasificadas como parte de la *polity* cuando se refieran a cuestiones de orden

procedimental relacionadas a la distribución horizontal de poder entre los diversos entes estatales, al funcionamiento interno de esos mismos entes, a la participación democrática de los ciudadanos y a la garantía de su libertad negativa. En esa perspectiva, las funciones pasibles de ser clasificadas como *polity*, probablemente no serán aquellas que se refieren a obligaciones positivas del Estado, sino las que se inspiran en el principio liberal del gobierno limitado y en el principio democrático del gobierno participativo. Por otro lado, dichas funciones serán clasificadas como *polity*, justamente cuando impongan esas obligaciones positivas —al estilo “derecho del ciudadano, deber del Estado”—, en una perspectiva vertical de relación entre el gobierno y la sociedad, en torno de derechos sustantivos cuya efectivación depende de la implementación de políticas públicas.

Sin embargo, desde que Marshall (1967) definió la composición tripartita de la ciudadanía moderna en derechos civiles, políticos y sociales, y los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX establecieron un amplio abanico de obligaciones sociales del Estado, se volvió bastante difícil defender un concepto de *polity* tan minimalista como el establecido encima. Todos los países que adoptaron recientemente el modelo liberal-democrático, incluyeron una importante gama de derechos sociales en los capítulos constitucionales destinados a los derechos y garantías fundamentales. Nuestras constituciones actuales no establecen apenas los límites necesarios para la vigencia de la “libertad negativa”, sino que tratan de avanzar en la dirección de la igualdad, imponiendo obligaciones positivas al Estado. Es verdad que la realización de esa igualdad encuentra un obstáculo en el derecho —también consuetudinal— de la propiedad privada; y no está de más recordar que tal dispositivo es la piedra angular del Estado de Derecho Liberal. De cualquier forma, incluso cuando

definiciones como “función social de la propiedad” y “Estado Democrático de Derecho” comporten una buena dosis de contradicción —que refleja tensiones dentro del propio texto constitucional—, la constitucionalización de derechos de igualdad material entre los hombres se considera un gran avance de la ciudadanía.

Por estas razones, y a pesar de que los conceptos de ciudadanía y de *polity* no designan la misma cosa, decidimos trabajar con dos tipos de clasificación: la minimalista, basada en los tres criterios anteriores, y una maximalista, que además de esos tres incorporaría un cuarto criterio:

4) Los derechos materiales orientados al bienestar y a la igualdad, así como las funciones estatales asociadas a ellos.

Tales derechos y funciones estatales no se confunden con los tres criterios citados antes, puesto que, al no tener implicación directa sobre las definiciones de Estado y Nación, no constituyen derechos civiles de protección de la libertad ni derechos políticos de participación democrática, así como tampoco configuran reglas procesuales de la competencia por el poder o de las relaciones entre e intra órganos y niveles gubernamentales. Sin embargo, no se trata aquí de hacer una mera concesión a una visión de la constitución como programa social de gobierno, sino de señalar que determinados derechos materiales pueden ser considerados condiciones básicas para el funcionamiento adecuado del régimen democrático. Tales derechos tienen la importante función de promover la adhesión al pacto político democrático y suprimirlos podría llevar la democracia a un colapso. Mientras los derechos civiles de libertad y políticos de participación citados en el criterio 2 pueden ser considerados derechos operacionales indispensables a la vida democrática, los derechos materiales mencionados aquí pueden considerarse derechos condicionantes del

juego político, ya que mantienen la adhesión social al pacto político democrático en esos regímenes⁷.

Por fin, independientemente del mayor o menor sentido liberal-democrático o igualitario de las constituciones, sus textos deben establecer apenas los principios fundamentales del ordenamiento político, siendo inconveniente que descendan hasta los detalles que son objeto de la *politis* infraconstitucional cotidiana, momento de confección de *polities*. Al constitucionalizar normas que podrían ser temas del juego político ordinario, se acaba por extrapolarse justamente su carácter constitucional, conformador del juego, estipulándose *a priori* y de forma rígida aquello que sería pasible de cambios frecuentes; de esta forma se limitan demasiado los posibles resultados del propio juego, pues se constriñe la libertad de los actores en la *politis* cotidiana, formalizando como *polity* lo que en países dotados de constituciones más austeras sería considerado *polity*. Teniendo en cuenta esto, decidimos incluir otros dos criterios secundarios que deberán ser utilizados en la tarea de clasificar el texto constitucional.

5) Criterio de Generalidad. Dejarán de ser clasificados como *polity* los dispositivos constitucionales no genéricos (muy específicos). Aunque sea difícil definirlo, el umbral entre la generalidad y la especificidad podría ser determinado de la siguiente forma: son específicos los artículos derivados de principios constitucionales superiores, pero cuyo contenido puede sufrir alteraciones sin que eso ponga en riesgo los dispositivos más amplios bajo los cuales esos artículos están amparados. Tal vez ésta sea una manera eficaz de distinguir *polity* de *polity*, toda vez que los textos constitucionales contemporáneos tienden a asemejarse, metafóricamente, a los árboles

⁷ Estamos tratando aquí de los derechos sociales, pero algunos otros derechos también pueden ser condicionantes. Es el caso del derecho de propiedad, que no se enmarca en la categoría de derecho social de Marshall (y sí en la de derecho civil), pero que se constituye como un obvio condicionante para el funcionamiento de cualquier régimen político en sociedades capitalistas.

les de cuyo tronco van saliendo gajos que se ramifican hasta los últimos detalles. Nuestro criterio de generalidad podría funcionar con el ejemplo de la poda, que corta apenas los gajos sin que eso amenace la vida del árbol: de la misma forma, existirían artículos constitucionales cuya salida del texto constitucional no pondría en riesgo el principio fundamental al cual están asociados. Esto será particularmente útil para no clasificar como *polity* los dispositivos relacionados al establecimiento de reglas de juego, pero que por ser demasiado detallistas —especificando procesos que deberían ser objeto de norma infraconstitucional—, podrían ser “podados” de la constitución sin que fuese afectada la esencialidad del principio superior.

6) Criterio de Controversia. Tampoco continuarán siendo clasificados como *polity* los dispositivos cuyo contenido sea típicamente objeto de controversia político-partidaria cotidiana, los cuales están referidos a las plataformas gubernamentales presentadas por los partidos en su disputa por los puestos de gobierno, y por lo tanto no se enmarcan en la norma parámetro de la *politis* que caracteriza a los dispositivos de tipo constitucional. En este sentido, necesariamente no serán clasificados como *polity* los dispositivos constitucionales que establecen reglas procedimentales.

Las razones por las cuales adoptamos estos dos últimos criterios son las siguientes. En lo que respecta a la cuestión de la generalidad, las normas muy específicas dejan de constituirse en parámetros de funcionamiento del sistema político, de desarrollo del juego y de la limitación del alcance de las decisiones, para convertirse —por anticipado— en las propias decisiones que les corresponderían a los actores políticos; en función de ello, pierden su carácter constitucional. Además, en la medida en que pueden dificultar la acción de los gobernantes y/o de los actores sociales frente a situaciones imprevisibles, cambio de condiciones sociales, nuevas tecnologías, etc., es factible que terminen por crearle obstáculos a la gestión política coyuntural. De esta forma, el congelamiento consti-

tucional de ciertos temas puede llevar a que la Constitución deje de ser un instrumento que le dé mayor seguridad a la sociedad y acabe por impedirle resolver sus problemas a tiempo y con la precisión necesaria.

El mismo razonamiento se aplica a la cuestión de la controversia, pero con un agravante. La constitucionalización de *políticas* no sólo reduce demasiado el margen de maniobra decisoria de los actores, sino que lo hace en detrimento de la democracia. Esto porque —teniendo en cuenta el abanico ideológico y de intereses de una sociedad en un cierto momento histórico—, acaba restringiendo en exceso la posibilidad de que la alternancia de los partidos y de los liderazgos en el gobierno se corresponda con una modificación de las políticas públicas implementadas. Si bien con esto no se impide la competencia política en el plano electoral, sus efectos en el plano gubernamental se ven restringidos o, en cierta medida, anulados. Se puede suponer que es justamente para esto que sirven las constituciones: restringir la acción de los gobiernos. Pero la suposición es incorrecta si no toma en cuenta el hecho de que tal restricción, en caso de que sea excesiva, impide que la propia voluntad popular se manifieste periódicamente por medio de las acciones de los representantes electos. E incluso más que eso, restringirá demasiado el alcance de las decisiones políticas mayoritarias, incentivando y permitiendo que minorías descontentas recurran a la Justicia para evadir decisiones legislativas ordinarias, por lo menos en aquellos países que adoptan algún tipo de control constitucional de las leyes. En otras palabras, la voluntad momentánea de una minoría coyuntural se impone en el largo plazo a las futuras mayorías.

En suma, el criterio de la controversia resalta el hecho de que en una democracia no es legítimo constitucionalizar cuestiones que sean controvertidas. La Constitución debe intentar definir (dentro del límite de lo posible) apenas lo que

es incontrovertible: las condiciones básicas de funcionamiento de un sistema político competitivo. Desde este punto de vista, lo que sea objeto de disputa debe ser resuelto en la disputa, o sea, en el proceso electoral o decisorio, dentro de los marcos poliárquicos. El cuadro 2 resume los criterios de clarificación del texto constitucional relativos a los dos modelos posibles desarrollados a partir del esfuerzo teórico de esta sección.

Cuadro 2

Criterios de distinción de materias constitucionales y no constitucionales

	<i>Modelos de clasificación</i>	
	Minimalista (liberal clásico)	Maximalista (social)
	(1) Las definiciones de Estado y Nación	(1) Las definiciones de Estado y Nación
Criterios substantivos	(2) Los derechos individuales fundamentales	(2) Los derechos individuales fundamentales
	(3) <i>Las reglas del juego</i>	(3) <i>Las reglas del juego</i>
		(4) Los derechos materiales y funciones estatales correlativas
Criterios formales/operacionales	(5) Generalidad	(5) Generalidad
	(6) Controversialidad	(6) Controversialidad

Reformas constitucionales en el gobierno FHC

Las 34 enmiendas constitucionales aprobadas durante los ocho años del gobierno de Fernando Henrique Cardoso son un indicador incuestionable del hecho de que du-

rante este período el país vivió una verdadera agenda constituyente. Después de todo, se aprobó un promedio de 4,25 enmiendas por año. Al considerar que entre 1988 y 1994 habían sido aprobadas apenas cuatro (exceptuando las seis Enmiendas de la Revisión de 1994), el número impresiona⁸.

El desafío que se plantea es el de saber de qué tratan tales enmiendas. ¿Sobre qué tipo de materia inciden? Tomando en consideración sólo la lectura de las respectivas enmiendas, es posible entrever un contenido caracterizado fuertemente por dispositivos típicos de *policy*, aunque apenas una análisis riguroso del conjunto de artículos, párrafos, incisos y líneas sería capaz de confirmar esa impresión inicial. En esta sección del texto nuestra intención es clasificar esos dispositivos con base en el modelo y en los criterios indicados en la sección anterior.

Antes de proceder a esa evaluación sistemática conviene recordar que, frente al frenesí modificador de la Carta magna que acometió el gobierno de FHC, muchos se apre-

⁸ En 1994 fueron aprobadas seis enmiendas constitucionales en el proceso revisional, cinco de las cuales incidieron sobre aspectos típicos de la *policy* y contaron con la posibilidad de ser aprobadas por mayoría absoluta (50% + 1), al contrario del quórum calificado (3/5), que normalmente es exigido para modificar la Carta Magna. La única enmienda aprobada ese año que estaba referida a una típica política pública (*policy*), fue la que creó el Fondo Social de Emergencia (FSE), cuya principal finalidad era crear condiciones para una mayor concentración de recursos tributarios en la Unión. Se trataba de una modificación de carácter fiscal, primordial para hacer viable el éxito del plan de estabilización monetaria (Plan Real), conducido por el entonces ministro de Hacienda Fernando Henrique Cardoso. Incluso se puede decir que este primer cambio de *policy* a nivel constitucional, marcó de forma anticipada lo que sería un patrón de relaciones del Ejecutivo con el Congreso durante la gestión de FHC en la Presidencia de la República. Vale la pena resaltar que el FSE fue prorrogado en tres ocasiones, todas ellas por medio de enmiendas constitucionales —en 1996, 1997 y 2000—, siendo rebautizado en las dos primeras como Fondo de Estabilización Fiscal (FEF), y en la última como Desvinculación de los Recursos de la Unión (DRU); en otras palabras, su denominación fue correspondiendo cada vez más a su real finalidad.

suraron en afirmar que este gobierno vilipendiaba la Constitución, no respetándola y echando por tierra buena parte de las conquistas obtenidas en 1988, las cuales consagraban años de lucha por la redemocratización del país. En otras palabras, la “Constitución Ciudadana” —como la bautizará Ulysses Guimarães—, era blanco de una furia modificador de funestas consecuencias para la democracia, pues la Carta estaría siendo “deshecha”. Aquí nos sentimos obligados a otorgarle la palabra a los críticos de las reformas constitucionales emprendidas, pidiendo disculpas por hacerlo mediante extensas citas. Un excelente ejemplo de una posición contraria a los cambios efectuados es el que sigue, cuya autoría es del abogado Marcello Cerqueira, entonces Presidente del Instituto de los Abogados del Brasil:

“En efecto, el espíritu que animó parcialmente la Constitución ya abandonó su cuerpo. Las reformas iniciadas en el ‘gobierno’ Collor y retomadas con nuevo ímpetu por el actual gobierno... mutilaron la Constitución. Las vicisitudes políticas alejaron la práctica de la aplicación de la Constitución de los ideales por los cuales fue escrita. La propuesta de creación de un Estado Democrático de Derecho fundado en la soberanía, en la ciudadanía, en la dignidad, en los valores sociales del trabajo y en el pluralismo político fue sustituida por un Estado liberal. (...) Desde la Revolución del '30, un pacto no escrito, repleto de contradicciones, daba curso a un proyecto nacional, en el que no faltaron largos períodos de autoritarismo. Su contenido era la búsqueda del desarrollo (...). La Constitución ciudadana habría llegado para conducir el mismo proceso, pero de una forma que redujera sus impactos negativos. Por fin una nación efectiva para todos. Esa utopía fue frustrada por las ‘reformas’ que, degradando el cuerpo de la Constitución, alteraron su espíritu. La alteración del pacto constitucional producida por las fuerzas del mercado y sus subalternos

devino fraude a la Constitución. La acumulación democrática y social que el proceso constituyente (constitución material) derramó sobre la Constitución en vigor, es hecha desaparecer por la voluntad del gobierno federal conjugada a la mayoría parlamentaria de tres quintos, que modifica el texto al calor de los intereses del mercado, de conveniencias políticas casuísticas y, sobre todo, de la insoponible presión norteamericana. (...) Las 'reformas' están haciendo blanco en los mayores valores de la Constitución de 1988: la soberanía nacional y los derechos del ciudadano"⁹.

Uno de los más renombrados juristas brasileños, Celso Antônio Bandeira de Mello, realiza una evaluación similar en el mismo volumen del que extrajimos la extensa cita anterior. En una exposición referida a los diez años de la Constitución, Bandeira de Mello afirmó:

"Este año se debería conmemorar el décimo aniversario de la Constitución de 1988, llamada Constitución Ciudadana. Sin embargo, a lo que realmente asistimos es a sus discursos funerales. En efecto, una Constitución está viva cuando la fisonomía básica de sus dispositivos permanece íntegra, o cuando, al menos, los principales de ellos son normalmente respetados. Si uno u otro de esos requisitos deja de existir o, peor que eso, si ambos desaparecen, desaparece con ellos la propia Constitución. Fue lo que ocurrió con la Ley Magna brasileña. (...) sufrió un proceso de desfiguración por vía de enmiendas que le sustrajeron características básicas, amputando aspectos fundamentales de su proyecto"¹⁰.

Una posición similar fue abogada por el eminente jurista Eros Grau:

⁹ Cerqueira, Marcello. "Límites são as formas de luta. A defesa da Constituição é uma delícia". In Fiocca & Grau, 2001. Este volumen contiene diversas posiciones similares a ésta.

¹⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Funerais da Constituição de 1988". In Fiocca & Grau, 2001.

"La Constitución moderna también es en verdad un instrumento de defensa de la sociedad contra el abuso de poder. Destruído el ideal de solidaridad que anima la cohesión social en el Estado social, blanco mayor del neoliberalismo", (...) se empeñan ahora en la reducción de las libertades democráticas, incluso porque la fluidez de los mecanismos de competencia de los mercados dependen de la inseguridad social e individual. Si la Constitución no lo impide, si ya no funciona como instrumento de defensa de la sociedad contra el tirano, pereció... Recordando el poema 'yo vivo en un tiempo sin sol', desgraciadamente me doy cuenta de que no es necesario que haya prisiones y represión para que se instale la dictadura..."¹¹

Por fin, vale la pena citar la breve pregunta enunciada por el renombrado jurista Fábio Konder Comparato, reclamando a sus colegas de la academia:

"¿Cuántos profesores de derecho tendrán el coraje de protestar públicamente hoy en el Brasil contra el vaciamiento de la Constitución de 1988?"¹²

Nótese que nuestra intención aquí no es evaluar el mérito sustantivo de las modificaciones promovidas, sino apenas comprender en qué medida las enmiendas aprobadas incidieron sobre las dimensiones *policy* o *polity* del texto constitucional original. Entendemos que evaluaciones como las enunciadas por los ilustres juristas supracitados tendrían sentido si estuvieran referidas a los cambios de normas constitucionales propiamente dichas (*polity*), pero no en el caso de que esas modificaciones hayan incidido sobre contenidos típicos de políticas públicas (*policy*). En esta segun-

¹¹ Grau, Eros Roberto. "As Relações entre os Poderes na Décima aniversário da Constituição de 1988". In Fiocca & Grau, 2001.

¹² Comparato, Fábio Konder. "Requiem para uma Constituição". In Fiocca & Grau, 2001.

da hipótesis, los promotores de los cambios no habrían hecho nada más que encauzar el programa gubernamental con base en el cual fueron electos —según sus posibilidades políticas y obedeciendo los procedimientos legislativos constitucionales—. Es un hecho notorio que el gobierno de FHC adoptó una clara orientación liberalizante en la implementación de los cambios constitucionales acerca del papel del Estado y del modelo económico en el Brasil. Aquí no pretendemos evaluar el mérito de tales medidas ni sus consecuencias y resultados prácticos. En realidad, lo que intentamos demostrar es que los desafíos y dificultades enfrentados por este gobierno en el aspecto institucional (la constitucionalización de políticas), podrían haber sido (y deberán ser) enfrentados por cualquier gobernante portador de otras orientaciones programáticas. Por lo tanto, el problema normativo aquí presente no es si las *políticas* que contiene la Constitución son sustantivamente adecuadas o no (en buena medida creemos que lo son), sino más bien si los costos decisivos impuestos por una Constitución permeada de *políticas* son razonables o no, si revestirla de cuestiones específicas y controvertidas que deberían ser sometidas a la decisión democrática es deseable o no.

Contando las enmiendas constitucionales

Un primer conjunto de informaciones importantes para esta discusión —presentado en la tabla 1—, se refiere al impacto cuantitativo de las enmiendas aprobadas sobre el texto original. Las 34 enmiendas del período FHC sumaron 495 dispositivos constitucionales¹³.

¹³ Consideramos como "dispositivo" a la unidad básica que compone el texto constitucional. En este sentido, trabajamos los artículos, párrafos, incisos y letras que componen la Constitución, descomponiéndolos y a veces agru-

Tabla 1. Dispositivos de enmiendas constitucionales (1995-2002)

	frecuencia	%
Aglutinadores	303	61,2
Modificadores	159	32,1
Revocadores	8	1,6
Renumeradores	7	1,4
Modificadores de texto enmendado	13	2,7
Otros	5	1,0
Total	495	100,0

De los 495 dispositivos analizados, 61,2% le agregaron nuevos puntos a la Carta y 32,1% tuvieron la finalidad de modificar dispositivos del texto original. Aunque su número sea pequeño, 13 dispositivos (2,7%) marcaron una especie de *loophole* de las reformas constitucionales: modificaron dispositivos acrecentados y/o modificados por enmiendas anteriores¹⁴. Siete de los 495 (1,4%), se limitaron apenas a renumerar dispositivos originales (sin alterar su con-

páñolos hasta poder circunscribir claramente el elemento constitucional que estaba siendo viabilizado. El resultado de ese trabajo fue el descubrimiento de 495 dispositivos dentro del conjunto de 34 enmiendas constitucionales promulgadas en ese período. A efectos del análisis, cinco de éstos no serán considerados a partir de las siguientes tablas: cuatro dispositivos, por ser meramente repetitivos, no implicaron en la Carta cambios ni de contenido ni de localización (en rigor, ni siquiera deberían constar en las enmiendas), y un quinto que apenas cambió el nombre de una Sección de la Constitución, sin que eso lo constituya como un dispositivo a ser cuantificado.

¹⁴ Hubo por lo menos un caso que merece destacarse: la Enmienda Constitucional n.º 25 (14/02/2000) modificó el art. 29, VI, relativo al subsidio de *l'écriture* (concejales) que había sido modificado por la Enmienda Constitucional n.º 19 (4/06/1998), la que a su vez había modificado un dispositivo introducido por la Enmienda Constitucional n.º 1 (31/03/1992), que no constaba en el texto original de la Constitución.

tenido). Apenas ocho dispositivos (1,6%) fueron instituidos con la finalidad de revocar partes de la Constitución original.

Observando más atentamente cada uno de los dispositivos modificadores fue posible percibir que, al manipular el texto original, algunos de ellos acababan agregando o suprimiendo artículos, párrafos o líneas de manera indirecta. Ya los 8 dispositivos autodenominados revocadores retiraron 18 dispositivos de la Carta original. Considerando que la Constitución de 1988 contiene originalmente 1855 dispositivos (sumados el texto principal y el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias), el impacto global de esos 490 dispositivos modificadores, aglutinadores y revocadores contabilizados por el análisis fue el siguiente: al fin y al cabo, tomando en cuenta las modificaciones hechas (inclusive aquellas referidas a supresiones y agregados implícitos en dispositivos modificadores), fueron agregados a la Carta 320 dispositivos nuevos y sólo fueron suprimidos 36.

El saldo de esa operación nos permite sostener que, al contrario de lo que se afirma corrientemente en el debate público, nuestra Constitución no fue mutilada sino que, por el contrario, creció nada menos que un 15,3% gracias a las enmiendas constitucionales promulgadas durante el período FHC (saldo de 284 dispositivos en relación al total de 1855). Más aún, es digno de ser resaltado el hecho de que el Congreso Nacional promulgó 159 dispositivos modificadores —lo que equivale a cerca de 8,5% de 1855—, pero estos dispositivos —asociados a los 303 dispositivos aglutinadores—, hicieron que el texto creciera a una tasa casi dos veces superior a esa tasa de modificación: 15,3%. En suma, más que limitarse a cambiar la Constitución, las reformas del período FHC la hicieron crecer significativamente.

Es importante observar que en 12 casos las enmiendas tuvieron como objeto principal las Disposiciones Constitucionales

Transitorias, o sea, introdujeron o modificaron dispositivos que por definición no formarían parte del cuerpo principal de la Constitución, pero que fueron elevados a la condición formal de *polity* por el constituyente con la intención de establecer plazos y reglas de transición entre el viejo y el nuevo ordenamiento constitucional. La gran incidencia de enmiendas sobre temas típicos de la *polity* refleja el hecho de que la implementación de políticas públicas de corto y mediano plazo —aunque relevantes para la agenda gubernamental—, en caso de que no se efectivizase mediante modificaciones de la propia Carta podría chocar con dispositivos constitucionales vigentes; la mayoría de estas políticas estaba referida a cuestiones del área fiscal o presupuestaria. La tabla 2 —debajo—, cuantifica el impacto de las enmiendas constitucionales sobre el texto principal de la Carta Magna y sobre el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias.

Tabla 2. Dispositivos de enmiendas constitucionales. Impacto sobre el texto principal y el Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias (en %)

	Texto principal	ADCT
Aglutinadores	55,2	87,3
Modificadores	37,6	12,7
Revocadores	2,1	0
Renumeradores	1,8	0
Modificadores de texto enmendado	3,3	0
Total (n = 490)	100,0 (n = 388)	100,0 (n = 102)

De los 490 dispositivos, 79,2% incidieron sobre el texto principal y 20,8% sobre el Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias. Las reformas constitucionales incidieron de manera diferenciada sobre esas dos partes de la Constitución: mucho más que lo que se dio en la parte principal, en 87,35% de los casos los cambios que incidieron sobre el ADCT estuvieron destinados a agregar nuevos dispositivos al texto original, y apenas 12,7% fueron dispositivos modificadores. Confirmando el acuerdo consagrado en el Congreso Nacional sobre que los principios que organizaron la transición del viejo al nuevo ordenamiento constitucional jamás podrían sufrir revocación, ninguno de los 8 dispositivos revocadores incidió sobre el ADCT. En cuanto al texto principal, 55,2% de los dispositivos introducidos en él fueron agregadores y una tasa mayor que la verificada en el caso del ADCT se destinó a modificaciones (37,6%).

Tabla 3. Dispositivos *policy* y dispositivos *policy*. Enmiendas constitucionales del período 1995-2002 (en %)

	Aglutinadores	Modificadores	Otros (*)	Total
<i>Policy</i>	17,8	51	72,2	31,2
<i>Policy</i>	82,2	49	27,8	68,8
Total (482 casos)	100,0 (n = 303)	100,0 (n = 159)	100,0 (n = 18)	100,0 (n = 482)

(*) Renumeradores y Modificadores de texto enmendado.

De los 482 dispositivos que modificaron o aglutinaron nuevos elementos constitucionales, nada menos que 68,8% (332) fueron clasificados como *policy* y apenas 31,2% (150) como *policy*. Considerándolos separadamente, entre

los dispositivos de naturaleza modificadora de la Carta constitucional, 51% estuvieron referidos a *policy* y 49% a *policy*. Considerando los dispositivos originales sobre los cuales incidieron los modificadores, había 54,1% de *policy* y 45,9% de *policy*; por lo tanto, en caso de que apenas se tomase en cuenta el impacto de los modificadores, los porcentajes permanecerían prácticamente los mismos, o sea, en el texto habría apenas un ínfimo agregado en favor de la dimensión *policy*. Pero el resultado es sorprendente entre los dispositivos aglutinadores: 82,2% fueron clasificados como *policy* y apenas 17,8% lo fueron como *policy*. Esto es, en caso de que tomáramos en cuenta el modelo típico ideal de Constitución delineado en las dos primeras secciones de este capítulo, el crecimiento verificado en el texto constitucional durante el gobierno FHC estuvo marcado sobre todo por la introducción de dispositivos típicos de políticas gubernamentales comunes, que bien podrían haber sido implementados en el nivel infraconstitucional.

Sin embargo, la distribución de dispositivos *policy* y *policy* en las diferentes enmiendas no fue uniforme. A despecho del predominio general de *policy*, hubo algunas enmiendas en las cuales predominaron nítidamente dispositivos *policy*. Éste fue el caso, por ejemplo, de las Enmiendas Constitucionales 22, 23, 24, 32 y 35. Las de los números 22 y 24 modificaron el funcionamiento del Judicial, la EC 23 creó el Ministerio de Defensa, la EC 32 creó límites para la edición de Medidas Provisorias y la EC 35 definió condiciones de inmundad parlamentaria. Por lo tanto, nuestra comparación fue capaz de demostrar en detalle que las cuestiones generales enunciadas por estas enmiendas componen de hecho el núcleo principal de la Constitución, en la medida en que atendieron principalmente a los criterios 1 (Definición de Estado y Nación), 2 (Derechos Individuales) y 3 (Reglas del Juego), que fueron resumidos en el cuadro 2 de la sección anterior.

Un ejemplo de dispositivo *polity*, extraído de la EC 22, es el siguiente:

Art. 1º Es agregado al art. 98 de la Constitución Federal el siguiente párrafo único: "Párrafo único. La Ley federal dispondrá sobre la creación de juzgados especiales en el ámbito de la Justicia Federal".

Este dispositivo fue clasificado como *polity* por atender los diversos requisitos enumerados en la sección anterior de este capítulo: se refiere a la cuestión relacionada a la estructuración del Estado en su rama judicial, ubícase por lo tanto en el contexto de la definición de Estado y Nación; es genérico e incontrolable.

Otro ejemplo, extraído de la EC 32, es el que sigue:

§ 8º Habiendo medidas provisionales en vigor en la fecha de convocatoria extraordinaria del Congreso nacional, ellas serán automáticamente incluidas en la pauta de convocatoria.

Este dispositivo también se refiere a *polity*, pues estipula una regla básica del juego político, además de ser también genérico e incontrolable. En una cuestión que será mejor discutida más adelante, vale la pena notar que éste también es un dispositivo constitucionalizante, en la medida en que crea nuevas restricciones constitucionales; en este caso, a la acción legislativa autónoma del Poder Ejecutivo por medio de las medidas provisionales.

Casos muy distintos son los referidos a enmiendas constitucionales como las de los números 10, 17, 20, 21, 33 y 37. Las EC 10 y 17 prorrogaron la vigencia del Fondo de Estabilización Fiscal; la EC 20 promovió la Reforma Previsional, las Ecs 21 y 37 fueron prorrogaciones de la Constitución Provisional sobre el Movimiento Financiero (CPMF) y la EC 33 definió condiciones para el cobro de contribuciones sociales. A primera vista, tales cuestiones

nos sugirieron un fuerte contenido de *polity* y el análisis desagregado de sus dispositivos demostró que, de hecho, fueron tales enmiendas las que canalizaron mayoritariamente *polities*.

Un ejemplo de dispositivo clasificado como *polity*, extraído de la EC 10, es el siguiente:

Art.1º El art.71 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias comienza a regir con la siguiente redacción: Art.71. Queda instituido en los ejercicios financieros de 1994 y 1995, así como en el período del 1º de enero de 1996 al 30 de junio de 1997, el Fondo Social de Emergencia, con el objetivo del saneamiento financiero de la Hacienda Pública Federal y de estabilización económica, cuyos recursos serán aplicados prioritariamente al financiamiento de las acciones de los sistemas de salud y educación, beneficios previsionales y ayudas asistenciales de prestación continuada, inclusive la liquidación del pasivo previsional, y gastos presupuestarios asociados a programas de relevante interés económico y social.

Este dispositivo fue clasificado como *polity* porque viola al menos dos criterios exigidos para la condición de *polity*: es específico y detallado, violando por lo tanto el criterio de generalidad; y es controvertido, pues fija una finalidad específica a recursos de una contribución social que podrían ser utilizados de manera distinta por diferentes gobiernos, violando por tanto el criterio de controversia —esto a despecho de que el dispositivo pueda ser relacionado a derechos sociales (*polity*), ya que se trata de políticas sociales (*polity*). Sin embargo, el dispositivo tuvo carácter desconstitucionalizante ya que, al definir "prioritariamente" el destino de los recursos, hizo más flexible la regla que antes estaba en vigor y para la cual el dispositivo original establecía un vínculo obligatorio.

El siguiente es otro ejemplo de *policy* —esta vez en función de que el dispositivo no se enmarca en ninguno de los seis criterios clasificados como *policy*—, extraído de la EC 33:

Art.1º El Art.149 de la Constitución Federal comen-
zará a regir acrecentado por los siguientes parágrafos, re-
numerándose el actual parágrafo único como § 1º:
“Art.149. §1º §2º: Las contribuciones sociales y de inter-
vención en el dominio económico de que trata el caput de
este artículo: I —no incidirán sobre los presupuestos deri-
vados de las exportaciones (...)”.

Este dispositivo define condiciones para la incidencia
de contribuciones sociales, fijando por tanto una *policy* tri-
butaria. No dice nada respecto a las definiciones básicas
relacionadas a la estructura del Estado, a la nacionalidad, a
los derechos civiles, a las reglas del juego político o a los
derechos sociales. Siendo así, su clasificación como *policy* es
automática, no siendo necesario ni siquiera referirnos a los
criterios de generalidad y controversia, pues se trata de una
policy pura.

Casos más complejos fueron los de las Ecs 14, 18 y 19.
En todas ellas, la participación de dispositivos *policy* y *policy*
fue muy equilibrada, a pesar de que una apreciación super-
ficial de las mismas podría llevarnos a clasificar simplemen-
te la primera y la tercera como *policy* y la segunda como *po-
lity*. La primera creó el Fondo de Desarrollo de la
Educación Fundamental (FUNDEF), la segunda modificó
el régimen constitucional de los militares y la tercera co-
rrespondió a la Reforma Administrativa. En el caso de la
FUNDEF, la división *policy/polity* se debió al hecho de que
buena parte de los dispositivos trataba de cuestiones refe-
rentes a la división de competencias entre Unión, Estados
y Municipios en la cuestión de la educación; y como se tra-
taba de principios organizadores de la Federación fueron

clasificados como *policy*. En el caso del régimen construc-
cional de los militares, buena parte de los dispositivos modi-
ficaba las condiciones administrativas referentes al desem-
peño de sus funciones y reglas previsionales; todo esto fue
clasificado como *policy*. Por fin, en lo que respecta a la Re-
forma Administrativa, la mayor parte de los dispositivos
(cerca del 55%) eran claramente *polities* referidas a las for-
mas de gestión del servicio público. Pero, alrededor del 45%
de ellos concernía a las condiciones generales de funciona-
miento de la burocracia pública, a reglas y derechos bási-
cos de funcionarios públicos y otros agentes estatales, de
modo que fueron clasificados como *policy*.

El gráfico 1 da una noción general del predominio de
los diferentes dispositivos dentro de cada enmienda cons-
titucional. También es posible tener una idea de la distin-
ta dimensión de cada una de las Ecs que fueron aprobadas
durante el gobierno de Fernando Henrique Cardoso (véa-
se el anexo con la lista general de las enmiendas), destacaán-
dose las “*twin towers*” del reformismo constitucional brasi-
leño: las Ecs 19 y 20 —respectivamente las Reformas
Administrativa y Previsional, que rondan los cien dispo-
sitivos. Además de ellas, apenas otras cuatro enmiendas
constitucionales sobrepasan los veinte dispositivos, sien-
do que sólo una se refiere a *policy*: la reglamentación de la
edición de medidas provisorias. Las otras tres se refieren a
polities: financiamiento de acciones y servicios públicos de
salud (EC29); cobro de contribuciones sociales (EC33); y
prórroga del CPMF (EC37), siendo mucho más detallada
que las anteriores, debido a una serie de reglas cuya inten-
ción era eximir al mercado de capitales de esa contribución,
y también por la inclusión de reglas relativas al pago de
órdenes judiciales. En otros términos, la EC37 se convir-
tió en un gran “paquete” de políticas públicas, implemen-
tadas mediante una enmienda constitucional.

Otro aspecto importante que consideramos fue el efecto constitucionalizante o desconstitucionalizante de los dispositivos aprobados. En otras palabras, intentamos verificar en qué medida los nuevos dispositivos aprobados tornaban más o menos vinculante al texto, comparándolo con el texto original. En algunos casos, el nuevo texto hacía que la libertad del legislador o incluso del gobernante fuera menor que antes; siempre que ocurrió eso, consideramos que la tendencia en el dispositivo era constitucionalizante. En otros casos, los nuevos dispositivos resultaban menos vinculantes que los originales; cuando se dio eso, clasificamos al dispositivo como de tendencia desconstitucionalizante. También hubo dispositivos neutros, o sea, que no alteraban la tendencia anterior. Necesariamente, los dispositivos aglutinadores tenderían a ser constitucionalizantes, ya que crean nuevas reglas. Pero esto no ocurrió siempre, pues, en algunos casos, los nuevos dispositivos fueron introducidos para flexibilizar reglas o hacerlas menos restrictivas, teniendo así un efecto desconstitucionalizante.

El carácter más vinculante del texto se puede dar básicamente por dos razones. Primero, en función de una mayor precisión de los dispositivos en su aspecto sustantivo, haciendo que puedan reglamentar más dimensiones de la realidad. Segundo, y como consecuencia del establecimiento de reglas de procedimiento más rígidas que las anteriores, haciendo más complejos los procesos de toma de decisiones.

Se puede extraer un ejemplo de constitucionalización de la EC20, que trató la Reforma Previsional. Un dispositivo modificado por esa enmienda presentaba la siguiente redacción en el texto original de la Constitución:

§4º Los importes de la jubilación serán revisados, en la misma proporción y en la misma fecha, siempre que se modifique la remuneración de los servidores en actividad, siendo extendidos también a los inactivos cualquier bene-

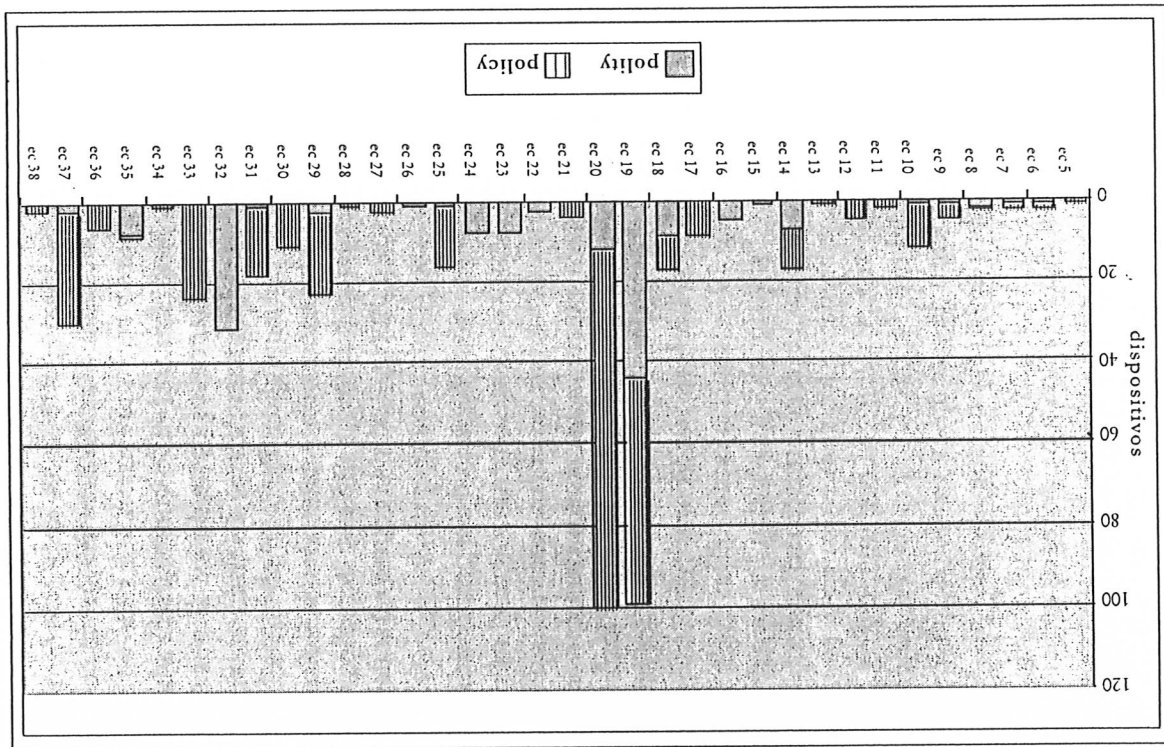


Gráfico 1. Composición de las Enmiendas Constitucionales según la naturaleza de sus dispositivos (1995-2002)

ficio o ventaja concedidos posteriormente a los servidores en actividad, incluso cuando deriven de la transformación o reclasificación del cargo o función en que se dio la jubilación, en la forma de ley.

Luego fue redactado de esta manera:

§8º Observando los dispuesto en el art. 37, XI, los importes de jubilación y las pensiones serán revisados en la misma proporción y en la misma fecha, siempre que se modifique la remuneración de los servidores en actividad, siendo extendidos también a los jubilados y a los pensionistas cualquier beneficio o ventaja concedidos posteriormente a los servidores en actividad, incluso cuando deriven de la transformación o reclasificación del cargo o función en que se dio la jubilación o que sirvió de referencia para la concesión de la pensión, en la forma de ley.

La creación de nuevos beneficiarios (resaltada en negrita) implica una constitucionalización, ya que hace obligatoria la extensión a los pensionistas de beneficios que antes sólo eran prerrogativa de los servidores inactivos. En función de ello, este dispositivo —clasificado como *policy* tanto en su forma original como modificada—, también implicó una mayor restricción normativa por parte del texto constitucional enmendado.

Un ejemplo de desconstitucionalización puede ser extraído de la EC19, que trató de la reforma administrativa. Decía el texto original:

Art.37.VII “el derecho de huelga será ejercido en los términos y en los límites definidos en ley complementaria”.

El texto emendado pasó a decir:

Art.37.VII “el derecho de huelga será ejercido en los términos y en los límites definidos en ley específica”.

Como se puede observar, el texto original exigía una legislación complementaria para reglamentar el derecho de

huelga del servidor público, mientras que el texto enmendado aceptó que el tema fuese reglamentado por la legislación ordinaria. Con esto, se reducen las dificultades de tramitación legislativa para la elaboración y/o modificación de la reglamentación del tema y, en la medida en que se ven reducidas las restricciones constitucionales, se reduce también el grado de constitucionalización. La tabla 4 contiene datos referidos a esa clasificación.

Tabla 4. Tendencia de los dispositivos de las enmiendas constitucionales del período 1995-2002 (en %)

	Aglutinadores	Modificadores	Otros	Total
Constitucionalizante	87,4	32,7	25,0	66,1
Desconstitucionalizante	6,0	30,2	32,1	15,3
Neutra	6,6	37,1	42,9	18,5
Total	100,0 (n=303)	100,0 (n=159)	100,0 (n=28)	100,0 (n=490)

En lo que respecta a las tendencias de constitucionalización y desconstitucionalización inherentes a cada uno de los dispositivos que formaron parte de las 34 enmiendas en el período FHC, fue posible percibir que las reformas constitucionales realizadas entre 1995 y 2002 elevaron significativamente el grado de constitucionalización de la realidad política brasileña, muy al contrario de lo que por esos años se podía escuchar en el debate público. Del total de los dispositivos, apenas un 15,3% (75) presentaron un sentido desconstitucionalizante, mientras que 66,1% (324) llegaron para aumentar el grado de constitucionalización y 18,5% fueron clasificados como de tendencia neutra, no alterando el grado de constitucionalización original de los

dispositivos asociados a ellos. Cuando se los analiza en forma separada, los datos son todavía más sorprendentes: entre los dispositivos modificadores de la Carta, apenas 30,2% de ellos fueron elaborados con la finalidad de desconstitucionalizar principios, mientras que 32,7% presentaron la tendencia inversa y 37,1% fueron considerados neutros. Como era de esperarse, el 87,4% de los dispositivos aglutinadores presentaron una tendencia constitucionalizante, el 6,6% eran neutros y el 6% restante tuvo el efecto práctico de desconstitucionalizar principios.

Tabla 5. Tipos de *polity* en los dispositivos originales enmendados (en %)

	Dispositivos (en %)
a. Definición de Estado y Nación	4,1
b. Derechos individuales	0
c. Reglas de juego	47,4
d. Derechos materiales y funciones estatales correlativas	15,5
e. a + c	24,8
f. Otros	8,2
Total	100,0 (n = 97)

Al descomponer los dispositivos originales sobre los cuales incidieron las enmiendas constitucionales y que fueron clasificados como *polity*, fue posible percibir que casi la mitad de ellos estaba referido a las reglas del juego (47,4%) y que otros (24,8%) eran una combinación de esa dimensión de la *polity* con definición de Estado y Nación (ítem “e” de la tabla 5). El hecho es que, si sumamos los ítems “a”, “c” y “e” de la tabla 5, verificaremos que nada menos que el 76,3% de los dispositivos constitucionales sometidos a modificaciones se referían a aspectos organizacionales del propio Estado, sean ellos sustantivos (estructura

administrativa, federal o implicando los tres poderes), sean ellos procesuales (relaciones entre intrapoderes, división de prerrogativas y funciones entre los actores institucionales, y reglas y plazos del proceso de decisiones gubernamental). Contrariando mucho de lo que se dijo sobre el proceso de reforma constitucional, apenas 15,5% de los dispositivos originales reformados en el período 1995-2002 tenían que ver con los derechos materiales, y no fue tocado ningún punto de la Carta relativo a los derechos individuales de libertad y de participación política.

De los 8 dispositivos revocadores (entre los 495 que formaron parte de las enmiendas promulgadas durante el período analizado), 5 de ellos incidieron sobre la dimensión de la *polity* y 3 sobre la dimensión de la *polity*. Ninguno de los 5 dispositivos revocadores de *polity* alcanzó derechos individuales o materiales originales de la Constitución. Todos ellos se referían a las reglas del juego¹⁵.

Tabla 6. Tipos de *polity* en los dispositivos aglutinadores (en %)

	Dispositivos (en %)
a. Definición de Estado y Nación	14,8
b. Derechos individuales	0
c. Reglas de juego	59,3
d. Derechos materiales y funciones estatales correlativas	3,7
e. a + c	14,8
f. Otros	7,4
Total	100,0 (n = 54)

¹⁵ Entre las enmiendas que contenían dispositivos revocadores, hubo dos que concentraron la mayoría de ellos: la Enmienda Constitucional n.6, fue una de las primeras del período FHC (15/08/95) y revocó el art.171 de la Constitución, junto con siete dispositivos referidos a la definición de empresa brasileña; otros seis dispositivos fueron revocados por la EC n.24, con el objetivo de terminar con la figura de juez clasista en la Justicia del Trabajo.

Según muestra la tabla 6, los dispositivos aglutinadores de *polity* se destacaron por una presencia más acentuada de regla del juego (59,3%), siguiendo la misma tendencia de los modificadores. Cerca de 14,8% de los que fueron incorporados a la Constitución se referían a la definición de Estado y Nación. Los dispositivos que conjugaban esos dos sentidos ("a" + "c") formaron el 14,8% del total. El resultado de la suma de los ítems "a", "c" y "e" de la tabla 6 es sorprendente: casi 90% de lo que fue agregado a la Constitución en términos de *polity* se refiere a aspectos organizacionales y procesuales del Estado y de las instituciones públicas. Sólo un 2,0% de derechos materiales fue agregado a la *polity* constitucional, siendo que por esa vía de reforma de la Carta no surgió ningún nuevo derecho individual.

El siguiente es un ejemplo de dispositivo aglutinador referido a *polity*/definición de Estado y Nación, y fue extraído de la EC 19:

§5° Ley de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios podrá establecer la relación entre la mayor y la menor remuneración de los servidores públicos, obedeciendo, en cualquier caso, lo dispuesto en el art.37, XI.

Se trata de *polity* porque se limita a estipular, de forma general e incontrovertible, la posibilidad de que se establezca una relación entre mayores y menores salarios en la administración pública de los tres niveles de gobierno. Por lo tanto, define un principio general para el funcionamiento del gobierno, sin determinar exactamente lo que podrá o no ser hecho. Las precisiones de detalle son dejadas al libre albedrío de los gobernantes de turno, los que de esta forma ven su libertad gubernativa ampliada en la medida en que el dispositivo deja claro que no existen impedimentos constitucionales para que la normatividad legal estipule tal relación de vencimientos.

Un ejemplo de dispositivo concerniente a *polity* como regla del juego es el siguiente, el cual fue extraído de la EC 7:

Art.2° Queda incluido el siguiente art.246 en el Título IX —“De las Disposiciones Constitucionales Generales”: “Art. 246. Queda vedada la adopción de medida provisoria en la reglamentación de artículo de la Constitución cuya redacción haya sido alterada por medio de enmienda promulgada a partir de 1995”.

En la medida en que este dispositivo define una condición importante para la relación e independencia entre poderes —impedir la utilización de una medida provisoria sobre materias constitucionales reformadas—, establece una regla básica del funcionamiento de la democracia. Es genérico e incontrovertible al mismo tiempo.

Sintetizando los resultados de las tablas 5 y 6, parece evidente que los dispositivos que modificaron la *polity* original, o que agregaron nuevos elementos a esa dimensión, incidieron mayoritariamente sobre la organización estatal y las reglas procesuales de funcionamiento de sus instituciones, confirmando que, de hecho, en el Brasil de los años 90 tuvimos una significativa reforma del Estado. Sin embargo, los mismos datos nos permiten descartar definitivamente la idea de que en ese proceso se hayan visto reducidos los derechos individuales o materiales. Es verdad que no hubo un crecimiento significativo de los derechos en el nivel de la *polity* (apenas 3,7%, según la tabla 6), y que 15,5% de los dispositivos modificadores incidieron sobre derechos materiales originales (en 15 casos). Pero en lo que respecta a las tendencias de esas modificaciones en los derechos materiales, hubo un empate casi matemático: tres fueron constitucionalizantes (una sobre trabajo de menores de 16 años, “condición de aprendiz”, y dos relativas a la seguridad social y a la reforma previsional -EC 20); cuatro fueron desconstitucionalizantes (una sobre universali-

zación de la enseñanza media gratuita —Ecv 14—, y tres que recayeron sobre los servidores públicos, desconstitucionalizando las cuestiones de remuneración —EC 18—, derecho de huelga y criterios diferenciados para concursos de admisión en la carrera —estas últimas introducidas por la reforma administrativa —EC 19—) y ocho fueron neutras.

Tabla 7. Clasificación de *policy* entre dispositivos de enmiendas (en %)

	Dispositivos (en %)
1. <i>Policy</i> pura	45,2
2. <i>Policy</i> por especificidad	34,0
3. <i>Policy</i> por controversia	11,4
4. 2 + 3	9,3
Total	100,0 (n = 332)

Concluyendo con la contabilidad de las enmiendas constitucionales del período FHC, se puede verificar por la tabla 7 que, entre los 332 dispositivos clasificados como *policy*, casi la mitad (45,2%) presentó un indisimulable contenido de política pública, mientras que 34% de ellos fueron clasificados así por ser demasiado específicos (no resistieron al criterio de generalidad presentado en la tercera sección de este capítulo), y 11,4% compusieron una verdadera agenda gubernamental, por presentar un contenido que bien podría haber sido objeto de disputa política convencional (cayeron en el criterio de controversia, presentado en la tercera sección del presente capítulo). Del total, 9,35 eran específicos y controvertidos al mismo tiempo. En suma, aun cuando aproximadamente la mitad de los dispositivos *policy* haya sido clasificada por medio del recurso a los dos criterios operacionales de especificidad y controversia, otros 45,2%

eran puramente *politics*¹⁶, y habrían recibido otro tratamiento legislativo si nuestra Constitución no fuese, en gran medida, un programa de gobierno.

Perspectivas de la agenda política y constitucional

No debemos espantarnos si dentro de algunos años la Constitución brasileña cuenta entre sus Disposiciones Transitorias con innumerables dispositivos insertados allí debido a necesidades gubernamentales de coyuntura. Es momento de cuestionarnos si esto no se debe al hecho de que la Constitución impide que diversos aspectos típicos de la *policy* sean objeto de un proceso legislativo ordinario, transformando automáticamente cualquier decisión normativa a ese nivel en un ataque y violación al texto constitucional.

Por otro lado, nada induce a creer que las coyunturas que obligaron a la gestión Cardoso a modificar frenéticamente la Carta desaparezcan incluso en el futuro distante. Además de eso, es posible prever que nuevos problemas y nuevos gobiernos —sean ellos cuales fueren, y tengan la orientación que tuviere—, permanecerán sujetos a esa dinámica política constitucional gracias al formato de la Carta —su inmensa amplitud y su grado de detalle—, y a las exigencias que ella impone al proceso gubernamental. Un buen indicador de ello es el hecho de que en el momento en que concluimos este capítulo, la agenda constitucional en tramitación en el Congreso presenta un total de 16 Propuestas de Enmienda Constitucional (PECs) de autoría del Ejecutivo Federal, como lo muestra el cuadro 3.

¹⁶ Esas *politics* puras pudieron ser clasificadas más fácilmente como tales por el hecho de que no se enmarcaban en ninguna de las cuatro categorías de *policy* mencionadas arriba y, por lo tanto, no “perdieron” la condición de *policy* por ser controvertidas o específicas, sino por estar completamente fuera de su ámbito.

Propuestas de Enmienda Constitucional encaminadas por el Ejecutivo

Año	PEC	Tcnor
1995	174/95	Modifica disposiciones del Título "De la Organización de los Poderes". Alterando el funcionamiento y condiciones de reglamentación legal de la administración pública federal.
	175/95	Altera el Capítulo del Sistema Tributario Nacional.
1996	386/96	Atribuye competencia a la Justicia Federal para juzgar los crímenes practicados contra los Derechos Humanos.
	369/96	Instituye el servicio civil obligatorio.
	370/96	Modifica el artículo 207 de la Constitución Federal (Autonomía Universitaria).
1997	413/96	Altera dispositivos de la Constitución, pertinentes al trabajo del menor.
	514/97	Altera los arts. 21, 22, 30, 32 y 144 de la Constitución, y toma otras providencias (Sistema de Seguridad Pública).
	618/98	Agrega un inciso al art. 20 de la Constitución (Patrimonio Genético).
1999	136/99	Dispone sobre la contribución para el mantenimiento del régimen previsional de los servidores públicos, de los militares de la Unión y de los militares de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios.
	137/99	Establece límites para la remuneración, subsidio, beneficio o pensión aplicable a los tres Poderes y al Ministerio Público.
	189/99	Altera el art. 243 de la Constitución Federal. Determina condiciones de confiscación de tierras utilizadas para cultivo y tráfico de drogas ilícitas.
2000	232/2000	Incluye el §8° en el art. 60 del Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias. Reglamenta la utilización de recursos de fondos destinados a la enseñanza media.
	277/2000	Altera los arts. 149 y 177 de la Constitución Federal. Define condiciones para la tributación de actividades referidas al Petróleo.
2001	382/2001	Agrega el §5° al art. 103 y el art. 84 al Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (Proposición desmembrada en las PECs 406/407 de 2001). Anulada.
	383/2001	Altera el Sistema Tributario Nacional y toma otras providencias.
	406/2001	Acrescenta el §5° al art. 103 de la Constitución Federal. Crea el acceso a la constitucionalidad, permitiendo que el STF suspenda procesos en curso en tribunales inferiores.

Fuente: Presidencia de la República.

Resulta difícil afirmar que alguna de las 16 PECs viadas por el Poder Ejecutivo —y que hasta el momento de la redacción del presente texto todavía no habían sido tratadas—, se refiera propiamente a *polity*. Incluso aquellas que tratan de cuestiones relacionadas al funcionamiento de los Poderes (en este caso, el Judicial), se ocupan más de trámites específicos que de la fijación de principios o normas básicas. Un dato interesante —y que merece un análisis más profundo en el futuro—, es el hecho de que a lo largo de los ocho años del gobierno FHC se aprobaron 34 Enmiendas Constitucionales y sólo 31 Leyes Complementarias. Estas últimas exigen un quórum menor para su aprobación y un trámite legislativo más simple (la mayoría absoluta en ambas Cámaras, en dos votaciones), por lo tanto —en tesis— son más fáciles de implementar.

Sin embargo, los datos parecen indicar que para la actual agenda del gobierno y la del Congreso, el camino de las reformas constitucionales fue el más importante. Durante su gestión, Fernando Henrique Cardoso se vio obligado a construir una amplia coalición de gobierno que le permitiese aprobar su agenda constituyente en el Congreso (Couto, 1997; 1998^a). Esa coalición llegó a congregar más del 75% de los parlamentarios y a cinco partidos: PSDB, PFL, PMDB, PPB y PTB (Figueiredo & Limongi, 1999). Eso permitió que el Ejecutivo tuviera un éxito relativo en su empresa, como lo indica el gran número de enmiendas aprobadas —entre ellas la que le garantizó al Presidente (y a sus sucesores, claro) el derecho a la reelección. Cabe preguntarse si es razonable suponer que otros gobernantes disfrutarán de las mismas posibilidades que le permitieron a Cardoso montar esa amplia coalición. En caso de que no cuenten con tales triunfos, ¿estarán en condiciones de implementar las políticas que les prometieron a sus electores, o incluso aquellas

que se hagan necesarias en función de las oscilaciones de la coyuntura? Tenemos pocas razones para creer que el desafío de los futuros gobernantes sea menor que el que enfrenta el actual gobierno. A despecho de la distinta forma ideológica del sucesor de Fernando Henrique Cardoso, su agenda de gobierno estará condicionada por la Constitución y deberá depender de una amplia coalición política para ser implementada.

No sería nada sorprendente que, al final del gobierno Lula, la Constitución sea todavía mayor de lo que es hoy. Sin embargo, la mayor fragmentación del Congreso que resultó de las elecciones del 2002, tal vez le dificulte la tarea al nuevo Presidente. Ninguno de los dos partidos llegó a alcanzar ni siquiera 1/5 de las bancas de la Cámara de Diputados. Los 9 partidos que dieron su apoyo a Lula en el segundo turno de las elecciones (PT, PL, PC do B, PMN, PPS, PSB, PDT, PTB y PV), sumados al PMDB, cuentan con 293 diputados y alcanzan el 57,15% de los votos; por lo tanto, menos que el mínimo necesario para aprobar una enmienda constitucional. En caso de que el PMDB no participe de la coalición de centro-izquierda que reuniría a los 9 partidos, el gobierno coexistiría con una base de apenas 42,7%. No obstante, al tomar en consideración el hecho de que sólo se trata de una coalición probable de 10 partidos, el riesgo de defeciones es muy alto y la tarea es mucho más ardua. Esto deja claro que el proceso de enmiendas constitucionales durante el gobierno de Lula requerirá la construcción de coaliciones que trasciendan la base de apoyo gubernamental. En el momento en que concluimos este texto, parece poco probable que el gobierno petista termine incorporando a sus bases otras agrupaciones ubicadas más a la derecha —además del PL y del PTB—, como el PPB (9,6% de las bancas) o el PFL (16,4%). Es verdad que

los dos “compañeros conservadores” del Presidente petista podrán ser útiles para atraer adhesiones de parlamentarios del campo conservador, pero es difícil evaluar en qué grado ocurrirá esto.

Curiosamente, si consideramos al Senado Federal la tarea del Presidente electo parece un poco más fácil. Sumados al PMDB, los partidos que apoyaron a Lula en el primer y segundo turno alcanzan un total de 49 senadores, o sea, 60,5% de las bancas. Pero sin el apoyo pemedebista ese apoyo caerá apenas al 35,8%. Este escenario, sumado al que describimos más arriba para la Cámara, evidencia en buena medida la importancia que tendrá el PMDB para el nuevo gobierno, frente a la necesidad de nuevos cambios constitucionales (e incluso para la conformación de una base de apoyo mayoritaria)¹⁷. Y, además de eso —tomando en cuenta las declaraciones de líderes cercanos al Presidente electo—, algunos de los cambios constitucionales que el nuevo gobierno considera necesarios (o probables) tal vez sean aquellos que más necesiten de amplios acuerdos, los cuales sobrepasan en mucho la formación de bases de sustentación parlamentaria de uno u otro Presidente. Nos estamos refiriendo a las reformas tributaria y (nuevamente) previsional. Son tan controvertidas y tocan intereses tan fuertes (de antes de la Federación, de grupos sociales relevantes), que para poder ser llevadas adelante exigirán mucha habilidad política y mucha negociación. En otras palabras, la agenda constitucional de Lula tal vez sea más ardua que aquella que enfrentó Fernando Henrique Cardoso.

¹⁷ Luego de las elecciones, el PMDB contaría en principio con 19 senadores. Sin embargo, obtuvo la adhesión del senador João Batista da Mota (hasta entonces sin partido), suplente del gobernador electo de Espírito Santo, Paulo Hartung (PSB).

Tabla 8. Composición del Congreso Nacional
tras las elecciones de 2002¹⁸

DIPUTADOS		SENADO		
Partido	Bancas	%		
PT	91	17,7%	20	24,7%
PFL	84	16,4%	19	23,5%
PMDB	74	14,4%	14	17,3%
PSDB	71	13,8%	11	13,6%
PPB	49	9,6%	5	6,2%
PL	26	5,1%	3	3,7%
PTB	26	5,1%	3	3,7%
PSB	22	4,3%	3	3,7%
PDT	21	4,1%	1	1,2%
PPS	15	2,9%	1	1,2%
PC do B	12	2,3%	1	1,2%
PRONA	6	1,4%	1	1,2%
PV	5	1,0%		
PSD	4	0,8%		
PST	3	0,6%		
PMN	1	0,2%		
PSC	1	0,2%		
PSL	1	0,2%		
PSDC	1	0,2%		
TOTAL	513	100,0%	81	100,0%

ANEXO – EMENDAS CONSTITUCIONAIS
APROVADAS

Fuentes: Cámara de Diputados — Agencia de la Cámara (09/10/2002),
Senado Federal — Agencia del Senado (07/10/2002); Informaciones de la
Prensa en General.

¹⁸ Al considerarse también algunos cambios de partidos informados por la prensa y sucedidos después de las elecciones y antes de la asunción del cargo de los nuevos congresistas.

21 de agosto de 1996	Resseguros deixam de ser monopólio estatal, passa a ser tarefa do Estado a regulação do setor.	13 - Constitucional [FHC]
16 de agosto de 1996	Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). Disposições transitórias.	12 - Constitucional [FHC]
30 de abril de 1996	Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.	11 - Constitucional [FHC]
4 de março de 1996	Prorrogação do Fundo Social de Emergência e sua transformação em Fundo de Estabilização Fiscal [FEF]. Disposições Transitórias.	10 - Constitucional [FHC]
9 de novembro de 1995	Fim do monopólio estatal do petróleo.	9 - Constitucional [FHC]
15 de agosto de 1995	Permite a concessão a empresas privadas dos serviços de telecomunicações.	8 - Constitucional [FHC]
15 de agosto de 1995	Permite a navegação de cabotagem por embarcações estrangeiras.	7 - Constitucional [FHC]
15 de agosto de 1995	Elimina distinção entre empresas nacionais e estrangeiras; permite exploração do subsolo por quaisquer empresas sediadas no país; proibe a regulamentação por MP de emendas constitucionais aprovadas após 1995, que tenham modificado a redação de artigos (último artigo da Constituição - Disposições Gerais).	6 - Constitucional [FHC]

Emenda nº:	Tema	Aprovada/ Promulgada em:
1 - Constitucional	Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores	31 de março de 1992
2 - Constitucional	Dispõe sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Transitórias (sistema de governo).	25 de agosto de 1992
3 - Constitucional	Define origem de recursos para aposentadorias e pensões de servidores públicos; cria o instituto da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; define papel vinculante para decisões do STF; regulamentação aspectos sistema tributário, definindo entre outras coisas que subsídios devem ser autorizados por lei; cria imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IPMF).	17 de março de 1993
4 - Constitucional	Define prazo mínimo para aprovação de lei eleitoral.	14 de setembro de 1993
1 - Revisão	Criação do Fundo Social de Emergência (FSE). Disposições Transitórias.	1º de março de 1994
2 - Revisão	Convocação de Ministros, tornando crime de responsabilidade o não-comparecimento.	7 de junho de 1994
3 - Revisão	Definição de naturalidade.	7 de junho de 1994
4 - Revisão	Critérios de elegibilidade para candidatos nas eleições.	7 de junho de 1994
5 - Revisão	Redução do mandato presidencial de 5 para 4 anos.	7 de junho de 1994
6 - Revisão	Condições da possibilidade perda do mandato de parlamentar submetido a inquérito.	7 de junho de 1994
5 - Constitucional [FHC]	Permite concessão dos serviços estaduais de distribuição de gás canalizado.	15 de agosto de 1995

Emenda nº:	Tema	Aprovada/ Promulgada em:
14 - Constitucional [FHC]	Criação do Fundo de Desenvolvimento da Educação Fundamental (FUNDEF), redistribuindo recursos horizontalmente entre entes de governo. Disposições Transitórias.	12 de setembro 1996
15 - Constitucional [FHC]	Regulamenta as condições para a criação de novos municípios (Emenda Jobim).	12 de setembro de 1996
16 - Constitucional [FHC]	Permite uma reeleição consecutiva para os chefes do Executivo nos três níveis de governo.	4 de junho de 1997
17 - Constitucional [FHC]	Prorrogação e modificações do FEF. Disposições Transitórias.	22 de novembro de 1997
18 - Constitucional [FHC]	Dispõe sobre o regime constitucional dos militares.	5 de fevereiro de 1998
19 - Constitucional [FHC]	Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e da outras providências (Reforma Administrativa).	4 de junho de 1998
20 - Constitucional [FHC]	Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e da outras providências (Reforma da Previdência)	15 de dezembro de 1998
21 - Constitucional [FHC]	Prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira (Prorrogação da CPMF). Disposições Transitórias.	18 de março de 1999

22 - Constitucional [FHC]	Módificações no âmbito da justiça federal, referentes à criação de juzizados especiais e do habeas corpus no âmbito do STF e do STJ.	18 de março de 1999
23 - Constitucional [FHC]	Altera os artigos 12, 52, 84, 91, 102 e 105 (Criação do Ministério da Defesa)	02 de setembro de 1999
24 - Constitucional [FHC]	Tema Altera dispositivos pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho	09 de dezembro de 1999
25 - Constitucional [FHC]	Altera limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal.	14 de fevereiro de 2000
26 - Constitucional [FHC]	Definição de Direitos Sociais (Art. 6º).	14 de fevereiro de 2000
27 - Constitucional [FHC]	Art. 76 das Disposições Transitórias, instituindo a Desvinculação de Arrecadação de Impostos e Contribuições Sociais da União.	21 de março de 2000
28 - Constitucional [FHC]	Redução de prazos prescricionais para ações trabalhistas e revogação do art. 233, referente ao mesmo assunto.	25 de maio de 2000
29 - Constitucional [FHC]	Altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 e acrescenta artigo às Disposições Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o funcionamento das ações e serviços públicos de saúde.	13 de setembro de 2000
30 - Constitucional [FHC]	Altera a redação do artigo 100 e acrescenta o artigo 78 às Disposições Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais.	13 de setembro de 2000
31 - Constitucional [FHC]	Altera Disposições Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.	14 de dezembro de 2000

DEMOCRATIZAÇÃO, FEDERALISMO Y GASTO SOCIAL EN EL BRASIL

Celina Souza

Introducción

La “tercera ola” de democratización que tomó cuenta de América Latina y del Este Europeo en los años 80 ha seguido diferentes caminos y producido también experiencias y resultados diferentes. En muchos países, la democratización se dio junto con la descentralización política y financiera de los gobiernos subnacionales. En otros, la democratización implicó la elaboración de nuevas constituciones, generando nuevos compromisos políticos y sociales. En algunos países federales, la democratización, la descentralización y las nuevas constituciones cambiaron el papel que desempeñaban los entes federativos. Sin embargo, esos cambios fueron acompañados por una nueva agenda económica volcada hacia el control fiscal, creando con tradiciones y tensiones para el cumplimiento de los compromisos asumidos en la democratización.

Brasil constituye un ejemplo en el cual todos esos factores se dieron en forma simultánea. La Federación brasileña —como institución—, y el gasto social —como política pública—, sufrieron profundas transformaciones que

Emenda nº:	Tema	Aprovada/ Promulgada em:
32 - Constitucional [FHC]	Altera dispositivos referentes ao processo legislativo e à edição de Medidas Provisórias.	11 de setembro de 2001
33 - Constitucional [FHC]	Altera os artigos 149, 155 e 177, definindo condições para a cobrança de contribuições sociais.	11 de dezembro de 2001
34 - Constitucional [FHC]	<i>Define condições empregatícias para o servidor público da área de saúde.</i>	13 de dezembro de 2001
35 - Constitucional [FHC]	Define condições da imunidade parlamentar.	20 de dezembro de 2001
36 - Constitucional [FHC]	Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica.	28 de maio de 2002
37 - Constitucional [FHC]	Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitorias (prorrogação da CPMF)	12 de junho de 2002
38 - Constitucional [FHC]	Acréscena o art. 89 ao ato das Disposições Constitucionais Transitorias, incorporando os Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos Quadros da União	12 de junho de 2002