

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Diego VALADÉS

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Relaciones entre la Constitución española de 1978 y las Constituciones iberoamericanas.* III. *Consideraciones finales.* IV. *Fuentes.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando se examina la relación entre el constitucionalismo español y el iberoamericano es necesario distinguir dos momentos: el que corresponde a la Constitución de Cádiz y el que concierne a la de 1978. En el primer caso se produjo una directa influencia debida a la doble circunstancia de los vínculos políticos todavía existentes entre España y sus territorios ultramarinos, y a la inteligente decisión de asociar a numerosos representantes de esos territorios en los debates y decisiones constituyentes.

De los trescientos tres diputados que compusieron las Cortes constituyentes, sesenta y tres procedían de América, y de los treinta y siete que fungieron como presidentes, diez fueron americanos; en la vicepresidencia y en la secretaría se produjo una proporción semejante.¹ De los ciento ochenta y seis diputados que firmaron la Constitución, cincuenta y dos eran americanos.² Gracias a esa íntima relación entre diputados metropolitanos y ultramarinos, la Constitución se enriqueció. La influencia de estos últimos fue decisiva en los temas de soberanía, li-

¹ Labra y Martínez, Rafael M. de, *Los presidentes americanos de las Cortes de Cádiz*, México, H. Congreso de la Unión, Ediciones Facsimilares del Comité de Asuntos Editoriales, 1989, p. 10.

² Roca Roca, Eduardo, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 1986, p. 37.

bertad de imprenta, igualdad, separación de poderes y representatividad.³ También fue importante la participación de los dos diputados panameños en materias de carácter comercial.⁴ Los nueve diputados peruanos, por su parte, fueron muy enfáticos en la defensa de “la raza aborigen” y de sus derechos.⁵

Todo lo anterior explica la adopción de la carta gaditana incluso en el ámbito de las entidades locales que integraron las nuevas naciones. En México, por ejemplo, los estados de Jalisco y Zacatecas declararon como propia, en 1823, la Constitución española.⁶

Los términos de esa influencia resultaron, sin embargo, diferentes en los distintos ámbitos del hemisferio. En Costa Rica, por ejemplo, la relación fue muy directa, tanto así que el Pacto Social Fundamental de 1821 disponía en su artículo 13 que las elecciones se verificarían conforme a lo dispuesto por la Constitución de Cádiz, y el artículo 41 determinaba que la justicia se administraría “pronta y directamente conforme a la Constitución española”.⁷

Argentina, Chile y otros países, sobre todo los que recibieron la impronta bolivariana, que se iniciaron más tempranamente en el constitucionalismo, tuvieron una mayor relación con las ideas constitucionales francesas y norteamericanas.⁸ Las Constituciones de Cundinamarca y de

3 Ferrer Muñoz, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 187; Garza, David T., “Criterio constitucional mexicano en las Cortes de Cádiz”, en Benson, Nattie Lee, *México y las Cortes españolas, 1810-1922*, México, Cámara de Diputados, 1985, p. 52; Tierno Galván, Enrique, *Actas de las Cortes de Cádiz*, antología, Madrid, Taurus, 1964, p. 752; Blanco Valdés, Roberto L., “El ‘Problema Americano’ en las primeras Cortes liberales españolas 1810-1814”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 31 y ss.

4 Quintero, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 9.

5 Ugarte del Pino, Juan Vicente, *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima, Editorial Andina, 1978, p. 33.

6 Barragán Barragán, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1978, p. 213.

7 Jiménez, Mario Alberto, *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1974, p. 28.

8 Brewer Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; *id.*, *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, t. 1, p. 48; Silva Bascuñán, Alejandro,

Tunja, de 1811, y de Antioquia y de Cartagena, de 1812, se adelantan en el proceso de formulación de normas y definición de instituciones políticas,⁹ substrayéndose así al influjo gaditano.

En cuanto a las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, carecieron de repercusión en Iberoamérica. Las motivaciones españolas y las iberoamericanas marchaban por caminos diferentes. Tampoco en el hemisferio americano hubo homogeneidad en los proyectos constitucionales, si bien las disyuntivas resultaban semejantes, especialmente en cuanto a la organización federal o unitaria. El penoso surgimiento del sistema presidencial, acompañado de incesantes y prolongados episodios dictatoriales, fue definiendo un perfil ajeno a las preocupaciones de una monarquía parlamentaria dominantes en España.

En cuanto a la Constitución española de 1978 se plantea la duda de sus posibles efectos paradigmáticos con relación al constitucionalismo iberoamericano. ¿Es posible que la Constitución de una monarquía parlamentaria influya en sistemas republicanos presidenciales? Desde luego que sí existe esa posibilidad, en tanto que en ambas formas de organización constitucional domina una preocupación común: la democracia. También es posible que las convergencias a veces sean deliberadas, pero en ocasiones no pasen de meras coincidencias.

La Constitución española de 1978 se reconoce tributaria de las Constituciones alemana, italiana, francesa y de la propia española de 1931. Los debates constituyentes dejan ver muy claras referencias a esos órdenes normativos, lo que de ninguna manera significa que el nuevo texto español carezca de aspectos originales. Ocurre, por otra parte, que los constituyentes iberoamericanos también conocieron las mismas Constituciones que tuvieron en mente los constituyentes españoles, además de la portuguesa de 1976, cuyas virtudes técnicas son ampliamente reconocidas.

De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, once han adoptado Constituciones enteramente

Tratado de derecho constitucional, t. II: *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp. 23 y ss.; González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina. 1853-1860*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1971, pp. 60 y ss.

⁹ Hidrón, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 8 y ss.

nuevas entre 1980 y 1995. En esta situación están Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992) y Perú (1993). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana, la uruguaya y la venezolana, por ejemplo, han sido objeto de importantes reformas, e incluso algunas de las adoptadas en ese periodo de quince años han experimentado ya algunas modificaciones, como ocurrió en 1993 con la de Guatemala, y entre 1984 y 1991 con la hondureña.

Como se puede apreciar, el ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido muy dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los seis países que no han sustituido su Constitución figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporalmente por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985. En el caso de Venezuela, su Constitución de 1961 coincide con la conclusión de los regímenes de facto y el restablecimiento de la democracia, y otro tanto sucedió en la República Dominicana en 1962, a raíz del asesinato del dictador Rafael L. Trujillo. En Ecuador el tránsito de la dictadura militar a la democracia se inicia en 1976 y culmina en 1978, con la adopción de la actual Constitución, luego reformada en 1984.

En tales circunstancias, este ensayo examinará algunas de las convergencias entre el sistema constitucional español y los rasgos comunes que presenta el nuevo constitucionalismo iberoamericano. No es posible afirmar, en todos los casos, un nexo de causalidad entre el primero y los segundos; muchas ideas pertenecen ya al patrimonio del constitucionalismo democrático de nuestro tiempo. Sin embargo sí es posible asegurar que en todos los congresos constituyentes iberoamericanos ha estado presente el ejemplo español, aunque su grado de influencia haya variado en cada caso.

Como se comentará adelante, la Constitución de 1978 ha sido examinada desde una doble perspectiva en Iberoamérica: por su contenido y por su forma de elaboración. Con relación al primer aspecto, veremos la similitud que presentan algunos derechos e instituciones incluidos en las nuevas Constituciones, y a propósito del procedimiento seguido para

elaborar la Constitución española, aludiremos a los procesos pactistas adoptados en Iberoamérica que condujeron a las nuevas Constituciones democráticas y que inspiran algunos planteamientos de renovación, como es el caso de México.

II. RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

1. *En cuanto al procedimiento de adopción*

El punto de arranque de la nueva Constitución española estuvo representado por los pactos de la Moncloa. Si bien estos acuerdos significaron una innovación importante en la vida política de España, la tendencia pactista tenía ya antecedentes relevantes en Iberoamérica. El caso español, no obstante, ha tenido una trascendencia paradigmática en el hemisferio americano en tanto que demostró la posibilidad de transitar sin violencia de una dictadura a una democracia.¹⁰ Desde luego, los acuerdos de la Moncloa, que despejaron el camino hacia una nueva Constitución, fueron suscritos en circunstancias muy propicias para el cambio: no había propiamente un enfrentamiento entre el grupo político que ejercía el poder y los demás partidos; se contaba con el liderazgo, políticamente neutral, del monarca; operaba con eficiencia una maquinaria burocrática que garantizaba, además, neutralidad política; habían aparecido medios de comunicación que apoyaban el proceso de convivencia y de acuerdos; y la primera fase de la transición, significada por la presencia de un nuevo jefe de Estado, se había llevado a cabo a satisfacción incluso de los grupos y partidos que sostenían históricamente la bandera de la República.

En el caso iberoamericano no siempre han estado presentes todos esos factores que posibilitan el éxito de los acuerdos, sobre todo por tenerse que enfrentar al dilema de concertar o gobernar.¹¹ A pesar de eso ha

¹⁰ Díaz, Elías, *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)*, Madrid, Edumena, Ediciones de la Universidad Complutense, 1987, pp. 87 y ss.; Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 21 y ss.

¹¹ Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 32 y ss.

habido una decisión constructiva que se ha proyectado al ámbito constitucional. En todo caso, al igual que en España, los consensos han permitido superar discrepancias de fondo, pero han dado como resultado textos no siempre caracterizados por su rigor sistemático.

Aunque la solución de los conflictos en la fase de elaboración constitucional resulta muy recomendable, porque evita enfrentamientos mayores, también es cierto que a veces deja implantadas en las instituciones los gérmenes de discrepancias que, andando el tiempo, comienzan a operar como elementos que entorpecen el funcionamiento normal de las instituciones. Esto sucede, sobre todo, cuando se adoptan cualquiera de dos decisiones, o ambas: superar en apariencia las discrepancias, dejando su solución en manos de legislador ordinario para que las resuelva mediante ley, y llenando la Constitución de instituciones de supervisión y control excesivas, que acaban por entorpecer el ejercicio normal del poder.

La facultad cuasiconstituyente transferida al legislador ordinario para que desarrolle aspectos que la Constitución sólo enuncia en términos generales, presenta varios inconvenientes. Uno, el más significativo, es que al lado de una Constitución sólo reformable mediante un procedimiento legislativo dificultado, surjan normas de naturaleza también constitucional cuyo procedimiento de elaboración y reforma es más flexible.

Desde un punto de vista la rigidez constitucional contribuye a la certidumbre de las relaciones sociales y es el eje mismo de la supremacía constitucional,¹² pero desde otra perspectiva la flexibilidad que permite la adecuación de normas básicas a través de leyes ordinarias es considerada también un elemento valioso para la estabilidad institucional. Por otra parte, la regulación de diversos aspectos constitucionales mediante ley evita el excesivo casuismo de las normas fundamentales, lo que también supone ventajas en cuanto a la estabilidad del propio texto de las Constituciones. Existe una mayor propensión a la sustitución de los textos casuistas, y a la permanencia de las disposiciones de mayor grado de generalidad.

No entraré aquí en el debate de esa cuestión; aludo a ella sólo para advertir que si bien existen textos constitucionales que presentan semejanzas, su desarrollo legislativo, y por supuesto su proceso interpretativo, los puede llevar por rumbos totalmente diferentes. Por ahora se trata,

¹² Vega, Pedro de, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 69.

en el mayor número de casos, de textos recientes, por lo que no se advierte aún que se vayan despegando de manera muy ostensible; pero lo natural será que acabe prevaleciendo la adaptación cultural de las normas, de suerte que con el tiempo las instituciones reguladas irán ofreciendo perfiles distintivos progresivamente más acentuados.

Los procesos de negociación preconstitucional tienen una amplia tradición en América Latina. El primer gran ejemplo contemporáneo se registra en el acuerdo entre los partidos Liberal y Conservador de Colombia, ratificado mediante plebiscito, en 1957. En esencia,¹³ el pacto consistía en la “eliminación de la lucha de partidos por el control presupuestal y burocrático del Estado”, la alternación en la presidencia a partir de 1959, la integración del gabinete con igual número de miembros por partido, y la paridad en las asambleas, concejos y Congreso, durante los siguientes dieciséis años. El más reciente proceso de negociación fue el llevado a cabo con los grupos guerrilleros, en 1989, como consecuencia del cual fue posible elaborar la Constitución de 1991.

En Ecuador se siguió otro procedimiento para alcanzar el consenso: en 1976 la dictadura militar designó dos comisiones de juristas cuyos proyectos fueron sometidos a referéndum. Lo original consistió en que el electorado no tenía la facultad de votar a favor o en contra de un proyecto, sino la posibilidad de optar entre uno u otro texto.

En una circunstancia distinta se fue elaborando el texto actual de la Constitución salvadoreña. La carta de 1983 fue reformada, merced a los acuerdos de paz con el Frente Farabundo Martí, en 1991. Los acuerdos comprendían las modificaciones a la Constitución.

Otras negociaciones previas a la elaboración constitucional se produjeron en Panamá, Venezuela (Pacto de Punto Fijo, de 1958) y, entre las más recientes, el Pacto de Olivos, en Argentina, de 1993. Este último fue el resultado de un difícil acuerdo entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, iniciado durante la presidencia del primero y concluida durante la presidencia del segundo. Las tensiones políticas y los intereses de los partidos fueron marcando el rumbo de una negociación en cuya fase final el partido Radical de Alfonsín aceptó el principio de la reelección presidencial, a cambio de que el partido peronista de Menem transigiera

¹³ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 23.

en la adopción de algunas medidas de corte cuasiparlamentario, como la figura del jefe de gabinete, entre otros aspectos.¹⁴

En otros casos el proceso de acuerdo no se ha dado en la fase previa a la formulación del texto constitucional, sino durante el desarrollo de las deliberaciones. Sin acuerdos no hubiera sido posible, por ejemplo, llegar al texto constitucional de Guatemala de 1985, en virtud de la gran fragmentación de la Asamblea Constituyente.¹⁵

Se registran, asimismo, casos en que la transición constitucional es objeto de un pacto que excluye a quienes ejercen el poder. Así ocurrió, por ejemplo, en Brasil. Lamounier¹⁶ ha demostrado que el verdadero pacto fue el llevado a la práctica por un amplio frente político, “que iba de la izquierda a la derecha”, adverso a los militares en el gobierno. De ese entendimiento entre las fuerzas políticas de diversos signos ideológicos surgió el proceso de constitucionalización de Brasil.

En cuanto a México, se vive todavía un proceso inconcluso de negociación constitucional en el que por una parte se plantea convocar a un nuevo constituyente, y por otra se sustenta que una reforma profunda de la actual Constitución puede satisfacer las exigencias de la consolidación democrática.

En términos generales el proceso de articulación de acuerdos constitucionales en América Latina tiene un punto de contacto con el español: transitar de sistemas dictatoriales, como los militaristas, o autoritarios, como el mexicano, a sistemas democráticos. Empero, la negociación constitucional en América también ha permitido superar otros dos problemas que España no tuvo que enfrentar: la violencia social, como ocurrió en Colombia, Guatemala y El Salvador, por ejemplo; y las crisis económicas que afectaron prácticamente a todo el hemisferio en la década de los ochenta.

14 Alfonsín, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Edit. Sociedad Impresora Americana, 1996, pp. 252 y ss.; 324 y ss.

15 García Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, 3a. ed., Guatemala, PDH, 1995, p. 46.

16 Lamounier, Bolívar (organizador de ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparação*, Sao Paulo, Editora Summaré/IDESP, CPS, FGD, 1996, pp. 46 y ss.

2. *En cuanto al contenido*

A. *Derechos*

1o. *Iniciativa popular*. De acuerdo con la Constitución española (artículo 87.3), la iniciativa popular para la presentación de leyes procede cuando, con arreglo a la ley, se reúne un mínimo de quinientas mil firmas acreditadas. Esa iniciativa no es admitida por la Constitución en materias propias de leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional, ni en lo concerniente a la prerrogativa de gracia. Con excepción del número, fijado en cinco mil firmas, la Constitución nicaragüense (artículo 140.4) acoge literalmente el texto español. En Guatemala la Constitución (artículo 277) fija igualmente un mínimo de cinco mil ciudadanos para ejercer la iniciativa.

Con relación a este derecho cívico, la Constitución argentina (artículo 39) coincide en cuanto a señalar como improcedente la iniciativa en materia internacional y tributaria. Agrega, con relación a la española, la materia penal en general y amplía la limitación excluyendo de la iniciativa las reformas constitucionales.

La Constitución brasileña (artículo 61) prevé que la iniciativa popular pueda ser ejercida por, como mínimo, el uno por ciento de los electores, distribuidos en cuando menos cinco estados y con la participación de tres décimos por ciento en cada uno de ellos. Aunque no fija límites expresos para la iniciativa, sí atribuye al presidente de la República la exclusividad para presentar iniciativas relativas a las fuerzas armadas, a cuestiones tributarias y a la organización de los servicios de justicia, de seguridad y de la administración pública.

En el caso colombiano (artículo 155) la iniciativa debe ser ejercida por un mínimo del cinco por ciento del censo electoral, pero no incluye ninguna materia reservada. Otro tanto ocurre en Ecuador (artículo 88), donde no se fija límite en cuanto al número de ciudadanos requerido para formular la iniciativa. Este mismo sistema abierto es el adoptado por las Constituciones de Paraguay (artículos 123 y 203) y de Perú (artículo 107), aunque en este caso corresponde a la ley determinar los requisitos y las materias susceptibles de iniciativa popular.

La iniciativa popular, en España y en Iberoamérica, no deja de ser una institución de dudosa utilidad. Su inclusión tiene más motivaciones de oportunidad política que de pertinencia democrática. Aunque su apa-

riencia sea la de un instrumento que facilita la expresión colectiva de la sociedad, en realidad su aplicación revela la escasa importancia real que tiene.

Para que la iniciativa popular pudiera adquirir una trascendencia institucional significativa tendrían que darse cualquiera de dos situaciones: que los partidos políticos dejaran de operar como las instancias de enlace entre la ciudadanía y los órganos del poder, o que los órganos del poder perdieran su naturaleza representativa. Cabe, desde luego, la posibilidad de que algunos partidos, sobre todo los de menor nivel de representatividad electoral, puedan hacer uso de la iniciativa popular, sobre todo para conseguir así efectos de opinión pública que de otra manera no alcanzarían. En este caso la iniciativa popular cumpliría la función de permitir magnificar la voz de las agrupaciones políticas de bajo perfil electoral. Fuera de esos casos, lo que de manera normal sucede es que las organizaciones políticas con mayor expresión parlamentaria o congresual no recurren a ese instrumento, sino que sustentan directamente sus iniciativas ante el órgano legislativo.

El surgimiento de la iniciativa popular corresponde a una época de desconfianza en las instituciones públicas, en que las organizaciones ciudadanas han ido ocupando gradualmente un mayor espacio en el ámbito político. Muchos partidos políticos han entendido que les resulta conveniente hacer suyas esas posiciones, a pesar de la contradicción que esa decisión representa. En el orden institucional, la iniciativa popular, como el referéndum legislativo al que adelante aludiremos, suponen cuestionar el sistema representativo.

Varias de las modalidades de la llamada democracia participativa, que no son otra cosa que la vieja democracia directa, han venido insertándose, como en los casos aquí referidos, en las democracias constitucionales de naturaleza representativa. La magnitud de sus efectos no es tal que pueda considerarse todavía una amenaza para el sistema representativo, pero en todo caso su presencia sí entraña una contradicción que se explica, en buena medida, por el origen consensual de las Constituciones elaboradas con motivo de transiciones políticas.

2o. *Referéndum y plebiscito*. La Constitución española contiene una triple regulación del referéndum. Por un lado, la que aparece en el artículo 92.1, de naturaleza política, y por otro, las modalidades de carácter constitucional, referidas al ámbito autonómico (artículo 151.2) y al ámbito nacional (artículos 167.3 y 168.3). De esas tres posibilidades de

referéndum, la que menor acogida ha tenido en los sistemas constitucionales iberoamericanos es la de naturaleza legislativa y política.

El artículo 92 de la Constitución española presenta una redacción equívoca, porque si bien la disposición alude a que se someterán a consulta popular “decisiones políticas”, en cuyo caso habría que hablar de plebiscito, como se sustentó durante el proceso constituyente,¹⁷ se conservó la expresión “referéndum” por ser la que contenía el proyecto de Constitución. Esto explica que el precepto aparezca en el capítulo que rige la elaboración de las leyes. Cabe asimismo suponer que los constituyentes entendieron las decisiones políticas en un sentido amplio que, por ende, incluye las que se toman en materia normativa.

La Constitución guatemalteca (artículo 173) tomó literalmente de la española la expresión “las decisiones políticas de especial trascendencia”, pero transformó el potestativo “podrán ser sometidas a referéndum”, por el obligatorio “deberán ser sometidas a procedimiento consultivo”. Así, esta Constitución si bien alude técnicamente a un plebiscito y no a un referéndum, le da un carácter obligatorio difícil de cumplir. Modalidades muy restrictivas del plebiscito aparecen en la Constitución mexicana (artículo 26), referido a la planificación indicativa, y de Colombia (artículo 79) relativo a la protección del ambiente.

Por su parte, la Constitución argentina (artículo 40) sólo prevé el referéndum legislativo, y para atenuar parcialmente los efectos adversos al sistema representativo, dispone que únicamente la Cámara de Diputados podrá convocar a referéndum, cuyos resultados serán obligatorios y la ley resultante será promulgada de manera “automática”. El presidente, a su vez, también podrá convocar a referendos, pero en este caso el voto no será obligatorio ni los resultados vinculantes. El caso paraguayo (artículo 121) es más ambiguo, porque reserva a la ley determinar cuándo el referéndum será vinculante o no.

Como se puede apreciar, el referéndum legislativo no ha sido una institución jurídica que haya tenido muy amplia acogida en el constitucionalismo iberoamericano. A pesar de que la iniciativa popular ha contado con mayores simpatías, en el caso del referéndum legislativo se ha producido una mayor reticencia, en buena medida para no erosionar la capacidad decisoria de los órganos legislativos del poder. Es probable que se haya tenido en cuenta que los referendos han sido frecuentemente

17 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 205 y ss.

utilizados para deteriorar o incluso ignorar las decisiones de los legisladores.

La práctica del referéndum entraña considerables riesgos. Si se utiliza como una forma no vinculante de consulta popular, en realidad se está subestimando la capacidad decisoria de la ciudadanía, porque una vez conocido su parecer se puede o no tomar en cuenta; si por el contrario la decisión popular adquiere carácter vinculante por disposición constitucional, puede llagarse a producir una quiebra de la propia Constitución—si lo que se somete a decisión popular no ha pasado por un control previo de constitucionalidad—. Una ley sometida a referéndum podría contener normas inconstitucionales, pero aprobadas por la pluralidad del pueblo.

El riesgo de que deliberadamente se someta a la decisión ciudadana un proyecto viciado de inconstitucionalidad, hace que este instrumento sea poco funcional para un sistema democrático. Si los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes se tuvieran que pronunciar en sentido adverso a una norma aprobada mediante referéndum, se desencadenaría un conflicto de naturaleza política de gran magnitud que haría peligrar el Estado de derecho. La única vía de soslayar esa posibilidad sería el control previo de constitucionalidad de los proyectos sometidos a referéndum, pero ningún sistema constitucional iberoamericano que admite el referéndum legislativo prevé un tipo de control de esa naturaleza.

El caso del referéndum constitucional es diferente. En este caso no se podría hablar de reformas constitucionales contrarias a la Constitución, porque justamente de lo que se trataría sería de una reforma a la Constitución misma. Cabría, no obstante, la posibilidad de que las reformas aprobadas pudieran ser contradictorias con otras de la propia norma suprema, lo cual en todo caso daría problemas de interpretación y aplicación, pero no presentaría el riesgo de enfrentar a los tribunales constitucionales con la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

Por tal razón, esta variante de referéndum ha tenido amplia acogida en las más nuevas Constituciones de Iberoamérica, e incluso ha dado lugar a modificaciones en algunas de las anteriores a 1978. Las formas incorporadas, sin embargo, son múltiples. El caso de Brasil es singular, porque si bien el artículo 60, que prescribe los requisitos para la reforma constitucional, no contempla la posibilidad del referéndum, el transitorio segundo alude a la convocatoria del plebiscito, que se llevó a cabo en

septiembre de 1993, para determinar si Brasil adoptaba la forma de gobierno monárquica constitucional o conservaba la republicana, y en este caso si mantenía el sistema presidencial u optaba por el parlamentario.

El referéndum constitucional aparece en las Constituciones de Colombia (artículos 374, 376, 377, 378 y 379), Chile (artículo 117), Ecuador (artículos 57 y 181), Guatemala (artículos 173 y 280), Panamá (artículo 308), Paraguay (artículo 290), Perú (artículo 206), Uruguay, mediante reforma de 1989 (artículo 331) y Venezuela, en su carta de 1961 (artículo 246.4). Como se puede ver, nueve Constituciones, de las cuales ocho son posteriores o han sido reformadas después de 1978, consagran el referéndum constitucional, y una más, la brasileña, aun cuando no lo incluye, ha sido definida mediante una consulta plebiscitaria. En este caso lo llamativo consistió en que la convocatoria a la consulta popular quedó establecida en la propia Constitución, como resultado del acuerdo político entre las fuerzas que negociaron y convinieron el contenido de la norma suprema en 1988.

A pesar de coincidir en la inclusión del referéndum constitucional, prácticamente todas las formas consignadas son diferentes. Esto demuestra la versatilidad que esta institución ofrece. En Colombia, por ejemplo, el referéndum no es complementario de la acción congresual, sino que representa una disyuntiva. La Constitución puede ser reformada por el Congreso, o por una Asamblea Constituyente, o directamente por el pueblo mediante referéndum. En este caso la Constitución permite, además, que el electorado se pronuncie por cada uno de los artículos, pudiendo aprobar unos y rechazar otros. Para que surta efectos, en el referéndum deberá participar cuando menos una cuarta parte del electorado, y en cada caso triunfará la decisión que cuente con el apoyo de más de la mitad de los sufragantes. Este sistema puede dar lugar a graves contradicciones, pues al permitir que el electorado apruebe o rechace parcialmente el articulado constitucional, deja abierta la posibilidad de que el resultado de la consulta no permita organizar un texto coherente.

En Chile, cuya Constitución también fue aprobada mediante referéndum en septiembre de 1980, se admite el veto presidencial total o parcial a las reformas constitucionales que apruebe el Congreso, y si éste supera el veto, también de manera total o parcial, mediante una mayoría calificada de dos tercios de cada cámara, el presidente tiene el recurso adicional de convocar a la ciudadanía para que se pronuncie. En este caso el electorado actúa, en la realidad, para dirimir un conflicto entre órganos

del poder, más que como cuerpo legislativo supremo. Este mismo procedimiento fue seguido por la Constitución ecuatoriana (artículos 181 y 57).

El referéndum es obligatorio en todos los casos de reforma constitucional en Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En el caso de Panamá sólo es obligatorio el referéndum cuando la Asamblea Legislativa elegida para revisar la reforma adoptada por la Asamblea previa, introduzca modificaciones al proyecto antes aprobado. De no producirse discrepancias entre la Asamblea de origen y la de revisión, no se convoca a referéndum.

Cuando el referéndum constitucional funciona para permitir que el electorado actúe como órgano legislativo supremo, se está aplicando la idea esencial del contractualismo rousseauiano, que es la ruta seguida por la Constitución española y por la mayoría de las iberoamericanas que han adoptado esa modalidad; empero, como hemos visto, también existen otras fórmulas que sólo permiten la utilización de la consulta popular para superar discrepancias entre los titulares de los órganos del poder. En este caso la consulta a la ciudadanía (al soberano, en términos de Rousseau) sólo se produce si los agentes del poder no llegan a acuerdos. El pactismo, en tales circunstancias, adquiere una dimensión anti-democrática, porque el acuerdo entre los agentes políticos se substraerá a la ratificación de los ciudadanos.

3o. *Ambiente*. La defensa constitucional del ambiente, así como otros derechos a los que se identifica como la tercera generación de los derechos humanos,¹⁸ forman un capítulo central en el constitucionalismo iberoamericano. El artículo 45 de la Constitución española incluye una amplia referencia al medio ambiente, que incluye: *a*) el derecho a disfrutar de un ambiente sano; *b*) el deber individual, social e institucional de conservarlo, y *c*) la garantía de ese derecho. En términos análogos se pronuncian las normas básicas de Argentina (artículo 41), Colombia (artículos 49 y 79), Chile (artículo 19.8), Ecuador (artículos 22.2 y 44), Guatemala (artículo 97), Nicaragua (artículo 60) y Panamá (artículos 114 y ss.). En Paraguay (artículos 7o. y 8o.) y Brasil (artículo 225), además

¹⁸ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 137 y ss.

de los tres elementos antes apuntados, las Constituciones agregan la regulación del uso de material genético.

En México, una reforma de 1987 (artículo 27) establece apenas una discreta facultad para que, mediante ley, se adopten las medidas para “preservar y restaurar el equilibrio ecológico”, así como en Perú (artículo 67) sólo se faculta al Estado para determinar “la política nacional del ambiente”.

Con las disposiciones relativas al ambiente las Constituciones atienden a un problema central de la vida del Estado moderno. Se trata de una materia cuya normación internacional va en aumento, porque el deterioro ambiental tiene efectos más allá del ámbito territorial nacional. El tratamiento de la materia es objeto de tratados, pero ello no excluye que, como ratificación de una decisión soberana, los Estados la incorporen en sus textos constitucionales.

4o. *Salud*. Directamente vinculada con la protección del ambiente, está la que respecta a la salud. De manera acertada, la Constitución española (artículo 43) consigna el “derecho a la protección de la salud”, que por su parte también recogen los textos de Colombia (artículo 49), Chile (artículo 19.9), El Salvador (artículo 65), Honduras (artículo 145), México (artículo 4o., reformado en 1982), Panamá (artículos 102 y ss.), Paraguay (artículo 68) y Perú (artículos 7o., 8o. y 11).

El concepto básico de protección de la salud incluye las medidas de promoción y restauración de la salud, que algunas Constituciones mencionadas también enuncian de manera expresa. En cambio, una lectura equivocada del precepto español llevó a que se hablara no del derecho a la protección de la salud, como prestación susceptible de ser efectivamente proporcionada y exigida, sino directamente de “derecho a la salud”, que hace imprecisa su garantía. Así ocurre en los casos de Nicaragua (artículo 59) y Guatemala (artículo 93), Brasil (artículo 196) y Ecuador (artículo 249), en cambio, abordan el problema de la salud en un contexto más amplio: el nivel de vida de los habitantes. Contraen una responsabilidad mayor, cuya garantía depende de los recursos aplicados por el Estado en materia de desarrollo social, pero en todo caso no incurren en la abstracción de garantizar el “derecho a la salud” ni se quedan en el sólo compromiso de asegurar su protección.

5o. *Infancia, juventud, tercera edad y disminuidos*. Entre los sectores más vulnerables de la sociedad se encuentran los menores, los jóvenes, los ancianos y los físicamente disminuidos. Es una paradoja que durante

largo tiempo hayan sido ajenos a las previsiones normativas del Estado de bienestar.

La Constitución española (artículos 39.4, 48, 49 y 50) también ha tenido una amplia repercusión en Iberoamérica en estas materias. Guatemala (artículos 51 y 53) incluye a los menores, a los ancianos y a los disminuidos; Brasil (artículos 227 y 230) a los menores, a los ancianos y a los jóvenes; Colombia (artículos 44 y 45 y 46), a los menores, a los jóvenes y a los ancianos; Ecuador (artículo 36), El Salvador (artículos 34 y 35) y Honduras (artículos 119 y ss.) únicamente a los menores; Nicaragua (artículos 62, 65 y 77) a los ancianos, a la juventud, mediante el deporte, y a los disminuidos; Paraguay (artículo 84) sólo contempla el deporte, y Perú (artículo 4o.) sólo la infancia.

Como se puede apreciar, se trata de una serie de derechos que se han integrado al constitucionalismo iberoamericano de una manera muy irregular, pero que de todas suertes van calando en una época que se caracteriza por el abandono progresivo de las funciones prestacionales del Estado.

El acoso al Estado de bienestar ha reducido la capacidad de respuesta de las instituciones públicas frente a las numerosas demandas sociales. En esas condiciones la recepción constitucional de algunos de los derechos aquí mencionados representa una respuesta a las expectativas de bienestar colectivo, a veces contraviniendo las presiones que tienden a condicionar o a reducir las posibilidades del gasto público. No debe perderse de vista, en este sentido, que en su mayoría los países iberoamericanos sufren los efectos de una pesada deuda externa que los obliga a sujetarse a duras restricciones en cuanto a sus políticas monetarias y de gasto impuestas por los organismos financieros internacionales.

6o. *Derecho a la intimidad y habeas data.* Una de las más importantes preocupaciones de los nuevos órdenes constitucionales es la protección del derecho a la intimidad, estrechamente asociado a la garantía de inviolabilidad del domicilio y de libertad y seguridad personales que las Constituciones iberoamericanas contienen desde sus formulaciones no-nacentistas. La invasión de la esfera privada representa una de las mayores amenazas que el individuo puede experimentar en la actualidad. Los instrumentos técnicos a disposición del Estado y de los particulares, que les permiten inmiscuirse en la vida de las personas, ha generado una respuesta normativa que tiende a proteger la intimidad.

No deja de suscitarse, como es natural, el problema de definir qué se entiende por intimidad. En principio nada puede objetarse a la defensa del derecho a la intimidad, pero tampoco puede desconocerse que existen aspectos que incumben a la vida interior de los individuos pero tienen efectos externos que también afectan la vida de otros sujetos. Este problema lo examina Dworkin¹⁹ con detenimiento, referido a la libertad de información para saber si, en última instancia, hay un derecho a la pornografía.

Por esa razón cobra especial relevancia que el enunciado del derecho a la intimidad esté acompañado de su correspondiente garantía, para que de esa forma uno y otra, al complementarse, también se delimiten. Del “concepto superlativo” a que alude Ruiz Miguel²⁰ se pasa así a una norma más fácil de precisar. En este aspecto el *habeas data* permite determinar el alcance del derecho a la intimidad. Aunque parezca una paradoja, a veces es a través del instrumento de garantía de un derecho que podemos saber cuál es el contenido de ese derecho. Según una de las formas de entender la garantía denominada *habeas data*²¹ se trata de una facultad del individuo para disponer de sus datos personales y de vigilar a quien los utiliza. Además, como bien señala Cepeda²² la intimidad no se limita “estrictamente a lo individual”, sino que incluye a la unidad familiar.

Es cierto que el derecho a la intimidad puede ser entendido como algo perteneciente a la esfera del dominio reservado de las personas, y que sólo a ellas pertenece. Otra vertiente a considerar es el derecho a la información, que incumbe a la sociedad, como contrapunto del derecho a la intimidad, que corresponde al individuo. Establecer el punto de intersección de ambos derechos, el que ejerce el colectivo social y el que

19 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 350 y ss.

20 Ruiz Miguel, Carlos, “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994, p. 239.

21 Lillo, Pasquale, “Democrazia elettronica e *habeas data*”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre de 1997, p. 295; Núñez Ponce, Julio, “La acción de *habeas data*: Su aplicación en un contexto jurídico informático”, *Revista Jurídica del Poder Judicial*, Sinaloa, segunda época, 1994, p. 24.

22 Cepeda E., Manuel, José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, p. 130.

ejerce cada uno de sus componentes, es una de las tareas más delicadas del constitucionalismo contemporáneo.

El derecho a la intimidad y su garantía, aparecen en el texto constitucional español (artículo 18). Diversas Constituciones iberoamericanas han incorporado también esos preceptos. Es el caso de Argentina (artículo 43), Brasil (artículo 5-X), Colombia (artículo 15), Costa Rica (artículo 24, reformado en 1996), Ecuador (artículos 22.4, y 30), El Salvador (artículo 2), Guatemala (artículo 31), Honduras (artículo 76), Nicaragua (artículo 26.4), Paraguay (artículos 33, 135) y Perú (artículo 2.6 y 2.7).

7o. Protección contra la arbitrariedad. Una de las más importantes garantías del sistema constitucional español es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3). Entre las Constituciones iberoamericanas este principio ha sido adoptado sólo por Argentina (artículo 43) y Chile (artículo 20). La escasa repercusión de este precepto se debe, probablemente, a que no se ha advertido que es un valioso instrumento para la defensa de la libertad y de la igualdad.

Como ha demostrado Tomás Ramón Fernández,²³ el alcance de esta institución ha tenido que venir siendo definido por la interpretación jurisprudencial. De ahí que su importancia original no haya resultado muy clara. Más aún, la propia doctrina española no le ha dado, sino hasta fecha muy reciente, la importancia que merece.

De alguna manera los constituyentes han considerado que a través de los instrumentos de control de la constitucionalidad se protege al individuo también de la posible arbitrariedad de los órganos del poder. La experiencia jurisprudencial española demuestra que no es así, y que la garantía contenida en el artículo 9.3 constitucional amplía el horizonte de garantías de la libertad e igualdad. En este sentido la interpretación jurisprudencial ha identificado como arbitrario al acto jurídico que carece de explicación racional o de coherencia institucional,²⁴ con lo cual se va más allá de la sola apreciación de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos.

Aun cuando Fernández²⁵ señala que no existe en derecho comparado una institución semejante a la española, es necesario tomar en cuenta

²³ Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998, esp. pp. 47 y ss.

²⁴ *Ibidem*, pp. 61 y 90.

²⁵ *Ibidem*, p. 29.

lo dispuesto por las Constituciones chilena y argentina, que expresamente distinguen entre ilegalidad y arbitrariedad, con lo que se sitúan en la línea de la jurisprudencia española.

Este principio constitucional implica también algunos riesgos, fundamentalmente el de ofrecer al juez una posibilidad más amplia que la significada por jurisdicción constitucional para convertirse en legislador. Sin pretender repetir el viejo debate que se basaba en una rígida concepción de la separación de poderes y del sistema representativo, sí es necesario advertir que los márgenes de discrecionalidad judicial se amplían al dársele al juez la oportunidad de establecer en qué casos una norma es arbitraria. Pero los posibles riesgos no son mayores que las previsibles ventajas. Y el orden normativo de la democracia debe tener como prioridad las más eficaces garantías para la libertad y la igualdad de los individuos.

8o. *Protección del consumidor y del usuario.* La defensa del consumidor corresponde a otra de las disposiciones encaminadas a tutelar los llamados intereses difusos que han venido siendo incorporados por el constitucionalismo contemporáneo. La Constitución española (artículo 51) incorpora una amplia protección para el consumidor y el usuario, que incluye la protección de su seguridad, de su salud y de sus legítimos intereses económicos. Para ese efecto se realizarán acciones de información y educación destinadas a los consumidores y usuarios, y se fomentará su organización.

Los mismos elementos de la disposición constitucional española fueron adoptados en Argentina (artículo 42), Colombia (artículo 78), Ecuador (artículo 22.3) y Guatemala (artículo 119). En México (artículo 28) sólo se alude a los consumidores, sin que se les reconozca el derecho de organización, y en Perú (artículo 65) se omite el derecho a la organización de consumidores y usuarios.

En el caso de Brasil (artículo 170.V) la defensa del consumidor se plantea como parte de un orden económico cuya finalidad es “asegurar a todos una existencia digna, conforme a la justicia social”. Si bien el principio es muy abstracto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 1990 incorpora los elementos centrales de la defensa de consumidores y usuarios que figuran en la carta española.

Por su parte, en Honduras la Constitución (artículo 331) sólo formula una ambigua libertad de consumo, y en Nicaragua (artículo 105) y Pa-

namá (artículo 279) el Estado asume la responsabilidad de “garantizar el control y calidad de bienes y servicios”.

Estos preceptos se incorporan, de manera general, en el capítulo correspondiente al régimen económico. Ésta es, por otra parte, una sección que la mayor parte de las nuevas Constituciones incluyen, y que algunas de las previas a 1978 ya incorporaron mediante reformas. Tal es el caso de la mexicana (artículos 25 y 26, reformados en 1983) y de la costarricense (artículo 46, reformado en 1996), que se suman a lo que ya disponía la Constitución venezolana (artículos 95 y ss.) de 1961.

B. *Instituciones*

1o. *Defensor del Pueblo*. El fin de la Segunda Guerra Mundial marca a su vez el inicio de una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos. En un mismo año, 1948, son adoptadas las declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos, y se inicia un proceso institucional que habría de desembocar en la creación de nuevas instituciones nacionales encaminadas a asegurar su eficaz protección.

La institución escandinava del *ombudsman* tardó mucho en permear la estructura constitucional iberoamericana. Aun cuando comenzó a ser discutida en los medios académicos desde finales de los años sesenta, sólo en los setenta comenzó a recibir atención creciente. Entre los juristas que con mayor determinación impulsaron su adopción en América Latina figuran Héctor Fix-Zamudio, en México; Humberto J. La Roche, en Venezuela; Carlos Restrepo Piedrahíta, en Colombia; Héctor Gross Espiell, en Uruguay; Eduardo Soto Klos, en Chile; Carlos Rivera, en Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia, en Guatemala, y Miguel M. Padilla, en Argentina,²⁶ para mencionar sólo algunos de los distinguidos profesores que impulsaron su adopción, familiarizando a los legisladores, a los gobernantes y a la propia opinión pública con la figura del *ombudsman*.

Los primeros países iberoamericanos en adoptar constitucionalmente el *ombudsman* fueron Portugal y España,²⁷ y su fuerza expansiva entre los países iberoamericanos ha sido de gran trascendencia. Aunque en

²⁶ Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 89 y ss.

²⁷ Aguilar Cuevas, Magdalena, *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 73.

1976 se presentó un proyecto de reformas constitucionales en Colombia para incorporar la figura de la Veeduría de la Administración,²⁸ la iniciativa no prosperó. El impulso más importante que se produjo en el constitucionalismo iberoamericano parte de la figura del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, incorporado en la Constitución española (artículo 54).

La denominación de Defensor del Pueblo de la Constitución española ha sido seguida por Argentina (artículo 86), Bolivia (artículos 127-131, reformados en 1993), Colombia (118), Ecuador (artículo 29), Paraguay (artículo 276) y Perú (artículo 161). Guatemala optó por integrar una Comisión de Derechos Humanos y contar, además, con un Procurador de Derechos Humanos (artículos 273-275). En estos casos se trata, como en España,²⁹ de órganos designados por el Congreso. La Constitución mexicana (artículo 102.B, reformado en 1992) optó por dejar a la ley la denominación de los organismos federal y estatales encargados de tutelar los derechos humanos. En este caso la Constitución no establece expresamente si los titulares de esos organismos, que han venido a llamarse comisiones de Derechos Humanos, son designados por el Congreso. Las leyes federal y estatales le dan facultades a los titulares de los órganos ejecutivos del poder para hacer las propuestas, y a los órganos legislativos para ratificar las designaciones.

La incorporación del *ombudsman* en el sistema constitucional iberoamericano se ha conseguido superando numerosas resistencias y reticencias. El argumento adverso más invocado ha consistido en señalar que su aparición se debe a la debilidad del sistema judicial, y que por ende la solución para los actos de afectación de los derechos humanos no debía consistir en incorporar un órgano más del Estado, sino en fortalecer los ya existentes. Esta tesis no toma en cuenta que el *ombudsman* no excluye la posibilidad de que los particulares ejerzan ante los tribunales las acciones que consideren pertinentes, y que, por el contrario, permiten un considerable ahorro en los trámites formales que beneficia a los individuos y a los propios órganos de justicia.

²⁸ Estrada, Alexei Julio, "El *ombudsman* en Colombia y en México, una perspectiva comparada", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 16.

²⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional latinoamericana", *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10o. Aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998, p. 85.

El *ombudsman* juega, por otra parte, un papel significativo en cuanto a formar una conciencia de respeto por el derecho en general. La cultura jurídica se ve impulsada por la presencia de ese tipo de órganos. La necesidad de fortalecer al Estado de derecho a la que se han tenido que enfrentar los países iberoamericanos en los últimos veinte años, hace que este tipo de instituciones tenga una función especialmente relevante.

2o. *Tribunal Constitucional*. La justicia constitucional tiene una larga trayectoria en América Latina. En este aspecto la relación entre las Constituciones española e iberoamericanas no se da tanto por la materia, ni por la modalidad de control de la constitucionalidad adoptada, sino por la naturaleza del órgano que lo ejerce.³⁰ Aun cuando la aparición del primer tribunal constitucional, con esta denominación, se produjo en la Constitución austriaca de 1920, la denominación se comenzó a generalizar en los países hispanohablantes después de promulgada la Constitución española. Eso no obstante, se registran algunos casos previos como la creación del Tribunal Constitucional chileno en 1925 y de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, en 1965.³¹ En Colombia se propuso la creación de la Corte Constitucional desde 1945, aunque sólo fue establecida hasta 1991.³²

En cuanto a la modalidad de control, el sistema español corresponde al sistema concentrado, que es seguido por Bolivia, Costa Rica, México (si bien el control compete al Poder Judicial federal, no sólo a la Suprema Corte de Justicia), Panamá, Paraguay y Uruguay en tanto que en Argentina, Brasil, Nicaragua y Perú se aplica el modelo de control difuso y en Colombia, Chile, Ecuador (de acuerdo con las reformas de 1992), El Salvador, Guatemala y Venezuela rige un sistema mixto.

La diversidad de denominaciones para los órganos encargados de la justicia constitucional, las variaciones en cuanto a su integración y a los procedimientos de designación de sus titulares³³ obedece en buena me-

30 Aguiar de Luque, Luis, "La justicia constitucional en Iberoamérica", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997, p. 29.

31 Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 97 y ss.

32 Restrepo Piedrahíta, Carlos, "Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 220 y ss.

33 Véanse *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *Justicia Constitucional Comparada*, México, Instituto

didada a que se trata de una institución de larga trayectoria en el constitucionalismo latinoamericano, que hunde sus raíces en el siglo XIX. Esto no es óbice para que se puedan registrar los casos, como los de Guatemala y Perú, donde, a pesar de las soluciones finalmente incorporadas a las respectivas Constituciones, se tuvo muy presente la experiencia española.³⁴

Otro aspecto que no concierne al órgano de control de la constitucionalidad, sino al gobierno y a la administración de la justicia, es la creación del Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2), que ha tenido en Latinoamérica la repercusión que no alcanzaron previamente los consejos superiores de la Magistratura de Italia y de Francia.³⁵ En El Salvador surgió el Consejo Nacional de la Judicatura (artículo 187), en México el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 reformado en 1995), en Paraguay el Consejo de la Magistratura (artículos 262-264) y en Perú el Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 150-157).

La justicia constitucional en España y en América Latina guarda relación con el constitucionalismo democrático³⁶ que prevalece en la mayor parte del hemisferio. No es posible entender la defensa de la Constitución sino como resultado de una elaboración constitucional democrática y como parte de un Estado de derecho. Ahí donde no existen órganos del poder controlados, donde los titulares de esos órganos carecen de legitimidad, donde la vida política transcurre al margen del pluralismo y

de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993; *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Umaña Trujillo Impresores, 1984, y García Belaunde, D. y Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

³⁴ García Laguardia, Jorge Mario, “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica, núm. 8, pp. 39 y ss.; Brewer Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 143.

³⁵ Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997, pp. 59 y ss.

³⁶ Cfr. Stotzky, Irwin P., *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993.

donde las libertades públicas están condicionadas, no se requiere ni se puede ejercer la justicia constitucional.

30. *Comisiones congresuales.* Como instrumentos constitucionales para el control del poder y por lo mismo para garantizar el espacio individual y colectivo de libertades, el funcionamiento de las comisiones congresuales tiene una gran trascendencia. En este sentido la Constitución española (artículo 76.2) dispone: que “será obligatorio comparecer a requerimiento de las cámaras” ante las comisiones de investigación. El incumplimiento de esta obligación, impuesta a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, da lugar a sanciones. El paso dado por el constituyente español amplía considerablemente las facultades tradicionales de investigación de las comisiones parlamentarias.

En la misma dirección se orientó la Constitución brasileña (artículo 58.V), aunque restringió las posibilidades de requerir la presencia sólo a los ciudadanos nacionales; Paraguay (artículo 195), en cambio, adopta el criterio constitucional español y admite la posibilidad de que las comisiones de investigación hagan comparecer a “los particulares”, y en caso de no hacerlo quedan sujetos a la sanción correspondiente.

La adopción de este precepto apenas se va dejando sentir, porque se teme que sea contrario a la llamada “separación de poderes” y dé lugar a una expansión excesiva de las atribuciones de los congresos. Se trata de una interpretación errónea, porque su aplicación ha demostrado que en nada afecta el funcionamiento de los órganos del poder y sí, en cambio, supone una mayor capacidad de control político en beneficio del sistema de libertades.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos examinado, recurriendo al cotejo textual, diferentes instituciones constitucionales caracterizadas, en expresión de Häberle,³⁷ por un “denominador común”. Ese denominador, dice, es “lo que vincula a las Constituciones entre sí”. “Que unos poderes constituyentes, agrega, aprendan de otros se ha convertido en una pauta familiar”. Este trabajo se refiere a un nuevo constitucionalismo en Iberoamérica, iniciado en numerosos aspectos por la Constitución española de 1978, claramente

³⁷ Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 100.

orientado en el sentido de fortalecer los deberes y derechos fundamentales como eje de lo que podría considerarse “el derecho a la democracia”. Los instrumentos de ese derecho, consistentes en la organización y funcionamiento controlado de los órganos del poder político, presentan en cada caso características diferentes. Esto se explica por varias razones: unas, las concernientes a los sistemas parlamentario, vigente en España, y presidencial, prevaleciente en América Latina. Otras, las que corresponden al orden de culturas con perfiles propios.

Se sabe que las diferencias entre los sistemas parlamentario y presidencial tienden a diluirse parcialmente, en tanto que entrambos toman prestadas entre sí determinadas instituciones que contribuyen a su estabilidad o a su mayor capacidad de control. A tal punto se ha avanzado en este proceso, que hoy es necesario adoptar nuevos criterios para distinguir ambos sistemas, pues los aplicados hasta ahora, centrados en las formas de relación entre los órganos del poder (investidura y confianza, fundamentalmente) resultan insuficientes. La diferenciación entre ambos sistemas debe orientarse más hacia otras características, entre las que sobresale el procedimiento electoral adoptado, directo o indirecto, para seleccionar al jefe de gobierno. Cuando existen dos fuentes de legitimidad, una para el órgano ejecutivo y otro para el legislativo, nos encontramos ante un sistema presidencial; cuando sólo existe una fuente de legitimidad para los titulares de ambos órganos de gobierno, estamos ante un sistema parlamentario.

Las formas de relación entre los órganos del poder ya no son necesariamente distintivas de los sistemas parlamentario o presidencial. Por eso es posible encontrar en los nuevos sistemas presidenciales de Iberoamérica numerosos instrumentos constitucionales de control que tradicionalmente habían sido considerados exclusivos de los sistemas parlamentarios. Su adopción obedece a una razón superior: son instrumentos de garantía, o sea instituciones adjetivas, del derecho a la democracia. Y el contenido de este derecho es complementario de los nuevos y los anteriores derechos fundamentales.

Lo central de las nuevas democracias está en la edificación y protección de una nueva estructura de derechos fundamentales. El proceso no ha sido fácil ni rápido, y en la mayor parte de los casos todavía llevará tiempo para su consolidación. Conseguirlo es un desafío al que cada comunidad nacional tendrá que dar respuesta, pero será de gran ayuda

que, periódicamente, se lleven a cabo ejercicios de análisis y cotejo, para poder establecer así los niveles de avance registrados.

Hacer una revisión de este proceso, por ejemplo, a veinte años de promulgada la Constitución española, es una forma de constatar la evolución que se ha llevado a cabo. Para este propósito los ejercicios de naturaleza académica han probado ser muy eficaces. En 1974, por ejemplo, se integró el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que, por primera vez, se dio a la tarea de servir como un foro para los constitucionalistas de esa área europea y americana. El primer Congreso al que convocó, en julio de 1975, tuvo una clara inspiración helleriana: el tema fue “Derecho y realidad constitucional en América Latina”.

En ese primer Congreso, y en los subsiguientes, llevados a cabo sucesivamente en México, España y Colombia, han participado desde el principio expertos de ambos continentes que, en sus respectivos países y en sus diferentes momentos, han participado en los procesos constituyentes. Muchos de los temas tratados a los largo de estos años se han traducido en propuestas o han reflejado el análisis de decisiones tomadas, pero en todo caso han sido el punto de encuentro en que los conocedores de los distintos sistemas constitucionales han intercambiado conocimientos, experiencias, opiniones y sugerencias. A manera de ejemplo puede señalarse el congreso celebrado en Colombia, en 1984, sobre el tema de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Al remirarse la relación entre los sistemas constitucionales no puede desconocerse esta singular circunstancia.

Más allá de las semejanzas formales entre los sistemas constitucionales hay un aspecto central: la forja convergente de una cultura democrática colectiva. Es en este punto donde se presenta la mayor afinidad de la nueva comunidad iberoamericana. No existe entre sus miembros una vocación emuladora; lo que sí hay es una decisión, adoptada en el ámbito interno de cada sociedad política, de abrir paso a una forma de vida que se expresa a través del Estado social y democrático de derecho. Sea que esta denominación haya sido incorporada al texto fundamental, sea que en éste sólo figuren las instituciones que le dan contenido a ese tipo de Estado, es evidente que se avanza hacia su construcción y consolidación, a pesar de todas las resistencias bien conocidas. Aquí reside la característica dominante del nuevo constitucionalismo iberoamericano que preluvió la Constitución española de 1978.

IV. FUENTES

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “La justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997.
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- , *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Edit. Sociedad Impresora Americana, 1996.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1978.
- BERRY, Charles R., “Elecciones para diputados mexicanos a las Cortes españolas, 1810-1822”, *México y las Cortes españolas. 1810-1822. Ocho ensayos*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados LII Legislatura, 1985.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., “El ‘Problema Americano’ en las primeras Cortes liberales españolas 1810-1814”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- BREWER CARIAS, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- , *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, t. 1.
- BUSCH, Wilhelm, “Democracia elettronica e *habeas data*”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, 1997.
- CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

- CEPEDA E., Manuel, José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.
- DÍAZ, Elías, *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)*, Madrid, Edumena, Ediciones de la Universidad Complutense, 1987.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- ESTRADA, Alexei Julio, “El ombudsman en Colombia y en México una perspectiva comparada”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- , “La justicia constitucional latinoamericana”, *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10o. Aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, 3a. ed., Guatemala, PDH, 1995.
- , “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Cuadernos Constitucionales, México- Centroamérica, núm. 8.
- *et al.*, “La Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1987)”, *Cuadernos de CAPEL*, Costa Rica, 1987.
- GARZA, David T., “Criterio constitucional mexicano en las Cortes de Cádiz”, en Benson, Nattie Lee, *México y las Cortes españolas, 1810, 1922*, México, Cámara de Diputados, 1985.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina. 1853-1860*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1971.

- HIDRÓN, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1974.
- Justicia constitucional comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, 1993.
- La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Umaña Trujillo Impresores, 1984.
- LABRA Y MARTÍNEZ, Rafael M. de, *Los presidentes americanos de las Cortes de Cádiz*, México, H. Congreso de la Unión, Ediciones Facsimilares del Comité de Asuntos Editoriales, 1989.
- LAMOUNIER, Bolívar (organizador de ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparação*, Sao Paulo, Editora Summaré/IDESP, CPS, FGD, 1996.
- LECHNER, Norbert, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- LILLO, Pasquale, “Democrazia elettronica e habeas data”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre 1997.
- LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Civitas, 1991.
- MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.
- NÚÑEZ PONCE, Julio, “La acción de habeas data: Su aplicación en un contexto jurídico informático”, *Revista Jurídica del Poder Judicial*, Sinaloa, segunda época, 1994.
- QUINTERO, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos, “Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.
- ROCA ROCA, Eduardo, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 1986.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994.

- SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II: *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- STOTZKY, Irwin P., *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993.
- TIERNO GALVÁN, Enrique, *Actas de las Cortes de Cádiz*, antología, Madrid, Taurus, 1964.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente, *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima, Andina, 1978.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.
- VEGA, Pedro de, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 1985.