

## ENTRE LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y LA EFICACIA EN EL GOBIERNO: AVANCES Y DILEMAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO

Raúl ÁVILA ORTIZ  
J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ  
Daniel ZOVATTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El panorama general*. III. *Seis temas desde la perspectiva comparada*. IV. *Tres experiencias nacionales alternativas a debate*. V. *Un tema adicional: instituciones de rendición de cuentas*. VI. *Conclusiones y reflexiones finales*. VII. *Bibliografía consultada y recomendada*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente texto ofrece un apretado recuento de los principales planteamientos presentados a lo largo del Seminario Internacional que dio lugar al volumen que el lector tiene en sus manos. Sumado a lo anterior, esta colaboración rescata y coloca en la agenda temática que animó al Seminario un tópico específico relativo al sistema de gobierno, el cual involucra una de sus debilidades más notorias y exigencias ciudadanas más insistentes y justificadas: la rendición de cuentas. Asimismo, esta contribución pretende iluminar algunos de los avances prominentes y dilemas constitucionales sensibles que se infieren a partir de los valiosos análisis expresados durante el Seminario, los que reflejan un rico debate intelectual respecto a la intensa vida pública latinoamericana en la búsqueda por consolidar, y en algunos casos reconstituir, el Estado constitucional democrático en América Latina.

Para hacerlo, los coautores de este trabajo se han basado en las notas aportadas por Raúl Ávila; la refinación de una parte de un ensayo elabo-

rado por Jesús Orozco y Daniel Zovatto (citado en la bibliografía), y las reflexiones compartidas por los tres respecto a los temas examinados durante el Seminario.

Los coautores abrigan la esperanza de que las líneas que siguen aporten insumos complementarios a las contribuciones de los distinguidos especialistas que participaron en el referido Seminario y sean útiles para abonar a la comprensión de los avances y retos pendientes de la institucionalidad democrática en la región

## II. EL PANORAMA GENERAL

Hace ya algunos años que las ciencias sociales, en general, y el derecho constitucional comparado, en particular, han dejado en claro que los métodos de análisis son instrumentos al servicio de su operador para producir conocimiento pertinente y válido. Así, ubicar los temas específicos de una agenda de investigación regional y nacional supone una “ida y vuelta” por el círculo de la inducción y la deducción, los datos empíricos y su confrontación con ideas y principios, así como el desarrollo de éstos para ser aplicados en la práctica y vueltos a contrastar más tarde.

Desde la perspectiva más general, los datos particulares se integran en un discurso que pretende ofrecer horizontes amplios para el análisis y la discusión más específicos. Ese fue el sentido de las tres conferencias magistrales que tuvieron espacio en el Seminario.

### 1. *Tendencias, retos y problemas generales del constitucionalismo y la democracia*

Al practicar un repaso de las principales tendencias del constitucionalismo y la democracia en América Latina a lo largo de los últimos treinta años, Jorge Carpizo (México) planteó un método de análisis a partir de un amplio listado de características de la democracia; sus retos; tendencias, y problemas.

En cuanto a sus *características*, es claro que la democracia representa un proceso progresivo y dinámico vinculado a los derechos humanos pues sin éstos y la división de poderes no hay Constitución, como no hay Constitución sin democracia pues mediante sus reglas se eligen gobernantes, distribuyen competencias y controla el poder.

La democracia incluye, entre otras notas distintivas, un orden jurídico, Estado de derecho y Constitución; no perpetuación en el poder; pluripartidismo; minorías protegidas; tutela de derechos humanos; derechos de libertad e igualdad; no discriminación; calidad de vida; transparencia; control del poder con pesos y contrapesos; laicismo; diálogo, negociación y concertación; medios de comunicación plurales y fuerza del estado protectora de derechos. La democracia se singulariza, especialmente, por su carácter de fuerza expansiva

En términos de los *retos*, es posible documentar ciclos y olas en los diversos Estados en favor y en contra de la democracia.

Así, se registra una ola inicial en favor de la democracia después de la Segunda Guerra Mundial; una contraola a partir de 1959, debido al impacto de la revolución cubana, que militarizó los gobiernos de todos salvo cuatro países de la región; otra ola democratizadora a finales de los setenta, que se extiende a los ochenta y noventa, en particular en el ámbito electoral; en tanto que en la última década se advierte una nueva contraola caracterizada por el hiperpresidencialismo y concentración de poderes, desprecio del Estado de derecho, desequilibrio entre Estado y mercado; crecimiento económico sin reducción de la desigualdad —lo que se verá agravado por la crisis económica—, índice de corrupción en aumento, concepción democrática sin arraigo social, no obstante lo cual, en los últimos seis años, paradójicamente, en la región creció el sentimiento de felicidad.

En cuanto a las *tendencias*, se advierte en el constitucionalismo latinoamericano la influencia europea, tanto española como portuguesa e italiana, alemana y francesa.

Las tendencias registran, por ejemplo, la nueva presencia de la jurisdicción constitucional dotada de garantías procesales; habeas data; *ombudsman*; autonomía técnica del Ministerio Público (no efectivo en la práctica); matices parlamentarios (interpelación legislativa, voto de confianza y censura en diversas modalidades, jefe de gabinete y segunda vuelta); supremacía constitucional y recepción de normas internacionales; judicialización electoral; fiscalización del ejercicio de recursos públicos pero con órganos sin efectiva autonomía técnica debido a intervención del Congreso o el Poder Ejecutivo; reconocimiento constitucional de partidos políticos e incorporación del principio de representación proporcional en las fórmulas electorales; sustitución de presidentes por vía constitucional, y alternancia presidencial que incluye, hoy, a una mujer (Chile), un sindicalista (Brasil) y un indígena (Bolivia).

Las tendencias positivas no están exentas de *problemas*: éstos, entre otros, se expresan en pluripartidismo extremo (en once países hay más de diez partidos, más de ochenta, junto con movimientos sociales, en Venezuela, y ocho en México) acompañado de percepción negativa hacia ellos por parte de la ciudadanía; gobiernos divididos, compartidos (en el periodo examinado, cayeron 17 presidentes con mayoría y 16 sin mayoría en el Congreso) y de coalición; recurrencia al referéndum (no convocatoria a congresos constituyentes sino asambleas proyectistas de textos constitucionales complementadas por referéndum pero con riesgo de manipulación mediática y política); debilitamiento de la legalidad y del poder judicial; movilización popular; crimen organizado y narcotráfico en procesos electorales, y deterioro de la moral pública.

En particular, el riesgo más inquietante del constitucionalismo de hoy radica en el hiperpresidencialismo y en la negación de la democracia sustancial, lo que implica la privación de satisfactores sociales.

## 2. *El diálogo constitucional iberoamericano*

Más que influencia del constitucionalismo español sobre el latinoamericano, lo que ve Javier Pérez Royo (España) son momentos o ciclos de una y otras experiencias; diálogo fructífero y supervivencia constitucional de las instituciones.

La diferencia específica de la historia del constitucionalismo español en relación con el resto de Europa consiste en la relación entre sociedad y Monarquía, de modo que las crisis de la Monarquía preceden a las nuevas constituciones españolas que han buscado restaurarlas (al menos así fue hasta 1931), en que el árbitro siguió siendo el rey, antes de que Francisco Franco tomara el poder.

Aunque en 1975 se presenta una vez más la crisis de legitimidad monárquica, entonces el proceso constituyente no incluye a dicha institución en la discusión. De allí que en 1978 se haya fijado el principio de legitimidad democrática basada en el proceso político y la soberanía nacional, detrás de lo cual —no antes— se coloca la figura del rey. Había plena conciencia entre los españoles que se quería una Constitución de corte europeo y que ésta se beneficiaría de la experiencia europea en la construcción del estado constitucional y democrático de derecho, lo que

representó la culminación del proceso constitucional europeo y el inicio de la inserción de España en la Unión Europea.

La esencia de la Constitución Española radica en el reconocimiento democrático de los derechos fundamentales, su garantía e indisponibilidad, a partir de cuyos parámetros es posible valorar el diálogo constitucional entre España y los países latinoamericanos.

### *3. La importancia del análisis comparativo contextual*

Semejanzas y diferencias; problemas, tendencias y retos; historias compartidas de ideas, estructuras y acción, encuentros y desencuentros, hacen que el análisis constitucional comparado cobre especial relevancia, según lo advierte Lucio Pegoraro (Italia), y elevan sus problemas metodológicos a objeto de estudio cuidadoso, de modo que sigue siendo básico distinguir entre derechos extranjeros y su análisis en perspectiva comparada, a la vez que se convierte en cada vez más pertinente poner atención a los dilemas que la riqueza de la experiencia histórica contextual, diversidad cultural y multiplicidad de lenguajes de un entorno dinámico, plantean al comparatista contemporáneo.

## III. SEIS TEMAS DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

En la vertebración del Estado constitucional democrático moderno y contemporáneo, sea en su versión liberal clásica, o bien, en su modalidad racionalizada —con fuerte contenido social y poderes públicos reforzados— y complementada —aunque en varios casos se tendió a sustituir aquel sentido social— con la variante multicultural, y más tarde con la sustancialista y garantista de los entre siglos XX y XXI —la apuesta por el Estado constitucional democrático y social de derecho— no exenta en caso alguno de rigideces y hebras autoritarias heredadas del pasado, se advierte la presencia de los derechos humanos —ahora también fundamentales; el sistema electoral, de partidos y la democracia semidirecta —ésta última ya operante en el siglo XIX; el sistema de gobierno— especialmente la relación Ejecutivo-Legislativo; Poder Judicial; el papel del Estado en la economía, y la interpretación constitucional. Por ello, el análisis comparativo constitucional en el tiempo de la “tercera ola demo-

cratizadora” en América Latina colocó en el Seminario esos temas con el propósito de valorar sus principales dinámicas y tendencias.

### 1. *Derechos fundamentales*

Miguel Carbonell (México), en su ponencia introductoria, destacó la pertinencia y relevancia de los derechos fundamentales en tanto piedra angular del constitucionalismo contemporáneo; hizo notar su carácter progresivo y acumulativo, así como la lucha permanente por su vigencia efectiva en la región, en el contexto de la democratización. En un mundo globalizado, plural y diverso, la internacionalización de sus mecanismos de tutela y temas tales como la ponderación y proporcionalidad entre principios y derechos en tensión se erigen en cuestiones constitucionales de primer orden.

Néstor Osuna (Colombia) hizo énfasis, precisamente, en el proceso de internacionalización del régimen de libertades frente al constreñimiento de los derechos debido a la criminalidad organizada, crisis sociales y económicas, agravadas en algunos casos por actos terroristas, ante lo cual la institución del “régimen de excepción” genera también contradicciones y riesgos. Recordó que Colombia estuvo 37 años bajo estado de sitio constitucional, en la modalidad de estado de conmoción y emergencia, y aún lo estuvo doce años más después de la Constitución de 1991, la que lo reguló en detalle. En Colombia, subrayó, luego del año 2001 la política de seguridad ha limitado libertades y derechos, y otro tanto ha producido la llamada “cultura del miedo”.

Gonzalo Aguilar (Chile) hizo notar que, en América del Sur, el proceso democratizador ha mostrado avances en el tema de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la transición: Fortaleció la institucionalidad de los derechos humanos, incluida la inserción de la figura del *ombudsman*, de la cual sólo carecen formalmente Brasil y Chile; propició la inserción del sistema interamericano de protección de los derechos en los órdenes constitucionales nacionales, vía artículos específicos (notoriamente, el caso de Paraguay, cuyo texto admite el orden jurídico supranacional en todos los ámbitos de los derechos, y, en el extremo contrario, Chile, Nicaragua, Guatemala y El Salvador); generó, salvo excepciones, el desarrollo amplio de normativas que ahora se extienden hasta la identidad cultural y los derechos indígenas tanto en su línea individual cuanto en la colectiva (aunque no es

así, por ejemplo, en Chile), y contribuyó a forjar un derecho americano de los derechos humanos que lucha por su efectividad a partir de la casuística de las resoluciones de la Corte Interamericana. El proceso no está exento de dilemas y desafíos que pasan por la desigualdad (Chile, Venezuela o Perú) y el descenso en índices de desarrollo humano (Argentina o Bolivia); corrupción e impunidad; falta de eficacia en la administración de justicia; crimen y violencia de género; falta de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en relación con niños, jóvenes y adolescentes. Consecuentemente, se exige fortalecer la cultura de los derechos humanos; implementar y tutelar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales; acatar decisiones del sistema interamericano; reconocer la diversidad cultural y fortalecer un sistema normativo unitario y coherente de derechos humanos.

Héctor Gros (Uruguay) reconoció su preferencia por el concepto de “derechos humanos” más que el de “derechos fundamentales”, dado que todos son esenciales. El enfoque “generacional” de los derechos es impertinente porque supone la muerte de la generación previa cuando los derechos humanos son acumulativos, de modo que se reconocen, ajustan o amplían según nuevas necesidades sociales. Todos los derechos son universales e interdependientes a riesgo de negarlos a todos, por lo que no es conveniente sectorizar su titularidad y goce, si bien el concepto de igualdad entraña medidas compensatorias para los grupos vulnerables y las minorías (en todo caso, según lo establecía la Constitución italiana, el Estado debe estar obligado a remover obstáculos para el ejercicio de los derechos). Existe un principio de complementariedad interna/externa de los derechos con base en el diverso principio de subsidiariedad interna respecto al sistema internacional. En la región se ha registrado una primera etapa de la ola democratizadora en la cual se recibe el aire internacional de los derechos humanos y se acude al fin de la impunidad mediante la no inmunidad internacional de los jefes de estado o de gobierno y el adiós a la imprescriptibilidad de sus delitos. A esa etapa ha seguido un periodo en que los derechos sociales han complementado a los derechos civiles y políticos en tanto que los derechos indígenas han sido reconocidos y se están armonizando con el derecho liberal.

## *2. Sistema electoral, sistema de partidos y democracia semidirecta*

José de Jesús Orozco (México) introdujo el tema advirtiendo que, a lo largo del proceso democratizador latinoamericano, el derecho y la justicia electoral han jugado un papel central.

Entre otros aspectos, es notoria la extendida presencia del principio de representación proporcional en la integración de los poderes; dos tercios de los países prevén la reelección, y doce, elecciones concurrentes; en todos se aprecia el fenómeno de los organismos electorales especializados y, en trece de ellos, la regulación de la democracia interna en los partidos políticos; en la mayoría el financiamiento es mixto con énfasis en la modalidad pública y límites al financiamiento privado con regímenes diversos de fiscalización; el acceso a medios de comunicación está pobremente regulado y sólo Brasil, Chile y México prohíben a partidos y candidatos compra directa de tiempo en radio y televisión; la equidad de género mediante cuotas está más presente que el tema de la participación de pueblos y comunidades indígenas en tanto que los movimientos políticos, agrupaciones y candidatos independientes aparecen diferenciadamente pero de manera generalizada en el caso de elecciones legislativas; salvo en México y República Dominicana, la democracia semidirecta está prevista y se usa de manera variable pero intensamente en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Durante los últimos treinta años se percibe un énfasis en democracia y representación en tanto que ahora se exige más gobernabilidad.

Julio César Ortiz (Colombia) apuntó que la Constitución colombiana de 1991 desbloqueó la bipartidización pero fragmentó la personería en ochenta expresiones; si bien está es una tendencia en la región, en Colombia generó partidos irregulares que refleja la realidad de 75 diputados encarcelados por vínculos con la narcoguerrilla. Seis reformas constitucionales no han logrado reinstitucionalizar a los partidos políticos aunque sí han reducido los llamados “famipartidos” y “narcopartidos”, en tanto la figura de la “silla vacía” penaliza al partido junto con el político al prohibir su sustitución en el Congreso una vez que se le priva de ese derecho merced a conductas delictivas. Una reforma que está en proceso prohíbe la doble militancia, autoriza el voto en blanco, modifica la cifra repartidora, introduce inhabilidades e incompatibilidades, sanciona el transfuguismo y hace que el registrador (quien organiza la elección) sea electo por el Congreso. Esas dinámicas tienen lugar en un contexto en que el presidente busca la reelección por tercera oca-



sión e incurre en abuso mediático y privatización intensa, lo cual alimenta la desinstitucionalización y el personalismo.

Javier Patiño Camarena (México) recordó que los instrumentos básicos de la democracia son la soberanía popular, la representación y los partidos políticos, pero en determinados sistemas también se cuenta con la democracia participativa, la cual no siempre es favorable a la propia democracia pues suele estar afectada por factores contextuales e institucionales. En México, a lo largo de cien años se ha luchado por pasar de la democracia representativa a la democracia participativa sin que este tránsito se haya consumado. Cuatro intentos tuvieron lugar: uno en 1823, cuando Chiapas decidió seguir formando parte de México; otro en 1856-1857, cuando en la Constitución de este año se plasmó un sistema de reforma secuenciada mediante dos legislaturas y un referéndum adicional (que nunca se aplicó); otro en 1977 pues se colocó en el artículo 97 constitucional la figura del referéndum que, sin haberse aplicado, desapareció diez años después, y finalmente, en 1996, cuando la Secretaría de Gobernación se pronunció en el sentido de que las decisiones políticas fundamentales no podían modificarse ni siquiera mediante “referéndum”. En México, la democracia semidirecta sigue siendo un desafío pendiente, el cual no carecerá de problemas de implementación.

Salvador Sánchez (Panamá) estableció que el sistema electoral se define tanto por las relaciones inter e intrapartidistas como por su relación con la administración electoral en procesos electorales para integrar poderes ejecutivos y legislativos. El proceso democrático adolece de tensiones entre fuerzas diversas, algunas de ellas autoritarias, y su consolidación depende en buena medida de la democracia participativa que a su vez depende de su funcionalidad y la cultura política.

### *3. Sistema de gobierno: relaciones Ejecutivo-Legislativo*

Lorenzo Córdova (México), al introducir la Mesa, puso en relieve la importancia del tema y ejemplificó con el caso mexicano en donde la democratización mediante sucesivas reformas electorales produjo pluralidad democrática, pero dejó intacto el régimen político antiguo, el cual requiere ser modificado.

Francisco Eguiguren (Perú) explicó la experiencia peruana, basada en el esquema del presidencialismo atenuado, que revela que los diseños latinoamericanos son variados respecto al modelo original y están lejos de

resolver todos los problemas pues el titular del Poder Ejecutivo siempre conducirá o manipulará en su favor cualquier correlación política con sus subordinados. No obstante, admitió que determinados rediseños equilibrantes del poder en el contexto específico podrían generar mejor eficacia gubernamental, aún en gobiernos divididos.

Abundó sobre el tema de matices parlamentarios aclarando que en la región hay trece países que establecen el refrendo; once la interpelación; once la censura; varios el jefe de gabinete con iniciativa legislativa y en casi todos la participación de ministros en debates parlamentarios, no obstante lo cual los contrapesos al Poder Ejecutivo siguen siendo débiles con lo que se propicia la práctica del personalismo y el caudillismo. Perú se caracteriza por matices parlamentarios heredados desde el siglo XIX en el entendido de que cuando se genera una mayoría parlamentaria favorable al presidente se incurre en el hiperpresidencialismo. En este caso, la censura no afecta al presidente o conductor de la política sino a los ministros o al gabinete, lo que lo hace diferente del modelo parlamentario debilitando a los propios ministros. Por lo general, cuando ha habido mayoría parlamentaria natural o coaligada los gobiernos han permanecido y no lo han hecho en el caso contrario. Ante ese dilema, el parlamentarismo no parece viable debido a la oposición ciudadana a la elección indirecta del gobierno y a la desorganización de los partidos. El presidencialismo puro tampoco corresponde a la tradición peruana. Por ello, quizás algunas transferencias de facultades a ministros, gabinete y consejo de ministros podrían generar mayor responsabilidad política frente al presidente, lo cual tendría que ser complementado con la fortaleza institucional y cultura política partidistas.

Oswaldo Ramos (Honduras) describió la Constitución de su país, de 1982, la cual ha estado vigente durante siete gobiernos electos y ha incorporado cambios democráticos tales como el *ombudsman*, tribunal superior de cuentas, fiscalía general del estado, sala constitucional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habeas corpus y habeas data. En su opinión, establecer la acción de inconstitucionalidad con efectos generales sería crucial para fortalecer al Poder Judicial.

#### 4. *Poder Judicial*

Eduardo Ferrer (México), en su ponencia introductoria, hizo notar que el Poder Judicial ha sido clave en el proceso democratizador a partir de

transformaciones orgánicas o formales y adjetivas o procesales. Así, se crearon consejos de la judicatura con más garantías para la independencia e imparcialidad de la institución y un juzgador sujeto a rendición de cuentas y transparencia; nuevos tribunales y modelos de Cortes constitucionales fuera y dentro del Poder Judicial; salas constitucionales y tribunales o Cortes con funciones de constitucionalidad, lo cual ha dado lugar, en algunos casos, a la llamada “Guerra de las Cortes”. En la línea procesal, se le dotó de nuevas facultades, entre ellas las interpretativas; se codificó la ética judicial, incluso generando un código-tipo que incorpora el principio ético de la motivación en las sentencias y resoluciones, y se profundizó la transparencia o diálogo del juez con la sociedad para comunicar sus decisiones.

Iván Escobar Fornos (Nicaragua) defendió al Poder Judicial en tanto clave de la democracia y reconoció que no se le deja ejercer plenamente sus competencias debido a sus importantes impactos políticos. Hay diversos factores que favorecen a la institución, tales como la forma de nombramiento y permanencia en el cargo, así como la libertad del juez, en tanto que hay otros que le perjudican, por ejemplo, las culturas de ilegalidad, impunidad y poderes fácticos, la corrupción, pobreza y también una legislación vetusta.

José Luis Lovo (El Salvador) subrayó que en su país se ha vivido una transición civilista y un proceso político democratizador que ha tenido en el Poder Judicial un factor relevante.

Humberto Nogueira (Chile) precisó que América Latina cuenta con más variantes que los modelos de justicia o jurisdicción constitucional convencionales dado que opera el control concentrado, desconcentrado o mixto, dentro o fuera del Poder Judicial. Explicó que el concepto de tribunal constitucional no puede restringirse a su autonomía orgánica porque ello significaría que aquellas variantes se quedarían fuera del modelo, salvo los casos de los cinco países de la región andina y Venezuela (que sí cuentan con tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial). Describió casos nacionales específicos, tales como el de Chile, en donde se ha incrementado de siete a diez la integración de la Corte Constitucional y se mantiene la concurrencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el procedimiento de nombramiento, aunque, como en Colombia y Venezuela, opera un comité de investigación, propuesta y nombramiento. Fórmulas determinadas, tales como la presencia indígena en la justicia boliviana, cuyos integrantes pueden ser sujetos de revocación, o bien, el

caso ecuatoriano, que incluye la equidad de género en la integración, resultan novedosas. En otros aspectos, subrayó que el nombramiento clásico mixto, en que participan el Ejecutivo y el Legislativo se complica en casos de gobierno dividido; que el parámetro clásico de control ya no es sólo la Constitución formal sino la sustancial, lo que debilita el principio también clásico de jerarquía normativa; que en países de la región andina (Bolivia, Chile, Colombia y Perú) se prevé el control judicial sobre la reforma constitucional con énfasis en el control sobre aspectos procedimentales, si bien Colombia y Perú han reservado un núcleo constitucional disponible sólo mediante asamblea constituyente pero sólo en sentido progresivo y nunca regresivo. Detalló que el control preventivo supone aplicar el derecho de los derechos humanos, en particular en relación con tratados internacionales, salvo el control reparador existente en Perú, aunque Chile mantiene el control preventivo obligatorio y facultativo en cierto tipo de leyes. En tanto, el control reparador puede ser abstracto (con efectos generales) o concreto (al evaluar la norma derivada del enunciado normativo aplicable al caso).

### *5. Papel del Estado en la economía*

Daniel Barceló (México) introdujo la mesa planteando que el tema se inscribe en la discusión entre desarrollo y subdesarrollo y que, cualquiera que sea el grado de intervención del Estado en la economía, la formación de poderes fácticos hace necesaria la toma de decisiones políticas.

Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina) puntualizó que el tema se ubica en la deserción del Estado respecto a la regulación mínima que debe proveer para la operación del mercado y el capital, algo que tiene que realizar debido a la inexorabilidad de la globalización. Hacerlo requiere transparencia y acceso a la información, sobre todo en el ámbito de las finanzas públicas; competencia en beneficio del capital, consumidores y beneficiarios, y juego justo en términos de reglas que se cumplan para la generación de confiabilidad. Hasta 1929, el mejor Estado era el menor Estado en tanto Roosevelt superó el llamado “carnaval de inconstitucionalidades” generado por la Suprema Corte de Justicia respecto a su legislación económica y social, la que propició inversión pública para sacar a Estados Unidos de la Gran Depresión. A su vez, Milton Friedman planteó la desregulación radical de la economía y su versión jurídica, encarnada en Richard Posner, desnaturalizó los valores constitucionales en que se funda, y de allí que la teoría del análisis económi-

co del derecho (AED) se distinga por el consecuencialismo y antiaxiologismo en favor del interés privado. A manera de ejemplo, apuntó que en Argentina no hay seguridad ni estabilidad en las reglas del juego sino más bien políticas contingentes basadas en percepciones inmediatistas, en lugar de planeación y responsabilidad; falta de índices oficiales confiables; manipulación de medios de comunicación y de la publicidad; empresas fantasmas y manejo de la ilegalidad, por lo que el mercado no funciona adecuadamente.

Mario Fuentes (Guatemala) estableció que la posición del Estado en relación con la economía y la sociedad se define a partir de la política fiscal, bancaria y crediticia, así como del grado de regulación, observancia y simulación jurídica. Ello implica: *a)* Reglas del juego para proteger la economía de mercado vía la protección de personas, bienes y acuerdos, tolerancia cero a la corrupción; auditoría social; modernización de controles financieros y acceso a la información; formalización de la economía informal y supresión de privilegios; *b)* Eficacia fiscal mediante incentivos, desburocratización, descentralización y racionalización, y *c)* Fortaleza jurídica lo mismo que apoyo a infraestructura, educación, inversión social y combate a la delincuencia organizada.

## *6. Interpretación constitucional*

Pedro Salazar (México) adelantó que interpretar es determinar significados, acción que está condicionada y especializada de acuerdo con el sector en que ello ocurra, por ejemplo, el derecho constitucional. Bajo las teorías neoconstitucionales contemporáneas, se plantea el tránsito de la simple subsunción a la interpretación, lo que involucra el tema de la lectura moral de la Constitución. Advirtió que la corriente del garantismo jurídico, igualmente en boga, no sincroniza con el neoconstitucionalismo en algunos aspectos de la interpretación, más aún cuando la estructura de algunos textos constitucionales torna más compleja esta labor.

Rubén Hernández Valle (Costa Rica) mencionó que la Sala Constitucional de su país ha generado 300 mil criterios mediante el uso de los métodos de interpretación “conforme con la Constitución”, el evolutivo y el sistemático favoreciendo los derechos humanos y la democracia. Citó diversos ejemplos de la aplicación de cada uno de esos métodos y enfatizó que un criterio interpretativo de la Sala Constitucional permitió superar el biparti-

dismo costarricense que la legislación electoral había propiciado desde 1974 al fijar como base para la financiación partidista los resultados electorales. Asimismo, en respuesta a una pregunta formulada desde el público asistente, precisó que la reelección presidencial en Costa Rica fue reactivada precisamente mediante una decisión de la Sala Constitucional que declaró inconstitucional el procedimiento de reforma que lustros atrás la había prohibido, bajo el argumento de que un órgano constituido había reducido el derecho fundamental político electoral de los ciudadanos a optar por diversos candidatos, incluido el postulante a la reelección.

Marcelo Figueiredo (Brasil) recordó que la Constitución brasileña de 1988 recibió influencia de los textos español, portugués y alemán, y que se trata de una Constitución extensa, analítica y programática, la cual construyó un supremo tribunal federal en el modelo de la Suprema Corte de los Estados Unidos pues el presidente de la República propone a los once ministros ante el Senado, el cual los aprueba. Hay diversos casos de interpretación judicial constitucional que durante los últimos decenios han favorecido los derechos humanos, en particular en los ámbitos de la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Jorge Silvero (Paraguay) planteó que el concepto (interpretación) y el contexto (proceso político) interactúan evolutivamente. Bajo esa premisa, recordó que García Belaúnde ya advertía en 1993 el ascenso de la interpretación constitucional como objeto de estudio específico, a la vez que anunciaba el adiós al legislador en tanto intérprete único de la ley y la llegada de una pluralidad de intérpretes que tenían en la Suprema Corte al intérprete final y definitivo. Pasó revista a diferentes autores, por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio y Valencia Carmona, Eduardo Ferrer y Néstor Sagués, Jorge Ulises Carmona y Carla Huerta, quienes han contribuido de manera relevante a la doctrina interpretativa constitucional, y subrayó que la reforma constitucional, total o parcial, ha sido un denominador común en el proceso de democratización latinoamericano. Abundó al decir que se ha creado y enriquecido la jurisdicción constitucional mediante la erección de cortes y salas; la ampliación de facultades para tutelar judicialmente los derechos humanos; la modificación de la posición orgánica de la jurisdicción constitucional y el ajuste del perfil del juez constitucional, entre otras innovaciones. Para confirmar su tesis, citó el caso de Guatemala, en 1993, cuando el entonces presidente Serrano quiso disolver el Congreso y cesar a los ministros de la Corte, frente a lo cual ésta anuló el decreto correlativo

que fue acatado por su autor, quien fue forzado a dimitir. Citó también el caso de Paraguay, en donde en dos ocasiones la Corte jugó un papel relevante emitiendo exhortos al diálogo y la negociación en circunstancias políticas complejas. Concluyó reiterando que la transición produjo democracia constitucional como concepto y norma jurídica tutelar de derechos y poderes, y que ha quedado en definitiva atrás la noción kelseniana del tribunal constitucional en tanto legislador negativo, la cual ha sido reemplazada por un modelo en el que no sólo es tal sino que, especialmente, crea derecho y reconstituye el orden jurídico y social.

#### IV. TRES EXPERIENCIAS NACIONALES ALTERNATIVAS A DEBATE

Ahora bien, el Estado constitucional liberal y democrático de derecho, cuya justificación es, en el fondo, la justicia social alcanzada mediante la operación de sus diversos instrumentos y funciones institucionales y normativas; que ha ofrecido a minorías marginadas su inclusión multicultural y a todos sus súbditos la garantía de la democracia sustancial, se enfrenta contra-reloj al desafío de ideas, voluntades y actores que plantean una inversión de términos en la organización y el funcionamiento del propio Estado: limitar la libertad a cambio de garantizar la justicia no sólo social sino cultural. Sin embargo, para hacerlo corren el riesgo de pervertir la idoneidad de las instituciones democráticas, a las que acusan de parapeto de intereses oligárquicos, y lanzan una nueva proclama populista y neomarxista, en algunos casos etnonacionalista y comunitaria, que abre una página adicional del análisis constitucional comparado. Éste fue el sentido de poner a debate las tres experiencias nacionales más representativas de esta tendencia.

##### 1. *Venezuela*

José María Serna (México) introdujo la mesa planteando que en el siglo XX el constitucionalismo forjó el estado liberal y social en tanto que, a inicios del siglo XXI, emerge un nuevo modelo motivado en crisis estructurales alimentadas por la deslegitimación de la estructura política, desigualdad, pobreza y crisis de representación política, entre otros factores, que conducirían a explorar una estrategia diferente. En su criterio, la necesidad de relegitimación e inclusión exigió la construcción de un modelo que combina diversos elementos de la experiencia constitucional.

Carlos Ayala Corao (Venezuela), en perspectiva analítica y crítica, recordó que la Constitución venezolana de 1961 formalizó el Pacto político de 1958 introduciendo figuras tales como el amparo y la descentralización hasta llegar, incluso, a tutelar el enjuiciamiento de un presidente y generar reformas que luego darían lugar a la Constituyente que Hugo Chávez concretó en 1999. El documento base de la Asamblea Constituyente no la concebía como originaria pero mediante decretos terminó reestructurando el poder judicial y otros aspectos institucionales. La Comisión Legislativa nacional se integró con seis expertos electos y seis ciudadanos de a pie, generó legislación y creó la Comisión de reestructuración y funcionamiento del Poder Judicial, de modo que el trabajo de la constituyente fue y sigue siendo francamente interventor de esta institución. Si bien en derechos humanos se reconoció el derecho Internacional y su tutela efectiva, y se dio vida a una superpoderosa Sala Constitucional, a la vez que se confirió el gobierno y administración del Poder Judicial al tribunal supremo de justicia, en la práctica el Comité de postulaciones para ocupar altos cargos en la judicatura fue integrado, dudosamente, por diputados “prochavistas” y organismos sociales diversos. Como prueba de las contradicciones existentes en todo ese proceso, hizo notar que el tribunal supremo enjuició al propio ex presidente de la Constituyente; en 2002 falló en favor de enjuiciar a determinados militares y en 2003-2004 hizo otro tanto en relación con el referendo revocatorio, además de que justificó el reforzamiento del Poder Judicial mediante un procedimiento heterodoxo de destitución masiva de jueces y nombramiento de otros al vapor, incluso sin concurso y sujetos a libre destitución, todo en favor del “bolivarianismo”. Citó, igualmente, el sonado caso de la destitución de magistrados y allanamiento del tribunal de lo contencioso administrativo, expediente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció fallando en contra, y que luego sería declarado inejecutable por la referida Sala Constitucional venezolana. En conclusión, sentenció, no se puede concretar el estado socialmente justo sacrificando al estado constitucional.

Carlos Escarrá (Venezuela), en defensa de la Constitución y la estrategia “chavista”, argumentó la excepcionalidad histórico cultural de su país en el contexto mesoamericano pues, entre otros rasgos, no sufrió la herencia colonial —sólo fue una Capitanía General— lo que definió el carácter sociopolítico e institucional del país, cocido, además, en una tradición antiimperialista. Argumentó, igualmente, que la referida Constitución incluye avances relevantes pues reconoce la representación indígena y la equidad de género



con resultados tangibles; expresa una revisión del estado liberal burgués; entiende al derecho como instrumento y no como fin en sí mismo, en particular al enderezarlo en contra de las mafias judiciales; elimina la discriminación sociojurídica y busca la prevalencia del estado social como actitud y conducta que supera y va más allá del derecho pues se justifica en la reivindicación de la justicia material; se opone a la democracia representativa clásica burguesa y la reemplaza por la democracia participativa y la transferencia de poder y recursos al pueblo; pero también establece el control constitucional difuso y la revocabilidad de todos los cargos electivos. En síntesis, se trata de un nuevo paradigma y cambio de relaciones de poder, cuyo balance favorable está reflejado en el Latinobarómetro, que revela mejoría en todos los índices en comparación con trece años atrás, aún reconociendo que el proceso constitucional pudo y puede estar, como toda obra humana, salpicado de problemas y hasta contradicciones. Aún así, dijo, es mejor que lo que se tenía antes.

## *2. Bolivia*

Raúl Ávila (México) apuntaría la singularidad del proceso reconstituyente boliviano, que representa una apuesta por el Estado plurinacional y comunitario, y diría al concluir la ponencia que tanto el programa concertado para el seminario como la estrategia constitucional boliviana muestran la pertinencia de realizar ejercicios de análisis comparativo multidisciplinario sin que se violen las reglas del discurso acordado para tal efecto. Advirtió que la riqueza del conocimiento especializado de carácter sistémico se conjuga con la experiencia específica de construcciones constitucionales que resultan relevantes en atención a sus instituciones y contextos diferentes y complejos en que tienen lugar.

Carlos Romero (Bolivia) explicó que, debido al agotamiento de sus estructuras fundamentales, su país ha entrado en momentos constitutivos tanto a inicios del siglo XIX y mitad del siglo XX como en la coyuntura actual, en la que el neoliberalismo se encuentra extenuado.

Apuntó que el diagnóstico de la presente coyuntura, que ha llevado a un nuevo esfuerzo constitucional, revelaba una fractura entre Estado y economía (lucha por el excedente económico); otra entre Estado y pueblos indígenas (la llamada “cuestión nacional”), y otra más entre Estado y regiones (la cuestión regional).

Abundó que la primera fractura se traduce en el problema del Estado primario exportador/extractivo improductivo y antinacional, que sólo dejaba al país el 10 por ciento de los beneficios; préstamos internacionales equivalentes al 35% del presupuesto; impuestos del 26%; contracción de capital financiero y de la demanda, aunado al aumento de la pobreza y la reducción de la soberanía estatal; es decir, dos economías, la mercantil simple y la tradicional popular, dependientes desfavorablemente de la economía liberal compitiendo desigualmente en un mercado desregulado, pero con 83% de la población atada a aquellas dos formas económicas mientras que el neoliberalismo terció las relaciones laborales, fragmentó a la sociedad y desconcentró, minimizó y compartamentalizó a las organizaciones políticas y sus demandas, lo cual impactó en las etnias, paradójicamente, la población mayoritaria del país.

La cuestión nacional implica que la identidad pasó de ser vergüenza histórica a capital político y de sujetos de reivindicación a sujetos integrales politizados, a lo que se sumó la convergencia de clases medias por la defensa de los recursos naturales.

El tema regional pasaba por la preeminencia de un Estado central que negaba la regionalidad boliviana para mantener privilegios de una minoría.

Las opciones que se presentaban ante tal estado de cosas eran la vía violenta o la pacífica y democrática, misma que tuvo lugar en tres tiempos: de 2000 a 2005, en que los movimientos sociales demandaban reivindicación; de 2005 a 2008, cuando ocurrió la reconstitución reformulando relaciones y estructuras de poder en cuatro ejes, y de 2008 en adelante, en que se inicia la implementación de la nueva Constitución.

Los cuatro ejes sobre los que se asienta el nuevo modelo constitucional son *a)* el modelo de Estado pues se define como un orden jurídico político social de derecho con respeto a la institucionalidad democrática liberal; Estado plurinacional comunitario, en términos de coexistencia de naciones y culturas diferentes basadas en lo colectivo o comunitario, con reconocimiento a derechos políticos, económicos y culturales; *b)* democracia representativa y participativa, conjugada con la democracia comunitaria o deliberativa, que da lugar a la democracia “consociona”; *c)* derechos colectivos empatados con los derechos individuales, además de derechos especiales, todos amparados por instrumentos tutelares cuya aplicación no depende de normatividad o reglamentación secundaria al-

guna, y *d*) estructuración del poder político a partir de asignación de poder vertical y horizontal, basada en elección presidencial directa a dos vueltas; revocación de mandato; circunscripciones especiales; poder judicial con pluralismo jurídico; régimen de autonomías y modelo económico plural, entre otros aspectos.

### 3. Ecuador

César Astudillo (México) introdujo la mesa haciendo notar que la inestabilidad política ha caracterizado la historia constitucional del Ecuador por lo que un tema central de reflexión consiste precisamente en la capacidad de la nueva Constitución ecuatoriana para abatir ese fenómeno.

Ramiro Ávila (Ecuador), en defensa del nuevo modelo constitucional, puntualizó que procesos tales como la crisis económica que trajo la quiebra de bancos y la dolarización; la crisis política, que generó una honda desinstitucionalización, y la crisis social, que provocó depauperización, motivaron la estrategia antisistema del hoy presidente Correa.

Apuntó que las principales características de la Constitución vigente son que *a*) todo el poder queda sujeto a control constitucional y el intérprete máximo no es más el ejército sino la suprema corte constitucional; *b*) Estado de derechos materializado en garantías institucionales y pluralismo de fuentes jurídicas, atado a principios de igualdad, aplicabilidad, justiciabilidad, intangibilidad, interdependencia, progresividad, máxima efectividad e interpretación favorable al ser humano, además de una nueva clasificación que pasa por conceptos tales como el “buen vivir” de origen indígena, participación, libertad, protección efectiva y extensión de derechos a la naturaleza; *c*) garantías normativas o primarias mediante políticas públicas y jurisdiccionales con reparación integral del daño y tutela ante particulares, incluso.

Recordó que una estrategia social injusta, que había generado mucho dolor e inequidad y desigualdad; que había privatizado lo público y forzado un estado liberal mínimo, está dando paso a una estrategia justa, apoyada en nociones como el buen vivir, redistribución e igualdad material recuperando y controlando lo público a partir de un estado fuerte.

Reconoció la presencia de tensiones en la cultura jurídica pues el viejo formalismo jurídico se opone al neoconstitucionalismo y el régimen de transición muestra contradicciones y hasta desequilibrios.

Cerró advirtiendo retos en la legitimidad estatal debido a las posibilidades de incumplimiento de la nueva promesa político constitucional; la exigencia de su desarrollo normativo que puede desfasarse; la reinstitucionalización o funcionamiento constitucional y jurídico efectivos, y, finalmente, la eliminación de la inequidad.

Hernán Salgado (Ecuador) presentó una crítica moderada al nuevo esquema constitucional pues reconoció la llegada de la esperanza pero cargada de inquietudes.

Declaró que la parte dogmática de la Constitución, inusualmente extensa, hasta comprender 444 artículos, es sobresaliente pero puso en relieve que el texto transmite una cosmovisión indígena inspirada en dos millones de integrantes de las etnias, que no es congruente con los catorce millones de habitantes del país; que impone el concepto indígena de “buen vivir”, frente a la noción tradicional occidental de “vida digna”, junto a la tutela de derechos de seres animados y hasta no inanimados, como ahora se prevé, y que, por lo tanto, dista de la realidad que pretende normar.

Destacó que a las tradicionales funciones ejecutiva, legislativa y judicial del Estado, a las que ya se sumaba la función electoral, se añade ahora la función de transparencia y contraloría social que genera las instituciones correlativas para propiciar la participación ciudadana, lo que, sin embargo, corre el riesgo de beneficiar a unos cuantos.

Hizo notar el rasgo semiparlamentario que prevé la posible disolución del Congreso unicameral por parte del presidente, en tanto que la revocación del mandato presidencial pasa por la Corte Constitucional, lo mismo que el desafuero presidencial para efectos del posible juicio político. Finalmente, expuso su extrañeza, por inusual en la historia constitucional ecuatoriana, respecto a la reelección presidencial inmediata.

Hasta aquí las tres experiencias nacionales específicas.

Si bien hasta ahora el referido conjunto panorámico, temático comparado y de experiencias de casos nacionales a debate arrojan luz en torno a una serie de tendencias y dilemas sobre los que viene transcurriendo la dinámica constitucional y la discusión académica en tiempos de la democratización latinoamericana de las últimas décadas, evidentemente no alcanza a iluminar algunos de sus aspectos. Entre otros, conviene llamar la atención respecto a tópicos específicos vinculados al sistema de gobierno y que representan, precisamente, elementos débiles de la edificación consti-

tucional democrática de la región cuya inoperancia pone en riesgo la funcionalidad y rendimientos de la propia institucionalidad democrática.

#### V. UN TEMA ADICIONAL: INSTITUCIONES DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Asumiendo que los sistemas de gobierno en los países latinoamericanos siguen siendo presidenciales, aunque con variantes y matices parlamentarios que los diferencian de su matriz estadounidense original, y que se han ensayado a lo largo de las últimas décadas diversas medidas de racionalización y reequilibrio, en particular, de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, y en general entre poderes y órdenes de gobierno, viene al caso poner en relieve que las instituciones de rendición de cuentas, cuya misión es también el control del poder, no han producido sus mejores resultados en favor de la gobernabilidad democrática.

En efecto, la capacidad efectiva para que los Estados latinoamericanos se conviertan en auténticos Estados constitucionales democráticos de derecho es uno de los más importantes desafíos de los países de la región. A la tendencia contraria coadyuva la inmunidad por la falta de rendición de cuentas en diversos ámbitos institucionales, pues los actos de funcionarios públicos, lo mismo que los de agentes privados, no están sujetos a control alguno de constitucionalidad o legalidad, lo que facilita la violación de los derechos humanos.

Esta deficiencia en el diseño constitucional —y su operación— ha relegado a los Estados latinoamericanos a los últimos lugares de los índices internacionales de gobernabilidad e impacta en la calidad de las instituciones representativas y el propio Estado constitucional de derecho. Este fenómeno se traduce, por ejemplo, en mal funcionamiento de las instancias públicas; excesos de poder e impunidad; corrupción y clientelismo, así como la eventual fusión del poder político con mafias y grupos de delincuencia organizada. El problema es tan grave que rebasa a los instrumentos tradicionales de control constitucional, sea la división vertical u horizontal de poderes, o bien, los instrumentos procesales de defensa constitucional, por lo que ha dado lugar a la creación, perfeccionamiento y especialización de nuevas formas de actuación de los órganos públicos cuyo objetivo es la rendición de cuentas, la erradicación de la corrupción y el mal uso del poder, por la vía de la transparencia y fiscalización de

los recursos públicos —instrumentos que, sin embargo, tampoco están exentos de limitaciones diversas—.

Siguiendo a Guillermo O'Donnell, la rendición de cuentas es la labor realizada por aquellas “agencias estatales que tienen autoridad legal y están tácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos”. O'Donnell nombra a esta tarea “*accountability* horizontal asignada”, pues la distingue de las *accountabilities* vertical y horizontal.

Como se advierte, la rendición de cuentas es una manera genérica de denominar varias técnicas, instituciones y mecanismos para controlar el poder del Estado y de manera particular la conducta de los servidores públicos. En ella se encuadran las instituciones que aquí se denominan de “rendición de cuentas”.

### 1. *Transparencia y acceso a la información gubernamental*

La transparencia es uno de los pilares sobre los cuales se construye un sistema efectivo de rendición de cuentas. El libre acceso a la información del gobierno y, en general, a todo dato relacionado con la utilización de recursos públicos, representa un freno efectivo contra el abuso por parte de los servidores públicos que toman decisiones y disponen del erario. El acceso a la información constituye una herramienta eficaz para combatir la corrupción. Cuando la actividad gubernamental se publicita, se dota a la sociedad de un medio efectivo para evaluar el desempeño del gobierno, detectar irregularidades y pronunciarse en consecuencia.

El acceso a la información es un derecho indispensable para que los individuos tomen parte activa en las tareas públicas adquiriendo así un valor comunitario. Les permite conocer las políticas gubernamentales y cualquier acto de autoridad, así como sus razones y motivaciones. Pueden conocer en qué se utilizan los recursos públicos aprovechando las políticas públicas en favor de su calidad de vida.

La transparencia es el conjunto de actividades a través de las cuales se pone en conocimiento de la sociedad, de manera puntual, permanente, total y sin necesidad de petición previa, la información relativa a la actividad de

las diversas dependencias gubernamentales. La transparencia va más allá del simple hecho de brindar datos a los ciudadanos, ya que permite también operar políticas públicas mejor diseñadas que beneficien de manera más efectiva a la colectividad. Se origina en el principio de publicidad de los órganos del Estado.

El acceso a la información se ha convertido con el tiempo en una característica estrechamente vinculada a los regímenes democráticos. A partir de la “tercera ola democratizadora”, ocho de los dieciocho países continentales más República Dominicana, en América Latina, han desarrollado una legislación específica que regula el acceso a la información: Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Por su parte, Costa Rica, Guatemala, México y Paraguay disponen sobre el particular de importantes regulaciones a nivel constitucional, sin que en los dos primeros se haya expedido la ley reglamentaria correspondiente, si bien en Guatemala se emitieron las Normas Generales de Acceso a la Información Pública en el Organismo Ejecutivo y sus Entidades a través del Acuerdo Gubernativo 645-2005, del 8 de diciembre de 2005.

A la par de su desarrollo a nivel nacional, el derecho de acceso a la información pública se encuentra establecido en un gran número de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, Tal es el caso del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

De acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal, el derecho a la información es el derecho fundamental de toda persona a proveerse de información (incluyendo el acceso a los archivos, registros y documentos públicos, así como a decidir qué medio se lee, se escucha o se contempla), a informar (incluyendo el ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, así como la posibilidad de constituir sociedades y empresas informativas) y a ser informada (incluyendo la recepción de información objetiva y oportuna, completa y con carácter universal, esto es, el derecho a enterarse de todas las noticias, en el supuesto de que la información se destina a todas las personas sin exclusión alguna). Esta legislación internacional, relevante para la difusión de ese derecho, adquiere su verdadera dimensión cuando la legislación interna de los países lo dota de efectividad mediante una ley de transparencia y acceso a la información que establezca los lineamientos a seguir para acceder a los datos gubernamentales.

De ahí la importancia de una ley específica que regule el derecho de acceso a la información, en donde se precise la legitimación activa de quienes gozan del derecho a solicitar información estatal; un procedimiento dinámico, sencillo y gratuito para acceder a la misma; una autoridad reguladora autónoma e independiente; el principio de transparencia y los criterios para clasificar la información disponible, salvaguardando la vida privada y los derechos de tercero, así como un régimen de sanciones.

## *2. Fiscalización de los recursos públicos*

Una rendición de cuentas clara, oportuna y transparente es realizable únicamente con la participación de instancias que vigilen y garanticen la eficiente utilización de los recursos públicos. De ahí que el fortalecimiento de las facultades de las entidades de fiscalización se considere fundamental para la rendición de cuentas.

La fiscalización constituye esencialmente una función técnica, por lo que el control del gasto de la administración pública se encomienda por lo general a organismos especializados que, en el caso latinoamericano —con las excepciones chilena y boliviana— se encuentran adscritas al Poder Legislativo. A estos organismos se les conoce generalmente como entidades fiscalizadoras superiores (EFS). En América Latina se los suele denominar Tribunal o Corte de Cuentas, Cámara de Cuentas o Auditoría General, aunque la denominación más común en la región es la de Contraloría General.

Las EFS realizar una función vital en asignar responsabilidad a los gobiernos ante la sociedad por su administración de los fondos públicos, así como en asegurar la transparencia de las operaciones gubernamentales. Se encargan de dictaminar sobre la calidad de la gestión del sector público y el grado de incidencia de la burocracia central en los organismos estatales. Están contempladas en prácticamente todas las Constituciones examinadas, en el entendido de que algunas se ubican en la órbita del Ejecutivo, por lo que estima que ejercen un control interno respecto a quien ejerce el gasto público, y otras se insertan en el Legislativo o mantienen una naturaleza autónoma, por lo que se considera que ejercen un control externo.



Hay cinco características esenciales de un órgano fiscalizador: autonomía; independencia de sus funcionarios; independencia financiera; amplias facultades de investigación, y facultades de sanción.

*Autonomía* en el sentido de que las ESF únicamente pueden cumplir con eficacia sus funciones si actúan con independencia de las instituciones que fiscalizan y se encuentran protegidas contra influencias externas. Existen entes fiscalizadores con mayor autonomía, mientras que hay otros que, a pesar de su independencia operativa, aún se encuentran adscritos formalmente al Poder Ejecutivo, como en Bolivia, o al Poder Legislativo, como ocurre en otros ocho países (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay). En cinco países (Chile, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) el ente fiscalizador es un organismo autónomo e independiente

*Independencia de sus miembros y funcionarios* dado que los integrantes de las EFS, ya sean los miembros de un órgano colegiado o el director de una entidad fiscalizadora unipersonal, deben tener asegurada constitucionalmente su inamovilidad. Más aún, no debe verse afectada su independencia por los mecanismos establecidos para su sustitución, lo que también debe determinarse en la Constitución. En cuanto a la duración del encargo, es deseable que el auditor sea nombrado por un periodo extenso de tiempo y cuente con garantías de que no será removido antes de que finalice su periodo constitucional.

En cuanto a su nombramiento, el Ejecutivo interviene en la designación de los auditores en seis países (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana) en tanto que el Poder Legislativo lo efectúa en los restantes doce (Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Desde luego, en los referidos países se registran diversas variantes de los dos modelos troncales de nombramiento. Además, por ejemplo, a diferencia de la auditoría mexicana y la contraloría chilena, la Auditoría General en Argentina se integra con siete miembros, designados cada uno como “auditor general”, de los cuales tres son elegidos por la Cámara de Diputados, tres por la Cámara de Senadores y el séptimo por resolución conjunta de ambas cámaras. Duran ocho años en su función y pueden ser reelegidos. Colombia y Guatemala ofrecen una modalidad interesante de forma de nombramiento pues en el primero el contralor es electo por el Congreso con base en ternas elaboradas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en

tanto que en el segundo el contralor es designado por mayoría absoluta de la Cámara de Diputados, sólo que los legisladores lo eligen de entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada con los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de contabilidad y la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

*Independencia financiera* pues se deben poner a disposición de las EFS los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, los cuales a su vez deben ser administrados bajo su propia responsabilidad. Las EFS deben estar facultadas para que, de ser el caso, puedan solicitar directamente al organismo encargado del presupuesto estatal los recursos que consideren indispensables para su funcionamiento.

*Amplias facultades de investigación*, lo que significa que las EFS deben tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones en que se empleen recursos públicos, así como la facultad de solicitar a los órganos fiscalizados todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan apropiados. Además, debe imperar el principio de que toda actividad estatal se someta a su control, más allá de que se refleje o no en el presupuesto general del Estado. Una exclusión del presupuesto no debe convertirse en una exclusión del control. De hecho, el proceso de fiscalización que realizan las EFS no debe agostarse en el gasto público sino que el control debe ejercerse también sobre la recaudación de ingresos fiscales, sobre todos los contratos públicos y obras públicas, así como sobre las empresas económicas con participación del Estado.

*Facultad de sanción* puesto que la fuerza institucional de las EFS depende en gran medida de sus atribuciones para efectuar investigaciones minuciosas, pero sobre todo radica en su facultad para imponer sanciones. En este tema se aprecian debilidades en las experiencias nacionales. Destaca el caso colombiano en que la Constitución de 1991 facultó al contralor general para promover juicios contra quienes hayan causado algún perjuicio patrimonial al Estado, a efecto de obtener el resarcimiento respectivo, función que ha tenido éxito, en particular en los últimos años.

*Controles intraorgánicos en el Ejecutivo*, es decir, órganos de autofiscalización que se han creado como instancias de control interno dentro de organismos gubernamentales y que dependen necesariamente del titular de la dependencia en cuya organización cobraron vida. No obstante ello, deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible al tenor de la estructura correspondiente, en el entendido de

que incumbe a las entidades fiscalizadoras externas, con independencia del resto de sus atribuciones, controlar la eficacia de los órganos de control interno. Este es el caso, por ejemplo, de México y Bolivia, cuyas experiencias revelan grados limitados de autonomía, así como los de Colombia, Panamá, El Salvador y Paraguay, que ofrecen variantes y medidas diversas para evitar la corrupción de los servidores públicos.

### 3. *Tutela no jurisdiccional de los derechos humanos*

El *ombudsman*, institución sueca creada en 1809 para proteger los derechos humanos, y adoptada en 1978 en España bajo la denominación de Defensor del Pueblo, ha sido recibida bajo diversas variantes y características en la región latinoamericana con el impulso de la “tercera ola democratizadora”, sin que, en buena parte debido a la escasa cultura existente en la materia, haya rendido aún todos los frutos que se espera de ella en términos de la promoción y salvaguarda de los derechos fundamentales.

En las últimas tres décadas, quince países de la región la establecieron a nivel nacional, por lo que sólo tres (Brasil, Chile y Uruguay) carecen de ella (en el entendido de que Uruguay la adoptó en el ámbito municipal). De aquéllos, trece la han previsto a nivel constitucional y dos en el ámbito legal (Costa Rica y República Dominicana), aunque en el segundo cumple ya ocho años sin que entre en operación.

Mientras que en diez países el titular del *ombudsman* se denomina Defensor del Pueblo (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela), en tres se le conoce como Procurador de los Derechos Humanos (El Salvador, Guatemala y Nicaragua), y en otros dos como Comisión de los Derechos Humanos (Honduras y México). En tanto en el primer grupo el responsable de la emisión de las recomendaciones es un órgano unipersonal, en el caso del segundo lo es el comisionado, y en el tercero el presidente de tales organismos.

En orden cronológico, la referida institución fue incorporada al ordenamiento constitucional guatemalteco, en 1985, bajo el nombre de Procuraduría de Derechos Humanos, en tanto que en la década de los noventa se extendió a la mayoría de los países de la región, si bien en Panamá, aunque se creó en 1997, se elevó a rango constitucional siete años des-

pués, desde luego con mejor suerte que en República Dominicana, en donde desde 2001 se instauró pero aún no funciona.

#### 4. *Ministerio Público*

La democratización latinoamericana también ha mostrado una tendencia a otorgar cierta autonomía, al menos técnica, al Ministerio Público en los sistemas presidenciales. Salvo en el caso de la República Dominicana, en que su titular sigue siendo nombrado y removido libremente por el presidente de la República, en los demás países se racionalizó la habitual subordinación completa del Ministerio Público al Ejecutivo puesto que se hizo participar al Legislativo en la designación respectiva, al grado de que en algunos sistemas el presidente de la República ya no participa en el nombramiento.

Al efecto, con frecuencia se han distinguido y separado diversas funciones que comúnmente se le conferían al Ministerio Público, algunas de ellas parcialmente contradictorias y que propiciaban la hipertrofia de la institución. La más notoria ha sido la de separar la estrictamente referida al Ministerio Público (según el modelo francés) de persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal, de aquella otra (bajo la influencia del *Attorney General* de Estados Unidos) consistente en la asesoría jurídica al presidente y la defensa patrimonial del Estado, con independencia de otras atribuciones relacionadas con la representación de ciertos intereses de la sociedad. Así se dio en México, por ejemplo, con la creación de la Consejería del Ejecutivo Federal en 1994 y de forma independiente de la Procuraduría General de la República (en tanto encargada al Ministerio Público), cuyo titular es ahora designado por el ejecutivo con la ratificación del Senado, no obstante lo cual, en los hechos, esta última forma de designación no ha cambiado la tradicional subordinación del procurador general al presidente de la República.

De manera similar, en Argentina se distinguió en el mismo año (1994) entre el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, con el procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación. En Costa Rica y El Salvador también se distingue entre la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República, lo mismo que en Panamá entre el procurador general de la República y el procurador general de la administración. Formalmente, el Ministerio Público (encargado de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal) se ubica en la esfera

del Poder Judicial (en forma expresa o en tanto que se lo regula constitucionalmente en el mismo título que a este último) en Costa Rica, Panamá y Paraguay, mientras que forma parte del Ejecutivo en México, República Dominicana y Uruguay. Caso peculiar es el de Venezuela, en donde esa figura forma parte de un poder independiente y autónomo, que es el llamado Poder Ciudadano.

Mención aparte merece Colombia, en donde también se distingue entre la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación. A esta última se le atribuye formalmente la función del Ministerio Público, que consiste en la vigilancia del cumplimiento del orden jurídico (Constitución, leyes, decisiones judiciales y actos administrativos), la protección de los derechos humanos (con el auxilio del Defensor del Pueblo), la representación de los intereses de la sociedad y los de carácter colectivo (en especial, el ambiente), así como la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas para la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales. Por su parte, a la Fiscalía General de la Nación se le encomienda la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal. No obstante lo anterior, toda vez que estas últimas funciones son las que, por lo general, caracterizan a la institución del Ministerio Público en América Latina (según el modelo francés), más no así las anteriormente mencionadas, que se encomiendan a la Procuraduría General de la Nación en Colombia (aun cuando en algunos países todas ellas se encomiendan al Ministerio Público), aquí se entiende que las funciones del Ministerio Público (en estricto sentido, en cuanto persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal) se encomiendan a la Fiscalía General de la Nación, el cual se encuentra regulado en la Constitución dentro del título correspondiente al Poder Judicial.

En el resto de los países, el Ministerio Público es una institución independiente o extrapoder. Cabe destacar el caso peruano, en donde la institución goza de independencia pero debe rendir cuentas ante el Poder Ejecutivo.

Si bien se ha avanzado en el propósito de que la institución del Ministerio Público deje de ser un instrumento de gobierno, utilizado como mecanismo de coacción política, debe reconocerse que en varios países de la región la autonomía técnica significa más un postulado constitucional que una realidad; sin duda, toda vez que su actividad se encuentra vincu-

lada con la libertad y la dignidad de las personas, el Ministerio Público debe configurarse como un organismo constitucional autónomo.

## VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La unidad de análisis histórica, cultural, temporal y material que se seleccionó para evaluar las tendencias del constitucionalismo, en la lógica del cambio político democrático experimentado en la región latinoamericana en las últimas décadas, es desde luego pertinente.

Históricamente, dado que los países que conforman la América Latina continental comparten dilatadas experiencias constitucionales, comunes y diferenciadas, que ofrecen territorios y ámbitos inacabables para el análisis macro y microcomparativo, diacrónico o sincrónico, temático o institucional, unidisciplinario o multidisciplinario, y que quizás sólo bajo un amplio y flexible paraguas conceptual, como lo propuso Jorge Carpijo, puede ser objeto de mejor comprensión.

Culturalmente, puesto que América Latina no es sólo una región en sentido geográfico sino parte del patrimonio dinámico que amalgama tradiciones intelectuales, sociales e institucionales milenarias, tanto por el lado de su raíz europea como por el de su vivo legado prehispánico, combinado con otras influencias no menos antiguas y valiosas. En ese sentido, el diálogo constitucional iberoamericano se torna, hacia adentro y hacia fuera de su propia experiencia, en un mundo globalizado y a la vez más local, más particularizado, en definitivamente relevante y útil para contribuir, a su vez, al diálogo constitucional global.

Temporalmente, ya que si bien su bicentenario experiencia independiente le acredita tempranas y persistentes expresiones democráticas, lo que la diferencia de otras regiones del Sur del planeta, es innegable que en los últimos treinta años el cambio político y la democratización han tenido lugar con toda fuerza y vigor, dejando atrás, aunque no sin riesgos de regresiones intolerables, el militarismo y el autoritarismo que han llegado a caracterizar por épocas a sus sistemas políticos.

Materialmente, en la medida en que, ya sea que se le aprecie desde el ángulo comparativo a partir de los componentes de la institucionalidad democrática (derechos fundamentales; sistemas electorales, de partidos y democracia semidirecta; sistema de gobierno; poder judicial; estado y economía; interpretación constitucional; rendición de cuentas), o bien,

de las premisas básicas de las formas de estado y de gobierno (del Estado liberal clásico al Estado liberal social; del Estado constitucional, social y democrático, y aún multicultural, de derecho, al Estado plurinacional y comunitario, y del presidencialismo al parlamentarismo y sus variantes, incluso al preterido sistema de gobierno consistorial o colegiado), lo cual se intentó, respectivamente, en las mesas temáticas y los casos nacionales, a lo largo del Seminario, las imágenes que emergen son las de Constituciones en busca de equilibrar sus propios contenidos y funciones a efecto de suministrar condiciones propicias para la libertad, la justicia y la gobernabilidad democrática en sociedades que aún no concluyen, aunque han avanzado pasos importantes, su complejo camino a la modernidad plena.

A la doble propuesta metodológica que estructuró el decurso y los discursos del Seminario, habrá que agregar en futuros ejercicios de este tipo temáticas y cuestiones que en esta ocasión no fueron incluidos.

Es pertinente y urgente insistir en el análisis y promoción de la cultura constitucional en tanto pedagogía jurídica y social. Es necesario profundizar y dar seguimiento a los procesos constituyentes que se desenvuelven en diversos países de la región para registrar datos y enriquecer el conocimiento comparativo sobre las cuestiones políticas y sociales tan sensibles que involucran. Es recomendable introducir al análisis constitucional, no sin la debida prudencia metodológica, la variable multidisciplinaria a que convoca la apuesta de la democracia sustancial a efecto de echar luz sobre los alcances y limitaciones del discurso propiamente jurídico, cuya consistencia podría incrementarse por esa vía. Además del perfeccionamiento de las instituciones democráticas, el diálogo constitucional comparado debía también abocarse con más decisión al análisis de sus contextos histórico sociales, no sólo para progresar en la comprensión de lo menos conocido, las culturas, sino para detectar y prevenir factores contrarios a sus valores predominantes.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y RECOMENDADA

ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, IFAI, 2005.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- CARPISO, Jorge, *Concepto de democracia y sistemas de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y galantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1998.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales en su contexto*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Idea Internacional-TEPJF-IFE-FCE, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo, "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America", en MÉNDEZ, Juan E. *et al.* (eds), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America: Notre Dame*, Indiana, University of Notre Dame Press, Helen Kellogg Institute for International Studies, 1999.
- , "Accountability Horizontal. La institucionalización de la desconfianza política"; *Isonomía*, num. 14, abril de 2001.
- OROZCO Y VILLA, Alejandro, *Rendición de cuentas en América Latina: fiscalización y acceso a la información*, tesis de grado, Universitá di Bologna, 2007.
- PAYNE, J. Mark *et al.*, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, 2a. ed., BID, Idea Internacional, 2003.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2007.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998.



ZOVATTO, Daniel (coord.), *Regulación de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Idea Internacional, 2008.

——— y OROZCO Henríquez, J. Jesús, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007. Lectura regional comparada”, en ZOVATTO, Daniel y OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.