

La Constitución y el poder . . . . .	25
I. Consideraciones generales . . . . .	25
II. Coincidencias constitucionales . . . . .	30
1. En cuanto al procedimiento de adopción . . . . .	30
2. En cuanto al contenido . . . . .	37
III. Consideraciones finales . . . . .	56
IV. Fuentes . . . . .	58

## LA CONSTITUCIÓN Y EL PODER\*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas son las formas de entender lo que es una Constitución. Para los efectos de este trabajo aceptaremos que la Constitución es el estatuto jurídico del poder. Desde esta perspectiva, la Constitución regula cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder.

El derecho al poder incluye toda la gama de libertades públicas, entre las que figuran los derechos electorales, el derecho de asociación, y la libertad de pensamiento y expresión. Por otra parte, la Constitución también contempla el derecho del poder. En este rubro figuran la forma de organización y funcionamiento de todos los órganos del Estado y los partidos políticos, cuando el sistema les atribuye funciones de relevancia constitucional específicamente en lo que concierne a participar en procesos electorales y orientar la acción de los congresos. El derecho ante el poder está integrado por la gama de garantías para los derechos de seguridad, propiedad, libertad e igualdad que toda Constitución democrática consagra. Finalmente, al control del poder conciernen los instrumentos jurídicos que permiten contener a cada uno de los órganos del poder dentro de los límites que le asigna la Constitución. Estos instrumentos corresponden por igual a la ciudadanía, a sus asociaciones representativas y a cada uno de los órganos del poder con relación a los demás.

\* Incluido en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, UNAM, 2000.

En las Constituciones contemporáneas se ha venido desarrollando una serie de instituciones que corresponden a esas cuatro formas de regulación constitucional del poder, y que sirven como sustento a lo que de manera genérica se denomina constitucionalismo democrático. Algunos autores ponen en duda el alcance real del poder del pueblo, que suele ser invocado como el elemento definitorio de una democracia. Popper (p. 93), por ejemplo, señala que el poder nunca está en manos de lo que genéricamente se denomina pueblo, sino de los gobiernos. En realidad la titularidad del poder por el pueblo es el dogma a partir del cual se puede construir un sistema de libertades; cuando se ponen en duda o se niega la posibilidad de que el pueblo sea titular del poder, así sea como un mero constructo, se diluye también la de reconocer y garantizar las libertades individuales y colectivas. Si el poder del pueblo no es un fenómeno directamente constatable, sí lo es en cambio la consecuencia de que se reconozca o no ese poder: se traduce en la existencia o inexistencia de un sistema de libertades.

Este trabajo no pretende, desde luego, agotar el amplio tema de la regulación constitucional del poder. Se presentan aquí, tan sólo, algunas de las expresiones constitucionales que conciernen a las cuatro variantes de esa regulación que fueron mencionadas más arriba.

Para examinar esa gama de relaciones entre la Constitución y el poder adoptaré un sistema comparativo que permita identificar las soluciones adoptadas por el constitucionalismo iberoamericano de las últimas dos décadas. Debe tenerse en cuenta que los diversos sistemas constitucionales están en permanente relación sinérgica. Ya no es posible hablar de un constitucionalismo originario y de otro derivado, porque las innovaciones tienden a confundirse con las adopciones de instituciones que funcionan en otros ámbitos. Tampoco se debe ni puede hablar de copias o traslaciones de un sistema al otro.

Lo que sí se puede observar es que la proximidad cultural de las sociedades donde se van construyendo los sistemas consti-

tucionales, y hasta la facilidad de los contactos, tienden a propiciar las semejanzas institucionales, cuando se dan también procesos históricos semejantes. En este sentido, para nuestro análisis es relevante el hecho de que el surgimiento de las democracias en Iberoamérica se produjo de manera más o menos coincidente en el tiempo. Esto explica que también se adviertan numerosas coincidencias en las definiciones concernientes a la regulación del poder.

Ese fenómeno es particularmente llamativo si se tienen en cuenta algunas diferencias en cuanto a los sistemas políticos. La más conspicua de esas diferencias se producen entre el sistema parlamentario español y los sistemas presidenciales latinoamericanos. Me interesa subrayar las coincidencias institucionales que se presentan entre ambos sistemas, porque estoy convencido de que los contrastes entre ellos tienden a ser progresivamente menores. Por esta razón aludiré a las semejanzas que me interesa destacar. Los sistemas constitucionales democráticos tienden a ser cada vez más parecidos, y esto es lo que me interesa demostrar.

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 dominante 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 existe

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, parlamentaria y monárquica, se reconoce tributaria de las Constituciones alemana e italiana, de naturaleza parlamentaria y republicana, de la francesa, de estructura cuasipresidencial, y de la propia española de 1931, republicana. 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, sin embargo, que los constituyentes iberoamericanos recientes también han estado expuestos al influjo de las mismas Constituciones que tuvieron en mente los constituyentes españoles, además de la portuguesa de 1976, parlamentaria y republicana, cuyas virtudes técnicas son ampliamente reconocidas.

De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas entre 1980 y 1999. 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), Perú (1993) y Venezuela (1999). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana y la uruguaya, 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 cinco países que no han modificado su Constitución figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporal-

mente 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 la de 1999 con una crisis política de gran escala, que se caracterizó entre otras cosas por la derrota electoral de los partidos tradicionales. 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 esas 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. COINCIDENCIAS CONSTITUCIONALES

### 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. 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. Sin embargo, sí ha habido una decisión constructiva que se ha proyectado, asimismo, 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 enfrenta-

mientos 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 del legislador ordinario para que las resuelva mediante ley, y llenar la Constitución de instituciones de supervisión y control excesivas, que después entorpecen el ejercicio normal del poder.

La facultad cuasiconstitutiva transferida al legislador ordinario para que desarrolle aspectos que la Constitución sólo enuncia en términos generales presenta algunos inconvenientes. 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.

Sin embargo, si 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 (De Vega, p. 69), 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 fluidez 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, las puede llevar por rumbos totalmente diferentes. Por ahora se trata, 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 Conservador y Liberal de Colombia, ratificado mediante plebiscito, en 1957. En esencia 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 de las asambleas, concejos y Congreso durante los siguientes dieciséis años (Sáchica, p. 23). 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 sólo en 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. Esos acuerdos comprendían las modificaciones a la Constitución.

Otras negociaciones previas a la elaboración constitucional se produjeron en Panamá; en Venezuela, con motivo de la anterior Constitución de 1961 (Pacto de Punto Fijo, de 1958), y entre las más recientes, en Argentina, con el Pacto de Olivos de 1993. Este último fue el resultado de un difícil acuerdo entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, iniciado durante la presidencia del

primero y concluido durante la del segundo. Las tensiones políticas y los intereses de los partidos fueron marcando el rumbo de la negociación en cuya fase final el Partido Radical de Alfonsín aceptó la reelección presidencial a cambio de que el partido peronista de Menem transigiera en la adopción de algunas medidas de corte cuasiparlamentario, como la figura del jefe de gabinete, entre otros aspectos (Alfonsín, pp. 252 y ss.; 324 y ss.).

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 (García Laguardia {1995}, p. 46).

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. Lamounier (pp. 46 y ss.) 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 constitucional democrática.

En todo caso es necesario advertir que una cosa es la reforma, incluso completa de la Constitución, y otra la convocatoria a un Congreso Constituyente. De llegarse a producir esa convocatoria estaríamos asistiendo a la ruptura del orden constitucional. Al invitar a la ciudadanía a votar en ese sentido se estaría auspicando el desconocimiento de la Constitución y a la invalidación del Congreso constitucionalmente elegido.

Es necesario diferenciar entre una nueva Constitución y un Congreso Constituyente. Conforme al artículo 135 constitucional, nuestra norma suprema puede ser adicionada o reformada. La amplitud de esa reforma no está limitada por la propia Constitución, de suerte que es el criterio interpretativo el que determina hasta dónde puede llegar una reforma. He manifestado que no es conveniente adoptar una nueva Constitución, y en cambio sí debemos hacer profundas modificaciones a la actual; en todo caso es posible interpretar que la Constitución puede ser reformada por completo, sin que este hecho signifique, por sí solo, que se ha roto el orden constitucional.

Pero una cosa es que el Congreso y las legislaturas de los estados cambien radicalmente la Constitución, y otra que el presidente desconozca al Congreso de la Unión y a las legislaturas estatales y convoque a la elección de un Congreso Constituyente. Para decirlo sin eufemismos, eso sería un golpe de Estado, así sea “legitimado” por una elección mayoritaria. Los ejemplos más recientes y cercanos son los ofrecidos por los presidentes Alberto Fujimori (Perú) y Hugo Chávez (Venezuela).

Es verdad que la Constitución mexicana señala (artículo 39) que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de “alterar o modificar su forma de gobierno”, pero ocurre que cuando el pueblo actúa en ese sentido, debe hacerlo conforme al procedimiento que la misma Constitución establece. De otra manera nos encontraríamos ante una situación *de facto*, incompatible con el sistema constitucional democrático que deseamos consolidar, y se podrían desencadenar situaciones contrarias al proceso histórico que vivimos.

En el caso de Perú se suele hablar de que el presidente perpetró un “autogolpe”. Algunos juristas incurren en el error de calificar así la decisión de disolver el Congreso y convocar a un Constituyente. En realidad no fue “autogolpe” sino lisa y llanamente un golpe de Estado. La figura del “autogolpe” no existe. Lo que ocurre es que se había llegado a considerar que los cuartelazos eran golpes de Estado, cuando en realidad no

eran sino rebeliones militares. El golpe de Estado consiste en el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente establecido. Un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado.

Los congresos constituyentes tienen dos tiempos históricos: se presentan en los momentos fundacionales de un sistema, con motivo de una revolución o de la formación de un país independiente, o funcionan cuando las instituciones han dejado de existir. Así surgieron nuestra actual Constitución y las que tuvimos durante el siglo XIX; así apareció la Constitución americana y a una revolución se deben igualmente las de Nicaragua y Portugal, por sólo mencionar dos casos recientes. Debido a los cambios operados en Europa a partir de 1989, hemos visto también la presencia de numerosos congresos constituyentes; otro tanto ha ocurrido con motivo de los procesos de descolonización en África y Asia en seguida de la posguerra. También se han registrado numerosos congresos constituyentes en América Latina, a la salida de los gobiernos militares. Así ha ocurrido en Chile, Ecuador, Brasil y Venezuela, para sólo mencionar unos ejemplos.

El caso del Congreso Constituyente colombiano de 1991 es atípico. Se procedió contra lo dispuesto por la Constitución para su reforma, utilizando como argumento un fuerte movimiento estudiantil y la prolongada presencia de grupos guerrilleros. Como ya se ha dicho, la convocatoria a un Constituyente operó como una especie de plebiscito legitimador del gobierno. En cuanto a la reforma (en la práctica se trató de una nueva Constitución) argentina de 1994, la propia Constitución de 1853 preveía que para ser modificada se tendría que convocar expresamente una Convención. La nueva Constitución argentina fue resultado de un pacto entre los dos partidos con mayor captación de votos en ese país, pero en todo caso se respetaron las formalidades de reforma previstas en el texto modificado.

En el caso de Portugal (1976) se trató de un acto fundacional, que siguió a la Revolución de los Claveles. Antes de convocar a las elecciones del Constituyente, empero, los partidos más representativos suscribieron la “Plataforma de Acuerdo Constitucional”. En Italia había ocurrido algo semejante: a la caída de Mussolini, durante el gobierno de transición de Bonomi, los seis partidos que integraban el comité de liberación nacional acordaron convocar a una Asamblea Constituyente, a la que se debe la actual norma suprema de 1947. En el caso de Alemania, la Asamblea Constituyente fue resultado de los Acuerdos de Frankfurt, suscritos por los poderes de ocupación en 1948.

En cuanto a Francia, su actual Constitución de 1958 no fue aprobada por ningún Congreso Constituyente, sino adoptada mediante referéndum, aplicando literalmente el procedimiento de reforma previsto por el artículo 90 de la anterior Constitución de 1946. No hubo, por ende, violación procesal alguna. Y el caso de España es todavía más significativo: las Cortes ordinarias elaboraron el texto de la actual Constitución de 1978, y el Rey lo sometió a referéndum. Se trataba, en este caso, de una prudente ruptura con el franquismo, pero aun así guardando las formalidades legales.

El referéndum como procedimiento de reforma constitucional estaba previsto por las leyes fundamentales franquistas, de manera que su aplicación en 1978 resultó muy ortodoxa. Por otra parte, la elección de las Cortes ordinarias, con facultades de constituyentes, introdujo una gran complejidad en el proceso de elaboración de la Constitución, porque el proyecto primero se discutió y aprobó en el Congreso de los Diputados y luego fue sometido al Senado. Cuando ambas cámaras lo aprobaron, cada una por separado, fue convocado el referéndum para la ratificación popular del texto.

Como se ve, los trámites constituyentes admiten muchas opciones, pero en todo caso hay una constante: ahí donde no se ha producido una ruptura debida a una revolución, una guerra o un cambio total de sistema, la reforma constitucional, incluso

el cambio de Constitución, por lo general se lleva a cabo respetando lo preceptuado por el ordenamiento que va a ser modificado o sustituido.

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, El Salvador y Guatemala, por ejemplo; y las crisis económicas que afectaron prácticamente a todo el hemisferio en la década de los ochenta.

## *2. En cuanto al contenido*

### *A. Derechos*

#### *a) 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, justificadamente 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, tributaria y penal. 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. En Venezuela (artículo 204) el derecho de iniciativa también queda abierto a cualquier materia, y se fija un mínimo muy bajo para ejercerlo: el punto uno por ciento de los electores.

La iniciativa popular, en España y en Iberoamérica, no deja de ser una institución de dudosa utilidad. Su inclusión tiene más en motivaciones de oportunidad política que de pertinencia democrática. Aunque su apariencia 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, para conseguir así efectos de opinión pública que de otra manera no alcanzarían. En este caso la iniciativa popular cumpliría la función de 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.

### *b) 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 (Valadés, pp. 205 y ss.), 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, por su parte, también podrá convocar a referendos, pero en este caso el voto no será obligatorio ni los resultados vinculantes. El caso paraguay (artículo 121) es más ambiguo, porque reserva a la ley determinar cuándo el referéndum será vinculante o no.

La Constitución venezolana lleva el referéndum a la mayor expresión en el constitucionalismo contemporáneo (artículos 70 a 74). Incluye el referéndum consultivo nacional, que realmente es una modalidad de plebiscito, que puede ser convocado por el presidente, por la Asamblea Nacional o por el diez por ciento de los electores. En los ámbitos estatal y municipal existe la misma posibilidad de convocar referendos (plebiscitos). Además, se prevé el referéndum revocatorio con relación a todos los cargos de elección popular, si bien en este caso la solicitud debe provenir de un veinte por ciento de los electores, y para que surta efectos debe aprobarlo un número igual o mayor al que hubiera elegido al funcionario. También los cuerpos colegiados (entre ellos la Asamblea), son revocables. En este caso la Constitución remite a los términos que establezca la ley; todavía no ha sido decretada.

La gama de referendos en Venezuela incluye la aprobación de tratados, la aprobación y abrogación de leyes, y la abrogación de decretos-ley. Se exceptúan del referéndum abrogatorio las disposiciones de carácter fiscal. En realidad, por los requisitos de procedencia en cuanto a la convocatoria (oscila entre el cinco y el veinticinco por ciento de los electores, según el caso) y de quórum (un cuarenta por ciento de los electores), estos referendos tienen el aspecto de normas insusceptibles de ser aplicadas.

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 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 llegarse a producir una quiebra de la propia Constitución si lo que se propone a la decisión popular no ha pasado por un control previo de constitucionalidad. Así, 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 determinar 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 recientes Constituciones de Iberoamérica; 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 con-

templa 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 (artículo 344). Como se puede ver, nueve Constituciones consagran el referéndum constitucional, y una más, la brasileña, aun cuando no lo incluye, ha sido definido 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. En Venezuela se permite votar por separado hasta una tercera parte de la reforma. 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 Panamá sólo es obligatorio el referéndum cuando la Asamblea Legislativa elegida para revisar la reforma adoptada por la Asamblea previa, introduzca modificaciones al proyecto original. 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 antidemocrática, porque el acuerdo entre los agentes políticos se sustrae a la ratificación de los ciudadanos.

### c) Ambiente

La defensa constitucional del ambiente, así como otros derechos a los que se identifica como la tercera generación de los derechos humanos (Carpizo, pp. 137 y ss.), forman un capítulo central en el constitucionalismo iberoamericano. El artículo 45 de la Constitución española incluye una amplia referencia al medio ambiente, que comprende: *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.), Brasil (artículo 225) y Venezuela (artículo 127 y ss.), además de los tres elementos antes apuntados, las Constituciones agregan la regulación 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. Esta materia es objeto de tratados, pero ello no excluye que, como ratificación de una decisión soberana, los Estados la incorporen en sus textos constitucionales.

### d) Salud

Directamente vinculada con la protección del ambiente, está la que respecta a la salud. Acertadamente, 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), Perú (artículos 7o., 8o. y 11o.).

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), Guatemala (artículo 93) y Venezuela (artículo 84). 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.

#### *e) 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 Paraguay (artículo 4o.) sólo la infancia. En Venezuela (artículo 178) la protección de la infancia, la adolescencia y la tercera edad, es de competencia municipal.

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.

#### f) 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. 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 los examina Dworkin (pp. 350 y ss.) 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 Miguel (p. 239) 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, ocasionalmente es mediante el instrumento de garantía de un derecho que podemos saber cuál es el contenido de ese derecho. Según una de las formas entender la garantía denominada *habeas data* (Lillo, p. 295; Núñez, p. 24) se trata de una facultad del individuo para disponer de sus datos personales y de vigilar a quien los utiliza.

La 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 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 (ar-

título 31), Honduras (artículo 76), Nicaragua (artículo 26.4), Paraguay (artículos 33, 135), Perú (artículo 2.6 y 2.7) y Venezuela (artículos 60 y 143).

### g) 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 (esp. pp. 47 y ss.), el alcance de esta institución ha tenido que venir siendo definido por la interpretación jurisprudencial. De ahí que su relevancia 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 las garantías de la libertad y la igualdad. En este sentido la interpretación jurisprudencial ha identificado como arbitrario al acto jurídico que carece de explicación racional o de coherencia institucional (Fernández, pp. 61 y 90), con lo cual se va más allá de la sola apreciación de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos.

Aun cuando Fernández (p. 29) señala que no existe en derecho comparado una institución semejante a la española, es necesario tomar en cuenta lo dispuesto por las Constituciones chilena y argentina, que expresamente distinguen entre ilegalidad y arbi-

triedad, 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 la jurisdicción constitucional para convertirse en legislador. Sin pretender repetir el viejo debate jefersoniano 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.

#### *h) 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) contempla 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 realizan acciones de información y educación destinadas a los consumidores y usuarios, y se fomenta su organización.

Elementos semejantes a 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 fina-

lidad 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 Panamá (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. Esta es, por otra parte, una sección que la mayor parte de las nuevas Constituciones incluyen, o que han incorporado 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.) desde 1961. En la Constitución venezolana de 1999 (artículo 117) se amplía la defensa del consumidor al incluir el derecho a una información “no engañosa” y el resarcimiento de los daños ocasionados por la baja calidad de los bienes y servicios.

## B. *Instituciones*

### a) *Ombudsman*

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 protección eficaz.

La institución escandinava del *ombudsman* tardó mucho en permear las 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 Piedrahita, 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 (Aguilar {1991}, pp. 89 y ss.), 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 (Aguilar, {1993}, pp. 9, 14), y su fuerza expansiva entre los países iberoamericanos ha sido de gran trascendencia. Aunque en 1976 se presentó un proyecto de reformas constitucionales en Colombia para incorporar la figura de la Veeduría de la Administración (Estrada, p. 16), 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), Ecuador (artículo 29), Paraguay (artículo 276), Perú (artículo 161) y Venezuela (artículo 280). Guatemala optó por integrar una Comisión de Derechos Humanos y contar, además, con un Procurador de Derechos Humanos (artículos 273-5). En estos casos se trata, como en España (Fix-Zamudio {1998}, p. 85), de órganos designados por el congreso. La Constitución mexicana (artículo 102.B, reformado en

1992) dejó a la ley la denominación de los organismos federal y estatales encargados de tutelar los derechos humanos, pero una modificación posterior (1999) incorporó la denominación de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. A partir de esta reforma la Comisión cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La incorporación del *ombudsman* en el sistema constitucional iberoamericano se ha conseguido superar 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.

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.

### b) Tribunal Constitucional

La justicia constitucional tiene una larga trayectoria en América Latina. En este aspecto la relación entre las Constituciones 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 (Aguar, p. 29). Aun cuando la aparición del primer tribunal constitucional, con esta denominación, se produjo en la Constitución austriaca de 1920, la de-

nominación se incorporó 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 (Fix-Zamudio, pp. 97 y ss). En Colombia se propuso la creación de la Corte Constitucional desde 1945, aunque sólo fue establecida hasta 1991 (Restrepo, p. 275).

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 titulares (véase *Anuario, Justicia Constitucional Comparada, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* y García Belaúnde y Fernández Segado) obedece en buena medida 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 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 (García Laguardia, pp. 39 y ss.; Brewer Carías, p. 143).

Otro aspecto que no concierne sólo al órgano de control de la constitucionalidad, sino al gobierno y a la administración de la justicia, es importante subrayar que la creación del Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2) ha tenido en Latinoamérica la repercusión que no tuvieron previamente los consejos superiores de la Magistratura de Italia y de Francia (Melgar, pp.

59 y ss). 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 y 1999), en Paraguay el Consejo de la Magistratura (artículos 262-264), y en Perú el Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 150-157).

### c) 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 dispone (artículo 76.2) 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 esa 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, adoptó el criterio constitucional español y admite la posibilidad de que las comisiones hagan comparecer a “los particulares”, y en caso de no hacerlo quedan sujetos a la sanción correspondiente.

La presencia de este precepto en el resto del constitucionalismo americano apenas se ha dejado 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 iberoamericanas caracterizadas, en expresión de Häberle (p. 100), 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 claramente 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 de los órganos del poder político, presentan en cada caso características diferentes. Esto se explica por varias razones: una, 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 esos sistemas 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 diferenciar ambos sistemas, pues el aplicado hasta ahora, centrado en las formas de relación entre los órganos del poder (investidura y confianza, fundamentalmente) resultan insuficientes. La diferenciación entre esos sistemas debe orientarse hacia la identificación de las verdaderas diferencias, entre las que sobresale el procedimiento electoral adoptado, directo o indirecto, para seleccionar al jefe de gobierno. En general 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 parla-

mentario. Esta diferencia, empero, también comienza a relativizarse a partir de la elección directa del primer ministro en algunos sistemas parlamentarios, como es el caso de Israel.

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 aparece en la complementariedad de los nuevos y los anteriores derechos fundamentales.

Lo central, por tanto, de las nuevas democracias, está en la edificación de una nueva estructura de derechos fundamentales, cuya garantía es el sistema democrático que también han adoptado. 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 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 lo 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 él sólo figuren las instituciones que le dan contenido aun cuando no se haga expresa referencia a ese Estado, es evidente que se avanza en su construcción y consolidación. Aquí reside la característica dominante del nuevo constitucionalismo iberoamericano.

#### IV. FUENTES

- AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.
- , *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “La justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997.
- ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Editorial Sociedad Impresora Americana, 1996.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- 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.
- BREWER-CARIAS, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.
- , *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, t. I, 1985.
- BUSCH, Wilhelm, “Democracia electronica e habeas data”, *Iustitia*, Roma. Giuffrè Editore, 1997.
- CARPISO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de los 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, Editorial 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*

- les México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- 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 BELAÚNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial 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*, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México, colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 8, 1994.
- , *et al.*, “La Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1987)”, *Cuadernos de CAPEL*, Costa Rica, 1987.
- HIDRÓN, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- Justicia constitucional comparada*, México, Instituto 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.

- LAMOUNIER, Bolívar (ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparacao*, 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, Giuffré Editore, julio-septiembre de 1997.
- LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Editorial 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.
- POPPER, Karl R. *All Life is Problem Solving*, Londres, Routledge, 1999.
- QUINTERO, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.
- 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, Editorial Temis, 1996.
- , *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, t. 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, U.S.A.*, Library of Congress Cataloging-in Publication Data, 1993.
- 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, Editorial Tecnos, 1985.