

EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN
EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL: INSTRUMENTO
PARA PROTEGER Y DESARROLLAR LA DEMOCRACIA, MEDIO
DE CONSAGRAR Y TUTELAR LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES, CONTROLAR EL PODER POLÍTICO,
BASE DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y MODELO
PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Arturo HOYOS

SUMARIO: I. *El valor cambiante de la Constitución. Los cinco grandes temas de proyección del valor de la Constitución.* II. *La protección y desarrollo de la democracia. El triunfo de la democracia y el peligro de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias.* III. *Un nuevo constitucionalismo. La constitucionalización de la política y del derecho privado.* IV. *La Constitución, la consagración y tutela de los derechos fundamentales y el control de la competencia por el poder y su ejercicio.* V. *La Constitución como una de las bases del desarrollo económico.* VI. *La Constitución como modelo para las relaciones internacionales: la constitucionalización del derecho internacional.*

I. EL VALOR CAMBIANTE DE LA CONSTITUCIÓN. LOS CINCO GRANDES
TEMAS DE PROYECCIÓN DEL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución, el cuerpo jurídico de mayor jerarquía para proteger la libertad y limitar el poder, no significa lo mismo en todos los países ni en todas las épocas.

Hay quienes se interrogan sobre este tema. En los países industrializados se preocupan por el valor de la Constitución para garantizar efectivamente las libertades públicas ante acciones tomadas por los órganos polí-

ticos del Estado para combatir el terrorismo. Así, por ejemplo, en una obra¹ publicada en los Estados Unidos hace un par de meses, un abogado y periodista destaca algunos actos del presidente, como las llamadas “declaraciones de promulgación de leyes” (*signing statements*), en virtud de las cuales dicho gobernante, al firmar una ley aprobada por el órgano Legislativo, declara que la misma ley no es obligatoria para la administración, porque a su juicio infringe las potestades constitucionales del presidente según éste interpreta la Constitución, particularmente lo relacionado con la dirección de las relaciones internacionales y lo relacionado con la guerra contra el terrorismo, lo cual ha hecho el presidente actual al firmar cerca de 150 leyes. También está el tema de la tortura, que genera encendidos debates, y de las nuevas definiciones de ella,² la admisión de pruebas obtenidas mediante la misma tortura o “técnicas intensificadas” durante interrogatorios, y si se debe combatir el flagelo del terrorismo con respeto a los elementos esenciales de un debido proceso, tema del cual me ocupo en una obra reciente publicada en México.³ Y luego, por supuesto, está el tema de las escuchas telefónicas sin autorización judicial y el derecho a la intimidad, y si los detenidos acusados de terrorismo deben tener derecho a interponer un *habeas corpus*,⁴ por ahora vedado por una ley de 2006 sobre las comisiones militares que deben juzgar a estas personas, y si ellas satisfacen los requisitos constitucionales de un debido proceso.⁵ Hillary Clinton, política de oposición en Estados Unidos y ex primera dama de ese país, ha expresado estas preocupaciones en un ensayo publicado el año pasado,⁶ y el mismo candidato presidencial Barack Obama ha prometido cerrar el centro de detención de Guantánamo.

¹ Savage, Charlie, *The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Nueva York, Little, Brown and Company, 2007, 400 pp.

² Shane, Scout y otros, “Secret US Endorsements of severe interrogations”, *New York Times*, 4 de octubre de 2007, y Dickey, Christopher, “The Constitution in Peril”, *Newsweek*, 8 de octubre de 2007.

³ Hoyos, Arturo, *Debido proceso y democracia*, México, Porrúa, 2006, 163 pp.

⁴ Cfr. sobre este tema “Civil liberties:detention without trial. The stuff of nightmares”, *The Economist*, Londres, 4 de octubre de 2007.

⁵ Colangelo, Anthony, “Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 48, núm. 1, invierno de 2007, pp. 121 y ss.

⁶ “Security and Opportunity for the Twenty-first Century”, *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre de 2007.

En nuestra América Latina el valor de la Constitución y los debates y vivencias en torno a ella no son los mismos que hace un par de décadas, por una parte, y, por otro lado, tampoco son iguales en nuestra época en todos nuestros países.

En los años ochenta del siglo pasado la preocupación en muchos de los países latinoamericanos era salir de los regímenes militares de la región, y en esos momentos se valoraba la Constitución como un freno a los abusos militares y como un vehículo que nos podía transportar fuera de las dictaduras.

Hoy la Constitución tampoco asume un valor unívoco en Latinoamérica. En algunos países del Sur, por ejemplo, se estima la posibilidad de adoptar una nueva Constitución como un instrumento de una revolución política, no necesariamente para darle estabilidad al sistema democrático, e incluso se plantea que la respectiva asamblea constituyente debe entrar a disolver un parlamento democráticamente elegido, como es el caso de Ecuador con el presidente Correa, y luego, por supuesto, también han de seguirle los tribunales de justicia. El valor de la Constitución es en esos países, que también incluyen a Bolivia, con el presidente Evo Morales, que ha convocado a un referéndum para aprobar la nueva Constitución para diciembre de 2008, el de un arma al servicio de una revolución política.

No hay que perder de vista que una visión únicamente instrumentalista de la Constitución, sin matiz alguno, es peligroso para el Estado de derecho, dentro del cual las normas jurídicas y los derechos fundamentales que protegen contra las mayorías políticas tienen valor intrínseco. Como señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha,

...en situaciones de agudo desacuerdo sobre lo que es el bien común, cuando el derecho se ve como un poderoso instrumento, los individuos y grupos sociales tratarán de asumir el control o manipular el derecho de cualquier manera posible para promover sus fines. Esto puede acarrear un conflicto Hobbesiano de todos contra todos conducido a través del ordenamiento jurídico. Más que funcionar para mantener el orden social y resolver los conflictos sociales, como Hobbes veía la misión del derecho, los combatientes lucharán para controlar y utilizar las herramientas que brindan las normas jurídicas como armas en las disputas sociales, políticas, religiosas o económicas. El derecho generará conflictos en vez de ser un medio para su solución. Incluso cuando una de las partes o bandos prevalezca

en esa lucha, la victoria sólo significará una tregua temporal mientras la lucha se reanuda.⁷

En un caso vecino a mi país, el de Costa Rica, al igual que Panamá y la mayoría de Centroamérica, no tiene un problema de terrorismo que amenace las libertades públicas ni una presidencia imperial que las haga palidecer, como transcurre el debate constitucional en algunos países industriales. Tampoco ha tenido una dictadura militar reciente ni vive un momento revolucionario que vea la Constitución como un arma de la revolución como se ha vivido el tema en buena parte de nuestra región. De hecho, si bien Costa Rica ha tenido 14 Constituciones desde su independencia de España el quince de septiembre de 1821, dos de ellas, la Constitución de 1871, impulsada por el primer militar que gobernó a este país, don Tomás Guardia, estuvo en vigencia 77 años, a pesar de interrupciones breves, como la de la Constitución de 1917, que duró muy poco, y le dio estabilidad al país,⁸ y luego la Constitución de 1949, que nació de la lucha armada y democrática de 1948, que está en vigencia y que ha sido la base de un desarrollo democrático estable, que es orgullo de nuestra región, y que ha inspirado a Panamá en materia tan trascendental, como la eliminación del ejército, que nosotros logramos en 1994. Coincidió con el magistrado Luis Fernando Solano en que la Constitución de 1949 no “es la de 1871 con parches”,⁹ pues, entre otras cosas, sólo la consagración constitucional de la eliminación del ejército la colocan en un sitio muy especial para Costa Rica y para América.

Entonces, *hic et nunc* (aquí y ahora) ¿qué valor podemos decir que tiene la Constitución?

A mi juicio, *el valor de la Constitución en el Estado de derecho actual podemos apreciarlo en cinco grandes temas:*

1. Un instrumento de defensa de la democracia y liberación de la opresión política;
2. La consagración de los derechos fundamentales y sus medios de defensa;

⁷ *Law as a Means to and End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 2.

⁸ Hernández Valle, Rubén, “Costa Rica”, *Constituciones iberoamericanas*, México, UNAM, 2005, p. 20.

⁹ “La Constitución en su día”, *La Nación*, San José, 8 de noviembre de 2006.

3. La regulación y control de la competencia por y el ejercicio del poder político;
4. Una de las bases del desarrollo económico, y
5. Un modelo para la conducción de las relaciones internacionales.

II. LA PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA. EL TRIUNFO DE LA DEMOCRACIA Y EL PELIGRO DE LAS PRESIDENCIAS IMPERIALES Y DE LAS DEMOCRACIAS PLEBISCITARIAS

Nuestro tiempo exige, en primer lugar, que la Constitución haga posible y sea una defensora de la democracia. Esto lo asegura, en primer lugar, con normas que garanticen la participación ciudadana en elecciones libres, competitivas y transparentes, y luego con el control del poder político, que evita la opresión política y haga posible que las minorías de hoy puedan ser las mayorías de mañana, sin derramamiento de sangre.

No hay que perder de vista que muchas de las democracias actuales se enfrentan a enemigos que van desde el terrorismo, el crimen organizado y transnacional, hasta los dirigentes mesiánicos de movimientos religiosos o extremistas que pretenden capturar la democracia desde adentro para eliminar cualquier vestigio de control sobre el poder una vez que lo conquistan. Hoy se habla de “democracias frágiles”, que han tenido que recurrir a restringir la participación de ciertos grupos en el proceso democrático, como lo ha hecho España con Batasuna (brazo político de ETA); Alemania, con los partidos nazi o comunista; Turquía, con la exigencia de adherencia a un Estado secular para poder participar en elecciones, o India, con los partidos que promuevan la intolerancia religiosa o incitan al odio étnico,¹⁰ e incluso en estos casos la Constitución debe ser guardiana del orden democrático¹¹ y vigilar que la defensa de la democracia no se haga a costa de la negación de los derechos fundamentales.

El año pasado la Editorial Porrúa de México tuvo la gentileza de publicar una obra mía con el título de *Debido proceso y democracia*.¹²

¹⁰ Issacharoff, Samuel, “Fragile Democracies”, *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 6, abril de 2007, pp. 1405-1467.

¹¹ Sobre el juez y la “democracia defensiva”, *cfr.* Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, pp. 21 y ss.; G. Zagrebelsky sostiene que la tarea del juez constitucional es más propia de una república que de una democracia. *Cfr.* “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, 2006.

¹² Introducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, 2006, 163 pp.

En esa obra adopté la definición del profesor Kart Popper sobre la democracia en obra que cito más adelante. Ella sería un sistema de gobierno en el que la mayoría puede, mediante elecciones libres y competitivas, causar un cambio de gobierno, sin derramamiento de sangre.

Mi enfoque se enmarca dentro de lo que el profesor de la Universidad de Columbia de Nueva York, Charles Tilly, llama definición procesal de la democracia, que toma como punto de partida las elecciones libres, pero adiciona este criterio con otros elementos que lo complementan. Este autor, en una excelente obra apenas publicada,¹³ también entiende que al lado de ese tipo de definiciones existen las que él llama sustantivas, constitucionales y orientadas a procesos, según el énfasis que pongan en los diversos aspectos del régimen.

En esa obra había yo avanzado algunas ideas que el tiempo tiende a confirmar: que el avance de la democracia en nuestra región trajo un fortalecimiento del Estado de derecho, y específicamente del debido proceso como institución; que el debido proceso es una de las opciones, no la única, de los países que hacen una transición desde gobiernos autoritarios hacia gobiernos democráticos para lidiar con los delitos cometidos por los gobernantes dictatoriales del pasado régimen o por grupos armados que se desea insertar en el proceso político democrático, así como también con el futuro en democracia de los pertenecientes a partidos políticos totalitarios, aunque no hayan cometido delitos (leyes de lustración); que el “nuevo terrorismo” surgido desde el 2001 ha producido una erosión de los derechos fundamentales y generado una reapertura del superado debate sobre la tortura judicial, y que el peligro para la libertad en nuestro hemisferio occidental proviene ya no principalmente de las dictaduras, sino de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias o meramente electorales o, como yo las llamo, democracias sin Estado de derecho.

Lo cierto es que trazo una clara distinción entre el Estado de derecho y la democracia, pero señalo que para que aquella perdure debe estar acompañada de éste, como lo demuestra la experiencia histórica.

En el mismo sentido, el distinguido jurista mexicano Jorge Carpizo sostiene en un ensayo reciente,¹⁴ ideas que coinciden con las mías, aun-

¹³ Tilly, Charles, *Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 7.

¹⁴ “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 119, mayo-agosto de 2007, p. 357.

que su definición de democracia, si bien parte de las procesales, contiene elementos del Estado de derecho. Dice este autor que democracia “es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce”. Agrega en ese ensayo que los dos retos más importantes para la democracia en nuestra región son: 1) el problema de la pobreza y la desigualdad, y 2) el respeto por el Estado de derecho. Sobre lo primero afirma que “el principal enemigo de la democracia en la región es la pobreza... y los enormes rezagos sociales y culturales que sufre aproximadamente la mitad de la población”.¹⁵

La democracia es el gran tema de nuestro tiempo. John Dunne, profesor de Teoría política en la Universidad de Cambridge, ha señalado en una obra reciente,¹⁶ que el impulso histórico del término “democracia” desde 1796 hasta el presente nos presenta dos elementos que debemos comprender: uno es la cuestión del destino de las instituciones políticas, consistente en la difusión de una serie de formas de gobierno ansiosas de autodescribirse como democracias y el triunfo ideológico de esta forma de gobierno sobre sus competidoras; y la difusión del término “democracia”, más que una cuestión terminológica, supone un intento por capturar los méritos no sólo de un grupo de instituciones políticas frente a otras, sino cualquier otro aspecto de nuestra vida en sociedad, como desearíamos que estuviera organizada. Si mantenemos separados estos dos elementos, sostiene Dunn, veremos que el destino de las formas de gobierno descansará en buena medida en la capacidad de las instituciones de crear riqueza y aplicar la ley y mantener el orden, pero también en persuadir a los ciudadanos, más que recurrir a la coacción. La democracia, como un término político moderno, es “sobre todo el nombre que designa a la autoridad política ejercida solamente a través de la persuasión de la mayoría”.

Por otro lado, el politólogo francés Pierre Rosanvallon, profesor de Historia y Filosofía política del Collège de France, sostiene¹⁷ que

¹⁵ *Ibidem*, p. 383.

¹⁶ *Setting the People Free: the Story of Democracy*, Londres, Atlantic Books, 2005, pp. 131 y 132.

¹⁷ *La democracia inconclusa*, Taurus-Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 11.

...la democracia representativa se impuso como principio en el momento en que se debilitó su funcionamiento. La caída del comunismo tocó la retirada de sus enemigos o de sus críticos más virulentos y desde entonces constituye el único horizonte reconocido del bien político. Pero aunque triunfó así como régimen, ahora se encuentra desestabilizada como en cuanto forma política. Si la democracia es definida con ligereza como la puesta en práctica de la soberanía del pueblo, hoy en día el contenido mismo de esta última parece disiparse. El avance de la globalización económica... el crecimiento del papel del derecho basado en instancias de regulación no elegidas, el papel más activo del Consejo Constitucional: todas estas evoluciones convergen para socavar los objetos y los modos de expresión de la voluntad general. Mientras algunos se alegran por lo que interpretan como una muestra del progreso del Estado de derecho y de la creciente autonomía de la sociedad civil, otros se alarman ante lo que a sus ojos marca una preocupante decadencia de la voluntad general e incluso pronostican, escépticos el fin de la democracia.

La cuestión de la democracia y del Estado de derecho está en el ojo del debate que se ha atizado por el problema que ahora plantea el terrorismo.

Retomo entonces algunas de las ideas tratadas en mi citada obra.

La principal tarea de nuestro tiempo, ha sostenido el eminente politólogo Francis Fukuyama,¹⁸ es la construcción de Estados con instituciones fuertes, con verdadera capacidad para hacer efectivo un Estado de derecho, con respeto a los derechos fundamentales. Como sostiene Fukuyama, son los Estados débiles o fallidos los que han presentado una amenaza al orden internacional, porque han sido una fuente de conflictos y de abusos a los derechos fundamentales, y además, porque son el caldo de cultivo de una nueva clase de terrorismo que amenaza a los países desarrollados. Son los Estados los únicos capaces de desplegar la fuerza legítima, y su poder es esencial para asegurar internamente el Estado de derecho. No se trata, pues, de debilitar al Estado, sino de reducir la amplitud de sus funciones, pero fortaleciendo sus instituciones que hagan posible el Estado de derecho.

¹⁸ *State Building. Governance and World Order in the 21st Century*, Nueva York, Cornell University Press, 2004, pp. 120 y 121. De hecho, el internacionalista Walter Russell Mead sostiene en su última obra, *Power, Terror, Peace and War*, Nueva York, 2004, ed. Knopf, que el poder “pegajoso” de los Estados Unidos radica en sus instituciones más que en su poderío militar, lo cual puede atraer a más países hacia el sistema norteamericano que la fuerza o Hollywood aislados.

Aunque a finales del siglo XX un destacado politólogo sostenía que vivíamos en una época “post-utópica”, como la llamó Zbigniew Brzezinski,¹⁹ luego este mismo autor reconoció que a inicios del siglo XXI vivimos la era de la globalización.²⁰ Aquélla era una década de final del siglo marcada por el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente entre ellas el fascismo y el comunismo, y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal fueron instituciones despreciadas y condenadas “al basurero de la historia”, y, por otra parte, también caracterizada por el renacimiento de nacionalismos beligerantes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas. No cabe duda que tanto el comunismo soviético como el fascismo ofrecían verdaderas utopías, como lo ha puesto de manifiesto una obra de Richard Overly,²¹ en la que destaca que el primero ofreció una utopía sociológica: el de una sociedad sin clases, mientras que el segundo adelantó una utopía biológica: el de la limpieza y pureza de la raza aria.

Hoy el mismo Brzezinski tiene otras preocupaciones geopolíticas en cuanto al tema de la democracia, como lo expone en una obra recién publicada.²² Allí sostiene que

...la idea de que la solución a los problemas que enfrenta Estados Unidos (en lo que él llama los Balcanes Globales zona que abarca desde Suez a Beijing) es la imposición acelerada de la democracia es desatinada. Históricamente la democracia, sostiene, ha emergido a través de un prolongado proceso de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales... Ese

¹⁹ *Out of Control. Global turmoil on the eve of the 21st. Century*, Charles Scribner y Maxwell (eds.), Nueva York, McMillan, 1993, p. XV. También pueden consultarse dos ensayos de Isaiah Berlin, profesor de filosofía en la Universidad de Oxford, sobre la decadencia de las ideas utópicas en el mundo occidental, sobre todo en esta parte de nuestro siglo, que el autor considera como un siglo terrible para Europa, en muchos aspectos peor que la Edad Media. “The decline of utopian ideas in the West” y “The pursuit of the Ideal”, incluidos en su obra *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Nueva York, Knopf, 1991, 277 pp. El título de esta obra se inspira en una frase de Kant: “De la madera retorcida de que está hecha la humanidad no puede construirse nada recto”.

²⁰ Brzezinski, Zbigniew, *The Choice*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 7.

²¹ *The Dictators: Hitler's Germany and Stalin's Russia*, Nueva York, W. W. Norton, 2004, 849 pp.

²² *Second Chance: Three Presidents and the Crisis of American Superpower*, Nueva York, Basic Books, 2007, 234 pp.

proceso entraña la aparición progresiva del Estado de derecho, y la gradual imposición de limitaciones legales y luego constitucionales sobre las estructuras de poder. En ese contexto la adopción de elecciones libres lleva progresivamente al surgimiento de un sistema de gobierno basado en nociones fundamentales de compromiso y acomodo con reglas del juego democrático respetadas por los opuestos políticos que conciben su competencia como un juego de suma cero.²³

Es decir, que la ganancia de uno conlleva una pérdida igual que el otro. Agrega que cuando la democracia es impuesta en sociedades tradicionales no expuestas a esos procesos graduales, lo que atiza es el conflicto violento entre extremos intolerantes, y lo mejor que puede producir esa imposición es un ferviente e intolerante populismo, aparentemente democrático, pero realmente una tiranía de la mayoría.

Quizá aquella realidad “post-utópica” de la cual hablaba a fines del siglo pasado este autor, pareció difícil de aceptar en su plenitud en Latinoamérica, porque, como lo ha señalado el escritor mexicano Carlos Fuentes, desde la llegada de Cristóbal Colón

el continente americano ha vivido entre el sueño y la realidad, ha vivido en divorcio entre la buena sociedad que deseamos y la sociedad imperfecta en la que realmente vivimos. Hemos persistido en la esperanza utópica porque fuimos fundados por la utopía, porque la memoria de la sociedad feliz está en el origen mismo de América, y también al final del camino, como meta y realización de nuestras esperanzas.²⁴

Estamos ante un proceso de expansión de los gobiernos democráticos alrededor del mundo. Un país es democrático, decía Karl Popper,²⁵ si mediante elecciones se puede cambiar el gobierno sin derramamiento de sangre.

En los últimos veinte años, señala la revista *The Economist*, la proporción de la población mundial que vive bajo gobiernos democráticos ha aumentado de un tercio hasta la mitad en la actualidad.²⁶

²³ *Ibidem*, p. 155.

²⁴ *El espejo enterrado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 10.

²⁵ “Sobre la teoría de la democracia”, en *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Buenos Aires, Paidós, 1995, p. 176.

²⁶ “Liberty’s Great Advance”, Londres, 26 de junio de 2003.

El jurista norteamericano Bruce Ackerman habla en un ensayo reciente de lo que llama el peligro que entraña una “presidencia plebiscitaria” para la democracia,²⁷ incluso en los Estados Unidos de América. El riesgo es que se desarrollen democracias simplemente electorales y que en algunos países la democracia degenere hacia una forma “antiliberal”²⁸ o plebiscitaria,²⁹ que realmente yo designaría como una democracia, en el sentido anotado, pero sin Estado de derecho. Esa forma de democracia consistiría esencialmente, sostiene Ferrajoli, en la omnipotencia de la mayoría, seguida de una serie de corolarios: la descalificación de las reglas de los límites al Poder Ejecutivo expresado por la mayoría y, por lo tanto, de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del parlamento; la idea de que el consenso mayoritario legitima todo abuso, y el rechazo de los frenos y contrapesos. La democracia requiere, ha dicho Zakaria, de una previa “libertad constitucional”, que entraña la protección de los derechos individuales, sobre todo de los de expresión, propiedad y religión, a través de un sistema jurídico que no esté sujeto a la manipulación política del gobierno. Para ello se requieren tribunales independientes e imparciales y grupos privados independientes del gobierno. De allí que en nuestros días el mayor peligro para el debido proceso ya no son los gobiernos militares, sino una democracia sin Estado de derecho.

El distinguido historiador británico Eric J. Hobsbawm, profesor emérito de Historia económica y social en la Universidad de Londres, ha sostenido³⁰ que la idea de difundir la democracia de manera indiscriminada puede ser peligrosa, porque en algunos contextos históricos puede atizar las diferencias étnicas y los odios y divisiones religiosas. Sostiene este autor que el mesianismo que despliegan en este terreno algunas grandes potencias no tendrá éxito universal, porque las condiciones para un gobierno democrático efectivo son raras: un Estado ya existente que goce de legitimidad, consenso, y la capacidad para mediar los conflictos

²⁷ “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 7, mayo de 2007, p. 1760.

²⁸ Zakaria, Fareed, *The Future of Freedom*, Nueva York, Norton, 2003, 256 pp.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 155.

³⁰ “Spreading Democracy”, en la sección titulada “The world’s most dangerous ideas”, publicada en la revista *Foreign Policy*, Washington, septiembre-octubre de 2004, pp. 40 y 41.

entre los grupos domésticos. Cuando este consenso no existe, por diferencias étnicas o religiosas, la democracia ha sido suspendida, como en Irlanda del Norte, el Estado se ha dividido, como en Checoslovaquia, o la sociedad ha descendido a un estado de guerra civil permanente, como en Sri Lanka. La difusión de la democracia habría producido, según Hosbawm, desintegración en ciertos Estados multinacionales y multirraciales, tanto después de 1918 como después de la caída del comunismo en 1989. La misma tesis de Hosbawm ha sido sostenida por otro profesor, Amy Chua, de la Universidad de Yale³¹ en una obra que da otros ejemplos, como el caso de Indonesia, para demostrar que la difusión de la democracia no es un bien absoluto.

Otra cosa distinta ha sido el caso de Latinoamérica, en el que, en general, la caída de las dictaduras a finales del siglo pasado ha traído democracias reales, pero algunas evolucionan hacia el modelo plebiscitario, como es el caso de Venezuela bajo el presidente Chávez; Ecuador, bajo el presidente Correa, el primero que promovió la destitución de magistrados y de los parlamentarios en el 2007, y luego Evo Morales, que también ha tratado de avanzar un proceso constituyente sin límites, aunque ha encontrado mayores resistencias que los dos anteriores.

Hay que anotar que incluso los defensores de la idea de difusión de la democracia, como Timothy Garton Ash, reconocen que en nuestra época de democracia sin paralelo en la historia muchas personas se sienten tan desilusionadas con la conducción de la política convencional, que ni siquiera se toman el trabajo de votar en las elecciones, pues sostienen que si no pueden influir sobre los políticos, para qué votar.³² Frente a esta inquietud, este autor sugiere profundizar la participación ciudadana, cosa que cada vez se observa más. En el caso de Panamá, las reformas constitucionales que entraron en vigencia el 15 de noviembre de 2004 prevén nuevos mecanismos de democracia semidirecta o participativa, como lo son la revocatoria de mandato de los diputados, incluso los de libre postulación, consultas populares, como el referéndum, que se ha extendido a cualquier ampliación del Canal de Panamá, y la iniciativa popular para la convocatoria de una asamblea constituyente si así lo pide al menos un veinte por ciento de los electores que conforman el padrón electoral.

³¹ *World on Fire: How Exporting Free Market Democracy Breeds Ethnic Hatred and Global Instability*, E. Doubleday, 2002.

³² *Op. cit.*, p. 229.

En muchos casos los gobiernos en transición nunca se desplazaron hacia verdaderas democracias, sino a otras formas semiautoritarias o hacia lo que hemos identificado como democracia meramente electoral sin Estado de derecho, o democracias plebiscitarias. Un caso que ilustraría esta evolución es, según la revista *The Economist*, el de Rusia bajo el presidente Putin, que a pesar de haber ganado dos elecciones ha frustrado el desarrollo de un Estado de derecho, se ha entrometido en las elecciones fraudulentas de Ucrania y ha perseguido a la empresa privada petrolera Yukos para sumarla nuevamente al sector estatal, con lo que “la conclusión es indiscutible. Lejos de ser un reformista político y económico que preside una defectuosa pero todavía reconocible democracia, el señor Putin se ha convertido en un obstáculo al cambio y se encuentra al frente de una mal manejada autocracia”.³³

Un politólogo venezolano, Moisés Naím, director de la revista *Foreign Policy*, ha comparado recientemente los casos de Putin y de Chávez,³⁴ similares, agregaría yo, al de Lucio Gutiérrez, de Ecuador, en los que trata de establecer múltiples paralelos de los dos antiguos militares que fueron elegidos y reelegidos por el voto popular, pero cuyas naciones han pasado a ser gobernadas por democracias plebiscitarias, sin un verdadero Estado de derecho, y le atribuye la causa del éxito de ambos líderes en mantenerse en el poder al petróleo, ya que éste generaría corrupción, desigualdad, crecimiento económico sin empleo, y otorga a estos gobiernos gran autonomía y poder frente a las instituciones que pueden controlarlos (tribunales, parlamentos, empresa privada, gremios). De allí que al no tener que basar el presupuesto en impuestos no afectan tanto a los electores, lo que a su vez hace a estos gobernantes distanciarse del electorado, al que sienten que no tienen que responder con frecuencia, pues con las grandes sumas provenientes del petróleo, sobre todo en una época de precios altos, pueden asignar inmensos recursos financieros a su discreción.

Hay quienes agregan que el “fin de la historia” que vaticinó Fukuyama ha terminado al menos conceptualmente con el surgimiento de dos grandes potencias “autoritarias”: China y Rusia.³⁵ La esperanza que se

³³ “The Challenger. Vladimir Putin takes on democracy, the West and all-comers”, *The Economist*, Londres, 9 de diciembre de 2004.

³⁴ “Tale of two Lieutenants”, *Newsweek: Issues 2005*, diciembre 2004-febrero 2005, pp. 44 y 45.

³⁵ Gat, Azar, “The Return of Authoritarian Great Powers”, *Foreign Affairs*, julio-agosto de 2007.

vivió en los años noventa, de que con la caída del comunismo se terminaba la lucha ideológica, se ha desvanecido en los inicios del presente siglo con el impresionante desarrollo económico de estas dos últimas potencias bajo esquemas autoritarios, repudiando así lo que se creía era ya la indisputable supremacía de la democracia liberal. El politólogo Robert Kagan ha señalado recientemente que esas dos potencias no sólo actúan, de hecho, autocráticamente, sino que tienen una ideología autoritaria, y creen que para países de gran población y disparidades regionales, de nacionalidades, culturales y religiosas como las suyas, lo que más estabilidad brinda es un gobierno autoritario, no una democracia liberal, bajo cuyo esquema surgirían numerosas fuentes de inestabilidad y tendencias a la desintegración del Estado.³⁶ Esta renovada lucha entre democracia y autocracia, que empezó hace dos siglos con las revoluciones inglesa y francesa, sería uno de los rasgos del nuevo orden internacional actual surgido con posterioridad al fin de la Guerra Fría.

III. UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO PRIVADO

Es importante destacar que existen distinguidos juristas, como el norteamericano Ran Hirschl,³⁷ que sostienen que se ha dado un crecimiento en el poder de los jueces para interpretar y desarrollar normas constitucionales como parte del constitucionalismo. Esa aseveración parte de la base de diversos supuestos, a saber:

1. La expansión del Poder Judicial es una parte integral y una importante manifestación de concretas y específicas luchas sociales, políticas y económicas, que han dado forma a un determinado sistema político, y, por lo tanto, aquel fenómeno no puede entenderse aisladamente de esas luchas;
2. Los orígenes políticos de las reformas constitucionales no pueden ser estudiados de manera independiente a los orígenes políticos del estancamiento constitucional;

³⁶ “End of Dreams, Return of History”, *Policy Review*, núm. 143, junio-julio de 2007.

³⁷ *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007, 294 pp., y “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, núm. 1, invierno de 2005, pp. 125-155.

3. Como regla general los actores sociales más prominentes en los campos político, económico y judicial tienen mayor inclinación a favorecer el establecimiento de estructuras institucionales que los beneficien mayormente;
4. Las Constituciones y la revisión judicial de la constitucionalidad de actos de autoridad carecen de apoyo financiero propio y de poder independiente de ejecución, pero a pesar de ello limitan la flexibilidad institucional de quienes toman las decisiones políticas en un sistema determinado.

De lo anterior se desprende que la autolimitación voluntaria de quienes toman las decisiones políticas ejecutada mediante la transferencia de la autoridad para formular políticas públicas de instituciones representativas de las mayorías hacia los tribunales de justicia pareciera, a primera vista, ir en contra de los intereses de quienes ostentan el poder en las legislaturas y en los poderes ejecutivos. Sin embargo, una explicación plausible para la autolimitación voluntaria de los que ostentan el poder político, al dar mayor poder a la judicatura, es que quienes detentan el poder político, económico y legal, quienes o bien inician o se abstienen de obstruir tales reformas a favor de los jueces, estiman que sus intereses están mejor protegidos si respetan los límites impuestos por una mayor intervención judicial en la esfera de las decisiones políticas.

El citado jurista sostiene que muchos de los poderes de interpretación constitucional, y a través de ella, de cambio y de desarrollo de las Constituciones que se han otorgado en nuevas democracias, representativas del nuevo constitucionalismo, han resultado de acciones interesadas tomadas por grupos sociopolíticos hegemónicos temerosos de perder de manera sustancial su poder político. La constitucionalización, y su consecuente auge judicial, puede proveer una efectiva solución para influentes grupos que poseen un mejor acceso e influencia sobre el mundo jurídico, y los cuales ante una seria erosión de su apoyo popular pueden optar por asegurarse de esa manera sus preferencias por ciertas políticas públicas contra la influencia creciente de grupos e intereses periféricos. Tal estrategia de autolimitación puede ser beneficiosa para elites políticas amenazadas y detentadores del poder político en peligro cuando los límites constitucionales que imponen a sus rivales son preferibles a las limitaciones que se imponen ellos mismos. Según esta concepción, los interesados y estratégicos innovadores constitucionales —elites políticas

amenazadas asociadas con elites económicas y judiciales con intereses compatibles— determinan el momento, profundidad y naturaleza de las reformas constitucionales.

El aumento del poder de los jueces constitucionales a través de la constitucionalización de los derechos, entre ellos el derecho de propiedad privada, con frecuencia no es solamente un genuino reflejo de una revolución progresista en un sistema político (aunque en muchos casos sí lo es), y puede que, en algunos casos, sea más bien la retórica de los derechos y la revisión judicial de constitucionalidad la apropiación de ciertos grupos para asegurar su posición hegemónica en el sistema político.

Si se entiende el otorgamiento de mayor poder a los jueces constitucionales por parte de las elites políticas como una forma de preservación hegemónica de elites políticas en peligro de perder su posición en el país, quizá se pueden entender mejor los factores políticos que han impulsado el nuevo constitucionalismo en algunos países, tales como Canadá, Sudáfrica e Israel. La adopción de Canadá de una Declaración de Derechos y Libertades en 1982, con rango constitucional,³⁸ fue parte de una amplia y estratégica respuesta de las elites federalistas, angloparlantes y empresariales, a la amenaza creciente del separatismo de Quebec y el rápido cambio demográfico de la sociedad canadiense. De manera similar, en el caso de Sudáfrica³⁹ la sorprendente conversión de la elite de raza blanca dominante en el terreno político y económico al constitucionalismo y al control judicial durante los años ochenta y noventa se produjo cuando empezó a verse con toda claridad que los días del *apartheid* estaban contados, y que un gobierno controlado por el movimiento político denominado Congreso Nacional Africano era inevitable. En el caso de Israel, la adopción, en 1992, de dos nuevas leyes protectoras de los derechos fundamentales, conjuntamente con la adopción del control judicial de constitucionalidad judicial establecido en 1995 y la continua jurisprudencia antirreligiosa de la Corte Suprema de ese país durante los últimos quince años, fueron parte de la respuesta estratégica de las elites económicas y

³⁸ Sobre Canadá puede verse Hogg, Peter W., “Canada: From Privy Council to Supreme Court”, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105.

³⁹ En cuanto a la interpretación constitucional en Sudáfrica, véase Klug, Heinz, “South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation”, en la obra colectiva antes citada, pp. 266-320.

políticas seculares que habían estado perdiendo su histórico predominio político de manera acelerada ante el avance de grupos religiosos.

La misma lógica puede explicar el ámbito de aplicación y el momento en que Gran Bretaña, como poder colonial en Hong Kong, adoptó para esa colonia en junio de 1991, legislación que constitucionalizó los derechos fundamentales, lo cual se produjo sólo a dos años desde que el Parlamento británico ratificara la Declaración Conjunta sobre la cuestión de Hong Kong, mediante la cual se devolvía dicha colonia a la República Popular de China a partir de julio de 1997, y también explicaría el apoyo entusiasta de Gran Bretaña a la constitucionalización del derecho de propiedad en las Constituciones que plasmaron la independencia de nuevos Estados de África, como fueron los casos de Ghana, Nigeria, en 1959, y Kenia en 1960. Esto ocurrió al mismo tiempo que Gran Bretaña se resistía a incorporar las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos a su derecho interno, lo cual sólo se produjo varias décadas después, con la adopción de la Human Rights Act, de 1998, que entró en vigencia en el 2000.

Hay que agregar que, según el historiador de la Universidad de Harvard, Charles Maier,⁴⁰ los imperios, como el caso de Gran Bretaña, han tenido un serio problema de legitimidad en los países que dominan, en la medida en que mantenían una democracia liberal en la metrópolis, pero rehusaban dar este tipo de gobierno en las colonias en las que no impulsaban gobiernos limitados por el Estado de derecho.

La misma tesis de preservación hegemónica se ha invocado para la constitucionalización de ciertos derechos fundamentales y el establecimiento de tribunales constitucionales en Egipto y Turquía, como parte de una amplia estrategia de las elites seculares y cosmopolitas de estos dos países predominantemente musulmanes y ante el avance en popularidad de fuerzas políticas con bases religiosas.

El nuevo constitucionalismo de las últimas décadas ha entrañado diversos escenarios políticos y sociales que sirven para explicarlo y comprenderlo mejor.

En primer lugar, la constitucionalización de derechos fundamentales y del aumento del poder de funcionarios judiciales puede derivarse de tareas de reconstrucción política que se producen en el marco de crisis po-

⁴⁰ *Among Empires: American Ascendancy and its Predecessors*, Harvard University Press, 2006, pp. 59 y 60.

líticas severas, como fueron los casos de nuevas Constituciones que siguieron la Segunda Guerra Mundial en Japón en 1946, en Italia en 1948, en Alemania en 1949 y en Francia en 1958.

Una segunda posibilidad es la que podemos observar en la constitucionalización de derechos y controles judiciales, que se ha dado como producto del proceso de descolonización, como fue el caso de India entre 1948 y 1950 y los ya mencionados casos en África.

Un tercer escenario en el que se ha generado el constitucionalismo reciente es el de la transición desde gobiernos autoritarios a sistemas democráticos, como fueron los casos de las revoluciones constitucionalistas que se dieron en Portugal, Grecia y España en los años setenta y en un número plural de países de la América Latina en los años ochenta y noventa, entre los cuales podemos destacar la Constitución de Brasil de 1988, aunque en los casos de Argentina y Chile se dieron reformas constitucionales, no un cambio total de sus Constituciones, pero esas reformas claramente fortalecieron los derechos fundamentales y el control judicial.

Otro ambiente político diferente que ha generado cambios hacia un nuevo constitucionalismo es el que se ha producido como reflejo de una doble transición, no sólo de un sistema político autoritario a una democracia, sino también de una economía socialista a una economía capitalina, lo cual se ha producido en los Estados que sucedieron a la antigua Unión Soviética y a los antiguos países socialistas de Europa del este.

Por último, también se ha producido un proceso de constitucionalización como consecuencia de la incorporación de normas y convenios internacionales al derecho constitucional interno, lo cual se ha dado particularmente en Gran Bretaña con la ya mencionada adopción de la Human Rights Act de 1998, pero también en la Argentina en los años noventa, al incorporar a una especie de bloque de constitucionalidad ciertos derechos previstos en convenios internacionales de derechos humanos. Esto último se ha hecho en Panamá mediante la jurisprudencia.⁴¹

No existe evidentemente una explicación que atribuya a una sola causa ni movimiento político la evolución hacia un nuevo constitucionalismo anclado en los derechos fundamentales y un acrecentado poder de los jueces para desarrollar normas constitucionales a través de la interpreta-

⁴¹ Véase mi obra *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, pp. 81-107.

ción constitucional, pero el movimiento sí está claro, y si bien no puede hablarse del fin de la historia, como en la tesis de Francis Fukuyama, es cierto que el ideal de libertad política y de economía de mercado han avanzado notoriamente en las últimas décadas, notablemente en lo que Samuel Huntington ha llamado la tercera ola de democratización en las décadas finales del siglo XX, aunque surgen ahora, como queda dicho, nuevas potencias, como China y Rusia, que divergen de ese paradigma.

No hay que perder de vista, sin embargo, que al lado de ese avance de la democracia y del constitucionalismo, como lo destaca el historiador inglés y profesor de Harvard, Niall Ferguson, el siglo XX ha marcado

...la era más sangrienta de la historia. La Primera Guerra Mundial generó entre 9 y 10 millones de personas, aún más si la epidemia de gripe de 1918-1919 es vista como una consecuencia de esa guerra. Otros 59 millones murieron en la Segunda Guerra Mundial. Esos fueron solamente dos de los conflictos bélicos más mortíferos de los últimos cien años. En una estimación hubo 16 conflictos a través de ese siglo que arrojaron más de un millón de muertos cada uno, otros 6 que costaron entre 500,000 y un millón de vidas y catorce que resultaron en una cifra que oscila entre 250,000 y 500,000 fallecidos. En total, entre 167 y 188 millones de personas murieron como consecuencia de la violencia organizada en el Siglo Veinte, una proporción de uno por cada 22 personas fallecidas por cualquier causa.⁴²

Si bien hubo otras grandes matanzas en la historia, el sangriento siglo XX difiere de otras épocas en un aspecto singular: fue un tiempo de progreso material sin paralelo en que la riqueza de las naciones aumentó a tasas sin precedentes.

Hay que destacar dos fenómenos que se dan en el nuevo constitucionalismo, que son muy relevantes, porque han expandido y diferenciado el valor de la Constitución.

El primero de ellos es la constitucionalización de la política. Esto se refiere a que en la actualidad muchos conflictos de tipo político se han judicializado y se ponen en manos del juez constitucional, lo que diverge con otros tiempos, en que los conflictos políticos se resolvían exclusivamente por medios políticos. Piénsese en el ejemplo reciente de las elecciones norteamericanas del 2000, en que una controversia netamente po-

⁴² "The Next War of the World", *Foreign Affairs*, septiembre-octubre de 2006.

lítica fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia (*Gore vs. Bush*, 2000). Ésta es una tendencia que según un prominente juez constitucional va a continuar en el futuro,⁴³ y la no justiciabilidad de las cuestiones políticas irá en descenso.⁴⁴

El segundo desarrollo que vale la pena destacar es el de la constitucionalización del derecho privado, que ha ocurrido como consecuencia de los pronunciamientos de los jueces constitucionales en torno a derechos fundamentales que inciden en las relaciones entre particulares, tales como el derecho de propiedad privada, el derecho a la intimidad o la libertad de expresión.⁴⁵ Hoy en día ciertos derechos que tradicionalmente habían sido regulados fundamentalmente por el derecho privado han pasado a tener un contenido cada vez más definido por la Constitución, y su desarrollo por los jueces constitucionales, a tal punto que hoy se habla, por ejemplo, del debate global sobre el derecho de propiedad desde el punto de vista constitucional.⁴⁶

IV. LA CONSTITUCIÓN, LA CONSAGRACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONTROL DE LA COMPETENCIA POR EL PODER Y SU EJERCICIO

El Estado de derecho, puntualizaba Hans Kelsen,⁴⁷

...es un orden judicial y la Administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión.

⁴³ Aharon Barak (presidente de la Corte Suprema de Israel), *op. cit.*, p. 311.

⁴⁴ Pildes, Richard, "The Supreme Court 2003 Term-Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics", *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004, pp. 28-31.

⁴⁵ Barkhuysen, Tom y Lindenbergh, Siewert, *Constitutionalization of Private Law*, Holanda, Martinus Nijhoff editores, 2006, 133 pp.

⁴⁶ Alexander, Gregory S., *The Global Debate over Constitutional Property*, Chicago University Press, 2006, 320 pp.

⁴⁷ *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, Porrúa-UNAM, 1991, p. 315.

Este concepto fue difundido⁴⁸ por juristas alemanes, como Von Mohl y Otto Bahr, y ha sido incorporado en las Constituciones de Alemania, España y Colombia, y es similar al anglosajón del *rule of law*.⁴⁹ Actualmente, como lo señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha, ese concepto, que tardó siglos en concretarse, ha pasado a ser un bien universal, al menos en algunos de sus aspectos, como la vigencia de ciertos derechos fundamentales y la norma jurídica como protección contra la opresión política.⁵⁰

He señalado al principio de este trabajo lo que considero es uno de los grandes temas en que se proyecta el valor del orden constitucional en el Estado de derecho actual: me refiero aquí a la consagración de ciertos derechos fundamentales y a su protección por los jueces constitucionales. Si bien los tribunales constitucionales tienen, como dice el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, una “función material esencialmente” consistente “en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”,⁵¹ sostengo que éste es sólo el punto de partida para analizar el papel del juez constitucional como encargado de tutelar los derechos fundamentales...

Una de los grandes campos del valor de la Constitución aplicada por el juez y otros servidores públicos es la protección y defensa de los derechos fundamentales previstos en la Constitución o que se derivan de ella, incluso de aquellos previstos en tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.⁵² Con esta tarea las decisiones del juez van a permear casi todo el ordenamiento jurídico, y ya no solamente el derecho público, como lo he señalado en la sección anterior. Como bien lo ha anotado Gustavo Zagrebelsky, jurista italiano profesor de la Universidad de Turín, “un aspecto saliente del constitucionalismo de nuestro tiempo, es la determinación, a través de normas constitucionales, de principios materiales de justicia destinados a informar

⁴⁸ R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 16.

⁴⁹ Para una comparación, *cfr.* García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 145-152.

⁵⁰ *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 138-141.

⁵¹ *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUNDAP, 2002, p. 59.

⁵² Hoyos, Arturo, “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. III, pp. 2797 y ss.

todo el ordenamiento jurídico” (mi traducción).⁵³ El mismo autor nos recuerda, sin embargo, que la vida en sociedad, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es solamente un conjunto de derechos individuales y las condiciones de su ejercicio, sino también “un orden objetivo correspondiente a ideas impersonales de justicia que imponen deberes”.⁵⁴

Otro enorme valor de la Constitución es someter el poder a sus normas, es decir, regular la competencia para alcanzar el poder (elecciones libres) y controlar el ejercicio del poder por los representantes de las mayorías políticas. Tradicionalmente en nuestra región esto se ha visto traducido en el control de la constitucionalidad de las leyes y de actos de la administración, o sea, el sometimiento de los representantes de la mayoría política a la supremacía de la Constitución. En el caso de Panamá, esta tarea se encuentra expresamente prevista en el artículo 206 constitucional. Como bien lo anotaba el distinguido procesalista Mauro Cappelletti, “la principal respuesta en términos de justicia legal al problema de la opresión puede ser expresada en la fórmula... justicia constitucional”.⁵⁵

Ante la llamada objeción mayoritaria y la idea de que jueces constitucionales no elegidos por el pueblo carecen de legitimidad democrática, el mismo Cappelletti sostenía, con razón, que “el principio democrático requiere que todos tengan una voz en el proceso político y que sea posible para la minoría política de hoy convertirse en la mayoría política de mañana”.

El instrumento procesal idóneo previsto en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales es el amparo, cuyo campo de acción está en expansión no sólo para controlar actos de autoridades públicas, sino también de algunos particulares. Como anota Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en Latinoamérica “la tendencia se dirige claramente hacia la procedencia del amparo contra actos de particulares especialmente a los grupos sociales o económicos de presión en situación de privilegio o dominio”, lo que inició con el caso Samuel Koth en la Argentina (1958), y se ha reconocido ya en las Constituciones de Argentina, Colombia, Bo-

⁵³ *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, p. 123.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 126.

⁵⁵ “Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice”, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 184.

livia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú.⁵⁶ En el caso de Costa Rica, el campo del amparo es amplio, porque abarca actos de autoridad, tales como actos administrativos y leyes autoaplicativas (aunque excluye actos jurisdiccionales, que en Panamá sí son recurribles en amparo), y aunque el artículo 48 de la Constitución de 1949, que consagra el amparo, no lo prevé expresamente, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989 sí señala que algunos actos de sujetos de derecho privado pueden ser objeto del amparo siempre que actúen en ejercicio de potestades públicas.⁵⁷

V. LA CONSTITUCIÓN COMO UNA DE LAS BASES DEL DESARROLLO ECONÓMICO

Parece claro que los países de la América Latina han experimentado un mejor nivel de desarrollo económico cuando han adquirido estabilidad en sus instituciones políticas aseguradas por una Constitución efectiva.

El periodo que va desde la independencia de España hasta 1870 estuvo marcado por un bajo nivel de crecimiento económico, que coincide con una época en que, habiendo colapsado la administración colonial española sin dejar instituciones duraderas de autogobierno en la región, se suceden una serie de luchas y guerras que afectaron severamente el proceso de desarrollo. Una vez que se estabilizaron las instituciones constitucionales se aceleró el crecimiento y luego, con la nueva ola de desestabilización iniciada después de 1924 con diversos golpes militares (Chile, Argentina, Brasil, República Dominicana, Bolivia, Perú y Guatemala en los años treinta), pocos mandatos presidenciales llegaban a su término, la renovación de los primeros mandatarios se incrementó, y la frecuencia de los cambios constitucionales volvió a aumentar. A partir de los años ochenta del siglo pasado se volvió a una era de estabilidad democrática, con la adopción de nuevas Constituciones democráticas, y en este periodo hemos observado nuevamente un mayor impulso desarrollo económico.⁵⁸

⁵⁶ “Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado)”, en la obra dirigida por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Honrad Adenauer, 2006, p. 23.

⁵⁷ Hernández Valle, Rubén, “El amparo en Costa Rica”, en la obra citada en la nota anterior.

⁵⁸ Przeworski, Adam y Curvales, Carolina, “Instituciones políticas y desarrollo económico en las Américas: el largo plazo”, en José Machinea y Narcís Serra (eds.), *Visio-*

Lo que es importante para el desarrollo es la estabilidad de las instituciones constitucionales, no la de los gobernantes individualmente considerados. La estabilidad de las instituciones políticas reguladas por la Constitución hace que la lucha por el poder político se defina según normas constitucionales y no por la fuerza. Otras instituciones, como las que reconocen y protegen el derecho de propiedad para todos, y las que movilizan la inversión, inciden también con gran claridad en el proceso de desarrollo.

En todo caso, como dicen Przeworski y Curvales,

...el desarrollo no puede continuar cuando la gente se pelea, y no tiene otra forma de resolver sus conflictos a menos que se establezca algún tipo de reglas. Además, las reglas impuestas por la fuerza, establecidas por golpes militares o perpetuadas por autogolpes, impiden el crecimiento... La existencia de instituciones no puede darse por sentada. Las instituciones surgen y sobreviven solamente si son capaces de generar resultados que todos los grupos que pueden emplear la fuerza física consideren preferibles a luchar entre sí. Esto significa que los resultados generados por el marco institucional tienen que reflejar, hasta cierto punto, la capacidad de ciertos grupos particulares para imponer sus intereses o valores por la fuerza. Por consiguiente cuando la distribución del poder preinstitucional es muy desigual, las instituciones tienen que ser muy desiguales para ser estables... pueden ser las instituciones desestabilizadas cuando nuevos grupos adquieren la capacidad de dañar a los intereses ya afianzados.⁵⁹

Las instituciones constitucionales son, sin embargo, por definición igualitarias.

Lo cierto es que las investigaciones empíricas demuestran que la estabilidad de las instituciones constitucionalmente protegidas conduce al desarrollo económico. De ahí el gran valor que adquiere la Constitución en este terreno del desarrollo, proceso que posibilita la satisfacción de las necesidades materiales de las personas y la elevación de su nivel de vida.

nes del desarrollo en América Latina, Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL, junio de 2007, p. 179.

⁵⁹ *Op. cit.*

VI. LA CONSTITUCIÓN COMO MODELO PARA LAS RELACIONES
INTERNACIONALES: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO INTERNACIONAL

En nuestros días el orden jurídico internacional se encuentra en una especie de periodo de transición hacia nuevos paradigmas en relación con el del tradicional orden jurídico de relaciones entre Estados-nacionales soberanos. Lo difícil es saber a ciencia cierta hacia dónde evoluciona este orden, particularmente impactado por dos fuerzas contradictorias: el proceso de internacionalización, palpable en la cesión cada vez mayor de poderes de los Estados nacionales a entidades internacionales y en el crecimiento y fortalecimiento de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, por una parte, y, por otra, en la consolidación del poder hegemónico de los Estados Unidos de América en el plano internacional.

Dentro de este contexto nuevo se habla crecientemente del fenómeno de constitucionalización del derecho internacional y de las relaciones internacionales.

La idea no es unívoca, pero responde al deseo de conducir el orden internacional siguiendo el modelo constitucional de sujeción de los Estados a normas jurídicas de jerarquía superior, que rijan la producción de otras normas o actos inferiores y que puedan ser impuestas coactivamente por tribunales modelados a la usanza de los tribunales constitucionales.⁶⁰

Se trataría de un orden internacional, que se inspira en la Constitución de un país con un Estado de derecho.

Es ya el uso frecuente de este pensamiento en materia de comercio internacional, y son muchos los que sostienen que la Organización Mundial del Comercio, con su tribunal que aplica su Constitución, encaja en el fenómeno que comentamos, como lo destaca el profesor de derecho internacional, Joel P. Trachtman, en un estudio reciente.⁶¹ Igual criterio han expresado quienes entienden que el Tratado de Libre Comercio de

⁶⁰ Ronald St. John Mac-Donald y Douglass, Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the legal ordering of the World Community*, Holanda, Martinus Nijhoff, 2005, 939 pp.

⁶¹ "The Constitutions of the WTO", *The European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 17, núm. 3, 2006, pp. 623-643.

América del Norte (NAFTA) presenta un modelo de protección a la propiedad y de resolución de conflictos comparable a una Constitución.⁶²

Esta tendencia busca alejar el modelo de orden internacional del unilateralismo político de grandes potencias, y acercarlo al modelo de una Constitución con valor normativo que es aplicada por jueces imparciales alejados de la política partidista.

Hay que destacar que incluso politólogos norteamericanos de gran prestigio, como el conservador Francis Fukuyama,⁶³ autor de una famosa obra sobre el fin de la historia, han esbozado esta idea recientemente:

...el problema fundamental es la desigual distribución del poder en el sistema internacional. Cualquier país en la situación de los Estados Unidos de América, incluso una democracia, estaría tentado a ejercer su poder hegemónico cada vez con menos control. Los padres fundadores de Estados Unidos estuvieron motivados por una creencia similar de que el poder sin frenos ni contrapesos, incluso cuando tiene legitimidad democrática, puede ser peligroso, razón por la cual crearon un sistema constitucional de separación de poderes para controlar al Órgano Ejecutivo. Tal sistema no existe hoy a escala global, lo que puede explicar cómo los Estados Unidos se han metido en tan grandes problemas. Una más suavizada distribución del poder a nivel internacional, inclusive en un sistema global que sea algo menos que totalmente democrático, brindaría menos tentaciones de abandonar el ejercicio prudente de poder (mi traducción).

Es palpable aquí otra dimensión del valor de la Constitución.

⁶² Schneiderman, David, "Constitution or Model Treaty? Struggling over the Interpretative Authority of NAFTA", *The Migration of Constitutional Ideas*, editada por Sujit Choudhry, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 294-315.

⁶³ "A Self-Defeating Hegemony", <http://realclearpolitics.com>, 26 de octubre de 2007.