

III. DERECHO POLÍTICO IBEROAMERICANO



**UNA APROXIMACIÓN
AL CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO,
CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES
Y NUEVAS TENDENCIAS**

CARLOS HAKANSSON

SUMARIO

I. LOS RASGOS COMUNES DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS. A) La codificación. B) El factor reglamentista. C) La rigidez constitucional. D) La iniciativa de reforma constitucional. E) Las constituciones iberoamericanas y su carga ideológica. F) Las constituciones iberoamericanas como un programa político a largo plazo. G) El principio de supremacía. II. EL CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS. A) El concepto de constitución versus el concepto de soberanía. B) El Estado de Derecho. C) La Constitución y el Derecho. D) La declaración de derechos y libertades. E) Las disposiciones finales y transitorias. III. EL GRADO DE MODERNIDAD DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS. IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES. A) La reelección presidencial. B) Los tribunales constitucionales. C) El defensor del pueblo. V. UNA APROXIMACIÓN AL MODELO PRESIDENCIALISTA IBEROAMERICANO. VI. LAS PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO.

Fecha recepción: 7.03.2017
Fecha aceptación: 19.09.2017

UNA APROXIMACIÓN AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO, CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y NUEVAS TENDENCIAS

CARLOS HAKANSSON¹

En la actualidad toda comunidad política cuenta formalmente con una carta magna sin importar su finalidad: limitar el ejercicio del poder, por eso, más que atender al origen formal de una Constitución debemos detenernos en observar su concepción material que resulta menos positivista; de esta manera, podemos afirmar que los países con mentalidad europea continental son más «flexibles» a los cambios que aquellos con mentalidad anglosajona porque son más conservadores. En otras palabras, mientras los anglosajones se ocupan del fondo, que la constitución funcione, los países con mentalidad europea continental, especialmente los iberoamericanos, se preocupan de la forma, es decir, de incorporar las últimas novedades del constitucionalismo moderno importando menos si serán o no aplicables en una distinta realidad histórica, política y cultural.

Con la culminación del proceso de emancipación de las colonias españolas, el movimiento constitucional iberoamericano resultó muy ideológico, recibió la influencia de los modelos anglosajón, concretamente estadouni-

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea); Facultad de Derecho, Universidad de Piura. Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo, Piura (Perú). Email: carlos.hakansson@udep.pe; carlos.hakansson@fulbrightmail.org. Una primera versión fue publicada en PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo; DAMIÁN MARTÍN, Arturo Oswaldo; BOTERO GÓMEZ, Santiago (coordinadores): *La Familia Jurídica Iberoamericana*, Editorial Porrúa, Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, México, 2016, pp. 55-80.

dense, y europeo continental, en especial los principios surgidos de la Revolución francesa que inspiraron la redacción de sus constituciones². En la actualidad, en las constituciones modernas iberoamericanas es notoria la influencia de la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Carta española de 1978. Si nos aproximamos a los principales rasgos podemos señalar que poseen un esquema similar al europeo y podemos distinguir dos claras secciones, la primera dedicada al reconocimiento de derechos y libertades en general —parte dogmática—, y luego continua con las normas relativas a la organización del Estado, sus principios y aspiraciones, que hacen las veces de bisagra de una segunda sección —parte orgánica— que describe la separación de poderes y sus competencias. Por lo regular, encontramos al final un procedimiento para su eventual reforma y sus respectivas disposiciones finales y transitorias, detengámonos en sus rasgos más saltantes surgidos desde su origen.

I. LOS RASGOS COMUNES DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

A) *La codificación*

Las constituciones iberoamericanas son codificadas como casi todas las constituciones del mundo, pero ninguna tan longeva ni breve como la estadounidense. Es probable que sea el rasgo más obvio pero para nosotros es el comienzo de una serie de observaciones para el estudio del concepto de constitución que existe en Iberoamérica, pues si no fuesen codificadas —como la del Reino Unido— tampoco serían rígidas ni kelsenianas. Como hemos mencionado, las constituciones iberoamericanas poseen una redacción similar pero con sus respectivas singularidades; a primera vista pareciera son documentos que lo contienen casi de todo, al punto que parecería raro echar en falta alguna institución pública que no esté mencionada de forma directa o indirecta. Por ese motivo hablamos de códigos que pretenden ser casi omnicomprensivos. Una tendencia que puede afectar la percepción ciudadana sobre el fin de la Constitución, convirtiéndola en un ideario para el ciudadano, compuesto por deseos, objetivos y metas para alcanzar en el largo plazo.

² Asimismo, tampoco podemos dejar de mencionar la influencia de la Constitución española de 1812 en las primeras constituciones iberoamericanas de principios del siglo XIX.

B) *El factor reglamentista*

Las constituciones iberoamericanas son reglamentistas por influencia francesa³, pero en Iberoamérica hemos llevado esta característica al extremo, se pueda observar un estilo de redactar constituciones al detalle, a diferencia de la concisión de la Constitución norteamericana, o la precisión de la belga como compara Loewenstein⁴. Se trata de una tendencia común en las constituciones modernas, como si el derecho constitucional tuviera el deber de pronunciarse sobre la economía, la cultura y el deporte. Sobre la tendencia reglamentista existen dos extremos: el primero la Constitución brasileña que regula con casi detalle los tributos de la Unión y la previsión social de los trabajadores⁵, invadiendo así el campo de la legislación ordinaria⁶; y en el otro se encuentra la Constitución argentina de 1853/60 que, pese a su reforma de 1994, es la menos reglamentista de las constituciones. El caso más reciente es la nueva Constitución del Ecuador, se trata de un texto reglamentista, de 444 artículos, con treinta disposiciones finales y una disposición derogatoria. El excesivo reglamentismo dispersa su finalidad de freno al poder para convertirse un programa político o un mandato al legislador.

C) *La rigidez constitucional*

Si bien las constituciones exigen para reforma que el parlamento asuma la función de un poder constituyente constituido, el procedimiento de enmienda no suele convertirse en objeto de un especial debate durante la elaboración de las constituciones y, aunque se copien otros modelos el resultado puede ser adverso; por ejemplo el caso de la Constitución mexicana de 1917, que si bien su procedimiento de reforma se asemeja al estadounidense, en la práctica, se diferencia por contener centenas de modificaciones⁷.

³ No obstante, a pesar de que el texto de la Carta Magna argentina tomó como modelo a la Constitución norteamericana, la reforma de 1994 la ha aproximado al estilo de las constituciones iberoamericanas tradicionales. Sagüés nos dice que «no es sencillo formular un juicio global sobre el texto ahora vigente. No guarda, por cierto, uniformidad de estilo, ya que las cláusulas antiguas, generalmente sobrias y concretas, conviven ahora con reglas detallistas y largas, donde el constituyente se transforma a menudo en legislador ordinario»; cfr. SAGÜES, Néstor Pedro (1994): *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires, p. 31.

⁴ Véase LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, p. 212.

⁵ Véase el artículo 201 de la Constitución brasileña.

⁶ Véase el artículo 194 de la Constitución del Brasil de 1988; véase además COELHO, Sacha Calmou Navarro (1990): *Comentários à Constituição de 1988, Sistem Tributário*, 2.ª edición, Editora Forense, Rio.

⁷ El procedimiento de reforma en la Constitución mexicana es mixto, pues, su artículo 135 admite una modificación total, parcial, o por adición como la estadounidense.

La rigidez de un texto constitucional también se encuentra vinculada a la codificación. Todas las constituciones iberoamericanas comparten el carácter rígido; pueden variar el procedimiento, pero de ninguna manera una ley ordinaria del parlamento, aprobada por mayoría simple, bastará para una reforma constitucional. Todo lo contrario, su aprobación por dos legislaturas y a través de mayorías cualificadas⁸, e incluso un referéndum, son necesarios para modificar el texto constitucional⁹.

Con relación al procedimiento de reforma, al igual que Wheare pensamos que los procedimientos no deben ser tan complejos que impidan modificar una constitución, ni tan simples que faciliten una reforma diaria¹⁰. En todo caso, esta es una razón más para preferir las constituciones breves, poco reglamentistas, donde solo figuran las instituciones y disposiciones sin las cuales no habría constitución. Pensamos que esa solución evitaría sus continuas reformas, ya que asociar una constitución con un programa político trae como consecuencia que una nueva mayoría parlamentaria dedique tiempo y esfuerzo en modificarla.

D) *La iniciativa de reforma constitucional*

Con relación a la iniciativa de reforma, en más de una constitución iberoamericana se ha intentado democratizar este procedimiento. En las constituciones de Colombia y Perú, por ejemplo, los ciudadanos gozan de iniciativa para reformar la constitución, exigiéndose un porcentaje mínimo de participación de la población electoral¹¹. No obstante, pensamos que la puesta en práctica de la iniciativa popular adolece de un problema y riesgo. El problema empieza con la siguiente pregunta, ¿quién convencerá y movilizará a los ciudadanos para la necesidad de una reforma constitucional? Creemos que los únicos capaces de lograrlo serían los medios de comunicación, los *lobbies*, los partidos políticos en su conjunto o las minorías parlamentarias. El riesgo, en cambio, no solo se encuentra en la desigual instrucción de la población sino también a su falta de interés para cono-

⁸ Por lo general, la mayoría cualificada requerida por las constituciones es de dos tercios de los parlamentarios, salvo excepciones. En ese sentido, véanse los artículos 30 de la Constitución argentina, 106 de la Constitución chilena y 135 de la Constitución mexicana.

⁹ Véase el artículo 374 de la Constitución colombiana y el artículo 206 de la Constitución peruana.

¹⁰ Véase WHEARE, Kenneth (1975): *Las constituciones modernas*, Labor, Barcelona, p. 150.

¹¹ En la Constitución colombiana, de acuerdo con el artículo 375, se requiere un número equivalente al menos del cinco por ciento del censo electoral vigente. En la Constitución peruana, el artículo 206 exige un número equivalente al cero punto tres por ciento de la población electoral.

cer la importancia de aprobar una reforma, si afecta o no su libertad, siendo los ciudadanos susceptibles de manipulación.

E) *Las constituciones iberoamericanas y su carga ideológica*

El reconocimiento de los derechos fundamentales y el principio de separación de poderes son producto de la ideología liberal, no existe constitucionalidad sin esos elementos¹². El derecho constitucional iberoamericano contiene además una serie de afirmaciones de carga más ideológica que jurídica, como por ejemplo que «nadie debe obediencia a un gobierno usurpador»¹³, «la soberanía nacional reside esencialmente y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste»¹⁴. Son algunas de las proclamações que encontramos en las constituciones Perú o México respectivamente.

La carga ideológica de las primeras constituciones iberoamericanas se mantiene hasta el día de hoy. Para nosotros es una consecuencia de asociar el texto constitucional con un «programa político» o «proyecto histórico», un proceso inacabado en algunos países iberoamericanos. En efecto, a principios del siglo XX, el catálogo de derechos sociales supuso un cambio en los fines del constitucionalismo: la no intromisión del Estado, un «no hacer», «no intervenir». En cambio, los derechos sociales demandan su actuación para favorecer el empleo, la educación, la salud, etc. La primera Carta Magna en introducir dichos cambios fue la mexicana de 1917, vigente en la actualidad¹⁵. No es difícil encontrar dichas disposiciones en las diferentes constituciones iberoamericanas que a su vez conviven con otras de ideología contraria¹⁶.

¹² Véase ZAKARIA, Fareed (1997): «The Rise of Illiberal Democracy» en *Foreign Affairs*, n.º 6, p. 22.

¹³ Véase el artículo 46 de la Constitución peruana de 1993.

¹⁴ Véase el artículo 39 de la Constitución mexicana de 1917.

¹⁵ CARPIZO, Jorge; MADRAZO, Jorge: «El Sistema constitucional mexicano», en GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (coordinadores) (1992): *Los Sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, p. 566.

¹⁶ En ese sentido, Bidart Campos sostiene que «el techo liberal clásico se ha reconvertido con las adiciones del constitucionalismo social para transformarse en lo que personalmente rotularíamos como un liberalismo en solidaridad social; véase BIDART CAMPOS, Germán (1992): «El Sistema Constitucional argentino», en *Los Sistemas Constitucionales...*, p. 47. Por el contrario, en la elaboración de la Constitución chilena, los constituyentes tuvieron cuidado de no hacer mención a los derechos sociales, sino más bien hacer referencia a ellos como aspiraciones sociales constitucionalmente reconocidas. Una decisión que fue considerada como autoritaria por parte de un sector de la doctrina chilena; véase NOGUEIRA, Humberto: «El Sistema Constitucional chileno»

F) *Las constituciones iberoamericanas como un programa político a largo plazo*

Las cartas iberoamericanas también incluyen declaraciones de objetivos genéricos pero de difícil aplicación inmediata¹⁷, se les conoce como constituciones programáticas¹⁸. Unas pretensiones tan generosas en sus textos como de escasa aplicación en la realidad¹⁹. Por eso, pensamos que las disposiciones programáticas en la constitución provienen de la vieja creencia de que «las buenas leyes harán mejores a las personas y a sus pueblos». Una idea que ha influido en la redacción de las constituciones iberoamericanas. En todo caso, parafraseando a Bernard Crick, es probable que una pretenciosa constitución iberoamericana no consiga la felicidad de todos los ciudadanos, pero sí que todos sean infelices.

G) *El principio de supremacía*

El significado de la cláusula de supremacía en Iberoamérica no es el mismo de la Constitución estadounidense. La supremacía de la Carta de 1787 no implica el monopolio de la producción jurídica, ni la cúspide de una pirámide normativa, ni la negación de otras fuentes distintas de la misma constitución y de las leyes que la desarrollen. Si la Constitución norteamericana se declara como *Supreme Law of de Land*, queremos decir que las leyes de los Estados Unidos son de cumplimiento obligatorio en sus propios tribunales nacionales y de sus esta-

en GARCÍA BELAUNDE; FERNÁNDEZ SEGADO; HERNÁNDEZ, (coordinadores) (1992): *Los Sistemas Constitucionales iberoamericanos...*, p. 285.

¹⁷ En ese sentido, KORNBLITH nos dice que la «vigencia efectiva de la Constitución y del orden jurídico que debe acompañarla se ve afectada por la profusión de disposiciones programáticas, puesto que mientras no existen las condiciones económicas, institucionales o políticas para actualizar las disposiciones programáticas, se posponen temporal o indefinidamente las decisiones y acciones requeridas para hacer efectivos los principios que las mismas contienen. Se profundiza la brecha entre la constitución escrita o formal y la constitución efectiva o real»; cfr. KORNBLITH, Miriam (1994): «Viabilidad y deseabilidad de la reforma constitucional en Venezuela: el intento de 1989-1992 y el proceso actual», en el colectivo *Una Constitución para el Ciudadano*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, p. 440.

¹⁸ Véase COLOMER VIADEL, Antonio (1995): «Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia (especial referencia a la situación de los países de América latina)» en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, n.º 9-10, p. 19.

¹⁹ En el mismo sentido COLOMER nos dice que «debemos preguntarnos si la permanencia indefinida del carácter programático de ciertas normas constitucionales es jurídicamente y políticamente admisibles. Y si la inobservancia indefinida del mandato constitucional, que provoca la invalidez jurídica positiva de estas normas, no tiene límites ni consecuencias jurídicas y políticas»; cfr. COLOMER: *Las normas constitucionales...*, p. 21.

dos miembros. Esta cláusula influyó en su vida constitucional con una vitalidad que quizás sin ella nunca hubiese tenido; además, nos ofrece un ejemplo de la combinación de sentido común, inspiración y habilidad práctica que distingue a dicho documento²⁰.

II. EL CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

A) *El concepto de constitución versus el concepto de soberanía*

Un rasgo común de los textos constitucionales iberoamericanos y europeos continentales es el forzado parentesco entre constitución con el concepto de soberanía²¹, cuyo «lavado de imagen» por las asambleas constituyentes iberoamericanas consistió en trasladar a las constituciones la idea de la «soberanía del estado», a la «del pueblo» o «de la nación»²². La convivencia de ambos conceptos en los textos constitucionales ha afectado la comprensión y significado de una carta magna. La confusión surge cuando se redacta una constitución con conceptos de la teoría continental del Estado, pues, un texto constitucional coherente solo debería admitir conceptos afines con la separación de poderes y la soberanía es la máxima expresión de concentración del poder²³. Por eso, aunque los textos constitucionales asocien los conceptos de «constitución» y «soberanía», en la realidad son dos ideas opuestas. En el mismo sentido, Friedrich prefiere la expresión «grupo o asamblea constituyente» a la de «soberanía popular», por considerarla menos confusa²⁴.

Las constituciones de Europa continental fueron las primeras en incurrir en este error conceptual que se remonta a la Francia napoleónica y durante las pri-

²⁰ Véase NEVINS; Allan; COMMAGER, Henry (1963): *Breve historia de los Estados Unidos*, Compañía General de Ediciones, México, pp. 120-121.

²¹ Véase LOEWENSTEIN: *Teoría de la...*, p. 206.

²² Sobre la defensa y consecuencias de ambos conceptos en los textos constitucionales iberoamericanos, véase COLOMER, Antonio (1991): «La Revolución francesa, su declaración de derechos y el constitucionalismo iberoamericano» en *Revista de Derecho Político*, n.º 34, p. 360-363.

²³ «El conflicto entre indivisibilidad de la soberanía y división de poderes se resolvió en las Constituciones francesas de 1793 y 1795 a favor de un predominio de la asamblea única, órgano legislativo al que estaba claramente sometido el ejecutivo. Claro está que la Constitución del 93 no rigió en la práctica, dominada por la época del terror y la dictadura de Robespierre»; cfr. COLOMER: *La Revolución francesa...*, p. 364.

²⁴ Véase FRIEDRICH, Carl (1975): *Gobierno Constitucional y Democracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 60.

meras horas de difusión del constitucionalismo, es decir, cuando comienza a ser aceptado un texto constitucional que incluya una formal separación de poderes, un largo listado de derechos y libertades, así como unas garantías para el debido proceso; todo lo anterior, junto con un gobierno poco respetuoso con el Estado de Derecho²⁵. De esta manera, la relación de los conceptos de soberanía y constitución no tardó en llegar a las primeras asambleas constituyentes de las repúblicas emancipadas. Como por ejemplo, las constituciones mexicanas de 1814, 1824, 1857 que contenían el concepto de soberanía, al igual que su actual Carta de 1917²⁶.

B) *El Estado de Derecho*

En los textos constitucionales comentados no existe un apartado expresamente dedicado al Estado de Derecho. En principio, no debería hacer falta porque es el «espíritu» que inspira todas las disposiciones constitucionales. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la expresó en su artículo 16: «toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución». Pese a que los textos constitucionales franceses han influido en la redacción de las constituciones iberoamericanas más representativas, ninguna ha recogido este artículo²⁷. No obstante, las disposiciones formales sobre el Estado de Derecho se pueden encontrar dentro de ellas sin mayor dificultad. Las disposiciones del Imperio del Derecho conviven con las del régimen administrativo de inspiración francesa. El procedimiento contencioso-administrativo, típico de España y Francia, para recurrir judicialmente los actos y resoluciones de la administración pública también se mantiene en la mayoría de constituciones iberoamericanas²⁸.

²⁵ Véase KRIELE, Martín (1980): *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, p. 228; véanse además LOEWENSTEIN: *Teoría de la...*, p. 215.

²⁶ El artículo 39 de la Constitución mexicana dice que «la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste...»; y por otro lado, su artículo 40 añade que «es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior,...».

²⁷ No obstante, en la Constitución argentina descubrimos otra manera de expresar la idea del Imperio del Derecho. El artículo 36 nos dice que esta «Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiese su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático».

²⁸ COLOMER, Antonio (1990): *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, p. 70.

Las disposiciones relativas al Imperio del Derecho en las constituciones iberoamericanas son similares: «los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella²⁹»; «(...) en conformidad a lo que prescribe la Constitución»; «(...) con sujeción a la Constitución y a la ley»³⁰; «el poder emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen»³¹; «(...) en los términos de esta Constitución»³², etc. Son algunas de las cláusulas típicas del Imperio del Derecho en las constituciones.

El llamado Imperio de Derecho es una traducción de la expresión *Rule of Law* de los países anglosajones³³, pero en Iberoamérica y Europa continental es más conocida como Estado de Derecho³⁴. Una excepción a esta regla la encontramos en la Constitución chilena donde al reconocer las garantías del debido proceso, establece que la magistratura «adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el Imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado»³⁵.

El Imperio del Derecho va de la mano con el judicialismo. No olvidemos que fue inglés el origen de esta institución, cuando el tozudo Juez Coke en el siglo XVII se enfrentó con el Rey Estuardo Jacobo I de Inglaterra negándose a admitir que el poder del Monarca estuviese antes que el Derecho, fundamentando su postura en el derecho natural³⁶. La tradición inglesa, que difiere de la napoleónica, no tuvo acogida en los países iberoamericanos desde su emancipación en el siglo XIX, por lo que el judicialismo se ha desarrollado poco durante los siglos XIX y XX, hasta la aparición de los tribunales constitucionales cuyas resoluciones ha comenzado a gestar una interesante aproximación al derecho común y gracias a sus llamados precedentes.

²⁹ Véase el artículo 6 de la Constitución chilena.

³⁰ Véase el artículo 89. 23 de la Constitución colombiana.

³¹ Véase el artículo 45 de la Constitución peruana.

³² Véase el artículo 1 de la Constitución brasileña.

³³ A decir verdad, de manera curiosa el texto de la Constitución norteamericana de 1787 no dice nada respecto al *Rule of Law*, pero esta falta «formal» está compensada por su coherencia y, por supuesto, su práctica política. Por otro lado, el constitucionalismo inglés hace referencia a ella en la *Star Chamber Abolition Act* de 1640.

³⁴ Véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1997): *Lecciones de Teoría Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, p. 100.

³⁵ Cfr. artículo 21 de la Constitución chilena.

³⁶ No obstante, KRIELE nos recuerda que no podemos excluir al parlamento del desarrollo jurídico, pues, tiene gran responsabilidad y que incluso el mismo Coke resaltó ese papel cuando fue miembro del parlamento; véase KRIELE: *Introducción a la Teoría...*, p. 194.

Entre las disposiciones relativas al Imperio del Derecho, una obviedad de los textos constitucionales iberoamericanas es mencionar que son democráticos, pero además suelen decir que también son repúblicas sociales. Nos preguntamos ¿puede una república ser democrática y social a la vez? En la práctica estamos ante dos cualidades de naturaleza tan diferente que su crecimiento simultáneo es difícil que alguna de ellas no resulte dañada por las otras; es más, en la práctica, la política del partido de gobierno condiciona estas cualidades. Una política liberal amenazaría al Estado Social y una política intervencionista podría poner en peligro el Estado de Derecho. Sin embargo, esta definición del estado otorga en la práctica cierto margen de maniobra al gobierno para fundamentar su política en uno u otro sentido.

C) *La Constitución y el Derecho*

Las primeras constituciones iberoamericanas solo eran documentos que reflejaban las aspiraciones políticas de la sociedad, como si se tratara de un programa político. A tal punto, que era impensable invocarla ante los tribunales. En la actualidad, el positivismo jurídico kelseniano ha creado una nueva concepción de constitución, por lo menos en las cartas magnas de influencia europea continental³⁷. Desde el punto de vista kelseniano, la constitución es una norma, la más importante, la cúspide del ordenamiento jurídico. En ese sentido, las constituciones escritas pretenden con frecuencia servir como ley fundamental para deducir de sus principios todo el ordenamiento civil de una comunidad política.

La constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico es un planteamiento acogido primero por los países de Europa continental y luego de Iberoamérica, entre otros. Responde a una concepción más jurídica que política de constitución, cuando sabemos que la carta magna reviste de ambas naturalezas. Primero, es una carta política porque su finalidad es frenar el poder, al menos eso fue lo que los padres del constitucionalismo entendieron por constitución. Segundo, es jurídica porque los procedimientos para lograr ese objetivo fueron

³⁷ Como sostiene PEREIRA MENAUT «esta visión de la constitución nunca fue asumida en los países anglosajones, particularmente Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica. En estos países resultaría incomprensible afirmar que la constitución es solo una norma jurídica, o que ésta agota el Derecho y que su función es regular la producción de otras normas»; véase PEREIRA MENAUT: *Temas de Derecho...*, p. 35. Creemos que la elección de «imperio» a «estado de derecho» no suena extraña en Iberoamérica, pues, las constituciones de Argentina y Colombia hacen referencia al «imperio de la Constitución» y «del derecho» en los artículos 36 y 21, respectivamente.

tomados del Derecho. Por tanto, todas las constituciones son al mismo tiempo tan jurídicas como políticas.

Nuestras afirmaciones vienen corroboradas en los textos constitucionales iberoamericanos, por ejemplo, la Constitución colombiana nos dice que la «Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales»³⁸. La Carta Magna argentina declara que las leyes y los tratados son la ley suprema de la nación³⁹. No obstante, a pesar de su influencia estadounidense, su Constitución es considerada kelseniana por la doctrina⁴⁰. Disposición similar encontramos en la Constitución mexicana⁴¹. De acuerdo también a la teoría de Kelsen, la Constitución peruana se debe comportar como la norma suprema del país. Una norma que regula la producción de las demás normas, que origina el ordenamiento normativo, y que en ella encuentra todo su sentido, juridicidad y coherencia lógica.

Cuando se sostiene que la finalidad de la constitución es fundamentar la validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico consideramos que se fomenta el llamado reglamentismo en las constituciones modernas. De este modo, la constitución deberá contener todo tipo de normas y principios de origen muy diverso: del derecho civil, penal, administrativo, tributario, etc., para que pueda ser la norma fundamentadora de las demás normas. De acuerdo con este planteamiento, toda norma legal de inferior jerarquía no debe contradecir las líneas madres establecidas de antemano por la constitución. En consecuencia, nos preguntamos, ¿todo lo contenido en la constitución es constitucional? Pensamos que no. Las constituciones han incorporado materias que no contribuyen de manera directa a limitar el poder de los gobernantes. Son constitucionales todas aquellas disposiciones relativas a la separación de poderes, el Estado de

³⁸ Véase el artículo 4 de la Constitución colombiana.

³⁹ En efecto, el artículo 31 de la Constitución argentina establece que: «esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859».

⁴⁰ Sobre la supremacía de la Constitución de argentina, BIDART CAMPOS sostiene que «...encabeza el vértice de la famosa pirámide jurídica kelseniana, y presta sustento al principio de que todo el resto del orden jurídico infraconstitucional debe guardar conformidad con la constitución y no debe violarla»; véase BIDART CAMPOS: «El Sistema Constitucional argentino» en GARCÍA BELAUNDE; FERNÁNDEZ SEGADO; HERNÁNDEZ VALLE (coordinadores): *Los Sistemas constitucionales iberoamericanos...*, p. 52.

⁴¹ Véase el artículo 133 de la Constitución mexicana.

Derecho y el reconocimiento y protección de los derechos y libertades. Todo aquello que, si dejara de establecerse, o se excluyera, dejaría de existir constitución.

Las constituciones iberoamericanas contienen disposiciones y cláusulas ajenas al constitucionalismo. Como la brasileña, por ejemplo, que entre sus disposiciones establece que entre los deberes del Estado se encuentra el fomento al deporte⁴². La razón principal de esta tendencia es la desconfianza en la fragilidad de la seguridad jurídica, el temor a un gobierno con una mayoría parlamentaria suficiente para derogar o modificar las normas que son contrarias a su política. Por ese motivo, las asambleas constituyentes creen que para salvaguardarlas es conveniente regularlas todas esas disposiciones en la constitución.

En lo referente a la relación entre la Constitución y el Derecho, la Carta Magna chilena detalla los casos que son materia exclusiva de ley, señala veinte materias específicas dentro de los cuales incluye a las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁴³. El mismo detalle es adoptado por la Constitución uruguaya de 1966 pero como competencia exclusiva de la Cámara Baja⁴⁴.

D) *La declaración de derechos y libertades*

Las constituciones iberoamericanas combinaron los derechos individuales procedentes de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la Carta de Derechos de la Constitución Norteamericana⁴⁵. En un solo catálogo se combinaron dos modelos distintos, pues la Declaración francesa es un documento filosófico y no jurídico como el *Bill of Rights* estadounidense. Sobre este tema, las apreciaciones de Schur son ilustrativas cuando nos dice que para «los franceses, la Declaración (de los derechos humanos) es tan solo una obra maestra de la oratoria, los artículos están ahí en su pureza abstracta, en el brillo de su majestad y del dominio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal puede usarlos para apoyar una pretensión o para fundar una decisión. Los franceses escriben para la enseñanza del mundo entero; los constituyentes america-

⁴² Véase el artículo 217 de la Constitución brasileña.

⁴³ Véase el artículo 60 de la Constitución chilena.

⁴⁴ Véase el artículo 85 de la Constitución uruguaya de 1966.

⁴⁵ La Carta de Derechos estadounidense, conocida como el *Bill of Rights*, está compuesta por las diez primeras enmiendas de la Constitución y fueron aprobadas en bloque en 1791.

nos, en cambio, han redactado los artículos de sus declaraciones para la utilidad y el agrado de sus conciudadanos»⁴⁶.

La influencia francesa en la emancipación de las colonias españolas y en la creación de sus primeras instituciones independientes, llevo a los países iberoamericanos a abusar en el reconocimiento de derechos y libertades en la historia de sus textos constitucionales, pese a incorporar cláusulas inspiradas en la Constitución norteamericana, de manera casi literal. La redacción de los derechos reconocidos en la Constitución argentina es semejante al *Bill of Rights* estadounidense porque declara los derechos reconocidos en grandes párrafos en lugar de su solo enunciado. A diferencia del resto de constituciones iberoamericanas estudiadas, que son similares y que parecen inspiradas por un lado la Constitución española de 1978, y por otro, a los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴⁷.

Al igual que la Constitución española de 1978, la peruana de 1993 empieza el capítulo de los derechos fundamentales, con el reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, su tratamiento es repetitivo, error del que adolece más de una constitución en Iberoamérica. En algunas constituciones iberoamericanas se reconocen derechos como «a la paz»⁴⁸ o «al desarrollo». La razón está probablemente en utilizar como fuente de inspiración los pactos, convenciones o declaraciones internacionales que tienen una naturaleza distinta, pues, son aspiraciones de la comunidad internacional⁴⁹.

Un caso aparte es la nueva Constitución ecuatoriana que se aparta de una tradición surgida al final de la Segunda Guerra Mundial de encabezar los textos constitucionales con el reconocimiento de la dignidad humana sino más bien comienza declarando los elementos constitutivos del Estado. Con relación a los derechos, el artículo 10 otorga la titularidad a varios entes diferentes a la persona humana; a la letra nos dice que «las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y los instrumentos internacionales». También destacamos una categoría nueva, por decir lo menos, que son los llamados «derechos del buen

⁴⁶ Véase SCHNUR, Roman en KRIELE: *Introducción a la Teoría...*, p. 206.

⁴⁷ Es más, la disposición final número cuarta establece que los derechos en la Constitución peruana se interpretarán conforme a ellos.

⁴⁸ El derecho a la paz también se encuentra en la Constitución colombiana —artículo 22— pero de acuerdo con su artículo 85 no le reconoce aplicación directa ante los tribunales.

⁴⁹ La paz, el desarrollo y el patrimonio común de la humanidad son conocidos como derechos de tercera generación por la comunidad internacional.

vivir», en los que se agrupan el derecho al agua, al seguro permanente, a los alimentos, la llamada soberanía alimentaria y al ambiente sano; todo ello responde a la asimilación de la cultura ancestral del *Sumak Kawsay*, palabra quechua que evoca el proceso de vida en plenitud, una especie de mestizaje de ideologías que, como principio, cruza de modo transversal las políticas de estado.

1) La cantidad de derechos

En las constituciones modernas las declaraciones de derechos y libertades son extensas y detalladas, pueden contabilizarse casi más de cuarenta derechos; por otro lado, si bien es cierto que la redacción del catálogo de derechos difiere del estilo de la Constitución estadounidense, todas suelen incluir de manera casi literal la enmienda novena de la Carta de 1787 que dice: la enumeración de derechos no es exhaustiva y que no deberá interpretarse como una negación o disminución de otros derechos que retiene el pueblo⁵⁰. No obstante, la aplicación de este artículo responde más a los modelos judicialistas que normativistas. En efecto, el reconocimiento y protección de otros derechos constitucionales requiere una concepción del Derecho distinta a la ofrecida por el positivismo, que es la corriente jurídica dominante en las constituciones iberoamericanas⁵¹. En todo caso, esta cláusula será más o menos retórica en relación con el grado de independencia que posean los jueces.

2) El detalle de derechos constitucionales

El catálogo o lista de derechos se obtiene detallando los derechos fundamentales originarios de libertad, igualdad y propiedad. A su vez, vemos que la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos. El derecho de

⁵⁰ Véanse los artículos 33, 50, 94, y 3 de las constituciones de Argentina (artículo 33), Colombia (artículo 94), Perú (artículo 3) y la Constitución venezolana de 1961 (artículo 50).

⁵¹ La frontera entre judicialismo y normativismo deben quedarnos claras para comprender los presupuestos de la novena enmienda de la Constitución norteamericana, en ese sentido PEREIRA MENAUT nos dice que «el Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelven casos concretos, *ex definitione* no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste solo en normas; en cambio, un judicialista extremo siempre tendrá que admitir principios y *regulae iuris* generales, aunque solo sean las producidas por la jurisprudencia y sus comentadores»; cfr. PEREIRA MENAUT: *Lecciones de Teoría...*, p. 269.

participación también lo encontramos en el reconocimiento a intervenir en asuntos públicos, etc. La causa puede deberse a que los constituyentes prefieren especificar los derechos y libertades para evitar que la judicatura interprete la constitución.

3) Los derechos sociales

La Constitución chilena no contiene disposiciones que autoricen la intervención del Estado en la economía aunque si reconoce algunos derechos sociales⁵². Como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que goza de garantía jurisdiccional⁵³, el derecho a la salud⁵⁴, que en la práctica se manifiesta en las prestaciones que el Estado realiza a los desposeídos y la libertad de optar al sistema público o privado de salud, siendo justiciable este derecho. Entre los derechos que no gozan de garantía judicial mencionamos el derecho a la gratuidad de la educación básica⁵⁵, el derecho a una remuneración justa⁵⁶ a la negociación colectiva, y a la huelga, prohibiéndose su ejercicio para determinados gremios⁵⁷.

Los derechos sociales en la Constitución peruana no están protegidos por la acción de amparo. Sin embargo se tomaría como una política impopular si los excluye de los textos constitucionales, pues, la acepción de constitución que existe en Iberoamérica está más cercana a un mandato al legislador.

4) Las garantías de los derechos

Las instituciones para la protección de derechos están muy difundidas en Iberoamérica. Ellas han permitido que sus constituciones se conviertan en normativas directas. Las más características son el amparo y el *habeas corpus*. No obstante, los derechos sociales reconocidos no están protegidos de manera efec-

⁵² Cabe advertir al lector que en la Constitución chilena el catálogo de derechos están contenidos en un solo texto, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas que separan los derechos individuales de los sociales por una decisión de los constituyentes, que a llevado a la doctrina chilena a decir que su Constitución no contiene un catálogo de derechos sociales, sino más bien unas aspiraciones sociales reconocidas constitucionalmente.

⁵³ Véase el artículo 19. 8 de la Constitución chilena

⁵⁴ Véase el artículo 19. 9.

⁵⁵ Véase el artículo 19. 10.

⁵⁶ Véase el artículo 19. 16.

⁵⁷ Véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (1997): *Jurisprudencia Constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, p. 57.

tiva. Un error de los constituyentes que afecta a la misma idea de constitución. El *habeas data* es otra institución para la protección de los derechos, en especial los derechos a la información e intimidad. Esta institución es fruto del reglamentismo. Si existe el amparo para proteger los derechos fundamentales, nos parece que este recurso duplica las instituciones de manera innecesaria y confunde a los ciudadanos.

5) Los deberes constitucionales

La inclusión de artículos relativos a los deberes cívicos parece contradictoria con el fin una carta magna. La constitución es una herramienta para asegurar los derechos de los ciudadanos y las leyes existen para establecer sus obligaciones. La aparición de los «deberes» está en concebir a la Constitución como un documento que organiza al Estado y a la Sociedad. Entre ellos destacamos: el deber de honrar al país y a sus símbolos patrios⁵⁸, de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, el obrar con solidaridad, el respeto a las autoridades democráticas, el mantenimiento de la paz⁵⁹. También es posible encontrar el deber de respetar, cumplir y defender la constitución⁶⁰.

E) *Las disposiciones finales y transitorias*

Su aparición en los textos constitucionales supone que un Estado ha tenido más de un texto constitucional o ha sufrido una reforma total. Por eso, dichas disposiciones tienen la finalidad de «preparar el terreno» para sustituir a la constitución anterior. Es el caso de la Constitución argentina que, antes de su reforma total de 1994, no las incluía. La presencia de estas disposiciones guarda relación con concepción kelseniana. Es decir, la idea que la constitución es la norma fundante del ordenamiento jurídico. Una nueva constitución, o su reforma total, implica que los parlamentos tengan que elaborar y aprobar las leyes que desarrollan sus instituciones.

Las disposiciones finales y transitorias en los textos constitucionales iberoamericanos responden a circunstancias políticas diferentes. Por ejemplo, aquellas que dan término a un gobierno *de facto* y establecen un nuevo régimen constitucional —como la peruana de 1979— serán distintas a las elaboradas para la reforma de una constitución del siglo XIX, como la argentina o colombiana.

⁵⁸ Véase el artículo 22 de la Constitución chilena y el artículo 38 de la Constitución peruana.

⁵⁹ Véase el artículo 95 de la Constitución colombiana.

⁶⁰ Véase el artículo 38 de la Constitución peruana.

No obstante, siempre encontraremos unas disposiciones comunes. Entre ellas podemos mencionar:

1) Disposiciones transitorias relativas a la situación jurídica y vigencia de las normas —leyes, legislación delegada, decretos, etc—, resolución de acciones de inconstitucionalidad pendientes y situación de entidades públicas, establecidas con anterioridad a una nueva o reformada constitución⁶¹.

2) Establecer un calendario para las primeras elecciones generales a la presidencia de la república y para la instalación del parlamento, como también a las incompatibilidades para ser candidato⁶².

3) Disposiciones relativas al presidente de la república y/o al parlamento en funciones, antes que entre en vigor la nueva constitución. En este sentido, es probable que por medio de disposiciones transitorias se concedan facultades extraordinarias y temporales al jefe de estado⁶³.

4) Disposiciones que fijan un procedimiento previo de consulta del texto constitucional —vía referéndum— antes de la aprobación por la asamblea constituyente⁶⁴.

No obstante, también encontramos algunas cláusulas singulares en los textos constitucionales iberoamericanos:

1) En las disposiciones finales y transitorias sirven también para establecer los pasos a seguir para una transición democrática. Es el caso, por ejemplo, de las actuales constituciones de Chile y Perú⁶⁵.

2) El artículo segundo de sus disposiciones transitorias de la Carta brasileña estableció un plebiscito para definir la forma de estado y la forma de gobierno⁶⁶.

3) En la Constitución peruana hemos encontrado unas disposiciones contrarias a un gobierno constitucional. En efecto, la séptima disposición final establece que las elecciones generales que se realicen a partir de la Constitución de 1993 se efectuaran por distrito único, en tanto no se desarrolle el proceso de descentralización. Con esa

⁶¹ Disposición octava de la Constitución argentina, artículos transitorios octavo y vigésimo cuarto de la Constitución colombiana, y disposiciones segunda y decimotercera de la Constitución chilena.

⁶² Disposición quinta de Argentina, artículos transitorios primero, segunda, décimo quinta, décimo sexta; décimo octava, trigésimo séptima de Colombia; disposición cuarta del Brasil.

⁶³ Disposición novena de Argentina; artículo transitorio quinto de Colombia; disposiciones decimosexta y vigésima de Chile; disposición sexta peruana.

⁶⁴ Disposición vigésima octava de Chile; decimocuarta del Perú.

⁶⁵ Disposiciones decimosegunda y decimotercera de Chile; disposición decimoquinta del Perú.

⁶⁶ El plebiscito se celebró el 21 de abril de 1993 confirmando el régimen presidencialista.

medida, la representación parlamentaria está unificada en un país pluricultural como el Perú, habitado por más de veintidós millones de personas y que se extiende por casi un millón trescientos mil kilómetros cuadrados de territorio.

Para finalizar, observamos que las disposiciones finales y transitorias en Iberoamérica permiten descubrir el futuro de ciertas normas en la constitución⁶⁷. A tal punto, que una manera de conocer la intención del constituyente sobre ciertos temas como, por ejemplo, la división territorial del poder, representación parlamentaria, poderes del presidente, etc., estará en su lectura detenida, pues es usual que se «ofrezca algo con una mano en el articulado de la constitución, y que las disposiciones finales nos lo quiten con la otra».

III. EL GRADO DE MODERNIDAD DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

En Europa continental, hacia fines de la segunda guerra mundial, comenzó una tendencia revisionista en torno al contenido de las constituciones. En materia de derechos comenzó lo que podría denominarse «una nueva sensibilidad»; en lo que respecta a sus instituciones, se buscaba en cambio la llamada «racionalidad». Las constituciones de fines de los años cuarenta, la de los años cincuenta, sesenta y setenta empezaron a poner mayor énfasis en las declaraciones de derechos, comenzando algunas de ellas por el reconocimiento de la dignidad humana, una tendencia que, paralelamente, la comunidad internacional hizo también suya con la declaración universal de los derechos humanos, los pactos internacionales, etc. Desde el punto de vista institucional, se culpó al parlamento (por tratarse de modelos parlamentaristas) de ocasionar periodos de inestabilidad política, por tanto era necesario «racionalizarlo». La mejor manera de lograrlo era bloqueando o poniendo barreras para el ejercicio de sus instrumentos de control parlamentario.

Cabe añadir que hubo otros cambios, quizá menos perceptibles en su momento, pero que ahora cobran mayor protagonismo en el contenido de las constituciones modernas. Nos referimos a las instituciones de democracia directa que conviven en un sistema que es, por definición, representativo además de otras características que han dado lugar a un modelo de constitución que ha encontrado un espacio y sus temas son los siguientes:

- A) Declararse como la máxima norma del ordenamiento jurídico.
- B) Generosos catálogos de derechos (incluso sociales y hasta deberes)

⁶⁷ Véase COLOMER: *Introducción al constitucionalismo...*, p. 90.

- C) Tribunales constitucionales.
- D) Generosidad en la creación de garantías constitucionales.
- E) Protección supranacional de los derechos y libertades.
- F) Defensor del Pueblo.
- G) Neopresidencialismo (un presidente que legisla, disuelve, interpone acción de constitucionalidad, propone reformas, etc).
- H) Parlamento racionalizado.

Frente a estas características, observamos que las constituciones más clásicas, básicamente el constitucionalismo anglosajón, no ha necesitado de dichos instrumentos y, pese a la longevidad de sus instituciones, todavía se baten bien para el reconocimiento de los derechos y la estabilidad política.

IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES

Los textos constitucionales iberoamericanos suelen incorporar las instituciones aparecidas en el constitucionalismo contemporáneo. Las diferentes asambleas constituyentes tienen a la vista las «novedades» de las constituciones de este siglo, en especial de las cartas europeas. Como la italiana de 1948, alemana de 1949, francesa de 1958, española de 1978 y la portuguesa de 1976, etc.

Si bien en la década de los noventa se percibe en promedio una mayor vigencia de los textos constitucionales, ello se debe más a la exigencia de estabilidad política que requieren los agentes económicos y al desarrollo de una clase media que a un verdadero acuerdo en lo fundamental. Ello ha permitido un mediano desarrollo en el campo de la protección jurídica de ciertos derechos fundamentales, como la libertad de expresión por ejemplo. En todo caso, gracias a los tribunales ordinarios y constitucionales, las constituciones iberoamericanas se invocan y aplican más que antes dependiendo de cada país, a pesar que su concepción como programa político para la solución de los problemas todavía persiste en los ciudadanos.

La tendencia innovadora de las constituciones iberoamericanas se puede resumir en: permitir la reelección presidencial, la posibilidad de acusar a un presidente mediante el *impeachment*, la incorporación de tribunales constitucionales, incluso en países con tribunales supremos de inspiración norteamericana, el defensor del pueblo y la inclusión de mecanismos propios del parlamentarismo.

mo⁶⁸. Otra tendencia en debate es la adopción del semipresidencialismo para Iberoamérica, como propone un sector de la doctrina para el caso chileno⁶⁹.

A) *La reelección presidencial*

Una característica común de las constituciones iberoamericanas era prohibir la reelección presidencial. Por esa razón, se llegó a decir que los poderes del presidente no estaban limitados en su extensión sino en duración⁷⁰. En ese sentido, las constitucionales establecen dos tipos de prohibición: una absoluta y otra temporal. En la absoluta, los presidentes solo pueden cumplir un mandato. Por ejemplo en la Constitución de Honduras de 1982, su artículo 239 establece que: «[e]l ciudadano que haya desempeñado la titularidad del poder ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para toda función pública».

En cambio, la prohibición temporal admite la reelección si ha transcurrido, al menos, otro mandato; en ese caso, el presidente saliente puede volver a ser candidato al ejecutivo⁷¹. En la actualidad la reelección presidencial se admite pero con cierta resistencia en los escaños de la oposición política, como casos recientes podemos citar a la Constitución argentina, después de la reforma de 1994. Finalmente, existen los casos de reelección presidencial indefinida, una tendencia que ha comenzado en Venezuela a comienzos del siglo XXI y que tiene como característica la aprobación de una reforma constitucional previamente consultada mediante referéndum.

B) *Los tribunales constitucionales*

En la actualidad, la aparición de los tribunales constitucionales es el ejemplo más palpable de esta tendencia modernizante. Tanto así, que hoy resultaría

⁶⁸ Además de la Constitución peruana de 1993, en la actualidad, la reforma constitucional argentina de 1994 y la Constitución brasileña permiten la reelección inmediata del Presidente de la República.

⁶⁹ La doctrina chilena se divide en proponer para Chile un parlamentarismo o semipresidencialismo; en ese sentido véase el artículo de LINZ, Arturo (1990): «Democracia: presidencialismo o parlamentarismo. ¿Hace alguna diferencia?», en *Hacia una Democracia Moderna. La opción parlamentaria*, Universidad Católica de Chile, pp. 73-85.

⁷⁰ COLOMER: *Introducción al constitucionalismo...*, p. 125.

⁷¹ Véase el artículo 112 de la Constitución peruana de 1993.

extraño no encontrar normas relativas al control de la constitucionalidad. Casi todos los países cuentan con una corte o tribunal encargado de revisar la constitucionalidad de las normas, pese a que su desarrollo ha sido desigual⁷².

La Constitución argentina conserva un Tribunal Supremo de estilo norteamericano pero adopta los presupuestos de una constitución kelseniana⁷³. Es decir, no se inscribe en la corriente judicialista sino más bien normativista del Derecho. En cambio, la nueva Constitución colombiana prefirió crear un Tribunal —al que llaman Corte Constitucional—, pese a contar con un Tribunal Supremo encargado de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas⁷⁴. Un caso similar es el mexicano con la reciente aparición de la acción de inconstitucional ante su Tribunal Supremo. En Perú el control de la constitucionalidad comenzó fuera de la judicatura, con la incorporación de tribunales constitucionales en 1979⁷⁵.

La aparición de tribunales constitucionales produce que las constituciones sean más invocadas que antes, lo cual es positivo; sin embargo, se corre el riesgo de politizar el Derecho y negar a la judicatura su papel de intérprete constitucional⁷⁶. Es cierto que los tribunales ordinarios son mediatizados por influencias políticas con cierta frecuencia, pero en los constitucionales resulta más que probable cuando el ejecutivo y/o el legislativo son los encargados de designar a sus miembros. Con lo cual caemos en una paradoja, pues, por un lado las constituciones se confiesan más jurídicas que políticas y, por otro, su control constitucional es más político que jurídico.

⁷² Una excepción es la Constitución del Brasil, pues, no tiene una Corte Constitucional.

⁷³ Véase BIANCHI, Alberto (1989): *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires; véase además ZARINI, Helio (1975): *La Constitución argentina en la doctrina judicial*, Buenos Aires, Astrea.

⁷⁴ «(...) la presencia de la Corte Constitucional y el peso y significado de sus atribuciones, en la práctica, han hecho que el aspecto difuso ceda, sin naturalmente perder toda su importancia, cierto predominio, en favor de los elementos derivados del modelo concentrado»; véase CIFUENTES, Eduardo: «La Jurisdicción Constitucional en Colombia» en *La Jurisdicción Constitucional...*, p. 474; véase además RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos y otros (1984): *Aspectos del Control Constitucional en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

⁷⁵ Sobre el control de la constitucionalidad en Chile véase CUMPLIDO, Francisco; NOGUEIRA, Humberto (1990): *Teoría de la Constitución*, Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile.

⁷⁶ Sin embargo, en la doctrina constitucional peruana la calidad de intérprete supremo de la Constitución es una pugna del parlamento con el tribunal constitucional, donde hay posiciones divididas entre políticos y académicos.

C) *El defensor del pueblo*

Es otra importación europea que también descubrimos en las constituciones iberoamericanas⁷⁷. La institución del defensor del pueblo, también conocida como comisionado parlamentario o procurador de derechos humanos, la encontramos en las constituciones argentina⁷⁸, colombiana⁷⁹, guatemalteca de 1985⁸⁰ y la peruana⁸¹. Entre las atribuciones más comunes que le asignan las cartas iberoamericanas podemos señalar las siguientes:

- 1) Es el encargado de controlar a la administración pública, investiga y denuncia comportamientos administrativos lesivos a los intereses de los ciudadanos.
- 2) Está encargado de la defensa de los derechos fundamentales reconocidos. Con esa finalidad hace las investigaciones que considere pertinentes.
- 3) Está facultado para interponer acción de inconstitucionalidad.

La juventud de esta institución nos impide realizar un juicio valorativo de sus funciones. Sin embargo, es sintomático observar sus ambiciosas competencias, como si el defensor del pueblo fuera el encargado de corregir las deficiencias de la judicatura y del parlamento. En efecto, de las tres atribuciones descritas solo el control de la administración dio origen a esta institución en los países escandinavos. La defensa de los derechos es función de la judicatura, y la investigación es una competencia parlamentaria. La posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad contra las leyes es una atribución que aparece en la Constitución peruana de 1993.

* * *

Pese al conjunto de normas declarativas de la supremacía y de la aplicación directa, encontramos un importante obstáculo en los textos constitucionales iberoamericanos. Ellos, al contener normas de origen distinto al constitucionalismo, así como principios jurídicos y un programa político, se convierten en un

⁷⁷ Sobre la propuesta para introducir el defensor del pueblo en la Constitución venezolana, véase RIVERO LOZADA, Virginia: «Notas sobre la discusión de la reforma constitucional» en el colectivo *Una Constitución para el Ciudadano...*, p. 529.

⁷⁸ Véase el artículo 86 de la Constitución argentina.

⁷⁹ Véase el artículo 178.1 de la Constitución colombiana.

⁸⁰ Véanse los artículos 274 y 275 de la Constitución guatemalteca de 1985.

⁸¹ Véase el artículo 161 y 162 Constitución peruana.

catálogo de pretensiones de difícil cumplimiento. Proteger la libertad personal, el derecho de reunión o asociación, es diferente a proteger o hacer efectivo realmente el derecho al trabajo, o a una remuneración justa (sino que nos lo digan los sindicatos). La solución a este problema consistiría en negar la aplicación directa de ciertas disposiciones constitucionales. En ese sentido, la Constitución colombiana reconoce la aplicación directa de los derechos, no se incluye dentro de ellos ningún derecho social⁸².

Si bien no podemos hablar todavía de un *living document*, es notorio que, hoy en día, gracias a la difusión de las garantías constitucionales como el amparo y el *habeas corpus* por ejemplo, percibimos un cambio. La constitución se invoca en los tribunales en relación al campo de la protección jurídica a los derechos fundamentales, pero todavía con desigualdades, dependiendo del derecho reconocido y de las garantías de la administración de justicia. Es decir, si las constituciones iberoamericanas son más observadas que antes, ha sido más por su parte dogmática que por la orgánica. Por lo tanto, ha mejorado en todo aquello que no perjudique de manera fuerte el poder del gobierno y represente un límite para el ejercicio de sus competencias. Un ejemplo de esta situación es la imposibilidad en el Perú para invocar el amparo judicial contra leyes. Se trata, pues de un desarrollo más jurídico que político porque en el modelo presidencialista iberoamericano no dispone de los efectivos pesos y contrapesos como del modelo estadounidense.

No obstante, en lo político también existen algunos cambios favorables. Por ejemplo, la mayor estabilidad política en la región demuestra un síntoma de buena salud en las instituciones políticas, aunque todavía de diferente grado. En Chile y Colombia se percibe una mejoría que, por un lado, puede estar asociada con la consolidación de una clase media y, por otro, a un mayor grado de institucionalidad democrática. Un tema que escapa al objetivo de esta investigación.

Finalmente, la experiencia ha demostrado que una constitución, sea europea o iberoamericana, no funciona mejor si cuenta con defensores del pueblo, tribunales constitucionales, *habeas data*, etc, sino cuando se apliquen sus instituciones básicas, la separación de poderes y el Imperio del Derecho. Es decir, de nada servirá un nuevo órgano o institución para la defensa y protección de los derechos fundamentales si no existe en la práctica una separación de poderes. De lo contrario, el ejecutivo podría invadir las competencias de otros poderes y atentar contra la libertad de los ciudadanos, al igual que el tentáculo de un pulpo cuando pesca a su presa. Es decir, las constituciones no son mejores por ser «más avanzadas» sino por su efectiva limitación al poder. Un ejemplo paradigmático

⁸² Véase el artículo 85 de la Constitución colombiana.

es la manuscrita Constitución norteamericana, con más de doscientos años de antigüedad y otros tantos de vida efectiva. Que no admite comparación con las modernas cartas iberoamericanas, escritas ahora por ordenador, e inspiradas en las constituciones europeas más influyentes, cuya vigencia real es, por lo común, limitada.

V. UNA APROXIMACIÓN AL MODELO PRESIDENCIALISTA IBEROAMERICANO

El presidencialismo iberoamericano guarda más de una diferencia con el modelo estadounidense. Una historia y circunstancias distintas, una mentalidad y tradición jurídica diferentes llevaron a dichos países a tomar solo aquellas instituciones que pudieran adaptarse con su realidad social y política⁸³.

El primer problema lo encontramos en la motivación de los constituyentes de principio de siglo para escoger esta forma de gobierno. La emancipación de las colonias españolas en América se inspiró en los postulados de la Revolución francesa; sin embargo, se optó por el modelo presidencialista que era una forma de gobierno creada para una república y que además servía a las necesidades políticas de los líderes del movimiento emancipador.

La experiencia presidencialista en los Estados Unidos ha tenido un desarrollo distinto en comparación con Iberoamérica. Si bien el presidencialismo norteamericano fue un modelo original, no olvidemos que sus primeros colonos eran herederos de la tradición constitucional inglesa. En ese sentido, los efectos de implantar el modelo presidencialista en Iberoamérica con sus principales rasgos, como son: elecciones separadas del ejecutivo y del legislativo, La acumulación de los cargos de jefe de estado y de gobierno en el presidente, la imposibilidad del parlamento para exigir la responsabilidad política al presidente, presentan ciertos problemas de aplicación que no se manifestaron en el Presidencialismo estadounidense⁸⁴.

⁸³ En relación con la forma de gobierno, la Constitución del Brasil en sus disposiciones finales y transitorias dispuso la celebración de un plebiscito para confirmar el modelo presidencialista u optar por el parlamentarismo. El resultado fue en favor del presidencialismo; véase SADEK, María Teresa: «El caso Brasil» en el colectivo *Una Constitución para el Ciudadano*, Comisión Presidencial para la reforma del Estado, Caracas, p. 493.

⁸⁴ En ese sentido, ESPINOSA-SALDAÑA nos dice que el fortalecimiento de la posición presidencial en un primer momento fue necesario para la conformación de las nacientes repúblicas latinoamericanas necesitadas de consolidar un liderazgo unificado frente a las aspiraciones externas, pero que se convirtió en el pretexto para que los caudillos llegaran al poder para satisfacer sus intereses; véase en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (1997): «Algunas notas sobre la evolución del presi-

* * *

Para concluir observamos en Iberoamérica que se empieza, progresivamente, a instaurar en la región una suerte de régimen autoritario bajo el barniz de un documento que dista de ser constitucional y que el maestro Loewenstein las clasificaría como semánticas. Nos estamos refiriendo a los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Todos han aplicado la misma fórmula: refundar la república con un documento que fortalece los poderes presidenciales, debilitar el Parlamento, y frenar cualquier forma de control democrático a las instituciones políticas.

Entre las atribuciones presidenciales más polémicas en la nueva Constitución ecuatoriana destacamos la posibilidad de disolver el parlamento sin una clara condición como establece por ejemplo la Carta peruana de 1993. El artículo 148 establece que cuando la Asamblea Nacional se hubiere arrogado atribuciones que no le competan constitucionalmente, el previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna. Unas causales poco objetivas que pueden terminar afectando el ejercicio político de oposición parlamentaria, la separación e independencia de poderes.

La nueva Constitución ecuatoriana, aprobada por referéndum, nos sirve para aproximarnos a los peligros que corre la región por apartarse de los principios y planteamientos clásicos del constitucionalismo, los cuales son fruto de un proceso histórico y cultural, y que tuvo como objetivo el propósito de alcanzar estabilidad política y la promoción de las libertades.

La fórmula aplicada en los estados de Venezuela, Bolivia y Ecuador es la misma. La necesidad de refundar la República, la Constitución vigente no se adapta a las necesidades del ciudadano, no hay claridad en la propiedad de los recursos naturales, la patria debe ser de todos, etc. Todas estas ideas parten de un concepto errado de Constitución, como si solo se tratara de un ideario de metas y no un pacto de límites al ejercicio del poder entre gobernantes y gobernados para la protección de los derechos y libertades. El soporte de la tesis expuesta proviene de importantes sectores de la sociedad que sostienen que la solución a los problemas nacionales se encuentra en los modelos autoritarios, exentos de separación de poderes, asegurándonos que se justifican porque la democracia no funciona, o porque todavía no estamos preparados para ella. En la práctica, se trata de textos que en vez de garan-

dencialismo latinoamericano a la luz de los previsto por la Constitución peruana de 1993» en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Nro. 20/21, p. 48.

tizar los derechos conceden mayores atribuciones al Presidente de la República y, con el tiempo, promueven un mayor control al ejercicio de las libertades políticas. Una finalidad opuesta al constitucionalismo.

VI. LAS PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

El Derecho Constitucional iberoamericano se encuentra viviendo acelerados cambios de forma y fondo⁸⁵. Hoy en día la aproximación de la clásica teoría europea continental a los pilares de la tradicional anglosajona, basada en el *Common Law*, es más cercana en la actualidad, la línea divisoria no es tan clara como antes⁸⁶; podemos citar como ejemplos la creación de cortes constitucionales, especializadas o no, que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos de las comunidades políticas; la necesidad de los jueces de determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos y libertades al momento de resolver un proceso de garantía; el desarrollo y efecto vinculante de las resoluciones de los órganos supranacionales de protección a los derechos humanos, a todo ello debemos sumar la presencia de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico.

Todos los cambios mencionados⁸⁷, han sido fruto de una realidad cada vez más evidente: el derecho constitucional es de origen anglosajón y naturaleza judicialista⁸⁸. Los países con la más antigua tradición constitucional y lugar

⁸⁵ Debemos diferenciar los cambios dado que se distinguen de dos tipos, los surgidos producto de la postguerra mundial en las constituciones europeas continentales, que han influenciado notoriamente a las constituciones iberoamericanas surgidas en los años ochenta del siglo XX y que responden al llamado neoconstitucionalismo, de aquellos cambios de fondo y forma surgidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela que merecen una explicación aparte para comprender su origen, contenidos y propósitos.

⁸⁶ Antes del surgimiento y progresivo desarrollo de la jurisdicción constitucional en los países de tradición europea continental, los sistemas jurídicos se dividían en países de *common law* y países de sistema romano germánico.

⁸⁷ No son todos los que figuran en el párrafo anterior pero sí los que deseo resaltar en el prólogo.

⁸⁸ «El Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelvan casos concretos, *ex definitione*, no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste solo en normas; en cambio, un judicialista extremo, por extremo que sea, siempre tendrá que admitir, además de las sentencias, principios y *regulae iuris* generales, aunque solo fueran las producidas por los comentaristas de la jurisprudencia»; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2011): *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, segunda edición, Lima, p. 563.

originario de sus más importantes instituciones son, precisamente, las comunidades políticas anglosajonas, que forman parte de la historia del constitucionalismo gracias al contenido material de sus resoluciones judiciales. Por eso, es importante resaltar la tradición judicialista, por ser innata al constitucionalismo, entendido como el movimiento en favor del reconocimiento y protección de las libertades, pues los encargados de protegerlas serán los jueces gracias a la argumentación jurídica de sus sentencias. Si bien los miembros de una asamblea constituyente serán los comisionados por los ciudadanos para redactar un texto constitucional, los jueces serán los encargados de interpretarla administrando justicia en cada caso concreto. Se trata entonces de una proyección hacia un progresivo desarrollo del constitucionalismo iberoamericano, especialmente a la cada vez mayor presencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la región y su revisión judicial de la constitucionalidad de las normas, para ellos entendida como un control de convencionalidad, una vez agota la jurisdicción nacional para la defensa de los derechos y libertades.

Title:

An approach to the Latin-American constitutionalism, main characteristics, and new trends.

Summary:

I. The common traits of the latin american constitutions. II. Content of the latin american constitutions. III. The degree of modernity of the latin american constitutions. IV. Constitutional trends. V. An approach to ibero-american presidential model. VI. Prospects for latin american constitutionalism.

Resumen:

El presente trabajo es una primera aproximación a las diversas manifestaciones del constitucionalismo en América Latina, a partir de algunas referencias comunes: Revolución Francesa, Derecho Comparado y alusiones a la modernidad.

Abstract:

The present paper is a first approximation on the diverse manifestations of the constitutionalism in Latin America, starting from some common references: French Revolution, Comparative Law, and allusions to modernity.

Palabras clave:

Constituciones iberoamericanas, separación de poderes, derechos y libertades, estado de derecho.

Key words:

Latin-American constitutions, separation of powers, rights and liberties, rule of law.