

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INGENIERÍA CONSTITUCIONAL*

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid
Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SUMARIO

1. *Un recuerdo de don Antonio La Pergola.*
2. *Transiciones a la democracia y asesoramiento constitucional.*
3. *Imitación constitucional.*
4. *Ingeniería constitucional.*
5. *Ingeniería constitucional y derechos humanos.*

* El presente artículo, escrito en homenaje al Profesor D. Antonio La Pergola, ha sido incluido, en su versión en inglés, bajo el título “Some reflections on constitutional engineering”, en *Liber Amicorum Antonio La Pergola* (Roma, 2008). En la versión en español se han añadido algunas notas bibliográficas.

1. Un recuerdo de don Antonio La Pégola

Tuve la oportunidad de conocer a don Antonio La Pégola en la ya lejana primavera del año 1977, en un Congreso celebrado en la Universidad de Salamanca sobre el régimen jurídico de los partidos políticos¹, en los mismos inicios de la transición española a la democracia. Patrocinaba el Congreso (en realidad el primer congreso en libertad de los constitucionalistas² españoles) la fundación alemana Friedrich Ebert, y representaban sin duda sus elementos estelares la intervenciones de destacados constitucionalistas de fuera de España, como Hans Peter Schneider por Alemania, Jorge Carpizo por México, Jorge Reinaldo Vanossi por Argentina, y, desde luego, Antonio La Pégola por Italia. Era don Antonio ya bien conocido en España, través de diversas traducciones de trabajos suyos sobre temas de Derecho constitucional e internacional; pero tuvo además en ese Congreso (y en otras muchas ocasiones posteriores) la oportunidad de ejercer de forma personal y directa una considerable influencia sobre la doctrina jurídica española, y en consecuencia, sobre el mismo proceso de transición a la democracia, proceso en que sus opiniones se hicieron presentes en ámbitos académicos y políticos. La presencia intelectual de don Antonio en España y sus publicaciones en este país han sido cuidadosamente documentadas por su antiguo discípulo en la Universidad de Bolonia, y actual catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, José Luis Cascajo³. Una y otras vinieron a mostrar al mundo jurídico español al menos dos dimensiones de su relevante personalidad: su condición de comparatista, buen conocedor del Derecho europeo, norteamericano y latinoamericano; y por otro lado, y vinculado a ello, su generosidad intelectual que le puso siempre en disposición de asesorar y colaborar en procesos de reformas legales y constitucionales. En el caso de la transición española, su aportación e influencia se hicieron sentir sobre todo en dos áreas: la organización de la estructura territorial del Estado⁴, y el establecimiento de un sistema de justicia constitucional⁵. En ambos aspectos, su conocimiento del Derecho comparado (particularmente del norteamericano, y claro

1. Las comunicaciones presentadas al Congreso se publicaron, bajo la dirección del profesor Pedro De Vega en el libro *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977.

2. En realidad, la disciplina académica “Derecho Constitucional” era inexistente en el momento en España, por razones obvias. En su lugar, se empleaban las designaciones “Derecho Político” y “Teoría del Estado”.

3. J. L. Cascajo Castro “A modo de epílogo: la obra del profesor Antonio La Pégola en el ámbito de la doctrina de lengua española” en A. La Pégola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

4. Por ejemplo, en su participación en el Congreso sobre organización territorial del Estado celebrado en la Universidad de La Laguna en 1977, participación recogida en A. La Pégola, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano” en G. Trujillo (Coord.) *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979.

5. Ver por ejemplo su colaboración “La jurisdicción constitucional en Italia” en A. López Pina (ed.) *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, 1987, págs. 46-49.

está, del italiano, muy tenido en cuenta en la transición española) representó una valiosa contribución a la discusión doctrinal en aquellos momentos constituyentes⁶, así como en el desarrollo constitucional posterior⁷.

Ambas dimensiones del profesor La Pergola, manifestadas en la transición española, como comparatista y como colaborador intelectual en procesos de reforma, vinieron a traducirse, ya en un plano europeo y tras una amplia experiencia en diversos cargos públicos, en la labor de la Comisión de Venecia, que creó y presidió, y que desempeñó un destacado papel de asesoramiento y evaluación en los procesos de transición a la democracia de muchos países del Centro y el Este de Europa. Como es bien sabido, y a partir de 1989, una de las tareas fundamentales con que se enfrentaban esos países consistía en la adecuación de sus ordenamientos a los standards o modelos constitucionales de los países democráticos europeos; por un lado, para establecer unas condiciones políticas acordes con los principios básicos de libertad y dignidad de la persona; adicionalmente, para hacer posible la incorporación de esos países del Centro y el Este de Europa al proceso de integración europea, dentro de una homogeneidad básica de valores, principios e instituciones. La incorporación de esos países al Consejo de Europa, la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos, y posteriormente, la integración de muchos de ellos a la Unión Europea han sido fases en un proceso en que la labor de la Comisión de Venecia y de su presidente tuvieron una importancia decisiva⁸.

2. Transiciones a la democracia y asesoramiento constitucional

La creación de la Comisión de Venecia fue la respuesta, en el ámbito europeo, a una necesidad que se ha producido también en otros contextos. En efecto, los diversos procesos de transición a la democracia que se han venido pro-

6. Pueden señalarse como ejemplo las intervenciones del profesor La Pergola en las *Jornadas de Estudios sobre el Anteproyecto de Constitución Española*, celebradas en 1978 en la Universidad de Bolonia. Ver J. L. Cascajo, cit., pág. 356.

7. Un ejemplo de la atención de la doctrina constitucionalista española hacia la obra del profesor La Pergola puede encontrarse en J. F. López Aguilar, "Constitución y Federalismo Europeo. Conversación con el profesor Antonio La Pergola" en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14 (2002) págs. 7-46.

8. Para una visión sobre el significado de la Comisión de Venecia ver J. Jowell, "*The Venice Commission: disseminating democracy through law*", *Public Law* (Winter 2001), págs. 675-683. Más recientemente, P. Van Dijk, "*The Venice Commission on Certain Aspects of the Application of the European Convention on Human Rights naturae personae*" en Brechtenmoser, S. et alii, (eds.) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, págs. 183-202, especialmente págs. 183-188. En español, S. Salinas Alcega, *La Comisión para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)*, Zaragoza, 1999.

duciendo en oleadas sucesivas en los últimos decenios (en la década de los setenta en la Europa del Sur, en la de los ochenta en América Latina, en la de los noventa en Europa Central y Oriental) han dado lugar a un fenómeno que quizás podríamos denominar de globalización del Derecho Constitucional, y que ha tenido como una de sus manifestaciones, la demanda (voluntaria, en mayor o menor medida) por parte de muchos países en transición, de asesoramiento externo o internacional, a la hora de diseñar nuevas instituciones y declaraciones de derechos⁹. En ocasiones, estas demandas se han producido debido a una genuina voluntad de conocer la doctrina y la experiencia constitucional de otros países a la hora de introducir reformas internas; en otras ocasiones, esa demanda se ha originado debido a la necesidad, o conveniencia, de obtener un reconocimiento, o si se quiere, un “sello de calidad” internacional de las reformas efectuadas, para poder formar parte de la comunidad internacional “respetable” de países democráticos, y como consecuencia, para lograr la admisión en foros prestigiosos, como el Consejo de Europa, o la Unión Europea.

La Comisión de Venecia aparece así, junto con Universidades, Institutos diversos, fundaciones y agencias gubernamentales e internacionales varias, como una (y posiblemente la más prestigiosa) de las diversas instituciones que han llevado a cabo una tarea de colaboración y asesoramiento en la creación de las estructuras legales necesarias para la transformación de regímenes autoritarios en regímenes constitucionales; y no sólo en lo que se refiere al Derecho constitucional, sino también en lo que afecta al ordenamiento penal, civil o administrativo, entre otros. La progresiva extensión de la democracia constitucional a áreas hasta ahora caracterizadas por el predominio de regímenes autoritarios supondrá muy probablemente el mantenimiento de este tipo de tareas de colaboración y apoyo; por otro lado, debe señalarse que la labor de asesoramiento constitucional se ha mostrado útil (o al menos se ha requerido su presencia) no sólo en supuestos de transición a la democracia, sino también en procesos de reforma y transformación de regímenes constitucionales asentados.

Estas oleadas democratizadoras, y los consiguientes procesos de “normalización” y “homologación” constitucional han dado lugar a la aparición de agencias, privadas, gubernamentales o internacionales, de asesoramiento jurídico, pero también a que se planteen (o se replanteen) una serie de interrogantes, que

9. Ver las observaciones sobre este tema, de P. Häberle en su trabajo “*Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd) Osteuropa und Asien*” en *43 Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (1995) 106, en que se hace referencia también a la Comisión de Venecia.

no sólo se refieren a los concretos países que están, o han estado, en fase de transición, sino también en forma más general, al mismo concepto de cuales son los requisitos mínimos de un régimen constitucional. Limitándonos al contexto europeo, inicialmente, los procesos democratizadores de la segunda mitad del siglo XX han planteado al menos dos cuestiones:

1. ¿Cuáles son los standards básicos, cuyo cumplimiento permite a un país integrarse en el “club de las democracias” o, si se quiere, ajustarse a lo que se ha denominado “orden público europeo”?

2. ¿Qué técnicas, o fórmulas concretas, son las más adecuadas, en cada país, para alcanzar esos standards básicos?

Se trata, evidentemente, de preguntas que hacen referencia a dos tareas muy distintas: por un lado, la fijación de objetivos, y por otro, la definición y diseño de las políticas para alcanzarlos.

En cuanto a lo primero, esto es, la definición de los objetivos últimos a alcanzar, ¿cuándo se puede decir que un régimen es democrático, y que respeta suficientemente los derechos humanos? Desde luego, siempre podrá decirse, parafraseando la famosa expresión de un juez del Tribunal Supremo norteamericano (refiriéndose a otras materias) “no puedo definir la democracia, pero la reconozco cuando la veo”. Pero alguna previsión más es necesaria, al menos si se mantiene la voluntad de establecer unas reglas mínimas para pertenecer al “club de las democracias” europeo, o, incluso, en un nivel mundial global

En realidad, y al menos en una primera aproximación, no es muy difícil determinar cuales son los standards básicos para que pueda admitirse que un régimen responde a las exigencias del constitucionalismo moderno, simplemente por remisión a los textos comúnmente aceptados del orden jurídico común europeo. La expresión clásica más general de los fundamentos del constitucionalismo podría encontrarse en el famoso artículo 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: “Un país en que la separación de los poderes y la garantía de los derechos no esté asegurada, carece de Constitución”. En una posición cronológicamente más cercana, el Preámbulo del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 se refiere, por ejemplo, como elementos fundamentales para la justicia y la paz en el mundo, a “un régimen político verdaderamente democrático” y a “una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos”. La combinación (por otra parte indispensable) de instituciones democráticas y garantía de los derechos

humanos (junto con un elemento inseparable de ambos, la preeminencia del Derecho) aparece sin dificultad, y así se reconoce por la doctrina académica, las proclamaciones legales y la jurisprudencia de los tribunales, como el factor común definidor de cualquier modelo constitucional.

En lo que se refiere concretamente a la definición de los derechos humanos reconocidos comúnmente como *standard indisponible*, disponemos de un punto de referencia específico, como es la misma Convención Europea de 1950, y su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esa base puede deducirse una serie de derechos cuyo reconocimiento y efectividad constituyen requisito mínimo para la admisión de un país en el “club de las democracias”; de hecho, y formalmente, desde 1993, la ratificación del Convenio de 1950 y sus protocolos y la admisión de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo se han configurado como requisitos ineludibles para la admisión en el Consejo de Europa¹⁰.

3. Imitación constitucional

En forma comprensible, el principal punto de referencia para verificar el grado de democracia de un régimen son las normas legales que lo regulan, y muy especialmente, las normas constitucionales. Desde luego, se trata sólo de una apreciación inicial, puesto que la letra del Derecho puede que tenga una limitada proyección en la práctica. Hace más de medio siglo pudo Karl Loewenstein llevar a cabo su famosa clasificación de las Constituciones en tres tipos: normativas, nominales y semánticas¹¹. No basta, para valorar la calidad democrática de un régimen, con examinar la letra de las leyes: es necesario también determinar cómo funcionan en la práctica las instituciones.

Así y todo, es también comprensible que a la hora de realizar una transición a la democracia, una de las tareas iniciales (y usualmente, la más destacada ante la opinión pública) sea la redacción de textos, legales o constitucionales, que establezcan las nuevas instituciones y tablas de derechos. La elaboración de una nueva Constitución suele presentarse como un acontecimiento de alto significado simbólico, como un “empezar de nuevo” sobre bases más firmes y justas. Es cierto que en muchos casos ello puede dar lugar a una cierta “ilusión constitucional”, a una sobrevaloración, y consiguiente decepción, sobre lo que una Constitución puede

10. A partir de 1998, el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH ha dejado de ser opcional para los países firmantes del Convenio.

11. K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957.

realmente aportar a la convivencia y prosperidad de una sociedad. Pero en los casos en que no se produce una simple reforma de instituciones preexistentes, sino la introducción *ex novo* de un régimen democrático, la importancia práctica y simbólica de la aprobación de un nuevo texto constitucional es evidente.

Frente a lo que ocurre en procesos de reforma constitucional, en los supuestos de cambio radical de régimen, esto es, cuando se trata de reintroducir (o a veces de establecer por primera vez) un régimen democrático tras un período autoritario más o menos largo, el constituyente y sus asesores se encuentran ante un vacío constitucional, y por ello cuentan con un mayor libertad de acción. En alguna ocasión, la existencia de una tradición constitucional anterior permite llenar el vacío dejado por el régimen autoritario utilizando normas o instituciones vigentes en épocas anteriores. Como ejemplo, la reintroducción de la democracia en Austria se llevó a cabo mediante la puesta en vigor de nuevo de la Constitución de 1920¹². Sin embargo, en la mayoría de los casos, cabe sospechar que, o bien esa tradición es inexistente, o no ha dejado huellas, o, incluso, que resulta inutilizable por encontrarse esa tradición en el origen de la misma crisis, en su momento, del régimen democrático. En tales casos se hace necesario comenzar prácticamente de cero.

Al constituyente y sus asesores se les abren, en esas ocasiones, varias vías de acción. Una de ellas representaría lo que podría denominarse opción de óptimos: dados los objetivos a lograr para conseguir un régimen democrático homologable, se trataría de buscar las instituciones y técnicas más adecuadas idealmente (desde la perspectiva ideológica del constituyente) para alcanzar esos objetivos. Se trataría, de seguirse esa línea, de una tarea en gran manera abstracta, de construcción de una Constitución ideal, a la luz de los valores y preferencias de los constituyentes y sus asesores. En estos (teóricos) supuestos, la libertad de acción del legislador constituyente es máxima.

Pero incluso en los (hipotéticos) supuestos en que exista esa libertad, la selección de fórmulas organizativas de las instituciones políticas, a efectos de conseguir una razonable credibilidad democrática, aparece, en todo caso, limitada; después de todo, la experiencia constitucional acumulada ha venido a establecer una lista de alternativas o modelos, en lo que ya resulta difícil introducir nuevas fórmulas o variaciones. Ello no quiere decir que, con ocasión de períodos cons-

12. Otros ejemplos pueden encontrarse en dos de los países bálticos. Letonia, al recuperar su independencia, restableció la vigencia de la Constitución de 1922. En Lituania se reinstauró (brevemente) la Constitución de 1938. Ver al respecto I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: The Baltic States and Russia*, Leiden, 2005, págs. 32-36 y 38-40.

tituyentes, no se creen técnicas o fórmulas nuevas, que se añaden al conjunto de fórmulas constitucionales ya existentes. Un ejemplo de este tipo de “creación” o invención pudiera ser el establecimiento, bajo la inspiración de Hans Kelsen, de la jurisdicción constitucional concentrada en la Constitución austriaca de 1920¹³, o el Consejo de la Magistratura creado por la Constitución francesa de 1946, e imitado con mayor éxito por la Constitución italiana de 1948, o el procedimiento de *habeas data* introducido por la Constitución brasileña de 1988¹⁴.

Sin embargo, en la gran mayoría de los procesos constituyentes, las alternativas disponibles son forzosamente limitadas. En cuanto a la Jefatura del Estado, la decisión se mueve entre la monarquía y la república; en cuanto a la organización territorial, entre los modelos centralizados (tipo francés) federales (tipo norteamericano o alemán) o regionales (tipos italiano). En lo que se refiere a la relación entre poderes, las posibilidades de elección se sitúan entre las fórmulas presidencial, parlamentaria, o mixta (tipo francés, como solución intermedia). Y finalmente (aun cuando cabrían muchos más ejemplos) en lo que se refiere al sistema electoral, las fórmulas presentes se mueven dentro de la dualidad sistema mayoritario *versus* sistema proporcional.

En realidad, a la hora de diseñar reformas orgánicas, más o menos radicales, de las instituciones políticas para efectuar una transición a la democracia y crear un sistema “homologado” internacionalmente, es difícil evitar inspirarse en otros ejemplos ya ensayados. Como consecuencia, en muchos casos la reforma constitucional ha sido un ejercicio de imitación constitucional (o de préstamo constitucional, traduciendo literalmente la expresión anglosajona “*constitutional borrowing*”) esto es, el recurso (si no existe una tradición constitucional propia) a modelos de otros países¹⁵. La Constitución española, si bien adopta instituciones heredadas de épocas anteriores, es también buen ejemplo de ese *constitutional borrowing*: en ella son visibles instituciones tomadas del modelo de la Alemania federal (así el diseño del Tribunal Constitucional, o de la *Konstruktive Misstrauenvotum*, por ejemplo) de Suecia (el Ombudsman, en su versión española del Defensor del Pueblo) de Italia (la fórmula general de la autonomía regional, a su vez inspirada en la Constitución republicana de 1931) de Francia

13. Ver sobre este tema, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987.

14. Ejemplo seguido por las Constituciones de Paraguay (1992) Perú (1993) Argentina (1994) y Ecuador (1996).

15. La revista *International Journal of Constitutional Law*, vol. I, núm. 2 (2003) dedica un número especial al *constitutional borrowing*. Para una apreciación crítica, en lo que se refiere a Europa Central y del Este, ver, en ese volumen, el artículo de W. Osiatynski, “Paradoxes of constitutional borrowing”, págs. 244-288.

(las leyes orgánicas, con las peculiaridades propias españolas) o de México (el recurso de amparo, al menos en el nombre)¹⁶.

Resulta comprensible que, a la hora de diseñar un régimen constitucional, se tengan en cuenta experiencias de otros países que hayan resultado satisfactorias; ello explica la difusión de instituciones como los Tribunales Constitucionales, los Consejos del Poder Judicial, los Defensores del Pueblo, o de las diferentes generaciones de derechos, por poner algunos ejemplos, por lo que no es infrecuente que se hable de “familias de Constituciones”¹⁷. Ahora bien, el “*constitutional borrowing*” no deja de plantear numerosos problemas, como ha podido verificarse en muchas ocasiones. Las instituciones que se han mostrado más útiles en la historia constitucional de los diversos países son resultado, en muchos casos, no de una planificación intelectual, sino de la experiencia de muchos años, y de ensayos repetidos de prueba y error; responden tanto a soluciones que tomaban en cuenta los problemas y las condiciones específicas de la sociedad y la política del momento, como a tradiciones culturales arraigadas. Por ello, el trasplante, sin más, a contextos distintos, puede dar lugar a situaciones disfuncionales, o, al menos, imprevisibles.

Un ejemplo a considerar pudiera ser el referente a los Consejos de la Judicatura, instituciones que se han extendido, en un fenómeno de difusión constitucional, a numerosos países, a partir sobre todo de la experiencia italiana introducida por la Constitución de 1948. Su justificación en el contexto europeo se hace residir en el deseo de liberar a la judicatura de la posible influencia del poder ejecutivo, a través de los mecanismos de designación, promoción, inspección y disciplina de los miembros del poder judicial. La creación de los Consejos de la Judicatura en Europa ha venido en la práctica a suponer una reducción de las competencias del poder ejecutivo en materia de organización judicial.

El ejemplo europeo ha sido adoptado en varios países de América Latina. Ahora bien, la situación en ese contexto es distinta. Tradicionalmente, los poderes de designación, promoción, inspección y disciplina de jueces se han encontrado en el constitucionalismo latinoamericano, no en manos del poder ejecutivo, sino en manos de la instancia superior de la judicatura, esto es, el Tribunal Supremo. Este se configuraba (y aun se sigue configurando, en laudos casos)

16. Ver sobre este tema, el trabajo de Santiago Varela, “La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado” en T. R. Fernández (Coord.) *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, vol. I., págs. 13-36.

17. Sobre esta cuestión, permítaseme la referencia a mi artículo “*The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe*”, en *Cardozo Law Review*, 19 (1998) págs. 1937-1951.

como órgano jurisdiccional, y como órgano de gobierno del poder judicial. Como consecuencia, la introducción de los Consejos de la Judicatura, y la atribución a los mismos de competencia de gobierno de los jueces no ha supuesto una disminución de las competencias del poder ejecutivo... sino de las competencias del Tribunal Supremo. Los miembros del Consejos de la Judicatura son designados por instituciones parlamentarias, por Universidades, o incluso, en algunos países, por instituciones de la sociedad civil: con ello, se ha abierto una posible vía de influencia política en la judicatura antes inexistente¹⁸.

Un fenómeno de difusión cultural o de *constitutional borrowing*, ha venido, pues, a introducir fórmulas aparentemente más eficientes para la independencia de la justicia; pero al establecerse en un contexto radicalmente distinto de aquel en que se crearon los Consejos de Justicia, sus efectos posiblemente también no sean los mismos, e incluso cabe temer que en algún supuesto sean los contrarios a los deseados.

4. Ingeniería constitucional

No deja de resultar comprensible que la tendencia a adoptar modelos ya establecidos en nuevos sistemas constitucionales se halle presente tanto entre los líderes políticos del momento (deseosos de imitar modelos que hayan mostrado un cierto éxito) como por parte de los asesores y expertos que colaboren en el proceso de transición, asesores y expertos que muy probablemente tenderán a introducir en otros contextos las instituciones con que están familiarizados, de su país de origen. No es difícil verificar que los expertos norteamericanos recomiendan el sistema presidencial, los europeos el parlamentario y los franceses el semi-presidencial. No obstante, la práctica derivada de las ya numerosas ocasiones en que se han llevado a cabo procesos democratizadores con asistencia de asesores internacionales ha venido a mostrar que la simple imitación de modelos de otros contextos no tiene por qué ser particularmente exitosa. Por ello, frente la “imitación constitucional” se configura una alternativa que parece más adecuada, consistente en seguir una vía lógica distinta: en lugar de buscar modelos prestigiosos, para introducirlos en el ordenamiento nacional, la vía a veces denominada “ingeniería constitucional” trataría de verificar cuáles son las condiciones y problemas reales de la vida política del país, y de buscar las herramientas legales que permitan más adecuadamente ajustarse a esas condiciones y resolver esos problemas. Se

18. Sobre este tema, me remito a mi trabajo “La reforma de la justicia en América latina: consideraciones desde la perspectiva de la gestión de la justicia” en *Parlamento y Constitución*, 10 (2006-2007) págs. 9-32.

trataría así de añadir una perspectiva política a la tarea jurídica de construir un orden constitucional, partiendo de que la letra de las leyes, por sí sola, puede no ser suficiente para llevar a una práctica política democrática y estable.

Este enfoque supone por un lado, una posición realista, en cuanto considera a las instituciones jurídicas, no como fines en sí mismas, sino como instrumentos para lograr una adecuada convivencia; supone por otro lado (y desde la perspectiva de asesor, o del estudioso) a la hora de proponer o analizar reformas institucionales en otros contextos, la renuncia al condicionamiento que implica el considerar como “naturales” las propias instituciones, por el mero hecho de estar acostumbrado a ellas.

La perspectiva de la ingeniería constitucional se ha visto popularizada por la obra de Giovanni Sartori¹⁹, si bien el uso del término ha sido frecuente en la doctrina constitucionalista italiana²⁰. En realidad, la idea subyacente a la ingeniería constitucional ha estado largo tiempo presente en los estudios de la política y la Constitución: dadas las condiciones de una comunidad determinada, ¿cuáles son las mejores técnicas jurídicas para conseguir objetivos concretos en esa comunidad? Frente a la opción de óptimos a que se hace referencia más arriba, consistente en buscar fórmulas idealmente perfectas, la ingeniería constitucional supone una opción por lo razonablemente posible.

La ingeniería constitucional, en cuanto busca un orden político estable y efectivo, aparece como un enfoque especialmente adecuado a la hora de configurar las estructuras orgánicas de la democracia, es decir, el aparato institucional. Una característica común de las manifestaciones de este enfoque es la consideración de factores extrajurídicos como datos de hecho condicionantes, especialmente (y este sería quizás una nota común a las expresiones de este enfoque) la presencia de los partidos políticos. En gran manera, el desarrollo de la ingeniería constitucional puede considerarse como un desarrollo y continuación de los famosos estudios de Maurice Duverger sobre la relación entre leyes electorales y sistemas de partidos²¹; Duverger vino a emplear un tipo de análisis que no sólo se refería al estudio formal de las normas (las características de la ley

19. Posiblemente la obra más conocida sobre esta materia sea G. Sartori, *Ingegneria Costituzionale comparata*, Milano, (primera edición, 1995). Para una visión general, G. Sartori, “La ingeniería constitucional y sus límites” *Teoría y Realidad Constitucional* 3 (1999) pág. 79.

20. Ver por ejemplo P. Lucas Verdú, “Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la “ingeniería constitucional”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 4, Otoño 1979, págs. 27 a 38.

21. M. Duverger, *Les partis politiques* (primera edición: Paris, 1951).

electoral) sino a sus consecuencias sobre la realidad política. Estudios posteriores han venido a revisar, confirmar o desmentir (según los casos) las leyes de Duverger; pero su metodología, consistente en determinar los efectos políticos de las normas legales se ha revelado como extremadamente útil a la hora de decidir entre las diversas alternativas posibles en el diseño constitucional.

El área “natural” de la ingeniería constitucional es sin duda el Derecho electoral, como arma para operar sobre el sistema de partidos, y, directa o indirectamente, sobre todo el sistema político. Pero no es éste el único ámbito de actuación de esta metodología. Una aplicación destacada ha sido la referente al sistema de relación entre los poderes, esto es, y fundamentalmente, al diseño de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo: en otros términos a la elección entre los sistemas presidencial o parlamentario, o fórmulas intermedias. Un ejemplo inicial de ingeniería constitucional en este campo pudiera ser la introducción, ideada por el profesor Nawiasky, de la “moción de censura constructiva” en la Ley Fundamental de Bonn como fórmula para asegurar la estabilidad gubernamental, fórmula imitada, como ya se apuntó, por la Constitución Española (y los Estatutos de la gran mayoría de las Comunidades Autónomas). En épocas más recientes ha encontrado aplicación en las reformas constitucionales de América Latina; a este respecto, han resultado sin duda influyentes los trabajos de Juan Linz²², y del mismo Sartori, respecto de las ventajas y desventajas de los sistemas presidencial y parlamentario, y de las fórmulas intermedias. Un ejemplo elocuente de la aplicación de la ingeniería constitucional (en cuanto que supone un apartamiento de modelos e ideales tradicionales en las repúblicas latinoamericanas) sería el representado por la introducción, en Constituciones como las de Argentina o Perú, de fórmulas semiparlamentarias, como la creación, manteniendo al Presidente de la república como Jefe del Estado y Jefe del Gobierno, de un “Jefe de Gabinete” (Argentina) o un Primer Ministro (Perú) responsables ante el Parlamento.

5. Ingeniería constitucional y derechos humanos

¿Hay un campo de actuación para la ingeniería constitucional en lo que se refiere a la regulación jurídica de los derechos humanos? Cabría, en una primera impresión, abrigar dudas al respecto. Los derechos humanos, en su vertiente de derechos fundamentales o libertades públicas reconocidas en las constitucio-

22. J. Linz y A. Valenzuela, eds. *The Failure of Presidential Democracy (2 vols.) I. Comparative Perspectives. II. The Case of Latin America*. Baltimore and London, 1994.

nes, responden a valores básicos en un sistema democrático, y no son fórmulas coyunturales; la consagración de esos derechos, no sólo en los textos constitucionales, sino también en numerosos textos internacionales, así como la creación de órganos internacionales de garantía les aleja del ámbito de lo meramente instrumental. Los textos constitucionales han podido incluso establecer la existencia de un “contenido esencial”²³ de los derechos fundamentales, que no puede verse alterado o modificado, al servicio de otros intereses, por importantes que éstos sean; alguna jurisprudencia ha podido ir incluso más allá, y hablar en algún caso del contenido absoluto²⁴ de algún derecho fundamental, en el sentido de que ese derecho, en su integridad, debería ser inmune a la acción del legislador o de cualquier aplicador del Derecho.

Las instituciones que integran la estructura orgánica de los regímenes constitucionales permiten al constituyente y al legislador un amplio margen de actuación a la hora de introducir fórmulas organizativas, sin que, al final, se resienta el carácter democrático del sistema. Ahora bien, si ciertamente los derechos fundamentales son susceptibles de límites y restricciones, ello será siempre con sometimiento a estrictas condiciones que las Constituciones, la jurisprudencia nacional e internacional, y la misma cultura común constitucional han establecido cuidadosamente. Parecería pues que la ingeniería constitucional, en cuanto tarea de búsqueda de soluciones *ad hoc* para las situaciones y problemas muy distintos tuviera poco que hacer en este campo. Y de hecho, y como se indicó más arriba, la literatura y la práctica de la ingeniería constitucional ha encontrado su área de estudio y respecto de las cláusulas “orgánicas” de las constituciones, que versan sobre materias como elecciones, estructura de los poderes y relaciones entre ellos.

Así y todo, y en un análisis más profundo, no es difícil encontrar aspectos referentes a los derechos fundamentales en los textos constitucionales y legales en donde se abre un amplio campo de acción a la ingeniería constitucional, esto es, al diseño de fórmulas que permitan adecuar la regulación jurídico-constitucional a las necesidades, condiciones y objetivos específicos de un país. Si bien la definición y el contenido de los derechos fundamentales básicos ya están, felizmente, fuera del alcance del constituyente y el legislador democrático, no ocurre lo mismo con una materia directamente relacionada con ellos, materia en que sin duda caben infinidad de fórmulas; me refiero las herramientas técnicas de garantía de los derechos fundamentales, esto es, a los instrumentos jurídicos

23. Así, art. 53.1 de la Constitución española, siguiendo el modelo del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn.

24. STC 91/2000, caso Paviglianitti.

para dotar de efectividad a las tablas y declaraciones de derechos que integran la “parte dogmática” de las Constituciones.

La garantía de un derecho es parte fundamental del mismo: como se ha podido decir, la garantía “pone dientes” al derecho, cuya enunciación constitucional, sin ella, no pasa de ser una mera declaración o buen deseo. Y si el elenco de derechos imprescindibles para que pueda calificarse a un Estado de constitucional, y el mismo contenido de esos derechos se encuentra en gran manera ya homologado y “globalizado” por la cultura constitucional común, y, más eficazmente, por la jurisprudencia internacional, no ocurre lo mismo con el sistema de garantías y formas concretas de protección, que varían notablemente, y que, ciertamente, presentan aun un amplio margen para su innovación y mejora. No puede negarse, en todo caso, que también en este campo existe un mínimo común denominador en los regímenes constitucionales, mínimo común denominador que podría situarse en la existencia de una garantía judicial de los derechos, garantía administrada por órganos independientes. Pero se trata de una garantía que es susceptible de mejoras que aumenten su efectividad, de acuerdo con las circunstancias de cada país. Y aquí, de nuevo, debe recordarse que ni la búsqueda de fórmulas ideales abstractas y perfectas, ni la mera imitación o *constitutional borrowing* de fórmulas acuñadas en otros contextos puede ser el mejor mecanismo.

Todavía carecemos de una literatura académica suficiente que estudie los sistemas comparados de garantía de los derechos fundamentales, y sus consecuencias sobre la efectiva vigencia de estos, con la intensidad con que se han estudiado, por ejemplo, las consecuencias de los sistemas electorales, los sistemas de relación entre ejecutivo y legislativo, o de los sistemas de organización territorial. Y sin embargo, los problemas que se plantean en este ámbito son considerables, y se manifiestan progresivamente, conforme se van extendiendo a contextos cada vez más amplios el régimen constitucional y la pretensión de construir auténticos estados de derecho, y a medida que los diversos regímenes constitucionales –aún los más antiguos y arraigados– tratan de profundizar en la protección de los derechos de la persona.

Pongamos un ejemplo. El recurso específico para la protección de derechos fundamentales, como vía jurídica diferenciada y distinta del resto de remedios ante los Tribunales se ha introducido en muchos ordenamientos. Las manifestaciones de esta técnica garantista, que pretende establecer un procedimiento específico, son muy variadas: ejemplos de esa técnica pueden ser el recurso de amparo español (el “amparo judicial” y el amparo constitucional) la *Verfassungsbeschwerde* alemana o

la tutela colombiana, para poner sólo unos pocos ejemplos. Y varían tanto los derechos así protegidos (según listas más o menos extensas) como los órganos competentes para conocer de esos procedimientos, los trámites y fases que configuran a cada uno de esos procedimientos, y las consecuencias y efectos de las decisiones que se adopten. Y la experiencia ha venido a mostrar que de la introducción de esa técnica en sus diversas variantes pueden derivarse consecuencias tanto funcionales como disfuncionales para la efectiva protección de los derechos, y para la misma regularidad y buen orden en las relaciones entre los órganos del Estado. Un ejemplo de tales consecuencias pudiera ser la utilización abusiva de ese procedimiento, y el consiguiente colapso de los órganos judiciales competentes; otro pudiera ser el surgimiento de tensiones entre los órganos judiciales especializados en la materia y los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria: valga referirse a la famosa “guerra de las cortes” en Italia²⁵ que ha tenido diversas expresiones en varios países. Es lícito pues plantearse, con ocasión de procesos de innovación o reforma constitucional, en diversos contextos, si efectivamente, en las condiciones que se den en un país y momento determinado es conveniente o no la existencia de un procedimiento específico de defensa de derechos fundamentales; y en los supuestos de contestación positiva, que derechos deben quedar por él protegidos, y qué órgano u órganos deben ser los encargados de esa protección. Cuestiones todas ellas de ingeniería constitucional, para la que sería útil contar más literatura sobre derecho comparado.

Otro ejemplo, respecto de aplicación de la ingeniería constitucional al campo de las declaraciones de derechos podría ser el referente a las garantías de los derechos sociales y económicos o de la “segunda generación”²⁶. Como es bien sabido, en los procesos constituyentes, a la hora de decidir sobre el grado de reconocimiento y garantía constitucional de estos derechos, dos tipos de consideraciones aparecen como dignas de especial atención: por una lado, la aspiración universal a que la comunidad política asegure unas mínimas condiciones de bienestar y seguridad existencial: por otro, la conciencia de que ello exige emplear recursos cuya disponibilidad no está asegurada. El problema reside por tanto en introducir mecanismos de garantía que aseguren la satisfacción de esos derechos sociales en tanto se disponga de suficientes medios, pero, al tiempo, disponiendo de suficientes salvaguardias para evitar que ello se convierta en una carga que la comunidad política no pueda soportar, cuando esos

25. Un interesante análisis de la “guerra de las Cortes” en Italia y sobre todo en el contexto español, puede encontrarse en el trabajo de Rosario Serra Cristobal, *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999 .

26. Ver sobre este tema, R. Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía” en M. García, C. Rodríguez y R. Uprimny, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, págs. 147-202.

medios no sean disponibles, o deban destinarse a otros fines más urgentes. Los ordenamientos constitucionales creados en el último medio siglo se han enfrentado con esta cuestión en forma muy diversa: un ejemplo pudiera ser el modelo español (con antecedentes, por ejemplo, en la Constitución de la Unión India) de reconocer diversas categorías de derechos, cada una con un nivel distinto de garantías. Habría así derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos derivados de “principios económicos y sociales”; estos principios darían lugar a derechos en tanto fueran objeto de desarrollo legal. Se trata sólo de una de las posibles fórmulas a emplear por el constituyente, y sin duda es mejorable. También en este tipo de problemas la ingeniería constitucional podría beneficiarse de una mayor atención de la doctrina.

Los ejemplos de la posible aplicación de la ingeniería constitucional al ámbito de los derechos podrían multiplicarse. Para terminar, valga hacer referencia a una última cuestión, que ya se ha mencionado más arriba. Como se ha dicho, al menos en un aspecto existe consenso en materia de protección y garantía de los derechos fundamentales: que en último término esa protección quede asegurada por órganos jurisdiccionales independientes. Ahora bien, ello plantea una dificultad de orden eminentemente práctico. ¿Cómo asegurar esa independencia judicial frente a poderes públicos y privados? El tema del gobierno de los jueces, de nuevo, aparece como especialmente necesitado de fórmulas que aseguren, por un lado, la no sujeción de la judicatura a presiones indeseables, y por otra, y concurrentemente, que la justicia vaya a funcionar eficientemente como un servicio público, prestado por funcionarios responsables... lo que exige un determinado nivel de inspección y control. Dentro del creciente conjunto de trabajos que se ocupan de la reforma judicial desde una perspectiva comparada (y que reflejan experiencias o efectúan propuestas de “ingeniería constitucional”) los que versan sobre el gobierno de los jueces, sea este encargado a una Corte Suprema, al Ministerio de Justicia, a un Consejo Judicial, o a fórmulas mixtas, representan un núcleo creciente²⁷, que muestra que también en este campo se hace presente la necesidad de buscar fórmulas nuevas. También aquí ha podido afirmarse que la mera adopción de soluciones intentadas en otros contextos, como por ejemplo, la adopción de la fórmula de los Consejos de la judicatura, no tiene por qué ser forzosamente una buena idea; y ello tanto en el contexto latinoamericano (a que ya se ha hecho referencia) como en el contexto europeo²⁸.

27. Un análisis y resumen de esos trabajos puede encontrarse en P. Deshazo y J. E. Vargas, *Judicial Reform in Latin America*, Washington, 2006.

28. Ver, por ejemplo, K. Malleon, “*Creating a Judicial Appointments Commission: Which Model Works Best?*”, *Public Law* (Spring 2004) págs. 102-121.