

# EVOLUCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN AMERICA LATINA 1980-2000

*José Luis Cea Egaña\**

Profesor

P. Universidad Católica de Chile

Universidad de Chile

Universidad Austral de Chile

## RESUMEN

*El constitucionalismo ha progresado en América Latina, pero sin consolidar sus bases institucionales porque siguen siendo controvertidos los roles del Estado y la Sociedad Civil. Los principios de subsidiariedad y solidaridad no son ampliamente compartidos, manifestándose en favor del primero quienes no adhieren al segundo y al revés. Tampoco el garantismo se ha entronizado y el control resulta a menudo ineficiente o insuficiente. La corrupción deriva de factores como los aludidos y perjudica, gravemente, la vivencia de la democracia en Iberoamérica.*

## INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Asociación Francesa de Derecho Constitucional haberme invitado dirigirlas la palabra en esta ceremonia, conmemorativa del 20° aniversario de nuestra Asociación Internacional. Me siento emocionado, además, por hablarles en este recinto, de tantas jornadas memorables para el progreso del Derecho y la democracia en Francia y el mundo entero.

Hablaré como un constitucionalista latinoamericano sobre la evolución del Derecho Constitucional en América Latina durante las dos últimas décadas. Me referiré al tópico en términos globales, sin detenerme especialmente en ninguna sociedad estatal desde México y Brasil hasta Argentina y Chile.

Transmitiré nada más que mi visión del asunto, rogando a los expertos de otros paí-

ses latinoamericanos aquí presentes disculpar las omisiones e interpretaciones sobre esa evolución que no sean compartidas por ellos. Creo difícil, tal vez imposible, la relación objetiva de un proceso tan complejo y en el cual no existe coincidencia en nuestros líderes ni en nuestros pueblos. Así es, pues si bien las naciones de nuestra América tienen grandes coincidencias culturales, también es cierto que existen diferencias que han hecho difícil la integración de ellas para el progreso.

Mi tesis central será que el constitucionalismo latinoamericano ha experimentado, en los últimos veinte años, avances considerables en la realización de los ideales universales de respeto y promoción de la dignidad de la persona, de sus derechos inalienables y de las garantías destinadas a protegerlos. Sin embargo, aclaro también que esa evolución se desarrolla sin lograr aún la definición, que se requiere y que debe ser ampliamente consensuada, de los roles del Estado y de la Sociedad Civil en la época postmoderna. Nuestras democracias son, por lo tanto, regímenes con desafíos que enfrentamos, por la división, sin seguridad de salvarlos con éxito.

---

\* Conferencia leída en la *Sala Clemenceau* del Senado en París (Francia), el 31 de mayo de 2001, durante el coloquio conmemorativo del 20° aniversario de la fundación de la *Asociación Internacional de Derecho Constitucional*.

## I. SIGLO DEL ESTADO

En América Latina, el siglo XX fue, en gran parte, el Siglo del Estado y no de la persona humana.

En efecto, sólo en el período al que se refiere esta comunicación puede afirmarse que el Estado fue adquiriendo rasgos representativos de la voluntad de los ciudadanos y de los grupos, haciéndose más controlable, responsable y democrático.

Alrededor de 1970, en efecto, había culminado en nuestros países la aplicación de las grandes elaboraciones de los teóricos de la soberanía, concretadas, como paradigma para el ordenamiento jurídico, a través de la voluntad general infalible y absoluta, autora de la ley. Antes de 1980, por lo tanto, las Constituciones, el constitucionalismo y el Derecho Constitucional eran principalmente concebidos, interpretados y aplicados desde el Estado hacia la base social. Ese paradigma continúa vigente, aunque insisto en que se ha iniciado el proceso inverso, es decir, el que parte de la persona y los grupos sociales, proyectándose sobre el Estado, concebido como institución al servicio de la dignidad y los derechos humanos.

## II. DERECHO Y SOBERANÍA

Hasta veinte años, aproximadamente, el Derecho en América Latina era concebido por legisladores y jueces, por funcionarios y juristas, e incluso más, por la población misma, como expresión de la soberanía en las comunidades territoriales independientes, es decir, en los Estados Naciones. Comenzando con la Constitución, nuestro Derecho era del Estado y no de los ciudadanos y la sociedad civil. Por supuesto, las Constituciones contemplaron siempre declaraciones de derechos fundamentales, pero ellas han sido hasta hoy restringidas en las acciones y recursos destinados a defenderlos, más todavía cuando los órganos estatales las violaron. En nuestra América, la población sigue enfrentando dificultades jurídicas no sólo para defenderse ante los nú-

cleos oligárquicos, sino que también cuando trata de impugnar las decisiones del Estado.

Con los matices que caracterizan a nuestra diversidad de culturas, pienso que, en lo esencial, los constitucionalistas latinoamericanos coincidimos en que la concepción racional positiva de la dominación humana es insuficiente para asegurar el respeto de la libertad y de la igualdad de oportunidades. La división del ejercicio de la soberanía en los tres poderes clásicos, sin más requisito que su proclamación en el articulado constitucional, no ha culminado en que los derechos individuales, llamados hoy de la *primera generación*, sean respetados para todos, sin discriminaciones de privilegio ni perjuicio. El significado de ese postulado, presente en el artículo 16° de la Declaración Universal de 1789 y en todas las Constituciones latinoamericanas, no lo hemos actualizado con las exigencias de los frenos y contrapesos entre los órganos del Estado. Más aún, el control que los gobernados tienen derecho a ejercer sobre sus representantes, en los términos previstos en los regímenes constitucionales latinoamericanos, en la realidad es virtual y raramente actualizado. Por eso, muchos abusos quedan impunes. El Estado se autodefende y no abre a los ciudadanos y grupos las vías para tutelar la dignidad y los derechos esenciales. Nuestra preocupación sigue siendo, en consecuencia, hallar fórmulas que permitan desconcentrar el ejercicio de la soberanía, especialmente la monopolizada por el Jefe de Estado y la Administración Pública que depende de él.

## III. CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN REAL

Una vez que se consolida la soberanía legal, cambió simultáneamente el concepto de la ley. Así fue a raíz de haber perdido esa especie de norma jurídica su carácter declarativo de prerrogativas preexistentes, convirtiéndose en el instrumento con que los gobernantes han ido reformando a la Sociedad Civil por los derechos que establecen y los deberes que imponen en ella. Este fenómeno ha ocurrido

en las dictaduras y autoritarismos, pero también en las democracias representativas. Nuestras democracias son, por ende, de pueblos gobernados y no de ciudadanía gobernante.

La Constitución en nuestra América no ha logrado penetrar lo suficiente en la conciencia colectiva, consolidándose en su rango de normativa suprema, sustantiva y formalmente concebida. Esperamos demasiado de la Constitución escrita, a pesar de que ya nos resulta evidente que la fuerza normativa de ella depende más de la interpretación leal de sus disposiciones y de la buena voluntad colectiva para llevarla a la práctica.

Precisamente, uno de los rasgos interesantes, pero criticables de nuestro Derecho Constitucional, consiste en que se mantiene la brecha entre lo proclamado en el texto de las Constituciones y la realidad del proceso constitucional. Nuestras Cartas Fundamentales retienen, en consecuencia, cierto carácter semántico, especialmente en el disfrute de los derechos sociales o de la *segunda generación*. Es decir, la Constitución real, vivida o practicada es distinta de la Constitución proclamada en los libros.

Las hondas desigualdades socioeconómicas que caracterizan a América Latina, con extremos de riqueza y pobreza, de poder e impotencia, aumentan la brecha que separa el texto de la Constitución, por una parte, de lo que es su vigencia sociológicamente entendida, de otra. Aún hoy, para poblaciones numerosas de nuestros Estados la Constitución es algo extraño, distante, o no les significa nada relevante para alcanzar el bienestar a que aspiran.

#### IV. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Hasta 1980, aproximadamente, el Estado fue expandiéndose por los cometidos de bienestar, orden y seguridad pública que le eran atribuidos por las elites que lo controlaban. ¿Cómo se explica ese proceso?, ¿subsisten los hechos que lo motivaron?

Los acontecimientos políticos, hasta finalizar la década de 1970, no fueron en nuestra América tiempos de conflictos bélicos en-

tre países hermanos. Sin embargo, fueron décadas de revoluciones, contrarrevoluciones y golpes militares en muchos Estados. Fueron años de atropellos impunes de los derechos humanos.

Fue la época de bloques mundiales en guerra fría, con sus planteamientos ideológicos, algunos inconciliables e intransables, los cuales tuvieron en nuestra América el campo de ensayo o experimentación. Fueron también años de descubrimientos científicos y aplicaciones tecnológicas que favorecieron, sin embargo, sólo a fracciones reducidas de la población, despertando la demanda justificada del resto por gozar de ellos.

Fueron décadas de crecimiento vertiginoso de la natalidad, de aumento de la longevidad, de demanda de la mujer y la juventud por trabajo e igualdad. Fueron años de requerimientos para la satisfacción de los derechos sociales, muchos de ellos todavía en el nivel de declamaciones para la mayoría de la población.

Fueron dos décadas en que los estratos medio y bajo de la ciudadanía, habiendo conquistado el sufragio universal y el castigo del cohecho, se agruparon en fuerzas políticas que plantearon el crecimiento del Estado para realizar, desde arriba y con facultades discrecionales, el cambio de la Sociedad Civil, para una mayor igualdad. Fueron, en fin, años en que los partidos políticos derivaron en el populismo o, algunos de ellos, en el terrorismo, finalizando reprimidos por el militarismo.

Desde 1980, ese panorama está cambiando. Los golpes militares han cesado y los tribunales están juzgando la violación de los derechos humanos. Las revoluciones y contrarrevoluciones desaparecieron, pero el neoliberalismo socioeconómico está despertando resistencias. La globalización se siente en nuestra América, con sus ventajas y perjuicios.

Aunque el nivel de vida de la población ha mejorado, la concentración inequitativa de la riqueza sigue siendo una característica de las naciones latinoamericanas, habiendo resurgido el rol del Estado, como regulador de la actividad privada y también en cuanto Estado empresario. En fin, los derechos so-

ciales, especialmente para las etnias, siguen siendo programáticos.

Nos hallamos cerca ya de cumplirse dos siglos de las guerras por la independencia del imperio español y Brasil conmemoró, en 1889, un siglo de su emancipación de la corona portuguesa. Sin embargo, seguimos divididos frente a si es el Estado, o la Sociedad Civil, o los individuos, o tal vez todos ellos conjugados, quienes deben ser los agentes del desarrollo humano que esperamos. El curso de la historia insinúa que hoy estamos retomando el paradigma del Estado prioritario, dejando en posición subsidiaria a la iniciativa privada, con el mercado severamente regulado.

#### V. OCASO DE LA LEY Y RESPLANDOR DE LAS MEDIDAS

Desde principios del siglo XX, la burocracia estatal fue paulatinamente conquistando el desempeño monopólico de los servicios públicos a cargo de satisfacer los cometidos de bienestar ya enunciados. Como miembros de una burocracia extensa y vigorosa, esos funcionarios emprendieron la invasión del dominio de la ley, en ocasiones a través de la legislación delegada, y en otras mediante la potestad reglamentaria destinada a la ejecución casuística de los preceptos legislativos. Invariablemente, el reemplazo de la primacía de la ley por los actos administrativos fue justificado argumentando que se trataba de un proceso inevitable, habida consideración de la necesidad de enfrentar, con rapidez y eficacia, la solución de innumerables problemas socioeconómicos, planteados por la Sociedad Civil que se iba organizando y haciendo presente sus demandas. La estabilidad del sistema establecido exigía, en otras palabras, que el Presidente de la República y la Administración del Estado salvaran los reparos que merecía la obra legislativa. Era el tiempo de las medidas concretas y no de las despreciadas leyes declamativas.

Cuando se revisa el desarrollo de las instituciones públicas en aquellos años cruciales, no podemos dejar de sentirnos impresionados por la crítica de quienes intentaron privar de

legitimidad democrática a los Parlamentos y a los partidos políticos. Para ello sostuvieron la inutilidad de esas instituciones, la sumisión de ellas a los intereses creados, la opacidad y corrupción de sus actuaciones, la ineficiencia e indolencia que los caracterizaba como órganos democráticos. Por supuesto, esos y otros reparos se extendieron a la ley que era el resultado de Parlamentos y Ejecutivos manejados por los partidos.

Lamentablemente, en América Latina como en otros lugares del mundo, la crítica tuvo, al menos parcialmente, fundamento en las conductas parlamentarias y en la hegemonía que ejercen los partidos en el sistema político y social. Los acontecimientos vividos en las últimas décadas prueban que la Constitución real en nuestra América corresponde, en medida considerable, a las decisiones que adoptan los partidos. Y estas fuerzas políticas funcionan con rasgos de clientelismo corporativo y de oligarquías.

#### VI. DISCRECIONALIDAD SIN CONTROL JUDICIAL

Por muchos años, en nuestra América se asumió que los actos de las autoridades y funcionarios estatales gozaban de una presunción de validez jurídica por su dedicación, leal y honesta, al servicio del bienestar colectivo. A raíz de lo mismo, nunca ha habido una preocupación generalizada por verificar ese supuesto, declarando inconstitucionales los preceptos legales o las actuaciones de la burocracia pública que se aparten de él. El control de supremacía *ex post*, tímidamente introducido en las Constituciones al comenzar el siglo, ha tenido, por ser casuístico y formal, efectos limitados en corregir el atropello que a la Carta Fundamental infieren los preceptos legales. Y la omisión del legislador en lo referente a regular, adecuadamente, el contencioso administrativo con el proceso debido, a menudo ha desembocado en la indefensión de los gobernados frente al Estado. Está aún en calidad de programático, entonces, lo que es un rasgo esencial de la legitimidad en la democracia constitucional, es

decir, la tutela de la dignidad y de los derechos humanos por sobre la razón de Estado. Repito: en América Latina el Estado se autodefiende de cara a la Sociedad Civil y los ciudadanos, restringiéndoles, a través de la ley, las oportunidades de avanzar en la democracia participativa, decisoria y solidaria.

Las diferencias entre nuestros Estados son ostensibles, sin duda. Pero pienso que, hacia fines de 1980, la Sociedad Civil en nuestra América era ya madura en su composición pluralista y en la conciencia de ser titular de los derechos a gozar de mayor autonomía frente al Estado y a intervenir, no sólo en elecciones políticas al cabo de períodos prolongados, sino que mediante las fórmulas de la democracia semidirecta, decidiendo materias que afectan los intereses colectivos. Pero no hemos crecido en esas instancias democráticas, estando detenidos en el modelo decimonónico de la representación sin control ni participación ciudadana frecuente. Tampoco hemos avanzado en las acciones y recursos, sobre todo judiciales, para frenar la omnipotencia del Estado y hacer respetar los derechos fundamentales proclamados en todas las Constituciones y, además, propugnados en los tratados internacionales vigentes en nuestros países.

## VII. DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

En América Latina se conserva la identificación del Estado con la soberanía. Uno y otra nos parecen inseparables, desembocando en que la manifestación de la voluntad de ambos es el sistema jurídico positivo, con la ley en su cima en cuanto expresión máxima de la soberanía nacional.

Consecuencia de esa identificación ha sido la serie de dificultades que se oponen a la aplicación tanto del Derecho Constitucional Supranacional como del Derecho Humanitario dentro de las fronteras de nuestros países, por reputar que hacerlo es atropellar la soberanía. Varias Constituciones, sin embargo, han sido recientemente reformadas para reconocer la aplicabilidad de los tratados in-

ternacionales sobre derechos humanos en el ámbito del territorio de cada Estado. Empero, esa no es aún la norma general en la materia. Sin embargo, dicha fórmula no garantiza que los derechos asegurados en los tratados serán aplicados, porque sectores influyentes de nuestras sociedades desconocen legitimidad a las comisiones y tribunales internacionales competentes para implementarlos. Los procesos judiciales pendientes por violación de los derechos humanos son una de las causas que demoran la vigencia en América Latina del Derecho Constitucional internacional.

## VIII. JURISDICCIÓN CAUTELAR

La caída de varios regímenes democráticos en la década de 1970 estuvo motivada por circunstancias como las ya descritas. Esa ruptura de la continuidad democrática fue violenta, hecha a través de golpes militares con miles de desaparecidos, torturados y procesos judiciales aún no terminados. Sin embargo, el sufrimiento de los pueblos latinoamericanos no ha sido vano: sirvió para abrir el camino a la revisión crítica de los principios sobre la base de los cuales fue dictado, interpretado y ejecutado nuestro Derecho positivo en el siglo XX. Uno de esos cambios consistió en situar al Estado en relación de igualdad con los ciudadanos cuando, cualquiera de los órganos de aquel, incluidos el legislador y los jueces, vulneran los derechos humanos.

Deseo enfatizar estas ideas. Lo hago manifestando que, gracias a los recursos mencionados y otros análogos, hoy la Constitución en América Latina corresponde más a la realidad, porque es más viva a raíz de ser invocada por los gobernados, incluso por sectores humildes de la población, y, lo que es más importante, pues está siendo aplicada en las sentencias judiciales. Complemento lo dicho añadiendo que es merced a las sentencias de los Tribunales Constitucionales, o de las Cortes Supremas, que ahora las disciplinas jurídicas valen, pero sólo en la medida en que respetan el espíritu, la letra y el contexto del Código Político. Se va abriendo paso así la constitucionalización del Derecho en nuestra

América. Este proceso merece ser realizado, pues revela el grado de mayor respeto que ha adquirido el principio de supremacía.

Por último, la discrecionalidad de los órganos públicos ya no puede ser invocada para eludir el control y la responsabilidad subsecuentes a actuaciones que violan la dignidad de la persona y los derechos humanos. La Constitución ha dejado, en definitiva, de ser un instrumento sólo para el Estado y sus órganos, porque se ha ido convirtiendo, además, en estatuto útil para los gobernados.

#### IX. PODER LIMITADO Y RESPONSABLE

El constitucionalismo propugna el Poder limitado por el Derecho, haciendo a los órganos del Estado responsables también de sus decisiones. Sin embargo, el cumplimiento de este postulado es débil en el Derecho Constitucional de los países latinoamericanos. Como se ha observado en páginas anteriores, existen en nuestras naciones regímenes constitucionales que concentran el Poder en la Presidencia de la República, haciendo difícil el control de sus decisiones, muchas veces susceptibles de ser adoptadas discrecionalmente. La tendencia a la reelección de los Jefes de Estado, unida al desprestigio de los Parlamentos, del Poder Judicial y de los partidos políticos agravan esta anomalía.

Tal desequilibrio de atribuciones se amplía con las potestades, igualmente discrecionales, con que ha sido dotada la Administración Pública, centralizada y descentralizada. Apoyándose en la discrecionalidad técnica, el legislador ha conferido amplias facultades a los funcionarios públicos, sin que sus decisiones puedan ser revisadas, a petición de los administrados, por ausencia de un contencioso administrativo adecuadamente regulado. El dominio reservado a la ley queda así en letra muerta, ya que se halla desprovisto de contenido.

Por otra parte, el Poder Legislativo y el Poder Judicial carecen de la autonomía presupuestaria que se requiere para ser independientes en sus decisiones. La consecuencia de este defecto constitucional es que el Poder

Ejecutivo amplía el ejercicio de sus potestades por falta o insuficiencia de control.

En la realidad, los contrapesos más eficaces del Poder Ejecutivo se hallan en ciertas instituciones de jerarquía constitucional, a cargo de funciones estatales de carácter técnico y que las deben desempeñar con autonomía. Tal es el caso, últimamente, del Banco Central en relación con el manejo de la política monetaria, de cambios internacionales y de estabilidad de la moneda. También puede citarse como ejemplo el Tribunal Constitucional, o la Corte Suprema en los países en que ese Tribunal no existe, para pronunciar, *ex ante*, *ex post* o en ambas oportunidades, la inconstitucionalidad de los preceptos legales contrarios a la Carta Fundamental. No pueden aún ser evaluadas con rigor organizaciones imitadas del constitucionalismo europeo, como el Defensor del Pueblo y el Consejo de la Magistratura. Esas organizaciones tienen todavía escaso tiempo de funcionamiento y se hallan en proceso de ganarse el mismo espacio institucional que perdieron los órganos que siguen empeñándose por recuperarlo. El control por la ciudadanía no tiene instancias constitucionales a través de las cuales manifestarse. Esto, ciertamente, es incoherente con la democracia de participación a que aspiramos en nuestra América. He aquí una de las falencias mayores de nuestro constitucionalismo y de la cual emanan varios de nuestros fracasos institucionales y de nuestros empeños por precaverlos.

#### DESAFÍOS

En América Latina el Derecho Constitucional como el constitucionalismo y la vigencia efectiva de las Constituciones tienen grandes desafíos. Para superarlos con éxito, es necesario que las Constituciones sean más respetadas en su espíritu y letra cuando se las invoca y aplica por gobernantes y gobernados. Lograr ese objetivo hará más real los principios y normas fundamentales que hoy son semánticos.

Indispensable resulta también abrir el acceso de la población a los órganos de con-

trol de supremacía de la ley y de los actos administrativos. Pero es igualmente importante que el Poder Judicial y la Judicatura Constitucional demuestren su independencia, frente al Estado y grupos oligárquicos, en la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales, amparando la dignidad de la persona y los derechos humanos.

Por otra parte, la Sociedad Civil merece que le sea reconocida ya la autonomía para decidir múltiples asuntos de relevancia nacional, regional y local. Los derechos de la segunda generación tienen en esa participación social la mejor oportunidad de materializarse, sin discriminaciones, en beneficio de toda la población. Lamentablemente, los derechos sociales son sólo programáticos para una población numerosa en todos nuestros Estados.

Ese derecho a la participación social autónoma sigue detenido por la vigorosa capacidad de intervención del Estado centralizado. Las Constituciones han proclamado la descentralización territorial y funcional de las potestades gubernamentales, pero el legislador, la burocracia y los jueces perseveran, con numerosas excusas, en la concentración política, normativa y administrativa que he criticado. En los Estados federales de nuestra América la situación es mejor, pero no está exenta de reparos.

La corrupción es muy grave y difundida en nuestra América y se percibe su aumento. Grave es también la distribución inequitativa

de la renta nacional. Hay en nuestros países extrema pobreza y máxima riqueza, brecha que ha crecido en las últimas décadas. En ese contexto, la gobernabilidad de las naciones latinoamericanas es precaria y la estabilidad de nuestras instituciones también lo es. Ante las agudas faltas de consenso en lo esencial, v.gr., en punto a definir si el Estado, la Sociedad Civil o los individuos deben ser, por separado o coordinadamente, los agentes principales del desarrollo humano, difícilmente las Constituciones pueden consolidarse y los ideales del constitucionalismo llegar a ser realidad. El Derecho Constitucional en nuestra América sigue enfrentando, entonces, este prolongado desafío.

Precisamente y para terminar, hago presente que nuestro Derecho Constitucional no ha penetrado suficientemente en el legislador, en los jueces y los demás órganos del Estado. Los esfuerzos de la doctrina constitucional quedan relegados al denominado Derecho de los Juristas, pues carecen del efecto suficiente en las decisiones de las instituciones públicas. La misma falta de formación y conciencia constitucional puede advertirse en sectores amplios de la población. Los ideales del constitucionalismo quedan así afectados. Pero esa circunstancia no debe motivar actitudes de pesimismo, sino que, al contrario, vigorizar nuestro compromiso por concretarlos.