

✓ Rasgos del constitucionalismo Iberoamericano

Antonio Colomer Viadel

I. CARACTERES GENERALES

1. *¿Es posible establecer caracteres generales?*

Existe siempre, a la hora de analizar un fenómeno humano, la tentación de encontrar una explicación unitaria que nos permita elaborar una teoría perfecta y rectilínea que la mayoría de las veces no pasa de ser una simplificación superficial, y, por tanto, inexacta.

Al abordar la cuestión constitucional en los Estados iberoamericanos, y antes de intentar establecer algunos rasgos de esa evolución constitucional, es necesario fijar las dimensiones de esa realidad histórica, geográfica, económica, política y humana, tan complicada y multiforme que constituyen los países latinoamericanos, sin incluir en este primer análisis, a los dos países ibéricos europeos, España y Portugal, para no acrecentar la dificultad.

El ámbito geográfico de Iberoamérica está formado por una superficie de casi 20 millones de kilómetros cuadrados, habitado por cerca de 300 millones de personas.

De Norte a Sur, entre México y Buenos Aires, en línea recta, hay casi 8,000 kilómetros. De Oeste a Este, entre Lima y Río de Janeiro, hay unos 3.200 kilómetros. La dificultad de estas distancias, para la

intercomunicación se comprende mejor si señalamos que, la orografía montañosa —la Cordillera de los Andes, recorre de Norte a Sur el Continente, y es un obstáculo impresionante entre países— así como las importantes zonas selváticas —la Amazonía, en particular—, junto con una estructura de carreteras y ferrocarriles muy rudimentaria, hace del avión el único medio ágil de transporte.

Desde una perspectiva étnica existen también diferencias: hay cuatro naciones con predominio de población india: Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia. Otras ocho naciones con mayoría de mestizos o criollos: México, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Colombia, Venezuela, Chile y Paraguay. En tercer lugar, las naciones en las que es importante la sangre negra, junto con una considerable población mestiza: Panamá, Cuba y República Dominicana.

El gigante Brasil es equilibrada mezcla de negros, blancos y mestizos.

Por último, tres países de origen claramente blanco europeo: Argentina, Uruguay y Costa Rica.

Los niveles culturales y educativos también son desiguales: Desde aquéllos con un nivel mínimo de analfabetismo como Uruguay, Costa Rica, Argentina, Chile, hasta los que superan el 50 por 100 de la población: Guatemala, Haití y Bolivia.

La vida universitaria más rigurosa es la de Argentina, Chile, Uruguay —pese al retroceso de estos últimos años, Brasil, México, Colombia y Venezuela.

En la dimensión económica —pese a la generalidad y gravedad de la actual crisis— los contrastes también son profundos: situaciones dependientes y de pobreza de Paraguay, Bolivia, Haití, y gran parte de Centroamérica, junto a los grandes recursos naturales y la infraestructura industrial —de Argentina, Brasil o México— afectadas coyunturalmente por muy graves problemas que puedan dañar su estructura y futuro económico, o la —hasta hace poco— situación excepcional de Venezuela, una de las primeras potencias mundiales productoras de petróleo, cuya deficiente administración de esta riqueza natural la ha abocado a la misma crisis, pero con mejores posibilidades para superarla.

Curiosamente, el grave endeudamiento exterior generalizado en estas naciones podría ser un factor de integración para intentar soluciones

mediante alguna suerte de acción conjunta. Sin embargo, hasta ahora, esa acción concertada no ha acabado de fraguar.

A las diferencias entre el formalismo constitucional y los hábitos políticos de comportamiento nos referimos más detalladamente en el epígrafe siguiente. Baste ahora señalar que de la general violación del modelo constitucional, por gobiernos de facto, o dictaduras encubiertas bajo apariencias constitucionales, —que ha sido lugar común en la historia de estos pueblos—, se destacan tres excepciones, por su tradicional vida democrática: Costa Rica, Uruguay y Chile. Únicamente la primera ha permanecido fiel a aquel estilo de vida política. Chile lo interrumpió con el golpe militar de 1973, y ha continuado en régimen dictatorial bajo apariencia pseudoconstitucional hasta la frágil transición democrática de marzo de 1990.

Una de las dictaduras más antiguas, la de Paraguay ha caído, abriendo el país, poco a poco, hacia la democracia. Los sistemas autoritarios se reducen. Cuba —bajo modelo socialista— puede formar parte de este grupo.

Uruguay, Brasil y Argentina, salen de una dura etapa de regímenes militares al reencuentro de la democracia, en situación transitoria que algunos consideran de "democracia independiente" (1).

En Guatemala se ha instaurado un gobierno democrático civil —tras una larga dictadura militar— pero en una situación de inestabilidad que es general para los países Centroamericanos.

En el Caribe, Haití vive una etapa convulsa de transición predemocrática, tras la caída del Clan Duvalier.

En Perú —donde se celebraron elecciones presidenciales en 1985, con el triunfo del candidato populista del APRA— se han repetido en 1990, dentro de las reglas democráticas pero en medio de una enorme crisis

(1) Humbert Harring, *Evolución histórica en América Latina*, Buenos Aires, 1972, I, pág. 13-19. La edición inglesa original y los datos que incluye son de 1967, año en que murió el autor. Salvada la evolución de estos últimos años, nos parecieron válidas las referencias comparativas. Sobre el concepto de "democracia dependiente", véase "De la dictadura militar a la democracia dependiente: los casos de Argentina, Brasil y Uruguay", del profesor Salvador María Lozada, comunicación al Congreso de la Asociación Internacional de Ciencia Política, París, 1986.

social, económica y política, con la inquietante presencia guerrillera de "Sendero Luminoso". En estas últimas elecciones acaban de fracasar los políticos tradicionales, y se han impuesto dos candidatos "independientes": el escritor Vargas Llosa, y el ingeniero, de origen japonés, Sr. Fujimori, que, finalmente, ha sido elegido Presidente de la República.

En Colombia —pese a la dramática lucha contra el narcotráfico—, Venezuela, Ecuador, República Dominicana, parece estabilizarse la democracia constitucional.

El Salvador, Guatemala y Honduras —aún en guerra civil, el primero—, pretenden regularizar su situación constitucional. En Panamá un aparente funcionamiento de instituciones democráticas encubría un control de hecho del poder de las Fuerzas Armadas, que desde el golpe de estado del general Torrijos, en 1968, presentaba un alineamiento populista, y ha desembocado en la invasión norteamericana —diciembre de 1989— para derribar el régimen y establecer una democracia tutelada.

Dos casos atípicos, distintos del resto —y también entre sí— son los de México y Nicaragua. El primero es un país con una constitución de más de medio siglo de vida —la de 1917— que dio lugar a importantes cambios sociales, donde el ejército está sometido al poder civil, y ningún Presidente permanece en el poder más allá del único período de mandato que legalmente puede cumplir. Al mismo tiempo, sin embargo, la hegemonía del partido oficial dominante, que determina toda la actividad política y social y ocupa prácticamente la totalidad de los cargos públicos, no permite calificarlo como país democrático normal. Sin embargo, en las últimas elecciones presidenciales —1989— se ha permitido una amplia presencia de la oposición, cuyos votos "reconocidos" han alcanzado cerca del 50 por 100.

La situación de Nicaragua es polémica: El Frente Sandinista —que derrocó en 1979 la dictadura de Somoza— pretendía una experiencia original: establecer el cambio político, social y económico revolucionario, manteniendo un modelo de pluralismo político y de economía mixta. La constante presión militar de grupos contrarios al régimen, así como la de EE.UU., han acentuado la hegemonía política del Frente Sandinista, que para algunos se inclinaría hacia un modelo del "socialismo real", mientras que sus defensores mantienen la confianza en el modelo original. El agotamiento económico y humano de diez años de guerra ha llevado a unas libres elecciones —abril 1990— en las que una amplia y heterogénea coalición de partidos de oposición ha vencido al Frente y éste ha acep-

tado el relevo, en un ejemplo notable de fuerza revolucionaria que cede el poder sin violencia.

A la hora de pretender establecer una panorámica general del constitucionalismo en América Latina, debemos tener en cuenta que ella se proyectará sobre esta serie de perfiles irregulares, superpuestos y, por tanto, difícilmente puede reflejarnos una línea recta y continua (2).

Aunque sea, ciertamente, más difícil, no podremos conseguir un acercamiento riguroso para establecer ciertos rasgos constitucionales comunes si no partimos de esta realidad poliédrica y multiforme.

-
- (2) La Alianza Popular para la Revolución Americana -APRA- partido populista y nacionalista, de integración continental, que nace en Perú, en los años 20, llegó al poder en este país, por primera vez, en 1985. Su joven líder Alan García, al tomar posesión de la Presidencia de la República -el 28 de julio de 1985- propuso la reunión de un Congreso latinoamericano para luchar contra los que se someten a la injusticia, la miseria y la dominación a sus países. Aludió al Fondo Monetario Internacional, "nuestra soberanía está en juego hoy, en América Central, y, especialmente en Nicaragua". Véase "Le Monde", 30 de julio de 1985, pág. 5. El ciclo se ha cerrado con las nuevas elecciones presidenciales y parlamentarias peruanas, abril-junio 1990, tras un incremento notable de la grave crisis social, económica y política en este país. La propuesta que en su día hizo el presidente García de dedicar sólo el 10 por 100 de los ingresos por exportaciones al pago de la deuda externa fracasó por la incomprensión y falta de alineamiento de los otros países deudores, y el cerco implacable del Fondo Monetario Internacional.

El esfuerzo económico, social y moral de la lucha contra la guerrilla, en especial la de "Sendero Luminoso", es otro factor decisivo, así como la ausencia de alternativas renovadoras e ilusionantes. De este modo se explica el fracaso electoral del partido de gobierno y de los restantes partidos de izquierda y el triunfo de un candidato desconocido e independiente -el ingeniero Fujimori- junto a otro candidato del prestigio que tiene Vargas Llosa, que si bien encabezaba una coalición de partidos de derecha -su principal handicap- tenía todos los rasgos de un candidato independiente.

Las elecciones mexicanas del 7 de julio de 1985 marcaron una tendencia preocupante a eliminar toda oposición política que, a partir de la reforma constitucional de 1977, había alcanzado una pequeña representación. Véase "Le Monde", 27 de julio de 1985, artículo de Jean Claude Buhner, sobre los resultados definitivos de las elecciones.

También en México se ha producido un profundo cambio con las recientes elecciones (julio de 1989). La sociedad mexicana, después del terremoto de 1985, fue tomando una conciencia crítica de sus problemas y poniendo en tela de juicio el consenso legitimador del partido gobernante y su absoluta hegemonía sobre la vida política del país.

En este proceso ha influido también la presencia en el protagonismo político de dos figuras decididas a iniciar reformas profundas: desde la oposición, Cuahutemoc Cárdenas, salido de las filas progresistas del Partido Revolucionario Institucional, e hijo del añorado presidente Lázaro Cárdenas -lo que lo hacía poco vulnerable a los ataques gubernamentales- aglutinó a los pequeños grupos de izquierda y movilizó a una gran parte de la opinión pública mexicana, con unos objetivos de democratización y lucha contra la corrupción. El PRI, por su parte, eligió candidato al antiguo secretario de Hacienda, Salinas de Gortari -finalmente elegido nuevo presidente- convencido también de la necesidad de una reforma desde dentro y una mayor transparencia y democratización del sistema. Ello permitió que por primera vez en 60 años, los resultados electorales, reconocidos oficialmente, dieran unos porcentajes muy similares de votos al Partido en el poder -triunfante- y a la oposición.

Por ello, las más valiosas investigaciones jurídicas recientes han renunciado a las superficiales generalizaciones en las que se cae cuando se quiere dar un tratamiento global a ciertos aspectos del desarrollo latinoamericano, y parten del análisis de casos concretos nacionales, para, desde ellos, intentar alguna posible extrapolación (3).

Debemos preguntarnos, entonces, cuáles son los puntos de referencia comunes para establecer —desde esta pluralidad constitutiva— una visión de conjunto.

Existe un origen histórico, moderno, vinculado al descubrimiento, una cierta cohesión cultural, religiosa e idiomática, un perfil psicológico, y una continuidad institucional hispánica —durante más de 300 años— común e integradora para estos pueblos (4).²

Un historiador inglés ha querido ver en la pugna entre libertad y despotismo en la América hispana —el título de su obra— la influencia de la inclinación de la raza española hacia lo absoluto, sea la pasión por la libertad, o por el gobierno ideal que llega a ejercer una autoridad sin freno, en todas las relaciones de la vida.

Algún otro autor —más modestamente —ha destacado en la línea de esta influencia psicológica, de temperamento, la diferencia entre “el sentimiento ideológico” —la lucha de principios— de la vida política en

(3) Nos parece especialmente significativo en este sentido la excelente obra del profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías, “Cambio político y reforma del Estado en Venezuela”, Madrid, 1975. En la introducción, el profesor Brewer explica que su pretensión inicial era analizar el papel del Estado y los obstáculos institucionales al desarrollo de América Latina, desde una visión de conjunto, pero se encontró con tales dificultades que finalmente aborda el problema, a partir del caso de Venezuela, con sus características específicas.

(4) Numerosos autores anglosajones han destacado este contraste entre la lucha y la emancipación política de España y la vinculación espiritual a ella, como punto de identidad común. Valga para todos la afirmación de Herring: “Existen sólidos lazos que mantienen unidos a los latinoamericanos. La sangre y la tradición hispánica mantienen su fuerza cohesiva. No importa la ferocidad con que los latinoamericanos pueden haber luchado contra la España política; hacia la España espiritual subsiste una profunda lealtad”. Op. cit. I.

La relación entre Brasil y Portugal tiene un carácter más singular. Ello no impide —pese a diferencias idiomáticas y de otro signo, ya apuntadas— la creciente vinculación de Brasil al resto del Continente.

En este sentido, la integración económica entre Argentina y Brasil —sólo apuntada— podría ser un pacto de grandes repercusiones. No conviene olvidar, sin embargo, la importancia del factor indigenista en países como Perú, Bolivia, Ecuador, Guatemala y México.

Un vector de integración especialmente válido es el religioso y, en especial, el papel de la Iglesia católica.

los países hispánicos, frente al pragmatismo de los anglosajones (5). Lamentablemente, hasta ahora ha predominado el principio despótico sobre el espíritu libertario. Sólo nos cabe la esperanza, desde una concepción cíclica, de que, a partir de ahora, se inicie una era de libertad.

Desde una perspectiva jurídico-política, mayor interés tiene la influencia de las instituciones hispánicas en América durante el período en el que estos reinos dependían de la Corona española. En autores latinoamericanos hay un creciente reconocimiento de esta influencia sobre numerosos aspectos de su actual organización institucional. De forma destacada, la importancia del "Cabildo", sobre el régimen municipal americano, de la organización jerárquica de las "Audiencias" y "Virreynatos", sobre el poder ejecutivo y la administración de justicia, y del carácter protector de las "Leyes de Indias", en la génesis de los derechos sociales del constitucionalismo iberoamericano (6).

Aunque su influencia fue irregular —más intensa en unos países que en otros— no podemos dejar de citar la Constitución española de 1812 —la Constitución de Cádiz— origen del liberalismo español (7).

Un vector de integración, para señalar un formalismo constitucional genérico en Iberoamérica, sería la determinación no ya de influencias, sino de algún modelo o fuente institucional idéntica y general.

En este sentido resulta ya tópica la referencia al paradigma cuasi-exclusivo de la Constitución norteamericana de 1787.

(5) Cecil Jane, "Libertad y despotismo en la América hispana", Buenos Aires, 1942. "La población de las repúblicas hispanoamericanas está así permanentemente dividida en dos partidos, sostiene el uno que es la libertad; y el otro, que es el orden, el más alto orden". pág. 39. Hubert Haring ha subrayado el contraste entre ideologismo hispánico y pragmatismo anglosajón.

(6) Conviene destacar que los territorios de América nunca tuvieron exactamente un régimen colonial, sino que se trataba de Reinos, semejantes a los de la Península, unidos por la dependencia común a la Corona. Sobre las instituciones hispanas en América, véase la obra clásica de José Ots Capdequí, "El Estado español en las Indias", 3a. ed. México, 1957. Sobre la influencia en el presidencialismo americano de las instituciones españolas, véase Salvador Valencia Carmona, "El poder ejecutivo latinoamericano", México, 1979, y la Comunicación al II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la profesora María Elena Demaria Massey de Ferre, "Características constitucionales para la determinación de un sistema democrático", Anuario Jurídico IX, 1982, Universidad N. Autónoma de México, págs. 371-8. Sobre este antecedente de las fuentes hispánicas de los derechos sociales, véase Hans Rudolf Horn, "Reflexiones sobre el constitucionalismo social", en la obra colectiva "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina", México, 1978, I, págs. 191-205.

(7) Manuel Martínez Sospedra, "El primer liberalismo español. La Constitución de 1812", Valencia 1976. Julia Sevilla Merino, "Las ideas internacionales en la Constitución de Cádiz", Valencia, 1977.

Sin negar la importancia —más bien negativa— del mimetismo inicial, es necesario matizar esta opinión; lo que casi nunca hacen la mayoría de los autores, sobre todo los ajenos al Continente iberoamericano. El modelo estadounidense tampoco es seguido unánimemente. Perú, Ecuador, hasta periodos no muy lejanos, Costa Rica, Guatemala y Cuba, en otra época, fueron más determinados por el predominio del legislativo —frente al ejecutivo dominante de USA— afirmado en la Constitución de Cádiz.

El constitucionalismo francés también ejerció su influencia, especialmente en las primeras etapas de la independencia mexicana.

La evolución de la Presidencia iberoamericana sobre cuya semejanza con el modelo USA —hasta desbordarlo, tanto tópicos se han escrito— ha estado traspasada de institutos y prácticas parlamentarias —o cuasi-parlamentarias— inconcebibles en el ejemplo del Norte. Es más, la evolución de estas últimas décadas hacia una revitalización de los Parlamentos latinoamericanos ha hecho que algún autor, como en el caso de Venezuela —extendible a otros—, hable del sistema presidencial con sujeción parlamentaria como forma de gobierno.

En el campo de la defensa de la Constitución y de los derechos por ella amparados, la tendencia latinoamericana, mayoritaria —más reciente— a asumir la declaración general de inconstitucionalidad —propia del derecho europeo— marca otra profunda diferencia con el sistema estadounidense.

El procedimiento contencioso-administrativo, típico del sistema jurídico español y francés, para recurrir judicialmente los actos y resoluciones de la administración pública —impensable en el marco jurídico constitucional norteamericano— se mantiene en algunos países latinoamericanos, incluida la Cuba socialista (8).

(8) Carlos Sánchez Viámonte es decidido defensor de la influencia fundamental del modelo norteamericano y su Constitución. En "El Constitucionalismo y sus problemas", Buenos Aires, 1957. En especial, Cap. III.

Sobre el desarrollo del régimen presidencial con sujeción parlamentaria, Allan Brewer Casias, op. cit. Cap. 12.

Sobre el impacto del constitucionalismo francés en América Latina: Miguel de la Madrid, "La soberanía popular en el constitucionalismo mexicano y las ideas de Rousseau", En "Estudios de derecho constitucional", 3a. ed. México 1981, págs. 127-170.

Sin minimizar la importancia de este modelo de 1787 para una sistemática definición constitucional del ámbito iberoamericano, las significativas diferencias apuntadas se suman a la multiplicidad de dimensiones diversas más arriba señaladas, para destacar las dificultades de establecer, sin más, unos caracteres generales.

2. *Constitucionalismo y realidad histórica*

La prueba decisiva del derecho es su contraste con la realidad social, a través de su aplicación práctica.

En el campo del derecho constitucional, se trata de verificar hasta qué punto los cauces institucionales canalizan efectivamente las relaciones de poder, los intereses sociales, y sirven para una auténtica y correcta designación de los cargos representativos y del funcionamiento práctico de las instituciones públicas. Si nos quedáramos en la consideración de los textos constitucionales, sin buscar en la realidad social, y en la formación del poder y de sus relaciones, podríamos estar encerrándonos en la esquizofrenia jurídica, de un mundo normativo ideal ajeno, en gran medida, a la correlación auténtica de fuerzas sociales, en las sociedades históricas.

Los países latinoamericanos, desde su independencia se han definido constitucionalmente como repúblicas en régimen de democracia representativa. En este marco jurídico, invariable en lo fundamental, desde principios del siglo XIX hasta ahora, se ha desarrollado una convulsa evolución histórica, en la que la ausencia de cauces de participación y solución de los conflictos ha llevado frecuentemente al recurso a la violencia. En las que la debilidad del entramado organizativo e institucional de las sociedades ha acrecentado, desorbitadamente, el papel histórico de

En relación a los distintos sistemas de defensa constitucional iberoamericana, Héctor Fix-Zamudio, "Justicia Constitucional y Régimen Democrático en Iberoamérica", Anuario Jurídico IX, 1982, UNAM, México, págs. 379-418.

La doctrina europea ha repetido casi unánimemente, el juicio tópicos sobre la imitación formal de la Constitución norteamericana, el fenómeno del "presidencialismo" y los gobiernos dictatoriales. Mauricio Duverger, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Barcelona, 1962, págs. 350-3.

André Hauriou, "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", 9a. ed. Barcelona, 1971, págs. 840-2.

los pocos grupos estructurados, como el ejército, en el área política, y la Iglesia en las áreas social y cultural. Sociedades en las que los gobiernos de hecho, se sucedieron, a menudo, a la intemperie del sistema normativo, o enmascarados bajo disfraz constitucional, apoyados en la corrupción electoral y el falseamiento de la vida institucional.

Establecimos los períodos de esa evolución del Estado en la 1a. parte de esta obra. Ahora reproducimos el resumen esquemático de la evolución histórica de América Latina, en la lúcida radiografía panorámica realizada por Marcos Kaplan, que nos acercará mejor a la comprensión de la interdependencia entre constitucionalismo, estructura socioeconómica, y formas de poder. Este autor, establece las siguientes etapas:

A) Constitución Liberal en su contexto socio—histórico

Dura desde mediados del siglo XIX hasta el XX. Al inicio de este período tiene lugar en América Latina un crecimiento económico, vinculado al sector primario—exportador y dependiente y se organiza la sociedad jerárquica y rígida.

Se asiste a una fuerte concentración de poder y riqueza en manos de minorías del sector agrominero exportador, en alianza con metrópolis externas y sus esquemas de acción internacional. Tales sectores de la oligarquía imponen sus formas de poder y autoridad. Suponen un Estado independiente, centralizado formalmente, basado en la soberanía popular y la democracia representativa, que tiene una vigencia limitada o ficticia.

La estructura social se caracteriza por agudos desniveles socio—económicos y regionales, rígida estratificación social, marginalidad creciente y dependencia exterior.

El poder oligárquico se configura en castas cerradas, tiene una concepción absolutista del Estado e interpreta el aparato de gobierno y administración como un coto cerrado de caza, en el que los asuntos de Estado se manejan como problemas de clanes, y para servir a los interesados de éstos.

El sistema político responde a los rasgos de las dictaduras unificadoras, y/o de las democracias restringidas y dirigidas. El sistema consigue cierto consenso apoyado por el deseo de mejorar de los emigrantes y de la creciente población urbana, a la vez que por el arbitrario manejo del

presupuesto del Estado, que permite incorporar y burocratizar a parte de las clases medias.

La institucionalización constitucional sobre el modelo apuntado se basa en el respeto a la forma y la desnaturalización práctica de un espíritu ya de por sí limitado. La división de poderes es favorable al presidencialismo; los derechos individuales y sus garantías sólo son efectivos en las relaciones entre los grupos oligárquicos y los gobiernos extranjeros, no en las relaciones entre élites y mayorías; el federalismo formal de los grandes Estados —Venezuela, Argentina, Brasil, México— supone un unitarismo de hecho, en los que contrastan los centros modernos y las periferias subdesarrolladas.

B) Desde principios del siglo XX hasta 1930

Etapa de transición en la que la presión de las clases medias y populares —que han crecido en número— impone una participación ampliada, mediante un ensanche de la democracia formal, y concesiones al énfasis nacionalista y al reformismo gradualista.

Se incrementan las instituciones y la legislación y establecen moderadas restricciones al funcionamiento liberal en las relaciones capital-trabajo, derecho de propiedad, reconocimiento de los derechos sociales.

C) La etapa contemporánea de la crisis estructural permanente (1930—1980)

Se establecen nuevas relaciones de dependencias, respecto a la potencia hegemónica del área: USA, y una nueva fase de crecimiento económico: crisis de la sociedad rural, hiperurbanización, industrialización sustitutiva, intervencionismo estatal.

Se disocia el crecimiento económico y el desarrollo integral, aunque se identifique en la ideología encubridora. Se impone un orden social y político que implica y promueve la falta de participación, la apatía y la sumisión de las mayorías. Se da una contradicción entre movilización de masas y concentración de poder.

Asistimos a una crisis política permanente: inestabilidad, crisis de legitimidad y consenso, debilitamiento de recursos coactivos, vacío de

poder. Las élites oligárquicas aceptan como mal menor —ante la crisis— sin que afecte a sus poderes decisivos, expresiones ideológicas y organizativas de carácter populista, desarrollista, nacionalista.

El constitucionalismo liberal "clásico" entra en crisis ante el ascenso y predominio del intervencionismo estatal y la tendencia al autoritarismo político e incluso 2 neofascismos sui géneris en la última etapa, para asegurar la continuidad de la hegemonía oligárquica.

Crece y se complejiza el aparato del Estado y se refuerzan los sistemas de control: policía, radio, televisión, estatales, avance de la tecnocracia, estadísticas, permisos profesionales, politización de instituciones. Unido a ello, se destruye todo tipo de organizaciones populares y se refuerza la tendencia a la despolitización, el conformismo y la apatía. A la vez, se renuncia a la legitimidad liberal-democrática para buscar la legitimidad de una ideología desarrollista que dé garantía del orden y la unidad para el bienestar y grandeza de la nación (9).

-
- (9) Marcos Kaplan, "Hacia un nuevo constitucionalismo democrático en América Latina: problemas y perspectivas". Anuario Jurídico IX, 1982, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 527-542.

Por su parte Humberto E. Rizord ha pintado un cuadro-resumen de esa realidad latinoamericana, en tonos dramáticos: "... una sociedad que al lado de los grandes rascacielos y residencias lujosas poco repara en la mugre y en la degradación humana de las favelas ... de las villas miserias; ... una sociedad fundamentalmente descapitalizada por la inversión extranjera en alianza instrumental con la oligarquía criolla; una sociedad que oscila, como péndulo, del fraude y de la esfera electorales al golpe de Estado y a la dictadura militar, con atenuante en algunos países, con agravantes muy deplorables en otros ...", "... las crisis políticas internas, agudizadas con la poderosa hipoteca del capitalismo extranjero, han propiciado todas las quiebras y las rupturas del orden constitucional, y en ellas el ejército ha sido un factor determinante ... En nuestra república panameña, estas circunstancias se agravan con la presencia en casa del imperialismo norteamericano ... (y) ... su influencia incontestable ... en cualquier coyuntura del destino político nacional". "Evolución Constitucional panameña (1950-1975)". En la obra "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina", UNAM, México, 1978, págs. 304-305.

El último factor apuntado por Rizord, la hegemonía económica, política y militar de USA, en la región es una clave fundamental de la evolución iberoamericana. Desde la doctrina Monroe a la doctrina Jhonson, los EE.UU. han contemplado el Continente como su zona de influencia exclusiva, y simplificando las relaciones con sus vecinos del Sur, bajo los criterios de seguridad, estabilidad, automismo y salvaguardia de los intereses económicos y estratégicos de USA, en cada país. En nombre de ellos, USA ha intervenido militar, económica y políticamente, siempre que ha creído que eran afectados.

Un historiador norteamericano moderado, como Hening, dedica el final de su obra a las relaciones interamericanas: analiza la opinión antiamericana en América Latina y la variedad de agravios, en que se sustenta —humillaciones, apoyo a dictadores y también envidia a la prosperidad USA, por parte de pueblos pobres— y concluye destacando dos errores: sostener sistemáticamente a gobiernos dictatoriales y la obsesión anticomunista para juzgar cualquier reivindicación de justicia social. "El error del gobierno norteamericano ha sido poner demasiado acento sobre el poder perturbador del comunismo en el hemisferio occidental, sin

El fracaso histórico de este modelo, sobre todo en su última versión económica de neoliberalismo extremo, con las terribles secuelas de un enorme endeudamiento exterior, desmantelamiento del sector industrial, etc., ha provocado el derrocamiento de algunos de estos gobiernos autoritarios —Argentina, Uruguay, Brasil, Paraguay, la salida pactada en Chile— el regreso de tales países a fórmulas democráticas, la acumulación de tensiones de potencialidad revolucionaria en otros, y un general clamor por la necesidad de un nuevo constitucionalismo democrático al servicio de un desarrollo integral de los pueblos latinoamericanos.

A lo largo de la década de los ochenta podríamos hablar de un nuevo período caracterizado por la vuelta generalizada a formas democráticas, elección de los gobernantes y funcionamiento regular de las instituciones. Este proceso ha culminado, simbólicamente, en 1990, con las elecciones y el cambio de gobierno en Nicaragua, la elección de un presidente civil, representante de la oposición en Chile, en sustitución del general Pinochet, y la salida de Paraguay del general Stroessner el más veterano de los dictadores del Continente. Sin embargo, esta vuelta generalizada al modelo liberal democrático —si exceptuamos a Cuba— se hace en medio de una enorme crisis social y económica, que acrecienta la dependencia y marginalidad en relación al sistema internacional, la importancia de algunos Estados para cumplir con los servicios básicos a la población, y la ocupación de algunos de estos vacíos por grupos mafiosos organizados, cada vez más poderosos, la persistencia de bandas insurreccionales —Perú, Colombia—, y una actitud generalizada de mantener el sistema democrático “bajo sospecha y vigilancia” de las Fuerzas Armadas, con el control intervencionista —más económico que militar, de momento, aunque exista alguna excepción como la de Panamá— de la potencia hegemónica del hemisferio y los organismos internacionales que maneja: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.

La necesidad de contrastar las constituciones escritas con la realidad

dedicar más sabiduría al análisis de los males sociales que hacen comunistas”, *Op. cit.*, T. II, págs. 1. 140–5.

La tesis más sugestiva de la Sociología latinoamericana es, no por casualidad, la teoría de la dependencia. Daniel Camacho (comp). “Debates sobre la teoría de la dependencia y la Sociología latinoamericana”, ponencias del XI Congreso Latinoamericano de Sociología, San José, Costa Rica, 1979. Sobre el papel del “nacionalismo iberoamericano”, y el cambio de las relaciones interamericanas, desde la guerra de las Malvinas, y los problemas de la renegociación de la Deuda externa, véase Norberto Ceresale, “La viabilidad argentina, una estrategia de supervivencia”, Madrid, 1984.

sociopolítica para conocer su grado de correspondencia, y la efectividad en "institucionalizar la distribución del ejercicio de poder político", demuestra la importancia decisiva del criterio ontológico de Loewenstein al clasificar las Constituciones en normativas, nominales y semánticas, de acuerdo con la plena, parcial o nula correspondencia entre la realidad del proceso político y el texto de aquéllas (10).

Ultimamente, el profesor Jorge Carpizo ha profundizado en esta línea de comparación entre realidad política y constitución. Su propuesta de clasificación de las Constituciones basada en la idea de democracia, parte de una concepción axiológica de la Ley fundamental que debe cumplir una finalidad al servicio del hombre. "Para conocer la Constitución en sentido estricto de un país —señala Carpizo— hay tres preguntas fundamentales: a) cómo están establecidos y cómo operan en la realidad las garantías o derechos individuales, b) qué mínimos económicos y sociales se le aseguran a los individuos y cómo operan en la realidad, y c) cuál es la estructura del sistema político: . . . lo que hay que constatar en la norma y en la realidad es el principio de separación de poderes y el régimen de partidos políticos".

De conformidad con las respuestas, podremos clasificar las constituciones en: a) democráticas, b) cuasidemocráticas, c) de democracia popular, y d) no democráticas.

"Una constitución democrática sería aquélla que realmente asegura al individuo sus garantías individuales, le garantiza un mínimo digno de seguridad económica, y no concentra el poder en una persona o grupo; es decir que las funciones son ejercidas realmente por diversos órganos y el sistema de partidos acepta el principio del pluralismo ideológico" (11).

Finalmente, hay que señalar en esta dialéctica entre realidad política

(10) Karl Loewenstein, "Teoría de la Constitución", Trad. española, Barcelona, 1964, págs. 213-22.

Precisamente el autor ponía como ejemplos de Constituciones nominales —a las que él consideraba destinadas a convertirse en nominativas, una vez superados los obstáculos de índole social y económica y con una función educativa— las de México, Argentina, Uruguay y Costa Rica.

(11) Jorge Carpizo, "La Democracia y la clasificación de las Constituciones. Una propuesta", Anuario Jurídico IX, 1982, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 351-69. Entre los países con Constituciones cuasidemocráticas, "en los que la justicia aún no opera claramente, . . . pero se puede vivir y existe la posibilidad de que lleguen a configurar una Constitución democrática, incluye a su propio país. México, pág. 367.

y texto constitucional, como la tendencia a configurar normativamente la realidad, incluso la práctica de incumplimientos, abusos y violaciones constitucionales, ha pretendido institucionalizarse a través de la fórmula típicamente latinoamericana, de la que llamaríamos "constituciones de excepción" que admiten varios subtipos.

Puede expresarse este modelo mediante el subsistema de Actas Institucionales, o Estatutos elaborados por gobiernos que pretenden no derogar la Constitución sino dar preeminencia a las Normas del Acta o Estatuto de emergencia, manteniendo la vigencia de la Constitución en tanto ésta no se les oponga.

Otro subtipo es el que establece artículos o disposiciones transitorias o adicionales que modifican de forma permanente o temporal el alcance y vigencia de los artículos constitucionales "normales".

La tercera formulación, más tradicional, se dio por la constitucionalización de la institución del Estado de sitio que permite, especialmente al poder ejecutivo, la suspensión de determinados derechos y garantías constitucionales, no sólo por la amplitud del contenido constitucional modificado o suspendido, sino también por el uso reiterado y abusivo de tales medios. Ello conduce a una cuasi permanente inefectividad de la constitución material mediante mecanismos formalmente constitucionales.

Aunque el recurso a estos procedimientos es constante en la historia política iberoamericana, el uso de los dos nuevos tipos es característico de los regímenes militares de los años sesenta y setenta.

Esta tipología de constituciones de excepción las incluimos entre los rasgos del constitucionalismo iberoamericano que intentaremos establecer en el siguiente epígrafe.

3. Algunos rasgos constitucionales, institucionales y programáticos

El establecimiento de los caracteres de las repúblicas democráticas en América Latina, desde el formalismo jurídico, sería bastante sencillo. La semejanza de las instituciones y modelos adoptados con bastante fidelidad por la gran mayoría de estos países en sus inicios constitucionales, nos permitiría repetir las características doctrinales propias de algunos manuales de enseñanza: constitución escrita, fundadora de orden

jurídico basada en la soberanía popular, establece la igualdad ante la ley, los derechos políticos para todos los ciudadanos, y los derechos individuales de libertad, organiza los poderes mediante la división y la interdependencia de éstos, señala el origen representativo de los funcionarios que ejercen los poderes políticos, la periodicidad en el ejercicio de esas funciones, la responsabilidad de todos los funcionarios, la publicidad de los actos, la independencia del poder judicial y su capacidad para declarar la inconstitucionalidad de leyes y decretos (12).

Con ligeros matices formales, tales caracteres nos servirían para definir a Bolivia y el estado de Virginia, a Colombia y Canadá. Tal es la miseria del formalismo jurídico. Pretendemos, por el contrario, señalar ahora algunos rasgos del proceso constitucional latinoamericano, de sus instituciones y principios programativos, en lo que tienen de más significativamente genérico, sea negativa o positivamente en contraste con su proyección histórica y práctica política.

3.1. El mimetismo constitucional

La clarividencia de uno de los padres de la independencia americana, el Libertador Simón Bolívar, alertó desgraciadamente sin éxito, en su famoso Discurso de Angostura, sobre la necesidad de crear Constituciones adaptadas a las condiciones físicas y económicas, costumbres, tradiciones y modo de ser de aquellos países hispanoamericanos, en vez de importar modelos foráneos. "¿No dice el Espíritu de las leyes —señala Bolívar— que éstas deben ser propias para los pueblos que se hacen?, que es una gran casualidad que las de una nación puedan convenir a otra?, que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos?, ¿referirse al grado de libertad que la constitución puede sufrir, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su minería, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales? He aquí el código que deberíamos consultar y no el de Washington" (13).

(12) Véase un cuadro de doce de estas características a partir del arquetipo de los EE.UU. en Carlos Sánchez Viamonte, "Manual de Derecho Político", Buenos Aires, 1959, pág. 218.

(13) Citado por Rogelio Pérez Pedromo, en "Participación en el proceso legislativo", Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal (RIDAA), INAUCO, núm. 4, Madrid, 1985, pág. 110.

El autor señala que el experto en derecho extranjero ha sido muy importante en Venezuela para la legislación. Son ellos los que han escogido los modelos que se han adaptado, traducido o sólo copiado. Esta práctica abusiva es generalizable a los otros países latinoamericanos.

En la Asamblea Constituyente Peruana, reunida a partir del 28 de julio de 1978, que iba a elaborar la Constitución de aquel país, de 1979, su presidente, el líder y fundador del APRA, Víctor Raúl Haya de la Torre, diría en el discurso de apertura de las sesiones: "gran parte del fracaso de anteriores Constituciones se explica por su inadaptación a la realidad nacional. El utópico extranjerismo de muchos legisladores y estadistas les hizo trasladar, sin mayor examen, instituciones y sistemas que surgían de realidades espacio-temporales muy diferentes de las nuestras". Y tras recordar la advertencia formulada por el libertador Bolívar en su "Mensaje de Angostura", concluía propugnando que "nuestra Constitución debe emanciparse de las limitaciones y las copias, sin desdén el legado universal de la ciencia política" (14).

El modelo de orden institucional que, sin embargo, se impone con carácter general, es el europeo-norteamericano. Predominan los caracteres constitucionales del vecino del Norte, sobre otras influencias del constitucionalismo francés y el español. Las razones son, en primer lugar, de carácter doctrinario: Se trata de reproducir la racionalidad supuestamente universal del modelo liberal de la democracia representativa, a la vez que su carácter centralizado, y los requisitos electorales censitarios, para la provisión de cargos públicos, servían al interés de las élites dominantes.

Al mismo tiempo, este modelo se sobrepone a estructuras y prácticas tradicionales —caciques y caudillos locales— que en gran medida lo rechazan o desvirtúan (15).

De ahí el carácter ficticio o limitado del marco constitucional inicial para encauzar la vida política real, y las necesarias desviaciones correctoras del modelo inicial, que la mayor vigencia constitucional, y la ampliación democrática, imponen.

(14) Mario Peláez Bazán, "El Tribunal de Garantías Constitucionales", Lima, 1980, pág. 4.

(15) Marcos Kaplan, *op. cit.*, págs. 527-8. El profesor César Quintero opina que el modelo de los EE.UU. se basaba en el progreso alcanzado, pero que sus semejanzas eran únicamente el que se hallaba también en el hemisferio norte y se había independizado igualmente de una potencia europea. "Las Constituciones hispanoamericanas, desde el comienzo disfrutaron formal y conceptualmente de la de los EE.UU. En lo formal se ajustaron mucho más a la técnica y al estilo de las Constituciones francesas y de la hispana de Cádiz". "Parlamentarismo, Presidencialismo y su aplicación en los países hispanos", IV Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, 1988.
Insistiremos en este análisis comparado al tratar el régimen presidencial.

Este rasgo constitucional de origen va a influir en todo proceso legislativo posterior, mediatizado por una práctica tradicional abusiva en el uso del derecho comparado.

3.2. Inestabilidad constitucional

La Comisión es no sólo un procedimiento de racionalización del poder, sino que opera también como un mito y bandera política capaz de aglutinar los sentimientos.

Paradójicamente, la increíble infracción constitucional de los países hispanoamericanos se une con el deseo de fidelidad a un origen constitucional "auténtico", cuya desviación se corrige gracias a un proceso revolucionario. El sarcasmo popular dio una definición de la Constitución, hija del torbellino histórico de sustituciones e incumplimientos: "un librito que se cambia todos los años y se viola todos los días".

La añoranza de una continuidad constitucional, fiadora de una vida democrática estable, se encuentra en todas las épocas y hombres de la América ibérica. Alberdi, en sus "Bases", para inspirar la elaboración de la Constitución argentina de 1853, escribiría: "El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas", "la verdadera sanción de las leyes reside en su duración . . . conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución". Al recoger estas citas, el constitucionalista argentino, profesor Vanossi, expresaba su propia fe en la plena vigencia constitucional, a la vez que se manifiesta partidario de la rigidez de la Constitución, aunque algo mitigada —sobre los extremo actuales— "ya que es posible distinguir entre materias o instituciones que requieren una mayor defensa contra veleidades del momento y obras que, por su pretensión de sobrevivir, pueden convertirse en escollo, en el camino del progreso nacional" (16).

La creencia en la rigidez constitucional para dificultar las reformas, y permitir una estabilidad institucional, no pasa de ser una ilusión. Las Constituciones latinoamericanas son rígidas y ello no ha impedido sus numerosas reformas. Un caso típico es la Constitución mexicana, con más de 250 modificaciones y abundantes derogaciones y sustituciones.

(16) Jorge Reinaldo A. Vanossi, "Acercas de las reformas constitucionales en los países en desarrollo", Apéndice I, "Teoría Constitucional", I, págs. 505-9, Buenos Aires, 1975.

Esta inestabilidad constitucional ha influido —junto a otros factores de inestabilidad de estos regímenes políticos— en la falta de credibilidad en las instituciones, y en el frustrado nacimiento de hábitos democráticos, que hubiera generado el uso regular y permanente de cauces de acceso y participación en los poderes públicos.

3.2.1. Revolución y poder constituyente

¿Por qué se produce esta inestabilidad? Una de las razones podría ser la falta de arraigo del modelo e instituciones constitucionales, su disfuncionabilidad respecto a la estructura social, y el carácter artificial, instrumental y manipulador de la realidad, del sistema de poderes —principalmente en la primera etapa, hasta finales del siglo XIX—. “Nuestra incipiente democracia fue una democracia racionalista —ha señalado Luis Carlos Sachica— de principios y preceptos con escasa fuerza normativa frente a la carencia de las condiciones socioeconómicas de la democracia . . . , cuando lo requerido era una democracia pragmática, capaz de integrar la nación, de unificar intereses, de hacer justicia, eliminando marginamientos y privilegios, y con ello legitimar el sistema”.

Por cierto, no supo aprovechar el sentido comunitario de la sociedad colonial y de la tradición aborígen, atomizándolo (17).

La falta de apoyo y legitimación social profunda llevaría a la derogación de la constitución cuando se exigía alguna innovación política —al menos formal— para responder a una crisis social o cuando alguno de los clanes detentadores del poder es sustituido por otro.

Esta última alternativa es la que justifica la tradicional referencia al carácter “revolucionario” de todo cambio en el proceso político latinoamericano.

Se trata de legitimar la sustitución de un grupo oligárquico por otro, para el retorno al espíritu originario y fundador de la independencia y liberación nacional, creado bajo el principio de la soberanía popular

(17) “Representación política y los sistemas electorales en los países andinos”. En el libro “Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica”, Madrid, 1986, tomo II, págs. 3-6.

—pretendidamente traicionado por el grupo derrocado— o de instaurar unas supuestas formas más radicales y profundas de servicio al pueblo, que legitimen al clan que se ha incautado del poder.

De ahí la urgencia del gobierno de hecho de actuar como poder constituyente originario, que funda una "nueva Constitución" que legitime su asalto "revolucionario" al poder, consolide sus nuevas posiciones en el control de los poderes públicos y respalde el programa salvador, sea de carácter restaurador o innovador.

Uno de los juristas iberoamericanos que en el siglo pasado —el de las revoluciones, por excelencia— hizo más justas y rigurosas reflexiones sobre la doctrina de la revolución, y su necesaria distinción del delito de rebelión, fue el argentino Joaquín V. González. Estableció unas precisas condiciones para la existencia de la revolución: a) cambio radical del derecho —y no sólo cambio de los gobernantes—, b) toda revolución auténtica debe provenir de la mayoría del pueblo, c) una revolución verdadera no puede ser contraria a la libertad, d) la existencia de constituciones susceptibles de reforma hace innecesaria toda revolución; para concluir que en los países en los que existen efectivas Constituciones republicano—democráticas, basadas en la soberanía popular, la igualdad y la libertad, "es inadmisibile el derecho a la revolución", porque —"las ideas de constitución y derecho a destruirla se excluyen lógicamente". González reprocha a los jurisconsultos de su época el llamar revoluciones a los movimientos armados con el fin de deponer a las personas del gobierno constituido, sin llevar otra bandera que la satisfacción de sus ambiciones (18).

Pese a estas sanas opiniones doctrinales, lo cierto es que en la tradición latinoamericana, y la jurisprudencia de sus Cortes Supremas de

(18) Citado por Carlos Sánchez Viamonte en "El Constitucionalismo, sus problemas", Buenos Aires, 1957, págs. 573-79.

Sánchez Viamonte considera que una errónea interpretación del principio de resistencia a la opresión, originario de la Revolución francesa, explica en parte esta idea revolucionaria. El profesor Vanossi, que dedica el tomo I, de su "Teoría Constitucional", al Poder Constituyente, expresa su posición ideológica sobre la necesidad de un consenso mayoritario y legitimador, de abajo arriba, de todo poder creador de constituciones y leyes. Véase, el último capítulo del tomo I, págs. 481-502.

Justicia, sistemáticamente se ha inclinado a reconocer el poder constituyente de los gobiernos de hecho y ha legitimado su labor legislativa (19).

El cambio de Constitución —origen inmediato de la inestabilidad que analizamos— es imprescindible para justificar el papel constituyente y legislador susceptible del reconocimiento legalizador, y define uno de los rasgos más característicos de la historia política y del proceso constitucional iberoamericano.

3.2.2. Estabilidad institucional

El profesor Allan R. Brewer-Carias ha señalado agudamente que la "permanente inestabilidad" a la que se hace alusión constante en los análisis del sistema político latinoamericano, en realidad, lo que encubre es una excesiva estabilidad; sobre todo, de carácter institucional, que ha impedido transformaciones importantes y es la causa de las anteriores inestabilidades. Uno de sus efectos fundamentales es la incapacidad del orden institucional de pugnar por el cambio no sólo de sus propias estructuras, sino del orden económico y social que lo rodea.

En este sentido —añade Brewer— las "revoluciones" tan características de lo que América Latina es para los países altamente industrializados no han sido tales, es decir, no han provocado ningún cambio sustancial . . . "El militarismo tradicional en América Latina . . . no ha tenido nunca por efecto el cambio revolucionario de ninguna de nuestras

(19) La Corte Suprema argentina —como las de otros países— ha reconocido, en repetidos pronunciamientos, al gobierno surgido de una revolución triunfante, el poder de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Véase Salvador María Lozada, "Derecho Constitucional argentino. Según el método de casos", Buenos Aires 1972, tomo I, págs. 209–261. El profesor Lisandro Cruz Ponce reconoce esta actitud legalizadora de la Judicatura, que en general no diferencia entre gobiernos de facto y gobiernos usurpadores —como hace la doctrina universal— la cual considera que los actos de estos últimos, al apoderarse por la violencia o la fuerza del poder, son nulos de pleno derecho. Destaca la excepción de México, que reiteradamente ha condenado y declarado nulos los actos de gobiernos usurpadores. En 1823, los actos del Congreso, condenando a Iturbide, y en 1913, en la condena al general Huerta, se expresa claramente esta doctrina que queda incorporada al art. 136 de la Constitución mexicana.

En "Derecho Constitucional en Chile", Anuario Jurídico IX, 1982, México, UNAM, págs. 782–5.

El artículo 3 de la reciente Constitución de Honduras, 1982, recoge también la doctrina de negar obediencia a un gobierno usurpador y declara nulos sus actos.

sociedades, sino que, al contrario, los "golpes de Estado" han sido de garantía de la estabilidad de las instituciones" (20).

En contraste con esta actitud de los grupos dominantes, de provocar la inestabilidad política-constitucional, para impedir cambios sociales y económicos —apoyados en general, por la función de los militares como garantes de las reglas de juego y del "statu quo"— un crecimiento institucional, funcional con las necesidades reales de desarrollo en estos países, coadyuvaría a eliminar la aparente inestabilidad que ha caracterizado su devenir histórico.

3.3. Supremacía de la Constitución

En las primeras palabras que un tratadista argentino dedicaba a definir el constitucionalismo como el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, incluye la idea de supremacía de ésta que significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos de los poderes constituidos que forman el Gobierno ordinario.

De ahí que el problema de derecho constitucional que exige una exacta solución es el carácter jerárquico de la Constitución en relación a todas las manifestaciones del poder, lo que hace que el ordenamiento de la sociedad, desde un punto de vista integral sea de naturaleza jurídica. Existe la necesidad de reemplazar lo político por lo jurídico para evitar la desnaturalización del constitucionalismo (21).

Esta supremacía de la Constitución implica la presencia de un poder jurídico ejercido con el nombre de Poder Judicial, cuya principal misión consiste en velar por tal supremacía.

Los Estados iberoamericanos, a partir del modelo USA, serían

(20) Op. cit., págs. 85-7. Brewer considera excepciones a la ausencia de cambios significativos las revoluciones de México (1917) y Cuba (1958) y parcialmente Bolivia (1952) y Perú (1968). Véase en notas 4 y 5 de la pág. 85, referencias bibliográficas de O. Sunkel y Claudio Véliz en esta misma línea argumental.

(21) Carlos Sánchez Viamonte, "El Constitucionalismo . . .", págs. 15-16.

Estados judicialistas, frente a los Estados legislativos y ejecutivos, de acuerdo con la distinción clásica de Karl Schmitt (22).

La realidad histórica ha desnaturalizado, a menudo, la aplicación de este principio. Sin embargo, ha tenido consecuencias prácticas en la vida política e institucional, a la vez que se defiende su importancia como punto de referencia e identidad constitucional. "América . . . se halla colocada bajo el signo del constitucionalismo —escribe Sánchez Viamonte— y si bien es cierto que tal actitud suele no ser más que una formalidad, constantemente defraudada en los hechos, debemos aferrarnos a esa formalidad institucional respetada por todos . . ." (23).

Una de las consecuencias de este principio es la rigidez constitucional. La gran mayoría de las Constituciones iberoamericanas no pueden ser modificadas por vía legislativa ordinaria y se exige para la reforma, la convocatoria de una Asamblea con especiales poderes constituyentes y/o reformadores.

Ello no ha impedido los numerosos cambios, derogaciones y sustituciones constitucionales, a las que nos hemos referido más arriba. El reconocimiento legitimador por los Tribunales, de la acción de los Gobiernos de hecho, también ha desvirtuado esta rigidez constitucional.

Un efecto jurídico importante de la supremacía de la Constitución es el que incide en el carácter y funcionamiento de los grandes Estados federales latinoamericanos. La Constitución argentina (1853), de nuevo en vigor, en su artículo 31, señala "Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la Ley Suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales . . .". Este artículo —traducción del apartado 2 del artículo 6 de la Constitución de USA— sirvió de modelo a la muy

(22) Karl Schmitt, "La defensa de la Constitución", Ed. Tecnos, Prólogo de Pedro de Vega, Madrid, 1985, págs. 96 y ss. Sánchez Viamonte se opone a la idea de Schmitt para quien el Estado Legislativo, característico de la Europa del XIX, que se prolonga hasta nuestro tiempo, para llegar al Estado total, es aquél en el que no cabe defensa de la Constitución por un Tribunal., Op. cit., pág. 76.

(23) Op. cit., pág. 34. En el cap. IX, "La supremacía de los textos Constitucionales", cita una serie de artículos de diversas Constituciones europeas y americanas que expresan esa supremacía de la Constitución.

parecida redacción del artículo 133 de la Constitución de otro de los grandes Estados federales: México. Disposiciones análogas existen en Venezuela y en Brasil.

Esta clara subordinación del orden jurídico de las provincias o Estados federados al orden jurídico nacional ha sido uno de los instrumentos eficaces para robustecer el centralismo, y establecer, en la práctica, un seudofederalismo.

La consecuencia más importante de este principio de supremacía constitucional se proyecta en el sistema de protección de los derechos incluidos en la Constitución, garantizados por el procedimiento de declaración inconstitucional de los actos contrarios a la Constitución, que realizan los poderes públicos ordinarios. El recurso de "amparo", una de las más originales aportaciones del constitucionalismo latinoamericano —al que nos referimos más adelante— es hijo de este concepto de supremacía de la Constitución.

3.4. Seudofederalismo

Al clasificar las Constituciones, Wheare propuso cuatro criterios. De acuerdo con uno de ellos, distinguía entre federales o unitarias, según el criterio de distribución de competencias entre el Gobierno Central y los locales, establecidos en la Constitución, y contempla si en esta distribución las facultades están centralizadas o descentralizadas. Pero Wheare señala que es necesario fijarse en su aplicación en la realidad; así, una Constitución unitaria puede funcionar como una federal; en cambio, una Constitución federal puede operar en la práctica como si se tratara de una unitaria, tales son los casos de las llamadas Constituciones federales de México, Venezuela, Brasil y Argentina (24).

La estructura federal hispanoamericana, en este caso, no es resultado de un simple mimetismo inicial del arquetipo constitucional de USA, sino fruto de un tenso proceso histórico del que resulta un federalismo distinto al yanqui. Este es básicamente institucional, preexistente a los

(24) K.C. Wheare, "Modern Constitutions", Londres 1966, pág. 22. (Hay traducción española, ed. Labor, Barcelona, 1971). Por nuestra parte podríamos señalar como un arquetipo de Constitución Unitaria federalizante la actual española de 1978.

Estados nacionales nuevos y de carácter civil; mientras que el latinoamericano —señala Pedro Sieglar— “era posterior a las revoluciones emancipadoras, altamente personal en función del liderazgo feudatario de la región y obtenido como resultado de victoria en el campo de las armas por jefes militares . . ., y que iba acompañado de una total intolerancia religiosa” (25).

“Los próceres urbanos de la ilustración hispanoamericana —añade Sieglar— chocaron, en su entendimiento laico y racional con las fuertes lealtades personales locales, enraizados en el feudo, el culto del coraje físico y la religión . . ., y para quebrar este modelo impulsaron una acción coactiva y centrípeta al servicio de sus ideas y progreso”.

De este enfrentamiento surgen las luchas civiles latinoamericanas, de la primera mitad del siglo XIX, de las cuales saldría, como resultado pragmático posterior y en países diversos, un federalismo “de tregua” y espíritu transnacional, como concesión a la vigencia de los “caudillos” locales, pero con fuerte componente unitario.

El centralismo de estos Estados seudofederales, se expresa mediante el control de constitucionalidad ejercido por los poderes judiciales —al que nos hemos ya referido— el mantenimiento en manos del ejecutivo —el presidente de la República— de facultades tan decisivas políticamente como es la del nombramiento de los gobernadores de las provincias o estados —Argentina, Venezuela— y el control presupuestario, así como el papel hegemónico de algunos partidos nacionales sometidos a la Presidencia.

(25) Pedro Sieglar, “El control interno del ejecutivo como prerrequisito de una buena sociedad democrática en América Latina”, *Anuario Jurídico* IX, 1982, México, UNAM, págs. 678-9. De esta confusión es buena muestra las luchas desplazadas entre unitarios y federales, en la Argentina de Juan Manuel de Rosas (1829-1853) ejerciendo éste —como caudillo de los federales— una verdadera tiranía centralizada. Véase Hubert Hening, *op. cit.*, tomo II, págs. 841-54. La tensión entre las provincias del interior y Buenos Aires, que quería ejercer un control de aduanas sobre el comercio e industria de las provincias, fue un factor decisivo en estas luchas.

En el caso mexicano de federalismo, se ha puesto de manifiesto la importancia de la Constitución Española de 1812 y el sistema de diputaciones Provinciales, que venían a constitucionalizar las juntas de la lucha de la Independencia. Nettie Lee Benson, “La Diputación Provincial y el federalismo americano”, Traducción española, segunda edición, 1960. Citado por Sánchez Agesta, Luis, “La Democracia . . .”, págs. 73 y ss.

Las tensiones federales en Venezuela y Colombia están unidas al origen del proyecto bolivariano de la Gran Colombia, entre unitarios y federalistas, pro-norteamericanos y autóctonos. Vid. Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 86-105.

Conviene, sin embargo, subrayar la influencia del mantenimiento de esta estructura territorial de distribución de competencias por la eficacia transformadora del derecho sobre la realidad para que, incluso con su carácter cuasi federal, haya determinado cierto funcionamiento político descentralizador (26).

La eficacia del federalismo se encuentra unida a un sistema bien establecido de división de poderes. Por ello, la confusión de estos poderes y el predominio del presidencialismo —como veremos más adelante— afectará a la funcionalidad federal.

“El federalismo será más funcional o menos funcional —señala Bidart Campos— según se acentúe o debilite la separación de poderes”.

“Llamamos proceso federal —continúa este autor— al funcionamiento del sistema federal originariamente adaptado por una decisión política. La decisión no basta porque el federalismo puede frustrarse o vaciarse después si su proceso no es funcional. Y en la funcionalidad siguen haciendo presencia elementos de propensión natural que se computarán para tomar la decisión, más otros que se le añadan. Y, como todas las cosas humanas, el proceso federal requiere una readaptación y renovación constantes, un quehacer continuo, porque —como cabe decirlo del Estado, que no “es”, sino que permanentemente “está siendo” en una dinámica del régimen político— el federalismo es una empresa cotidiana”.

(26) Jorge Carpizo, sin rechazar el criterio de Wheare y refiriéndose al caso de México, indica que su cuasi federalismo no funciona realmente como si fuese un sistema unitario, . . . y ha hecho que en diversos aspectos sí exista en México descentralización política. “Sistema federal mexicano”, en “los sistemas federales del continente americano”, México, 1972, págs. 543-7. Humberto La Roche destaca el fracaso histórico del federalismo en Venezuela y la ficción jurídica que supone su enunciación en la actual Constitución.

La Ley de elección de Gobernadores —también prevista en el artículo 22 de la Constitución venezolana— no se ha aprobado.

“Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano”, 9a. ed. Maracaibo, 1984, págs. 352-55.

Por su parte, Allan Brewer, que califica de “federalismo decadente” el sistema venezolano frente al que plantea la búsqueda de un Gobierno y Administración regional, basado en la participación popular y la descentralización territorial, reconoce las ventajas tácticas de utilizar para el nuevo diseño, algunas de las estructuras y normas preexistentes de los sistemas federal y municipal, op. cit., cap. 16.

Conviene, no obstante, señalar la evolución hacia la elección democrática de los Gobernadores de los Estados, en Argentina, Brasil y México, y la posibilidad legal de poner en marcha este método en Venezuela en un futuro próximo.

La crisis general del Estado iberoamericano en su configuración presidencialista hace renacer corrientes federalistas como alternativas de renovación y supervivencia. La tendencia de las nuevas Constituciones de las provincias argentinas —aprobadas a lo largo de 1986—, el reforzamiento de los poderes “estadales” en la nueva Constitución brasileña de 1988 e incluso las reformas mexicanas apuntan a este camino.

Para que se alcance un verdadero sistema federal se necesita una auténtica reforma de los medios. “. . . A la asignación de servicios debe seguir la asignación de recursos. Acompañando a la reforma del sistema impositivo nacional, las provincias deben mantener una esfera fiscal de reserva propia de recaudación”. Sólo así —apunta el profesor Pedro J. Frías— se alcanza esa conjugación particular de los verbos del Estado, propias de la auténtica estructura federal: coordina sin especulación, controla sin anular, promueve sin marginar, ayuda sin presionar. “El gobierno federal es supremo en lo suyo, pero subsidiario en relación a esa esfera de reserva de las provincias” (27).

Este proceso es, sin embargo, lento pese al giro significativo de los últimos tiempos.

Hay que destacar también el papel descentralizador y comunal del municipio de América Latina, apoyada en la sólida tradición del “Cabil-do” hispano. En algunos Estados —México— se considera al municipio, forma del Estado federal. Su fortaleza democrática hace de él una cédula medular en la integración del Estado, a la vez que en el autogobierno autónomo de las ciudades. De ahí la necesidad de su robustecimiento en todo proyecto de reordenación del Estado (28).

(27) Las citas son todas ellas de comunicaciones al ya mencionado IV Congreso Iberoamericano Derecho Constitucional, Madrid, septiembre de 1988. Germán Bidart Campos, “Marcos, condicionamiento y frenos del federalismo”, Pedro J. Frías, “El proceso federal argentino”. El autor, en la comunicación que presentó a este Congreso, también insistió en el fenómeno del renacimiento paulatino del federalismo: Antonio Colomer Viadel, “El Presidencialismo iberoamericano y el Estado. Notas para el análisis de una crisis”.

(28) Véase Manuel Suárez Muñoz, “El municipio, factor de desarrollo”, Anuario Jurídico IX, 1982, UNAM, México, págs. 687-95. Allan Brewer, que también escribe sobre “el municipalismo decadente” apunta, sin embargo, a una redefinición de sus funciones, cambios de estructuras y racionalización de sus tareas. Entre los medios, apunta el de los Convenios entre municipios para establecer mancomunidades, con objetivos coordinados de servicios y desarrollo, op. cit., cap. 16, pág. 443.

3.5. Constitucionalismo de excepción

Una primera acepción respondería a la fundación constitucional cuando se crea un nuevo Estado o se instaura un nuevo régimen político, al margen de las previsiones de reforma que tenía el anterior. El ejercicio del poder constituyente fundacional o revolucionario.

La interpretación que aquí nos interesa describir es la de aquellas modalidades de suspensión parcial, sin derogación completa de la Constitución, pero que pretende imponer o dar preeminencia —como ya señalamos— a las disposiciones excepcionales.

El sistema de Actas y Estatutos Institucionales fue el instrumento de la asunción del poder por los militares durante los años 60 y 70. En gran medida están derogados como consecuencia de la nueva ola de democracia vigilada y el regreso de los civiles al poder. Sin embargo, supone una innovación constitucional —siempre susceptible de volver a emplearse— a la que no queremos dejar de hacer referencia por la trascendencia reciente que tuvo y la influencia en el reforzamiento de una tradición mucho más antigua y generalizada: las facultades excepcionales de suspensión de determinados artículos constitucionales —relacionados con derechos y libertades— por el poder ejecutivo.

El profesor Gross Espiell ha resumido admirablemente tal peculiaridad constitucional: "Las Constituciones latinoamericanas tradicionalmente han previsto y regulado ampliamente lo relativo a las facultades excepcionales de que puede disponer, en circunstancias de particular gravedad, el presidente de la República".

"Estos institutos, bajo nombres diversos . . . constituyen formas de la regulación constitucional de lo que podía calificarse como "la dictadura constitucional en América Latina".

"... Generalmente han sido aplicados con una finalidad y con un objetivo contrario al de su reconocimiento constitucional —defender el Estado de derecho y asegurar la vigencia de la Constitución. Han sido casi siempre, en la historia política de la América Latina, instrumentos con los que se ha intentado imponer las formas más extremas y arbitrarias de predominio del poder ejecutivo, queriendo disfrazar su real significación con un ropaje jurídico" (29).

(29) Héctor Gross Espiell, "El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica", UNAM, México, 1977, págs. 12 y ss.

3.5.1. Actos y Estatutos Institucionales

Bajo esta denominación se encuentran los "bandos" o decretos institucionales que —como indica Vanossi— "son actos de imposición de los detentadores del poder, por la fuerza y en virtud del asentimiento, ya sea por un "golpe de Estado" de alguno de los poderes constituidos, ya sea por la insurrección de la fuerza armada frente al poder civil" (30).

Los gobiernos militares, después de los golpes de Estado en Brasil, Argentina, Chile o Uruguay —en 1937, 1964, 1966, 1972, 1973, 1974, 1976— han elaborado Actas y Estatutos, de la Revolución, en las que reivindican el poder constituyente, del que se invisten, para ejercerlo en nombre de la Nación.

Al mismo tiempo, estos gobiernos —sobre todo, en las últimas décadas— han pretendido mantener una cierta imagen de continuidad constitucional, reconociendo en vigor, al menos formalmente, alguna Constitución nacional histórica, de prestigio, en aquello que no se opusiera a su labor constituyente mediante decretos-leyes, Actas Constitucionales o institucionales para "reconducir el proceso de salvación nacional".

Algunos casos nos ilustrarán adecuadamente:

En Chile, tras el golpe militar del 11 de septiembre de 1973, la Junta Militar declaró no derogada la Constitución de 1925 aunque advirtió que modificaría la Constitución aun de forma tácita, cuando alguno de sus decretos-leyes contuviese normas incompatibles con los textos constitucionales. Casi nada quedaba de la Constitución de 1925 tras el golpe. Sustraídos el Parlamento y municipios, destruido el poder electoral, el Tribunal Constitucional, la Junta ha tratado de modificar la Constitución a través de sucesivas Actas Constitucionales, durante el período 1973—1980 hasta plebiscitar una nueva (31).

(30) Jorge Reinaldo A. Vanossi, "Teoría Constitucional", tomo I, págs. 297—8, considera que en estos casos se trata de creaciones constitucionales, autocráticas, unilaterales. En nota 25, de la pág. 298, señala como igual en Brasil —Acta núm. 1, de 1964— que en Argentina —Acta de la Revolución Argentina de 1966, como en el Estatuto Fundamental, de 1972— los gobiernos militares reivindican el poder constituyente, y lo ejercen en nombre de la nación.

(31) Lisandro Cruz Ponce, "Desarrollo Constitucional de Iberoamérica, 1975—80. Estudio del problema en la República de Chile", Anuario Jurídico IX, 1982, UNAM, págs. 763—85. La Constitución de 1980, aún en vigor, fue reformada parcialmente en plebiscito pactado con la oposición —1989— para eliminar sus rasgos más "excepcionales".

El gobierno militar argentino, surgido el 24 de marzo de 1976, ejerció el poder constituyente elaborando las "Actas para el proceso de reorganización nacional", el "Acta que fija el propósito y los objetivos básicos para este proceso" y el "Estatuto para el proceso de reorganización nacional". De acuerdo con el artículo número 14 de éste, "los gobiernos nacionales y provinciales ajustarán su acción a los objetivos básicos que fijó la Junta Militar, al presente Estatuto y a las Constituciones nacional y provinciales en tanto no se opongan a aquéllos".

Tal redacción atestiguaba que no se derogaba ni sustituía la Constitución nacional ni las provinciales, pero daba una preeminencia a las nuevas normas. Tal interpretación fue aceptada por alguna Corte Suprema de Justicia —como la de la provincia de Mendoza.

Sin embargo, en la jura de cargos, de los distintos órganos, se suprimió el párrafo final, "en cuanto no se opongan a aquéllos", que puso en igualdad de nivel los objetivos de la Junta, el Estatuto y la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado esta armonía normativa para, en alguna de sus sentencias, intentar someter a la Junta Militar a los cauces de la Constitución. Si en un plano histórico-nacional su eficacia fue pequeña, en los casos afectados y también como ejemplo el jurídico tuvo una valiosa significación (32).

Otros dos casos distintos están representados por el Ecuador y Uruguay. El Gobierno militar de Ecuador, en 1976, al hacerse cargo del poder, declara en vigor la Constitución de 1945, "en todo cuanto no se oponga a los fines de la transformación política y a los bandos expedidos durante el imperio de la Ley Militar". El fin fundamental del cambio político era la convocatoria de un referéndum popular para elegir entre la Constitución de 1945, reformada, y un nuevo proyecto de Constitución. La nueva Carta entra en vigor el 10 de agosto de 1979 (33).

(32) Sobre los textos legales nuevos de la "Revolución" Argentina y su alcance, véase Billie Chawe y Corina Díaz, "La situación Constitucional en Argentina", 1975-80, y sobre la actuación de la Corte Suprema, Darío Pérez Guillou, "La Corte Suprema de Justicia y el Gobierno de facto argentino, 1976-80"; ambos artículos en el Anuario Jurídico IX, 1982, UNAM, México, págs. 787-98 y 811-23, respectivamente. A partir de 1983, la Constitución histórica argentina —1856— recobra la plenitud y se van derogando los Estatutos y Actos Institucionales.

(33) Luis Verdesota Salgado, "Desarrollo Constitucional en Iberoamérica (1975-1980): El Ecuador", Anuario Jurídico IX, 1982, UNAM, México, págs. 865-86.

Otra modalidad de Acto Institucional es el que ha establecido el gobierno militar de Uruguay, mediante el Decreto Constitucional número 19 —del 15 de septiembre de 1984— dictado como corolario de las negociaciones efectuadas entre las fuerzas armadas y los representantes de los partidos políticos uruguayos para el retorno a la normalidad democrática. El citado Decreto número 19, establece, de nuevo, la Constitución de 1967, pero con una serie de limitaciones en las normas de reforma constitucional y la inclusión de alguna nueva garantía constitucional, como la acción de "amparo" (34).

El alcance de las Actas y Estatutos es dispar, y el grado de integridad de la Constitución "clásica" que se mantienen es también irregular. Sin embargo, nos interesa destacar la utilización de este sistema de simbiosis entre la legalidad ordinaria y la legalidad sobrevenida, irrumpiendo por fuera de los cauces establecidos, reivindicando su legitimidad revolucionaria constituyente; pero, a la vez, queriendo conservar, en mayor o menor medida, la apariencia o realidad constitucional normal.

Es la primera manifestación del Constitucionalismo de excepción, con el cual caracterizamos el hecho constitucional en los Estados iberoamericanos.

3.5.2. *Disposiciones transitorias y artículos de excepción*

Otro de los procedimientos de incumplimiento o desvío constitucional, manteniendo formalmente el texto de la Ley fundamental, es la utilización de artículos o, más generalmente, de disposiciones transitorias adicionales, que modifican —o permiten modificar— sustancialmente, el alcance de las normas.

Este sistema regula la concesión de poderes especiales, la utilización por algún órgano constitucional o autoridad, de poderes y funciones que corresponden a otros, la prolongación de los plazos de mandato, la capacidad para suspender la vigencia de determinados artículos —a parte del procedimiento específico del estado de sitio, al que nos referiremos en

(34) Antonio Díaz Sobras, "Estudios sobre el Acto Institucional núm. 19. El ejercicio del poder constituyente a partir del 15 de noviembre de 1985", *Revista Uruguaya de Derecho Político y Constitucional*, tomo I, núm. 5, Montevideo, febrero-marzo, 1985, págs. 189-91.

el siguiente epígrafe— y, de forma más inhabitual, la composición de un órgano constitucional o la fijación de sus funciones, de tal manera, que implica confusión entre los atributos normales de los poderes, o es contradictorio con el marco doctrinal que la Constitución representa.

Dos Constituciones nos informan sobre este método que ha tenido antecedentes, algunos evidentemente extravagantes.

La Constitución de Panamá, de 1972, se planteó como vehículo para el funcionamiento de "iure" del régimen militar que había dado el golpe de Estado de 1968. El artículo 2 señala: "El poder público emana del pueblo; lo ejerce el Gobierno mediante la distribución de funciones que cumplen los Organos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales actúan en armónica colaboración entre sí y con la Fuerza Pública". Un jurista panameño, al comentar tal disposición, se admira de que se llegue a plasmar la teoría constitucional, en cuya virtud los órganos estatales son tributarios de la fuerza pública, "de este modo, se pregunta: ¿éste es un nuevo órgano estatal o un superórgano?" (35).

El Consejo Nacional de Legislación, amalgama de miembros del ejecutivo —presidente y vicepresidente de la República y los ministros— y de miembros de la Comisión de Legislación implica una confusión de órganos, cuyo origen fáctico lo encontramos en años anteriores en los que el Gobierno asumió las funciones legislativas.

En las disposiciones transitorias se pretende formalizar el poder real ejercido por el general Torrijos —jefe de la Guardia Nacional— desde el golpe de Estado. Se le reconoce como líder máximo de la Revolución Panameña y, en su consecuencia, y para asegurar los objetivos de ésta, se le otorga, por el término de seis años, las siguientes atribuciones: Coordinar toda labor de la administración pública; nombrar y separar libremente a los ministros, y a otras autoridades del Estado, incluidos los magistrados

(35) Humberto E. Ricordí, "Rasgos de la evolución constitucional panameña de 1950 a 1975". En "Evolución de la organización político-constitucional de América Latina", UNAM, México, tomo I, pág. 311.

de la Corte Suprema de Justicia, acordar la celebración de contratos y dirigir las relaciones exteriores (36).

En la Constitución Política de Chile, cuyo proyecto presentó a ratificación plebiscitaria la Junta Militar, y lleva fecha de 21 de octubre de 1980, se establecía en el artículo número 8 —que fue derogado en la reforma de 1989— una discriminación ideológica, al declarar la ilicitud de doctrinas contra la familia, de carácter totalitario o fundadas en la lucha de clases —lo que es peligrosamente abstracto para dejarlo al criterio de interpretaciones interesadas— y se atenta contra el principio de no retroactividad al declarar, entre otras sanciones la suspensión del derecho a ocupar cargos públicos, por diez años, de los que incurran o hayan incurrido en tales contravenciones.

La Constitución, además, institucionaliza un órgano, el Consejo de Seguridad Nacional —artículos 95 y 96— formado mayoritariamente por los jefes militares, que tiene funciones importantes como la decisión, junto con el Presidente de la República, para declarar los amplios estados de excepción constitucional —a los que aludiremos más adelante— y “presentar a cualquier autoridad establecida en la Constitución su oposición frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional”

Unida a su facultad de recabar de cualquier autoridad o funcionario todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del Estado —a lo que éstos están obligados y su negativa sería sancionada—

(36) El general Torrijos estaba también facultado por esta disposición para asistir, con voz y voto a las reuniones del Consejo de Gabinete y del Consejo N. de Legislación. Ricard apunta que “la constitucionalización de esta clase de expresiones de poder político no es algo insólito. Señala las enmiendas a la Constitución de Yugoslavia, para declarar al Mariscal Tito presidente unitario. *Ibidem*, págs. 311-2.

En 1983, después del fallecimiento de Torrijos, se realizó un referéndum para renovar la fachada democrática del régimen, eliminándose el art. 2 de la Constitución y otros de signo “excepcional”.

Recordemos que la Ley Orgánica del Estado de España —1966, en sus disposiciones transitorias— mantenía a favor del general Franco, las leyes de guerra de 1938 y 1939, que le otorgaba capacidad de otorgar normas generales.

ha hecho escribir a un jurista chileno que este artículo entrega a las fuerzas armadas la supervigilancia de todas las autoridades del país (37).

Especial interés tienen, para la argumentación que estamos realizando, algunas de las disposiciones transitorias de esta Constitución, por su profunda modificación de amplísimas materias del texto.

De acuerdo con las Disposiciones 12 y 13, durante el primer período presidencial de ocho años, que se inicia al entrar en vigor la Constitución, continuará como presidente de la República el actual presidente, el general Augusto Pinochet.

La Disposición 15 señala las modificaciones y salvedades, durante este período, en las atribuciones presidenciales que establecen los preceptos de la Constitución: decretar por sí mismo los estados de emergencia y de catástrofe; designar y remover libremente a los Alcaldes de todo el país; y, con acuerdo de la Junta Militar, designar a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, declarar la guerra, declarar el estado de asamblea y de sitio, entre otras.

Durante este mismo período —según la Disposición decimoctava— la Junta de Gobierno ejercerá las siguientes atribuciones exclusivas: ejercer el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, dictar las leyes interpretativas de la Constitución, aprobar o desechar los tratados internacionales, entre otras menos significativas.

(37) Lisandro Cruz Ponce, *op. cit.*, pág. 777.

Otro modo de perturbar el desarrollo normal del sistema democrático, que exige respeto al pluralismo ideológico y elección libre y regular de los representantes populares, ha sido la pretensión de encontrar cauces sustitutos "más auténticos". En este sentido, hubo una intención por la Junta Militar, de reforma Constitucional, para introducir formas de democracia "participativa", fomentando el papel de los municipios y comunidades. Intelectuales de la oposición democrática, agrupados en el "Centro de Estudios Constitucionales" (grupo de los 24), contestaron enérgicamente que no tenía sentido profundizar en la participación política, mientras no funcionaba la elemental y libre elección de los representantes. Véase su escrito, "¿Democracia en la base?". Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal, núm. 2, Madrid, Invierno 1984-5.

De acuerdo la Junta Militar y los partidos de oposición, se realizaron 54 modificaciones a la Constitución, aprobadas por plebiscito de 30 de julio de 1989, por una mayoría del 85 por 100 de los votantes. Además de reemplazar el art. 8, se aumentó el número de Senadores elegidos por los ciudadanos, y se reduce el mandato presidencial a cuatro años. El Consejo de Seguridad Nacional sufre algunos perfeccionamientos, pero las disposiciones sobre Fuerzas Armadas y de Orden, se mantienen íntegramente. Véase Manuel Alcántara, "Sistemas políticos de América Latina", tomo I, págs. 71-3, Madrid, 1989.

Por último, señalaremos que la Disposición vigesimocuarta amplía considerablemente el alcance de las facultades de los artículos 39 y siguientes, sobre estados de excepción, al conceder al Presidente de la República, durante estos ocho años de su primer mandato constitucional, una serie de atribuciones sobre restricción del derecho de reunión y libertad de información, expulsión del territorio nacional y disposiciones sobre arresto y confinamiento del personal.

Estas facultades las puede ejercer el Presidente por seis meses renovables, mediante decreto, y las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que la dispuso.

Estas normas, representan la culminación histórica —hasta el desiderátum arquetípico— de lo que hemos llamado “Constituciones de excepción”.

3.5.3. Casos de emergencia y Estado de Sitio

La exposición anterior nos introduce violentamente en la consideración de las medidas extraordinarias que las Constituciones prevén para intentar salvar la Constitución, suspendiéndola parcial o totalmente. Esta paradoja tiene hondas raíces históricas y políticas.

La tradicional institución del Estado de Sitio, que permitía suspender ciertas garantías Constitucionales, en relación a las libertades individuales y concedía al Poder Ejecutivo ciertas facultades especiales para hacer frente a graves alteraciones de la paz y el orden en la Nación, hoy en día ha alcanzado un desarrollo y sofisticación notables.

Un buen ejemplo es el Acta Institucional chilena número 4, del 18 de septiembre de 1976, decretada por la Junta Militar y que prevé distintos casos de emergencia y distintas respuestas de excepción constitucional: ante la situación de una guerra externa puede declararse el Estado de Asamblea; en caso de guerra interna o de conmoción interior, el Estado de Sitio; en el de subversión latente, el Estado de defensa contra la subversión y en el evento de calamidad pública, el Estado de catástrofe.

Históricamente, la institución para suspender los derechos, en caso de grave conmoción política y social, que tiene su origen en las primeras Constituciones francesas, muy pronto iba a arraigarse en los países ibero-



americanos, a pesar de la polémica doctrinal que arrastraba y la enemiga casi general de los juristas.

Carlos Sánchez Viamonte inicia sus conclusiones sobre este instituto con la cita de Fischbach: "En los Estados modernos que se llaman Estados de derecho, la dictadura suele recibir el nombre de 'Estado de sitio' ". Considera que la aceptación de esta institución está en contradicción con la supremacía de la Constitución y su rigidez. Confunde el poder legislativo —que lo autoriza— con el Poder constituyente y al autorizar aquél a suspender la aplicación de la Constitución . . . "significa destruir en su base el constitucionalismo y, por consiguiente, el Estado de derecho. Empleando términos que corresponden a la teoría del contrato social . . . digamos que . . . es volver al estado de Naturaleza".

"Por el momento no basta observar que el Estado de sitio pretende ser una institución destinada a defender la Constitución pero en la práctica resulta ser el mayor enemigo del constitucionalismo" (38).

Sin embargo, muy pronto se incluyeron en los textos constitucionales de las repúblicas iberoamericanas algunas cláusulas para autorizar la suspensión temporal de garantías y derechos, e incluso de la Constitución. La primera fue la Constitución chilena de 1833, que es el antecedente directo para la introducción de la institución en la Constitución argentina. Y, a partir de ahí, ésta se generaliza: en la brasileña, de 1890 —que tan duros comentarios provocó de Ruy Barbosa— y las que la siguieron y la casi totalidad de las Constituciones latinoamericanas. La pacifista Costa Rica, prevé en la suya de 1949 —en vigor— la suspensión

(38) Carlos Sánchez Viamonte, "El Constitucionalismo", en especial el cap. V. A la situación argentina dedica desde el cap. VI al XXV.

Los constitucionalistas chilenos, desde el siglo pasado, se han pronunciado en contra del Estado de Sitio. Referencia a las opiniones de Lastarria y Huneeus, *ibídem*, págs. 297-8. El profesor brasileño de Derecho Constitucional, Ruy Barbosa, en sus "Comentarios a Constituição Federal Brasileira", Sao Paulo, 1933, expresó las más duras opiniones sobre el régimen militar que impone el estado de sitio, (La moral del Estado de Sitio), infama a la sociedad con la plaga de espionaje y la delación . . . "La responsabilidad de los acusados no se mide ya por la gravedad de pruebas, sino por la negrura de las imputaciones . . .". "La averiguación es sustituida por la sospecha, la justicia, por la política; la ley, por la rúcula. El sentimiento de legalidad está desterrado enteramente de la nación".

"El Estado de Sitio no salva la Constitución, entroniza la dictadura", "Si todas las instituciones son susceptibles de abuso, el Estado de Sitio es, por excelencia, el abuso convertido en institución".

Citado por Sánchez Viamonte, *ibídem*, págs. 309-12.

de garantías; y una de las últimas en aprobarse, la de Honduras de 1982, dedica el capítulo III de su título IV a las restricciones a la suspensión de derechos, que comprende los artículos 187 y 188. En este último se indica que el territorio en que fuesen suspendidas las garantías . . . se regirá, durante la suspensión, por la Ley de Estado de Sitio.

El título V de la Constitución brasileña de 1988 se dedica a "Da defesa do Estado e das Instituições democráticas" y prevé dos situaciones de excepción a decretar por el presidente de la República: "estado de defensa" y estado de sitio (artículos 136 a 139). La duración de la suspensión de algunos derechos sólo puede ser por treinta días, prorrogables por otros treinta, dependiendo de la ratificación o autorización del Congreso, por mayoría absoluta, en cada caso.

Se pretendió delimitar el campo de acción de tal procedimiento y resguardar, en lo posible, la vigencia del espíritu constitucional y su protección de los derechos de las personas, mediante ciertas cautelas en el procedimiento y medios de poner en marcha el Estado de Sitio.

Se distingue de la concesión de facultades extraordinarias por el Congreso al ejecutivo. La Constitución argentina —artículo 29— no sólo prohíbe tales actos, sino que declara la nulidad insanable y sujeta a los que intervengan en ellos a la pena de los traidores a la Patria.

El artículo 29 de la Constitución de México, por contra, sí prevé la concesión por el Congreso de facultades extraordinarias al presidente.

En general, se concede al legislativo la decisión de adoptarlo —o tiene el ejecutivo que pedir autorización posterior—, se fija un plazo determinado, no demasiado largo —ende diez días y seis meses de duración—, después del cual se restablecen automáticamente las garantías; se ha querido también delimitarlo espacialmente a un territorio concreto, con la prohibición o presunción, según los casos, de que no alcanzará a todo el territorio nacional; se buscó minimizar las medidas: el ejecutivo no podía imponer penas bajo esta situación, sino sólo arrestos o traslados, por plazos cortos, también determinados; las condiciones de estos arrestos o confinaciones se pretenden atenuar, en relación al cumplimiento de las penas, y así invariablemente, desde las primeras disposiciones hasta ahora, se repite que tendrá lugar "en sus propias casas o en lugar que no sean cárceles, ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes".

La realidad histórica, sin embargo, operó en forma muy diferente. Las medidas se extendieron a verdaderas suspensiones de derechos y garantías, en éste o en otros casos de emergencia, según los países, y aplicación de penas (la Constitución chilena de 1833, ya preveía esta restricción de derechos, aunque fuera como facultad del Congreso, distinta del estado de sitio).

La autorización por el Congreso ha sido un obstáculo muy fácil de superar: por la debilidad de muchas Asambleas legislativas, por el dominio que el ejecutivo ejerce sobre ellas, o por recurrir éste, sistemáticamente, a declararlo en período de vacación de las Cámaras, poniéndolas ante hechos consumados.

El control del plazo determinado se evadía a través de una renovación constante. El límite de aplicación territorial estaba en desuso o se obviaba con yuxtaposiciones de zonas declaradas de emergencia.

La modificación de condiciones en cuanto a los lugares de arresto y confinamiento —al ser prohibidas las cárceles— se convierte en un tremendo sarcasmo, cargado de patetismo, si recordamos los campos de fútbol, cuarteles hospitales, escuelas, etc., siniestros sustitutos para el alojamiento —y desaparición, tantas veces— de los afectados por los estados de sitio o cualquier otro de los correspondientes a los diversos casos de emergencia.

La posibilidad de recurrir ante la arbitrariedad y la injusticia, en la aplicación de tales medidas —ya muy dificultada por la suspensión inmediata del "hábeas corpus"— ha sido cerrada por la jurisprudencia. Así, la de la Corte Suprema de Justicia argentina estableció que la declaración del estado de sitio por el Congreso es un acto político y no justiciable. A partir de tal declaración, los actos adoptados por el Poder ejecutivo para hacerla efectiva, afectan al ejercicio de sus facultades privativas que, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial. La Corte ha atenuado, últimamente, este criterio, mediante la idea de razonabilidad entre los medios empleados y los fines perseguidos (39).

(39) Véase Salvador María Lozada, "Derecho Constitucional argentino...". Cap. I, págs. 713-53.

Sobre la prohibición de conceder facultades extraordinarias y su reflejo en el Código Penal, véase también, Lozada, "Instituciones de Derecho Público", 2a. ed., Buenos Aires, 1976, págs. 130-1.

No resulta exagerada, por tanto, la terrible frase del brasileño Ruy Barbosa, en los años 30: "La moral del Estado promueve la institución de una especie de terror policial que sucede al terror presidencial del estado de sitio".

El estado de sitio latinoamericano resulta una especie de constitucionalización de la doctrina penal del "estado peligroso", pero —dice Sánchez Viamonte— mientras en la doctrina penal es la sociedad la que declara peligroso al individuo, en la doctrina constitucional es exactamente lo contrario: es el individuo el que declara en estado peligroso a la sociedad.

¿Cómo se explica la generalización de tal institución y el reiterado recurso a la misma?

La respuesta es evidente desde la perspectiva histórica que ya conocemos. La daremos con palabras de Carlos Sánchez Viamonte: "El estado de sitio satisface dos exigencias muy humanas y muy vivas aún: la sensualidad del poder en quienes lo ejercen con mando y no como función pública, por una parte, y, por otra, la abyección de quienes desean ser mandados. Pero aún hay más: a esta circunstancia se suma un propósito de carácter económico, de clase. Las fuerzas conservadoras, usufructuarias de las injusticias históricas, desean mantener esas injusticias, oponiendo la fuerza al derecho" (40).

No es de extrañar que en el marco del II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, un jurista afirmara: "Los estados de excepción no pueden ser institucionalizados, pues ello es una contradicción en sus términos con la función del derecho que no puede admitir la "excepción", sino la regularidad. Institucionalizar la excepción es equivalente a institucionalizar los golpes de estado" (41).

(40) "El Constitucionalismo . . .", pág. 479. El autor señala a continuación cómo el Estado de Sitio ha atacado la libertad y protegido el capital. "Para probarlo, basta observar que la única llamada garantía ante la cual se detiene es la declaración constitucional que protege teóricamente la propiedad".

(41) Humberto Quiroga Lavie, "El sistema constitucional y la determinación de la Democracia". Anuario Jurídico, 1982, UNAM, México, págs. 625-6.

3.6. Separación de poderes. División del poder, preponderancia de poderes

La teoría de la división del poder, elaborada por Locke y, sobre todo, por Montesquieu, parte de la idea de que la soberanía la tiene el Monarca, pero debe organizarse el poder en tres potestades que realicen funciones distintas para, de este modo, garantizar la libertad. La influencia decisiva sobre el constitucionalismo moderno la tiene esta teoría, a partir de su conversión de "división de poder" en "separación de los poderes", durante la Revolución Francesa, y en la Constitución norteamericana. El miedo de las burguesías triunfantes, de uno y otro lado del Atlántico, al retorno del absolutismo y el deseo de asegurarse el dominio del poder político, impuso el sistema de separación de poderes —de poderes distintos e independientes— concepto que no se encuentra en Montesquieu y, aún menos, en Locke (42).

La fiebre doctrinaria del liberalismo burgués que se contagia por toda América y se proyecta en la elaboración de sus leyes fundamentales, hace de este principio de división o separación de poderes —en su reflejo y evolución en estas leyes— uno de los instrumentos decisivos para fijar los rasgos del constitucionalismo iberoamericano.

Esta teoría es la que inspira la organización del gobierno, establecida en la histórica Constitución argentina, que no sólo la considera definitiva de la ordenación de los poderes y de su sistema constitucional, sino que incluye preceptos para ahondar la distinción e impedir toda confusión entre los poderes. Así, el artículo número 29 —ya citado— señala que el Congreso no puede conceder al ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores, facultades extraordinarias e, incluso, equipara este otorgamiento al delito de traición. Lo que cierra el acceso del órgano ejecutivo a funciones legislativas.

La distinción entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo es profundizada por el artículo número 95: "... en ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de

(42) Una excelente síntesis del pensamiento de estos autores en la materia y del giro que le dio la burguesía revolucionaria. En Allan R. Brewer Carías, *op. cit.*, págs. 93-104. Véase también las valiosas referencias bibliográficas en las notas del cap. IV. Esta posición la ha ratificado en una obra más reciente: "Instituciones políticas y constitucionales", tomo II, págs. 135 y ss. Caracas, 1985.

causas pendientes o restablecer las fenecidas". La prohibición alcanza no sólo al presidente, sino a todas las personas subordinadas a él. Esta interpretación se deriva —como señala Lozada— no sólo de la norma en cuestión, sino del sentido que se le ha dado en la Constitución de Chile, el cual fue tomado por Alberdi e incluido en su proyecto seguido, en este punto, por los constituyentes argentinos (43).

La importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Buenos Aires, desde mediados de siglo pasado hasta ahora, ha reiterado la defensa de esta teoría de la separación de poderes a la que considera principio fundamental del sistema político argentino.

Estos tres poderes, independientes en su esfera, tienen atribuciones cada uno peculiares y exclusivas, "pues el uso concurrente o común de ellas —sentencia la Corte— haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno" (44).

La eficacia de la supremacía de la Constitución, hecha posible gracias al control de constitucionalidad, se fundamenta en la separación de poderes. Sin este principio no puede existir aquélla. Esta división, tanto en la versión horizontal ya conocida de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cuanto —en algunos sistemas— la vertical o territorial, que se traduce en el federalismo y en el régimen municipal, es la única garantía de la libertad (45).

Tal doctrina ha tenido importantes reflejos en la evolución constitucional iberoamericana aunque no de forma unánime. Influjo general en Sudamérica —exceptuando la práctica parlamentaria del Imperio del Brasil, en el siglo XIX— y en algunos países centroamericanos. Entre

(43) Salvador María Lozada, "Instituciones de Derecho Público", págs. 129-31. "Este precepto que nos ocupa —señala el autor— constituye un argumento negativo . . . para concluir que es impropio en nuestro país, el establecimiento de tribunales administrativos".

Sobre la condición de presupuesto básico del control de la Constitucionalidad y la supremacía de la Constitución, del principio de separación de poderes, véase Vanossi, Jorge R., "Teoría Constitucional", I, págs. 483-4.

(44) Este juicio lo expresaba la Corte en el caso Ríos, sentencia de 4 de diciembre de 1863, y lo ha seguido reiterando hasta sentencias de 1967, recogidas por Salvador María Lozada, "Derecho Constitucional argentino . . .", págs. 85 y ss.

(45) Esta es la formulación que realiza la Constitución argentina (arts. 1, 5, 104 y afines), cuyo origen primero —señala Jorge Reynaldo Vanossi— es el famoso art. 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, "Teoría Constitucional". I, págs. 484-5.

estas últimas Constituciones, consagra tal principio de manera clara, la Constitución de Costa Rica, de 1949, cuyo artículo número 9, dice: "El Gobierno de la República lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propios".

La actual Constitución de Honduras —1982— señala en el artículo 10, que de la soberanía emanan todos los poderes del Estado y consagra su título V a estos poderes.

En el caso de Venezuela se produce un giro radical a partir del siglo XX. Durante el XIX dominó la concepción de la división de poderes, pero desde la Constitución de 1901 arraiga la noción del "Poder Público", como potestad o poder jurídico de obrar que la Constitución confiere al Estado venezolano para la realización de sus fines. "Como todo poder, por ello —señala Brewer-Carías— el Poder Público es y ha sido una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva del Estado" (46).

La posición doctrinal en esta materia no es, pues, unánime en el Continente. El pensamiento mexicano, seguido en todas las Constituciones de este país, considera también que no hay división de poderes, sino que existe un solo Poder. El artículo 49.1 de su Constitución es muy claro: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Al comentarlo, indican con acierto los profesores Carpizo y Madrazo, que lo que está dividido es el ejercicio del poder, no éste. Cada rama del poder es creada por la propia Constitución que les señala expresamente sus facultades. Pero, además, la propia Constitución —subrayan estos constitucionalistas— construye la colaboración entre las ramas del poder: intervención del presidente en el Legislativo mediante la iniciativa de leyes, el veto, la publicación de leyes; la aprobación por el Senado de numerosos nombramientos de funcionarios; el presidente puede pedir ante la Cámara de Diputados la destitución por mala conducta de cualquier miembro de la Corte Suprema de Justicia y otros jueces.

(46) Allan Brewer Carías, "Instituciones . . .", tomo II, pág. 138.

Además, según el artículo 49, el Congreso puede conceder al Presidente facultades extraordinarias para legislar, por razones de emergencia del país, tras la supresión de las garantías individuales. En 1938, se aprobó una adición al artículo 49: "En ningún otro caso se otorgarán al Ejecutivo facultades extraordinarias"; ésta impide que se concedan —como se había hecho— en tiempos normales de paz. El párrafo 2o. del artículo 131 —creado en 1951— establece facultades extraordinarias concedidas al presidente por el Congreso en materia económica y social, y termina con una fórmula amplísima: "... y realizar cualquier otro propósito en beneficio del país" (47).

Entre estas dos posiciones extremas, la argentina y la mexicana, se va a producir la evolución de las relaciones de poder o poderes constitucionales en los Estados iberoamericanos. En este devenir, no van a influir sólo doctrinas jurídicas, sino, y sobre todo, factores políticos y sociales.

En un orden doctrinal, si algunas Constituciones han seguido la línea de la división de poderes, otras han escogido la vía de la unidad del poder y de la cooperación entre sus órganos. El caso de la Constitución de Venezuela (1961), en vigor, es bien significativo, tras señalar en su artículo 117 que "la Constitución y las Leyes definen las atribuciones del Poder Público ...", en el artículo 118 dice, textualmente: "Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

En América Latina, también ha tenido su reflejo la tendencia general a la primacía del Poder Ejecutivo, como instrumento más ágil y eficaz del creciente intervencionismo estatal. Conocemos bien la incidencia en los sistemas políticos y constitucionales del protagonismo del Gobierno en la dirección económica y en la organización de las medidas de protección social propias del Estado contemporáneo.

El incremento desmesurado de la múltiple actividad de la Adminis-

(47) Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, "Derecho Constitucional", UNAM, México, 1983, págs. 25-28.

Además de los dos casos en que, según el artículo 49, se autoriza al Presidente a legislar la Constitución señala otros tres: a) la facultad reglamentaria, b) las medidas de salubridad, y c) los tratados internacionales que se celebran con la ratificación del Senado, y tienen aplicación interna, según el art. 133.

tración ha exigido también un aumento acorde de las funciones legisladoras del Ejecutivo a través de la legislación delegada y la potestad reglamentaria.

La adaptación institucional a estas necesidades se ha dado perfectamente en los regímenes parlamentarios, en los que la colaboración de poderes ha desembocado en la conversión del Gobierno en la cabeza y dirección de la mayoría parlamentaria de turno. Los regímenes presidenciales han tenido que adecuar también a esta situación la rígida separación de poderes que les caracterizaba y evolucionar hacia fórmulas de cooperación entre éstos, bajo predominio del Ejecutivo.

Prueba de esta irreprescindible evolución es el giro de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina cuyo país es un paradigma de la división de poderes. Sin renunciar al principio, ni aceptar su violación, ha reconocido que éste requiere una adecuación a las necesidades de la vida contemporánea, a los objetivos de expansión de las fuerzas materiales y al correlativo mejoramiento económico de la comunidad (48).

Ahora bien, la cuestión que analizamos no se reduce, en el caso iberoamericano, a una disputa doctrinal entre partidarios o enemigos de la separación de poderes, o la incidencia más reciente de la política estatal de desarrollo socio-económico, propia del Estado Social de Derecho.

Existen razones históricas, propias de la peculiar evolución —y de la estructura social de que se partía— de los países de América Latina, que han influido, decisivamente, en este problema de la organización y funcionamiento del poder o poderes del Estado. El papel destacado de líderes, caciques o "caudillos", junto con la debilidad del tejido político asociativo, ha determinado una importante personalización del poder. De ahí la importancia general de la institución de la Presidencia de la República, asumida por las figuras más importantes, o más audaces, y objetivo principal de todos los usurpadores. Ello ha generado el régimen presidencialista iberoamericano, que, mítica o tópicamente, se define como sistema de predominio del ejecutivo, o predominio presidencial, invasor de los territorios propios de los otros poderes.

(48) Véase el caso "Fernández Arias", de 19 de septiembre de 1960. Salvador María Lozada, "Derecho Constitucional argentino", I, págs. 25-26 y 44 y ss. y 83-86.

Sin entrar ahora en el detalle —ya que le dedicamos el próximo capítulo— conviene distinguir entre el presidencialismo institucional y la serie innumerable de dictadores de hecho. La importancia de éstos —más que un sereno análisis institucional— ha determinado el juicio —o mejor, el prejuicio— sobre el ejecutivo latinoamericano, y su función en la eliminación de los límites entre poderes, o entre los órganos del ejercicio del Poder Público.

Ciertamente, algunos rasgos de esta preponderancia existen, pero también, acompañados de otros peculiares rasgos parlamentarios, que le dan una imagen original.

En el debilitamiento, e incluso destrucción de la separación de poderes, ha ejercido un papel destacado el sistema de fuerzas o partidos políticos. Su interferencia, desde la práctica política en los órganos de Poder, ha perturbado el diseño de los mecanismos constitucionales.

Históricamente, la hegemonía de algún clan, bajo la égida del líder de turno, se ha proyectado en el intento de dominio de las tres funciones clásicas y de sus órganos de ejercicio. Modernamente, los partidos políticos mejor estructurados han tenido idéntica pretensión y con parecidos efectos.

Un testimonio notable, en este sentido, se encuentra en la conferencia que, hace algo más de veinte años, daba el joven constitucionalista —y más tarde, presidente de México— Miguel de la Madrid, sobre “la división de poderes en las entidades de la Federación mexicana”. En sus conclusiones señala que lo que ha representado un obstáculo fáctico a la operatividad del esquema legal de la división de poderes en los Estados de la Federación mexicana —y en el mismo sistema federal— ha sido la estructura y características de su sistema de partidos políticos. “En efecto —señala— el partido político mayoritario obtiene en las entidades federativas una influencia dominante en las tres ramas del Gobierno local. Esto lógicamente coadyuva a acentuar en un alto grado la colaboración constitucional de poderes, presionando las movedizas líneas limítrofes que los textos legales han plasmado” (49).

(49) La Conferencia la pronunció el 14 de marzo de 1963, en la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. La citamos de acuerdo con el texto recogido en sus “Estudios de Derecho Constitucional”, Miguel de la Madrid, 3a. ed. México, 1980, págs. 205–39. Las citas señaladas en las págs. 237–8.

El profesor Allan R. Brewer Carías, a partir del estudio del régimen político venezolano, presidencialista con sujeción parlamentaria, ha subrayado el peligro de una tentación parlamentarista en América Latina —como reacción a tantos históricos abusos del poder del Ejecutivo— y la necesidad de una reformulación del principio de la separación de poderes. Este correctivo a la fórmula original del Estado de Derecho implica una vuelta a la concepción inicial de división del poder. Brewer señala que frente a las exigencias crecientes que la sociedad plantea al Estado en cuanto a su intervención conformadora de la vida económica y social, “es evidente que un esquema de conflicto permanente de poderes no es adecuado para la toma de decisiones que las sociedades contemporáneas exigen”. De ahí, la tendencia a la mayor cooperación de poderes, bajo la primacía del Ejecutivo, al servicio de un desarrollo socio-económico y un cumplimiento de la justicia especialmente urgente en los países en vías de crecimiento (50).

La evolución constitucional iberoamericana, presidida casi por la hegemonía formal de la teoría de separación de poderes —por supuesto, con la notable excepción mexicana de origen— tiende hacia formulaciones crecientes de cooperación entre órganos del poder, bajo la primacía del ejecutivo, tras haber pasado por numerosas situaciones históricas en las que este ejecutivo, por vía de hecho, aun más que por vía institucional, ha sido predominante.

Se plantea ahora un equilibrio interno de este Poder, para garantizar libertad y democracia. Uno de los más destacados constitucionalistas mexicanos, el profesor Héctor Fix Zamudio, al comentar la crisis actual de la formulación tradicional de la división de poderes, ha realizado valiosas puntualizaciones: “Sin embargo, lo que se considera superado es su elaboración clásica, pero no el principio mismo, que todavía tiene validez, en cuanto significa que debe existir un equilibrio entre los diversos órganos del poder, de tal manera que cada uno de tales órganos sirva de contrapeso a los demás y se evite la concentración del poder en uno de ellos . . .”.

“Por tanto, si en la actualidad el poder se está concentrando de

(50) Op. cit., págs. 109-110.

Por supuesto no se trata de un Ejecutivo incontrolado, “sino aun cuando con mayor libertad de acción, con mayor control debido a su sumisión a la legalidad”, loc. cit., pág. 109.

manera inevitable en el ejecutivo, en perjuicio en especial de las asambleas parlamentarias, es necesario encontrar los instrumentos que impidan que esta concentración se transforme en absoluta e ilimitada . . ." (51).

3.7. Los derechos individuales y sociales y su "amparo"

Las primeras Constituciones de las jóvenes repúblicas americanas incorporaron a sus textos las partes dogmáticas de derechos individuales, que les inspiraba el entusiasmo por la filosofía liberal, simbolizada por la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y la Declaración de la Independencia de los EE.UU., de 1776.

A lo largo del siglo XIX, y hasta llegar a las actuales Constituciones, en todas ellas se han reiterado los añejos derechos de la libertad y la igualdad, tal como los enunció la burguesía revolucionaria de finales del siglo XVIII.

Estas ideas del liberalismo, basadas en la presunción de personas y ciudadanos autónomos, independientes y soberanos, y en el valor general de la igualdad ante la ley y la libertad formal, poco representaba para los pobres que viven en condiciones miserables.

Si el modelo constitucional foráneo de organizar los poderes del Estado era poco realista y congruente con la estructura social de Iberoamérica y, por tanto, inhábil para la formación de sistemas políticos eficaces y de integración social, el sistema de libertades y derechos tampoco fue más funcional y operativo. Derechos y libertades fueron ejercidos por minorías marginando al resto de la población.

En el presente siglo, algunas constituciones —y la primera de ellas la de México— innovaron este campo en dos direcciones:

- a) El mayor énfasis práctico, al enfocar el sistema de derechos como garantías individuales, y
- b) el Constitucionalismo social.

(51) Héctor Fix Zamudio, "Derecho, Constitución y Democracia". En Boletín mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XVIII, Agosto 1984, núm. 50, UNAM, México, págs. 481-514, Citas en págs. 496-8.

La Constitución mexicana de 1917, en su artículo número 1, manifiesta: "En los Estados Unidos mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución . . .".

Algunos autores consideran que este artículo asienta la tesis positivista respecto a los derechos humanos. Los profesores Carpizo y Medraza, por contra, no encuentran una oposición entre esta redacción del artículo número 1 y la que tenía en la Constitución mexicana de 1857, en donde se afirmaba: "Los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales". Consideran los juristas citados que la actual Constitución ya no expresa la fuente de las garantías individuales que ésta otorga, pero es indudable que esta fuente es la idea de los derechos del hombre.

"Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas" (52).

La Constitución mexicana abarca más de 80 garantías de detallada casuística, en relación a los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

Este método de reconocimiento de las consecuencias prácticas y de los procedimientos de protección de libertades y derechos se reflejará en la totalidad de las constituciones latinoamericanas a través de fórmulas mixtas: Se reconocen las garantías individuales, junto a los derechos e, incluso, las declaraciones generales. Estas son proclamaciones programáticas que hace el Estado en orden a sus objetivos, a su organización política, la finalidad fundamental que persigue y su situación en el conjunto de la comunidad internacional (53).

(52) "Derecho Constitucional", op. cit., págs. 19-20.

Las Constituciones españolas de 1812, y especialmente la de 1837, también habían abandonado el modelo francés de consagrar derechos abstractos, prefiriendo establecer las consecuencias concretas de tales derechos: el sistema de garantías individuales. Véase, Antonio Colomer Videll, "El sistema político de la Constitución española de 1837". Madrid, 1989. En especial el cap. IV.

(53) Una sencilla, clara y pedagógica exposición, en Humberto La Roche, "Instituciones Constitucionales . . .", op. cit., págs. 457-600.

3.7.1. *El Constitucionalismo social*

Uno de los legítimos motivos de orgullo del constitucionalismo iberoamericano, a través del mexicano —cuya paternidad es indiscutible— es el de ser el primero en incorporar normas de contenido laboral y social.

Los derechos sociales serán a partir de la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917, uno de los fundamentos del moderno Estado Social de Derecho.

Con razón, uno de los diputados constituyentes en el Congreso de Querétaro pronunció estas palabras: "así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar, en la primera de sus cartas magnas, los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros" (54).

Las garantías sociales surgen para proteger a los miembros de los grupos sociales más débiles; aunque, poco a poco, se extendiesen para otorgar protección general. Implican una acción del Estado para asegurar un mínimo educativo y económico dignos a los ciudadanos.

En la reunión constituyente de Querétaro se propuso primero adicionar al proyecto del artículo 5 —sobre libertad de trabajo—, disposiciones sobre la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal y la prohibición de trabajo nocturno para mujeres y niños. Al final, se impuso un criterio más amplio por el que se incorpora a la Constitución unas bases generales y precisas de legislación laboral. Con ello se quiere hacer justicia a la clase trabajadora, tan decisiva para el triunfo de la revolución.

El famoso artículo 123, en sus extensas 28 fracciones, establece todo un régimen de garantías laborales, desde la estabilidad en el empleo hasta las medidas fundamentales de seguridad social.

(54) Diario de Sesiones del Congreso Constituyente 1916-17. México, 1960, tomo I, pág. 1.028. Citado por Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, "Derecho constitucional", pág. 14.

Este precepto se completó con el artículo 27, dedicado a las disposiciones sociales agrarias. Se afrontaba así el histórico problema de la tierra, su propiedad y distribución. La propiedad de las aguas y tierras, comprendidas en los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual puede constituir propiedades privadas imponiéndoles las modalidades que dicte el interés público; se estableció dotación de tierras y aguas a los pueblos y comunidades que carecieran de ellos; se reglamentó el fraccionamiento de las grandes propiedades y se autorizó la expropiación por causa de utilidad pública. La organización de "ejidos" y otras formas de explotación comunitaria de la tierra recibió un impulso decisivo (55).

"La consagración de derechos sociales en la Constitución de 1917 —indica Hans Rudolf Horn— fue una revolución intrínseca, aunque ésta no corresponde a las doctrinas acerca de la revolución . . . Faltaron . . . un partido bien organizado y una ideología obligatoria" (56).

Nace así el constitucionalismo social, que tendrá de inmediato un eco universal. En Europa, la Constitución alemana de Weimar —1919— continuará este camino, seguida entre otras, por la española de 1931.

En la América hispana se incluyeron, en seguida, normas constitucionales de derecho laboral en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

Esta concepción ideológica se resume en la visión de la educación como una obligación del Estado para todos los ciudadanos —artículo 3 de la Constitución mexicana— y la vinculación de la enseñanza a valores de justicia, solidaridad y democracia. Esta última "no es sólo —dice la Ley fundamental— una estructura jurídica y un régimen político sino un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo".

(55) Véase Alfredo Sánchez Alvarado, "Instituciones de Derecho mexicano del trabajo", México, 1967.

La bibliografía es inmensa. Al volver más detalladamente, en un próximo capítulo, sobre esta materia, haremos referencia a ella.

(56) Hans Rudolf Horn, "Reflexiones sobre el Constitucionalismo Social", en "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina", UNAM, México, 1978, I, págs. 195 y ss.

Víctor Alba, "Las ideas sociales contemporáneas en México", México, 1960, pág. 207.

Desde entonces, estas garantías y derechos sociales, aunque no siempre cumplidos, se convierten en una conquista irreversible de constitucionalismo moderno.

3.7.2. El "amparo" de los derechos

Las declaraciones de derechos y garantías plantearon, desde el principio, la necesidad de un procedimiento que las hiciera efectivas y que permitiera combatir sus incumplimientos o violaciones. De otra forma, nos quedaríamos en meros enunciados retóricos, desconectados de la vida de los pueblos a los que formalmente se refieren.

Un procedimiento de garantía de la libertad, que asimiló tempranamente el sistema jurídico-político iberoamericano, fue el de "hábeas corpus". Esta tradicional institución de origen inglés, con las características de recurso y procedimiento sumario, permite —como sabemos— a un juez o Tribunal, en salvaguarda de una persona detenida o encarcelada con violación de la ley, ordenar su presentación corporal, a los fines de decidir sobre la legalidad de la detención.

El primer país que en América Latina —nos recuerda Humberto La Roche— introdujo el "hábeas corpus" dentro de su ordenamiento jurídico fue Brasil. En efecto, el Código Penal de 1830 (artículos 138 y 184) lo establece, al igual que el Código de Procedimientos Penales de 1832. La primera Constitución de la República Brasileña, en 1891, lo estampó en su articulado.

En otros Estados apareció el "hábeas corpus" en épocas más o menos similares. Por ejemplo, en las Constituciones de Costa Rica (1847), El Salvador (1872), Guatemala (1879), Panamá (1904), etc. (57).

Poco a poco, el reconocimiento constitucional de esta institución se ha generalizado en casi todos los países iberoamericanos.

Esta institución tutela los derechos de la libertad personal, pero quedaban por proteger los restantes derechos y garantías constitucionales.

(57) Humberto La Roche, "Instituciones Constitucionales . . .", op. cit., págs. 501 y ss.

Este vacío va a cubrirlo una de las instituciones más sugestivas y originales del constitucionalismo iberoamericano: "El amparo", también aportación decisiva del derecho mexicano para la defensa de los derechos de la persona y de la propia Constitución.

* * *

La palabra "amparo" significa la acción y efecto de "amparar" o "ampararse" y "amparar" es proteger o defender.

La Institución del "amparo" supone un procedimiento sumario, flexible, concentrado y predominantemente oral ante el juez o Tribunal competente. Se inicia por la acción de "amparo" en la cual las personas afectadas —o cualquier persona, según casos y países— pueden emprender contra todo acto u omisión de las autoridades —e incluso de los particulares— que en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan o alteren cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución.

Generalmente, se exceptúan de este procedimiento los derechos protegidos por el "hábeas corpus". En México sin embargo, donde nació el "amparo", éste cubre también esa función protectora de la libertad y en su evolución se ha ampliado hasta alcanzar una múltiple estructura funcional.

La necesidad de un medio rápido y eficaz de defensa de los derechos, que haga a éstos efectivos, impulsó la implantación de esta institución, como ha destacado, con justificado orgullo, un jurista mexicano: "A los franceses les pareció que bastaría "declarar" los derechos para que las autoridades, sin más, los respetasen y hasta los protegiesen. A un pueblo, en cambio, menos culto y que su historia representa una lucha continua por hacer valer prácticamente y hacer respetar la dignidad y los derechos de sus habitantes, cansado de "bellas palabras", no podía contentarse con la simple "declaración". Era preciso hallar el medio práctico de protección; pero no un medio cualquiera, sino el más eficaz y a la vez el más popular, o de más fácil acceso para el débil o para quien necesitase de él" (58).

(58) José Barragán Barragán, "El juicio de amparo mexicano y el recurso de Contrafuero". Valencia, 1976, pág. 65.

Un primer atisbo de este sistema protector puede encontrarse en la Constitución mexicana, de 1824, pero es en el proyecto de Constitución de Yucatán de 1840, y sobre todo, en el Acta de Reforma de 1847 —que pone en vigor, pero “reformada” la Constitución de 1824— donde aparece el amparo, en el marco federal. Se consagró definitivamente en la Constitución de 1857, con la fórmula que pasa a la actual de 1917.

El procedimiento de amparo, en resumen, se iniciaba por la acción del individuo particular agraviado en sus derechos (el “quejoso”, en terminología mexicana) o sus familiares próximos, ante el juez del distrito federal, pudiéndose apelar a la Suprema Corte de Justicia.

La sentencia del juicio de amparo se limitaba a proteger a los individuos particulares, en el caso especial sobre el que versa el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivase.

En la agitada historia contemporánea de México, plagada de gobiernos de facto y de violencias, llama la atención que siempre se haya respetado la institución de amparo y de ahí que sea la más grata y popular.

El profesor Sánchez Agesta ha subrayado, como una de las claves del éxito de la institución, la modestia con la que se la concibió, de tal forma que su discreción contribuyó a su afianzamiento: “. . . cuando Otero dibujó por primera vez el recurso de amparo . . . , añadió que este proceso de amparo no debía discutir en ningún caso la competencia del Congreso, sino que debía limitarse a restablecer o proteger el derecho de un particular cuyos derechos habían sido violados, consiguiendo así una defensa de los derechos individuales al margen de las polémicas políticas e incluso de los cambios violentos de poder que podían darse en México y en otros países de Iberoamérica” (59).

La evolución del “amparo” ha conducido a una múltiple dimensión funcional de éste. La trilogía estructural del amparo —ampliada más tarde

(59) Op. cit., pág. 185. La forma sencilla de aplicarlo le hace aparecer como instrumento ingenioso y no peligroso para el poder. El profesor Agesta contrasta tal sistema con el brillante desafío del juez Marshall al Congreso norteamericano para que fuera respetuoso con la Constitución, pero que tardó casi siglo y medio en afianzarse en el orden constitucional. La otra clave del éxito del amparo se encuentra en que la protección se buscó con el juez, y como había dicho Bolívar: los Tribunales son los árbitros de las cosas propias de los individuos. *Ibidem*, pág. 186.

a un cuarto aspecto— es a la que se refiere el profesor Fix Zamudio, al considerarle a la vez como:

- a) Instrumento de defensa de los derechos de libertad,
- b) Control de la constitucionalidad de las leyes,
- c) Procedimiento de casación,
- d) Medio para la defensa de los particulares frente a la Administración (60).

En el primer aspecto, bajo la palabra "libertad", quedan englobados los derechos públicos subjetivos y no sólo los de la libertad física protegidos tradicionalmente por el "hábeas corpus". Comprende, pues, los derechos incluidos bajo la denominación de garantías individuales, en los 28 primeros artículos de la Constitución mexicana y todos aquellos otros derechos que directa o indirectamente tuvieran relación con dichas garantías.

En el segundo aspecto —control de la constitucionalidad— la defensa de los derechos y garantías de la persona actúa también como defensa de la Constitución. La Constitución de 1857 iba aún más lejos concediendo a los Tribunales de la Federación la resolución de controversias suscitadas por las leyes y los actos de la autoridad federal que violen o restringen la soberanía de los Estados, y las provocadas por las leyes o actos de las autoridades de éstos que invaden la esfera de la autoridad federal. Se distingue, pues, entre controversia por leyes y controversias por actos. La evolución de este amparo contra las leyes, en la más reciente reforma de 1951, conduce a dos modalidades: 1) La acción de inconstitucionalidad de las leyes —ante el Juez de Distrito (Federal)— para impugnar la ley considerada inconstitucional, desde el momento de su promulgación y durante un período de treinta días si por su sola expedición causa perjuicio a los individuos (leyes autoaplicativas), o contra el primer acto de aplicación. 2) El Recurso de inconstitucionalidad de las leyes, consistente en "revisar" una resolución judicial "ordinaria" y "local", a petición de parte (afectada), para esclarecer si la ley aplicada por el juez es o no constitucional.

El amparo—casación configura la tercera dimensión del mismo. Implica el procedimiento de control de la legalidad de tan profunda tradición hispánica. Al igual que en el derecho procesal español, la casa-

(60) Héctor Fix Zamudio, "El Juicio de amparo", México, 1964, págs. 306 y ss., y págs. 376 y ss.

ción puede ser por infracción de ley o doctrina legal y por quebrantamiento de las formas esenciales de juicio. Este amparo se presenta ante los Tribunales colegiados de circuito, o ante la Corte Suprema, según los casos.

Por último, el amparo ha adquirido una cuarta estructura funcional para levantarse como baluarte protector frente a la Administración.

Este amparo actúa como sustituto del contencioso-administrativo para impugnar resoluciones de Tribunales fiscales, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, como una verdadera casación-administrativa. Esta cuarta versión del "amparo" es la más problemática y difícil, hasta el punto que algunos juristas mexicanos recomiendan la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma (61).

El "amparo" se ha incorporado a casi todos los ordenamientos jurídicos de los países de la América Latina, en ocasiones mediante leyes procesales propias y las otras, incluido en la Constitución.

En algunos casos la acción de amparo es de carácter popular: cualquier persona, afectada o no, puede iniciarla (Venezuela, Uruguay). En otros países, el amparo funciona a través de un sistema mixto: como acción y excepción, bajo influencia de los EE.UU. (Argentina).

En el Brasil existe una institución análoga, "el mandado de segurança". De acuerdo con éste, cuando hay abuso de poder en cualquier acto de autoridad pública, la persona que sufriera violación de un derecho cierto no amparado por el "hábeas corpus", puede dirigirse al Juez competente pidiendo el "mandamiento de seguridad", es decir, su libertad. La ley que regía tal procedimiento es de 31 de diciembre de 1951, y modificada el 26 de junio de 1964.

En el derecho brasileño esta protección se otorgaba sobre el supuesto extensivo de una doctrina del "hábeas corpus", que protegía cualquier derecho para cuyo ejercicio fuese imprescindible la libertad de movimiento.

El mandado de segurança, diferenciado del "hábeas corpus", aparece por primera vez en la Constitución brasileña de 1934.

(61) José Barragán, *op. cit.*, págs. 82-3.

La actual Constitución de 1988, recoge el instituto en el apartado LXIX del artículo 5: "concederse mandado de segurança para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por el "habeas corpus" o el "habeas data", cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder fuera autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público".

Una interesante innovación que introduce esta Constitución es la regulación del mandado de segurança colectivo (artículo 5, LXX), que puede ser ejercido por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organización sindical, entidades de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento al menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

Nos encontramos ante una verdadera sustitución procesal, sin necesidad de un mandato especial. Se produce una defensa de los miembros independientemente de una manifestación específica de éstos, aunque el uso del mandado de segurança colectivo no impide su uso individual, ni tiene efecto de cosa juzgada que cerrara con riesgo de fraude ese uso personal.

El fin del constituyente es facilitar la protección de los derechos entre aquellos colectivos que por su falta de formación, debilidad o marginalidad, en numerosas ocasiones renuncian a la defensa por falta de conocimiento o por temor. Como han dicho unos juristas brasileños, el sentido de la Constitución al incluir estas acciones colectivas fue permitir la jurisdiccionalización de cuestiones que, individualmente tratadas, acabarían por no justificar su ida al Poder Judicial (62).

El campo de aplicación del amparo en los otros países iberoamericanos es bastante más reducido que en México. Se excluye del amparo la libertad personal, generalmente protegida por el "habeas corpus", también la acción de control de la constitucionalidad de las leyes, el recurso de casación, y el contencioso-administrativo, e incluso la materia de algunos recursos especiales: los de la jurisdicción agraria (Venezuela). En algunos países, sin embargo, se considera que el amparo en su doble función de defensa de los derechos y de la superlegalidad o constitucio-

(62) Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins, "Comentários à Constituição do Brasil", Sao Paulo, 1989, Vol. II, págs. 351 y ss.

alidad es compatible y debe coordinarse con los otros procedimientos, arriba señalados (Uruguay).

La universalidad ejemplar de la institución la resume su inclusión en el decreto constitucional número 19 —artículo 6, lit. E— de 15 de agosto de 1984, corolario de las negociaciones entre las fuerzas armadas y los partidos políticos uruguayos, para la restitución democrática y constitucional de este país (63).

Esta modalidad de defensa de los derechos y garantías constitucionales y de la propia Constitución es uno de los rasgos más originales y atractivos del constitucionalismo de los Estados iberoamericanos.

3.8. Maximalismo programático y frenos institucionales

Las Constituciones iberoamericanas han ido incorporando a sus textos —reformados o de nueva planta— nuevos derechos sociales y garantías de protección a los grupos hasta ahora marginados o no protegidos específica y eficazmente: mujeres, niños, ancianos, débiles mentales, habitantes de suburbios urbanos, etc.

En este sentido hay que mencionar la reforma del artículo 40 de la Constitución mexicana en torno a la igualdad y a la protección de la mujer, o el capítulo 4 —del título 3—, sobre los derechos del niño, y capítulo 5, dedicado al trabajo, de la Constitución de Honduras.

Estas nuevas regulaciones constitucionales sobre derechos y garantías, así como las declaraciones programáticas incluidas en artículos y preámbulos, presentan un marco amplio de objetivos progresistas que perfilan un modelo constitucional avanzado.

Las dudas surgen al estudiar la aplicabilidad de tales normas y su relación con el contexto institucional.

(63) César Daniel Podestá, "La acción de amparo". *Revista Uruguaya de Derecho Político y Constitucional*. Tomo I, febrero-marzo 1985, págs. 191-4. Sobre la tendencia a la defensa constitucional —o control constitucional— mediante Tribunales Constitucionales —el "sistema austríaco"— frente al "sistema americano", acción ante la justicia ordinaria, véase Héctor Fix Zamudio, "Justicia Constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", págs. 396 y ss.

Buen ejemplo de este espíritu ideológico-programático ideal son las Constituciones de Honduras y Venezuela, que simbolizan una tendencia generalizada en el constitucionalismo moderno y también en el iberoamericano: el maximalismo programático de dudosa ejecutoriedad positiva.

El preámbulo de la Constitución hondureña, de 1982, declara su fe en la restauración de la unidad centroamericana y proclama como uno de sus objetivos el fortalecer y perpetuar "un estado de derecho social que asegure una sociedad política, económica y socialmente justa . . . , que propicie las condiciones para la plena realización del hombre".

En el preámbulo de la Constitución venezolana se señala, entre otros, los objetivos de "lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre; . . . cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las repúblicas hermanas del Continente . . . sobre la base . . . del repudio de la guerra . . . y del predominio económico como instrumento de política internacional". Enmarcado en este espíritu, el artículo número 95, 2o. de la Constitución, dice: "El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país".

El artículo 1 de la Constitución de El Salvador, de 1983, reza: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social". ¡En un país que vive una sanguinaria guerra civil!

¿Hasta qué punto tales declaraciones sirven para algo, en especial, en los pueblos en vías de desarrollo, tan necesitados de urgentes soluciones?

Las dudas sobre la aplicación de disposiciones programáticas se suscitaron en Venezuela en torno a la institución de amparo, incluida en la Constitución, pero sin que se haya dictado la ley que lo reglamente. La Corte Suprema de Justicia, en decisiones y acuerdos de 1972, establecía de forma terminante que el artículo 49 —el cual incluía el "amparo"— no era norma directa e inmediatamente aplicable para los jueces,

sino una disposición que tiene carácter programático . . . y particularmente dirigida al Congreso, que es el órgano competente para reglamentar tal norma. El comentarista de la Constitución venezolana, profesor Agudo Freitas, consideraba este acuerdo como un retroceso en el camino para dar vida práctica a los preceptos programáticos de la Constitución.

Un giro significativo se ha dado desde la ratificación por los Estados de disposiciones internacionales en materia de derechos fundamentales. Al convertirse en derecho interno podrían suplir la ausencia de legislación ordinaria nacional, a efectos del desarrollo de normas programáticas y utilizadas para el control judicial de constitucionalidad y la protección de los derechos fundamentales.

En ciertos países, la jurisprudencia ha aceptado esta interpretación; es el caso de la Corte Suprema de Venezuela, desde la ratificación por este país de la Convención americana de los derechos humanos y los Pactos Internacionales sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a partir de 1977.

Con ocasión de un recurso de amparo, 1982, respecto al derecho constitucional a la educación, el Tribunal número 4 de Primera Instancia de Derecho Civil, del Distrito Federal, ha reconocido su propia competencia, ya que el mandato constitucional está dirigido a cualquier juez, "el cual, so pena de ser acusado del delito de denegación de justicia, debe considerar la solicitud de amparo".

"Considerar —añade el Tribunal— que el constituyente ha creado, a través del artículo 49 de la Constitución, una norma o principio sólo programático y que, durante los 21 años que esta Constitución ha estado en vigor, una ley que desarrolle y que haga posible la aplicación de este recurso no ha podido ser promulgada, sería admitir que la demagogia ha alcanzado, a este respecto, unos niveles sublimes, inauditos; lo cual es absurdo".

En el mismo sentido fue la posición de la Corte ante la solicitud de amparo, en 1982, por el candidato a la Presidencia de la República, Andrés Velázquez, que se dirigió a la Corte Suprema de Justicia, solicitando la protección del Alto Tribunal ante discriminaciones electorales surgidas. Aunque el Amparo se rechazó, en las consideraciones de la sentencia, se sentó una valiosa jurisprudencia: el fundamento decisivo del artículo constitucional aludido es mantener la integridad de los derechos humanos . . . y la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y

garantías es inadmisibles, desde el momento en que haría de aquéllos meras declaraciones retóricas sin contenido real.

"Los jueces —considera la Corte— deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo número 49 de la Constitución (el amparo), tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación . . . la lamentable ausencia de una ley reglamentaria en la materia" (64).

Similar fue la actitud de la jurisprudencia argentina que, después de casi un siglo de considerar improcedente el amparo por ausencia de la ley respectiva, en el caso de Angel Siri y en el caso de Samuel Kot —1957 y 1958— revocó esa antigua interpretación y estableció una doctrina finalista muy aplaudida, y que tuvo una repercusión extraordinaria hasta provocar la elaboración de una ley ordinaria de amparo (65).

Ciertamente, sería decisivo que el Poder Judicial y sus órganos asumieran, con carácter general, una interpretación de equidad, para aplicar directamente normas programáticas, no desarrolladas, al servicio de la dignidad de la persona y de interés general para el pueblo.

Es cierto que el maximalismo programático incorpora una cierta dosis de inseguridad y confusión jurídica y que para un correcto control de constitucionalidad se necesita una alta dosis de positividad y claridad en los textos constitucionales que han de servir de medida jurídica para los órganos de control. El riesgo del lenguaje ambiguo pareciera entrañar un deseo de inaplicabilidad, al menos a corto plazo.

Sin embargo, las necesidades sociales de justicia son tan perentorias en los países iberoamericanos, y en cuanto a los derechos que afectan al

(64) Humberto La Roche, "Instituciones Constitucionales . . .", págs. 507-9, Allan Brewer Carías, "Instituciones . . .", tomo II, págs. 553-8.

(65) La referencia en La Roche, *ibidem*, pág. 509 y es anterior, al parecer, a la elaboración de la ley 16.986, de 18 de octubre de 1966, que estableció en Argentina un régimen preciso al respecto, que rige en la capital federal y en toda la jurisdicción federal, Salvador María Lozada, "Instituciones . . .", págs. 334-5.

La doctrina sentada por la Corte, en el caso Siri, no podía ser más precisa: la garantía constitucional invocada debe ser restablecida por el Poder Judicial en su integridad, "sin que se pueda alegar inexistencia de una ley que reglamente esta garantía; por cuanto las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de ser consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias".

fundamento del estado de derecho, es tan exigible la aplicabilidad inmediata que en otro lugar he sugerido procedimientos imaginativos —jurídicos y políticos— para obtener la eficacia jurídica de tales normas o, al menos, el control sobre las causas de su no reglamentación.

Tales procedimientos pueden ir desde un acuerdo internacional para la aplicación interna de pactos y convenciones internacionales reconocedoras de tales garantías, hasta la fijación de plazos determinados, en las Constituciones, para el desarrollo ordinario de tales artículos programáticos. Una vez vencidos tales plazos se produciría la aplicación automática y directa o la derogación expresa por el legislador, por causas razonadas.

La intervención popular, sea por vía de la iniciativa popular legislativa —después de un plazo semejante al anterior— el ejercicio colectivo del derecho de petición o el emplazamiento a los grupos políticos, en período electoral, para que públicamente se comprometan en esta política de desarrollo legislativo, serían otras alternativas (66).

La innovación más revolucionaria en este campo ha sido la introducida por la Constitución brasileña de 1988, mediante el "mandado de injeção", siempre que la falta de norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía (artículo 5, LXXI). El juez ante el que se alegase, por este mandado, la ineffectividad de un derecho por ausencia de ley de desarrollo tendría que suplir esa función, al menos para el caso concreto del recurrente. Bastantes constitucionalistas brasileños han mostrado su preocupación por la amplitud de los derechos protegidos y la inconveniencia de poner sobre las espaldas del poder judicial el problema de la inaplicabilidad del texto constitucional. Es evidente que el poder judicial difícilmente tendrá las condiciones, por sí solo, para transformar todos los programas, proyectos y valores de la Constitución, en efectivas realidades del mundo concreto.

La eficacia de la institución tiene que pasar aún por la prueba de

(66) Antonio Colomer Viadel, "El valor jurídico y político de las normas Constitucionales de carácter programático (refiriéndose particularmente a los países en vías de desarrollo)", Colección Jurisprudencial Zeus, año XVI, núm. 3.616, tomo 46, marzo 1989, Rosario, Argentina.

fuego de la práctica jurisdiccional y los intereses políticos, sociales y económicos que en esta materia se moverán con todos sus poderosos recursos (67).

Con ser muy importantes tales medidas, ellas no bastan por sí solas. Se necesita la voluntad política de hacer efectivos tales principios y programas, para que no se convierta en una burla su inclusión en los textos constitucionales.

Las aceleradas transformaciones de las sociedades contemporáneas —revolución tecnológica, explosión urbana— y la repercusión en la realidad socio-económica exige reformas similares en las instituciones que rigen esas sociedades.

Estas contradicciones entre las instituciones del Estado y las realidades socio-económicas —indica Allan Brewer, al plantear la transformación de la función del Estado— surgen más patentes en los países subdesarrollados y colocan a los países del Tercer Mundo en una situación aún más angustiosa.

La tesis fundamental del profesor de Caracas es que los países de América Latina deben decidirse a desarrollar un enorme esfuerzo, un esfuerzo similar al de hace 150 años con las revoluciones de independencia y realizar una nueva revolución de independencia para el desarrollo, o resignarse a depender totalmente de otras naciones altamente desarrolladas (68).

Ante tal opción y elegida la alternativa de la salvación por el desarrollo y la independencia, Allan Brewer nos descubre la tesis básica de su estudio: las instituciones actuales del Estado venezolano —y por extensión, de América Latina— no son los instrumentos necesarios y adecuados para tal fin.

Aún es más: tales instituciones jurídicas, políticas y administrativas, construidas durante el siglo pasado, son básicamente las del Estado liberal tradicional, que tenía por finalidad lo contrario del actual: no intervenir en la vida económica y social, y sólo garantizar los derechos individuales, particularmente de la burguesía y mantener el orden público.

(67) Celso Ribeiro e Ives Granda Martins, "Comentarios . . .", tomo II, págs. 356 y ss.

(68) Allan Brewer Carías, "Cambio político . . .", págs. 35-8.

Tales instituciones, aplicadas a un Estado que pretende ser motor del desarrollo transformador, a un Estado Democrático y Social de Derecho, se convierten en obstáculos institucionales para la configuración de ese Estado. "Esto es precisamente lo que plantea esta monstruosa contradicción e incompatibilidad entre sus objetivos de desarrollo, propios de las sociedades contemporáneas y unas instituciones que no están preparadas para que el Estado y la sociedad que dirige, puedan alcanzar esos objetivos de desarrollo" (69).

Este es el gran desafío de los pueblos de la América hispana y de sus dirigentes. En tal dificultosa y urgente tarea —compartida necesariamente por tantos otros pueblos del planeta, en busca de bienestar y justicia— podrían acarrear materiales valiosos de su historia política y constitucional: el espíritu de lucha por la libertad, el ánimo comunitario, los derechos personales y sociales, y su "amparo", pero se les exige combinarlos entre sí y con otros nuevos, en un titánico esfuerzo creador e imaginativo que nos permita trazar el diseño efectivo de la comunidad de hombres libres, que bien merecía alzarse en este sufrido "Continente de la Esperanza".

(69) *Ibidem*, págs. 84–85.

- Las reflexiones finales de su libro "Instituciones políticas y constitucionales", están dedicadas a cuatro bloques de transformaciones que implican todo un programa de cambio institucional que se acicate y no freno al papel del Estado como instrumento de desarrollo verdadero.
- I. Las transformaciones del sistema político: 1) La búsqueda de una democracia fuerte. 2) La búsqueda de una democracia participativa. 3) La búsqueda de una democracia más representativa. 4) La consolidación de una democracia económica y social.
 - II. Las transformaciones del sistema de gobierno: 1) La búsqueda de un nuevo poder parlamentario. 2) La consolidación de un Ejecutivo fortalecido y responsable.
 - III. Las transformaciones del sistema político-administrativo: 1) La búsqueda de una desconcentración del poder presidencial. 2) La búsqueda de una descentralización del poder nacional.
 - IV. Las transformaciones del sistema de control: 1) La consolidación de un Poder Judicial autónomo e independiente. 2) La consolidación de nuevos controles públicos. 3) La búsqueda de un control efectivo contra la corrupción. *Op. cit.*, tomo II, págs. 679 hasta el final.