

# Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina

Horst Schönbohm

## 1. Introducción

En América Latina, a partir de los años ochenta, después del retorno a regímenes democráticos, la mayoría de los países iniciaron reformas constitucionales fundamentales, así como reformas profundas en sus sistemas judiciales y en las instituciones estatales.

No obstante, aún persiste en los ciudadanos la sensación de que sus derechos no están bien protegidos, que el Estado mismo los viola con frecuencia y que, a través del sistema judicial, difícilmente pueden conseguir justicia o una decisión oportuna que se base correctamente en el derecho.

Se aprecia una tremenda brecha entre la Constitución, las normas y el derecho, por un lado, y la realidad de la aplicación del derecho, por otro. Se percibe que el Estado y las instituciones no garantizan seguridad jurídica ni protección de derechos.

Aunque la situación varía entre los países de la región, los ciudadanos de América Latina comparten esta sensación, la misma que prevalece a pesar de lo mucho que se ha avanzado, sin duda, en desarrollar un Estado de derecho constitucional en las últimas tres décadas.

Las nuevas Constituciones precisan mejor los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, se han creado nuevas instituciones para la protección efectiva de los derechos humanos, como los tribunales constitucionales y las defensorías del pueblo y se han reformado instituciones como el Poder Judicial a efectos de hacerlas más eficientes.

Hasta hoy, sin embargo, ello no ha influido en la percepción ciudadana; en opinión de la población, las reformas no han tenido mucho impacto y han sido muy limitadas en la práctica.

Surge entonces la pregunta: ¿por qué esta situación es tan marcada en Latinoamérica aun después de casi doscientos años de independencia y más de veinte años de reformas?

## 2. Las bases del Estado de derecho en América Latina

El concepto del Estado de derecho constitucional que ha sido plasmado en las Constituciones y en el sistema jurídico latinoamericano es muy similar al de los países de Europa.

La base del orden constitucional y del ordenamiento jurídico radica en la concepción del Estado de derecho que se imponga en los países. En América Latina, al igual que en Europa, se considera fundamental para la constitución del Estado de derecho la idea de que a través de este se armoniza la contradicción entre el dominio del Estado y los derechos individuales de los ciudadanos.

En teoría, el Estado de derecho constitucional es un programa para limitar al Estado en sus actuaciones y permitir un ordenamiento pacífico de la sociedad a través del derecho.

Pero si el Estado no cumple con esta función, la seguridad jurídica no se puede garantizar, los derechos humanos no se protegen efectivamente, ni tampoco los derechos fundamentales, y las garantías constitucionales no se garantizan suficientemente.

En un Estado de derecho constitucional, el derecho debe lograr:

- proporcionar a las instituciones del Estado y a la ciudadanía una orientación para sus actuaciones, y así estabilizar a los individuos en su comportamiento;
- legitimar y limitar los actos estatales;
- proteger los derechos individuales y la libertad de las personas frente al Estado y a las intervenciones de otros sujetos privados.

El derecho solamente puede cumplir esta función si el Estado obliga a todos a respetar las normas. Una condición para ello es que los ciudadanos y las instituciones del Estado en su mayoría estén dispuestos a respetar la Constitución y las normas obligatorias porque, de lo contrario, estaríamos frente a un Estado autoritario y ya no frente a un Estado democrático.

En todas las sociedades existe un porcentaje limitado de ciudadanos que por regla general incumple las normas cuando estas no se ajustan a sus intereses y otro porcentaje también limitado que por principio respeta las normas y reglas. La mayoría normalmente está más bien dispuesta a cumplir o incumplir las normas dependiendo de la norma de que se trate y de las circunstancias del caso.

El reto del Estado es fortalecer la disposición de los ciudadanos a cumplir las leyes, pero esto solamente será posible si el ciudadano puede confiar en que sus derechos serán debida y oportunamente garantizados por las instituciones estatales competentes.

En un Estado de derecho constitucional democrático el Estado tiene el monopolio para hacer uso de la fuerza y solamente él decide cuáles son las normas y reglas que regulan su actuación.

Sin embargo, esto en principio solamente es así en teoría. Hoy en día también el orden de derecho constitucional en América Latina está siendo cada vez más penetrado por normas internacionales que forman parte del orden de derecho constitucional interno. Son normas que se han desarrollado en el contexto de la globalización, como por ejemplo las reglas del tratamiento de inundaciones, los tratados internacionales de la ONU y de la OIT, pero también de la OEA, entre los cuales figura el Tratado de San José. Estas normas y reglas influyen y hasta trans-

forman el derecho nacional y en no pocos casos están en conflicto con las normas nacionales.

Pero también el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas en países como Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Nicaragua y Guatemala entra en no pocas oportunidades en conflicto con las normas formales.

En todos estos casos, el Estado tiene solamente una limitada potestad para decir cuáles de estas normas y reglas son de obligatorio cumplimiento, pues, cuando se trata de normas consuetudinarias, esto depende también de la determinación de los pueblos indígenas.

Muchas veces, en un proceso largo y complicado se tienen que solucionar los conflictos entre ambos sistemas y en no pocas ocasiones el caso llega hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para que esto se pueda cumplir el Estado debe implementar las leyes y lograr que se las respete. Hobbes una vez expresó que el legislador no es solamente el que emite la ley, sino también quien la sigue aplicando. Así, la ley solamente puede considerarse vigente si está siendo aplicada.

Para que el Estado de derecho constitucional se imponga deben existir además las siguientes condiciones:

- La legislación ordinaria debe desarrollar el marco legal de ejercicio y protección de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, y también de la relación del Estado con la ciudadanía y de los ciudadanos con las organizaciones de la sociedad civil.
- El Estado debe poner a disposición de todos los ciudadanos procedimientos para que estos puedan reclamar y ejercer sus derechos.
- El Estado debe crear las instituciones ante las cuales la ciudadanía pueda reclamar y ejercer sus derechos.
- El Estado debe evitar dejar espacios donde no domine la ley e impedir que estos espacios sean ocupados por grupos de poder político o económico en función de sus intereses.

Para una solución pacífica de los conflictos, un núcleo esencial de normas y valores, especialmente las reglas, debe ser compartido con la mayoría de la población, el Estado y los partidos políticos.

Un freno para la imposición efectiva del Estado de derecho constitucional es el alto nivel de anomia de la ciudadanía, la cual caracteriza el grado de disposición de los ciudadanos o también de las organizaciones del Estado a respetar las leyes y normas.

En muchos países, una mayoría importante de la población está dispuesta a no respetar las leyes y normas si les conviene y si su evasión no les hace temer consecuencias. Esto se agrava al comprobar que las instituciones del Estado, que deben aplicar las normas, y también los representantes políticos que deben velar por su cumplimiento, son fácilmente motivados a no aplicar la ley, en función de su conveniencia.

Así es muy difícil que el Estado de derecho constitucional se desarrolle efectivamente y que se disminuya la brecha entre la Constitución y la ley y la realidad constitucional y legal.

El Estado de derecho debe construirse todos los días, a través de la legislación y de las normas secundarias, y de la aplicación del derecho realizada por la Ad-

ministración pública en todos los niveles, las autoridades del sistema penal y los tribunales en general.

En este contexto, se logra o se fracasa en disminuir la brecha entre el derecho y su efectividad. Para solucionar los conflictos mediante la aplicación del derecho no se debe solamente subsumir el caso bajo las normas, pues el proceso es mucho más complejo. Las leyes no son unívocas; si así fueran, difícilmente podrían cumplir su función porque funcionarían como un chaleco de fuerza.

La razón es que, al momento de legislar, no se pueden prever todas las variantes de los casos a los cuales se tiene que aplicar la norma. Esto exige analizar bien el caso, interpretar adecuadamente la norma y el derecho y, en el último paso, aplicar la norma y determinar las consecuencias. Así, este proceso también es un proceso formativo de derecho.

El derecho consiste en la relación entre los seres humanos y los objetos. Por ello también en América Latina el Estado de derecho se realiza y concreta en el contexto político, social, económico e histórico y así varía el detalle entre los países.

La concreción del Estado de derecho es un proceso durante el cual se transforma también su contenido, muchas veces sin cambio de leyes o de las normas constitucionales. Esto se puede ver, por ejemplo, en el caso de los derechos fundamentales, como el de la igualdad entre hombre y mujer frente a la ley y el de la dignidad humana, cuyos alcances han sufrido una transformación. También ha habido cambios respecto a la responsabilidad del Estado de proteger la personalidad y el derecho a la intimidad de las personas, por un lado, y por otro lado, la libertad de la prensa y el interés del público a ser informado. Los contenidos de estos derechos y sus alcances han cambiado según el desarrollo de la sociedad.

El desarrollo social, político y económico ha influenciado también los contenidos y alcances del Estado de derecho, principalmente a través de la jurisprudencia, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes constitucionales.

En este contexto, cualquier acto de autoridad que regula un asunto, aplica la ley y soluciona conflictos debe ser justificado con argumentos que sean comprensibles y revisables.

En una época en la que casi todos los espacios sociales, económicos y políticos son normados y las relaciones se tornan día a día más complejas para ser controladas por una moral o un control social, las normas y las instituciones del Estado de derecho son cada vez más importantes para solucionar los conflictos y regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y entre los mismos ciudadanos.

En todos los países se detectan, en menor o mayor grado, problemas de este tipo, pero en América Latina los problemas son más acentuados y por ello resulta tan arduo desarrollar un Estado de derecho constitucional eficiente. La lista de los problemas es larga, aunque con diferencias y matices entre los países y esto hace difícil que se desarrolle la seguridad jurídica.

Asimismo, se pueden constatar esfuerzos importantes en casi todos los países para reformar sustancialmente sus sistemas judiciales, parlamentarios y de las instituciones estatales; algunos de ellos, lamentablemente no todos, han logrado, a pesar de los puntos críticos, avances sustanciales en estos campos.

### 3. Los problemas persistentes para la consolidación del Estado de derecho constitucional en América Latina

Hay muchos reportes sobre los problemas y falencias del Estado de derecho constitucional en América Latina, en los que puede percibirse cómo estos afectan a los países en distintos grados de intensidad. No obstante, se registra una tendencia con las siguientes características:

- Existe una diferencia marcada entre el orden del derecho constitucional formal y la realidad del derecho constitucional.
- La calidad de las normas es deficiente; existen vacíos normativos y contradicciones entre ellas.
- Las normas no mantienen muchas veces una relación con la realidad y la problemática de los asuntos que pretenden regular y en no pocos casos las normas contradicen a los derechos fundamentales y al Estado de derecho constitucional.
- Algunas normas violan las garantías constitucionales.
- Hay distorsiones en el sistema institucional de justicia y sus bases normativas que, con frecuencia, llevan a conflictos institucionales. Por ejemplo, en Perú surgen conflictos entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional con cierta frecuencia, y también entre la justicia formal y la justicia comunitaria.
- Los derechos fundamentales y humanos y los principios de la Constitución no han sido desarrollados en forma adecuada por la legislación ordinaria y tampoco por las instituciones administrativas del Estado y la jurisprudencia.
- Prevalece un formalismo tal que permite manipular la aplicación de las leyes, lo que se expresa en el dicho popular: «hecha la ley, hecha la trampa».
- Las instituciones del Estado no aplican en forma adecuada las normas, no imponen su cumplimiento y hasta las instrumentalizan; esto se puede apreciar en el ámbito de la Administración pública, en el de la justicia y también al interior de las instituciones de la sociedad, que se aprovechan de esta situación.
- Esto se agudiza todavía más por una corrupción extendida en los sistemas de justicia y en la Administración pública. En el Perú, por ejemplo, donde la población menciona en las encuestas la corrupción como uno de los problemas que se tienen que solucionar con prioridad, los encuestados también declaran que en su mayoría están dispuestos a realizar actos de corrupción si les conviene.
- La poca disposición de las instituciones estatales de respetar el derecho se puede observar también cuando el Estado mismo no está dispuesto a cumplir sentencias en las cuales los tribunales lo han condenado, por ejemplo, a pagar ciertas sumas a los ciudadanos. En reiteradas ocasiones argumenta falta de recursos, sea porque no los tiene a disposición, o porque no los tiene presupuestados, dado que el Ministerio de Economía y Finanzas no le ha facilitado estos recursos; por tales circunstancias, el cumplimiento de la sentencia puede demorar más de diez años, y ocurre muchas veces que los herederos son los que finalmente cobran la suma que el tribunal ordenó que el Estado pagara al ciudadano.
- El acceso al derecho en muchos países de Latinoamérica es muy restringido. Las causas son, entre otras, una limitada calidad de los Códigos procesales y de la práctica procesal. Además influyen la duración de los procesos, sus costos,

el lenguaje que usan los operadores del sistema de justicia, la comprensibilidad de las normas, la transparencia de los procesos, la corrupción extendida en el sistema, el acceso territorial a los juzgados, la discriminación cultural, entre otros.

- La calidad de la justicia y del Estado de derecho se ven afectados por las estructuras de funcionamiento interno de las instituciones públicas y por la calidad de la formación de los operadores.
- La fragilidad de la independencia funcional de los jueces y la falta de consolidación de una carrera judicial y fiscal es también una constante.
- Se comprueba también falta de predictibilidad de la justicia. En la mayoría de los casos el modelo existente produce un sistema de decisiones jurisdiccionales impredecibles. Muchas sentencias tienen vacíos, contradicciones y son fundamentadas en una forma que el ciudadano común y corriente no puede entender cuáles han sido las razones por las que el tribunal ha tomado esta decisión y no otra.
- No existe una adecuada coordinación entre las entidades de la administración de justicia; las instituciones operan sin mayor contacto con las demás, funcionan de modo inconexo y muchas veces paralelo, con luchas de autonomía que inducen a la debilidad del servicio y afectan al justiciable.
- Entre las instituciones del Estado, como también entre las instituciones de la sociedad civil, existe una disposición muy común a no respetar las normas y, si fuera posible, utilizarlas para sus propios fines.
- Todo este panorama se complica todavía más por la tendencia hacia la politización de las instituciones competentes para concretar y hacer realidad el Estado de derecho constitucional.

#### 4. El futuro del Estado de derecho

Es un panorama sombrío. Si se quiere efectivamente revertir la situación y lograr el cambio hay que enfrentar los problemas con realismo. Hasta el momento no se ha desarrollado un concepto concluyente para dar una solución integral a los problemas e iniciar procesos de cambio realistas, que tengan la oportunidad de tener éxito.

Existen varios trabajos serios que proponen los pasos y acciones a seguir para hacer más eficiente el Estado de derecho. Lo que falta es definir el procedimiento para lograr los resultados.

A tal efecto, las instituciones del Estado como el Parlamento, el Ejecutivo, el sistema de justicia tendrían que elaborar una agenda de reformas, priorizando las áreas y las actividades. Asimismo, se requiere que las instituciones armonicen sus esfuerzos; de lo contrario, rápidamente surgen conflictos entre ellas, como se ha podido observar en varios países. Lograr esto no es tarea fácil.

En el Perú, en el 2004 se hizo un esfuerzo muy serio para elaborar un plan estratégico para una reforma integral de todo el sistema de justicia con la creación de la comisión llamada CERIAJUS, integrada por representantes de todas las instituciones del sistema de justicia, del Congreso, del Ejecutivo, de las universidades y de otros sectores de la sociedad civil. Esta comisión elaboró en poco tiempo un plan muy ambicioso de reformas, pero sus miembros no pudieron ponerse de acuerdo sobre cuáles de todas estas propuestas se tenían que priorizar, y tampoco pudieron definir un proceso para la realización de los cambios. Entre otras, por esta razón el

plan estratégico de la CERIAJUS quedó en el papel y hasta el momento muy poco se ha llevado a la práctica.

Los procesos de cambio dentro del sistema de justicia, del Congreso y del Ejecutivo son de largo aliento y requieren tener como base un consenso firme. Esto no se logra fácilmente si entran nuevos responsables y dejan de lado los proyectos de cambio. Para hacer realidad el Estado de derecho constitucional se necesita una alianza entre las instituciones del sistema de justicia, el Congreso y la sociedad civil, para motivar los cambios e imponer consecuencias políticas en caso de que el Gobierno no fuera permeable a las reformas.

La clave del éxito para lograr un sistema más eficiente y menos corrupto no es la asignación de más recursos financieros ni dárselos al Poder Judicial, ni al resto de las instituciones arriba mencionadas. Tampoco lo es un cambio masivo de los operadores de la justicia.

Mientras no opere una transformación a fondo del modo de funcionar institucionalmente de los organismos del sistema de justicia, difícilmente se podrá cambiar la forma en que se aplica el derecho en la labor diaria. Para lograr esto se requieren alianzas con la sociedad civil y las otras instituciones del Estado.

Los aspectos que hay que reformar son complejos, múltiples y forman parte de la competencia de distintas instituciones. Por ello, su ejecución requiere de un liderazgo sólido que convoque, comprometa y guíe a todas las instituciones vinculadas al quehacer democrático y a la impartición de la justicia.