

LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA COSTUMBRE Y LA JURISPRUDENCIA *

Por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ**

SUMARIO: I. *El tema en América Latina.* II. *La estructura social latinoamericana.* III. *La crisis de la ley constitucional en América Latina.* IV. *Crisis de la democracia representativa en América Latina.* V. *El carácter dual de la sociedad latinoamericana.* VI. *La costumbre constitucional.* VII. *La costumbre constitucional en América Latina.* VIII. *La interpretación judicial constitucional en América Latina.* IX. *La jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos.*

I. EL TEMA EN AMÉRICA LATINA

América Latina se encuentra, en esta temática, urgida por una difícil situación: su modelo normativo constitucional predominante fue la Constitución de los Estados Unidos, pero la metodología de la aplicación jurídica no ha sido anglosajona sino romanista continental europea. Vale decir: en lo estático, Latinoamérica se dejó influir por el derecho anglosajón, pero en lo dinámico lo fue por el continental europeo (sabido es que mientras el sistema romanista es racional y conservador, el angloamericano es historicista, dialéctico y propicio al cambio). Esto ha marcado, muy posiblemente, una esquizofrenia de funcionamiento, toda vez que al adoptar nuestros pueblos, en su generalidad, el sistema presidencialista —o del ejecutivo fuerte, como lo prevé la Constitución norteamericana— no acepta, como lo hace el sistema anglosajón, la dinámica jurisprudencial del precedente, como fuente prevalente del derecho, sino el régimen racionalista liberal basado en la prevalencia de la ley general y abstracta como fuente de decisión de los conflictos jurídicos. Esto ha hecho que en América Latina funcione un sistema expresivo sacral resistente al cambio y productor, en consecuencia, de una tensión indudable.

El resultado de esta disonancia de sistema, propia del derecho público latinoamericano, ha sido que las emergencias constitucionales no pudieron ser re-

* Este trabajo es una versión corregida de la Ponencia Los cambios Constitucionales a través de la costumbre y la Jurisprudencia, presentada al Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional.

** Profesor de la Universidad de Buenos Aires Belgrano Argentina.

sueltas sino con la técnica del golpe de Estado o con una tendencia inflacionaria a la reforma constitucional formal.

En consecuencia, en Latinoamérica, como resultado de una copia mimética de sistemas jurídicos y culturales no incorporados, se ha producido un doble tipo de desajuste jurídico social: se ha violado con frecuencia la constitución, derrocando los gobiernos constitucionales y estableciendo la técnica del denominado “gobierno *de facto*”; se ha mostrado una gran inseguridad jurídica al propiciar el relevo normativo constitucional. Es por ello que los pueblos de América Latina no han tenido tiempo suficiente para consolidar la constitución que le proponían las normas: la historia constitucional de América Latina es la historia de la incertidumbre, de su ceguera y hasta, podríamos decir, en muchos casos de su descomposición constitucional.

Esto no puede ser argumento para desalentar al constitucionalismo latinoamericano. Por el contrario, debe servir para bregar con mayor tesón por el logro del cumplimiento constitucional, si ello fuera decisivo, por el cambio de la propuesta normativa, cuando ésta sea necesaria y, fundamentalmente, por la toma de conciencia de que la constitución de nuestros pueblos no sólo es la ley sino también son los usos, de modo que a esos usos debemos aprenderlos a comprender adecuadamente.

II. LA ESTRUCTURA SOCIAL LATINOAMERICANA

América Latina es una sociedad en transición hasta la etapa de los movimientos nacionales y populares dirigidos a ampliar la participación del pueblo en la política. Pero, como los instrumentos jurídicos formales de participación no están actualizados, sino que responden a modelos propios del liberalismo occidental, útiles en sociedades integradas y con un estado de racionalización adecuado, lo que ocurre en América Latina es que el proceso de movilización popular no tiene expresión ni salida legal, originando manifestaciones de anomia que concluyen en la anarquía, la desorientación, cuando no en la violencia. Las constituciones latinoamericanas deberán recibir ese proceso.

Nuestras constituciones fueron y siguen siendo la expresión del optimismo racionalista, creyente en la suficiencia de establecer en normas la democracia representativa, sin contar para nada con el nivel cultural de los pueblos y su grado de integración.

Para que se dé correctamente el modelo propuesto por el constitucionalismo latinoamericano se deben cumplir integralmente todos los estados del proceso político y social a saber: movilización mental, integración institucional y participación política. Latinoamérica sólo ha comenzado tardíamente a movilizarse mentalmente por virtud de los movimientos populares (peronismo, getulismo y velazquismo) pero esos movimientos no han tenido adecuada expresión consti-

tucional ni institucional: de este modo la integración social no se ha producido y se da demorado una auténtica participación social.

Por otro lado, la demora en lograr la integración social en Latinoamérica se traduce en una astenia por hacer eficaces los derechos civiles, en la tardanza por consagrar los derechos políticos y en una inclinación por frustrar la eficacia de los derechos sociales.

El déficit de integración latinoamericano se debe, además, al subdesarrollo económico, notándose que aquí primero surge la toma de conciencias (desarrollo cultural) y después el desarrollo económico. La democracia occidental europea hizo sucesivos ambos procesos.

La movilización cultural latinoamericana consiste, también, en la concentración urbana de la población. Sólo si hay correspondencia entre la movilización y la integración se puede dar la democracia representativa y ello ocurre sólo si se encuentran canales institucionalizados de participación que estén suficientemente legitimados por el consenso.

La falta de esos canales no sólo perjudicó la vigencia real de la democracia representativa latinoamericana sino también la imagen y prestigio del sistema, dando pávulo a todo tipo de experiencias en nombre de la democracia. Ello ha permitido que las élites encargadas de manejar los movimientos populares latinoamericanos hayan surgido de los sectores sociales más variados, desde los intelectuales hasta los obreros pasando por los militares, los indígenas y los terratenientes.

Por otra parte, es frecuente que la variada gama de los partidos existentes no representen posibilidades reales de expresión política para determinados sectores, como en especial últimamente le pasa a la juventud, con lo cual el desvío del sector se dirige preferentemente hacia la subversión.

En América Latina hay una notable incongruencia de *status*, consistente en el desajuste entre la aspiración de los individuos y su satisfacción ocupacional. Esto engendra, sin duda, resentimiento. La incongruencia es uno de los factores menos estudiados en América Latina; ella determina los golpes de Estado, la subversión y el cambio anacrónico (cambios sin rumbos ni sistemas). En vez, en Europa bien pudo ser que la incongruencia haya generado la revolución industrial.

Otro factor determinante de la actitud social latinoamericana es el fenómeno denominado "efecto de deslumbramiento", provocado por la influencia de los países desarrollados o líderes sobre todo nuestro continente. Ello es, simplemente, el modo más eficaz como se da la dependencia cultural. Dicho efecto está agravado por la publicidad mancjada por los países rectores, que influyen incluso sobre quienes cuestionan dicha influencia.

Tanto la incongruencia como el deslumbramiento han sido determinantes para impedir que en América Latina surjan movimientos políticos sólidos, tanto liberales como obreros. El liberalismo en América Latina fracasó porque se

hizo conservador y pactó rápidamente con los sectores tradicionales, con lo cual perdió el apoyo de las clases medias y progresistas: perdió la bandera del cambio y no lidera el proceso. El obrerismo es simple populismo que no acepta la ideología sistemática y tibia del intelectual de izquierda, ni la adhesión del obrero de los países desarrollados a la política internacional de sus gobiernos. Dicho populismo está formado por masas movilizadas (pero no ideologizadas), campo de acción de las élites dirigentes surgidas del resentimiento de los individuos que sufren la incongruencia. Esas élites son influidas por el fenómeno del deslumbramiento lo cual distorsiona sus funciones. Pero, desgraciadamente, esa conducción es eficaz porque interpreta el descontento de la masa y la conduce a callejones sin salida. Todo lo que hemos señalado está en contraposición con la evidencia de que, a pesar de todo, Latinoamérica no carece de coherencia en virtud de su unidad histórica, lingüística y espiritual, claro que profundamente dividida en lo político.

Obviamente, todo esto no ocurrió en los países desarrollados europeos.

III. LA CRISIS DE LA LEY CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

El proceso que hemos señalado indica que en América Latina la quiebra del concepto legal de constitución asume características relevantes. En nuestras constituciones la objetivación normativa no se ha producido como resultado del encuentro sintético de las creencias e intereses en pugna, sino en virtud de la adopción de modelos experimentados en otras latitudes.

De esta forma, la función específica que posee el dictado de las constituciones, es decir: favorecer la consolidación del sentido común social, no se ha producido. Ello ha redundado en la ruptura de la estructura social latinoamericana y la disfunción de sus constituciones positivas.

América Latina muestra, de acuerdo con lo que llevamos dicho, una señalada ruptura entre la realidad social y sus textos constitucionales. La solución de esta ruptura es cuestión múltiple e intrincada; a tal fin, el papel que puede cumplir la actualización constitucional a través de la interpretación judicial y del ajuste de los usos y costumbres sociales, es ciertamente decisivo.

No poca influencia en esta incomunicación ha tenido la inevitable aplicación del sistema capitalista con los efectos propios de tal sistema: centralismo económico, marcada desigualación social, postergación de la cultura autóctona y burocratización del poder. De esta forma el capitalismo ha embretado a los pueblos de Latinoamérica a no desarrollar sus tendencias naturales: descentralización federativa, provincial o regional; homogenización social; desenvolvimiento cultural autóctono; personalización equilibrada del poder o ejercicio carismático adecuado del mismo. El oro de América Latina aceleró el capitalismo: ¿qué hará ella para frenarlo?

Además, como el desenvolvimiento del capitalismo ya impulsado por un paulatino proceso de racionalización, que hace que ya no sean el capital y el trabajo los principales factores de la producción, sino la organización de la producción y la tecnología aplicada a ello, tenemos el siguiente cuadro de situación agravado en América Latina: frecuente delegación de facultades legislativas al poder ejecutivo con la consiguiente fractura de la división de poderes; aumento de facultades al sector público orientado hacia una planificación creciente; correlativo crecimiento de las empresas del Estado; fusión de las empresas privadas para contrarrestar el predominio estatal y lograr un supercontrol del sector privado sobre el estatal; estandarización de la producción y el consumo.

En América Latina la distancia entre la realidad y el derecho está agudizada por el hecho de que el legislador es, frecuentemente, profano en derecho, entonces el juez no puede interpretar al derecho como en el sistema anglosajón. Además, en Latinoamérica el jurista está desvinculado de la sociología y de la psicología social; pensadores como Alberdi, Lastarria, Mora, Sarmiento, Hostos, Arguedas, Bunge, Mariátegui, Encina y Rodó realizan sólo interpretaciones y proyecciones presociológicas, en tanto que el jurista contemporáneo se inclina por el método de la exégesis y de la Enciclopedia, siempre por vertientes formalistas.

IV. CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN AMÉRICA LATINA

Dentro de la crisis de legalidad constitucional en América Latina se destaca con nítidos perfiles la crisis habida en el funcionamiento de la democracia representativa.

Las causas de la crisis surgen fácilmente del análisis estructural del sistema dominante en América Latina. Aquellos que utilizaron el sistema democrático representativo en países integrados y suficientemente desarrollados, no advirtieron que era imposible lograr el correcto funcionamiento del sistema en áreas como la latinoamericana: dominada por el neocolonialismo. La democracia representativa funciona bien en un sistema capitalista dominante pero no en un sistema dominado neocapitalista: al no estar desarrollando el capitalismo latinoamericano no pudo funcionar la democracia representativa. Por eso pudo decir Tocqueville: la América del Sur no pudo soportar la democracia.

Es por ello que para hacer posible la subsistencia de la democracia representativa en América Latina no hubo más remedio que violar sus propias normas éticas. La historia latinoamericana ratifica este acerto a poco que se verifique el grado de violencia y fraude electoral, la prórroga o extensión indebida de

los poderes de gobierno, el ejercicio del mando por interpósitas personas y la desvirtuación del pluralismo político a favor de un desembozado monopartidismo.

La violación del sistema ha sido, por lo tanto, la norma (once golpes de Estado entre 1960 y 1966: dos en Argentina y el Salvador y uno en Brasil, Bolivia, República Dominicana, Honduras, Ecuador, Guatemala y Perú), sea a través del consentimiento complaciente de los poderes constituidos (del poder judicial, especialmente) o a costa de su avasallamiento. Estas violaciones, que han sido factores de la crisis que estamos considerando, han encontrado su cauce no sólo en el subdesarrollo generalizado de la región sino, muy especialmente, en el carácter dual de la sociedad latinoamericana. Esto merece un desarrollo por separado.

V. EL CARÁCTER DUAL DE LA SOCIEDAD LATINOAMERICANA

El cuadro de situación latinoamericana hace inevitable que nos refiramos al carácter dual de su sociedad pues, más allá, de las críticas a esa distinción, es un hecho objetivo e indiscutible que Latinoamérica está dividida en dos partes no comunicadas entre sí. Por un lado está la sociedad urbana: desarrollada, homogénea e industrial, donde el sector perteneciente a la clase media es creciente y las masas proletarias se desenvuelven con modelos propios al esquema burgués. Por el otro lado, está la sociedad arcaica rural: diferencial, subdesarrollada, indígena o mestiza, apoyada en un sistema agrario *sui generis* cuyo prototipo puede ser la llamada "fazenda" en el Brasil.

La sociedad desarrollada urbana fue la productora del esquema constitucional latinoamericano. Allí sus hombres siempre consideran a la libertad como valor supremo: los criollos querían ser libres frente a los europeos y los indios, los mestizos y los mulatos frente a los criollos, en tanto que el virreinato pugnaba por la libertad frente a la metrópolis y las capitanías frente a los virreinos. La libertad es una constante histórica en América Latina. Pero resulta que, como América Latina no quiere resignar su libertad, oscila entre el gobierno de la arbitrariedad y el de la democracia. En ninguna parte como en América Latina hay, al mismo tiempo, tanta adversidad para la libertad y tanto tesón para defenderla. No cabe duda de que en América Latina las libertades individuales son proclamadas y reverenciadas como en el mejor lugar del mundo, pero del mismo modo no son respetadas, consecuencia de ello no siempre de la arbitrariedad del gobernante sino de su impotencia para dominar una situación social distorsionada: dividida, en desarrollo, no integrada, con seria lucha social. No obstante, ejemplos de dictadura sangrientas también las ha habido y responsables de que muchas de las constituciones de Latinoamérica se convirtieran en simples hojas de papel tiradas al viento: Trujillo en la República Dominicana y Gómez en Venezuela.

En este ambiente transido de libertad, aunque muchas veces malogrado, crece una clase media imperfecta, sobre todo por no estar suficientemente integrados los grupos intermedios ni los partidos políticos. Pasa, en efecto, que los textos constitucionales no dan cabida a esa realidad viviente que se llama “grupos de presión”, con lo cual estos cuerpos no tienen conducto por el cual expresarse. Además, los partidos políticos no se comunican con esos grupos perjudicando la integración social. A ello se debe el éxito de los partidos antidemocráticos en América Latina (tanto de izquierda como de derecha) quienes si bien suelen hacer participar al pueblo en el poder, en vez de unir a la sociedad la tensionan. En América Latina se puede hablar de una crisis del partido político y de una pugna del grupo de presión (familia, sindicato, asociación empresaria) por hacer valer su fuerza política. La crisis política se manifiesta en la heterogeneidad de las fuerzas existentes que convierte la efectividad de la democracia en impotencia: causas del desvío por exceso en el poder ejecutivo. Al no satisfacer, dentro de la lucha política formal, los instrumentos electorales existentes, se utilizan otros medios, a menudo espúreos como los que desembocan en el golpe de Estado militar.

En América Latina el crecimiento urbano no es consecuencia sólo del industrialismo sino de la quiebra estructural socioeconómica propia: papel relevante han tenido en este aspecto las migraciones rurales hacia la ciudad. Esa quiebra ha provocado la heterogeneidad de la clase media latinoamericana por cuyo motivo no llena la condición indispensable para ser clase social: carecen sus integrantes de una base común de experiencia. La clase media se ha unido primero con la élite alta y luego con el proletario industrial urbano. Ellos han tenido en común: el papel del Estado en la educación, la industrialización, el sentimiento nacionalista, el estatismo y el rol de los partidos políticos. De esta forma en América Latina el nacionalismo nace impulsado por la clase media, pero no gana el localismo provincial tomado por las masas rurales.

En general la clase media latinoamericana ha tenido un papel pasivo que ha provocado una insuficiencia dinámica en la organización y en la industrialización continental. Puede decirse que ha crecido más rápido la urbanización que la industrialización, con el resultado de las crisis marginales del progreso. Desde otra perspectiva se trata de una urbanización sin industrialización y si ésta existe se trata de una industrialización sin desarrollo.

Las clases medias en América Latina han adoptado los modelos o pautas de las clases conservadoras o aristocráticas, refractarias al cambio y con cierto desdén por el trabajo productivo y creador. Es por eso el éxito del extranjero o de sus hijos, que han ido copando la dirección de la empresa, mientras la clase autóctona media adhería a los criterios muchas veces heredados de la Edad Media.

Dentro de este contexto de la clase media urbana, que actúa como mediadora entre la clase dirigente y la obrera, nos encontramos con el papel relevan-

te que posee la burocracia de forma tal que puede afirmarse que el gran problema político de la época actual es armonizar el desarrollo económico y la burocracia con la democracia.

No falta quien sostenga que el desarrollo y la burocracia van en sentido inverso con la democracia. En América Latina la burocracia configura un mal endémico agravado por el desenvolvimiento del trámite por parte del pueblo rural. Es notorio en tal sentido, que en América Latina va primero la burocracia sindical que el desarrollo de la industria; pero el sindicalismo latinoamericano no es independiente, él vive enajenado a las directivas del gobierno de turno o a la conducción de un partido político fuerte.

Otro sector prevaleciente dentro de la burocracia latinoamericana ha sido el militar. Salvo México y Costa Rica el resto de América Latina ha sufrido el militarismo: desde 1930 a 1972 se han producido setenta y ocho intervenciones militares. El fracaso de la mayoría de estas intervenciones ha colaborado con el proceso de anomia y desintegración política que vive América Latina.

Sin embargo, no es la clase media el único factor social en crecimiento. Para mal de la unidad social latinoamericana han proliferado, como consecuencia de la urbanización creciente, el sector marginal dentro de cada ciudad: la villa miseria argentina, la callampa chilena, el ranchito venezolano, el cantegril uruguayo, la favela brasileña, la barriada peruana, son los ejemplos típicos de este fenómeno. Esto se vincula con el desmedido crecimiento demográfico de América Latina que vaticina llegar a los 600 millones de habitantes en el año 2 000. Es decir: nuestro continente será grande, pero pobre.

Frente al cuadro que acabamos de perfilar sobre la América Latina urbana, se encuentra en relación polar y opuesta, la América Latina rural arcaica. Ella está compuesta por una población predominantemente india y mestiza, analfabeta y no partícipe políticamente. Esta realidad latinoamericana no ha roto la tradición colonial (como lo ha hecho África) de forma tal que se ha producido una gran distorsión socioeconómica debido a que coexisten un régimen feudal de la tierra basado en el latifundio, con un sistema liberal capitalista previsto en la constitución.

Es frecuente encontrar que las constituciones de América Latina no contienen regímenes adecuados de reforma agraria, destinados a terminar con el colonato, el arriendo y demás formas de aprovechamiento del trabajo del peón agrícola. Es un verdadero imperativo incorporar a la vida política activa a los millones de colonos indios, actualmente indiferentes a ella. En tal sentido México es un buen ejemplo de cómo la reforma agraria es útil para integrar al indio y al campesino en el estado, consiguiéndolo sacar de su dependencia con el señor o notable rural.

Precisamente, es el denominado "notable rural" una supervivencia, al igual que el personalismo, del antiguo caudillismo: estilo muy propio y aceptado por

los pueblos latinoamericanos, cuyos mejores exponentes son, quizás, el getulismo, el castrismo y el peronismo.

El gobierno de los notables es, como lo define Gino Germani, un régimen democrático de participación restringida. El notable utiliza el voto democrático para ser elegido o hacer elegir a sus incondicionales con el fin predeterminado de lograr la supervivencia de la sociedad latifundista feudal. Se continúa con la práctica, instaurada por el cacique arcaico, de dar apoyo electoral (hacer votar a su gente) con tal de no ser molestado en su predominio. La frecuencia de estos manejos no pocas veces permitieron desembocar en golpes de Estado justificados; sea para terminar con la democracia por inútil o para restaurarla, sospechando que hubo fraude en las elecciones.

En esta situación se torna inevitable la reforma agraria a fin de romper el entente creado entre el partido político urbano y el caciquismo rural. Debe eliminarse el latifundio pues América Latina no puede abordar la era industrial con una infraestructura propia de la Edad Media.

No sólo el régimen de la tierra es arcaico en la sociedad rural. También lo es el elevado porcentaje de analfabetos (más del 40% en toda América Latina), producto del subdesarrollo y causante de fracaso e ineficacia de los textos constitucionales. En este contexto no es extraño la indiferencia política del pueblo rural: las elecciones no entusiasman a este sector porque los representantes (de las ciudades) no les sabrán solucionar sus problemas locales. A la inversa, tampoco la sociedad desarrollada ve con buenos ojos el proceso electoral por temor al aluvión de votos de la población rural.

El contraste de las dos regiones latinoamericanas provoca una revolución asimétrica: se industrializa y puebla la ciudad pero se atrasa y despuebla el campo (hasta se puede hablar de desiertos: la Patagonia y la zona del Amazonas son buenos ejemplos). Además, el contraste es causa eficiente de la ineficacia constitucional: respecto de la América Latina arcaica por no estar ella en condiciones de ejercer la libertad y respecto de la América Latina desarrollada porque las constituciones liberales resultan vetustas en relación con la moderna vocación social.

Por último, también con respecto a la opinión pública y al centralismo del gobierno se manifiesta el contraste. En América Latina hay dos opiniones públicas: la urbana, que es nacional aunque ideológicamente esté dividida, y la rural que es dispersa y colonial; se debe captar a la opinión pública atrayéndola hacia los problemas reales y propios y no hacia problemas ajenos, aprovechando el odio popular o la divulgación de ciertos *slogans*. A su turno, de acuerdo con la letra de la ley, América Latina está centralizada, pero en los hechos es descentralizada. Se tiene que lograr robustecer el poder central impidiendo el bloqueo local pero se debe, asimismo, robustecer el federalismo.

El análisis efectuado de la sociedad dual latinoamericana, es el resultado de una observación predominante pero no excluida de lo que pasa en nuestro

continente. Un análisis estricto de la totalidad de países que integran el área nos dice que la dualidad se manifiesta con caracteres típicos en México, Brasil, Venezuela y Colombia (países desigualmente desarrollados), en tanto que Argentina, Uruguay y Costa Rica —en menor escala Chile— tienen cierta homogeneidad de desarrollo, siendo directamente subdesarrollados: Perú, Bolivia, Paraguay, Honduras, Guatemala, Haití, República Dominicana, El Salvador, Nicaragua y Ecuador (Panamá y Cuba son casos *sui generis* a los cuales no cabe aplicarles el esquema).

Cómo lograr la desaparición de la sociedad dual a fin de favorecer la integración y la unidad nacional de cada pueblo, es tarea múltiple y poco fácil. Fundamental para ello será que la opción política latinoamericana no se base en viejas cuestiones sino en actuales con visión de futuro. Se debe consolidar los partidos políticos nacionales no sobre la base de efímeras coaliciones de compromiso que implican hacer renuncia de las reivindicaciones sociales. Sobre todo los latinoamericanos no pueden actuar en horizontes generales y abstractos sino luego de haber aprendido a hacerlo en horizontes concretos, ni caer en el error de querer medir la realidad con modelos perfectos cuando el desajuste implica una adaptación necesaria del modelo. No se debe generalizar en demasía ni tomar en cuenta sólo el derecho sin considerar la realidad.

América Latina ha tenido que sufrir, durante un magro siglo de desarrollo, tres revoluciones —la burguesa, la social y la nacional— en tanto que el mismo proceso en Europa le ha demandado dos siglos. También el tiempo deberá colaborar en la superación de la dualidad y desintegración social de Latinoamérica.

VI. LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL

La costumbre social, en cualquier pueblo, es un dato de la realidad que integra la unidad jurídica inevitablemente. Ello es de mayor relevancia cuando de la constitución se trata, por eso, si se intenta modificar la costumbre o el uso constitucional, se estará tratando de modificar también la constitución jurídica. Tal es la importancia de la costumbre. Savigny y Durkheim sostuvieron la inconveniencia de legislar, pues hacerlo sería inútil dado que la ley sólo será lo que las costumbres sean.

Las expresiones verbales que manifiestan el sentido jurídico de una constitución son genéricas y omnicomprensivas. Eso garantiza su duración en el tiempo. Si cambian las circunstancias de la realidad, habrán cambiado las referencias significativas de las constituciones: el progreso técnico, el cambio de la lucha social y las modificaciones económicas, producen ese resultado.

Lograr que cambien las costumbres es una cuestión cultural. La educación del pueblo es decisiva en ello, pero no menos la incorporación de los adelantos

técnicos y científicos producidos en otras culturas y la diferente regulación de las condiciones económicas de los distintos sectores de la población.

Toda costumbre se integra por: *a*) una uniformidad de conducta social; *b*) un sentido subjetivo (conciencia de) objetivado: sentido común; *c*) la funcionalidad de su papel con la estructura social total. Si alguno de los tres elementos no actúa correctamente la costumbre es magra o poco relevante. Si se quiere modificar una costumbre social se deberá actuar, sincrónicamente, en cada uno de esos elementos. La costumbre jurídica (por ende la constitucional) precisa un cuarto elemento constitutivo: su sentido subjetivo objetivado debe contener la conciencia de la obligatoriedad de sí misma.

No habrá cambio constitucional por cambio de costumbre si no se altera la expresión de uniformidad del uso; tampoco lo habrá si no se modifica la conciencia de la población respecto de un tipo de comportamiento (si no hay toma de conciencia de su obligación) o, si no se la fortalece en el caso de que ella fuera débil; ni tampoco si no cambia la función de la conducta en relación con la estructura total del estado o si no se fortalece el rol social de aquélla si estuviera debilitada.

En especial, la costumbre constitucional presenta cierta especificidad con relación a la costumbre común. Las notas que la distinguen son: *a*) sólo se da en las relaciones entre los poderes políticos (poder legislativo y poder ejecutivo) no por parte del poder judicial; *b*) no precisa reconocimiento legal ni judicial, con mayor razón en el caso de las constituciones rígidas, pues el poder legislativo ordinario no puede aclarar el contenido constitucional; *c*) no puede ser modificada ni alterada por decisión del poder legislativo; *d*) si sus efectos sólo alcanzan a sus habitantes resulta que presenta la curiosidad de no regular la conducta de los órganos públicos que son quienes la establecen; *e*) a través de ella se relativiza la diferencia entre constituciones rígidas y flexibles y entre poder constituyente y poderes constituidos pues, estos últimos, al establecerla, actúan como poder constituyente.

Por otra parte, la costumbre constitucional, que en el concepto de Duguit representa la solidaridad social, es para nosotros la reserva de las facultades no delegadas por el pueblo a sus representantes. Asimismo corresponde distinguir la costumbre constitucional del uso constitucional (denominado por la doctrina italiana *corretezza costituzionale*) que no posee carácter obligatorio pues su obediencia es debida en razón de principios de lealtad o conveniencia, con la particularidad que está referido a materias de un orden secundario y no fundamental como en el caso de la primera. Por otra parte el uso constitucional no es producido por los órganos del Estado lo cual lo hace inaplicable por los jueces, a la inversa de lo que pasa con la costumbre constitucional, destacándose en cambio por su clara naturaleza política.

En el derecho público en general y en el constitucional en especial, la costumbre es más necesaria que en el resto del derecho, pues el Estado debe

respetar la voluntad social. En cambio, en el derecho privado es la sociedad la que debe respetar al Estado. Es por eso que siguiendo a Tocqueville podemos decir que la costumbre es la democracia suma.

Además de la costumbre y del uso constitucional existe otra forma de modificar la constitución sin tocar su ley. Ello puede ocurrir por medio de las convenciones que son acuerdos obligatorios establecidos no por toda la comunidad sino por sectores representativos de ella. La convención, a diferencia del uso y de la costumbre constitucional, no supone uniformidad reiterada de conducta social; es espontánea pero no por ello menos arraigada en la comunidad.

Toda convención constitucional supone: *a)* la inexistencia de uso; *b)* coincidencia de sentidos subjetivos por parte de sectores representativos de la comunidad acerca de cuestiones fundamentales del Estado; *c)* conciencia de su obligatoriedad.

VII. LA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

En los textos constitucionales latinoamericanos no se menciona a la costumbre. Es en el derecho común privado, en especial en los Códigos Civiles, donde el tema encuentra regulación: en la Argentina el artículo 17 del Código Civil dispone que el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos, y el Código de Comercio en su artículo 5 dispone que la costumbre es guía de la interpretación; lo mismo dispone el artículo 2 del Código Civil chileno; en Colombia el artículo 8 del Código Civil dice: “La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana constituye derecho, a falta de legislación positiva”, y el artículo 700 del Código Judicial dispone que “los usos y costumbres a que la ley se refiere en ciertos casos, se comprueban con el dicho de siete testigos que afirman su existencia”; por su parte, el Código Civil cubano dispone que la costumbre sólo tiene fuerza supletoria.

Trataremos ahora de verificar cuál es el grado de alejamiento de la realidad social latinoamericana respecto del programa normativo estipulado por los textos constitucionales. Para ello iremos analizando uno a uno los distintos fenómenos producidos:

1. *El golpe de Estado*

Ya señalamos el gran número de intervenciones militares producidas en los últimos cuarenta años (casi a razón de dos por año). Sin embargo, la mitad de las constituciones latinoamericanas establecen en su texto una cláusula según la cual las fuerzas armadas son apolíticas, obedientes, no deliberantes y deben quedar subordinadas al poder civil (Chile, artículo 22; Bolivia, ar-

título 168; Nicaragua, artículo 314; Guatemala, artículo 184; República Dominicana, artículo 93; Colombia, artículo 168; El Salvador, artículo 114; Brasil, artículo 92; Paraguay, artículo 42 y Venezuela, artículo 132; todas ellas inspirándose en el proyecto de constitución de Juan B. Alberdi). La distancia entre el texto de la constitución y la realidad es evidente.

Los golpes de Estado latinoamericanos que han pretendido ser evolucionarios, se caracterizan por abjurar el pasado constitucional; invariablemente han caído en la reforma constitucional como manera de evitar el pasado y no aplicar el derecho vigente durante el gobierno derrocado. En siglo y medio, Latinoamérica ha producido más de ciento noventa constituciones, muchas de las cuales han sido hijas de un golpe de Estado. Pero esa gran cantidad de constituciones han tenido, la más de las veces, carácter semántico no obstante que los gobiernos dictatoriales se han preocupado por declarar que respetan y respetarán los dictados fundamentales de aquéllas.

2. *Los derechos civiles*

En general los textos de las constituciones latinoamericanas reconocen y proclaman con largueza el goce para todos los habitantes de los derechos individuales. Sin embargo, la igualdad ante la ley se encuentra desvirtuada en los hechos, en especial en los países indoamericanos debido a la precaria condición de vida de la población indígena que vive en su seno: los indios viven en la miseria y en la ignorancia, estando el caso del Brasil donde ese sector tiene disminuido el promedio de vida en quince años. La igualdad sólo se aplica con respecto a los títulos de nobleza y honores recibidos del extranjero. Tampoco hay igualdad real en relación con el uso de la lengua por parte del sector indígena, pues está el caso del Perú donde vastos sectores de la población no hablan el castellano. ¿Cómo puede ser vigente una constitución respecto de una población que no la puede leer?

La libertad de prensa también está consagrada en los textos pero no ha sido respetada en los hechos. En Argentina han existido restricciones importantes con y sin estado de sitio, muchas de ellas carentes de justificación alguna. En Brasil, durante el régimen de Vargas, se utilizaba el sistema de otorgamientos de beneficios a la importación de papel concedidos a las publicaciones afectas al gobierno. En Argentina se llegó a expropiar un diario para acallararlo y en Brasil el gobierno de Vargas controlaba el periódico *Estado de São Paulo*. En Perú la ley de prensa vigente significa el monopolio estatal de la información.

Si bien la libertad de culto está garantizada en los textos, la realidad ha mostrado la no prescindencia clerical en la política. Salvo México —después de la Reforma de 1859, de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917—, salvo la Cuba de Castro y salvo Haití durante Duvalier, en el resto de La-

tinoamérica la Iglesia ha operado, desde la Colonia, como un virtual e inexpugnable grupo de presión.

Un caso de costumbre contra *legem* por desuetudo en América Latina se da en el reiterado incumplimiento de las normas constitucionales que prescriben la enseñanza gratuita y obligatoria. La elevada tasa de analfabetismo es su prueba y las pésimas condiciones en que se imparte la educación su corroboración.

Sin embargo, comparativamente, la libertad individual ha resultado más protegida en América Latina que la política. Puede decirse que si bien pocos pueblos como el latinoamericano han defendido la democracia, pocos como ellos han caído en la dictadura: la utilización del fachismo, aunque esporádico, es otro de los casos de desuetudo constitucional. A pesar de todo se puede sostener que, en general, en América Latina ha estado más protegida la libertad civil que la libertad política.

3. *Los derechos políticos*

La igualdad política de la población latinoamericana y la universalización del voto están notoriamente resentidas en los hechos, no obstante las declaraciones constitucionales. El derecho al sufragio sufre limitaciones: la prohibición de votar a los analfabetos excluye, en algunos países, a sectores importantes de la población (en Guatemala no vota el 72%); la ausencia de información política adecuada repercute en la limpieza de los comicios; los sistemas electorales son defectuosos; es deficiente la organización interna de los partidos políticos y la carencia en los mismos de programas políticos orgánicos es notoria; se lucha por el triunfo de hombres y no de ideas; el programa no lo hace el partido sino el candidato, sin sistema, durante sus discursos y declaraciones; la subsistencia de la sociedad arcaica es la forma objetiva de violar la igualdad política.

La prohibición de voto a los analfabetos es una forma de deteriorar la democracia en América Latina. En Brasil, Colombia y Perú no los admiten, con lo que no se hace otra cosa que consolidar la sociedad arcaica y se le quita al campesino carácter de ciudadano.

Otra forma de alterar el funcionamiento de los derechos políticos radica en la práctica de los políticos latinoamericanos de anteponer sus intereses personales sobre la conveniencia nacional o partidaria. En el Caribe a esta práctica se le denomina "amiguismo" y en el Brasil le denominan "filhotismo". También se distorsiona el sufragio cuando se dispone que sean los mismos partidos quienes impriman los votos, con perjuicio de los partidos de pocos recursos y abusando del peculado así como del incumplimiento del régimen de contratación pública.

La intolerancia caracteriza a la vida política latinoamericana. Cuando se está en el poder no se admite la opinión del adversario, a quien es frecuente tratarlo como enemigo; cuando no se está en el poder el gobierno es, invaria-

blemente, traidor. Este ambiente favorece la violencia y la desinteligencia nacional. La política en América Latina se vive como lucha y no como competencia.

La burocratización es, también, otra forma de distorsionar la democracia política. Tradicionalmente el manejo estuvo en manos del clero, el militarismo y el terrateniente. Últimamente, sobre todo en Argentina, Brasil, Chile, México, Uruguay y Venezuela, se ha modificado el viejo sistema político, para dar paso a otro, donde el sindicalismo y la plutocracia industrial y comercial han desplazado, aunque sea parcialmente, a los otros sectores.

4. *Los derechos sociales*

México inició en 1917, no solo en Latinoamérica sino en el mundo, la era del constitucionalismo social. En nuestro continente el ejemplo fue imitado por Chile en 1925, por Ecuador en 1929, por Brasil y Uruguay en 1934, por Paraguay y Cuba en 1940, por Panamá en 1941 y por Argentina en 1949 y 1957. Por su parte, la Carta Interamericana de los Derechos Sociales de Bogotá de 1948, es un verdadero decálogo en tal sentido.

No obstante el reconocimiento semántico de estos derechos, el informe de la OIT producido durante 1961, indicó que sólo gozan de los mismos: el 23% de los trabajadores en Argentina, el 22% en Brasil, el 18% en Chile, el 17% en México y el 13% en Colombia. Brasil adoptó durante 1960 una ley de previsión social que excluye expresamente 48 millones de habitantes rurales.

Una forma de violar la cláusula sobre limitación de la jornada de trabajo son las vagas remuneraciones de los obreros que se ven en la necesidad de realizar más de un trabajo.

Ya vimos la crisis de la situación social latinoamericana al realizar su análisis estructural. De allí surgen también múltiples casos de inaplicación de la desocupación, obsolescencia del agro, crecimiento demográfico, insuficiencia tecnológica, mala conservación de los recursos naturales, sistema vetusto de propiedad de la tierra, insuficiencia alimentaria, déficit educativo, científico y tecnológico, insuficiencia del crédito público al sector marginal, déficit habitacional de vivienda, magro desenvolvimiento del sistema cooperativo, y descolonización de la tierra no explotada, demora en la aplicación de una eficiente reforma agraria que implique el saneamiento y la trasnisibilidad de los títulos de dominio.

5. *Garantías constitucionales*

La práctica y la legislación ha ido ampliando el tradicional *habeas corpus*, protegiendo no sólo la libertad personal sino la seguridad de los detenidos en la cárcel, la inviolabilidad del domicilio, la libertad en el ejercicio profesional y la de culto. Brasil es el país que más ha extendido esta institución.

Por su parte, el amparo (mandato de seguridad en el Brasil) nacido en México, fue desenvuelto después en el resto de América Latina. En México tuvo tanta aplicación el amparo que obligó en 1956 a reformar la organización judicial, creando varios tribunales de distrito con el solo objeto de atender la resolución de estas acciones. El amparo permite frenar al poder ejecutivo y controlarlo en sus desvíos.

La práctica muestra un aspecto negativo con motivo de la aplicación del amparo: cuando él se interpone a favor de los derechos económicos, a cuenta de un excesivo liberalismo, se logra impedir la reforma o modificación de la estructura social, en especial se posterga la reforma agraria.

En Argentina la legislación ha venido a desvirtuar el amparo: la ley 16.986 es tan limitativa que las posibilidades de éxito resultan remotas. Sin embargo, dado que la Constitución Nacional no tiene prevista la institución, ella ha surgido por vía de interpretación constitucional y, en tal sentido, la mutación normativa ha redundado a favor de la protección jurídica de los derechos, a pesar de las restricciones que quedaron señaladas.

6. *Estado de sitio*

Todas las constituciones latinoamericanas contemplan de alguna forma el estado de excepción, pero desgraciadamente lo hacen en fórmulas tan imprecisas (conmoción interior, grave peligro, grave perturbación del orden, grave calamidad pública, causa grave o gravísima, necesidad imperiosa de defensa del Estado, conservación del régimen constitucional, preservación de la paz interior, actividades contra la seguridad del Estado, disturbios civiles, amenaza al orden público, etcétera); que ha permitido al poder político de turno utilizar este remedio de excepción de manera de convertirlo en medidas muchas veces rutinarias. Es por ello que se ha dicho con acierto que su aplicación se ha traducido en América Latina en una verdadera dictadura constitucional.

En Argentina la vigencia del estado de sitio ha sido casi constante desde 1930, época en que se llegó a decretar la ley marcial (remedio no previsto en la constitución nacional). Una práctica frecuente ha sido la denegatoria o el silencio del poder ejecutivo para conceder la opción a favor de los detenidos de ausentarse del país, habiendo actuado el poder judicial como guardián de la vigencia constitucional; los jueces han ordenado al poder ejecutivo la concesión de dicha opción.

En Colombia, en 1905, el presidente Rafael Reyes suspendió al Congreso para luego declarar el estado de sitio denegado por la legislatura.

En Chile, a partir de 1954, se adoptó la práctica de entender que el estado de sitio debía declararlo el Congreso por acuerdo (sin intervención alguna del poder ejecutivo), y no por ley.

7. *Federalismo*

Éste es uno de los tópicos donde el carácter nominal de la constitución es más notorio. Se puede decir que América Latina, de acuerdo con lo que expresan los textos constitucionales, adopta la forma federativa a pesar de que sólo cuatro países la establecen, pero ellos representan cuantitativamente las dos terceras partes del total de la población del continente (Argentina, Brasil, México y Venezuela); no obstante el federalismo latinoamericano se ve desvirtuado, con frecuencia, en los hechos: en Venezuela no funcionan los poderes reservados de las provincias, a parte de que la propia Constitución faculta al gobierno central a designar a las autoridades locales. En México y en Argentina las frecuentes intervenciones federales desvirtúan la descentralización federativa, máxime si se tiene en cuenta que ella funciona sin pedido de las autoridades provinciales para restablecer la forma republicana de gobierno: lo cual no se entiende, en forma estricta, como en los Estados Unidos, cuando se pretende establecer una monarquía, sino con tanta amplitud que termina por ser el expediente utilizado para asegurar la uniformidad política del gobierno central. En Brasil se llegó al exceso de intervenciones federales cuando en 1937 el presidente Vargas sustituyó a todos, menos uno, los gobernadores estatales; en México durante las presidencias de Alemán y de Cárdenas se intervinieron seis y tres gobernadores, respectivamente; en el caso de Cárdenas las intervenciones tuvieron una clara connotación política pues estuvieron dirigidas a los gobiernos partidarios del presidente Calles.

En Argentina y Venezuela la centralización impositiva y el sistema de subsidios, son las formas más directas para violar el federalismo, restringiendo la capacidad impositiva provincial. Ello se ve agravado por la concentración demográfica en los grandes centros urbanos, porque distorsiona y ahoga la economía del interior del país.

La autonomía municipal latinoamericana también está en crisis y ciertamente demorada. Pero esta crisis no quita que sea el municipio uno de los centros de la vida latinoamericana continuadora del antiguo caudillismo y causa de la paralización del gobierno central que cede para contemporizar con las pretensiones sociales. No obstante, se debe lograr una mayor autonomía del municipio con facultades impositivas reales.

Una de las pruebas de la limitación real al federalismo es la existencia, en la mayoría de los países de Latinoamérica, de un Ministerio del Interior centralizador de los asuntos locales, creación ésta inexistente en los Estados Unidos cuyo modelo fuera el que pretendió imitar Latinoamérica.

Las materias más afectadas en la vigencia del federalismo en América Latina son aquellas vinculadas al régimen laboral y social, a la producción nacional, a la instrucción pública y al crédito provincial. En todos los casos es el resultado de la centralización de funciones a favor del gobierno central. Muchos

sostienen que es una necesidad orgánica latinoamericana pues mientras se respeten la descentralización organizativa, la centralización política redundará en beneficios.

8. *Rigidez de la reforma constitucional*

La mayoría de las constituciones latinoamericanas son rígidas, pues estipulan un procedimiento de reforma más dificultoso que el previsto para dictar la legislación ordinaria. Pero en la práctica esta rigidez se ha visto desvirtuada, preferentemente a través del predominio del partido gobernante que obtiene con facilidad las mayorías calificadas requeridas para lograr la reforma y de esta forma maneja la voluntad de la asamblea constituyente.

Por lo demás, cada golpe de Estado se siente tentado a dictar su constitución pues no quiere aplicar la anterior proveniente del régimen derrotado. Esto ha provocado numerosas abrogaciones o reformas realizadas sin respetar el procedimiento constitucional previsto: Argentina en 1957 y 1972, Cuba en 1952 y Brasil en 1971, son algunos ejemplos. En siglo y medio ha habido en Latinoamérica ciento noventa constituciones; Venezuela sola tuvo veintidós.

En otros casos, las enmiendas han sido hechas a medida del poder ejecutivo de turno: en especial aquellas en que se puede continuar en el ejercicio del poder.

También reviste el carácter de “costumbre constitucional” modificatoria del procedimiento de reforma, la jerarquización de ciertas leyes al rango de constitucionales, con la exigencia de un procedimiento especial para modificarlas. En Honduras, El Salvador y Nicaragua, eso ocurrió con las leyes sobre prensa, agricultura, electoral, amparo y con la ley marcial; en todos estos casos se le dio carácter constitucional a normas que no lo eran.

9. *División de poderes*

No funciona en América Latina el perfecto equilibrio entre los tres poderes. En especial es notorio el predominio del presidencial con desmedro de las funciones del congreso. Esto ocurre cuando el presidente monopoliza la iniciativa legislativa que luego es acatada por el legislador sancionando la gran mayoría de los proyectos.

Otra práctica que perjudica la función legislativa es la delegación legislativa a favor del poder ejecutivo facultándolo a dictar decretos-leyes, lo cual significa una verdadera desviación del poder reglamentario. Utilizando este procedimiento en México se instituyó el impuesto a la renta y los códigos de procedimientos penal y civil; en Chile se dictó el decreto con fuerza de ley 280/1931 sobre el Estatuto Orgánico de la enseñanza universitaria, en contra de la expresa prohibición de las actas de la constituyente chilena (página

502-503) que se prohíben los decretos con fuerza de ley; y en Honduras el presidente quedó habilitado para dictar los códigos de derecho común. La prueba de esta hipertrofia legislativa del poder ejecutivo la dio Cuba, durante el gobierno de Grau San Martín, al dictarse tres mil decretos y sólo veinte leyes. La delegación legislativa está causada en la propia insuficiencia del poder legislativo: ello es propio de la falta de tradición democrática de nuestros pueblos cuyas legislaturas no saben que sus funciones esenciales son controlar al gobierno mediante leyes generales que no paralicen su gestión.

Por otra parte, en América Latina el poder ejecutivo cuenta con poder suficiente para imponer su voluntad al poder legislativo manejando las votaciones: de ahí su preponderancia.

Puede decirse que las asambleas legislativas latinoamericanas se han acostumbrado a aceptar la preponderancia del poder ejecutivo. Cuando ello no ha ocurrido el resultado ha sido el fracaso del gobierno, como notoriamente le pasó a Frei y a Allende en Chile, debido al duro enfrentamiento con el Congreso. Normalmente en Latinoamérica hay una colaboración de poderes dirigida por el ejecutivo; el límite de la preponderancia lo fijan las constituciones en la prohibición de reelección del presidente; sin embargo, si bien formalmente esto ha sido respetado, se ha utilizado el expediente de gobernar por intermedio de personero: caso de Porfirio Díaz en México utilizando a Manuel González o de Trujillo en la República Dominicana.

La preponderancia presidencialista latinoamericana que estamos analizando reconoce las siguientes causas: la crisis permanente que atraviesa nuestro continente; el caudillismo que opera como freno de los partidos políticos en el manejo de los legisladores, permitiendo que ese manejo lo tenga, indiscriminadamente, el caudillo; la fuerza y capacidad política del partido dominante o, a la inversa el pluripartidismo que favorece la división de fuerzas dentro del Congreso, lo que facilita la acción del ejecutivo. Por otra parte, la preponderancia anotada no se ha visto disminuida en países como Colombia, Uruguay o Brasil, a pesar de que en ellos el sistema de partidos es bipartidista.

Se puede agregar, sin embargo, que el presidencialismo latinoamericano es *sui generis*, pues debiéndose plantear con frecuencia el conflicto de poderes ello no ha ocurrido en la práctica. Quizá sea ella la mejor prueba del predominio presidencial al no haber funcionado el sistema de contrapeso. Para evitar los abusos del poder ejecutivo sólo se ha atinado a los golpes de Estado, habiendo caído en desuso el juicio político que no ha sido aplicado.

El presidencialismo funda una sociedad paternalista y personalista, característica típica de Latinoamérica, que luego favorece la crisis pues la tendencia moderna a la burocratización del poder provoca un vacío difícil de llenar (es el llamado paso de la hacienda tradicional o la hacienda moderna). El personalismo llegó a abusos notables en administraciones como la de Trujillo, quien

llegó a monopolizar el negocio de la sal, de los seguros y del tabaco en la República Dominicana.

La primacía que estamos señalando del poder presidencial prevalece no sólo sobre el poder legislativo sino sobre los centros de poder locales: provincias, municipios y empresas.

10. *El veto presidencial*

En un sentido contrario sobre la tendencia señalada de la preponderancia presidencial, nos encontramos con que la facultad de veto, reconocida por la mayoría de las constituciones de Latinoamérica, es poco usada, siendo, en cambio, una peculiaridad nuestra utilizar el denominado veto parcial (es lo que ocurre en Brasil, México, Colombia y Ecuador).

11. *Independencia del poder judicial*

Esta nota, que caracteriza a la forma republicana de gobierno reconocida en América Latina, sufre en la realidad muchas limitaciones. En general el poder judicial latinoamericano se ha mostrado como un poder débil frente al ejecutivo, debilidad manifestada en la negativa sistemática a ejercer el control de las denominadas "cuestiones políticas", con lo cual la amplitud de las facultades reglamentarias es grande. Excepción a este temperamento son los sucesos ocurridos en Panamá en 1947, cuando la Corte Suprema facilitó el acceso al poder del coronel Remón y en la Argentina cuando el Alto Tribunal hizo lo propio con el doctor José María Guido, tomándole juramento en la presidencia de la república luego que la Junta de Comandantes depusiera al presidente Frondizi.

Otra forma de vulnerar en los hechos la independencia del poder judicial se ha producido a través de las designaciones en comisión de los jueces, prescindiendo del acuerdo del Senado, o por medio de los traslados intempestivos de los magistrados. Tampoco se respeta la independencia política de los jueces pues con frecuencia se eligen para esos cargos a hombres del partido gobernante.

Tampoco la inamovilidad del poder judicial es respetada. Ella se torna en los hechos un principio relativo pues catorce de los veinte países de la América Latina les fijan plazos de duración a las designaciones (El Salvador y Guatemala sólo tres y cuatro años; Colombia, Venezuela, Paraguay y República Dominicana cinco años; plazo inferior, en algunos casos, al mandato presidencial). En los casos en que la designación la efectúe el presidente, el poder judicial será un poder complaciente, y si la efectúa el Congreso la situación no se modificará, toda vez que el poder legislativo depende del poder ejecutivo. Pero ha sido con motivo de los golpes de Estado cuando la inmovilidad de los jueces se ha quebrantado absolutamente: en Argentina, la Junta Revolucionaria removió

en 1966 a los integrantes de la Corte Suprema y en Brasil en 1964 se aumentó el número de los miembros de ese tribunal con hombres más dóciles al gobierno.

El poder judicial latinoamericano se caracteriza por la gran lentitud de su funcionamiento, lo cual levanta el alto costo operativo agravado por una tendencia creciente hacia el escrituralismo en desmedro del oralismo.

12. *El funcionamiento del Congreso y del poder ejecutivo*

Con prescindencia de los avances señalados del poder ejecutivo sobre el poder legislativo existen prácticas en Latinoamérica que integran la constitución (costumbres *practer legem* o *contra legem*). Los casos más interesantes los encontramos en Chile y Argentina. En Chile: si bien la Constitución prohíbe (artículo 45) al poder legislativo iniciar las leyes sobre gastos públicos, en la práctica el Congreso las inicia; es una práctica no regulada en la Constitución la lectura del mensaje presidencial anual ante el Congreso; ha entrado en desuso la norma constitucional según la cual el Congreso aprueba o reprueba la cuenta de inversión de los fondos para gastos administrativos; en la práctica hay un simple conocimiento sin votación.

En la Argentina ha entrado en desuso la exigencia constitucional de solicitar permiso el presidente al Congreso para ausentarse de la capital federal, así como la formación de milicias provinciales y el juicio por jurado para las causas criminales que nunca se reglamentó. Para comprender mejor el funcionamiento de ambos poderes conviene señalar que, de acuerdo con su integración, en Latinoamérica el Congreso defiende intereses sectoriales, fundamentalmente: profesionales, de terratenientes o comerciantes, industriales y, últimamente, sindicales. En cambio el ejecutivo defiende los intereses de todo el país.

En ciertos países, como en México, funciona una Comisión Permanente Legislativa durante el receso del Congreso, pero en la práctica ella ha sido desvirtuada por su excesiva dependencia con el poder ejecutivo.

13. *Los grupos de presión*

A través de estos grupos puede sostenerse que Latinoamérica ha visto modificar su vida constitucional. Una de las características más destacadas de los grupos de presión latinoamericanos es que ellos son latentes y no manifiestos. Ellos pueden ser clasificados en: *a*) institucionales: la iglesia, el ejército y la burocracia (pública y privada); *b*) asociaciones: el movimiento obrero, las asociaciones de terratenientes (el dos por ciento de la población tiene las tres cuartas partes de la tierra) las asociaciones estudiantiles y las empresas multinacionales; *c*) los grupos no organizados: las clases sociales, el *status* social, los grupos étnicos y las regiones.

Estos grupos han ido logrando modificaciones de trascendencia que alcanzan

a la estructura constitucional: un caso destacado es la cogestión obrera impuesta por la presión sindical, que si bien está en embrión, ha producido fenómenos de sumo interés como la Gran Paritaria Nacional en la Argentina, como forma de actualizar los salarios.

Cuando los grupos de presión no han encontrado expresión constitucional —caso frecuente en América Latina— el resultado ha sido el golpe y la demagogia, con mayor razón si la clase dominante carece del prestigio suficiente para llegar al poder por la vía democrática. Una adecuada recepción constitucional de estos grupos, a través por ejemplo de consejos económicos sociales, podría mejorar la relación normativa con la realidad.

Es indudable que estando demorado el proceso de integración en América Latina, los grupos de presión se han preocupado especialmente por activar el desarrollo, en tanto que los grupos institucionales han tenido a la integración. El desajuste entre ambos fenómenos marca el apartamiento de la realidad respecto de los textos.

14. *Los partidos políticos y el sistema democrático*

La democracia latinoamericana, amplia y profusamente proclamada en los textos constitucionales, carece de un grado óptimo de funcionamiento, no sólo por el subdesarrollo económico y la desintegración social que fuera oportunamente marcada, sino por el sistema de partidos políticos en vigencia. En tal sentido los modos más directos para deformar la democracia latinoamericana son el funcionamiento de un partido único (Cuba), o dominante (México y Paraguay) o de un bipartidismo (Brasil).

Por otra parte el multipartidismo origina un fenómeno también deteriorante para la efectividad de la representación política. Ello se ha visto por el bajo apoyo popular logrado por los candidatos triunfantes en las elecciones presidenciales: caso de Kubise en el Brasil con el sólo 12% del total de sufragios en 1955; de Odria en Perú con 10% en 1962; lo que le obligó a pactar con Haya de la Torre que había obtenido más votos pero no más del porcentaje impuesto por la ley; de Illía en la Argentina en 1963 con el 26% y un gran porcentaje de votos en blanco. En México sólo gracias al PRI se consigue un porcentaje alto, habiéndose tenido que suspender por tres veces el cierre del empadronamiento en 1958, por lo magro de la inscripción (luego el presidente resultó López Mateos).

En general, América Latina precisa fortalecer los partidos de integración donde los adherentes estén comprometidos intensamente y no sólo durante el acto electoral. Se debe lograr que por el solo hecho de estar en el partido exista una cierta participación en el gobierno aunque se esté en la oposición. Las alianzas de partidos en América Latina se quiebran, pues el sector social mar-

ginado —campesinos explotados, desocupados, subdesocupados, la clase obrera y la pequeña burguesía— no tienen expresión política.

Un uso constitucional contrario a los textos, vinculado con este tema, lo encontramos en Colombia respecto del mecanismo utilizado en la selección de los candidatos a la presidencia bajo el régimen frente nacionalista: se utiliza la elección indirecta refrendada por el voto popular.

Podemos clasificar los partidos políticos en América Latina en: autóctonos (peronismo y radicalismo en Argentina; PRI en México; varguismo en Brasil; aprismo y pradismo en Perú) y foráneos (comunistas, socialistas y demócratas).

15. *El derecho de asilo*

No obstante el reconocimiento internacional del derecho de asilo (Tratados de Montevideo), convertido en verdadera norma constitucional por tal conducto, se han producido desconocimientos flagrantes, tales como en Perú cuando el presidente Odría no permitió salir del país a Haya de la Torre, asilado en la Embajada de Colombia, obligándolo a permanecer cautivo durante seis años (1948-1954).

16. *Derecho de propiedad*

En pocas como en esta materia la realidad ha desmentido en Latinoamérica lo proclamado por los textos constitucionales.

En 1960 el 1.5% de los propietarios controlaba el 52% de las tierras cultivables en América Latina (CEPAL). El 1.5 de las fincas tiene más de mil hectáreas y representa el 65% de la superficie de cultivo (documento 16 de la OEA-1962). En México, en 1912, la Hacienda San Blas tenía 395 767 hectáreas. En Colombia el 50% del área total cultivada pertenece a fincas de más de mil hectáreas, en tanto que el 22% de las explotaciones tiene menos de cinco hectáreas, estableciendo un verdadero minifundio (BID). En Argentina el 51% de la tierra agrícola no es explotada por sus propietarios (Censo Agrario de 1952). En Chile el 75% de la tierra está en poder de tres mil doscientas explotaciones (Censo de 1955). En Ecuador sólo el 0.66% de las unidades agrarias controlan el 54% de toda la superficie agraria, en tanto que el 82% representa sólo el 14.4% de la tierra cultivada. En este país se aplica generalizadamente el huasipungo: cesión de una pequeña parcela al campesino para que de ella obtenga sus alimentos, a cambio de la dedicación plena del trabajo al patrón; allí doscientos cuarenta propietarios poseen sólo 1 600 000 hectáreas (Documento del gobierno número 177 de 1962). En la República Dominicana sólo el 1% de las fincas era dueña del 24% de toda la tierra cultivada y el 50% de todas las fincas tenía menos de 2 hectáreas; otro ejemplo de

minifundio (Censo de 1960); el presidente Trujillo llegó a poseer el 63% del azúcar, el 73% del papel, el 71% de los cigarrillos; el 66.6% del cemento, el 22% de todos los depósitos bancarios (Documento Oficial del CIES de 1962). En Paraguay, once haciendas poseen el 35% de la superficie total cultivada del país (Censo de 1956). En Guatemala, el 1% de las explotaciones agrarias controlan el 40% de la superficie total (BID 1962). En Nicaragua, el 1.6% de las explotaciones controla al 42% del total de la tierra y el 35% de ellos no tienen más que el 2.3 de superficie (BID). En Perú, el 78% de la tierra cultivable de la sierra son fincas de más de mil hectáreas (Bando Interamericano, 1962). En Honduras dos haciendas eran dueñas de 200 000 hectáreas (BID, 1963). En Uruguay el 13% de las fincas representaba el 35% del total de las tierras (Censo Agropecuario de 1961 y BID, 1962). En El Salvador el 1% de las fincas controla el 50% de la superficie cultivable y el 80% de los predios menores a 5% no representan más que el 12% de las tierras útiles (BID, 1963). En Panamá el 2.7% de las fincas controla el 42.1% del total de la tierra. (BID, 1963). En Brasil, hasta 1940, el 1% de los propietarios rurales poseían los 2/3 del total de la tierra.

Este cuadro rural se completa con la estadística del déficit habitacional urbano en Latinoamérica: diez millones y quinientas mil viviendas en Brasil; dos millones setecientos cincuenta mil en México; un millón trescientos cincuenta y dos mil en Argentina; un millón cien mil en Perú, y setecientos ochenta y cinco mil en Venezuela (BID).

Los datos reseñados son prueba suficiente de cómo ha sido ineficaz la consagración del derecho de propiedad en América Latina.

17. *La acción popular*

Esta institución está reconocida en bastantes países de Latinoamérica: Venezuela, Guatemala, Cuba y Perú. Pero el uso real de la institución debe considerarse reducido, a pesar del gran sentido democrático que posee. En Perú, esta acción que fue establecida en 1933, estuvo sin aplicarse hasta 1963, por no haber tenido reglamentación hasta entonces.

18. *La revolución en América Latina*

Finalizaremos este análisis sobre los distintos casos de mutaciones constitucionales en América Latina, con las revoluciones aquí producidas. No se trata de los golpes de Estado, sino de los procesos de cambio que han modificado realmente, en alguna medida, la estructura constitucional de los países latinoamericanos. Señalamos con anterioridad que en nuestro continente las tres revoluciones (la burguesa, la social y la nacional) se han desarrollado en un siglo mientras que en Europa ello ha ocurrido en el doble de tiempo. Ello explica por qué sólo México, Bolivia y Cuba ostenten revoluciones en términos de cambio de estructuras (el caso de Perú todavía no puede ser juzgado como

definitivo). En ciertos casos el cambio es sólo de la superestructura normativa como en México, pero ello no ha hecho menos profundo el cambio.

En rigor se puede decir que la revolución en América Latina todavía no ha sido hecha. Por ello se agranda el papel del derecho en el cambio revolucionario lo cual debe ser logrado haciendo operativas aquellas normas constitucionales que impliquen la transformación estructural y que impulsen el proceso en marcha. El derecho revolucionario se puede lograr: cambiando literalmente la estructura social por el cambio legal; por cambio aislado contra el sentimiento de la comunidad; por cambio jurídico a favor de determinados grupos sociales. La tarea del jurista es importante: él debe favorecer el cambio proveyendo teorías e interpretaciones que hagan de campos de aterrizaje aptos para incorporar las innovaciones.

Dentro de la línea de pensamiento que estamos desarrollando es fundamental comprender que en vez de un derecho regulador de conflictos, debe existir un derecho ordenador de la cooperación. De esta forma la revolución dejará de ser la técnica de la imprecisión y se demostrará que no es cierto que el derecho no puede hacer la revolución. Para que ello sea posible la revolución debe estar en el espíritu del pueblo, pues el derecho contra el sentimiento popular fracasa. La revolución es el resultado de emergencias o crisis: la ley cambia si la sociedad cambia.

Por último, debemos recordar que América Latina ha pasado de un sistema liberal inacabado a un sistema de protección social o de servicio administrativo, a diferencia de Estados Unidos o de Europa Occidental, donde las correcciones al liberalismo (New Deal) se realizaron luego de haber experimentado en plenitud el sistema liberal. En América Latina sólo se ha intentado el liberalismo económico pero no el político: hay que recordar con Sánchez Viamonte que la libertad es ser y no tener.

VIII. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

En América Latina se ha aceptado el sistema estadounidense del contralor judicial de constitución y, aunque ha seguido el estilo continental europeo de interpretación, al menos no ha adherido al criterio negatorio de ese control adoptado por un importante sector de Europa: Suiza, Suecia, Holanda, Noruega, Dinamarca, Bélgica.

Sin embargo, el control no ha funcionado con el éxito notorio obtenido en los Estados Unidos. Por de pronto, se ha generalizado la abstención judicial de pronunciarse en las cuestiones políticas (sistemas electorales, estado de sitio o intervención federal, por ejemplo). Por otra parte, es también notoria la parquedad o poca decisión de los tribunales superiores a controlar a los poderes políticos, aun en las cuestiones no políticas.

De esta forma, se han tolerado las delegaciones de poder a favor del poder ejecutivo por parte del poder legislativo en contra de disposiciones constitucionales expresas. También se han tolerado interpretaciones amplias en materia de reglamentación de la ley por parte del poder ejecutivo. Asimismo, cuando ha sido declarado el estado de sitio los jueces se han mostrado complacientes, especialmente en Argentina, México, Brasil y Colombia, y han convalidado sus efectos: sobre todo en casos de restricciones excesivas a la libertad de prensa y de reunión y al ejercicio del derecho de huelga. También han convalidado los golpes de Estado: caso de Argentina en 1930; 1943, 1955, 1962 y 1966. Y nada han dicho con motivo de las intervenciones irregulares del gobierno federal en las provincias.

No obstante, no todo es negativo en la vida judicial latinoamericana. A pesar de su señalada debilidad ha producido aportes inapreciables en materia de garantías constitucionales (especialmente en amparo y control de razonabilidad por el debido proceso legal). Por otra parte, las constituciones latinoamericanas dan cierta amplitud al control: Colombia reconoce una acción popular de inconstitucionalidad, lo mismo que en Cuba en la Constitución de 1940 (solicitada por veinticinco ciudadanos con efectos *erga omnes* y con valor contra las reformas constitucionales aun después de haber entrado en vigor), y que Panamá (salvo que aquí la acción no produce efecto si la reforma ha entrado en vigor), y que Perú (con la peculiaridad que aquí la acción popular va contra disposiciones generales que no sean leyes), y que Venezuela y Guatemala (a ser ejercida por cualquier persona aunque no esté afectada) con efectos de nulidad *erga omnes*. Precisamente en Venezuela se acepta que sean los estados los que accionen por inconstitucionalidad. Todos estos matices hacen que el control latinoamericano ofrezca mucho interés aunque su efectividad no sea demasiado grande.

En materia de jurisprudencia como fuente del derecho tenemos que en Colombia el Código Civil, en su artículo 17, dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de su causa; en el mismo sentido se definen el Código Civil argentino en el artículo 3 y el Código Civil chileno en el artículo 3. En México para que la jurisprudencia de la Corte Suprema sea obligatoria es necesario que se dicten cinco fallos ejecutoriados de dicho tribunal, no interrumpidos por otro fallo en contra: allí es preciso probar la jurisprudencia.

IX. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES LATINOAMERICANOS

En esta materia se destaca la acción de amparo que surge por la influencia pretoriana en la Argentina luego de los casos Siri y Kot y que tiende a proteger todos los derechos constitucionales no protegidos por el *habeas corpus*.

El sistema sobre amparo nace en México (Constitución de Yucatán de 1891) y tiene un alcance amplio pues va contra medidas violatorias producidas por el poder judicial (en contra de la expresa prohibición en tal sentido dentro del sistema argentino: artículo 2 de la ley 16 896). El origen del amparo está en el *mandamus*, la *prohibition*, el *quo warranto*, el *certiorari* y la *injunction* norteamericanos. En el Brasil la institución se la conoce como mandato de seguridad: contiene el *habeas corpus*, el *mandamus* y la *prohibition*: alcanza no sólo contra actos administrativos sino contra decisiones judiciales (al igual que en México) siempre que no exista otro remedio procesal más adecuado: también funciona contra actos de aplicación de leyes inconstitucionales, pero no contra leyes inconstitucionales en abstracto. En el resto de América Latina el amparo está reconocido en: Venezuela (1961), Guatemala (comprende el *habeas corpus*); El Salvador, Costa Rica, Colombia y Panamá.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha tenido el mismo desenvolvimiento en todos los países: en México el reconocimiento ha sido pleno; en Venezuela, por el contrario, no ha tenido eficacia; en Argentina, luego de los primeros reconocimientos de la Corte Suprema, las decisiones positivas han desaparecido prácticamente, a favor de una legislación restrictiva que no lo concede cuando se trata de la aplicación de la ley de defensa civil, con motivo de la prestación de un servicio público ni cuando corresponda declarar inconstitucional una norma como condición previa para que proceda el amparo.

Además del amparo, la garantía de los derechos se efectiviza en América Latina a través de la declaración de inconstitucionalidad, prevista: *a*) como acción en el Brasil, en el Uruguay (iniciada por el afectado en una única instancia ante la Corte Suprema con efectos particulares en beneficio del reclamante) en Venezuela y en Costa Rica (con efectos generales); *b*) como excepción en Argentina (con efectos interpartes); en Uruguay (sin perjuicio de la vía directa); lo mismo que en Venezuela y en Guatemala; *c*) el poder ejecutivo impugna los proyectos que considera inconstitucionales y las reformas constitucionales contrarias al procedimiento previsto en Panamá y Colombia; *d*) sólo el Congreso decide la inconstitucionalidad en Ecuador (el Tribunal de Garantías Constitucionales sólo funciona en materia administrativa); *e*) prevén un sistema de consultas sobre la inconstitucionalidad de las leyes: Panamá, Colombia (sólo por un funcionario público) y Ecuador.

En la Argentina la jurisprudencia ha operado como verdadera fuente del derecho en materia de control de constitucionalidad al producir un copioso material normativo con motivo de la procedencia del recurso extraordinario, sobre todo respecto a la arbitrariedad. Últimamente se ha desenvuelto la garantía constitucional del debido proceso legal a través del control de razonabilidad, por medio del cual se verifica la regularidad material de las leyes en la relación medio-fin con la constitución nacional.