

Araucaria. Año 8, Nº 15 Primer semestre de 2006.

# Reflexiones en torno a los problemas constitucionales de América Latina

Teresa Freixes [1]

## Introducción

Reflexionar acerca de los problemas constitucionales de América Latina es una tarea difícil. Por una parte, porque América Latina es una realidad compleja, en la que no hay identidad en los problemas ni respuesta parecida en las pretendidas soluciones. Por otra parte, porque para ello es necesario conocer de primera mano lo que allí sucede y a nosotros, a los europeos, a veces se nos escapan no sólo las sutilezas, sino incluso las evidencias. Pero no pude resistirme a la invitación que me formuló el Profesor Antonio Hermosa, director de *Araucaria*, para que me ocupara de este monográfico haciendo una Introducción a un tema tan sugerente como espinoso, contando, eso sí, con autores de los respectivos países seleccionados, que efectuaran un análisis con mejor conocimiento de causa.

Como se puede apreciar viendo el Índice, estas reflexiones no abarcan a todos los países de América Latina. Ello no se pretendió en ningún momento, sino que se pensó en unos cuántos, que reflejaran los diversos orígenes al tiempo que los actuales retos de índole constitucional, en el contexto de la complejidad socioeconómica y las diferencias culturales que se dan cita en esa parte del planeta en lo que denominamos la era de la globalización. Así surgió el hecho de contar con trabajos sobre Bolivia, Brasil, México y el Perú.

Para abordar estos temas, las personas autoras de las diversas reflexiones han seleccionado con toda libertad los aspectos de relevancia constitucional que han creído deben ser objeto de análisis en sus respectivos países.

Ivanna Fernández, con sus Apuntes sobre la Constitución Política del Estado Boliviano, nos muestra las insuficiencias de la Constitución vigente en Bolivia, tanto desde

perspectivas formales como desde los problemas de fondo, haciendo hincapié en algo que constituye un problema endémico no sólo en ese país, sino en muchos otros, y que no es otro que el de tener una Constitución en la que a la ciudadanía le cuesta reconocerse, no tanto por sus contenidos (que también), sino por formar parte de aquella categoría constitucional a la que Loewenstein denominó constituciones semánticas (lo normado y lo real no son coincidentes). La autora se hace eco de la necesidad de elaborar una nueva Constitución que responda a las necesidades reales de la población de Bolivia, que rompa con los conceptos excluyentes presentes en el sistema jurídico actual y que represente una verdadera oportunidad de cambio, con mayor participación, para consolidar la democracia.

Flavia Piovesan y Renato Stanzola centran sus reflexiones en torno a los desafíos y perspectivas de los derechos económicos y sociales en el Brasil actual. En ella apreciamos que los problemas de eficacia, de justiciabilidad, de tales derechos son muy parecidos a los que se advierten en muchos otros países. Que los derechos sociales no tienen la misma estructura jurídica que los derechos de libertad es un tema clásico en el constitucionalismo de hoy día, como ya lo fue en los inicios del welfare state en los Estados Unidos o en el constitucionalismo de entreguerras (Weimar, la IIª República española, por poner unos ejemplos). Incluso hoy día tenemos problemas en Europa para hacerlos efectivos, pues su coste económico comporta el establecimiento de intervenciones públicas en la vida social y económica que hay que medir con sumo cuidado para que, al mismo tiempo que se puedan alcanzar los objetivos sociales, no se anule la libertad necesaria para la formación de riqueza. Claro que los problemas en Brasil son distintos a los de Europa, pero, como afirman los autores, la razonabilidad de la pretensión debe ir acompañada de las responsabilidades financieras del Estado, y ello no sólo al otro lado del Atlántico.

Miguel Ontiveros nos ofrece un análisis sobre El libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico digno del Estado Constitucional, con especial atención al tratamiento que los jueces han dado a este asunto en México en relación con los grupos más vulnerables. La difusión que ha tenido, en la prensa internacional, la situación de las mujeres y niñas en algunos estados de la federación, víctimas de explotación sexual que no han recibido la debida atención por parte de los poderes públicos, aparece en este trabajo como uno de los principales problemas que hoy en día debe afrontar México si quiere situarse en el marco del respeto a los derechos

fundamentales propio de las sociedades democráticas. El autor considera imprescindible una revisión de los conceptos que subyacen a la definición de los bienes jurídicos penales, en relación con la protección del libre desarrollo de la personalidad constitucionalmente reconocido, aunque se muestra pesimista sobre la evolución jurídica que pueda tener lugar en un contexto en el que, según se afirma en el trabajo, las decisiones políticas siguen ubicándose por encima de las decisiones fundamentadas en la protección de los derechos humanos.

José Carlos Remotti, por su parte, se plantea qué reformas constitucionales serían necesarias en el Perú para que el sistema jurídico-constitucional resultante estuviera dotado de un alto grado de legitimidad democrática y vocación integradora. Aunque el autor reconoce que son muchos los ámbitos jurídicos necesitados de reforma (regionalización, garantía del Estado social, autonomía e imparcialidad del Poder Judicial, democratización de las Fuerzas Armadas y de la Policía), se centra en, por una parte, la necesidad de diferenciar entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y, por otra parte, la de una segunda Cámara de representación territorial. Considerando que el Perú se encuentra en un proceso de reinstitucionalización democrática, el trabajo esboza los ejes que deberían presidir la elaboración de una nueva Constitución que responda a las necesidades reales del país respondiendo, al tiempo, a los estándares de legitimidad propios del Estado de Derecho, la democracia y el respeto a los derechos fundamentales.

La reinstitucionalización democrática, una adecuada selección y garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento constitucional, la eficacia de los derechos económicos y sociales y la adopción de constituciones eficaces y no excluyentes constituyen, pues, los ejes principales de las reflexiones que se nos ofrecen en los trabajos que aquí se publican. ¿Son éstos los únicos problemas constitucionales de América Latina hoy? Los propios autores indican que hay más, aunque han escogido analizar algunos de ellos como de singular importancia en el contexto de cada país. ¿Son estos problemas generalizables a los cuatro países estudiados o a otros estados latinoamericanos que no se analizan individualizadamente? ¿Existen otros problemas de índole constitucional que pudieran ser destacados en el contexto de esta, limitada, Introducción?

Ciertamente, las respuestas son necesariamente complejas, pero aun a riesgo de errar

en la apreciación, voy a intentar esbozar unas reflexiones al margen de las que los autores de los trabajos sobre Bolivia, Brasil, México y el Perú nos ofrecen. Las articularé en varios ejes: la diversidad cultural, la democracia de la integración política y la garantía de los derechos fundamentales.

Que en América Latina existe una gran diversidad cultural no constituye ciertamente una afirmación novedosa. Tampoco el hecho de que incluso dentro de no pocos países de la zona existan diferentes etnias, diferentes culturas, religiones y tradiciones sociales. La novedad que hoy aparece en los medios de comunicación es la de un aumento de la conciencia de la diversidad, teñida en numerosas ocasiones de un indigenismo pujante, como fruto del olvido que durante generaciones fueron objeto los grupos que no formaron parte de las élites dominantes. Los recientes resultados electorales en Bolivia constituyen una significativa muestra al respecto, pero no sólo en Bolivia se han planteado problemas con el acceso al poder político, económico y social de los que, en paralelo a su condición de indígenas, han sido grupos sociales excluidos de un poder acusado muchas veces de corrupto en lo económico e ineficaz para disminuir las diferencias entre quienes tienen más y los que tienen menos. Ciertamente, las culturas indígenas no han recibido históricamente el tratamiento debido; la exclusión de que han sido objeto en muchos casos, ha favorecido que las reivindicaciones de lo indígena hayan conducido incluso a sobredimensionar el factor cultural para elevarlo a la categoría del poder de raza. Las insuficiencias existentes en el terreno educativo, en la sanidad, en la vivienda, en la atención social, en prácticamente toda América Latina, han producido una sensación de no respeto a su dignidad en los colectivos afectados por tales deficiencias que se ha traducido en una reivindicación de los valores de la raza no exentos a su vez de problemas. En efecto, los planteamientos subyacentes a las justas reivindicaciones de los excluidos pugnan muchas veces con los que consideramos inherentes a los propios de las sociedades democráticas. En este contexto, hay que señalar que el reconocimiento jurídico de la diversidad cultural y el necesario reconocimiento constitucional del denominado derecho indígena tiene necesariamente que enmarcarse en el contexto de los principios democráticos y del respeto a los derechos fundamentales, del Estado de Derecho y de la igualdad de mujeres y hombres. Por ello, no sería compatible con el debido respeto a la dignidad de todas las personas, que se dieran por válidas

decisiones que han de ser tomadas por jueces independientes e imparciales, en procesos con todas las garantías, si quienes deciden son ciudadanos que no ostenten tales características y si las garantías procesales de víctimas y acusados no presiden los procedimientos, tal como sucede en algunos procesos denominados tradicionales que yo misma he podido presenciar en comunidades indígenas de diversos países. Tampoco podrían ser consideradas propias de una democracia las normas, ya sean escritas o consuetudinarias, que establecieran o mantuvieran a las mujeres como infraciudadanas, sin igualdad jurídica en relación con los hombres, sometidas mediante violencia física o psíquica, o sin que se les garantizara igual que a ellos el libre desarrollo de su personalidad, con todos los derechos y acciones positivas que ello comporta; los objetivos que se plantea UNIFEM en este contexto están muy lejos de ser alcanzados en la mayor parte de los países latinoamericanos, pese a la existencia y el éxito de programas puntuales que ayudan a avanzar en el terreno de la igualdad; la práctica de las últimas décadas nos demuestra, incluso en Europa, que no basta con introducir cuotas electorales femeninas, sino que es necesario hacer posible la transversalidad de la igualdad, en todos los ámbitos, tal como se acordó en la Conferencia y en la Plataforma de Acción de Pekín hace ya más de 10 años. También UNICEF se ha preocupado por la situación de la infancia en relación con estos temas; en un reciente Informe, hecho público este mismo mes de febrero, esta organización denuncia que los niños y niñas de las zonas cocaleras, situadas generalmente en las comunidades indígenas de la selva, viven en un ambiente de explotación, sujetos a una situación de violencia, con alto riesgo de enfermedades venéreas, alto grado de embarazos infantiles, sin prevención adecuada contra el SIDA, con un grado de escolarización y servicios básicos insuficientes. El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural, necesario no sólo en América Latina, no puede ni debe ser concebido como destructor de los principios y valores por los que tantas generaciones han luchado durante siglos, aunque muchas veces su formulación teórica no haya venido acompañada por una puesta en práctica coherente.

La democracia de la integración política, cuya formulación teórica (Smend) emergió en la primera mitad del siglo XX para hacer frente a las respuestas totalitarias y a las convulsiones sociales de la época, parece querer tomar otra vez fuerza en nuestros días. Vemos cómo los viejos paradigmas de la confrontación, entre izquierda y derecha,

entre mayorías y minorías, buscan, no sin tensiones, nuevas formulaciones y propuestas que les permitan resituarse en la esfera política para responder a las nuevas necesidades. En América Latina, el panorama es francamente dispar. Por una parte, el nuevo Presidente de Bolivia afirma que o gobiernan los ricos o gobiernan los pobres, al tiempo que debe hacer frente a la realidad de una nueva dimensión política que, mediante la convocatoria de una asamblea constituyente, aborde la elaboración de una nueva Constitución, más acorde con las exigencias de legitimidad que su población reclama; en este contexto, no respondería a tales requisitos una Constitución que simplemente invirtiera las relaciones de poder político, sin responder a las necesidades de integración política; y lo mismo podría predicarse en relación con el Perú, sobre todo tras el surgimiento, de cara a las próximas elecciones, de candidaturas de exaltación indigenista. Por otra parte, la nueva Presidenta de Chile, desde una posición política concreta y manteniendo el texto constitucional en vigor, ha abierto la puerta a un gobierno de amplia integración, desde donde distintas opciones políticas puedan abordar los cambios estructurales que el país todavía tiene pendientes (también en Europa, el ejemplo de la Canciller de Alemania, formando un gobierno de gran coalición, constituye un paradigma en este sentido; quizás sea una casualidad, y no quiero ser demagógica, pero resulta cuanto menos sorprendente que sean dos mujeres quienes encabezan respuestas políticas de integración). La democracia de integración política exige, en consecuencia y no sólo en América Latina, que la lógica alternancia política no se conciba como la revancha (ideológica, de etnia o de posición social) contra injustas situaciones anteriores, sino que conlleve un pacto profundo para alcanzar objetivos de legitimación en las decisiones, los cambios y las reformas, estabilizando el sistema político y garantizando con ello mejores niveles de justicia en todos los ámbitos.

La garantía de los derechos fundamentales, finalmente, creo que constituye uno de los problemas pendientes de muchos países de América Latina (también en Europa existen problemas al respecto, pero los cauces institucionales para encontrar respuestas están aquí más extendidos). ¿Qué podemos entender por garantía de los derechos fundamentales? En esencia, la existencia de instrumentos jurídicos que permitan prevenir las violaciones, reponer los derechos violados y, en su caso, reparar los daños originados por la violación de los derechos. En este contexto, podemos

también señalar que los instrumentos jurídicos pueden ser de diversos tipos, de distinta naturaleza y productores de diferentes efectos. En prácticamente todos los países, al menos en los que podríamos denominar formalmente democráticos, existen instrumentos de garantía de los derechos. Pero no en todos ellos tales instrumentos son eficaces. Señalaré algunos ejemplos, algunos de ellos tomados de los trabajos de los que se componen estas reflexiones. En el trabajo sobre Brasil, los autores analizan los problemas existentes en torno a la eficacia de los derechos económicos y sociales, comportando prestaciones a cargo de los poderes públicos, que precisan de instituciones jurídicamente garantizadas para ser realmente efectivos. En el trabajo relativo a Bolivia se constata que los derechos garantizados por la Constitución se convierten en letra muerta por falta de voluntad al respecto por parte de los poderes públicos. En el trabajo correspondiente a México, vemos cómo los derechos más elementales, vinculados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, son frecuentemente violados para los colectivos más vulnerables, los que, por esa misma circunstancia, precisarían de una mayor protección. En el trabajo concerniente a Perú se puede apreciar que el déficit de legitimidad institucional repercute negativamente en la calidad del disfrute de los derechos por parte de la ciudadanía. Podríamos continuar enumerando, país por país, no sólo de América Latina, las insuficiencias del reconocimiento jurídico y/o los problemas de efectividad de los derechos fundamentales, pese a que existen importantes instrumentos de garantía reconocidos, al menos, formalmente, en las Constituciones actualmente vigentes. No lo voy a hacer, pero sí que quiero llamar la atención acerca de un instrumento poco valorado, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (homóloga de nuestro Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo) porque de sus importantes sentencias se extrae una jurisprudencia que puede ser un punto de referencia en las reflexiones que nos ocupan.

Desde este orden de consideraciones quiero afirmar que, por la experiencia europea y por lo que se ha estudiado con relación a América (el libro del Dr. Remotti sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo muestra claramente), estos tribunales internacionales realizan una extraordinaria contribución, no sólo a la garantía de los derechos, sino a la institucionalización democrática de los países que se integran en tales sistemas de protección de derechos. La Corte de San José de Costa Rica tiene una rica jurisprudencia no sólo sobre los derechos clásicos (la libertad personal o la libertad de expresión, por poner unos ejemplos) sino también acerca de lo que podrían

ser derechos nuevos especialmente importantes para el momento actual, como por ejemplo, el derecho al proyecto de vida, la concreción de las reparaciones derivadas de la violación de derechos en la creación de servicios sociales médicos o escolares, o el establecimiento de las responsabilidades que deben asumir las autoridades que hayan permitido, por acción o por omisión, violaciones de derechos. Esta jurisprudencia ha inspirado en ocasiones a nuestro Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y merece ser destacada por varios factores. Por una parte, por el hecho de que crea principios generales que deben ser observados por todos los Estados integrados en la OEA que reconozcan la jurisdicción de la Corte; si estos principios hubieran sido respetados, problemas que hemos visto continúan existiendo en diversos estados latinoamericanos, habrían podido recibir un tratamiento más adecuado. Por otra parte, porque esta dimensión internacional/regional, responde a una necesidad cada vez mayor de los estados de América Latina de encontrar instrumentos comunes para, desde una perspectiva integradora, dar respuesta tanto a los problemas internos como a los derivados de la globalización; MERCOSUR, el Pacto Andino, constituyen también gérmenes de una integración, básicamente económica, que precisa de otra integración sociopolítica, en la que la garantía de los derechos constituya uno de los ejes principales de su configuración.

Las democracias latinoamericanas, articuladas formalmente en casi todo el territorio de América Latina mediante comicios regulares (Cuba constituye la excepción más significativa) tienen que incorporar a su acervo jurídico constitucional y a su puesta en práctica las dimensiones de legitimidad que les permitan consolidarse sin exclusiones sociales, garantizando la libertad y la justicia. Hay que aprovechar las lecciones de la Historia, superar periclitados estereotipos políticos y económicos, y avanzar en la configuración de los criterios de legitimidad, no sólo formal, sino incorporando contenidos de democracia, de integración, de garantía de los derechos fundamentales y de igualdad de género como paradigmas constitucionales del Estado de Derecho.

No quiero terminar sin agradecer muy sinceramente al Prof. Dr. Antonio Hermosa la oportunidad que nos ha brindado, a mí en concreto y al Prof. Dr. José Carlos Remotti, con la coordinación de este monográfico sobre las Reflexiones en torno a los problemas constitucionales de América Latina. En mi caso concreto, pensar sobre ello



me ha conducido no sólo a interrogarme sobre el otro lado del Atlántico, sino también en relación con ciertas controversias que tenemos planteadas en esta orilla. Algunas de estas reflexiones se explicitan en esta Introducción. Otras no son plasmadas aquí por escrito, pero me han creado inquietudes a las que tendré que responder en el futuro. Todo ello es de agradecer, pues a la oportunidad de exponer una parte del pensamiento, se añade la constatación de la necesidad de nuevas reflexiones, como es propio del oficio común que nos atañe a los que hemos intervenido en esta obra.

Así, pues, también quiero agradecer a los autores de los trabajos que hayan respondido a la invitación que les formulamos en su día y el esfuerzo que siempre supone tener que entregarlos en plazo. La correspondencia electrónica que hemos venido manteniendo a lo largo de su proceso de elaboración ha contribuido a reforzar unos lazos, trasatlánticos y peninsulares, forjados no sólo en las coincidencias intelectuales sino también en el respeto a la diferencia de planteamientos y en el tratamiento multidisciplinar de los temas.

---

[1] Teresa Freixes es Catedrática de Derecho Constitucional y Catedrática Jean Monnet en la Universidad Autónoma de Barcelona. Pertenece al Réseau UE d'experts indépendents en matière de droits fondamentaux.