

ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO EN AMERICA LATINA

ERNESTO GARZON VALDES
Universidad de Maguncia

Desde hace algunos años, se nota un creciente interés por el análisis crítico de las funciones que cumple el derecho en los países de América Latina (1). No es mi propósito pasar revista a este tipo de investigaciones sino tan sólo ilustrar ciertas dificultades previas al tratamiento de este tema, que suelen presentarse sobre todo cuando se intenta comparar el derecho en América Latina con el de los países de Europa Occidental. Sobre la base de ejemplos que me parecen significativos, habré de sugerir algunas conclusiones con respecto a esta problemática. Por derecho se entenderá aquí tanto la ciencia del derecho como el orden jurídico normativo (constitucional y de facto, según los casos). Espero que la ambigüedad de la palabra "derecho" no sea motivo de mayor confusión si se toman en cuenta los contextos en los que es utilizada en este trabajo.

I

Sin pretender que ésta sea una enumeración completa, pienso que cabe mencionar, por lo menos, las siguientes razones que hacen ardua la tarea de comparar el derecho latinoamericano (en las dos acepciones arriba mencionadas) con el europeo. En primer lugar, existe una dificultad de tipo semántico, es decir, la cuestión de saber hasta qué punto con-

(1) Cfr., por ejemplo, Tilman Evers, *Bürgerliche Herrschaft in der Dritten Welt*, Colonia/Francfort 1977; Howard J. Wiarda, "Law and Political Development in Latin America" en el mismo autor, *Politics and Social Change in Latin America*, The University of Massachusetts Press 1974; Norbert Lechner, *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas 1977; Emilio García Méndez, *Autoritarismo, institucionalización y control social*, tesis doctoral, Universidad de Saarbrücken 1983.

ceptos estrechamente vinculados con el de derecho tales como, por ejemplo, ley, Estado, orden constitucional, administración de justicia, funcionario, etc., significan lo mismo a uno y otro lado del Atlántico.

En segundo lugar, aún admitiendo que también en el caso de los países europeos existen diferencias entre el orden jurídico sancionado y el efectivamente aplicado, éstas no son nunca tan notables como las que se han dado siempre en América Latina. Ello provoca largas e infructuosas discusiones acerca del derecho latinoamericano y de sus antecedentes históricos. Cuando se habla, por ejemplo, de la organización jurídica de la colonia, ¿se quiere indicar el sistema sancionado por la corona española, es decir, el cuerpo normativo contenido en las Leyes de Indias, en las Nuevas Leyes de 1542, en las Ordenanzas de descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias de 1573 (para sólo mencionar algunas codificaciones) o se pretende describir el sistema jurídico que efectivamente se aplicaba? (2).

E igualmente, cuando nos referimos al derecho constitucional latinoamericano, ¿queremos analizar el texto de las Constituciones o nos interesa más bien su vigencia real? Esta es una cuestión vinculada con la validez y la eficacia de las normas.

Pero los problemas de la identificación del derecho vigente no se deben sólo al abismo que pueda existir entre disposición normativa y aplicación de la misma, sino a la dificultad de saber cuáles son las normas que integran el sistema. Ello resulta a veces, entre otras causas, del hecho de que en varios países latinoamericanos a las normas constitucionalmente sancionadas se añaden las dictadas por los gobiernos de facto sin que siempre esté claro la relación de jerarquía entre unas y otras o hasta qué punto han quedado derogadas disposiciones constitucionales. Este problema de membrecía y de determinación de las fuentes del dere-

(2) Así, como bien señala Horst Pietschmann (*Die staatliche Organisation des kolonialen Iberoamerika*, Stuttgart 1980, pág. 55), mientras S.N. Eisenstadt caracteriza al imperio español en América como "centralized historical bureaucratic empire", otros subrayan el aspecto carismático-patrimonial de la dominación en América. Quien, por ejemplo, lea la obra clásica de J.M. Ots Capdequí, *El Estado español en las Indias*, México 5ª edición 1975, obtendrá sin duda amplia información acerca de las normas que integraban el sistema jurídico sancionado para América, pero sabrá muy poco de su vigencia efectiva si no completa estos datos con la lectura de obras tales como J.C. Mariátegui, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima 1973; Richard Konetzke, *Süd- und Mittelamerika I. Die Indianerkulturen Altamerikas und die spanisch-portugiesische Kolonialherrschaft*, Francfort 1965; J.C. Vedova, *La expoliación de América*, Buenos Aires 1973 o J. Vicens Vives, *Historia social y económica de España y América*, Barcelona 1974/77.

cho está vinculado con el de la validez de las normas. No es exagerado afirmar que los ordenamientos jurídicos de algunos países de América Latina se encuentran en la zona de lo que H.L. Hart llamaría "patología jurídica". La incertidumbre acerca de la regla de reconocimiento se convierte en una situación permanente, con todas las consecuencias de desorientación no sólo teórica sino práctica que ello implica.

Una tercera fuente de problemas es la existencia de dos actitudes contradictorias de larga tradición hispano-lationamericana: Por un lado, una enorme fe en la Constitución como factor de ordenación de la realidad social y, por otro, la convicción de que la divergencia entre orden y realidad social no debe ser motivo de mayor escándalo o preocupación. Esta diferencia es tomada como un dato más o menos lamentable pero pasajero y el estudioso del derecho se consagra al estudio de las normas sancionadas como si ellas fueran efectivamente vigentes (3). Esta fe en el orden constitucional explica las polémicas entre quienes hablan de la Constitución y de las leyes dictadas de acuerdo con ella como panacea para todos los problemas sociales y de desarrollo y quienes consideran que el derecho sancionado es precisamente un obstáculo para los cambios sociales que propician. Común a ambas posiciones es su olvido total de la realidad jurídica o dicho de otro modo, una vez más la confusión entre validez y eficacia de las normas.

Un cuarto elemento de perplejidad es la existencia, a nivel teórico, de la misma tradición jurídica en América Latina y en los países de Europa Occidental, sobre todo los continentales. Ello permite hablar del derecho y de los problemas jurídicos de ambos continentes como si se estuviera hablando de la misma cosa. Algo parecido sucede con respecto a los Estados Unidos: el estudio de sus disposiciones constitucionales, de los fallos de la Suprema Corte americana, es practicado con notable intensidad en las universidades de América Latina y también por parte de abogados y jueces, como si el sistema judicial americano fuera muy similar al de los países latinoamericanos en su manifestación práctica (independencia del poder judicial con respecto al ejecutivo, por ejemplo).

(3) Para algunos autores como Howard J. Wiarda (op. cit. en nota 1, pág. 283), esta diferencia es hasta un dato positivo pues demuestra una cierta "flexibilidad frente a la realidad". Por otra parte, la prescindencia de la falta de vigencia de las normas constitucionales y el estudio de las mismas como si en verdad fueran eficaces, se manifiesta no sólo a nivel universitario sino también escolar. Los textos de civismo de las escuelas mexicanas contienen largos pasajes acerca de la división de poderes en México, no obstante ser éste un fenómeno institucional prácticamente inexistente. Cfr. al respecto, Manfred Mols, *Mexiko im 20. Jahrhundert*, Padeborn/Munich 1981, pág. 378, nota 3.

Esta actitud descuida no sólo los problemas de validez y eficacia de las normas sino que ignora las diferencias que existen entre las realidades sociales y políticas de los países latinoamericanos y los de Europa Occidental o los Estados Unidos, lo que le permite inferir que una norma jurídica idéntica en su texto a la de aquellos países ha de tener en América Latina la misma función.

Y existe también un quinto elemento que debe ser tenido en cuenta: Los países de América Latina presentan grandes asincronías en su progreso social, con una muy acusada diferencia cultural, racial y económica entre sus habitantes. En países, como algunos de los latinoamericanos, con porcentajes de analfabetismo que oscilan entre el 60 y el 90 por ciento, cuesta creer en la posibilidad de una vigencia efectiva del derecho escrito.

Tomando en cuenta esta serie de cuestiones, veamos algunos casos que ilustran esta problemática. Son los siguientes:

1) Dos ejemplos de la confianza en el poder conformador de la norma jurídica con respecto a la realidad social. Uno de ellos se refiere al orden constitucional y a su capacidad de plasmar no sólo un Estado sino una nación. Quienes sustentaron en su hora esta tesis adoptaron, desde luego, una actitud positiva frente a la Constitución que contribuyeron a redactar. El otro ejemplo se refiere a una actitud negativa frente al orden constitucional por considerárselo una traba al desarrollo.

2) Dos ejemplos de la diferente denotación que en América Latina y en Europa tienen dos conceptos estrechamente vinculados con el orden jurídico: el de funcionario público y el de la democracia como forma institucionalizada de gobierno.

3) Un ejemplo de la dificultad de identificar el orden jurídico vigente en los países de América Latina.

4) Un ejemplo tomado del derecho privado que ilustra la reducida vigencia de las normas jurídicas sancionadas, en amplios estratos de la población latinoamericana.

5) Un ejemplo de la influencia recíproca entre Europa Occidental y América Latina en el ámbito de la teoría jurídica.

II

1) El llamado período de la organización nacional comienza en la Argentina después de la batalla de Caceros (1852) en la que fuera derrotado Juan Manuel de Rosas. Termina así una etapa de la historia argentina caracterizada por la lucha entre caudillos provincianos y la puja entre dos corrientes ideológicas: el unitarismo y el federalismo. Desde el punto de vista jurídico institucional, la consecuencia más importante fue la promulgación de la Constitución de 1853.

Nada más ilustrativo para comprobar la distancia que existió entonces entre el orden constitucional impuesto y la realidad del país, que tomar en cuenta los antecedentes doctrinarios de esta Constitución y echar una mirada a las actas de la Asamblea Constituyente.

Desde el punto de vista doctrinario, el documento más importante es el libro de Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sur*.

Alberdi no oculta en ningún momento que el modelo institucional propuesto no se adapta a la realidad social de la Argentina. La disyuntiva es entonces o renunciar al modelo o cambiar el país. La vía elegida fue esta última. Como la estructura étnica argentina no estaba en condiciones de receptor un modelo institucional avanzado y éste debía ser impuesto para cumplir con la "ley capital y sumaria del desarrollo de la civilización cristiana y moderna" (4), era necesario reforzar la acción modernizante de la Constitución con el debido cambio demográfico. En palabras de Alberdi:

"Es utopía, es sueño, es paralogismo puro el pensar que nuestra raza hispanoamericana, tal como salió formada de sus tenebroso pasado colonial, puede realizar hoy la república representativa... *No son las leyes lo que necesitamos cambiar: son los hombres, las cosas*. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad por otras gentes hábiles para ella" (5). Y agrega: "Con tres millones de indígenas, cristianos y católicos no realizareis la república ciertamente. No la realizareis tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español

(4) Cfr. Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires/Madrid 1913, pág. 12.

(5) Op. cit. pág. 178. (Subrayado de E.G.V.).

puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno; si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio, la libertad y nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación de esta raza de progreso y civilización” (6).

Esta concepción de Alberdi con respecto a la incapacidad española o criolla y, por supuesto, indígena, para el desarrollo moderno, había sido expresada reiteradamente por otro gran escritor y estadista argentino, Domingo Faustino Sarmiento, en un libro que puede ser considerado como uno de los primeros estudios sociológicos argentinos: *Facundo - Civilización y barbarie*.

Igualmente en el *Dogma socialista*, no obstante la vocación democrática de su autor, Esteban Echeverría, es evidente que el orden institucional que se propone está destinado a tener vigencia efectiva en una reducida parte de la sociedad: “La soberanía es el acto más grande y solemne de la razón de un pueblo libre. ¿Cómo podrán concurrir a este acto los que no conocen su importancia? ¿Los que por su falta de luces son incapaces de discernir el bien del mal en materia de negocios públicos? ¿Los que como ignorantes que son de lo que podría convenir no tiene opinión propia y están por consiguiente expuestos a ceder a las sugerencias de los mal intencionados? ¿Los que por su voto imprudente podrían comprometer la libertad de la patria y la existencia de la sociedad?... Aquel cuyo bienestar depende de la voluntad de otro, y no goza de independencia personal, menos podrá entrar al goce de su soberanía; porque difícilmente sacrificaría su interés a la independencia de la razón. El tutelaje del ignorante, del vagabundo, del que no goza de independencia personal, es por consiguiente necesario. La ley no les veda ejercer por sí derechos soberanos, sino mientras permanezcan en minoridad: no los despoja de ellos, sino que les impone una condición para poseerlos, la condición de emanciparse” (7).

De la lectura de las actas constitucionales se infiere que la opinión general de los constituyentes, con pocas excepciones (la más notable es la de Facundo Zuviría), coincidía con los puntos de vista aquí expuestos.

(6) Op. cit. pág. 180.

(7) Cfr. Esteban Echeverría, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo*, Vaduz 1978, págs. 60-61 y 62.

Y aún hasta el final de su vida, cuando ya se había puesto en marcha la organización institucional de la Argentina y abierto las puertas a la inmigración, Alberdi siguió considerando que el cambio de población era una promesa de igualdad y que el orden constitucional impuesto haría algún día realidad la práctica democrática (8).

Lo dicho con respecto al caso argentino puede aplicarse —mutatis mutandis— a los demás países latinoamericanos. Así, por ejemplo, José Galvao de Souza afirma: “La formación constitucional del Brasil y de los pueblos de América española acusa de una manera... elocuente el conflicto entre el derecho elaborado por las minorías dirigentes y las relaciones vividas por el pueblo en los caminos del progreso histórico de cada nacionalidad. Así se renegó de la constitución histórica y de todo su patrimonio institucional, rico en elementos aptos para dar nacimiento a un régimen democrático dotado de una autenticidad que es imposible de encontrar en las instituciones modeladas sobre la experiencia de otros países, especialmente de los Estados Unidos de América. Desde los primeros jefes políticos en la época de la independencia —como Miranda en Venezuela o Maia en el Brasil— hasta los reformadores o creadores de constituciones —como el argentino Alberdi o el brasileño Ruy Barbosa— todos estaban impregnados de fórmulas democráticas anglo-sajonas y no conocían suficientemente la vida del pueblo en el interior del país. La Constitución se volvió así la obra de hombres instruidos por influencias extranjeras, desarraigados de sus respectivos países natales y vinculados a los intereses de la clase social dominante. Eran élites marginales... La Constitución adquiere el carácter de una carta ideológica, redactada en función de ciertas concepciones políticas y ya no es un instrumento pragmático destinado a preservar libertades concretas, como la Magna Carta británica...” (9).

Que quienes dictaron estas Constituciones tenían una fe incommovible en el derecho no hay duda; que la realidad no se ajustaba a ellas y que este abismo entre orden normativo y realidad iba a ser una fuente de serios problemas políticos y sociales, tampoco. Y que en caso de conflicto entre la realidad constitucional y las exigencias de la realidad social y política, se optaría por restringir la aplicación de la Constitución, es un hecho fácilmente comprobable. Basta pensar en los prolongados

(8) Natalio Botana, “¿Habitantes o ciudadanos?” en Peter Waldmann y Ernesto Garzón Valdés (comps.), *El régimen militar argentino*, Francfort 1982.

(9) Cfr. José Galvao de Souza, “Remarques sur l'idée de constitution et la signification sociologique du droit constitutionnel” en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 10, Tubinga 1967, pág. 63.

períodos de implantación del estado de sitio: en el caso de la Argentina, desde 1930 hasta la fecha, ha imperado el estado de sitio durante 33 años, en distintos períodos. Así pues, la Constitución ni siquiera pudo cumplir los cometidos que se habían impuesto, al menos formalmente, los constitucionalistas. La fe en la Constitución terminó por convertirse en fórmula vacía, sin que disminuyera la firmeza de aquélla como lo demuestra su reiterada invocación no sólo por parte de los gobiernos constitucionales sino también por los de facto (10).

En 1975, un conocido jurista chileno, Eduardo Novoa Monreal, publicó un libro cuyo título es ya de por sí bien significativo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. La tesis de esta obra puede ser resumida de la siguiente manera:

a) En América Latina, “nos encontramos en presencia de un derecho obsoleto que el conservantismo de los juristas es incapaz de advertir y mucho menos de remover” (11).

b) El derecho “ha perdido vitalidad” y se ha transformado en un pesado lastre que frena el progreso social y llega a ser un “verdadero obstáculo para éste” (12) y no satisface las exigencias de “una sociedad tan dinámica y cambiante como la que nos toca vivir” (13).

c) Este problema se nota en todo el mundo “pero cobra mayor importancia dentro de los países latinoamericanos” (14) y sus “sociedades modernas” (15).

Para una mejor comprensión de esta posición conviene aclarar que Novoa Monreal utiliza la palabra “derecho” para referirse al “sistema normativo y al conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenó-

(10) Así, al hacerse cargo de la presidencia argentina el general Reynaldo Bignone, el general Nicolaidis le pidió que jurara “observar y hacer observar la Constitución de la Nación Argentina” (cfr. *El País*, 2.7.1982). El pedido es disparatado pero no original: el 29 de marzo de 1976 el general Jorge Rafael Videla juró también: “... observar y hacer observar fielmente... la Constitución de la Nación Argentina”. (Cfr. Helio Juan Zarini, *Historia e instituciones en la Argentina*, Buenos Aires 1981, pág. 364.

(11) Cfr. Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México 1975, pág. 14.

(12) Op. cit. pág. 11.

(13) Op. cit. pág. 15.

(14) Op. cit. pág. 13.

(15) Op. cit. pág. 91.

menos jurídicos” (16) y por “sistema normativo” entiende el orden constitucional y no las medidas adoptadas por gobiernos de facto. He de referirme aquí a este último aspecto de la denotación de la palabra “derecho” en Novoa Monreal.

Desde luego, si es que la discusión no ha de mantenerse en un plano puramente teórico, es decir, en el del texto legal sin que importe su aplicación, sólo es posible aceptar la tesis de Novoa Monreal si se consideran verdaderas las premisas de las que se infiere aquélla, o sea: i) la existencia de un orden constitucional no sólo formalmente válido sino también eficaz y, además, ii) el carácter dinámico y moderno de las sociedades latinoamericanas. La conjunción de los enunciados que afirman estos dos hechos es lo que fundamenta la posición de Novoa Monreal.

Bastaría demostrar la falsedad de uno de ellos para rechazar la conclusión. Pienso que los dos enunciados son falsos.

Por lo que respecta al orden normativo dictado de acuerdo con los preceptos constitucionales, no es suficiente afirmar su validez para inferir su eficacia. Basta un ligero examen de la historia de los países latinoamericanos en estos últimos 50 años y de la cronología de los golpes de Estado y “revoluciones” que han padecido, o de los períodos en los que han sido gobernados con actas “constitucionales” o “institucionales”, que dejaban total o parcialmente sin efecto las respectivas Constituciones, para concluir que la existencia o inexistencia del orden constitucional plantea serios problemas con respecto al origen legal de las disposiciones gubernamentales. Y aún en los casos de notoria estabilidad institucional como es el de México, no parece desacertado el juicio de Pablo González Casanova (apoyado en abundantes datos empíricos): “En la realidad, la estructura de gobierno y las decisiones políticas van por caminos distantes de los modelos ilustrados del siglo XVIII y principios del siglo XIX. No es por intermedio de éstos que se puede entender su funcionamiento real y sus significados más ricos... La dinámica política, la institucionalización del cambio, los equilibrios y controles, la concentración del poder, hacen de los modelos clásicos elementos simbólicos que recubren y sancionan una realidad distinta” (17).

No es posible entrar a analizar aquí el tema del supuesto dinamismo de las sociedades latinoamericanas; en todo caso, pienso que no es muy

(16) Op. cit. pág. 11.

(17) Cfr. Pablo González Casanova, *La democracia en México*, México 1965, pág. 23.

difícil encontrar datos suficientes como para poner en duda esta afirmación y formular serias reservas a la calificación de las sociedades latinoamericanas como “modernas”. En un continente en donde el 43 por ciento de la población (118 millones) vivía en 1972 en situación de “extrema pobreza” y el 27 por ciento (73 millones) era “indigente” (18), parece algo extravagante el calificativo de modernidad aplicado a sus sociedades.

En todo caso el ejemplo de Novoa Monreal es instructivo por cuanto revela la firme creencia en un orden constitucional vigente al que habría que reformar para promover el desarrollo social o ajustarlo a la situación producida como consecuencia del dinamismo social. Es decir, que tácitamente se confiere al orden constitucional latinoamericano una función similar a la que tiene en los países de Europa Occidental.

El lector europeo desprevenido que se encuentra como acápite de este libro con una frase acerca del “nuevo modelo ideal de jurista” (tomada del informe presentado por la República Federal de Alemania para el estudio sobre “las ciencias sociales en la enseñanza superior”, publicado por la UNESCO en 1972), con la afirmación (desde luego correcta) de que “los grandes códigos latinoamericanos pertenecen a la familia de la cultura jurídica continental europea” (19) y que, a lo largo de esta obra observa la abundancia de citas de juristas europeos, podría pensar que los problemas con los que se ven confrontados los juristas de América Latina son idénticos o muy similares a los de Europa.

Lo aquí dicho no significa, nótese bien, que no existan disposiciones jurídico-normativas que traben el desarrollo o hasta promuevan el subdesarrollo. Pero si éste es el problema que se desea analizar, dada la reducida vigencia de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, no es muy fecundo concentrarse en ellos para remover los obstáculos a la modernización. No hay que olvidar que muchas de las disposiciones vigentes que propician un orden económico y social que frena las posibilidades de un desarrollo justo e independiente (basta pensar, por ejemplo, en las disposiciones sobre comercio exterior, supresión del derecho de huelga y otros controles de la actividad sindical) no han sido dictadas de acuerdo con el orden constitucional sino que son medidas de gobiernos de facto. Y la reiterada aparición de este tipo de gobierno no es, desde luego, un problema puramente jurídico o que pueda ser solucionado por los juristas.

(18) Cfr. Cepal, *The economical and social development and external relations of Latin America*, E/CEPAL/AC.70/2 del 16 de febrero de 1977, pág. 15.

(19) Op. cit. pág. 17.

Nos llevaría demasiado lejos entrar en el tratamiento de este tema. Lo que me interesa aquí es señalar que los puntos de partida del jurista europeo y del latinoamericano son radicalmente distintos cuando se refieren al derecho como “obstáculo al desarrollo” o al “modelo ideal del jurista”. En América Latina, antes de poder hablar de un sistema constitucional “obsoleto”, hay que plantearse la cuestión de saber hasta qué punto este orden es realmente vigente (20). El no tener en cuenta esta circunstancia puede inducir al error de combatir, por exceso de fe en el poder del derecho y del sistema sancionado conforme a la Constitución, fantasmas normativos que poco tienen que ver con la realidad. Se comete así el mismo pecado que los constitucionalistas argentinos de 1853, aunque en dirección inversa.

2) Sin entrar a analizar aquí las ventajas o inconvenientes del sistema del funcionario profesional tal como el establecido, por ejemplo, en el artículo 33 IV y V de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, asunto que escaparía a los límites de este trabajo y sobre el que existe abundante bibliografía (21), no hay duda que en la mayoría de los países latinoamericanos la palabra “funcionario” no denota a un miembro de la administración pública caracterizado, por ejemplo, como en el caso del funcionario alemán, por dos notas fundamentales:

- a) designación vitalicia
- b) independencia de los partidos políticos.

Dejando de lado los casos de marcado nepotismo que condicionan la realidad administrativa de no pocos países latinoamericanos, sobre todo, los regímenes dictatoriales de América Central (22), es notoria en América Latina la transitoriedad de la función pública y la directa influencia que la política partidaria ejerce en los funcionarios. En el caso de la Argentina, esta inestabilidad política ha caracterizado no sólo a los regímenes de facto sino también a los constitucionales. Un buen ejemplo

(20) Con respecto a la escisión entre prescripciones jurídicas formalmente válidas y realidad jurídica y su larga tradición en América Latina, cfr. Friedrich Wehner, “Der Konflikt zwischen spanischer und liberaler Staatsauffassung in Hispano-Amerika” en *Idee und Wirklichkeit in Iberomaerika*, Hamburgo 1969, págs. 25-40.

(21) Cfr., por ejemplo, Thomas Ellwein, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen 1977, págs. 335 y ss.

(22) Con respecto al fenómeno del nepotismo en la Nicaragua de los Somoza, cfr. entre otros, E. Torres Rivas “Síntesis histórica del proceso político” en *Centroamérica hoy*, México 1976, págs. 9-119, especialmente pág. 104.

al respecto es la llamada "ley de prescindibilidad" n° 20.549 sancionada por el congreso nacional durante el tercer gobierno de Juan Perón. En virtud de esta ley, cada secretario de Estado quedaba autorizado para remover a cualquier funcionario dentro de su respectivo ministerio o jurisdicción aduciendo "razones de servicio". Tres años más tarde, bajo el régimen de la junta militar, volvió a producirse una nueva reestructuración administrativa aduciéndose, a más de estas "razones" el grado de "confiabilidad" de los funcionarios. La vaguedad de estas causales permite comprender la discrecionalidad y la consiguiente inseguridad que estas disposiciones implican.

Desde 1966 a 1976, la administración pública argentina fue objeto de tres reestructuraciones generales: 1966 (gobierno militar de Onganía), 1973 (gobierno constitucional de Perón) y 1976 (gobierno de la junta militar). Es obvio que esta inestabilidad es fuente de otra serie de problemas que afectan la organización misma del Estado: ejercicio simultáneo de diversas actividades por parte del funcionario a fin de estar preparado para cuando cambie la situación política, con el consiguiente descuido de la función pública; tendencia a la corrupción (23), ya que el puesto público es considerado como una prebenda transitoria de la que conviene sacar el mayor provecho posible mientras dure; imposibilidad de promover la especialización profesional de los funcionarios.

Estas características se oponen diametralmente a la concepción euro-

(23) Con respecto al problema de la corrupción en la época peronista en la Argentina, cfr. Peter Waldmann, *Der Peronismus 1943-1955*, Hamburgo 1974; en el volumen *América Latina: historia de medio siglo* (editado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM), México 1977, se encuentran abundantes datos sobre la corrupción en diversos países de América Latina. Con respecto a la corrupción en Venezuela, un buen ejemplo del nivel alcanzado son los discursos de los candidatos presidenciales durante la campaña de 1978 y las declaraciones del propio gobierno venezolano. En el caso de la corrupción administrativa, sucede lo mismo que en el caso del abismo entre ley formalmente válida y ley eficaz (lo que desde luego es evidente ya que sólo se trata aquí de una manifestación de este abismo): en el fondo se acepta el hecho de la corrupción como un dato más de la realidad y se convive con ella cual si fuera un fenómeno natural inevitable. Las comisiones investigadoras que de vez en cuando se crean (sobre todo cuando se produce un cambio de orientación política en el gobierno) suelen no llegar a ningún resultado concreto. Un caso notable relativamente reciente fue el llamado "caso de las 6 fragatas" en Venezuela, en donde el monto de las irregularidades administrativas era de 300 millones de bolívares y que concluyera sin la identificación de un solo responsable. Cfr. al respecto el informe de la Comisión de Contraloría de la Cámara de Diputados de Venezuela, publicado en *El Nacional* de 2.8.1979.

pea del funcionario público. Joseph LaPalombara (24) ha enumerado seis propiedades de la burocracia en las democracias occidentales. En primer lugar, su carácter instrumental con respecto a las diversas instituciones políticas de la sociedad.

A ello se añade, segundo, la expectativa de que el funcionario público actúe libre y abiertamente con la pluralidad de asociaciones voluntarias que existen en la sociedad, es decir, se espera que no aspire a formar “asociaciones de clientes”, o sea, grupos de personas dependientes política o económicamente del gobierno y que, en el fondo son utilizados para aumentar los intereses de la burocracia misma. Tercero, el carácter instrumental de la burocracia es entendido también en el sentido de que debe actuar como mediadora entre los encargados de adoptar las decisiones políticas y las asociaciones voluntarias de la sociedad. Por ello asume también el cuidado del “interés público”. Una cuarta nota distintiva es que la sociedad espera que los miembros de la administración pública consideren a quienes han sido elegidos para adoptar las decisiones políticas como “legítimamente dotados, mientras duren sus mandatos, del poder y el derecho de especificar lo que responde o no responde al interés público” (25).

En quinto lugar, se requiere del funcionario un alto nivel de profesionalidad y su rechazo de la corrupción administrativa. Por último, se espera que los funcionarios sean fieles a los principios de “racionalidad, jerarquía, disciplina y responsabilidad” (26). Estas características coinciden con las que ya a comienzos del siglo enunciara Max Weber como notas distintivas del funcionario público (27).

No he de entrar a considerar la cuestión planteada por LaPalombara acerca de si estas características son condiciones necesarias o no para promover el desarrollo económico. Me interesa en cambio subrayar que en América Latina estas condiciones no sólo no se cumplen sino que la realidad burocrática parece constituir precisamente la contraimagen del cuadro presentado por LaPalombara. La influencia política inmediata en la composición de la administración pública con su resultado de inestabilidad y de la primacía de las relaciones personales con quienes detenen-

(24) Cfr. Joseph LaPalombara, “An Overview of Bureaucracy and Political Development” en del mismo autor, *Bureaucracy and Political Development*, Princeton University Press 1963, págs. 3-33.

(25) Op. cit. pág. 53.

(26) Ibidem.

(27) Cfr. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga 1976, pág. 125.

tan el poder impide la satisfacción de las condiciones quinta y sexta. El carácter de mediación o de custodio del interés público es también sumamente reducido. Ello explica la actitud escéptica con que el latinoamericano se enfrenta con la administración pública por lo que respecta a la consideración de sus intereses. En una encuesta realizada por Gabriel A. Almond y Sidney Verba, publicada en 1965 (28), el 48% de los mexicanos encuestados consideraban que sus asuntos serían tratados con poca atención por la administración pública y el 27% que serían simplemente ignorados (a guisa de comparación: en la República Federal de Alemania, estos porcentajes eran del 18% y del 5% respectivamente); el 50% no esperaba un tratamiento equitativo (en la República Federal de Alemania: 9%) (29).

Si se acepta con Max Weber, que la administración pública es el “núcleo del Estado occidental moderno” (30), la duda acerca de si cuando se pronuncia la palabra “funcionario” se denota la misma entidad en América Latina y en Europa Occidental, se extiende también a la palabra “Estado” (31). Y si se está de acuerdo con Joseph A. Schumpeter en el sentido de que una de las condiciones de un gobierno democrático en una sociedad moderna es contar con una “burocracia bien formada, de gran jerarquía, buena tradición, fuerte sentimiento del deber y no menos esprit de corps...” (32), se entra también a dudar de hasta qué punto, bajo las condiciones descritas, es posible en América Latina el buen funcionamiento de la democracia.

Con respecto a este último aspecto, un buen ejemplo de las diferencias que existen entre los ordenamientos institucionales de América Latina y los europeos es el caso del funcionamiento del orden constitucional mexicano, es decir, un sistema democrático, al menos en su texto constitucional.

Algunos datos pueden servir para documentar la praxis de la democracia mexicana. Desde 1929, el partido del gobierno no ha perdido una

(28) Cfr. Gabriel A. Almond/Sidney Verba, *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press 1965.

(29) Op. cit. pág. 109.

(30) Op. cit. pág. 128.

(31) Tilmar Evers ha analizado agudamente este problema y llegado a la conclusión de la necesidad de formular una teoría sistemática del Estado en lo que él denomina la “periferia capitalista”. (Cfr. op. cit. en nota 1).

(32) Cfr. Joseph A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Munich 1975, pág. 429.

sola elección de presidente, de gobernador o de senador. Por lo general, el candidato oficial obtiene más del 90% de los votos y la oposición no ha alcanzado más que una sola vez el 26%. Así, en 1934, Lázaro Cárdenas llegó al poder con el 98% de los votos; Avila Camacho, en 1940, con el 94%; Ruis Cortines, en 1952, con el 74%; López Mateo, en 1958, con el 90%; Diaz Ordaz, en 1964, con el 89%; Echevarría, en 1970, con el 85,13% y López Portillo, en 1976, con el 94,24% (33). Con respecto a las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo es interesante señalar que en 1935, 1937 y 1941, el 100% de los proyectos enviados al congreso por el ejecutivo fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados. A partir de 1943 es aprobado por unanimidad el 92% de los proyectos (1943), el 74% (1947); el 77% (1949); el 95% (1959); el 82% (1961). En cuanto al poder judicial, “en grandes líneas sigue la política del Ejecutivo y sirve para darle mayor estabilidad” (34). En este sentido, no parece exagerada la afirmación de Manfred Mols: “México, desde el punto de vista del rendimiento del poder judicial, no es lo que en las democracias occidentales se llama un Estado de derecho” (35).

Desde luego, esta realidad no significa que la Constitución mexicana no reconozca el principio de la división de los poderes. Por el contrario, el artículo 49 establece: “El poder supremo de la federación se divide en cuanto a su ejercicio, en el legislativo, ejecutivo y judicial”. Y no hay que olvidar que el caso mexicano es el de una democracia “*sui generis*” que en ningún caso puede compararse con el de Nicaragua en la época de Somoza en donde los artículos 316, 320-324 de la Constitución establecían el sistema de la pluralidad de partidos políticos y el gobierno manifestaba reiteradamente su fiel observancia de la Constitución.

A todos estos casos podría aplicarse la frase de Pablo González Casanova con respecto al poder legislativo en México: “El legislativo tiene una función simbólica. Sanciona actos del ejecutivo” les da “una validez y una fundamentación de tipo tradicional y metafísico con la que los actos del ejecutivo adquieren la categoría de leyes o se respaldan en el orden de las leyes” (36).

(33) Cfr. Pablo González Casanova, op. cit. en nota 17, pág. 25 y Manfred Mols, op. cit. en nota 3, pág. 323.

(34) Cfr. Manfred Mols, op. cit. en nota 3, pág. 384. Lo dicho aquí sobre el caso mexicano vale también para otros países de América Latina. Con respecto a Colombia, por ejemplo, cfr. el prolijo análisis sobre la dependencia del poder judicial en sus relaciones con el ejecutivo, realizado por Marcus Maurer (*Organisations- und Verfahrensstrukturen in der Strafrechtspflege Kolumbiens*, Francfort 1980). Para el caso argentino, cfr. Roberto Bergalli, “Jueces e intereses sociales en Argentina” es del mismo autor, *Crítica a la criminología*, Bogotá 1982, págs. 245 y ss.

(36) Cfr. Pablo González Casanova, op. cit. en nota 17 pág. 33.

3) Pero no sólo existen problemas vinculados con las diferentes denotaciones de una misma palabra utilizada en América Latina y en Europa, sino que también dentro de un mismo país se plantean serias dudas acerca de la denotación de la expresión “sistema jurídico vigente”.

Un interesante caso es el del régimen jurídico argentino vigente a fines de 1973. A él se refirió uno de los periódicos más importantes de la Argentina, “La Nación”, bajo el significativo título “Estado de inseguridad” (37). Paso a citar algunas consideraciones de este artículo:

“... el país vive en un estado que no podría ser de mayor incertidumbre constitucional. En algunos aspectos jurídicos como el concerniente a la validez de la legislación dictada por los gobiernos de facto posteriores a 1966, el caos no puede ser mayor. Los tres poderes de la República tienen, en efecto, posiciones diferentes en esta materia crucial.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituida después del 25 de mayo, ha sostenido que esa legislación caducó con el gobierno que la había sancionado...

En segundo lugar, el Poder Ejecutivo ha demostrado en esta materia su preferencia por la ambigüedad: unas veces derogó por simple decreto un decreto ley o, como se decía entonces, una ‘ley’ del gobierno revolucionario... otras veces se dirigió al Congreso a través de proyectos propiciatorios de la derogación de ‘leyes’ dictadas entre el 28 de junio de 1966 y el 25 de mayo de 1973...

En tercer lugar, el Congreso de la Nación parece haberse desinteresado por la gravedad de la cuestión en la medida en que ha aceptado en silencio por un lado, la derogación por decretos de decretos leyes sancionados por los gobiernos revolucionarios y, por otro, se ha prestado a derogar por leyes disposiciones legales de naturaleza equivalente...”

El problema que aquí se presenta no es desde luego de naturaleza puramente teórica sino práctica. La cuestión residía en qué había de entenderse por “ley” durante los años 1966-1973. El gobierno militar que ocupara el poder en 1966, en virtud del artículo 5 del Estatuto de la Revolución Argentina, había asumido las funciones del Congreso; por lo

(37) Reproducido por Carlos S. Nino, *Notas de introducción al derecho*, Buenos Aires 1974, vol. 3, págs. 43 y ss.

tanto, sostenía, las normas que dictaba no eran “decretos” o “decretos-leyes” sino “leyes”.

Si en 1972, Tilman Evers podía sostener que esta nueva terminología era “jurídicamente irrelevante” (38), en 1973 habría de verse que tal no era el caso.

Un ejemplo: según la Constitución argentina de 1853, cuya vigencia parcial el gobierno militar aceptó (39), la designación de generales, almirantes, brigadieres, jueces, embajadores y ministros del Servicio Exterior, requiere la aprobación del Senado. En virtud del artículo 5 mencionado, el gobierno militar consideró que las designaciones que había dispuesto en estos tres ámbitos, es decir, el de las fuerzas armadas, el de la justicia y el del servicio diplomático, eran perfectamente válidos.

Producido el cambio de gobierno, el 25 de mayo de 1973, la validez de estas designaciones no fue juzgada por criterios jurídicos uniformes, es decir, no se adoptó ni el criterio de declararlas nulas ni tampoco el de sostener su validez general. Se optó por criterios eminentemente políticos teniendo en cuenta los factores reales de poder: los ascensos en las fuerzas armadas no fueron objeto de impugnación alguna; los de la justicia fueron aceptados, pero se resolvió jubilar antes de tiempo a algunos jueces que no ofrecían la suficiente garantía de lealtad al ejecutivo; los del Servicio Exterior fueron considerados como actos incompletos, que requerían la convalidación del Senado.

En éste y otros casos similares (hay que tener en cuenta que durante el período del gobierno militar de 1966-1973 se dictó un gran número de estas llamadas “leyes”) el derecho deja de jugar una de sus funciones primordiales, o sea, la de ordenar las expectativas de las personas cuya conducta pretende regular. Ello justifica la calificación de “estado de inseguridad” que utilizara el mencionado artículo periodístico.

No menos complicado fue en este período (que es tan sólo un ejemplo entre muchos) establecer la jerarquía de las fuentes del orden normativo vigente. El artículo 3 del Estatuto de la Revolución Argentina establecía tres fuentes principales: el propio Estatuto, la Constitución de 1853

(38) Cfr. Tilman Evers, *Militärregierung in Argentinien. Das politische System der “Argentinischen Revolution”*, Hamburgo 1972, pág. 79.

(39) Cfr. artículo 3 del Estatuto de la Revolución Argentina.

y los objetivos de la Revolución Argentina fijados en el apéndice 3 del Acta de la Revolución.

Con respecto a la jerarquía existente entre el Estatuto y la Constitución, se formularon dos teorías opuestas: la una veía una relación vertical entre ambas disposiciones normativas ocupando el Estatuto una posición superior. La otra establecía una ordenación horizontal considerando que las disposiciones del Estatuto y las partes conciliables de la Constitución constituían un único cuerpo (40).

No menos difícil de determinar era la significación jurídica de los “objetivos de la Revolución”, es decir, si eran derecho inmediatamente válido o sólo fuentes para la interpretación judicial.

La individualización del sistema normativo vigente en la Argentina desde 1966 a 1973 fue por ello motivo de no pocas perplejidades agravadas en la práctica por las relaciones de dependencia del poder judicial con respecto al ejecutivo.

4) En 1976, bajo el título *Recht und Konflikt*, Volkmar Gessner publicó un interesante libro en el que, sobre la base de observaciones empíricas, analizaba la forma como en el ámbito del derecho privado se solucionan en México los conflictos sociales para los cuales el orden jurídico ofrece un procedimiento o posibilidad de solución. El estudio abarca los años 1971-74. Lo que Gessner se había propuesto tratar era, dicho brevemente, el fenómeno de la “presencia del derecho en las relaciones interpersonales” (14).

La investigación de Gessner muestra claramente la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos en México, principalmente en las zonas rurales.

“Practicamente no se recurre a los tribunales. Su función en el campo es muy reducida. Cuando existen diferencias de poder, en sistemas altamente interdependientes se agrega el hecho de que para el más débil existe poca posibilidad de éxito a través de un procedimiento que es distorsionado por las influencias de poder. Aún cuando obtuviera un fallo favorable y se llegara a la ejecución de la sentencia, tiene que contar con represalias. Por otra parte, en caso de conflicto, el más fuerte no necesi-

(40) Cfr., por ejemplo, Tilman Evers, op. cit. en nota 38, págs. 74 y ss.

(41) Cfr. Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt*, Tubinga 1976, pág. 11.

ta de los tribunales para imponer sus intereses. Posee medios suficientes internos al sistema... El derecho no juega ningún papel en conflictos entre desiguales. El más fuerte, el que puede determinar el resultado del proceso, no se rige por normas sino por intereses” (42). En caso de conflictos entre iguales, se recurre a la ayuda de árbitros quienes “pocas veces aplican normas jurídicas” (43). Hay que tener en cuenta, además, que el desconocimiento del derecho vigente (Constitución, leyes de seguro social, leyes laborales) en las zonas rurales encuestadas por Gessner llegaba al 89%. La conciencia jurídica en el campo tiene muy poco que ver con el derecho positivo vigente (44).

No es necesario exponer en detalle los resultados de Gessner; sólo me interesa señalar que los casos que este autor analiza no se reducen a las zonas rurales sino que abarcan también el ámbito urbano e incluyen conflictos en empresas industriales y entre ellas. Los resultados son similares: “Resumiendo, puede decirse con respecto a los conflictos en la economía que, en su gran mayoría, son solucionados directamente; sólo cuando no hay diferencias de poder entre las partes y cuando se trata de relaciones de negocios fugaces se llega a los tribunales... El derecho privado es poco aplicado en los tribunales. Por otra parte, entra en competencia siempre con otras normas e intereses y tiene una reducida influencia en el resultado del conflicto” (45).

Si a los datos y observaciones de Gessner con respecto al derecho privado se agregan las de González Gasanova acerca del derecho público en México, pienso que no cuesta mucho inferir que las funciones que en este país cumple el orden jurídico positivo son muy diferentes a las que se supone normales en los países de Europa Occidental.

(42) Op. cit. pág. 219.

(43) Op. cit. pág. 220.

(44) Op. cit. pág. 221.

(45) Op. cit. pág. 235. José M. Rico en *Crimen y justicia en América Latina*, México 1977, ilustra con abundantes ejemplos la opinión negativa que sobre la administración de justicia tienen los estratos inferiores de la sociedad latinoamericana, al igual que la divergencia que existe entre los valores que ellos aplican para la evaluación de las acciones sociales y los sustentados por el Código Penal. En una encuesta realizada en las barriadas de Santiago de Chile en 1971 (cfr. pág. 343), el 52 por ciento de los encuestados opinó que la acción de los abogados era prácticamente nula pues sólo actuaban con fines de lucro. En otra investigación realizada en Chile, en 1972, el 88 por ciento de los encuestados en estas barriadas declaró que sólo tenía un acceso limitado a la justicia. El 67 por ciento prefería solucionar sus problemas personalmente. En Panamá, en la Isla de San Blas, han sido investigados casos de venganza privada aceptados por la comunidad, que se rige por un sistema secular de justicia, al margen del Código Penal. No muy diferente es la situación en Guatemala (cfr. págs. 345 y ss.).

5) En el campo de la teoría del derecho no existe prácticamente ninguna corriente europea de alguna importancia que no haya sido receptada y reelaborada creativamente por los juristas latinoamericanos.

Con respecto a la filosofía del derecho, si en 1948 Enrique Martínez Paz podía decir con razón: “En todos los países de América Latina el pensamiento jusfilosófico ha seguido en su desarrollo, aunque con algo de retraso, el ritmo del pensamiento europeo occidental” (46), desde hace por lo menos dos decenios es notoria la influencia de los pensadores anglosajones como así también la creciente contribución latinoamericana al análisis de las cuestiones teóricas del derecho (47). Por cierto que a medida que es mayor el grado de abstracción en la consideración de los problemas del derecho, aumenta la comunidad de temas que preocupan tanto al latinoamericano como al europeo. El caso quizás más notorio de esta afinidad teórica es el de la lógica deóntica y el ejemplo más claro el de la influencia en Europa de los escritos de los deónticos argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Prácticamente no existe publicación europea sobre temas de lógica deóntica en donde ambos autores no aparezcan citados y comentados in extenso.

La sociología jurídica, en cambio, presenta un grado de desarrollo mucho menor quizás atribuible, en parte a la enorme influencia del pensamiento kelseniano en América Latina y a la “expulsión del pensamiento sociológico” (48) que trajo aparejada la teoría pura del derecho. A esto debe agregarse una tendencia a considerar que la actividad del teórico del derecho se limitaba al estudio de las normas constitucionalmente válidas, descuidando el aspecto de su eficacia o ineficacia. Es significativo que precisamente cuando en los nuevos regímenes autoritarios de América Latina las normas dictadas adquieren mayor eficacia, la atención comience a centrarse en los efectos sociales del derecho y se produzca una mayor acentuación de las perspectivas funcionalistas, no sólo entre los autores de ideología marxista.

Es probable además que la preocupación por el tema de la justicia que actualmente es notoria en la filosofía jurídica y social (en autores

(46) Cfr. *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge/Massachusetts 1948, pág. XIX.

(47) Con respecto a la filosofía argentina del derecho, cfr. Manuel Atienza *Actual filosofía del derecho en Argentina*, tesis doctoral Madrid, 1979, de próxima publicación en Buenos Aires.

(48) Cfr. Norberto Bobbio, “El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas” en del mismo autor, *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y nota preliminar de A. Ruiz Miguel, Valencia 1980, págs. 263-287, pág. 264.

tan dispares como Jürgen Habermas y John Rawls o Robert Nozick, pasando por Niklas Luhmann) y su creciente recepción en América Latina estimulen igualmente un cambio de actitud en los teóricos del derecho latinoamericano.

No hay duda que la influencia de Hans Kelsen tuvo una muy saludable influencia metodológica en América Latina y que en la lectura de sus obras se formaron generaciones de juristas más sobrios y sutiles en la consideración de los aspectos formales del derecho y que libró a no pocos de caer en la tentación de un falaz jusnaturalismo como el que surgiera en la Alemania de postguerra alrededor del concepto de la "naturalidad de las cosas". Pero también es verdad que, debido a las características del sistema jurídico normativo de la mayoría de los países latinoamericanos, la teoría pura ofreció amplias avenidas para alejarse de la realidad cotidiana del derecho. Los resultados de la crítica interna de Kelsen y del análisis de sus polémicas con H. L. Hart y Alf Ross principalmente, sumados a las nuevas corrientes de la filosofía jurídica y social comienza a manifestarse con progresiva intensidad en el tratamiento por parte de los teóricos del derecho de dos temas que habían sido "prohibidos" por la teoría pura: el de la justicia y el del aspecto social del derecho (49).

III

Pienso que tras la presentación de estos ejemplos, no habrá mayor inconveniente en aceptar, por lo menos, las siguientes conclusiones:

1) En países significativos de América Latina, el orden jurídico sancionado de acuerdo con las disposiciones constitucionales o por gobiernos de facto, no regla las expectativas de comportamiento de las instituciones y de los individuos en amplios campos de la interacción social. No sólo el status deóntico de las acciones suele ser impreciso sino que también en los casos en los que no existen mayores dudas acerca de lo ordenado, prohibido o permitido jurídicamente, la aplicación de las correspondientes disposiciones es reducida, como lo demuestran, entre otras, las investigaciones de Gessner.

2) En muchos países de América Latina, el orden jurídico constitucional no constituye una fuente relevante de legitimación de los actos del poder político.

(49) Un buen ejemplo en este sentido es el caso de Carlos S. Nino.

La diferencia que existe entre la evolución jurídico-política en América Latina y en los países de Europa Occidental puede apreciarse claramente si se realiza el ejercicio de aplicar el criterio weberiano de la creencia en la legalidad como tipo de dominación legítima, a la génesis del poder político de gran parte de los gobiernos latinoamericanos. Difícil será en este caso hablar de “dominación racional”, de la obediencia por parte del gobernante al “orden impersonal de la ley” (50).

Si se acepta que el derecho ha asumido, a lo largo de un prolongado desarrollo, la función de ser fuente de legitimación del poder en los países europeos, será también difícil atribuir al orden constitucional latinoamericano esta misma función.

3) Al no cumplir con las funciones 1) y 2), el orden constitucional no es el que proporciona las razones legales para las acciones de los individuos e instituciones. Y si se tiene en cuenta la confusión que suele existir con respecto al orden jurídico vigente en los regímenes de facto (como sucediera en la Argentina en 1966-1973, por ejemplo), esta deficiencia se extiende también a las normas de comportamiento que ellos mismos sancionan.

4) Debido a la frecuencia de los golpes militares y a la larga duración de los estados de sitio, el orden constitucional raras veces cumple la función de regular los procedimientos de modificación de la ley y la forma como deben operar los órganos encargados de su aplicación. En una serie de países significativos de América Latina estas funciones son cumplidas por las llamadas actas institucionales o constitucionales. Precisamente porque ello es así, la importancia del orden constitucional como obstáculo o como estímulo del desarrollo social es muy reducida y se hace difícil adoptar frente a él la posición optimista de Alberdi o la pesimista de Nova Monreal.

5) Lo dicho acerca de la deficiencia notoria de las funciones normativas de la Constitución y del orden sancionado de acuerdo con ella no significa que aquélla no cumpla función alguna y que sea sin más prescindible. Por el contrario, si se desea comprender la naturaleza de los sistemas jurídico-políticos latinoamericanos, no hay que olvidar que la Constitución cumple, por lo menos, estas funciones:

(50) Cfr. Max Weber, *op. cit.* en nota 27, págs. 124 y ss.

a) Una función casi “metafísica” (para usar la expresión de González Casanova) de ser una ideología siempre disponible y siempre deseable, según la situación del momento. La Constitución es una especie de “reserva argumentativa” a la que los gobiernos y los partidos políticos pueden recurrir utilizando además la carga emotiva de la expresión “derecho constitucional”.

b) Una función de declaración programática de tareas a cumplir en un futuro más o menos lejano. Ello la inmuniza frente a posibles transgresiones, por ejemplo en el plano de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano, pues siempre es posible aducir que se está en vías de realizar el programa contenido en la Constitución.

c) Como consecuencia de estas dos funciones, la Constitución pasa a convertirse en elemento esencial de la mitología política de los respectivos países. Efectivamente, se la invoca en un intento de reconciliación de las discrepancias que existen entre los valores profesados y el comportamiento real, por lo general en tiempos de crisis; sus principios no necesitan ser verificables ni ser guía de un estado de cosas realmente existente (51).

6) En el ámbito de lo que Joseph Raz denomina funciones sociales indirectas del derecho (52), sobre todo en sociedades muy heterogéneas (como son las de los países andinos o la mexicana), la aplicación general de la Constitución (que por lo general se inspira en las dictadas para sociedades homogéneas) suele traer aparejado un reforzamiento de la desigualdad social. En el caso de los regimenes que integran la clase de lo que se llama “moderno autoritarismo” (53) no hay duda que ésta no es una consecuencia indirecta no deseada sino una de las finalidades propuestas. Pero en ambos casos, el orden jurídico no cumple con una de las funciones que Carl J. Friedrich considera fundamental en los países occidentales, es decir, la reducción de las tensiones sociales (54). Ello trae

(51) Sobre esta concepción del mito político cfr. Kenneth M. Coleman, “The Political Mythology of the Monroe Doctrine” en John D. Martz y Lars Schoultz, *Latin America, the United States, and the Inter-American System*, Boulder, Colorado, 1980, págs. 95-114, pág. 97.

(52) Cfr. Joseph Raz, “On the Functions of Law” en A.W.B. Simpson *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford 1973, págs. 278-304, pág. 299.

(53) Sobre el concepto “moderno autoritarismo”, cfr. entre otros, David Collier (comp.), *The New Authoritarianism in Latin America*, Princeton University Press 1979, con abundante bibliografía sobre este tema.

(54) Cfr. Carl J. Friedrich, “Die Verfassungsproblematik der Entwicklungsländer im Hinblick auf die Aufgaben des modernen Staates” en Theo Stammen, *Vergleichende Regierungslehre*, Darmstadt 1976, págs. 451-476.

aparejados grandes déficits en lo que respecta a la satisfacción de principios mínimos de justicia, con lo que se vuelve problemática también la justificación ética de este derecho (55). Este ámbito es el que más interés ha despertado en los politólogos y sociólogos que analizan el funcionamiento del Estado en América Latina (56).

7) Estas características del derecho como sistema normativo condicionan también la posición del jurista. Si es verdad, como creo haberlo ejemplificado, que los sistemas jurídicos latinoamericanos están afectados por una casi permanente incertidumbre con respecto a la regla de reconocimiento, presentan un marcado distanciamiento entre el orden constitucionalmente sancionado y su aplicación real, a la vez que anomalías estructurales en sus instituciones, no parece muy aventurado afirmar que el jurista corre el peligro de cometer los siguientes “pecados graves”:

a) describir un derecho de vigencia prácticamente nula, pero no como podría hacerlo el historiador, sino con la pretensión de hacer referencia a una realidad actual. Es el caso de los constitucionalistas en muchas universidades de América Latina. El jurista contribuye así, bajo el manto de un supuesto respeto a la Constitución, al encubrimiento de la realidad y a aumentar el despiste ciudadano (57);

b) pretender armonizar el sistema jurídico de facto con el constitucionalmente sancionado, disimulando las contradicciones que entre am-

(55) Cfr. al respecto, John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1971 o Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford 1974, por ejemplo.

(56) Cfr. al respecto las obras de Tilman Evers y de Norbert Lechner citadas en nota 1.

(57) “Desde el punto de vista conceptual, el constitucionalismo latinoamericano identifica, describe y funcionaliza un poder político abstracto que nada tiene que ver con las determinaciones concretas que emanan de la realidad histórico-social. Este no es un *argumentum ad hominem* dirigido a legisladores y tratadistas, sino el rasgo intrínseco de una disciplina social tipificada como secundaria”. (Mario Miranda Pacheco, “Crisis de poder y poder ejecutivo en América Latina” en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (ed.) *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México 1977, págs. 351-364, pág. 355). Es claro también que el método de describir el derecho constitucional sancionado como si fuera el efectivamente vigente es uno de los recursos predilectos por quienes intentan disimular el carácter dictatorial de algunos regímenes “constitucionales” en América Latina. Un muy buen ejemplo al respecto es el libro de Hubert Krier, *Tapferes Paraguay*, Würzburg 1979, y sus referencias a los derechos del ciudadano establecidos por la Constitución paraguaya, que pueden ser “comparados a las normas correspondientes de cualquier Constitución vigente en el mundo libre” (op. cit. pág. 51).

bos existen. Suele ser el comportamiento de no pocos jueces y funcionarios del poder judicial (58);

c) minimizar las diferencias que existen entre el derecho constitucionalmente sancionado y su aplicación, en países que no están sometidos a regímenes de facto. El jurista proporciona aquí una especie de “cemento ideológico” sustitutivo de una inexistente estructura social y económica homogénea (59).

En los dos primeros casos, los juristas constituyen un importante grupo social que contribuye a reforzar la estabilidad de los regímenes de facto. En efecto, si se acepta que la calificación de un gobierno como “legal” no es una mera descripción de acuerdo con criterios establecidos sino más bien un acto de reconocimiento y de leal adhesión, con clara connotación prescriptiva, no hay duda que una forma eficaz de proclamar esta legalidad es actuar en la manera aquí descrita (60).

8) En vista de estos peligros, conviene recordar las sugerencias formuladas por Carlos S. Nino en el sentido de que las tareas descriptivas y sistematizadoras de la dogmática jurídica “deberían comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tendrían que dejar de lado ciertos preconceptos sobre las ‘verdaderas’ fuentes del derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplica-

(58) Sobre las relaciones entre la administración de justicia y las Fuerzas Armadas, cfr. Aníbal Palma Fourcade “Poder Judicial-Fuerzas Armadas” en Universidad Menéndez Pelayo (ed.), *La lucha por la democracia en América Latina*, Guadalajara, s.d. págs. 153-160. El estudio de las razones de la actitud complaciente del poder judicial frente a los regímenes de facto supera los límites de este trabajo. En el artículo aquí mencionado, Palma Fourcade enumera entre otras, el conservadurismo del poder judicial, la forma de designación de sus miembros, su origen social. Enrique Vescovi (“El predominio del poder ejecutivo en América Latina” en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM mencionado en nota 53, págs. 439-447) añade, además, la falta de una carrera judicial y los bajos sueldos de los jueces, cuya existencia depende de las decisiones del ejecutivo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que por lo general los gobiernos de facto, entre sus primeras medidas, suelen remover a los jueces de las cortes supremas, las que después se limitan a legalizar los actos del ejecutivo enmarcándolos en el estatuto por él sancionado sin por ello dejar de invocar la Constitución. (Cfr. al respecto Helio Juan Zarini, op. cit. en nota 10, especialmente págs. 324 y s.).

(59) Cfr. Norbert Lechner, op. cit. en nota 1, pág. 160, nota 10.

(60) Sobre el carácter adscriptivo del concepto “gobierno legal”, cfr. R.M. Hare “The Lawful Government” en Peter Laslett y W.G. Runciman, *Philosophy, Politics and Society*, Third Series, Oxford 1967, págs. 157-172.

ción” (61). Además, los juristas “deberían encarar también la tarea de mostrar las consecuencias de índole social, económica, etc. que se siguen de cada una de las posibles alternativas interpretativas” (62).

Ambas propuestas implican un acercamiento a la realidad que permitiría eliminar la situación a) del punto anterior y reducir los problemas señalados en c). La connotación ética de la segunda propuesta de Nino exige tener una mayor conciencia de las consecuencias en el caso de la posición b).

9) Como bien lo ha señalado García Méndez (63), en los regímenes que integran la clase del llamado “nuevo autoritarismo”, la diferencia entre norma sancionada y norma vigente tiende a reducirse enormemente. Ello se debe a) a la mayor concentración del poder legislativo, b) a la firme voluntad de imponer las disposiciones normativas dictadas y c) a la disponibilidad de la fuerza necesaria para ello.

Un buen ejemplo de a) es el artículo 182 introducido en la Constitución brasileña de 1967 por la reforma del 17 de octubre de 1969. Su texto es el siguiente:

“Continúa en vigencia el Acta Institucional número 5 del 13 de diciembre de 1968 y las demás Actas expedidas posteriormente. Parágrafo único: El presidente de la República, después de consultar al Consejo de Seguridad Nacional, podrá decretar la cesación de la vigencia de cualquiera de esas Actas cuyas disposiciones fueran consideradas innecesarias”.

Este es un excelente caso delo que Kelsen llama “competencia suprema”, es decir, la posibilidad jurídica de modificar la Constitución sin limitación alguna (64). En realidad, podría afirmarse que la Constitución brasileña de 1969 consta de un solo artículo: el 182 (65).

(61) Cfr. Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 1980, págs. 342.

(62) *Ibidem*, págs. 343-344.

(63) Cfr. *op. cit.* en nota 1.

(64) Cfr. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Aalen 1960, págs. 47 y ss.

(65) Así lo señaló acertadamente el senador Paulo Brossard. Cfr. Luiz Pinto Ferreira, “Predominio del poder ejecutivo en América Latina” en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM citado en nota 53, págs. 25-64, especialmente pág. 34).

Ilustrar los puntos b) y c) superaría los límites de este trabajo aunque quizás no esté de más subrayar que la voluntad de imposición normativa está estrechamente vinculada con la convicción que sustenta este tipo de gobierno en el sentido de que posee razones suficientes para el autoabastecimiento de legitimidad política (66). Por ello, en este tipo de gobiernos, disminuye consecuentemente la necesidad de contar con declaraciones adscriptivas de legalidad (67).

IV

Lo aquí expuesto pretende poner de manifiesto algunos rasgos peculiares del derecho latinoamericano, en su doble acepción indicada al comienzo de este trabajo. Estas notas distintivas no autorizan una generalización absoluta con respecto a todo el continente pero advierten acerca de la necesidad de actuar con cautela cuando se trata de estudiar las funciones del derecho en América Latina, sobre todo desde una perspectiva europea.

(66) Esta característica convierte a los Estados del "nuevo autoritarismo" en formas de gobierno diametralmente opuestas a la del Estado liberal surgido después de la Ilustración. Sobre esta problemática, cfr. por ejemplo, Hermann Lübke, "Staat und Zivilreligion. Ein Aspekt politischer Legitimität" en *ARSP*, Beiheft n° 15 (1981) págs. 40-64.

(67) Esta confianza en el autoabastecimiento de ideología legitimante hace que estos gobiernos se nieguen, en principio, a buscar fundamentos de legitimación ajenos a ellos mismos. Muy ilustrativo en este sentido es un documento de la Presidencia de la Argentina del 8 de agosto de 1978 en donde se dice: "Todo este proceso parte de una fuente de legitimidad: los documentos del 24 de marzo de 1976. En ningún momento debe producirse, por lo tanto, una transferencia abierta o indirecta de legitimidad hacia otras fuentes. No hay que someter este plan ni a la consulta de los dirigentes —lo cual supone darles de antemano representatividad y 'soberanía'— ni tampoco a plebiscitos que, aún cuando se ganen, suponen restablecer el concepto demagógico de 'pueblo' y darle a ese término —en definitiva un mito político— la soberanía".