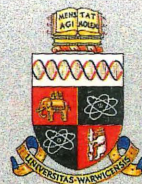


UNIVERSITY OF WARWICK
School of Law



Capítulo 10

DESAFIOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEOS

César Landa y Julio Faúndez
(editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO
Maestría en Derecho Constitucional 1996
FONDO EDITORIAL

Primera edición, marzo de 1996

Carátula: Sandra Bigio

Cuidado de edición: Carlota Casalino

Corrector de estilo: Eduardo Toche

Desafíos Constitucionales Contemporáneos

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima 100, Perú. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-007-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru



Issa G. Shivji

ESTADO Y CONSTITUCIONALISMO EN AFRICA: UNA NUEVA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

INTRODUCCION

La severa crisis económica que afecta al continente africano ha dejado al desnudo el verdadero carácter de muchas racionalizaciones ideológicas esgrimidas por los gobernantes durante las últimas dos décadas o más. Resulta significativo que finalmente se esté comprendiendo que el proceso de consolidación política del Estado en Africa estuvo acompañado de la marginación política y económica de las masas africanas. La cuestión política, tema central de la democracia, ha comenzado a dominar una vez más¹ los debates prácticos e intelectuales. En este resurgimiento de debates sobre la democracia han surgido dos perspectivas diferentes. Los partidarios de la tendencia democrática liberal la presentan como

1 Sólo para citar algunas de las más recientes obras: Anyang' Nyong'o (ed.), *Popular Struggles for Democracy in Africa*, Londres: Zed Books, 1987; Issa G. Shivji (ed.), *The State and the Working People in Tanzania*, Dakar: CODESRIA, 1966; Yusuf Bangura, "The Crisis of Underdevelopment and the Transition to Civil Rule: Conceptualising the Question of Democracy in Nigeria", *Africa Development*, 13, 1: 33-50 (1988).

única alternativa política posible, en igual forma que presentan la liberalización a la FMI como única panacea para la economía.

En el campo de las ciencias sociales, se han aunado al tema –aunque tímidamente– aquéllos que cuestionan la importancia del modelo liberal democrático ². Al menos se ha planteado una perspectiva diferente, una democracia nueva o popular (claramente diferenciada de la perspectiva estatista de las décadas de los sesenta y setenta). Sin embargo, lo mismo no puede afirmarse en la disciplina legal. En este terreno, sea por el marco conceptual dentro del cual se han capacitado, por *estatus* social o por inclinación, lo cierto es que los abogados constitucionalistas africanos han puesto en marcha los conceptos de Dicey –refinados por De Smith y santificados por la “Ley de Lagos” ³– propagándolos sin siquiera criticarlos.

La intención de este documento es reconfigurar los asuntos y preocupaciones constitucionales bajo otro marco conceptual de constitucionalismo orientado por una nueva perspectiva democrática. Se intentará hacerlo usando el lenguaje del discurso constitucional, recurriendo a algunos de los elementos del modelo liberal democrático y de algunas constituciones “socialistas” ⁴ existentes, a la luz de las experiencias de los países africanos en las últimas tres décadas.

- 2 Ver particularmente Mahmood Mamdani, “Contradictory Class Perspectives on the Question of Democracy: the case of Uganda”, en Nyong’o (ed.) *op. cit.* 78-93; Bangura, *op. cit.* y Samir Amin, “Democracy and national strategy in the periphery”, *Third World Quarterly*, 9, 4: 1129-57 (1987).
- 3 La “Ley de Lagos” fue el resultado de una conferencia de abogados africanos que tuvo lugar en Lagos en 1961 bajo los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas. Su resultado se tradujo en una declaración que reiteraba ampliamente principios liberales democráticos, que desde entonces se han conocido como la “Ley de Lagos”. Para su texto véase Ian Brownlie (ed.) *Basic Documents in Human Rights*, 2da. ed., Oxford University Press, 1981, p. 426.
- 4 El texto de las disposiciones sobre constituciones “socialistas” citadas en este documento, a menos que se manifieste lo contrario, está tomado de William B. Simons, *The Constitutions of the Communist World*, Los Países Bajos: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

Este ejercicio tiene un indudable significado práctico como lo demuestran claramente los violentos debates sobre el orden constitucional postapartheid en Sudáfrica ⁵ o las actuales discusiones para la elaboración de una Constitución en Uganda, para citar solamente dos de los ejemplos más obvios. El predominio del modelo liberal democrático no es solamente teórico o académico, sino fundamentalmente práctico. Los regímenes africanos, sea por presión o por algún otro motivo, y quizá para restablecer su credibilidad ante el mundo occidental, están remendando sus constituciones en pos de una mayor liberalización, como lo demuestran las recientes enmiendas constitucionales de Argelia. Bajo estas circunstancias es importante que los juristas africanos cristalicen los fundamentos del constitucionalismo (incluyendo determinados estándares y normas) teniendo presente tanto los intereses de esta aspiración como los de las grandes mayorías de la población de manera que las propuestas constitucionales y el desempeño de los grupos gobernantes y del Estado puedan medirse tomándolas como referente. Ese es el objetivo que se intenta alcanzar en la sección final del presente documento.

LIBERALISMO Y ESTATISMO: LAS DOS PERSPECTIVAS PRINCIPALES

El debate constitucional en Africa fue dominado por dos perspectivas principales durante la mayor parte de las décadas de los sesenta y setenta. Ambas estuvieron relacionadas con el desarrollo práctico de las luchas sociales y la organización del Estado llevadas a cabo por los nuevos grupos dominantes y clases sociales africanas independientes, que tomaron en sus manos las riendas del poder. La perspectiva liberal formó parte de la herencia legada por el colonialismo en forma de constituciones independentistas. Mientras que el argumento estatista se inspiró en distintas fuentes que iban

5 Véase por ejemplo, la edición especial del *Lesotho Law Journal*, 3,1 (1987).

desde la autenticidad africana, pasaban por el realismo americano⁶, y llegaron hasta la tesis no-capitalista soviética ⁷.

El concepto liberal de constitucionalismo se apoya en dos pilares principales: derechos limitados para el Estado y para las personas. Cualquier otra noción, desde el rendimiento de cuentas o responsabilidad estatal a través de elecciones periódicas (democracia constitucional); separación de poderes; imperio de la ley; sistema judicial imparcial; derecho a procesos legales, etc., giran todos, en última instancia, alrededor de estos dos pilares. De Smith, progenitor occidental de muchos abogados constitucionalistas africanos, brinda una definición minimalista de constitucionalismo como,

el principio de que el ejercicio del poder político estará sujeto a normas, las mismas que determinarán la validez de las acciones legislativas y ejecutivas al prescribir el procedimiento al que deben sujetarse o al delimitar su contenido permisible El constitucionalismo se convierte

6 En Africa, inspirados por las teorías de "ingeniería social" de Pound, tomó la forma del movimiento de "ley y desarrollo" que defendía la posibilidad de que Africa podría modernizarse si el Estado efectuaba cambios adecuados en la sociedad por medio de una legislación apropiada. Era el aspecto legal de la teoría de modernización. Véase Yash Ghai, "Law, Development and African Scholarship", *The Modern Law Review*, 50:750-76 (1987) p. 766-70 si se desea un enfoque afín a la tendencia "ley y desarrollo" y para una exposición más crítica: R. W. Tenga, "The Historical and Socio-economic Approaches in Learning the Law: Dar es Salaam and 3rd World Perspectives in Jurisprudence", en Issa G. Shivji (ed.), *Limits of Legal Radicalism*, Dar es Salaam: Facultad de Leyes, 1986.

7 Véase en general V. Chirkin & Yu Yudin, *A Socialist-oriented State*, Moscú: Progress Publishers, 1963 que contiene la posición soviética. Para una crítica, véase Issa G. Shivji, "Marxism and Socialism in Africa on the eve of the Twenty-first Century: some reflections", *Socialism in the world*, 55:103-11 (1986). Sobre la discusión de una Constitución africana "no capitalista" u "orientada al socialismo", véase Gianmaria F. Ajani, "The 1979 Somalia Constitution: The Socialist and African Patterns and the European Style", *Review of Socialist Law*, 8:259-69 (1962). Para una excelente revisión de argumentos estatistas en Africa contra la democracia véase E. Wamba-di a-Wamba, "The experience of Struggle in the People's Republic of Congo", en Nyong'o (ed.) *op. cit.*, 96-110.

en una realidad viviente siempre y cuando estas normas restrinjan las arbitrariedades de la propia discreción y sean efectivamente observadas por quienes gozan del poder político, y siempre y cuando exista un espacio significativo para el goce de libertades individuales dentro de las zonas prohibidas que no puedan traspasar las autoridades ⁸.

Un jurista académico y constitucionalista africano sigue fielmente los pasos de De Smith al expandir y explayarse en el concepto de constitucionalismo ⁹. Precisamente, ese concepto de constitucionalismo estuvo inmerso en la mayoría de las constituciones independentistas. Sin embargo, como se ha observado ampliamente¹⁰, el constitucionalismo jamás formó parte de la política ni del ordenamiento legal colonial.

El Estado colonial siempre se ha caracterizado como un Estado despótico ¹¹. Su ordenamiento legal fue exactamente opuesto a lo que prescribe el constitucionalismo. El poder se concentraba en la rama del Ejecutivo, generalmente en la persona del gobernador, mientras la justicia era impartida por un funcionario administrador, usualmente un comisionado de distrito. El cuerpo legislativo, si es que existía, era nombrado por los favoritos del gobernador, mientras que los derechos fundamentales —especialmente aquellos que po-

8 S. A. de Smith, "Constitutionalism in the Commonwealth Today", *Malaya Law Review*, 4, 2: 205-17 en p. 205.

9 B.O. Nwabueze, *Constitutionalism in the Emergent States*, Londres, C. Hurst, 1973, pp. 3 y siguientes.

10 Yash Ghai, "Constitutions and the Political Order in East Africa" *ICLQ* 21:403-34 en pags.406-10; F. Reyntjeans, "The Nonconstitutional State: Continuities in former Belgian Central Africa", documento presentado ante la conferencia sobre Ordenamiento del Desarrollo Constitucional en Africa Subsahariana, Amberes, 28-29 Set. 1988 (mimeo). (Agradezco a Yash Ghai por hacerme llegar este documento).

11 Michaela von Freyhold, "The Post-colonial State and its Tanzanian Version", *Review of African Political Economy*, 8: 75-89 (1977). Issa G. Shivji, "The State in the Dominated Social Formations of Africa: some theoretical Issues", *International Social Science Journal*, 31,4: 730-42 (1980).

drían tener algún impacto político— brillaban por su ausencia ¹². Los trabajos forzados y el irrestricto poder de arresto de que gozaban los administradores completaban el cuadro de un Estado colonial esencialmente *quasi* militar.

Las profundas raíces del orden político y legal en algunos casos se heredaron del colonialismo y en otros se reorganizaron para reforzar el despotismo en el período que siguió a la Independencia. Es así que el orden constitucional de la independencia se volvió más bien una excrecencia. Por medio de enmiendas, modificaciones o supresiones las constituciones pronto se acomodaron al orden legal existente ¹³. La esencia del constitucionalismo fue corroída, aún cuando las constituciones continuaron rindiendo pleitesía a algunos de sus elementos. Irónicamente [¿?] la perspectiva estatista brindó los elementos para que se racionalizara ideológicamente el nacimiento de un estado autoritario ¹⁴.

Se ha argüido con frecuencia que el constitucionalismo occidental representaba un elemento foráneo que no cabía dentro de la tradición, historia o vivencia africana ¹⁵. Conceptos tales como los derechos individuales o la separación de poderes —por ejemplo, la separación entre el presidente como Jefe de Estado y un primer ministro como Jefe de Gobierno— eran incomprensibles para las

12 Véase Ghai (1972) *op. cit.*, Reynjens (1988) *op. cit.*, y Robert Martin, **Personal Freedom and the Law in Tanzania**, Nairobi: Oxford University Press, 1974, pp. 5-10.

13 H.W.O. Okoth-Ogendo, "Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Paradox", un Documento de Trabajo preparado para el American Council of Learned Societies Comparative Constitutionalism Project, Set. 1988 (mimeo). (Agradezco al ACLS y al autor su permiso para citar su ponencia en el presente documento).

14 Sobre el concepto y discusión sobre un Estado autoritario véase Clive Thomas, "The Rise of the Authoritarian State in Peripheral Societies", Nueva York: **Monthly Review**, 1984.

15 Véase Julius K. Nyerere, "The African and Democracy" en su **Freedom and Unity**, Dar es Salaam: Oxford University Press, 1966, pp. 103-6.

masas africanas. En otros casos, el sistema multipartidario occidental se comparaba con un juego de fútbol ¹⁶, un lujo que un Estado recientemente independizado no podía permitirse. Asimismo, los partidos políticos y las elecciones eran considerados como amenazas a la unidad nacional. Y lo que es más, en otros casos el Marxismo-Leninismo –la nueva ideología del Estado– se consideraba incompatible con las nociones liberales del parlamentarismo multipartidario y los derechos individuales, civiles y políticos. Lo que importaba era que el Estado fuera capaz de satisfacer las necesidades socioeconómicas de sus obreros y campesinos, y no los esotéricos derechos de expresión y asociación. En todos los casos, como argumento crucial –sea por lógica o por fuerza– se defendió la tesis de que era necesario tener un Estado fuerte para asegurar un desarrollo efectivo. De esta manera la antigua ideología del desarrollismo fue la que en última instancia justificó las distintas variantes de estatismo.

No obstante las diferencias ideológicas y los debates académicos, el resultado real –tal como se reconoce actualmente– fue el advenimiento de un Estado neocolonialista autoritario. El temporal de la crisis económica actual desprendió las velas del argumento estatista-desarrollista pero a la vez le arrojó un salvavidas al estado autoritario justamente cuando volvía a surgir la cuestión de la democracia en la cresta de la ola del discurso político.

El hecho de que se reconozca cada vez más el surgimiento de un estado autoritario y la importancia central de la cuestión de la democracia, no significa que exista una sola percepción sobre la democracia. Nuevamente, se pueden identificar dos perspectivas principales sobre democracia tal como se presenta hoy en día en Africa. Estas a su vez reflejan dos enfoques prioritarios en lo que se refiere a las razones que explican el incremento del autoritarismo y a los fundamentos básicos de su existencia. Son los temas que paso a tratar a continuación.

16 *Ibid.*, pp. 196-7.

¿EN QUE SE BASA EL AUTORITARISMO?

Debemos primero hacer una recapitulación sobre las amplias características o peculiaridades del estado autoritario y del sistema legal tal y como se han desarrollado en muchas partes de Africa ¹⁷.

1. Es de pleno conocimiento que el Estado en Africa no solo domina sino que prevalece sobre la sociedad. Esta noción es distinta a la de un estado "intervencionista". La última acepción supone una separación entre el Estado y la sociedad civil que no siempre se aplica a Africa ¹⁸.
2. El estado autoritario no sólo asume las usuales funciones normativas sino que también juega un rol principal en la instalación, reforzamiento y reproducción de "relaciones civiles" (económicas) en la sociedad por medio de la coerción. El uso evidente de la coerción estatal sin intermediaciones estructurales e ideológicas es propio de un estado autoritario. La represión y el uso arbitrario del poder son manifestaciones políticas de este fenómeno. En este caso, el poder estatal —como lo ha sostenido Mamdani— es una parte "integral de las relaciones de producción" ¹⁹.
3. Los procesos de legitimación política a través de ideologías políticas y especialmente legales, son casi inexistentes o tan

17 Esto se basa en mi artículo, "Equality, Rights and Authoritarianism in Africa", documento presentado ante el Décimo Cuarto Congreso Mundial de la International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy que tuvo lugar en Edimburgo, Agosto 17-23, 1989 y que aparecerá en un libro titulado **Enlightenment, Rights and Revolution** a ser publicado en breve por la Universidad de Aberdeen.

18 Tal como observa Jean-Francois Bayart en "Civil Society in Africa" (los detalles bibliográficos se han trasapelado): "En suma, el concepto de sociedad civil parece mejor explicar —por su ausencia— la persistencia de la presencia de la autocracia en Africa".

19 Mamdani, "Contradictory Perspectives" *op.cit.*, 91.

- débiles que resultan insignificantes ²⁰. En otras palabras, y citando a Gramsci, el Estado gobierna por coerción y no por consenso.
4. El "principio que organiza" a los órganos del Estado *inter se* es de concentración, más que de separación del poder. Mientras que la separación de poderes legitima tanto el ejercicio del poder por la clase dominante como la provisión de una unidad orgánica del Estado como tal, la concentración de poder en el estado autoritario lo fragmenta estructuralmente y fracciona políticamente a la clase dirigente. De ahí que la lucha por el poder entre las distintas facciones de la clase gobernante adopte la forma de golpes militares, conspiraciones e intrigas. Deriva también, como se ha observado con frecuencia, en que el poder se concentre en las ramas ejecutiva y militar del Estado mientras que la legislativa y la judicial se ven políticamente marginadas y tienen mínimo prestigio ideológico o hegemonía. La concentración de poder en las ramas ejecutiva y militar con frecuencia deriva en un régimen personalista sea por un líder autocrático (Banda) o por uno carismático (Nyerere). Okoth-Ogendo describe gráficamente el hecho como la "presidencia imperial" ²¹.
 5. Las organizaciones populares autónomas –sean civiles o políticas– son violentamente reprimidas o asimiladas (al Estado) coercitivamente. Esto retrasa aún más el proceso de Constitución política de la sociedad civil.
 6. Ideológicamente, la doctrina predominante en la clase dirigente y el Estado es lo que se ha venido conociendo como "desarrollismo" ²². Se centra en el terreno de la economía donde sobreesee

20 Issa G. Shivji, "Law in Independent Africa: Some Reflections on the Role of Legal Ideology", *Ohio State Law Journal*, 46, 3:689-95 (1985). Yash Ghai, "The Rule of Law, Legitimacy and Governance", *International Journal of the Sociology of Law*, 14:179-208 (1986).

21 *Op.cit.*, 26.

22 Véase Issa G. Shivji, "Introduction: The Transformation of the State and the Working People", en Shivji, (ed.) *The State and the Working People*, *op.cit.*

tanto a la ley como a la política. De ahí que se produzca una efectiva *despolitización* en los sectores más amplios de la población.

7. En suma, como manifestara Thomas ²³, en un estado autoritario existen estrechos lazos de identidad entre el poder del Estado y el poder de clase.

El sistema legal autoritario corre paralelo al estado autoritario y su propio reflejo. Algunas características resaltantes de dicho sistema pueden resumirse como sigue:

1. Estructuralmente, los órganos resolutivos de disputas tienden a ser parte de los órganos ejecutivos estatales, o a estar fuertemente influenciados o controlados por el Estado. Es así que, aunque los procesos judiciales imparciales puedan alabarse de dientes para afuera, en la práctica tal imparcialidad no existe o en todo caso no es decisiva en los procesos cruciales. Probablemente, el indicio más importante de la tendencia a la falta de imparcialidad es la carencia de procesos ABIERTOS que son tradicionales en los casos judiciales de sociedades burguesas desarrolladas. Hablando en términos muy amplios, los procesos judiciales se ven opacados por el ordenamiento administrativo y la toma de decisiones más que por la resolución judicial de las disputas. Parafraseando el antiguo adagio, aún cuando la justicia se ejerce de vez en cuando, raramente se ve hacerla.
2. Muchas disposiciones del código legal son de carácter permisible, es decir, que facultan de manera amplia e irrestricta a los órganos ejecutivos del Estado para efectuar una serie de "funciones"; en otras palabras, ejercer un poder arbitrario y discrecional. De una forma u otra, dichas "funciones" están relacionadas con el gobierno de la población o con sus actividades civiles o económicas cotidianas, en vez de tratarse simplemente de disposiciones administrativas o de bienestar colectivo. Por

23 Thomas, *op.cit.*, 96.

consiguiente, dicha legislación interfiere directamente con los "derechos" de los ciudadanos. Cuando la legislación no es facultativa para conferir poder, lo más probable es que conceda privilegios a sectores específicos de la población, e inclusive a individuos (leyes *ad hominem*). Resumiendo, la legislación se caracteriza por **excepcionalismo y particularismo**, en abierta oposición al universalismo.

Utilizando en forma amplia los postulados jurídicos Hohfeldianos ²⁴, se puede afirmar que mientras el sistema legal de la burguesía desarrollada se caracteriza por el binomio "derecho/deber", en el autoritarismo éste se basa en los binomios "privilegio/no-derechos" o "poder/responsabilidad". Los órganos ejecutivos del Estado son usualmente los beneficiarios del *privilegio, el poder y la inmunidad* mientras que la masa civil tiene que soportar los *no-derechos o la responsabilidad y la inhabilidad*.

3. En un sistema autoritario, el concepto central del sistema legal burgués "derecho/igualdad", es inexistente o está muy débilmente desarrollado. La idea o concepto de "derecho/igualdad" gira inexorablemente alrededor de las nociones de contrato que es el epítome de la legislación civil burguesa que refleja el predominio del mercado y del intercambio de bienes en su economía ²⁵. La contratación, a pesar de su terminología, conceptual prácticamente, juega un rol minoritario en los sectores dominados, particularmente en lo concerniente a reglamentar las relaciones con los principales productores de plusvalía: obreros y campesinos ²⁶.

24 W. N. Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en Lloyd, en *Introduction to Jurisprudence*, Londres: Stevens, 1979 (4ta. ed.) pp. 260-66.

25 E. B. Pashukanis, *Law and Marxism: A general Theory* Londres, Inks, 1978.

26 La relación existente entre los campesinos y las juntas de comercialización establecidas por ley en muchos países africanos reflejan nítidamente el punto. La legislación regula la producción así como la "venta" en efectivo de muchos

4. Sugeriría que el indicio único y más importante de un sistema legal y el derecho autoritarios, es la generalizada y arbitraria utilización de la coerción estatal sin mediación ideológica alguna. La fuerza se transparenta en la superficie legal. El uso del poder estatal no se constriñe solamente al terreno político, como por ejemplo con la represión, sino que, como se ha mencionado anteriormente, desempeña un papel integral en el establecimiento, reforzamiento y reproducción de relaciones cívico-económicas. La penetración de la criminalidad en los actos ordinarios económicos y en el comportamiento es evidente. Toda legislación de importancia significativa que se refiera a las relaciones entre el capital y el trabajo se caracteriza por recurrir a las sanciones penales y a las obligaciones. Es así que el ejercicio del trabajo por los productores, sean obreros o campesinos, bordea fácilmente lo que podría considerarse como "trabajo forzado".

Probablemente se podría llegar a un amplio acuerdo sobre las características de un estado autoritario y su sistema legal. Sin embargo, se presentan distintas perspectivas una vez que se examinan las explicaciones ofrecidas sobre la aparición de este fenómeno.

Una corriente muy amplia todavía argumenta sus puntos de vista sujetándose a los paradigmas de las teorías sobre la modernización²⁷. Contempla el surgimiento del autoritarismo como si fuera esencialmente una falla de la modernización y por ende, el

de los productos de los campesinos con penas para los transgresores. Como ejemplo típico véase s.12 de la Ley de la Junta de Mercadeo de Algodón de Tanzania, 1984 (Nº 19).

27 Existe un tratamiento más integral sobre la modernización en M. Mamdani *et.al.*, "Social Movements, Social Transformation and the Struggle for Democracy in Africa", Documento de Trabajo 1/88 Dakar: CODESRIA, 1988.

resurgimiento de actitudes "tribales" ²⁸, o, expresado en su más moderna versión, la persistencia de la "economía basada en vínculos afectivos" ²⁹. Una argumentación coincidente ve el fenómeno como una réplica de la historia europea de antaño, o sea que es sólo cuestión de tiempo que Africa también llegue a la etapa del liberalismo europeo. Esta argumentación ha sido consistentemente sostenida en los debates sobre política económica y ha encontrado un lugar en los debates constitucionales. Samir Amin ha definido esta corriente de pensamiento como una perspectiva de "etapas" o "linear". "Dentro del contexto de una perspectiva linear, los países desarrollados de hoy en día forman la imagen de los países "en desarrollo", tal como ellos imaginan que serán a futuro" ³⁰. Okoth-Ogendo se aproxima bastante a diagnosticar la falta de constitucionalismo en Africa bajo una perspectiva "etapista" al declarar:

¿Qué se necesita para desarrollar una tradición constitucionalista en Africa? Me inclino a creer que Africa está destinada a experimentar conflictos y desengaños similares a aquellos que sufrieron sistemas políticos más antiguos antes de poder desarrollar o incorporar mecanismos de poder viables. Esta puede considerarse una posición muy drástica, pero lo que significa en realidad es que la historia simplemente no se aprende, sino que tiene que vivirse. Siendo el constitucionalismo el producto final del progreso social, económico, cultural y político, sólo puede convertirse en tradición si se convierte en parte de la historia que un pueblo comparte ³¹.

28 De Smith, *op.cit.*, 215-7.

29 Goran Byden, *Beyond Ujamaa in Tanzania: Underdevelopment and an Uncaptured Peasantry*, Los Angeles: University of California Press, 1980.

30 Amin, *op.cit.*, 1130.

31 Okoth-Ogendo, *op.cit.*, 44.

La perspectiva "etapista" en el diagnóstico del problema también determina su pronóstico. Un futuro democrático para Africa significa supuestamente el futuro a imagen y semejanza de una democracia liberal occidental y el constitucionalismo significa un constitucionalismo liberal occidental.

La otra perspectiva difiere fundamentalmente tanto en su diagnóstico del autoritarismo como en su perspectiva sobre la democracia. Esto a su vez refleja su comprensión explícita o tácita de las condiciones socioeconómicas actuales. Desde este punto de vista, el proceso de "subdesarrollo y pobreza" no es una condición temprana de una sociedad encaminada a su desarrollo sino más bien una condición integral producida por el mismo y único proceso en el desarrollo del sistema capitalista mundial que ha dado pie al desarrollo de los países capitalistas dominantes por un lado, y a la dominación imperialista del Tercer Mundo por el otro. En consecuencia, esta perspectiva tanto sobre la forma como sobre el contenido de la democracia, es fundamentalmente diferente. Admitimos que si bien los aspectos específicos son determinados concretamente por la situación en cada uno de los distintos países y en cada uno de los distintos períodos históricos, existen ciertas situaciones comunes que respaldan esta perspectiva. La posición más importante es la que se relaciona con la cuestión del imperialismo.

Se arguye que la dominación imperialista de Africa, es decir, la integración de la economía política africana en el mundo capitalista y la forma en que se articula con las fuerzas sociales y políticas locales, forma la base de un Estado y un sistema legal autoritarios. Es así que integrando esta perspectiva democrática, con frecuencia descrita como popular o nueva democracia, está el proceso y la perspectiva de lograr liberarse del imperialismo. El autoritarismo/despotismo y democracia liberal son considerados como momentos distintos en la existencia de una dominación imperialista en el sentido de que en Africa la "democracia liberal, aun la de naturaleza más restringida es apenas algo más que la expresión de una crisis del despotismo que aquí toma la forma de un sistema capita-

lista"³². La democracia popular, por otra parte, es vista como opuesta al imperialismo.

Este breve esquema de lo que en realidad es un debate de larga data, está destinado solamente a introducir la experiencia constitucional concreta de Africa desde su independencia. Nuestro argumento en la siguiente sección es que la perspectiva liberal-democrática, tantas veces ensayada y fracasada, demuestra la invalidez histórica de dicha posición. Por otro lado, en momentos de revolución o de crisis, la democracia popular ha encontrado una expresión, si bien parcial e inadecuada, cuya potencialidad debe al menos examinarse seriamente. También se argumenta en el presente documento, que a la luz de esta experiencia, el marco conceptual de constitucionalismo *per se* necesita reconfigurarse. De esto se tratará en la siguiente sección.

LA EXPERIENCIA EN DEMOCRACIA DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA

En esta sección trataremos de recapitular y resumir las más importantes experiencias y conflictos de las últimas tres décadas en Africa, luego de su independencia, para permitirnos una nueva conceptualización del "constitucionalismo" y trazar amplios estándares constitucionales relacionados al estado actual de desarrollo. Se tratará el tema bajo tres subtítulos: la lucha nacional y la autodeterminación; autogobierno democrático y Estado; y organizaciones autónomas de la sociedad civil.

La lucha nacional y la autodeterminación

La actual crisis económica ha demostrado aún más dramáticamente las severas limitaciones de la independencia política que los países africanos alcanzaron en la década de los sesenta. Las nocio-

32 Amin, *op.cit.*, 1151.

nes de neocolonialismo ³³ y dominación imperialista, no obstante sus variadas interpretaciones, difícilmente pueden ser cuestionadas *per se*. Está claro que el subdesarrollo endémico está integralmente relacionado con el papel que estas economías juegan en el orden económico internacional dominado por países imperialistas.

Los estados africanos han sido víctimas de una patente manipulación política y su soberanía política ha sido apenas respetada en épocas de crisis. Las clases gobernantes de África se han aliado abiertamente con el imperialismo o han sucumbido ante él, y han demostrado su inherente incapacidad para luchar por la independencia política y económica nacional. En suma, las luchas por la independencia nacional y el anti-imperialismo continúan siendo cuestiones principales y temas de profunda preocupación en África.

Otro aspecto interrelacionado con la lucha nacional es la opresión interna y la discriminación de naciones y nacionalidades dentro de las fronteras del Estado. Las luchas de nacionalistas –catalogadas en la literatura colonial y neocolonial como guerras y rivalidades “tribales”– se han convertido en una plaga en la mayoría de países del continente encontrando una cruenta expresión en Rwanda y Burundi, Etiopía, Sudán, Chad, Nigeria, etc. Implícito dentro de estas luchas está fundamentalmente el intensamente desigual y dispar desarrollo regional de los países, que los estados africanos heredaron del colonialismo y que, bajo la hegemonía del imperialismo, no han logrado corregir. Contrariamente, los mandatarios africanos, en muchos casos, han tratado de perpetuar sus mandatos asentados en una reducida base política de carácter étnico o nacional. Amparándose en la retórica de la sacrosantidad de las fronteras colonia-

33 Véase Issa G. Shivji, *Fight my Beloved Continent: New Democracy in Africa*, Harare: SAPES, 1988, donde se define el neocolonialismo como una característica social y política de un sistema de producción dominado por el imperialismo aliado a los sectores intermediarios y donde la obtención de superganancias se sustenta en la explotación del trabajador. El mecanismo de la obtención de superganancias es un intercambio desigual que sólo puede reproducirse por medio de la coerción extra-económica.

les³⁴ y de la unidad nacional, los estados africanos han recurrido a políticas asimilacionistas forzadas para enfrentar la cuestión de las nacionalidades.

Los dos países más extensos de Africa: Sudán y Etiopía, que han sufrido las más prolongadas luchas armadas en el continente, son prueba palpable de las desastrosas consecuencias de la política de asimilación. En Etiopía, la opresión de Amhara desde los tiempos de Haile Selassie ha continuado bajo Mengistu, quien niega a los eritreos su independencia así como la autodeterminación a otras nacionalidades oprimidas que incluyen a tigreanos, oromos y somalíes³⁵. En Sudán la dominación ejercida de diferentes maneras, por la clase dirigente norteña ha provocado el caos y casi causó el colapso del cuerpo político³⁶. En ambos casos, sostenemos que la amenaza de secesión es precisamente el resultado de la oposición al reconocimiento del derecho de la autodeterminación, en mayor medida que lo contrario. El único período de relativa paz en Sudán fue después de la firma de los tratados de Addis Abeba en 1972, precisamente cuando el sur obtuvo su propio gobierno regional³⁷. Tan pronto como Numeiry unilateralmente rompió el compromiso y reinstaló la hegemonía norteña en 1983, esta vez en la forma social fascista de la ley Sharia, la lucha armada se reinició con más ferocidad aún.

34 A principios de 1964, la OUA adoptó una resolución consagrando las fronteras impuestas por el colonialismo y algunos juristas africanos han argüido desde entonces, equivocadamente en mi opinión, que eso prevalece sobre el derecho de los pueblos a su autodeterminación. Para mayor discusión concierne a Eritrea, véase Alain Fenet, "The Right of the Eritrean People to Self-determination", en Lionel Cliffe y Basil Davidson (eds.), *The Long Struggle of Eritrea for Independence and Constructive Peace*, Trenton: The Red Sea Press, 1988.

35 Bereket Habte Selassie, *Conflict and Intervention in the Horn of Africa*, New York: Monthly review, 1980.

36 K. K. Prah, "African Nationalism and the Origins of War in the Sudan", *Lesotho Law Journal*, 2, 2:179-96.

37 Véase en general Francis Mading Deng y Prosser Gifford (eds.), *The Search for Peace and Unity in the Sudan*, Washington: Wilson Center Press, 1987.

Es interesante notar que en ambos países, los sectores reaccionarios de la sociedad se han opuesto violentamente al federalismo³⁸ y a la autonomía regional, esgrimiendo el mismo argumento: que se alentaría la secesión y el desmembramiento de sus respectivos estados. Esto, por supuesto, ha sido un argumento para la exportación que fue legitimado por la Resolución de 1964 de la Organización para la Unidad Africana a la que nos referimos anteriormente³⁹.

Pareciera que el impase actual en Sudán está ejerciendo presión sobre diversas fuerzas, exceptuando probablemente a las fuerzas más reaccionarias, Umma y el Frente Islámico Nacional, para que acepten el reconocimiento de alguna forma de federalismo (que podría considerarse como un reconocimiento parcial del derecho de autodeterminación) y de una autonomía substancial no sólo en el sur sino también en otras regiones menos privilegiadas.

La tendencia asimilacionista, que en la práctica se traduce como una opresión a naciones/nacionalidades por otras naciones/nacio-

Mohammed Beshir Hamid, "Devolution and the Problem of National Integration in the Sudan", *Ethnic Studies Report*, vol. II, N° 2 (1984) ha señalado que el gobierno independiente del sur bajo los acuerdos de Addis Abeba no podía sostenerse mientras el gobierno central se mantuviera antidemocrático y bajo el régimen personalista de Numeiry.

38 La principal fuerza combatiente en Eritrea, el Frente de Liberación Popular de Eritrea, ha propuesto en distintas oportunidades un referéndum por el cual se pediría al pueblo de Eritrea que vote por la independencia, por una federación con Etiopía o por la autonomía regional, que, obcecadamente, siempre han rechazado las autoridades etíopes; véase A. M. Babu, "The Eritrean Question in the Context of African Conflicts and Superpower Rivalries", en Cliffe & Davidson (eds.), *op.cit.* 47-63, p. 51. En el caso del Sudán, desde las negociaciones de independencia en la década de los 50, los líderes sureños han propuesto el federalismo sin ningún resultado; véase Elias Nyamiell Wakoson, "The Dilemmas of South-North Conflict" en Deng & Gifford (eds.) *op.cit.*, 90-105 p. 93. Es significativo el hecho de que en sus programas políticos tanto el EPLF y el SPLN (ambas siglas están en inglés) reconozcan por igual "el derecho de las nacionalidades". Para cada programa véase respectivamente Cliffe & Davidson (eds.) *op.cit.*, 205-13 y Wakoson *op.cit.*, 98-101.

39 Véase *supra* nota 34.

nalidades predominantes, ha sido tan fuerte en Africa que aun en situaciones de unión relativamente "voluntaria", como la de Zanzíbar y Tanganica, se han dado casos penosos. Los tratados de unión entre Zanzíbar y Tanganica dieron pie a una suerte de federación. Las actitudes y expresiones de los zanzibaríes desde entonces demuestran a las claras su preferencia por una federación libre con sustancial autonomía para Zanzíbar. Sin embargo, las autoridades del continente han estado presionando para lograr una mayor integración, o como se ha venido en decir, "consolidación de la unión". Se ha hecho uso de toda oportunidad para **alentar** la integración, al menos constitucionalmente, aunque en la práctica dicha integración presenta dificultades debido a la resistencia de los zanzibaríes. El resultado es que la cuestión de la unión se ha convertido en uno de los temas políticos más explosivos en el país ⁴⁰.

Es significativo que casi ninguna Constitución en Africa (la Constitución de 1979 de Benin es la rara excepción ⁴¹), reconoce los

40 Para una discusión extensa sobre la crisis constitucional en Tanzania sobre la cuestión de Zanzíbar, véase *Eastern Africa Law Review* 11-14 (1978-81); P. J. A. M. Kabudi, "International Law Examination of the Union of Tanganyika and Zanzibar: A Federal or Unitary State?", LL. M. Tesis presentada ante la Universidad de Dar es Salaam, 1986 e Issa G. Shivji, "The Politics of Liberalization in Tanzania: Notes on the Crisis of Ideological Hegemony" en prensa en *TAAMULI*, 1989.

41 El Artículo 3 de la Constitución de 1979 de Benin, dispone que:

La República Popular de Benin es un Estado multinacional unificado. Todas las nacionalidades son iguales en cuanto a deberes y derechos. La consolidación y el desarrollo de su unidad es un deber sagrado del Estado, quien asegurará a cada una un pleno desarrollo en unidad por intermedio de una política justa dirigida a las nacionalidades y a un equilibrio interregional. Quedan terminantemente prohibidos todos los actos de regionalismo. Todas las naciones serán libres de expresarse en su lengua, sea hablada o escrita y a desarrollar su propia cultura.

El Estado prestará ayuda activa a aquellas nacionalidades que viven en áreas subdesarrolladas de manera que puedan alcanzar el nivel cultural y económico del país en su conjunto.

derechos colectivos de las nacionalidades, ni siquiera derechos tales como la continuar con su cultura nacional, su idioma, desarrollo, etc. La diversidad nacional se considera una carga y un mal que deben ser eliminados en aras de la unidad nacional. Muchas constituciones africanas condenan ominosamente, vetan, consideran como traición y desaprueban por completo toda expresión de conciencia nacional⁴². La experiencia de las últimas tres décadas demuestra sin lugar a dudas que tales políticas en realidad avivan el fuego de un rígido chauvinismo nacionalista.

La historia nos enseña que cualquier integración nacional lograda en los países desarrollados, tanto capitalistas como "socialistas", se ha dado a través del reconocimiento de la diversidad nacional y el tratamiento democrático de todas las nacionalidades⁴³. Muchas de las constituciones "socialistas" describen a sus estados como "multinacionales" y si bien prohíben y aun penalizan la discriminación basada en la nacionalidad, reconocen los derechos culturales y de desarrollo de las diferentes nacionalidades⁴⁴.

El enfoque de las constituciones africanas (con la excepción ya mencionada de la de Benin en 1979) sobre la cuestión de la nacionalidad por otra parte, consiste en mantener silencio total en cuanto

42 Véase, por ejemplo, los artículos 15, 4 y 4 de las constituciones de Nigeria (1979), Angola y del Senegal, respectivamente.

43 Chang Chih-i, un veterano líder chino que tenía a su cargo la cuestión nacional después de la revolución de 1949, resume el tema como sigue:

Sin embargo nos oponemos a una política asimilacionista. Cuanto más se utilice una política de opresión y asimilación, mayor será el temor de las nacionalidades minoritarias a perder su identidad y crecerá el espíritu de fiera resistencia entre ellas; sólo dejándoles libertad para basar su desarrollo político, económico y cultural en sus características específicas, pueden los modos de vida de cada una de las nacionalidades ser más compatibles con la unificación y mejorarse; sólo de esta manera se les puede inducir a dejar atrás su retraso.

George Moseley (ed.) *The Party and the National Question in China*, Cambridge: M.I.T. Press, 1966, p. 37.

44 Simons, *op.cit.*, 633.

a los derechos de nacionalidad, aun en casos en que la Constitución contenga escrupulosas disposiciones sobre los derechos y libertades del individuo. Cuando la Constitución se desvía hacia el tema de las nacionalidades (el término utilizado es grupos étnicos) como ocurre en la Constitución de Nigeria de 1979, en realidad está reflejando sutilmente una tendencia asimilacionista. La Sección 15, bajo el título de "Objetivos Fundamentales y Principios Normativos de la Política del Estado", que no son justiciables, ilustra puntualmente el enfoque contrastante.

(2) Por consiguiente, la integración nacional deberá ser alentada activamente, mientras que la discriminación basada en el lugar de origen, sexo, religión, estados, asociaciones étnicas o religiosas o lazos queda prohibida.

(3) Con el fin de promover la integración nacional el Estado tendrá el deber de:

(a) brindar las facilidades convenientes para alentar la libre movilización del pueblo y de bienes y servicios a lo largo y ancho de toda la Federación;

(b) asegurar plenos derechos de residencia para cualquier ciudadano en cualquier parte dentro de la Federación;

(c) alentar las alianzas matrimoniales entre personas de distintos lugares de origen, o de diferentes religiones, lazos o asociaciones étnicas y lingüísticas; y

(d) promover y alentar la formación de asociaciones que trasciendan las barreras separatistas sean étnicas, lingüísticas, religiosas o cualquiera otra.

Es cierto que en la práctica las confrontaciones entre nacionalidades han sido manipuladas por poderes imperialistas rivales (p. ej., Katanga, Biafra, Angola, etc.) y utilizadas para satisfacer sus propios intereses. Sin embargo, debe entenderse igualmente que la

opresión nacional dentro de las fronteras de los estados existentes es en sí misma una expresión de dominación imperialista. Además, por esta misma razón, los dos aspectos de autodeterminación, externa (anti-imperialista) e interna (democrática), deben ser enfrentados en conjunto ya que son inseparables.

La experiencia de los conflictos nacionales y anti-imperialistas analizada aquí demuestra que el "derecho de los pueblos y de las naciones a la autodeterminación" es el punto de controversia principal hoy en día en Africa. En la práctica estatal a varios niveles, sea la ONU, la OUA, los estados africanos, este derecho ha sido tratado (1) en el plano internacional y en consecuencia ha encontrado su expresión en los instrumentos de derechos internacionales solamente y (2) se ha confinado al aspecto externo únicamente, es decir, relacionado a la independencia de la dominación extranjera y colonial ⁴⁵.

Sometemos a consideración el hecho de que el derecho de autodeterminación debe (1) ser reconceptualizado para darle un mayor y más amplio significado y (2) ser incorporado dentro de las normas y estándares constitucionales a nivel de cada país. Se tratará este punto en la siguiente sección. Por el momento tocaremos la experiencia de un Estado de gobierno democrático.

Estado de gobierno democrático

En Africa, el punto de referencia para una organización democrática ha sido siempre el modelo parlamentario occidental. También han surgido democracias unipartidistas como oposición a este modelo y modificándolo. La esencia de dicho modelo se refiere a la manera en que el Estado está organizado *inter se* y a la relación

45 Véase por ejemplo el artículo 20 de la Declaración Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. La posición de la ONU, Africa y el Estado Soviético en la cuestión de la autodeterminación ha sido discutida en Issa G. Shivji, *The Concept of Human Rights in Africa: Imperialist Charity or People's Struggle?*, Dakar, Codesria, pronto a publicarse.

del Estado con el ciudadano *independiente*. En este caso, la democracia se refiere esencialmente al nivel del Estado central. Cualquier otro órgano estatal a nivel local y el ejercicio del poder del Estado a ese nivel los convierte entonces en una especie de extensión del Estado central. Los debates se centran generalmente alrededor de temas tales como la descentralización y la desconcentración del Estado a nivel local. En suma, el principio organizativo del Estado en esencia es vertical, de arriba hacia abajo.

El modelo democrático occidental, además de apoyarse en una separación de poderes a nivel estatal, se relaciona con el ciudadano a través de un sistema parlamentario multipartidario mediado por elecciones periódicas. Esto, presumiblemente, establece formalmente la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder y obliga al gobierno a responder por sus actos ante ellos.

Una y otra vez Africa ha intentado imitar el modelo democrático liberal, fracasando totalmente. Ya hemos visto el triste destino de las constituciones independentistas y el desgaste del constitucionalismo. No obstante se ha vuelto a intentar el experimento de una democracia liberal. En 1979 la Constitución nigeriana fue el epítome de un orden democrático liberal. La historia de su funcionalidad no varió en mucho: usurpación del poder por el ejecutivo; confrontaciones entre el gobierno central y los estados; partidos que degeneraron en bandos armados y finalmente la manipulación de las elecciones que conllevaron a un golpe de Estado que puso fin al experimento ⁴⁶. La experiencia de Ghana con su Constitución de 1979 y la administración de Hilla Limann, que duró sólo dos años, nuevamente confirma la historia ⁴⁷.

No es necesario elucubrar mayormente sobre el punto de que el modelo democrático occidental ha fracasado como forma demo-

46 B. O. Nwabueze, *Nigeria's Presidential Constitution, 1979-83: The Second Experiment in Constitutional Democracy*, Nueva York: Longman, 1985.

47 Emmanuel Hansen, "The State and Popular Struggles in Ghana, 1982-86", en Nyong'o (ed.), *op.cit.*, 170-203, pp. 171-2.

crítica de gobierno en Africa. Las razones de este fracaso ya han sido discutidas brevemente en la sección antecedente y no se necesita abundar aquí en el tema. Basta decir que durante tiempos de crisis y momentos revolucionarios, cuando se ha creado algún espacio para iniciativas que surgen desde las bases, es cuando han brotado tipos de democracia fundamentalmente distintos. Los comités barriales en Sudáfrica ⁴⁸; los comités de resistencia de Uganda bajo el Movimiento Nacional de Resistencia Museveni ⁴⁹; los comités revolucionarios de Libia ⁵⁰ y los comités de defensa de Ghana a raíz del segundo golpe de Estado de Rawlings ⁵¹ son probablemente un burdo reflejo de las aspiraciones de las masas populares y, muy posiblemente, indicadores de nuevos modelos democráticos. Si bien sólo son modelos alternativos muy rudimentarios, que bien podrían incluso haber sido apropiados por fuerzas militares gobernantes y civiles populistas para su propio interés ⁵², significan sin embargo una demostración práctica de que el modelo parlamentario de la democracia occidental es completamente inadecuado.

Existen ciertas características comunes dentro de estos modelos de organización que deben ser debidamente considerados. En primer lugar, que son el resultado de iniciativas que vienen desde abajo. En segundo lugar, que reflejan el ansia por una democracia directa en contraposición con cualquier otro modelo representativo más remoto. En tercer lugar, que emergen de centros de trabajo, zonas residenciales, pueblos y escuelas (llama la atención los comités escolares y los consejos estudiantiles de Sudáfrica), es decir, en

48 Richard M. Levin, "Democratic Struggles in South Africa" y "Towards a People's Democracy: The UDF View" en *Review of African Political Economy*, 40: 7-31 y 81-6 (1987).

49 Mahmood Mamdani, *NRA/NRM: Two Years in Power*, Kampala: Progressive Publishing House, 1955.

50 Jonathan Bearman, *Qadhafi's Libya*, Londres, Zed Books, p. 187 y siguientes.

51 Hansen, *op.cit.*, 178 y siguientes.

52 P. Anyang Nyong'o, "Political Stability and the Prospects for Democracy in Africa", *African Development*, 13,1: 71-86 en pp. 80-81.

niveles donde la gente realmente vive y trabaja. En cuarto lugar, que su principio organizativo es totalmente opuesto al simbolizado por la separación de poderes. Ellos son los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a la vez. Los órganos de justicia –cortes populares y tribunales, etc.– acompañan invariablemente a la formación de los comités populares. En quinto lugar, están sujetos a un constante rendimiento de cuentas al pueblo, en forma negativa, demostrando su desconfianza mediante elecciones **periódicas**, partidos políticos, etc., y en forma positiva incorporando los principios de revocación o anulación, de alguna u otra manera.

El Subsecretario de Información del Frente Democrático Unificado de Sudáfrica resume excelentemente las limitaciones del modelo parlamentario y el concepto de lo que él denomina “democracia popular”, en el siguiente extracto que merece ser citado *in extenso*:

... [N]o sólo nos oponemos al presente parlamento porque somos excluidos, sino porque la representación de tipo parlamentario *per se* representa una muy limitada y estrecha idea de la democracia.

A millones de sudafricanos por décadas no sólo se nos ha negado representación política, sino que hemos sido también oprimidos y explotados. Nuestro objetivo democrático es por tanto ejercer el control sobre cada uno de los aspectos de nuestras vidas y no el mero derecho (importante, sí) de votar por un gobierno central cada cuatro o cinco años.

Cuando hablamos de un gobierno mayoritario no significa simplemente que las caras negras deban reemplazar a las blancas en el parlamento. Una solución democrática en Sudáfrica involucra a todos los sudafricanos y en particular que la clase trabajadora tenga el control sobre todos los dominios de su existencia cotidiana –desde la política nacional hasta la vivienda, desde la escolaridad hasta las

condiciones de trabajo, desde el transporte hasta el consumo de alimentos. Para nosotros esto es la esencia de la democracia. Cuando decimos que el pueblo debe gobernar, nos referimos a todo nivel y en todas las esferas y exigimos que exista un control real y efectivo cotidianamente.

Este entendimiento de la democracia tiende a ser fundamentalmente diferente a los distintos modelos constitucionales abstractos que se pretende presentar como soluciones. Muchos de ellos se preocupan de la cuestión de cómo se puede arreglar la representación política central de manera que ningún "grupo" pueda predominar sobre otros, o de qué manera pueda evitarse lo que se conoce como la "tiranía de la mayoría" (muchos de estos modelos desafortunadamente siguen inmersos en el paradigma que busca alterar la base de la representación política a una base menos racial sin quitarle verdaderamente poder a la pequeña élite que tiene actualmente su monopolio). Este debate se estanca en la fórmula democracia = partidos políticos, representando cada uno a grupos de intereses diferentes, cada uno forcejeando por el poder político.

Ahora que es importante que una democracia contenga una pluralidad de puntos de vista diferentes y deseo tratar sobre este asunto más adelante. Sin embargo, la esencia de la democracia no puede limitarse solamente al debate. El meollo de un sistema democrático reside en poder afirmar que el pueblo de nuestro país no sólo puede elegir a su representante sino que también percibe que tiene control directo sobre dónde y cómo vive, come, duerme, trabaja, se moviliza, cómo se educan ellos y sus hijos, qué contenido tiene esa educación; y que estas cosas no las hace el gobierno de turno por ellos, sino que las hacen las propias personas.

En otras palabras, estamos hablando de representación política directa en oposición a la indirecta; de participación de las masas más que de docilidad pasiva e ignorancia; de una situación en que las personas comunes y corrientes se sienten capacitadas para hacer ese trabajo por sí mismas, en lugar de esperar que su representante parlamentario local interceda por ellos. ...

Los rudimentarios órganos del *poder popular* que han comenzado a emerger en Sudáfrica (comités barriales de defensa, estructuras de dirigentes obreros, consejos de representantes estudiantiles, asociaciones de padres de familia, profesores y estudiantes) representan de muchas maneras la clase de democracia por la que estamos bregando ⁵³.

Es significativo que los sentimientos expresados por la gente que está en la propia lucha como se indica líneas arriba, si bien aparentan estar de acuerdo con la Declaración de Libertad del CNA, difieren en lo fundamental de las "Lineamientos Constitucionales para una Sudáfrica Democrática" ⁵⁴ del CNA de 1988. Los lineamientos del CNA se encuadran dentro de un paradigma liberal-democrático del cual hasta un Oppenheimer se sentiría orgulloso.

Sea como fuere. El objeto de esta presentación es enfatizar que estas nuevas formas, si bien rudimentarias o embrionarias, de gobierno democrático reveladas a la luz de experiencias actuales, apuntan hacia un principio organizativo del aparato del Estado *inter se* y de la relación entre el Estado y la sociedad civil distintos a aquél representado por el modelo liberal democrático. El *quid* de este principio, que obviamente puede tomar varias formas institucionales

53 "Towards a People's Democracy: The UDF View", exposición de Murphy Morobe en mayo de 1987 ante el Instituto por una Alternativa Democrática para Sudáfrica, reimpresa posteriormente en *Review of African Political Economy*, 40:81-87 en pp. 82-83 (diciembre 1987).

54 Reimpreso en *Weekly Mail*, 12 al 18 de agosto de 1988.

bajo diferentes situaciones concretas, es que el poder político está organizado y es legitimado desde la base hacia el centro y no al contrario. Y, en segundo lugar, como aspecto aún más controvertido, que el Estado se relaciona con la sociedad civil no tanto a través del individuo autónomo de antaño (binomio estado/ciudadano) sino a través de organizaciones sociales (o entidades sociales organizadas) situadas al nivel donde se producen y reproducen realmente los medios de supervivencia⁵⁵. Esto trae a colación la cuestión referente a las relaciones entre el Estado y organizaciones civiles autónomas.

El Estado y las Organizaciones Civiles Autónomas

Bayart se expresa con acierto al decir que la sociedad civil puede definirse tentativamente en su relación con el Estado en tanto que se encuentre confrontada con el Estado o más particularmente "como el proceso por medio del cual la sociedad busca 'quebrantar' y contrarrestar la 'totalización' simultánea desencadenada por el Estado"⁵⁶. La estructura crucial o mediadora a través de la cual la sociedad "confronta" al Estado la constituyen precisamente sus organizaciones autónomas, que pueden expresar una variedad de intereses verticales y horizontales sin transgredir los límites de clase y los culturales.

En su afán de desarrollo como estado autoritario, el estado africano ha suprimido sin miramientos las organizaciones autónomas, desde sindicatos laborales hasta consejos estudiantiles. La destrucción de las iniciativas de la sociedad civil ha sido el sello distintivo del autoritarismo en Africa. No es sino un indicio más de la falta de desarrollo de la sociedad civil. Bayart lo expresa así:

Fundamentando las ideologías de unidad nacional existe un imperativo hegemónico que impulsa al Estado y a los

55. Duncan Innes y Stephen Gelb, "Towards a democratic economy in South Africa", *Third World Quarterly*, 9, 2: 545-84 en relación al autogobierno económico parece presentar un argumento similar, si bien de una manera algo tortuosa.

56. Bayart, *op.cit.*, 113.

autoproclamados grupos sociales dominantes a tratar de controlar y configurar a la sociedad civil. Por consiguiente, la primera tarea es definir las bases sobre las cuales otros puedan tener acceso al sistema político. La mayoría de los regímenes restringen severamente ese acceso evitando que los grupos sociales subordinados se organicen en forma autónoma y pluralista. Más bien, los mandatarios intentan integrar las diferentes fuerzas sociales en un movimiento único o de lo contrario fijan medios de control intermedios e indirectos. Su objetivo radica en atraer a los grupos sociales dominados dentro del espacio de dominación existente y convencerlos para que se sujeten al Estado ⁵⁷.

En términos constitucionales, uno de los derechos menos desarrollados tanto en el papel como en la práctica, es el derecho a la organización. En la mayoría de las constituciones africanas, el derecho a organizarse toma la forma de una cláusula restringible *ex post facto* (claw-back clause) ⁵⁸ que permite al Estado truncarla en la práctica enmendándola hasta dejarla irreconocible. Así, por ejemplo, los sindicatos han sido las organizaciones más atacadas y vilipendiadas, a no ser que acepten ser subyugados e incorporados al Estado ⁵⁹. En suma, tal como concluye Freund, "todos los gobiernos africanos se han sentido incómodos ante sindicatos fuertes, radicales e independientes. Tales organizaciones violan la propia determinación de los gobernantes a dominar a la sociedad civil ..." ⁶⁰.

57 *Ibid.*, 112-3.

58 Para una discusión sobre cláusulas "claw-back" véase Richard Gittleman, "The Banjul Charter on Human and People's Rights: A Legal Analysis", en Claude E. Welch, Jr. & Ronald I. Meltzer (eds.), *Human Rights and Development in Africa*, Albany: State University of New York, 1984, Cap. 7, pp. 157-59.

59 Rhoda E. Howard, *Human Rights in Commonwealth Africa*, Totowa: Rowman & Littlefield, 1986, pp. 128-33. Bill Freund, *The African Worker*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, Cap. 5.

60 Freund, *ibid.*, 106.

FUNDAMENTOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATICO

La experiencia del constitucionalismo en Africa durante las últimas tres décadas recapituladas en la sección precedente, nos da pistas y pautas para intentar un nuevo marco conceptual sobre lo que es constitucionalismo. Trataremos el tema en la presente sección.

Como se ha señalado anteriormente, el concepto liberal de constitucionalismo descansa sobre dos pilares gemelos, un *gobierno* limitado y los derechos y libertades fundamentales individuales. El nuevo concepto de constitucionalismo debería sustentarse en un *Estado* sensible y que responda de sus actos ante el pueblo, y en derechos y libertades colectivos. El concepto propuesto está estructurado alrededor de cuatro fundamentos principales que, utilizando el discurso de derechos, pueden describirse como "el derecho de los pueblos y naciones a la autodeterminación"; "el derecho a un auto-gobierno democrático"; "el derecho a organizarse" y "el derecho a la integridad de la persona". Los cuatro derechos mencionados son en realidad, nombres compuestos de muchos otros derechos tradicionales fácilmente reconocidos, tanto en constituciones de democracia liberal como "socialista". Lo novedoso de nuestra exposición por tanto no es la creación de *nuevos* derechos como tales sino más bien (1) la atribución de significados más amplios y profundos basados específicamente en la experiencia histórica africana, (2) considerarlos más en forma integral que jerárquica, y (3) el reconocimiento de su valor tanto programático (o ideológico) como normativo (o legislativo).

Derecho de los Pueblos y Naciones a la Autodeterminación

En otro documento ⁶¹ he sugerido que este derecho puede ser resuelto de manera global incluyendo los siguientes elementos tanto primarios como secundarios:

61 Shivji, *The Concept*, *op.cit.*

Elementos primarios:

- (a) igualdad para todos los pueblos y naciones;
- (b) derecho de los pueblos colonizados a su independencia y al establecimiento de sus propios estados soberanos;
- (c) derecho de las naciones oprimidas a su autodeterminación pudiendo llegar inclusive al derecho a secesión;
- (d) derecho de todos los pueblos, naciones, nacionalidades, grupos nacionales y minorías a continuar desarrollando libremente sus culturas, tradiciones, religiones y lenguas;
- (e) derecho de todos los pueblos a vivir libres de la subyugación, dominio y explotación extranjera;
- (f) derechos de todos los pueblos para determinar democráticamente sus propios sistemas socioeconómicos, políticos, de Estado y gobierno;

Elementos secundarios o derivados

- (a) derecho de todos los pueblos a buscar el apoyo de otros pueblos en su lucha por la autodeterminación;
- (b) derecho al principio de soberanía del Estado, integridad territorial y a la no intervención por parte de otros estados en los asuntos internos ⁶².

Tal como está formulado líneas arriba, se presume que los derechos se ejercen en el plano internacional únicamente. Sin embargo, estos derechos deben incorporarse a las normas constitucionales de cada país, comprometiendo no sólo al gobierno sino al Estado en su conjunto. En la práctica, la formulación actual dependerá por supuesto de situaciones concretas. Sin embargo, en prin-

62 Nótese que aquí el concepto de "pueblo" es el sustantivo principal y el Estado aparece como subordinado, en vez de lo contrario, que es la forma usual tanto en la literatura como en la práctica.

cipio, algunas de las disposiciones constitucionales emergentes del derecho a la autodeterminación podrían expresarse como sigue:

- (a) el Estado se obliga a construir una economía nacionalmente independiente;
- (b) el Estado no comprometerá, sea política o económicamente, su soberanía e independencia nacional, política y económica en relación a otros estados y organizaciones internacionales (sin perjuicio de los derechos de naciones y nacionalidades que existan dentro de su propio territorio) en menoscabo de su pueblo; y
- (c) el Estado está prohibido de entrar en relaciones militares y económicas que fundamentalmente, o muy probablemente, sean contrarias a los intereses de la creación de una economía nacional independiente, y en ningún caso comprometerá las estructuras políticas democráticas del país.

Existen algunas disposiciones constitucionales a lo largo de estas líneas. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución (1972) de Corea del Sur estipula que la República Democrática de Corea está respaldada *inter alia* por "la creación de una economía nacional independiente". El artículo 28 de la Constitución (1976) de Albania provee que "Está prohibido en la República Popular Socialista de Albania crear otras instituciones extranjeras o conjuntas con monopolios y estados capitalistas, burgueses y revisionistas y otorgarles concesiones o aceptar créditos de ellos". Asimismo, el artículo 91 prohíbe "la ubicación de bases militares y fuerzas extranjeras en el territorio" de Albania.

Si bien dichas disposiciones conciernen específicamente a los países involucrados (y probablemente no son lo suficientemente amplios para los fines de este documento), me parece que su principio subyacente es sin duda válido y aplicable en África. Sólo para citar un ejemplo obvio, el endeudamiento actual de los países africanos y el notorio papel desempeñado por el Fondo Monetario

Internacional, ilustran inmediatamente el significado –aunque sea sólo con propósitos ideológicos– de la prohibición de entrar en negociaciones económicas que puedan comprometer la autodeterminación nacional. Internacionalmente, se han dado ya debates y discusiones centrados en declarar que las políticas del FMI son contrarias al derecho de autodeterminación de los pueblos ⁶³. Una norma constitucional que prohíba al Estado celebrar ese tipo de acuerdos sería la contraparte doméstica del aspecto internacional de este conflicto.

El aspecto interno del derecho a la autodeterminación es igualmente crucial, si no más en Africa. Ya se ha señalado el hecho de que los conflictos de nacionalidades han remecido a los países africanos desde su independencia. La mayoría de los estados africanos son multinacionales o tienen múltiples nacionalidades. No obstante, es curioso observar que casi ninguna Constitución reconoce el hecho. (Es interesante también notar que casi todas las constituciones “socialistas” de los países soviéticos, de Europa Oriental o asiáticos, lo hacen sin restricciones). Peor aún, no tienen disposiciones sobre los diversos derechos de las nacionalidades. Lo que está en el tapete por tanto es que las naciones y nacionalidades dentro de las fronteras africanas no son tratadas democráticamente y que la opresión nacional continúa existiendo a este nivel. Por último, como ya se ha observado, en la mayoría de los casos la base fundamental de la opresión nacional es el desigual y dispar desarrollo regional que caracteriza a la mayoría de economías africanas que emergieron del colonialismo.

63 En una “contra-conferencia” que tuvo lugar en Berlín del 26 al 29 de setiembre de 1988, el Tribunal Permanente del Pueblo sostuvo que las acciones del Banco Mundial y del FMI eran una violación *inter alia* del derecho de los pueblos a su autodeterminación; véase *Africa Events*, 4, 11: 20-21 (noviembre, 1988). Ese tipo de conferencias, debates y “enjuiciamientos” pueden no tener efecto inmediato ante las leyes internacionales pero sí tienen un significativo impacto en el despertar de las conciencias y en la movilización de la opinión pública internacional.

Traducido en disposiciones constitucionales, los siguientes elementos deberían constituir el centro alrededor del cual las disposiciones constitucionales deben entretenerse.

Primero, dado el carácter multinacional de un típico estado africano, una buena parte de ellos serían candidatos para construir algún tipo de estructura federal. Esto es aplicable no sólo a los países relativamente extensos como Etiopía, Sudán, Angola y Nigeria (y posiblemente Sudáfrica después del apartheid⁶⁴) sino también a los más pequeños como Kenya, Tanzania (teniendo en consideración los problemas de la unión entre Tanganica y Zanzíbar) Chad, etc. Alguna forma de federalismo, donde se requiera, sería un aspecto importante de reconocimiento del derecho de autodeterminación y de tratamiento democrático para las nacionalidades dentro de las fronteras del Estado.

64 En gran parte de las discusiones sobre Sudáfrica, el aspecto interno de la cuestión nacional se deja de lado con intensa hostilidad, sosteniéndose que podría caer en manos de las minorías raciales y perpetuar el apartheid. Y una vez más se revive el fantasma del secesionismo para acallar cualquier debate que proponga aprovechar la experiencia de otros países africanos independientes. Un ejemplo típico es el panfleto de Joe Slovo, "The South African Working Class and the National Democratic Revolution" (publicado por el Partido Comunista Sudafricano s/fecha). Si bien es cierto que la cuestión nacional debe tratarse en forma concreta, es difícil aceptar que el argumento de su inexistencia en Sudáfrica pueda tener validez porque la minoría racista blanca lo manipula según sus intereses. ¡El hecho de que el mismo diablo pueda citar la Biblia no puede hacer que un creyente denuncie a la Biblia! Las fuerzas democráticas y de liberación de Sudáfrica tienen que desarrollar su propia perspectiva en la cuestión nacional, más allá de la denuncia estatista y revisionista del racismo-nacionalismo oficial tal como lo hace Slovo. En todas las discusiones habidas sobre un futuro orden constitucional en Sudáfrica encontramos sólo un escrito (con el cual no necesariamente concordamos) que intenta enfrentar directamente la cuestión de la nacionalidad y termina recomendando una estructura *quasi* federal; véase Vuyusile Dlova, "Towards a non-racial, majoritarian and quasi-federal constitution in South Africa", *Lesotho Law Journal*, 3, 1:117-43 (1987). El resto de los escritos de este volumen y de muchos otros (incluyendo a Albie Sachs, en una más bien astuta discusión en "Towards a Bill of Rights in a Democratic South Africa", en su ponencia para debate, de marzo de 1988) son meras variaciones de los modelos estatistas o liberal-demócratas.

Segundo, el reconocimiento de los derechos de las nacionalidades a proseguir con su propia cultura, idioma y el derecho de sus hijos a ser instruidos en su propio lenguaje. Por lo general, este derecho está incluido virtualmente en todas las constituciones "socialistas", mientras que en las africanas no se hace mención alguna de él ⁶⁵. El reconocimiento de este derecho con frecuencia va emparejado con la prohibición de la discriminación y exclusivismo en razón del origen racial, religioso, de nacionalidad o étnico. Los dos son compatibles (como lo demuestran las constituciones "socialistas") y no mutuamente exclusivos tal como muchas constituciones africanas parecen implicar.

Tercero, el reconocimiento de estos derechos tiene que tener en cuenta simultáneamente la base fundamental del problema, es decir, el desigual y dispar desarrollo socioeconómico de las nacionalidades. He aquí entonces que la Constitución debe reconocer y poner en vigencia todas las acciones efectivamente afirmativas a distintos niveles, tanto por parte del Estado como de las organizaciones civiles. Primeramente, a nivel de regiones para corregir el desarrollo desigual a ese nivel; luego a nivel racial y de nacionalidad; después a nivel de género y a nivel de ciudad/distrito. Este tipo de acción efectiva es algo más que una combinación de los modelos norteamericano e hindú ⁶⁶, tal como es reconocido en sus respectivas constituciones.

Derecho a un Autogobierno Democrático

La mayoría de las constituciones y varios instrumentos internacionales mencionan el derecho a alguna forma de gobierno demo-

65 La opresión del enfoque liberal democrático es tan fuerte que hasta los derechos a la cultura, a la educación, al desarrollo, a la organización, etc., son vistos como derechos **autónomos del individuo**, más que como derechos de grupos o colectividades.

66 La Constitución de la India reconoce ciertas acciones positivas por parte del Estado respecto a lo que se conoce como tribus, clases y regiones que figuran en el inventario de conservación.

crático y a la participación de los ciudadanos, incluyendo la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (art. 21), el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 26) y la Declaración Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 13). Es obvio, sin embargo, que en este caso, el concepto de gobierno democrático se basa mayormente en el punto de vista democrático liberal del individuo Hobessiano que participa en los asuntos de su gobierno a través de elecciones periódicas para elegir a sus representantes, quienes luego constituyen el gobierno y conforman el cuerpo legislativo a nivel de Estado. Como mencionamos anteriormente, lo que se propone en este documento es esencialmente diferente.

El principio que aquí se postula es que la formación de los órganos del Estado a nivel nacional, particularmente los políticos, se basen en órganos populares a niveles de pueblo/lugar de trabajo/zona de residencia. Estos últimos se formarían por medio de elecciones populares basadas en el sufragio universal. A este nivel, la relación entre los órganos populares y los ejecutivos, judiciales y sus funcionarios serían regidos por el principio de rendición de cuentas. Es así que en uno de los modelos, tanto los altos funcionarios de la administración pública y del Poder Judicial, como los principales oficiales de policía que ejerzan sus cargos en los distintos niveles, serían elegidos y también revocados por las asambleas u organismos populares⁶⁷. Si bien se supone que, por ejemplo, los órganos judiciales despachan imparcialmente, aun así deberían en general poder ser llamados a presentarse ante las asambleas populares y rendirles cuenta de sus actos.

67 Véase las interesantes recomendaciones emanadas de la Comisión de Investigación de Uganda concerniente al Sistema Local de Gobierno (junio 1987). Entre otras cosas, la Comisión recomendó que los Comités de Oposición, en su calidad de órganos populares democráticos, deberían tener el poder de nombrar a sus propios delegados estatales, desde Jefes a magistrados, sujetos a dar cuenta de su desempeño y a ser revocados de sus cargos, y que al mismo tiempo deberían ser cuerpos deliberativos y legislativos a nivel local y deberían inclusive funcionar a un nivel *quasi* judicial (párrafos 49-58) del Report).

El principio establecido a nivel local se repite luego a nivel regional y nacional con sus órganos correspondientes. Los órganos a nivel nacional, digamos por ejemplo, el cuerpo legislativo nacional (parlamento), se constituye a través de elecciones donde, por ejemplo, las asambleas pueblerinas forman colegios electorales. El Presidente, jefe del ejecutivo, a su vez es elegido por una asamblea nacional, al igual que los más altos cargos de la administración pública y del Poder Judicial y todos ellos podrían ser revocados de sus cargos ⁶⁸. Este método particular muy probablemente contribuiría a evitar el surgimiento de una presidencia autoritaria e imperial y la concentración del poder en el ejecutivo. Otro modelo sería la presidencia colectiva como la de Yugoslavia (o Nicaragua, inmediatamente después de la revolución).

Muchas variantes institucionales son posibles y pueden determinarse sólo en los hechos. Sin embargo, el principio se fundamenta en que la formación de los órganos estatales debe partir desde las bases hacia el centro; que esté respaldado por el principio de elecciones populares y que el derecho a revocación y a rendimiento de cuentas se aplique a todos los niveles, con las asambleas de pueblo/lugar de trabajo como cimiento.

Para dar mayor alcance a estos principios, dos derechos adicionales deben quedar firmemente establecidos en la Constitución. Estos son: el derecho a la información y el derecho a elevar peticiones, quejas y demandar explicaciones a los órganos del Estado pertinentes y a sus oficiales por negligencia o transgresión de la ley ⁶⁹. Este derecho es independiente del derecho de plantear demandas por agravio personal, lesión o pérdida, en contra de cualquier órgano del Estado (véase a continuación).

68 La administración de tipo norteamericano o la presidencia imperial de tipo africano han probado su fracaso y se han convertido en símbolos del autoritarismo en África. La argumentación a favor de que una figura carismática surgida de la lucha nacionalista llegue a ser jefe de Estado y de gobierno como símbolo de la unidad nacional, que podría haber sido válida en los primeros momentos que siguieron a la independencia, hoy en día ya no es viable en absoluto.

El derecho a información o derecho al conocimiento es muy vasto pero incluye el derecho a exigir y recibir información de los órganos del Estado en materias que conciernen a la ciudadanía. El alcance de este derecho ha ido ampliándose paulatinamente y el secreto de Estado —estratagema usual del gobierno para mantener al pueblo en la ignorancia sobre los asuntos estatales— ha sido criticado severamente. En un importante juicio ⁷⁰ la Corte Suprema de la India emitió algunas expresiones muy puntuales que se relacionan directamente con la situación africana. Arguyendo que “el concepto de un gobierno abierto emana directamente del derecho al conocimiento que pareciera estar implícito en el derecho a la libre expresión” ⁷¹, J. Bhagwati observó:

Ahora bien, si el secreto fuera imperativo en el funcionamiento del gobierno y el proceso de gobernar tuviera que mantenerse oculto al escrutinio público, se tendería a promover y a alentar la opresión, corrupción y el mal uso o abuso de la autoridad, puesto que todo ello quedaría oculto tras el velo del secreto sin ningún rendimiento público de cuentas ⁷².

De ahí que J. Bhagwati afirmara además que “la revelación de la información respecto al funcionamiento del gobierno debe ser más bien la regla y el secreto la excepción” y que “el enfoque de los tribunales debe ser disminuir el área de lo secreto lo más posible ...” ⁷³.

69 La mayoría de constituciones “socialistas” contienen disposiciones en este sentido. El artículo 27 de la Constitución congoleña (1979) norma el derecho a recurrir a los órganos estatales pero su formulación es más bien exhortatoria.

70 S. P. Gupta & Others. vs. Union of India & Others. A.I.R 1982, s.c. 149.

71 *Ibid.*, p. 234.

72 *Ibid.*, p. 233.

73 *Ibid.*, p. 234.

Derecho a Organizarse

Este es uno de los derechos cruciales y es primordial para el concepto de constitucionalismo que venimos desarrollando en esta ponencia. Se ha abusado enormemente de él en Africa y ha sido la pieza clave para el surgimiento del autoritarismo. En muchos instrumentos legales internacionales, este derecho es reconocido de diferentes maneras. En las constituciones africanas (incluyendo la Declaración Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, véase el art. 10), se desvirtúa mediante las cláusulas "claw-back".

En otro documento ⁷⁴ he sugerido la siguiente amplia formulación sobre el derecho a organizarse.

- (a) Es un derecho colectivo inalienable de los pueblos y grupos sociales el organizarse libremente por cualquier motivo, sea ideológico, religioso, político, económico, laboral, social, cultural, deportivo, etc. ⁷⁵
- (b) El Estado no interferirá en el ejercicio del derecho a organizarse al igual que no lo podrá hacer ninguna otra autoridad estatal salvo en caso de peligro inminente para la salud pública o la moralidad.
- (c) No podrán ser abolidas salvo en circunstancias prescritas por ley y necesarias en una sociedad democrática en caso de presentar un peligro inminente a la nación y a su independencia.
- (d) El derecho a organizarse incluye y se extiende al derecho de resistencia ante la opresión, autoritarismo y cualquier otra práctica antidemocrática.

Derecho a la Integridad y Seguridad del Individuo

Este derecho tiene el propósito de incluir lo que tradicionalmente se conoce en los instrumentos de la ONU como "derechos y

74 Shivji, *The Concept*, *op.cit.*

75 Esta formulación se ha tomado de la Convención Norteamericana art. 16. (1).

libertades fundamentales". Este concepto incluye dos amplias categorías de derechos: el derecho a la vida y el derecho a la libertad. Bajo el derecho a la vida están incluidos todos los derechos reconocidos tradicionalmente, incluyendo el derecho a vivir libre de torturas y castigos crueles o degradantes; el derecho a vivir libre de esclavitud, servilismo y trabajos forzados, etc. Además, hemos incluido bajo este derecho la potestad de satisfacer las necesidades básicas para llevar una vida decorosa. De esta manera no hacemos distinción alguna entre los llamados derechos socioeconómicos y derechos cívico-políticos. Se considera más bien el derecho a la vida en forma integral para que el individuo pueda vivir como un ser humano pleno.

El derecho a la libertad del individuo nuevamente incluye todos los derechos tradicionales, incluyendo derechos legales para un juicio justo; vivir libres de arresto arbitrario, detención u otras formas de encarcelamiento, etc.

Un derecho que no se considera fundamental es el de la propiedad privada. Su prestigio internacional se ha visto corroído desde la Revolución Rusa y si bien ha encontrado su lugar en la Declaración Universal, desde entonces varios instrumentos de la ONU han minimizado su importancia y esencialidad. Aun la Convención Europea la menciona sólo de pasada en un protocolo. Por consiguiente, no necesita formar parte de los fundamentos constitucionalistas en Africa. Aun la más liberal Constitución al estilo norteamericano, la de Nigeria de 1979, no le concedió el estatus de derecho fundamental o absoluto ⁷⁶.

Por último, se propone que el derecho de un individuo o colectividad a litigar en contra del gobierno, sus órganos y funcionarios exigiendo compensación por lesiones, pérdidas o daños personales

76 Nwabueze, *Nigeria's Presidential Constitution*, *op.cit.*, 17-19. Ekwueme Okoli, "Toward a Human Rights Framework in Nigeria" en Peter Schwab y Adamantia Pollis (eds.) *Toward a Human Rights Framework*, Nueva York: Praeger, 1982, 203-21, p. 210.

debe incluirse dentro de la Constitución como se hace en otras constituciones "socialistas" 77.

Exigibilidad de los Derechos

Los abogados formados en la tradición del derecho consuetudinario anglosajón tienden a darle muy poco valor al concepto de constitucionalismo basado en derechos mayormente programáticos. El argumento tradicional es que si los derechos deben tener sentido práctico, deben entonces ser exigibles. Para un abogado de derecho consuetudinario, el concepto de "exigible" es con frecuencia un equivalente de "justiciable". Por tanto, los derechos que no son justiciables son descritos como propagandísticos. Se tratará de aclarar algunos de estos puntos en los siguientes tres niveles.

Primero, permítasenos desde ya señalar el hecho hoy reconocido de que cuando los derechos son justiciables, no tienen mayor significancia como valores prácticos para las grandes masas populares en los países en vías de desarrollo. La falta de accesibilidad a la representación profesional y a los tribunales debido a la extrema pobreza, restringe este foro a un muy limitado sector de la población. Además las severas disposiciones *locus standi* (es decir, sólo aquellos cuyos intereses se ven perjudicados pueden elevar sus reclamos a los tribunales) restringen más aún la importancia de los derechos justiciables. De ahí que, debido a sus severas limitaciones, la justiciabilidad *per se* no puede considerarse como la prueba más crucial de la importancia de los derechos en una Constitución.

En algunas jurisdicciones en los países en desarrollo, tribunales muy activos han reconocido estas limitaciones y han tratado de

77 Muchas constituciones de derecho consuetudinario dejan este tipo de asuntos en manos de la jurisprudencia consuetudinaria sobre delitos civiles pero algunos estados africanos han promulgado decretos que exigen el consentimiento del Estado antes que se le pueda entablar un proceso; véase p. ej., la Ley de Procedimientos del Gobierno de Tanzania, 1967. El artículo 28 de la Constitución congoleesa estipula el derecho del ciudadano a demandar al gobierno o a cualquier funcionario estatal por daños o perjuicios.

suavizar las disposiciones de *locus standi*. En India, por ejemplo, la Corte Suprema ha desarrollado toda una nueva jurisprudencia en lo que algunos académicos han venido a llamar, litigación de acción social ⁷⁸. En dichos casos la Corte Suprema ha permitido que los organismos interesados en el bienestar público y las organizaciones presenten por cuenta propia casos de personas de escasos medios económicos cuyos derechos puedan haber sido violados ⁷⁹. Los tribunales africanos no van tan lejos, pero aun así algunos han tomado nota y han comentado la inherente contradicción existente entre los altos ideales de justicia por un lado y la extrema pobreza que impide a las grandes masas alcanzarlos, por el otro. Algunos jueces africanos están dispuestos a dejar de lado los tecnicismos para alcanzar una "justicia substancial". Como observara un juez nigeriano, "Es importante que la Corte Suprema, más que cualquier otro tribunal en el país, deba probar sustancialmente que es justo y no sólo aparentarlo" ⁸⁰. Un juez de Tanzania, en vena más explícita, ha argumentado que "si el Poder Judicial no puede brindar ayuda al ciudadano pobre cuando es oprimido, entonces su misma existencia es cuestionable. Podemos entonces vivir sin él y crear tal vez otras instituciones para ese noble fin" ⁸¹.

Estos sentimientos son inusualmente enérgicos por provenir de jueces forjados en el conservador derecho consuetudinario, pero se explica porque están tratando con una situación también inusualmente deprimida que pone en el tapete su propia legitimidad.

78 Upendra Baxi, "Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation", *ICJ Review* 29: 37-9.

79 Una excelente exposición sobre este nuevo enfoque se encuentra en el discurso de J. Bhagwati, p. 188 y siguientes, en el caso de **Gupta** citado anteriormente.

80 El Fiscal General del Estado de Banda *vs.* el Fiscal General de la Federación y Otros (1981) s. 10, Cap. 1, pp. 194-5 citado por Nwabueze, *Nigeria's, op.cit.*, 329-30

81 J. Mwalusanya en *Chumchua Estado de Marwa vs. Oficial a cargo de la Prisión Musoma y el Fiscal General de Mwanza*, Corte Superior de Tanzania en Mwanza, Causa Miscelánea N° 2 de 1988 (no reportada).

Resumiendo, estos sentimientos que recomiendan adoptar un enfoque más flexible y dejar de lado los tecnicismos deberían sin lugar a dudas expandirse y aun más, debería dárseles una expresión constitucional, si se persigue que la justiciabilidad de derechos sea un modo de vida con sentido social.

Segundo, sugerimos que restringir la noción de exigibilidad a la de justiciabilidad es más bien una postura reducida. Se deben buscar otros mecanismos y foros que deben ser institucionalizados para lograr una efectiva exigibilidad de los derechos constitucionales. Por ejemplo, dentro del contexto de Sudáfrica después del apartheid, Albie Sachs sugirió la creación de Comisiones de Derechos Humanos que recibirían las quejas por violaciones y a la vez supervisarían acciones afirmativas por parte de los órganos del Estado ⁸².

Tercero, aun cuando los derechos no puedan ser directamente justiciables, pueden todavía ser normativos y exigibles ante los órganos del Estado. La validez de las normas injusticiables es básicamente política. En esos casos, las normas actúan como estándares para medir el comportamiento tanto de los órganos estatales como de sus funcionarios, y además pueden convertirse en la base para los debates políticos, discusiones, críticas y protestas por parte de las organizaciones civiles y de los ciudadanos, y legitimizarlas. Siguiendo el ejemplo de la Constitución de la India, la nigeriana de 1979 incluyó lo que se denominó, "Objetivos Fundamentales y Principios Directivos de la Política de Estado".

Nwabueze ha observado que si bien éstas son injusticiables, "su explícita afirmación en la Constitución tiene valor porque les confiere la calidad de normas ... constitucionales que los mandatarios deben comprometerse a observar y respetar." La Corte Suprema de India va aún más allá y utiliza estos principios como guía para la

82 Sachs, "Declaración de Derechos", *op.cit.*

interpretación de la Constitución ⁸³. El Presidente de la Corte Suprema de Tanzania parece abogar por un enfoque similar con respecto a ciertos derechos injustificables en la Constitución de la Unión de Tanzania ⁸⁴.

Resumiendo, si bien los derechos fundamentales discutidos en este documento pueden encontrar su expresión en forma justiciable, normativa o solamente programática en ciertas constituciones, dependiendo de circunstancias concretas en cada caso, o permanecer simplemente como parte del discurso académico, tienen de todas maneras cierta validez a todos los niveles mencionados. La importancia de la reconceptualización constitucional como tal en el contexto africano actual bajo una perspectiva democrática popular, como se describió en la Introducción, no debe por ningún caso subestimarse.

Así como el establecimiento de estándares de derechos humanos en instrumentos internacionales no necesariamente promueve la observancia de los derechos humanos, el establecimiento de normas constitucionales puede no desarrollar el constitucionalismo en África. Sin embargo, en ambos casos, puede servir para incentivar y legitimar la *pugna* por los derechos humanos y el constitucionalismo. La importancia de tal ejercicio fue resumida con exactitud por los que elaboraron la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (la Declaración de Argelia) ⁸⁵ hace más de una década cuando proclamaron:

83 T. K. Tope, *The Constitution of India*, Bombay: Popular Prakashan, 1963, pp. 197-201.

84 Francis Nyalali, disertación pública sobre la "Declaración de Derechos" ante la Facultad de Leyes de la Universidad de Dar es Salaam, setiembre 5, 1985, mimeo.

85 Texto reproducido en el apéndice de *The Concept*, *op.cit.* de Shivji.

Quiera que todos aquellos quienes, a lo largo y ancho del mundo, están luchando la gran batalla final a veces por medio de las armas, por la liberación de todos los pueblos, encuentren en esta Declaración la seguridad absoluta de la legitimidad de su lucha.