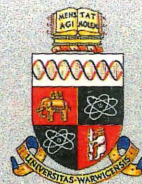


UNIVERSITY OF WARWICK
School of Law



Capítulo 2

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



Domingo García Belaunde

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

Antes de empezar mi exposición, quisiera hacer una brevísima referencia a lo que significa esta actuación y las que se llevan a cabo estos días con la presencia de los profesores Pogany, a quien acabamos de escuchar, y Adelman, ambos de la Universidad de Warwick. Uno de los aciertos de la actual administración de nuestra Facultad, cuyo Decano preside en estos momentos nuestras deliberaciones, es haber buscado un intercambio con universidades del exterior.

Dentro de ese intercambio se escogió a la Universidad de Warwick, que está ubicada a dos horas de Londres, al norte, y que de acuerdo a la información que yo pude percibir allá entre los medios calificados, está considerada como la cuarta más importante del Reino Unido. Es sin lugar a dudas, un lugar ideal de trabajo, por su instalaciones materiales y además porque entre su personal capacitado, entre sus profesionales que brindan un servicio a tiempo parcial o completo y muy especialmente entre sus juristas, están los que hoy nos visitan, que son dos especialistas y que es un verdadero lujo que los tengamos entre nosotros. Y ellos como verdaderos académicos, indudablemente no han querido dar esa impresión. Pero yo que he estado allá, he visto el medio y los he aquilatado personalmente, y sé lo que significa para nuestra Facultad haber tendido

este puente con una de las universidades más importantes del Reino Unido y, decididamente, del continente europeo.

Entrando en materia, diré que me ha tocado en esta oportunidad hablar sobre los procesos constitucionales o los procesos de transición hacia la constitucionalidad en los países de América Latina, lo que en realidad es muy complejo y con una serie de características en las cuales no puedo detenerme ahora. Solamente voy a hacer hincapié en lo que podríamos llamar las tendencias generales, con la salvedad de que hay algunos tópicos que se nos van a escapar y que, por supuesto, quedarán para el momento de las preguntas.

El proceso de constitucionalización que vive hoy día la América Latina, es general. Yo creo que esto debe explicarse dentro del contexto de los años 60 de este siglo, dentro del cual la expectativa era cambiar las estructuras sociales, hacer la revolución en nuestros países; y todo ello se plasmó en lo que fue el modelo paradigmático de aquel momento, que fue la Revolución Cubana, idealizada por la figura mítica del Che Guevara, del cual se hicieron libros, películas, poemas, afiches, canciones. Incluso se pensó que la revolución traería el desarrollo y la democracia. Pero también fue la época de las dictaduras y los grandes países apoyaron a las dictaduras, porque pensaron que las dictaduras traerían la estabilidad, la estabilidad traería el desarrollo económico como por arte de magia y luego vendría la democracia.

Y así se explica cómo, por ejemplo, los Estados Unidos apoyaron a una dictadura de más de cuarenta años, como era la dictadura de los Somoza en Nicaragua, y apoyasen a todas las dictaduras primitivas de América Latina. Incluso se pensó que la condición fundamental para llegar a la democracia era solamente el desarrollo económico. Y el desarrollo económico era solamente posible con la estabilidad, y la estabilidad era dada por la dictadura. Ergo, había que apoyar la dictadura. Estos son los parámetros en que, más o menos, se mueven los años 60 en América Latina.

Sin embargo, este supuesto fue cuestionado en la década de los 70, con el auge de la política internacional de los derechos humanos del cual, como todos ustedes saben, fue figura prócer un político ya oscurecido que es el presidente Jimmy Carter, de los Estados Unidos, quien condicionó la política exterior de su país al respeto de los derechos humanos. Carter pasó, pero yo creo que lo de los derechos humanos no ha pasado, como lo demuestran los hechos recientes. Entonces empieza la política de derechos humanos y naturalmente uno de los derechos humanos fundamentales es, si se quiere, poder participar libremente en el manejo político de su propio país.

Esto lleva a un proceso de vuelta a las democracias, a las odiadas democracias formales, así calificadas con desdén en la década del 60. El proceso de retorno de las dictaduras hacia las democracias se inicia entonces. Estoy mencionando a algunos países como Paraguay, con una dictadura como la de Stroessner, de más de treinta años. Estoy mencionando al Perú, que tenía en esa época más de diez años de dictadura militar. Chile tuvo una dictadura militar durante diecisiete años. En algunos países centroamericanos tenemos el caso de Nicaragua, el caso de Haití con una dictadura de más de veinte años de carácter familiar: el hijo heredó al padre en el poder. "Papa Doc" Duvalier invistió de poder a su hijo y hoy día ya sabemos como está Haití. Tenemos una larga dictadura, muy *sui generis*, en el Brasil; una dictadura de más de veinte años en la cual hubo varios militares que se turnaron el poder. Tenemos una dictadura en el Uruguay, muy larga, que se inicia precisamente con un presidente constitucional que da un golpe de Estado para quedarse en el poder, que es Bordaberry, y que luego los militares lo echan. Y tenemos dictadura en la Argentina. Este era el cuadro general, que tenía que modificarse.

Todo esto implicaba un retorno a la democracia que se inicia a mediados de los 70 y que culmina, por así decirlo, a mediados de los 80. Pero aquí viene el papel del constitucionalismo. Y es que por razones que es un poco largo explicar, en América Latina nunca

hubo confianza en el juez, o sea, no obstante que tenemos una importante herencia proveniente de los Estados Unidos, cuyo sistema radica precisamente en creer en el juez, nosotros heredamos la costumbre francesa y europea continental de desconfiar del juez. Entonces, en lugar de confiar en el juez, confiamos en el legislador. Por eso es que pensamos que el legislador traería la felicidad a nuestros pueblos. Por eso es que nuestras repúblicas se llenaron de leyes, pues se pensó que las leyes eran suficientes para cambiar el estado de cosas.

Pero naturalmente las leyes y las disposiciones no se cumplen solas. Las leyes humanas se cumplen en la medida que hay un contexto social que las habilitan para ser cumplidas, porque en el fondo toda ley es una agresión al medio social al cual se dirigen y se aplicará en la medida que haya un ambiente que la reciba bien y al cual se acomode.

Se atribuye a Piérola, célebre gobernante peruano del siglo XIX, una conocida frase que decía que en el Perú (y esto podría aplicarse a muchos países de América Latina) tenemos muy buenas leyes, pero que falta una ley que diga que todas las demás leyes se deben cumplir. Fue por eso que el mito del legislador, en el cual vivió también la Europa continental durante más de una centuria, se ha trastocado. Hemos tenido un cambio de actitud y ahora vivimos del mito de la Constitución. Pensamos que con las constituciones solucionamos todos los problemas. Nunca creímos en el juez, nos desengañamos del legislador, y ahora creemos en la Constitución. Hemos hecho de la Constitución el mito que por arte de magia va a cambiar las cosas. Así, en los últimos quince años estamos asistiendo a un fenómeno de constitucionalización galopante. Así como hay una inflación galopante, así como hay una inflación desbocada, existe una constitucionalización desbocada, en la cual la palabra Constitución significa todo y no significa nada.

¿Qué ha pasado en el Perú? Tenemos la Constitución actual, la de 1993, que se hizo fundamentalmente para satisfacer a una per-

sona, el señor Fujimori. Ya lo han dicho los analistas: ¿para qué hicimos la Constitución?. Ya lo sabemos: para la reelección presidencial. ¿Por qué nos rasgamos las vestiduras? Abajo las hipocresías y digamos las cosas claras.

El problema, y esto se extiende a toda la América Latina, es que las constituciones empiezan a nacer, en parte como pretextos y en parte como mitos, que aparentemente van a sacarnos de la trampa, que nos van a llevar a la solución de todos nuestros males. Entonces, por un lado se justifican las constituciones, por otro las constituciones se vuelven muy utópicas porque ofrecen muchas cosas, y además se vuelven muy extensas, porque hay que meter en ellas de todo, porque sólo de esa manera podrán salvarse nuestros objetivos.

La Constitución del Brasil de 1988 es una Constitución que en realidad no es una Constitución, es un libro, se parece a un breviario, a una pequeña Biblia en la cual hay de todo, es casi inmanejable. La Constitución de Colombia de 1991 es otro libro casi inmanejable, son más de cuatrocientos artículos. ¿Por qué? Porque todas las expectativas, todas las esperanzas, todos los deseos de la población se han volcado en la Constitución. La gente termina supliendo al legislador: nunca había creído en el juez, ahora cree que la Constitución por sí y ante sí va a solucionar los problemas de la vida cotidiana, o sea, se ha perdido el sentido de lo que es una Constitución.

Esto se ve clarísimo en la marea constitucional que hay en América Latina. Veamos a las más recientes. Ecuador 1978, con modificaciones, Perú 1979 y ahora otra en el 93 (si ustedes las comparan verán que se parecen en un sesenticinco por ciento), Chile 1980, con modificaciones, Guatemala 1965 y 1985, Honduras 1982, Brasil 1967, 1969 y 1988; Colombia 1991, Paraguay 1992. Y cambios inminentes y sustantivos en Venezuela, en donde se aprecia que la influencia del Perú es grande, porque nosotros tenemos un Primer Ministro, idea que a ellos les seduce. Y México, aun cuando mantiene intacta su Constitución de 1917, tiene más de trescientas en-

miendas en los últimos años. No olvidemos a la Argentina que entrará pronto a un proceso de reformas substanciales a su vieja Constitución de 1853.

Ahora bien, ¿cuáles serían las grandes líneas que se observan en estas nuevas constituciones? Sin ánimo de ser exhaustivo, voy a mencionar algunas, que no se aplican a todas por cierto, pero que son válidas en términos generales. En primer lugar, hay una tendencia a crear cortes o tribunales constitucionales. Ustedes saben que las cortes constitucionales son una creación europea, ya lo dijo el profesor Pogany. Es una creación europea, distinta al modelo de control norteamericano, basado en la revisión judicial, o sea la judicial review. Existe esta tendencia de crear cortes constitucionales. El último país que la está debatiendo es Bolivia. Bolivia está cuestionando muy seriamente algunos aspectos de su Constitución de 1967, y ha aprobado una ley que se llama así: Ley de Necesidad de la Reforma Política, en la cual está introduciendo el Tribunal Constitucional. El Perú no se ha liberado de ello, Chile lo tiene, igual Ecuador, Colombia y Guatemala. Y conjuntamente con esto, en paralelo, están algunas reformas introducidas en los poderes judiciales de algunos países, en los cuales la Corte Suprema se comporta exactamente como un Tribunal Constitucional, porque discute sólo problemas constitucionales. Y menciono el caso fundamental de México; también está los casos de Brasil y Venezuela, pero menciono sólo los casos paradigmáticos.

En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación trata sólo asuntos constitucionales. Y en México la Corte Suprema de Justicia, o sea la Corte Suprema de Justicia federal con sede en Ciudad de México, trata sólo asuntos constitucionales, a tal extremo que un jurista tan eminente como Fix Zamudio llega a decir que la Corte Suprema de México es en realidad un tribunal constitucional, porque ve sólo problemas constitucionales.

La otra tendencia que se ve, incluso en la recientísima Constitución del Paraguay del año 1992, es la de introducir nuevos dere-

chos. Los teóricos de los derechos humanos hablan de los derechos de la primera generación, que son los derechos civiles y políticos; los derechos de la segunda generación, que son los derechos económicos y sociales; y los derechos de la tercera generación, que serían los derechos al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, al ocio, que realmente son muy difíciles de alcanzar, pero que se tiende a incluirlos. No digo que se cumplan, sino que se tiende a incluirlos.

Otra tendencia que se advierte en la mayoría de países, inclusive en aquellos muy nacionalistas, es la aceptación cada vez mayor de un Derecho Comunitario, o sea, de un Derecho supranacional que los obliga, fundamentalmente a nivel económico. Vemos como se desarrolla el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos y México, el llamado NAFTA. Pero a lo que nosotros nos interesa es el Tribunal de Justicia andino que todavía está en sus inicios. Pero más en concreto y que sí funciona es el Derecho supranacional de los Derechos Humanos, o sea, lo que se llama Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que, como ustedes saben, tiene una Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, y que está diseñado sobre el modelo de control comunitario europeo de derechos humanos. Hay una tendencia a reconocer no solamente los pactos americanos de derechos humanos, sino la competencia de la Corte Interamericana para juzgar y fallar en casos de denuncias de los estados miembros, con lo cual la idea de la soberanía absoluta de los estados definitivamente quedó atrás, como me parece que habrá quedado atrás en Gran Bretaña con el ingreso al Mercado Común Europeo o a la Comunidad Europea. Hay la aceptación del Derecho Comunitario, en especial la aceptación de una jurisdicción supranacional fundamentalmente en materia de derechos humanos.

Otra línea de tendencia es haberse preocupado por incorporar figuras procesales de carácter constitucional para la defensa de determinados derechos consagrados en la Constitución. El gran país en esta materia es México. Como ustedes saben, México creó el Amparo en el siglo pasado, en 1841, tomando como referencia los

writs sajones, la casación francesa y la experiencia hispánica colonial. Y crean el Amparo, que hoy tiene una gran influencia conjuntamente con el Hábeas Corpus que se introduce en América Latina en 1830; el primer país que lo incorpora es el Brasil.

Entonces, acá hay dos figuras clásicas que influyen mucho y yo diría que hoy atraviesan casi toda la América Latina. El Hábeas Corpus que viene de la tradición sajona, fundamentalmente inglesa; para la protección de la libertad individual. Y la otra gran tendencia es el Amparo, que protege los demás derechos de la persona humana, o sea, los demás derechos fundamentales distintos de la libertad individual.

Dentro de este esquema, se han dado modalidades. En algunos países le han dado al Amparo un nombre propio, nativo, nacido de la mentalidad de cada país. Así, el Amparo en el Brasil, que es un país muy importante, se llama Mandato de Seguridad o, dicho sea en portugués, Mandado de Segurança. Y en Colombia el Amparo se llama, aunque ellos presuman de cierta originalidad, Acción de Tutela, pero en el fondo es lo mismo, o en todo caso muy parecido.

Esas son las dos grandes figuras que tienden a consagrarse, aclarando que en el caso de México el Amparo es omnicompreensivo, es total, sirve para todo, es de uso múltiple. Pero los demás países tienen estas dos grandes figuras procesales ya elevadas a nivel constitucional; por un lado el Amparo, y por otro, el Hábeas Corpus, ambos cubren la protección de los derechos humanos.

A esto se añaden algunas figuras nuevas. Algunas encaminadas a usarse en forma directa, como la Acción Popular, para cuestionar normas que sean ilegales o inconstitucionales o proteger determinados bienes. Y por otro, algo muy nuevo a nivel constitucional, que es incorporar la protección del ciudadano frente a los eventuales excesos de la informática, o sea, la manipulación de las computadoras o de los ordenadores, como las llaman los españoles. Y curiosamente, esto está en las leyes europeas y americanas de los años 60 y 70, con el rótulo de Hábeas Data, que es la protección del dato,

la búsqueda del dato, en defensa de la intimidad y de la inmunidad personal frente al desborde de la informática. Así se ha incorporado constitucionalmente en el Brasil el año 88, en Colombia el año 91, en el Paraguay el año 92 y en el Perú el año 93. Pero lamentablemente, como siempre sucede, en el Perú fue tan desnaturalizada su incorporación, que ha empezado a rozar con la libertad de prensa, como todos ustedes ya lo saben, y se ha demandado su derogación o reformulación.

Una última línea de tendencia, siempre muy general, es la creciente preocupación por el funcionamiento del Poder Judicial. El Poder Judicial en América Latina nunca ha sido bueno. Por un lado al poder político no le ha interesado tener un Poder Judicial eficiente y, por otro, nadie ha confiado en el Poder Judicial. Pero, sin embargo, en la clase política hay un interés en mejorarlo. Y esto es un doble sentido: hacer una buena selección, o sea, formar gente calificada, y hacer un buen nombramiento; y también evidentemente, tener un buen sistema de control.

Y solamente como referencia, porque es interesante y también lo más reciente, me voy a permitir leer un cable que ha llegado a mis manos de Asunción, porque la Constitución del Paraguay ha creado un Consejo de la Magistratura que tiene también, como nuestra Constitución del 93, funciones de supervisión de los magistrados. Pero mientras se implementaba (y ahí en el Paraguay fueron más sagaces), crearon un órgano intermedio que se llama Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que funciona mientras se instala el Consejo de la Magistratura, encargado de depurar a todos los malos elementos que estaban en la Magistratura. Leyendo las noticias de Asunción, el 28 de febrero de este año, hace muy poco, se da cuenta de la actividad del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y empieza con este titular que, de por sí, es toda una explicación de la que me eximo. Dice así el titular del cable: "Más de quince magistrados fueron removidos por el Jurado de Enjuiciamientos de Magistrados por mal desempeño de sus funciones", pero agregando, "ignorancia de la ley y grave corrupción en el ejercicio de sus

funciones". Esto en un cable, es decir, en un recorte periodístico, que el Presidente de este Jurado me lo envía como un cortesía, para decirme "no crean que solamente hay corruptos en el Perú: acá los tenemos y en gran cantidad". Realmente hay un problema serio de la magistratura en toda la América Latina.

Una reflexión final y con esto termino. Hay vientos liberales en la América Latina: privatización, disminución del Estado, adelgazamiento de los derechos económicos y sociales. ¿Cómo va a calzar todo esto con estas constituciones que tienen esta naturaleza, un poco proteccionista, un poco tuitivas del papel del Estado? Es un verdadero problema.

Quizás en el caso del Perú no se dé este impase, porque la Constitución vigente fue pensada con la idea de desmontar al Estado asistencial, al Estado benefactor, al Welfare State. Pero en otros países no se da esta situación.

Acá va a surgir una paradoja e indudablemente se va a crear un nuevo desfase entre la Constitución escrita y la Constitución vivida. Esperemos que la clase política sepa superar este obstáculo.

Lima, marzo de 1994