

II. LA CONSAGRACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LATINOAMÉRICA

ser reformados puntualmente y no a través de la reforma de otro tratado. Además, al tener los tratados internacionales jerarquía constitucional, ellos únicamente pueden ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional (artículo 105): entendiendo la doctrina que el Tribunal de Garantías Constitucionales puede tutelar los derechos introducidos por dichos tratados en la Constitución, a través del amparo y del *habeas corpus*.²⁴

II. LA CONSAGRACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LATINOAMÉRICA

1. Las modernas Constituciones de Brasil, de Perú, de Colombia y de Honduras definen institucionalmente a sus países como Estados sociales o democráticos de derecho, o como democracias participativas. De todos modos, más allá de los rótulos, importan los efectos y los principios, de modo tal que a ellos deberemos acudir para desentrañar el justo perfil del Estado social latinoamericano.

Al Estado social hay que definirlo como "Estado de prestaciones" sin desmedro del "Estado de libertades". El Estado se obliga para asegurar el equilibrio y desenvolvimiento estructural de cada nación, a falta de lo cual la crisis se torna desestabilizante. Son ingobernables los países apoyados en estructuras fracturadas por la debilidad que genera el hambre, la desnutrición, el analfabetismo y las epidemias: en Latinoamérica el mapa social está dibujado por agudos desequilibrios; la mano del Estado resulta insoslayable para impulsar la generación de nuevas energías, para evitar la pérdida o la huida de sus recursos propios y el no reciclaje de tanta riqueza abandonada a su suerte, así como para impulsar el ingreso de todos aquellos bienes o recursos que faltan en nuestras tierras.

En este marco de ideas el Estado social latinoamericano se realiza en el texto de sus Constituciones políticas a través de cuatro grandes capítulos:

2. El estado social en Latinoamérica como un orden económico constitucional. Este Estado establece los principios estructurales y programáticos a partir de los cuales debe desarrollarse la política económica social en cada país.

En tal sentido la Argentina, con la Constitución más antigua del continente, siguiendo los lineamientos de texto escueto y marco como la de Estados Unidos, no ha hecho otra cosa que establecer muy limitados principios de orden económico. Apenas si dispone cuáles son los recursos que

²⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa (ponencia general)", *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 80, y García Belaúnde, Domingo, "La nueva Constitución peruana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIV, núm. 40, enero-abril de 1981, pp. 269 y ss.

forman el tesoro nacional (artículo 4), dejando indeterminado cuáles son los impuestos internos que corresponden a la jurisdicción federal y a las provincias —salvo el caso de los impuestos directos que son de jurisdicción provincial (artículo 67.2): cláusula derogada en los hechos por una práctica que ha cambiado a la excepción prevista en esa norma, en la regla de operación—; sin embargo, si está establecido en forma precisa que “en todo el territorio de la nación no habrá más aduanas que las nacionales” (artículo 9). En los demás todo está gobernado por postulados de libertad: de propiedad, de comercio, de tránsito, de circulación de bienes, de navegación (artículos 10, 11, 12, 14, 17 y 26) y de igualdad federativa en materia portuaria (artículo 12), cláusula que hubiera debido extenderse a un ámbito más general. En la Argentina la intervención del Estado en la economía sólo está tibiamente prevista en la potestad expropiatoria por causa de utilidad pública y previamente indemnizada (artículo 17), en el fomento de la inmigración europea (artículo 25), en el monopolio del Estado para hacer sellar moneda y fijar su valor, así como establecer un banco nacional (central); empero, a partir de la “cláusula de la prosperidad” (artículo 67.16), el Congreso puede proveer lo conducente al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes y promoviendo (perfil permisivo de la intervención del Estado), la industria, la entrada de capitales y, en general, el desarrollo económico del país.

A partir de este escueto esquema normativo, el orden económico constitucional latinoamericano se ha ido incrementando, de forma tal que constituye un esquema estructural, el cual, si bien no puede ser considerado como suficiente para determinar un concreto avance en los anhelos de desarrollo para nuestros pueblos, marca, sí, una definición programática tentativa en tal sentido. Analizaremos el marco básico comparativo de las principales cuestiones que han sido tratadas.

Son objetivos fundamentales del orden económico: Para Brasil, garantizar el desenvolvimiento nacional... (artículo 3-II), valorando el trabajo humano y la libre iniciativa, con el fin de asegurar a todos una existencia digna (artículo 170). En Bolivia, la organización económica debe responder esencialmente a principios de justicia social, en aras de la dignidad del ser humano (artículo 132). En Costa Rica el Estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (artículo 50). En Cuba, el Estado socialista dirige planificadamente la economía nacional y garantiza la libertad y dignidad plena del hombre... propias de una sociedad libre de la explotación del hombre por el hombre (artículo 8); allí rige el sistema socialista de la economía basada en la propiedad socialista del pueblo sobre los medios de producción (artículo 14). Para la República Dominicana es “de supremo y permanente interés nacional el desarrollo económico y

social del territorio de la República..." (artículo 7). Para Ecuador la organización y funcionamiento de la economía deberá responder a los principios de eficiencia y justicia social (artículo 45). En Guatemala su régimen económico y social se funda en principios de justicia social (artículo 118). En Haití la libertad económica está garantizada mientras ello no se oponga al interés social (artículo 245). En Honduras el régimen económico se fundamenta en principios de eficiencia en la producción y de justicia social en la distribución de la riqueza del ingreso nacional... (artículo 328). En Nicaragua la economía mixta asegura la existencia de diversas formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria... todas en función de los intereses superiores de la nación... (artículo 5). En Paraguay el Estado promoverá el desarrollo económico... sobre la base de programas globales fundados en principios de justicia social... (artículo 94). En Perú el régimen económico se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo...; el Estado garantiza el pluralismo económico: la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa (artículo 112). En Venezuela el régimen económico encuentra fundamento en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la comunidad; el Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país (artículo 95).

Para la recientemente sancionada Constitución de Colombia "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes". (artículo 365). El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado: siendo su objetivo fundamental la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (artículo 366).

Aun antes de este texto constitucional colombiano Carlos Sáchica había afirmado que en Colombia, en la medida que la Constitución dispone que las autoridades también están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, se ha impulsado el paso del Estado de derecho formal al Estado de derecho social, lo cual, en secuencia coherente conducirá al Estado de bienestar.²⁵

En este marco general de principios no podemos olvidar que la confrontación social se ha planteado en Latinoamérica de manera tal que la clase media ha venido manteniendo un consumo irracional sobre la base de importaciones de productos foráneos, logrando a partir de ello una diferenciación notable que ha potenciado la operatividad de los grupos de

²⁵ *Op. cit.*, nota 4, p. 119.

presión que responden a dichos intereses, a costa, con mucha frecuencia, de las clases pobres, de los marginados suburbanos sin educación y del sector campesino ignorante, todos los cuales no se encuentran en condiciones de formar partidos o grupos de presión que los defiendan.²⁶

Cerramos este resumen de postulados fundamentales del orden económico constitucional latinoamericano recordando que en México, país pionero de la democracia social en el continente, le corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y de la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (artículo 25).

3. Dentro de la vastedad normativa que puede verificarse en las veinte constituciones latinoamericanas en relación con regulaciones de índole económica, vinculadas con la reivindicación del dominio público del Estado sobre zonas estratégicas, con el aseguramiento de la libre concurrencia en la actividad económica, con la intervención (directa o indirecta) del Estado en la economía, con la determinación de los sectores básicos de la economía, con el sistema financiero nacional, con la regulación de la empresa pública y de la obra pública, con la protección de la deuda pública (interna o externa), con la regulación presupuestaria y de la banca central, así como de la emisión monetaria, sólo podemos detenerlos en recordar las previsiones referidas a la regulación del derecho de propiedad.²⁷

En tal sentido recordamos que el derecho de propiedad ha sido colocado en toda Latinoamérica bajo la advocación de la función social o del interés general colectivo: Bolivia, artículo 7.i; Brasil, artículo 5.XXIII; Colombia, artículo 58; Chile, artículo 19.24; República Dominicana, artículo 8.13; El Salvador, artículo 103; Haití artículo 36.3; México, artículo 27; Uruguay, artículo 32; Ecuador, artículo 48; Honduras, artículo 103; Panamá artículo 45; Paraguay, artículo 96; Perú, artículo 124 —a su vez, el artículo 127 dispone que la ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales... sobre determinados bienes...—; Costa Rica, artículo 45; Guatemala, artículo 39; Venezuela, artículo 99. Las únicas Constituciones que omiten calificar de social al derecho de propiedad son la argentina —lo cual se explica por su orientación individualista—, la cubana —lo cual también se explica debido a su carácter colectivista— y la nicaragüense, donde ello se explica.

26 Cfr., en tal sentido, Ortiz y Ortiz, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 277.

27 Para un estudio más detallado de estos tópicos puede consultarse nuestro libro *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 80-103.

La expropiación por necesidad, utilidad pública o por interés social declarado por ley, previa indemnización, encuentra reconocimiento en: Argentina, artículo 17; Brasil, artículo 5.XXIV; Bolivia, artículo 22; Colombia, artículo 58; Costa Rica, artículo 45; Cuba, artículo 25; Chile, artículo 19.24; República Dominicana, artículo 8.13; Ecuador, artículo 47; El Salvador, artículo 106; Guatemala, artículo 40; Haití, artículo 36.1; Honduras, artículo 106; México, artículo 27; Panamá, artículo 45; Paraguay, artículo 96; Perú, artículo 125; Uruguay, artículo 32; Venezuela, artículo 101. En Panamá, Paraguay y Venezuela no se exige que la indemnización sea previa.

Resulta destacable que la única Constitución latinoamericana que no prevé la potestad expropiatoria es la de Nicaragua; Tampoco se prohíbe allí la confiscación. Ello implica que la necesidad de ley e indemnización previa no están en ese país garantizadas por la Constitución, recaudo que consta, incluso, en el sistema colectivista cubano.

Establecen la excepción a la regla de la indemnización previa en las expropiaciones, en casos de guerra o de calamidad pública, las Constituciones de: Colombia, artículo 58. —con protestamiento al Ejecutivo para ello—; Costa Rica, artículo 45; Guatemala, artículo 40; República Dominicana, artículo 8.13; El Salvador, artículo 106; Honduras, artículo 106; Panamá, artículo 47. En Colombia ello también ocurre, “por razones de equidad”, en cuyo caso la ley puede disponer el no pago de indemnización (artículo 58); este caso podemos considerar que prácticamente implica la confiscación.

En cuanto a las disposiciones colombianas, Luis Carlos Sáchica dice, con acierto, que se trata de reglas confusas porque la guerra no puede convertir a la expropiación en una pena, máxime si el artículo 64 prohíbe absolutamente la confiscación. Afirma el jurista colombiano que siempre debe prevalecer la idea que el Estado debe reparar los perjuicios que cause las expropiaciones que disponga. Además sostiene Sáchica que la amplia fórmula “por razones de equidad”, para justificar la eximición de indemnización, coloca al Estado en la alternativa de posiciones abiertamente revolucionarias, pues lleva a la revisión de los títulos de propiedad por razones sociales.²⁸

En Perú, en los casos de gravedad pública a que hemos hecho referencia, y además en caso de reforma agraria, las expropiaciones se pueden indemnizar con bonos a plazos (artículo 125); una previsión equivalente existe en Venezuela (artículo 101); también en El Salvador, aunque allí sólo están dispuestos los plazos, pero no los bonos (artículo 106); aquí se pueden expropiar sin indemnización a las entidades creadas con fondos públicos;

²⁸ Las consideraciones doctrinarias del profesor Sáchica, aunque referidas al texto reformado, mantienen validez pues el nuevo texto resulta equivalente.

en Honduras exclusivamente para el caso de reforma agraria, está prevista la expropiación indemnizada con bonos (artículo 349).

En las recientes reformas al derecho de propiedad en México se racionaliza la propiedad ejidal, suprimiendo prescripciones de prestaciones a cargo del Estado de cumplimiento desestabilizador, y se permite que las sociedades mercantiles sean propietarias de terrenos rústicos en la medida necesaria para el cumplimiento de su objeto; también se prohíben los latifundios (artículo 27-IV y XV).

El uso de la propiedad (no la expropiación en caso de inminente peligro público, con indemnización del daño, está contemplado en el Brasil (artículo 5.XXV).

La regla en los textos latinoamericanos es la prohibición de la confiscación: Argentina, artículo 17; Chile, artículo 19.7.g; Colombia, artículo 64; Costa Rica, artículo 40; República Dominicana, artículo 8.13; Ecuador, artículo 47; El Salvador, artículo 106; Guatemala, artículo 41; México, artículo 22; Panamá artículo 30; Paraguay, artículo 65; Venezuela, artículo 102. Sin embargo, algunos países como Bolivia (artículo 23) y Haití (artículo 36.2), al igual que con las nacionalizaciones de bienes en Uruguay (artículo 14), sólo la prohíben por causas políticas, de modo tal que se habilita la expropiación de la propiedad, no invocando dichas causas.

En la mayoría de los países se incurre en el error técnico de calificar como pena a la confiscación (caso de Colombia, artículo 64; Cuba, artículo 59; Costa Rica, artículo 40; Chile, artículo 19.7g; República Dominicana, artículo 8.13; Venezuela, artículo 102); porque no se trata de un desapoderamiento como consecuencia de un delito, sino de un apoderamiento del Estado por razones de interés público. La Constitución de México otorga credibilidad a nuestra interpretación cuando declara que “no se considerará confiscación su aplicación a los bienes de una persona, hecha por autoridad judicial, por el pago de la responsabilidad civil resultante...” (artículo 22). También es un error calificar como confiscación a la incautación de los bienes de aquellos que se hubieren enriquecido como principales autoridades de gobiernos usurpadores del poder (caso de Venezuela, artículos 102 y 250), porque dicha incautación opera como una sanción penal y no como un apoderamiento del Estado por razones de interés público. Ya señalamos que en Uruguay, Bolivia y Haití, la pena de confiscación de bienes sólo está prohibida por razones de carácter público, de modo tal que estaría permitida toda otra confiscación, a menos que entendiéramos que dicha permisión alcanza sólo a la “pena de confiscación” y no una confiscación en sentido estricto (no considerada como pena).

El derecho a reivindicar los bienes confiscados es imprescriptible (Honduras, artículo 105). En Chile es procedente la confiscación respecto de las asociaciones ilícitas (artículo 19.7.g.).

Han proclamado en sus Constituciones que es de interés social la eliminación gradual del latifundio: la República Dominicana, artículo 8.13.a; Ecuador, artículo 51 —que establece, también, la eliminación del minifundio—; Venezuela, artículo 105; Bolivia, artículos 167 y 169: donde el Estado no reconoce al latifundio y es indivisible el solar campesino. En Haití la ley debe fijar la superficie mínima y máxima de la unidad de explotación agrícola (artículo 248.1).

4. El Estado social como un orden de prestaciones a cargo del Estado (el Estado de prestaciones). Este Estado que complementa al Estado de libertades, se encuentra en Latinoamérica ampliamente desarrollado a partir de una programática constitucional proficia, que muchos quieren ver como catálogos de ilusiones, pero que, no cabe duda cumplen, al menos, con la trascendente función de definir en el orden de las finalidades normativas, la identidad de nuestros pueblos y la conciencia de nuestras carencias e irrealizaciones. Sirven esos catálogos no sólo como testimonio de ilusiones incumplidas, sino como metro o medida entre lo que debe ser y lo que tristemente es, en el marco de nuestro indiscutible subdesarrollo.

Sirven también dichos catálogos como hipótesis de la posibilidad de que los pueblos, a la hora del control democrático a que tienen derecho, estén en condiciones de constatar en qué medida sus gobiernos han cumplido con el programa constitucional y con las correspondientes prestaciones allí contenidas. Bien dice Pantoja Morán que “por profunda que sea la discrepancia entre norma y realidad, es incuestionable que aquélla es la idea del orden social deseable cuya vocación es positivizar el ideal de que es portadora...”,²⁹ “...y aunque se viole su espíritu, el hecho de que se conserve en letra es reconocimiento de la vigencia de esos ideales...” (Vicente Herrero).

En un comentario acerca del impacto social de la Constitución peruana de 1978, Domingo García Belaúnde afirma que respecto del conjunto desraizado en situación crítica de la sociedad peruana, con graves problemas económicos, desamparado en sus derechos fundamentales, sin lugar a dudas la Constitución responde a las aspiraciones de la sociedad: ella es más generosa en su ideario humanista; sin embargo, según el criterio del jurista peruano, se deja mucho para la legislación, se proclaman derechos pero deja que la ley los reglamente; en esos casos se está ante la perspectiva de una “casta que podría ser letra muerta durante muchos años.”³⁰

De cualquier manera, como ya lo adelantáramos, salvo el avance brasileño de la *injunction* (que, a su vez, está sujeta a la implantación legal), no hay previsiones constitucionales que permitan el control jurisdiccional

²⁹ Pantoja Morán, David. *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, México, UNAM, 1973, p. 8.

³⁰ *Op. cit.*, nota 5, p. 165.

del incumplimiento de prestaciones. Es en ese entorno programático, y por ende relativo, que debe enmarcarse el valor y alcance de una normativa que, como ya dijimos, es rica en el terreno de las propuestas.

Tampoco podemos dejar de recordar el artículo 332 de la Constitución uruguaya, único en Latinoamérica que establece que las normas que imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación...: virtual establecimiento de la operatividad de las normas que disponen prestaciones a cargo del Estado. Por otra parte, en muchos casos la norma constitucional que dispone una prestación a cargo del Estado tiene una formulación operativa —caso del artículo 203.V en el Brasil, que establece un salario mínimo mensual a los deficientes y a quienes prueben no poseer medios para su propia manutención—, y, además, con la precisión de cómo obtener los fondos para atender dicha carga —en el caso que comentamos del Brasil, ello está señalado en forma reglamentaria en el artículo 195—; en tales casos, pensamos que si la supremacía de la Constitución no es una mera declamación, aun a falta de habilitación procesal expresa, los jueces cumplen con su deber jurisdiccional si verifican la mala administración de los fondos destinados a cumplir con las prestaciones constitucionales y ordena corregir, en beneficio de aquellos que se hubieran perjudicado con dichos desvíos.

Lo tradicional ha sido sancionar Constituciones de principios y no reglamentarias, partiendo del concepto liberal de no limitar el desenvolvimiento de la libertad política. Este prurito no regulador fue el que tuvo que ser vencido en las históricas deliberaciones del Congreso Constituyente mexicano de 1917:

nuestra Constitución de 1857, por establecer principios generales —sostuvo el diputado Jara— sólo ha resultado un traje de luces para el pueblo mexicano.; se pretende hacer la constitución como telegrama, como si costase mil francos cada palabra, es más noble sacrificar a la humanidad, salgamos de ese molde estrecho en que quieren encerrarla, rompamos con las viejas teorías de los tratadistas... porque, señores, hasta hora leyes verdaderamente eficaces y salvadoras, no las encuentro.³¹

Analizaremos, sucintamente los grandes capítulos que configuran el Estado de prestaciones contenido en las Constituciones de nuestro continente.

5. Las áreas prestacionales previstas en los textos constitucionales latinoamericanos están referidas a diversas materias, entre las cuales destacan: la protección de la salud, de la cultura, de la familia, de la ciencia y de la tecnología, el régimen de la reforma agraria, los de asistencia, seguridad

³¹ *Diario de debates*, t. I, p. 978, cit. por Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 95.

y previsión social y la protección del deporte, materias todas ellas minuciosamente regladas que ameritan un estudio más detallado.

Solamente nos detendremos en el punto referido a la protección de las comunidades indígenas y, entre los veinte países comprendidos en el área territorial de nuestro continente, sólo al texto constitucional del Brasil, en razón de ser el último texto que ha aparecido profundizando la cuestión. En dicho país se les reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... (artículo 231); ...sobre dichas tierras cabe a los indios el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos allí existentes (artículo 231.2); el aprovechamiento de los recursos hídricos y energéticos... en tierras indígenas sólo puede ser efectivo con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas y asegurándoseles participación en los resultados de la explotación... (artículo 231.3); dichas tierras son inalienables y los derechos sobre ellas imprescriptibles (artículo 231.4); está prohibida la remoción de los grupos indígenas de sus tierras..., salvo catástrofe o epidemia, previa intervención del Congreso... (artículo 231.5).

Podemos valorar a la nueva Constitución del Brasil señalando que ella está orientada en el tema indígena hacia el respecto de la identidad de esas comunidades, en vez de la orientación integracionista que lucía la Constitución anterior. El sentido de las nuevas normas ha sido el de evitar el verdadero genocidio que se ha cometido con los indígenas en el Brasil, con el pretexto de lograr el referido objetivo integrador. La prohibición de remover grupos indígenas de su hábitat sin autorización del Congreso, ha sido una respuesta a lo hecho con los indios "nhambignaras", del norte de Mato Grosso, al inicio de la década de los setenta.³²

Sostiene el colombiano Sáchica que el indígena tiene que llegar a la cobertura constitucional como los demás elementos que forman la nación colombiana (lo mismo podemos decir respecto de los países que también guardan silencio sobre los indígenas). "A la minoría indígena se la trata como un objeto, como algo que debe ser mantenido en resguardo, en reserva, y que ha sido encomendado a alguien para que lo saque de su estado salvaje y lo dirija hacia la civilización" (estamos glosando una idea que ha obsesionado a Vargas Llosa en *El Hableño*)... El indígena sigue siendo algo semejante a una afrenta nacional... se procura excluirlo de todo contacto con los cuerpos civilizados.³³ No olvidemos que Toynbee reconoció derechos a los indígenas sobre las tierras que ellos han ocupado ancestralmente.³⁴

32 *O Estado de São Paulo*, p. 10.

33 Zea, Leopoldo, *El Occidente y la conciencia de México*, 1958.

34 Véase Sáchica, Luis Carlos, *op. cit.*, nota 4, p 164 y Zea, Leopoldo, *op. cit.*, nota anterior, p. 86.

6. El Estado social en Latinoamérica como un sistema de participación, de acceso y de organización, para controlar al Estado y lograr las condiciones de reequilibrio en el reparto de los bienes sociales. No vamos a reiterar lo ya expuesto sobre las modalidades de ejercicio de la democracia semidirecta y otras formas difusas de participación social. Nos toca referirnos a otras modalidades cuyos grandes capítulos son los siguientes:

a) El reconocimiento de las acciones populares ha sido hecho del siguiente modo en los textos constitucionales: en Brasil, a favor de cualquier persona física o jurídica, para anular actos lesivos e ilegales del patrimonio público, de la moralidad administrativa, de la comunidad o de la sociedad en general, del medio ambiente del patrimonio histórico o cultural (artículo 5.LXXIII); norma ésta que, a nuestro juicio, tiene carácter operativo, sobre todo a la luz del artículo 5.LXXVII, que establece la aplicación inmediata de las normas que reconocen derechos y garantías; también todo ciudadano puede denunciar irregularidades al Tribunal de Cuentas (artículo 74.IV.2). Como bien podemos apreciar, el efecto de la acción popular no está establecido para reparar intereses individuales sino colectivos, pues su objeto es anular el acto lesivo o ilegal y no indemnizar al accionante que no debe probar perjuicio alguno; también en Brasil está señalado que todas las personas y las familias dispongan de medios legales para defenderse de los programas de radio y televisión que violen los principios fijados en el artículo 221 de la Constitución, así como de toda propaganda nociva a la salud y al medio ambiente (artículo 220.3.2.). Como veremos más adelante, también se reconoce la acción popular para interponer el *habeas data* (artículo 5.XXXIII).

En Perú la acción popular está especificada para casos de infracción a la Constitución —hipótesis de declaración de inconstitucionalidad— y a la legislación de toda índole (artículo 295), sin especificar sus efectos, pero, como la regulación se encuentra en la norma que rige el amparo, deberá entenderse que los efectos de esta acción le serán aplicables; de todos modos, la acción popular de inconstitucionalidad ha sido dejada de lado por la norma que exige que sean 50,000 los ciudadanos que la interpongan en tal caso (artículo 299.6), adoptando una modalidad participacionista *sui generis* (una acción popular colectiva), mezcla de iniciativa y de acción popular. Por otro lado, la circunstancia que “todos [tengan] el derecho a la protección de la salud integral...” (artículo 15) no implica el reconocimiento de una acción popular: deberá mediar ley para lograr que se ponga en funcionamiento el artículo 295; en cambio, sí la implica el reconocimiento a “cualquiera” del derecho a solicitar el examen médico de un detenido, si se cree que es víctima de malos tratos (artículo 234).

En México la acción popular habilita para denunciar los bienes pertenecientes a las Iglesias (artículo 27.II) y a cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de

prueba, para formular denuncia ante la Cámara de Diputados con el objeto de promover el juicio político (artículo 109.II). En Panamá dicha acción está expedita para impugnar la celebración de contratos que tengan por objeto el establecimiento de prácticas monopólicas; pero con carácter programático porque se dispone que la ley regulará dicha materia (artículo 290); también para accionar ante la Corte por causa de inconstitucionalidad de la legislación, o para pedir la nulidad de actos administrativos en la jurisdicción contenciosa (artículo 203.I y 2).

En Honduras esta acción se fija para perseguir a los infractores de los derechos y garantías constitucionales, por simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna (artículo 326); previsión esta última muy importante para despejar los temores de los denunciantes a incurrir en responsabilidades patrimoniales por merma de su capacidad económica. En Guatemala todo ciudadano tiene derecho a pedir el levantamiento de la limitación a los derechos constitucionales, si hubiera cesado las causas que los motivaron (artículo 138). En Bolivia hay acción popular para iniciar juicio político contra los ministros de la Corte y el fiscal general (artículo 66.1); en el mismo sentido en El Salvador (artículo 236).

En Colombia la acción popular está instituida para la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad tanto durante la formación de la ley, como luego de sancionada (artículos 241 y 242). También en Colombia está prevista la acción popular para acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo: en caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido (artículo 87). Consideramos que esta previsión jurisdiccional coloca a la Constitución de Colombia a la vanguardia del garantismo institucional, que no sólo debe proteger a los particulares por los daños que le son inferidos *in personan*, sino también a toda la sociedad por el incumplimiento por parte de los órganos del Estado de las prescripciones contenidas en el orden jurídico.³⁵

En Chile hay acción pública para impulsar la jurisdicción del Tribunal Constitucional cuando éste debe opinar sobre el comportamiento “subversivo” de organizaciones o partidos en los términos del artículo 8 de la Constitución, y sobre las posibles inhabilidades de los candidatos a ministros (artículo 82). En Ecuador hay acción popular para impulsar la intervención del Tribunal Constitucional en el caso de quebrantamiento de la Constitución que afecte los derechos y garantías (artículo 141.3). Lo mismo ocurre en El Salvador, ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema (artículo 183); en Panamá para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad (artículo 203.1); en Chile sólo para la inconstitucionalidad

³⁵ Hemos bregado por esta solución en nuestro libro *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

de las organizaciones políticas subversivas, y para plantear las inhabilidades para ser ministro (artículo 82.7º y 10º).

b) El reconocimiento del amparo colectivo, es decir, a favor de entes o asociaciones públicas (a diferencia del amparo tradicional que es típicamente a favor de individuos), ha sido consagrado por la Constitución de Brasil, como "mandamiento de seguridad colectivo", que puede ser impetrado por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por las organizaciones sindicales, por las entidades de clase (grupos abiertos o difusos no organizados) o por las asociaciones legalmente constituidas, en defensa de los intereses (sectoriales) de sus miembros (artículo 5.LXX).

En Colombia la Constitución de 1991 tiene previsto que la ley regulará la acción popular para la protección de los intereses colectivos cuando ellos estén relacionados con el espacio, el patrimonio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa y el ambiente. También la ley deberá regular las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, debiendo definir los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (artículo 88).

c) El reconocimiento de la *injunction*, efectuado como verdadera novedad en el constitucionalismo latinoamericano por Brasil, según los términos de la habilitación procesal que establezca la ley, para lograr que el Tribunal Federal supla la omisión reglamentaria de las libertades constitucionales y de las prerrogativas que surgen de la nacionalidad, de la soberanía y de la ciudadanía (artículo 5.LXXI y 102.q). En este caso, esta acción es programática pero una vez reglamentada por el Congreso implicará, a no dudarlo, un avance cierto en la plenitud del goce del programa constitucional. En rigor, si el Tribunal Federal brasileño le reconociera carácter operativo a la cláusula de la *injunction*, nos encontraríamos frente a una verdadera habilitación legislativa a favor del Tribunal, aunque sin efectos *erga omnes*, como ocurre en el caso de la declaración de inconstitucionalidad por acción directa. Nosotros creemos que la interpretación jurisprudencial sobre la *injunction* no podrá tener tan amplio alcance; ella deberá quedar sometida a los parámetros generales de la declaración de inconstitucionalidad, y tener efectos para el caso.

De todos modos Brasil viene a cerrar una amplia órbita de intervencionismo garantista judicial en América Latina: desde el supuesto de las garantías implícitas que surgen de la soberanía del pueblo o de la dignidad de la persona (caso argentino, a partir del caso Siri), pasando por el amplio reconocimiento de la acción de amparo (de origen clásico en el derecho mexicano, seguida luego por tantos otros países), así como por el caso de las normas garantistas tipo escoba (como el artículo 332 de la Constitución de Uruguay o el 50 de la de Venezuela), donde la propia

Constitución habilita, en general, a suplir la omisión legislativa, aunque no se institucionalice la acción jurisdiccional correspondiente. Si en el Brasil existiere una norma del tipo del artículo 332 uruguayo, además de la creación de la *injunction*, como lo ha dispuesto la Constitución de 1988, el ciclo de plenitud del Poder Judicial estaría cerrado. Únicamente la práctica institucional nos podrá dar opinión o juicio cierto sobre el acierto o error de la nueva tendencia.

En la Constitución de Colombia recientemente sancionada ya vimos como está prevista una acción popular para impulsar el cumplimiento de la ley o de actos administrativos omitidos por la autoridad: se trata, también de una verdadera *injunction*, aun sin así calificarla, que encuentra reiteración en el artículo 89 cuando se prevé que la ley regule los procedimientos necesarios para que los particulares puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

En nuestro estudio sobre un proyecto de Constitución para la Argentina, proponemos la variante de la consulta judicial al Congreso (vía procedimiento de declaración de impacto ambiental) antes de habilitar la potestad supletoria judicial, frente a omisiones del legislador. También proponemos institucionalizar el concepto de estado de necesidad constitucional, cuando la omisión legislativa estuviere referida al ámbito de las prestaciones que afectan derechos individuales. Esto último está vinculado directamente con nuestra concepción sobre que a las normas programáticas no se les puede dejar de reconocer operatividad en tanto son un programa; es decir, ni el legislador, ni los jueces u otros órganos de aplicación pueden violar el marco o límite programático contenido en la Constitución (de lo contrario dichas normas no tendrían el carácter de jurídicas).

Dicha violación se produce no cuando la omisión del legislador en la implantación del programa constitucional no produce afectación a derecho alguno (*quid* de la cuestión política y discrecional de los poderes de gobierno), sino cuando el no hacer legislativo viole efectivamente al referido límite programático, en razón de poner en estado de necesidad jurídica a su titular. Con esto significamos que en cada norma programática hay un mínimo insoslayable de derecho que la omisión de la ley puede violar, en tal caso los jueces deben suplir a la ley, caso por caso, para impedir la violación y garantizar la supremacía de la Constitución.

En los casos en que la norma programática dispone la creación de órganos de gobierno u otras instituciones (el juicio por jurados, o un Consejo económico y social, por ejemplo), los jueces no pueden suplir a la ley en dicha creación (porque siempre hay un sistema alternativo en funcionamiento y ello es discrecional para el legislador), pero sí resolver

la eventual violación a un derecho concreto que se hubiere podido producir.³⁶

En la Argentina ha sido Germán Bidart Campos un pionero en sostener la pertinencia de la declaración de inconstitucionalidad por omisión de los órganos de gobierno; él ha sostenido que

...el control de constitucionalidad no puede retraerse frente a omisiones inconstitucionales.. un órgano de la jurisdicción constitucional no puede inhibirse de intervenir y resolver cuando el titular de un derecho económico y social formulado programáticamente invoca su ejercicio trabado por ausencia de reglamentación...³⁷

Volviendo al caso de Brasil, debemos señalar que la Constitución contiene dos normas más, relativas al ejercicio de la *injunction*: por un lado se dispone que “declarada la inconstitucionalidad por omisión de la medida para tornar efectiva la norma constitucional se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y tratándose de un órgano administrativo él deberá dar respuesta en treinta días” (artículo 103.2); esto significa que el potestamiento a los jueces se encuentra mediado por la necesaria intervención del poder político respectivo; tan sólo en caso de silencio de dicho poder se encontraría habilitada la instancia judicial. Esto último es una interpretación de la mecánica constitucional que debe ser confirmada por una ley reglamentaria o por la jurisprudencia.

La otra norma de la Constitución brasileña a la que hacíamos referencia dispone que “cuando la elaboración de las normas reglamentadoras de la Constitución fuera atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, de ambas Cámaras del Congreso, de las mesas de dichas Cámaras, del Tribunal de Cuentas de la Unión, o de los Tribunales Superiores, la competencia para disponer la *injunction* la tiene el Supremo Tribunal Federal (artículo 102.I.q).

4) El reconocimiento del derecho al acceso a la información pública, tiene su consagración más concreta y moderna en la Constitución del Brasil, cuando se le reconoce a todos el acceso a la misma, resguardando el secreto de la fuente (artículo 5.XIV), además el texto da cabida al *habeas data*, para asegurar el acceso a informaciones relativas a la persona del peticionario, que obrase en bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público (artículo 5.LXXII.a) y para la rectificación de los

³⁶ Sobre normas programáticas y operativas, véase el libro nuestro, *cit.*, nota 2.

³⁷ Véase “Algunas reflexiones sobre las cláusulas económicas y sociales y el control de constitucionalidad”, *Derecho Comparado*, núm. 2, 1978, Buenos Aires, p. 56, en sentido correspondiente a esta posición, y en función de la Constitución de Guatemala, véase García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit.*, nota 3, p. 4.

datos, cuando no se prefiera llevar adelante un proceso judicial o administrativo (artículo 5 LXXII.b). Sin embargo, la Constitución de Brasil no sólo concede el derecho a la información privada (el referido *habeas data*), sino a la información pública a favor de todos (como acción popular), respecto de informaciones de interés colectivo en general, las que deberán ser prestadas en el plazo que establezca la ley..., salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible a la seguridad del Estado (artículo 5.XXXIII); también se asegura a todos el resguardo del secreto profesional (artículo 5.XIV).

En Colombia se reconoce el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre cada persona, en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación se respetarán la libertad y demás garantías constitucionales (artículo 15). Toda persona tiene la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial (artículo 20).

Costa Rica garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, salvo los secretos del Estado (artículo 30).

La República Dominicana garantiza que todos los medios de información tienen libre acceso a las fuentes de noticias oficiales y privadas, siempre que no vayan en contra del orden público o pongan en peligro la seguridad nacional (artículo 8.10).

Guatemala garantiza a todos el acceso a archivos y registros estatales, para conocer lo que le concierne; quedan prohibidos los archivos y registros de filiación política (artículo 31); es también libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad puede limitar ese derecho (artículo 35).

Haití declara la obligación del Estado de hacer pública por cualquier vía de prensa, toda información que interese a la vida nacional, excepción de aquello relevante a la seguridad nacional (artículo 40); esta carga del Estado no se complementa con una acción pública jurisdiccional para hacerla efectiva.

México declara que el derecho a la información será garantizado por el Estado (artículo 6).

Nicaragua establece que todos tienen derecho a una información veraz, lo cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, por cualquier procedimiento (artículo 66): el derecho a informar es una responsabilidad social y no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas por la ley (artículo 67). Destacamos en Nicaragua la importancia de haber consagrado la veracidad de la información; ello objetiva al derecho de réplica; no estamos de acuerdo con que se deba agotar la violación del derecho (necrofilia), para que intervenga la mano protectora del Estado; un sistema jurídico público basado en la muerte y en la no prevención es, necesariamente, entrópico.

Paraguay reconoce la libertad de información pero sometida a la limitación de “no predicar el odio entre paraguayos, ni la lucha de clases, ni hacer la apología del crimen o de la violencia (artículos 71 y 72); de este modo, dicha libertad, en los hechos, puede resultar ilusoria.

Perú reconoce la libertad de información y que ello comprende el derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2.4).

En Chile, si bien está reconocida la libertad de información sin censura previa, la tipificación de los delitos de difamación y de propalación de ideas totalitarias (artículo 8 y 19.4), puede poner en peligro la real efectividad de aquel derecho, en tanto estos delitos puedan configurar una modalidad concreta de “delitos de opinión”.

Podemos afirmar que ya con la libertad de información no alcanza para hacer realidad el postulado de que la información es poder. La libertad de información debe convertirse en derecho a la información, pues quien de ella carece “mal puede ejercer su libertad de pensamiento”. Esto lleva a Luis Carlos Sáchica a condenar la concentración de medios de comunicación masiva, su no democratización y su dependencia con el poder económico y político “que reproduce una concentración de poder tan intensa e irresistible, como el de la monarquía absoluta”.³⁸ Ni estatización de la información, ni monopolio de la información: allí está el *quid* de un sistema de información que se encuentra liberado de los intereses económicos dominantes y abierto a todos los sectores de la sociedad. Mariano Fragueiro predicaba en el siglo pasado a la prensa como una variable del “crédito público”; él, desde aquel tiempo, ya avizoraba la importancia que tenía para la libertad de prensa abstraerla de los intereses corporativos económicos.

Como colofón a esta enunciación de alternativas participativas, que surgen de los textos constitucionales, solamente queremos destacar que para algunos especialistas latinoamericanos la participación es una propuesta aún incumplida en Latinoamérica. Celso Furtado sostiene que “los votos se cambian por promesas electorales”, las cuales, después, por falta de participación, los gobiernos no pueden satisfacer; el mismo pensamiento expresa Allan R. Brewer-Carías, para quien nuestras democracias no sólo no han sabido asegurar la participación de las mayorías, sino que de representativas apenas son “subrepresentativas”.³⁹

Compleja problemática psicosocial de nuestro subdesarrollo organizacional, que implica la necesidad de profundas transformaciones culturales, económicas y sociales. Nosotros pensamos que sólo con la aplicación de

³⁸ *Op. cit.*, nota 4.

³⁹ Véase Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 37; Furtado, Celso, *Political Obstacles to Economic Growth in Brazil*, cit. por Brewer-Carías, Allan R. y Jaguaribe, Elio, *Economic and Political Development*, Harvard, 1965, p. 55.

un modelo cibernetico de organización integral podrá América Latina recuperar el tiempo perdido en función de su subdesarrollo.

7. El Estado social se manifiesta tuitivamente en orden a proteger a la parte más débil de la relación laboral. Esto ha sido punto focal de la tensión histórica que ha determinado la lucha de clases o la puja por el poder económico; ello ha determinado que los denominados "derechos sociales" sean identificados con los derechos de los trabajadores, en tanto éstos se encuentran en relación de dependencia con el patrón, y a éste la Constitución y las leyes le obligan a cumplir con prestaciones dirigidas a asegurar el máximo despliegue de la dignidad y condiciones de trabajo de aquéllos.

En estos casos el "estado de prestaciones" se cumple, no por el Estado, sino por el sector patronal. Jorge Carpizo ha señalado que la "la socialización del derecho es el fenómeno por medio del cual se atempera el sentido individual en las ramas tradicionales del orden jurídico; las instituciones son amoldadas a las concepciones de la existencia en que se rompe el concepto abstracto de hombre para situarlo en el medio social". Citando a Somari, marca que la relación jurídica del derecho social es inordinadora e integradora, observando que, en tal sentido, "se diferencia del derecho individual que está determinado por relaciones de coordinación y subordinación"; más que relaciones de integración en el derecho social existe una relación de protección o tuitiva del Estado sobre la comunidad.⁴⁰

También señala Carpizo, con todo acierto, que los derechos sociales tienen por misión garantizar al individuo un mínimo de seguridad jurídica y económica, lo indispensable para llevar una vida decorosa y digna; la idea de introducir mínimos sociales y económicos en la Constitución, ha sido un pensamiento mexicano que rompió la estructura política de las normas fundamentales para introducir en ellas los graves problemas económicos de un país.⁴¹

En un comentario a la flamante Constitución del Brasil, texto pleno de reivindicaciones sociales, el profesor Bolívar Lamounier destaca que no se trata de un texto "colectivista" o antiliberal, sino de una articulación más adecuada entre los derechos individuales tradicionales y el reconocimiento de derechos que son por esencia jurídicos supraindividuales.⁴²

8. Las diversas modalidades prestacionales, de carácter programático en su gran mayoría, que constituyen el contenido del derecho social constitucional latinoamericano, configuran verdaderos códigos a favor de los trabajadores, de la organización sindical y de sus representantes. No cabe en una nota como la presente abordar el detalle de tales prescripciones, so-

40 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, p. 263-267.

41 *Idem*, pp. 287 y 288.

42 Véase *O Estado de São Paulo*, cit., nota 32.

lamente podemos señalar que cuando en varios países se estipula que el trabajo es una obligación social (Costa Rica, artículo 56; Ecuador, artículo 31; Guatemala, artículo 101; Nicaragua, artículo 80; Perú, artículo 42 y Uruguay, artículo 53) estamos en presencia de normas que tienen sólo una naturaleza ética, más que jurídica, porque, seguramente, el no cumplimiento de las mismas carecerá de exigibilidad efectiva, máxime en países con una orientación tan liberal como es el caso de Costa Rica y de Uruguay.⁴³

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

1. La estructura de principios que gobierna el funcionamiento de cualquier organización constitucional consiste en una singladura de principios que opera de forma tal que dicha organización logre asegurar el equilibrio homeostático del sistema.⁴⁴ En el marco de los principios de limitación, de funcionalidad, de supremacía, de control y de estabilidad, se puede comprender la totalidad y cualquiera de las instituciones del Estado, pues es a partir de dicha estructura de principios que la Constitución puede ser definida como un “sistema constitucional”.

Como nos encontramos en la necesidad de optar por un informe restringido de un material tan vasto, optamos por analizar en detalle lo relativo del principio de control, materia donde el derecho procesal constitucional latinoamericano ha logrado niveles de gran excelencia doctrinaria e institucional.⁴⁵

2. El principio de control en las Constituciones de Latinoamérica. Sin control el sistema político y constitucional del Estado no tiene asegurado su equilibrado funcionamiento. El arte de la buena organización política radica en establecer un sistema de control múltiple y variado, tanto interno como externo a la organización misma, sea por órganos o mecanismos estatales como por el control social. iremos considerando las distintas variables de control a partir de la clásica declaración de inconstitucionalidad.

A. La declaración de inconstitucionalidad. Las notas principales del control de constitucionalidad, a través de la declaración de inconstitucionalidad, a tenor de un cuadro comparativo, son:

⁴³ Véase, para una profundización del cuadro comparativo de los derechos sociales en las Constituciones latinoamericanas nuestro libro *Derecho constitucional latinoamericano*, cit., nota 27.

⁴⁴ Véase nuestro libro *Cibernetica y política* para profundizar lo concerniente al funcionamiento de un sistema político.

⁴⁵ Nos volvemos a remitir a nuestro libro *Derecho constitucional latinoamericano* si se quiere profundizar el análisis comparado del sistema de derechos y garantías contenidos en los textos constitucionales de nuestro continente.