

# *Hacia un Derecho Constitucional latinoamericano en clave humanista*

Pablo Luis Manili\*

\*Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Estudios de Posgrado en EEUU., Francia, España, Holanda, Italia. Profesor invitado de la Universidad Alas Peruanas.

Lex

*“Canta conmigo canta,  
hermano americano,  
libera tu esperanza  
con un grito en la voz*

(Canción Popular)

## 1. INTRODUCCIÓN:

Las naciones latinoamericanas presentan, en nuestros días, problemas y frustraciones similares, pero también sienten los mismos anhelos y esperanzas. Es hora, pues, de que aquellos que cultivamos el amor por el derecho constitucional y los derechos humanos tomemos nota de ese acervo y de esa voluntad comunes, y comencemos a luchar para que nuestras constituciones reflejen ese patrimonio y esos ideales, en vez de mirar hacia Estados Unidos o hacia Europa, intentando copiar modelos, institutos o sistemas. Un breve repaso por el derecho público latinoamericano nos permite señalar que hemos copiado el sistema presidencialista norteamericano, el sistema de control de constitucionalidad austriaco (salvo algunos países que mantienen el norteamericano), el defensor del pueblo sueco, el derecho administrativo y civil franceses, el derecho penal alemán, etc. ¿Y qué hay de nuestra tierra?

Lo dicho no implica negar la importancia del estudio del derecho comparado, ni el valor o la aplicabilidad que ciertos institutos ideados en el hemisferio norte pueden tener; sim-

plemente señalamos la necesidad de mirar hacia adentro antes de mirar hacia fuera. En ese orden de ideas, el máximo ideólogo del constitucionalismo argentino, Juan Bautista Alberdi sostuvo *“La ley extranjera debe ser interrogada siempre, después de la ley propia; y nunca sola, con exclusión de otras”*<sup>(1)</sup>.

En ese marco, creemos que el constitucionalismo latinoamericano debe adquirir un perfil propio y marchar hacia su homogeneización en ciertos puntos fundamentales, que son imprescindibles en la lucha común por el progreso de nuestros pueblos, sin que ello implique desconocer los particularismos de cada uno, ni los regionalismos. Esa homogeneización no sería más que la plasmación de los ideales panamericanos que animaron a nuestros próceres libertadores de América: San Martín, Bolívar, O’ Higgins y todos aquellos que hace dos siglos lucharon por una América independiente del dominio europeo, y unida. También implicaría retomar la tarea iniciada (y luego abandonada) con la carta de Bogotá y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948.

<sup>(1)</sup> Alberdi, Juan B., *Estudios Sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, W. M. Jackson editores, Colección Grandes Escritores Argentinos, Vo. XIII, 4ª ed., 1945, Pág.6.



Consideramos fundamental para ello, la siguiente agenda de cuatro puntos, aun cuando la enumeración que haremos dista de agotar la lista de los que merecen atención:

- . Reforzar la garantía constitucional de ciertos derechos humanos fundamentales.
- . Reafirmar la vigencia de la democracia.
- . Reconstruir el contrato social entre representantes y representados.
- . Internacionalizar el derecho constitucional.

2. Reforzamiento de la garantía constitucional de ciertos derechos:

Entendemos que, en general, las constituciones de Latinoamérica presentan una adecuada y prolífica consagración normativa de los derechos de primera generación, es decir los civiles y políticos. En primer lugar porque la mayoría de ellas fue elaborada en plena vigencia del constitucionalismo clásico<sup>(2)</sup> y en segundo término porque todas las reformas que sucesivamente se les fueron haciendo tendieron a reforzar esas normas. Asimismo, las acciones clásicas de garantía –amparo y habeas corpus– ya gozan de protección constitucional en la mayoría de nuestros países e incluso el habeas data ha sido objeto de consagración a nivel constitucional en la mayoría de ellos.

Por lo tanto nos centraremos en ciertos aspectos de los derechos de segunda y de tercera generación y en los derechos de los indígenas y el multiculturalismo.

2.1. Derechos de segunda generación: Utilizaremos esta denominación con la siguiente aclaración: como afirma Cançado Trindade, los derechos no se suceden en generaciones como los seres humanos, sino que se acumulan y sedimentan<sup>(3)</sup>, es decir, si bien adherimos a la teoría de las generaciones como un modo sencillo de explicar el acrecimiento del sistema de derechos humanos, aclaramos que las nuevas generaciones de derechos que van surgiendo no reniegan de las anteriores ni las suprimen, sino que se acumulan a ellas para engrosar la protección del ser humano. Respecto de los de segunda generación, su consagración en los textos constitucionales también es satisfactoria, pero existe una notoria orfandad en lo atinente a los mecanismos para la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Dichos mecanismos pueden ser judiciales o de otro tipo (a los que llamaremos extrajudiciales). A los judiciales, a la vez, podemos dividirlos entre genéricos y específicos. Como mecanismo judicial genérico propiciamos la consagración explícita de la facultad de los jueces de sancionar, en el marco de una causa judicial, la inconstitucionalidad por omisión de los demás poderes del Estado en la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales o en el dictado de las normas necesarias para operativizar las disposiciones constitucionales en la materia. Pero ello debe ir necesariamente acompañado de ciertas garantías judiciales específicas, tales como la acción

<sup>(2)</sup> Para mayor desarrollo del tema puede verse nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad: La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 18 y ss.

<sup>(3)</sup> Cançado Trindade, Antonio, "Derechos de Solidaridad", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, IIDH, 1994, Pág. 65.

de cumplimiento (consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano) y los mandamientos de ejecución (consagrados en ciertas provincias argentinas, como Río Negro y Chubut).

Dentro de los mecanismos extrajudiciales para su efectivización creemos necesaria la institución del defensor del pueblo, con facultades amplias y legitimación procesal, y ciertos mecanismos de democracia semidirecta que posibiliten al pueblo accionar en defensa de esos derechos, tales como la iniciativa popular y la revocatoria popular de los mandatos.

## 2.2. Derechos de tercera generación:

Los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva han tenido sus primeras consagraciones normativas en el derecho internacional de los derechos humanos a partir de principios de la década de 1970, a través de una serie de resoluciones y declaraciones de organismos y conferencias internacionales y de programas adoptados por los estados parte, que fueron enunciando los pilares de esta corriente, más que por tratados o normas de derecho interno (salvo los tratados sobre no proliferación de armas y sobre desarme, que evidentemente constituyen bases del derecho a la paz aunque sin mencionarlo en sus textos como tal).

Como ejemplo de esas declaraciones podemos citar:

a) La Estrategia Internacional para el Desarrollo proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas para el decenio 1971-1980.

b) El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) resultante de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo en 1972.

c) La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res. 3281 (XIX)).

d) La Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Res. 39/11 del 12 de noviembre de 1984.

e) La Declaración sobre Desarme y Desarrollo, del Grupo de Personalidades Eminentes, convocado por las Naciones Unidas (Nueva York, 1986).

f) La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 (Res. 41/128).

Todos estos instrumentos, y otros, comenzaron a ocuparse de derechos “nuevos”, que si bien pertenecían a la conciencia humana, no estaban positivizados. Como se advierte, en este caso ocurrió a la inversa que en el caso de los de la primera y la segunda generación, ya que los que ahora nos ocupan tuvieron su origen en el derecho internacional y no en las constituciones de los estados, siguiendo así el proceso inverso al ocurrido con las dos primeras generaciones de derechos, en que se pasó del ámbito interno al internacional. En el caso de los derechos de tercera generación, su regulación comenzó a gestarse a través de instrumentos internacionales y luego han comenzado a ser acogidos en las constituciones y otras normas internas<sup>(4)</sup>, pero ese proceso dista de

<sup>(4)</sup> En el caso de los derechos económicos sociales y culturales también podemos detectar ciertas consagraciones normativas a nivel internacional anteriores a las llevadas a cabo en muchos países, principalmente a en la tarea de la OIT. Pero este fenómeno es mucho más marcado en los derechos de incidencia colectiva.



ser satisfactorio, salvo en lo atinente al medio ambiente, respecto del cual encontramos numerosas constituciones que ya lo han consagrado, como detallamos más abajo. Pero antes nos ocuparemos de otro derecho menos transitado por los caminos del derecho constitucional.

2.2.1. Constitucionalización del principio de autodeterminación de los pueblos: la desproporcionada deuda externa que grava a la mayor parte de los países latinoamericanos compromete no solamente el desarrollo de su economía, sino también gran cantidad de decisiones de sus gobiernos, para las cuales parece que habría que “pedir permiso” a los organismos internacionales de crédito o al “G-8”. Lo peor del caso es que esas decisiones no siempre son exclusivamente económicas o de efectos limitados a lo económico. Recientemente en Argentina se derogó, por expreso pedido del FMI, una ley penal, llamada “de subversión económica” que castigaba maniobras especulativas o de vaciamiento de entidades financieras.

Es hora de que las repúblicas latinoamericanas comiencen a vivir por sí solas y a adoptar sus propias decisiones, para lo cual creemos que puede ser útil (aunque no suficiente) la consagración constitucional del principio de autodeterminación de los pueblos. Dicho principio tuvo su nacimiento en el derecho internacional público, a través de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en

1970 cuyo capítulo quinto expresa que “*el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales*”<sup>5)</sup>. De allí pasó al derecho internacional de los derechos humanos como derecho subjetivo de la persona.

Propiciamos entonces la consagración constitucional de este principio, que debe regir todas las políticas de los poderes constituidos, y según el cual toda decisión en materia política, económica, social, cultural, financiera y de cualquier índole debe tener en mira prioritariamente el interés superior del pueblo, con abstracción de las pautas, indicaciones, reclamos, sugerencias o recetas que terceros estados y organismos internacionales formulen.

2.2.2. Constitucionalización del derecho al medio ambiente sano y su protección: Varias constituciones han avanzado en ese sentido, tanto en Europa (podemos señalar los ejemplos de Grecia (Art. 24.1); Portugal (Art. 66.1); España (Art. 45); Alemania (Art. 75) e Italia (Art. 9.2), como en Latinoamérica:

a) Estados Unidos Mexicanos: su constitución data del 1917, pero en 1992 ha sido reformada, incorporando a su articulado una serie de normas que consagran la protección jurídica del medio ambiente:

*Art. 25: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía*

<sup>5)</sup>A pesar de que elegimos esa declaración como inauguración de esta etapa, debemos reconocer que existen precedentes en la materia: la Resolución 1514 (XV) de 1960 sobre descolonización, del 14 de diciembre de 1960, que establece que “*La sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación o explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales contraria a la Carta de las Naciones Unidas...*”. (A/RES/1514 (XV)).

*de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, y el empleo y una justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitución.... Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente”.*

b) República de Cuba: la Constitución de la República de Cuba fue proclamada el 24 de febrero de 1976, época para la cual ya había surgido la temática ambiental que plasma en sus normas. En el apartado de la Constitución que se refiere a los fundamentos políticos, sociales y económicos, encontramos el artículo 11 que establece:

*“El Estado ejerce su soberanía..... b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica, marítima de la Republica, en la extensión que fije la ley conforme a la práctica internacional”*

*El artículo 27 reza: “El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los poderes públicos aplicar esta*

*política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”.*

Finalmente, el Capítulo XII referido a los órganos locales del Poder Popular, en su artículo 105, señala las atribuciones de las Asambleas del Poder Popular, estableciendo en su inciso g) que a ellas corresponde:

*“Determinar conforme a los principios establecidos por el Consejo de Ministros, la organización, funcionamiento, y tareas de las entidades encargadas de realizar las actividades económicas, de producción y de servicios, de salud y otras de carácter asistencial, educacionales, culturales, deportivas, de protección del medio ambiente y recreativas.*

c) Chile: el 21 de octubre de 1980 se aprobó la nueva constitución de Chile que contempla en su articulado el tema del medio ambiente y su protección de manera expresa. En el marco del Capítulo III de la Constitución, referido a los derechos y deberes, el artículo 19 inciso 8) establece:

*“La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.*

*El artículo 19 inciso 24 reza: “La Constitución asegura a todas las personas el*



*derecho de propiedad en sus diversas especies.... Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.*

*Finalmente, el artículo 60 en su inciso 2) establece que “Son materias de ley las que la Constitución exija sean reguladas por una ley. Por esto, las restricciones a los derechos individuales de toda índole para favorecer el medio ambiente y mantenerlo sano, deben ser establecidas por Ley de la Nación”.*

d) República Federativa del Brasil: la Constitución de Brasil data del año 1988. El tema del medio ambiente tiene tratamiento especial en el Capítulo VI del Título VIII, denominado “Del medio ambiente”. El artículo extenso 225 dice expresamente:

*“Todos tendrán derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como bien de uso común del pueblo y esencial para la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones actuales y futuras. Para asegurar la efectividad de este derecho, corresponde al Poder Público:*

- *Preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y proveer el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas.*
- *Preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético de la Nación y fiscalizar*

*las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético.*

- *Definir a todas las unidades de la Federación espacios territoriales y sus componentes para ser especialmente protegidos, permitiéndose la alteración y la supresión solo mediante una ley. Se prohibirá cualquier utilización que comprometa la integridad de los atributos que justifiquen su protección.*

- *Exigir, según disponga la ley, un estudio previo de impacto ambiental, al que se dará publicidad para la ejecución de obras o actividades potencialmente causantes de una degradación significativa en el medio ambiente.*

- *Controlar la producción, comercialización y empleo de técnicas, métodos y sustancias que impliquen riesgo para la vida, la calidad de vida y el medio ambiente.*

- *Proteger la fauna y la flora, prohibiendo, en los términos que disponga la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a crueldad.*

- *Quien explote recursos minerales quedará obligado a restaurar el medio ambiente degradado, de acuerdo con una solución técnica exigida por el órgano público competente, según lo dispuesto en la ley.*

- *Las conductas y actividades consideradas lesivas para el medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, sin perjuicio de la obligación de reparar los daños causados.*

- *Son patrimonio Nacional la Selva Amazónica, el Bosque Atlántico, la Sierra del Mar, el Cenagal del Mato Grosso, y la zona costera y su utilización se llevará a cabo, según disponga la ley, en unas condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo el uso de recursos naturales.*

- *No podrán ser objeto de actos de disposición las tierras sin dueño ni destino, ni las recuperadas por los Estados previa acción judicial de deslinde, que fueren necesarias para la protección de ecosistemas naturales. Las instalaciones que operen con un reactor nuclear deberán tener definida su ubicación en una ley Federal, sin la cual no podrán ser implantadas”.*

El artículo 5, se refiere a la acción popular y expresamente dice: *“Cualquier ciudadano es parte legítima para repeler la acción popular que tienda a anular el acto lesivo al patrimonio público.... al medio ambiente, etcétera”.*

En el Título III “De la organización del Estado”, el artículo 23 en su inciso VI reza: *“Compete a la Confederación, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: flora, caza, pesca, fauna, conservando la naturaleza, defensa del suelo y los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución...”*

En el Título IV “De la organización de los Poderes”, el artículo 129 establece en su inciso III que: *“Son funciones institucionales del Ministerio Público.... Promover la injerencia civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio*

*ambiente y de otros intereses difusos y colectivos”.*

En el Título VII “Del orden económico y financiero”, el artículo 170 en su inciso VI reza: *“El orden económico fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, conforme a la justicia social, observando los siguientes principios: .... Defensa del medio ambiente...”.*

El artículo 200, en su inciso VIII, por su parte establece: *“Al sistema único de salud compete, además de otras atribuciones, en los términos de ley: .... colaborar en la protección del medio ambiente...”.*

Finalmente, en el Título VIII “Del orden Social”, el artículo 216 en su inciso V prescribe: *“Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos de formadores de la sociedad brasileña, en los cuales si incluyen: .... los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.*

e) República del Paraguay: la Constitución de la República del Paraguay fue sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992, derogando a la Constitución que los regía desde 1940. Ella contiene en su articulado normas referidas a la protección jurídica del medio ambiente:

El Art. 7, *“Del derecho a un ambiente saludable”, establece que “Todas las personas tienen derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios del interés*

*social la preservación, conservación, recomposición y mejoramiento del medio ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente”.*

El Art. 8 “*De la protección ambiental*” reza: “*Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, esta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas o biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos, asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar”.*

Finalmente, el artículo 268 “*De los deberes y de las atribuciones del Ministerio Público*”, en su inciso 2) establece: “*Son deberes y atribuciones del Ministerio Público:.... promover acción penal pública para defender el patrimonio público y o social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas.*

f) Argentina: la reforma de 1994 ha incluido el Art. 41, que establece:

*“Todos los habitantes gozan del derecho a*

*un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras, tienen el deber de preservarlo...”*

2.2.3. Protección de los pueblos indígenas y del multiculturalismo: Sería pura ignorancia desconocer a los antiguos dueños de estas tierras, desplazados, maltratados y utilizados por los colonizadores españoles y portugueses. Es necesario proveer de adecuada protección de los derechos de los pueblos indígenas y de la diversidad étnica y cultural que presentan nuestros países. Algunas constituciones han comenzado a ocuparse del tema, sea incorporando los derechos de los pueblos indígenas, o bien a propugnar una sociedad “abierta y multicultural”. No obstante, como señala Basterra, esa protección no presenta en todos los países el mismo estándar de protección:

a) Venezuela: en ese país la amplitud de derechos otorgados a las minorías indígenas ha sido uno de los argumentos más fuertes en contra de la aprobación del proyecto que se transformó en la Constitución en 1999; se ha sostenido que estos derechos se han sobredimensionado al otorgarles el reconocimiento de “nación y territorio indígena”; desproporcionado en relación a la presencia poblacional de los mismos<sup>(6)</sup>.

Artículo 119.- *El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y*

<sup>(6)</sup>Basterra, Marcela, “Nuevas reflexiones en torno a la Constitución Venezolana de 1999”, Revista Científica de UCES, Vol. IV, N°2, noviembre de 2000.

*económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.*

Artículo 120.- *El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.*

Artículo 121.- *Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.*

Artículo 122.- *Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reco-*

*nocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.*

Artículo 123. *Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.*

Artículo 124.- *Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.*

Artículo 125.- *Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.*

Artículo 126.- *Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.*

*El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.*

Artículo 260.- *Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

b) Ecuador: allí se reconocen como minorías nacionales a los indígenas y a los afroecuatorianos, con una amplia protección:

Artículo 83.- *Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.*

Artículo 84.- *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. Conservar la*

*propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento*

*to de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.*

*Artículo 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable*

*Artículo 241.- La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.*

c) Colombia: la Constitución de 1991 contiene normas que en forma exhaustiva y detallada otorgan reconocimiento étnico preexistente, propiedad colectiva, no enajenable y aun funciones gubernamentales y jurisdiccionales de acuerdo con sus propios procedimientos. Se reconoce la posibilidad que uno o más territorios indígenas adquieran la categoría de "Entidad Territorial". Asimismo, en ambos casos, se otorgan una amplísima carta de "derechos colectivos", entre otros por ejemplo el derecho colectivo de la propiedad intelectual de sus conocimientos ancestrales, el derecho colectivo a que no se dañe el ambiente, etc.

*Artículo 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la*

*República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

*Artículo 329.- La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.*

*Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.*

*Artículo 330.- De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. Proveer las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. Percibir y distribuir*

*sus recursos. Velar por la preservación de los recursos naturales. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y las que les señale la Constitución y la ley.*

*Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.*

d) Bolivia:

*Artículo 171.- Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean*

*contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.*

e) Nicaragua:

*Artículo 89.- Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.*

*Artículo 90.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.*

*Artículo 91.- El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.*

f) Panamá: diversas normas consagran la protección del multiculturalismo:

*Artículo 84.- Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conserva-*

*ción y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.*

Artículo 86.- *El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.*

Artículo 104.- *El Estado desarrollará programas de educación y promoción para grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana.*

Artículo 123.- *El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.*

g) México:

En este país los pueblos indígenas aún no tienen el reconocimiento del uso y goce de propiedad colectiva:

Artículo 4: *“... La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de*

*sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.*

h) Paraguay: la población indígena tiene a nuestro criterio un standard superior que en otros países americanos, ya que tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior.

Artículo 62.- *DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.*

Artículo 63.- *DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.*

Artículo 64.- *DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA* Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Artículo 65.- *DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN* Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66.- *DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA* El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

Artículo 67.- *DE LA EXONERACIÓN* Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.

i) Argentina:

Con la reforma de 1994 su constitución se

puso a tono en esta materia a través de la introducción del artículo 75 inciso 17:

*“Corresponde al Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural, reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las Provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.*

### 3. Reafirmación de la democracia

La década del 70 ha quedado dramáticamente signada por los golpes de estado y los gobiernos dictatoriales. Nuestras tierras se transformaron en el campo de batalla de las grandes potencias mundiales de signos políticos opuestos, que libraban la guerra fría sin comprometer ni a sus pueblos ni a sus ejércitos. Unos colaboraban con las guerrillas de ultraizquierda y otros con el terrorismo de estado de ultraderecha. Incluso, observamos –como triste comprobación de nuestra teoría– que en Latinoamérica nació una nueva forma de crimen internacional: la desaparición forzada de personas, brillantemente definida por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez” de 1988 y luego volcada en la Convención Interamericana para la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994 en Belem do Pará, Brasil.

Lo ocurrido en esa década demuestra que, cuando desaparece la democracia desaparece el humanismo, el ser humano deja de ser un fin en sí mismo para convertirse, lamentablemente, en un medio para la consecución de otros fines.

*¿Cómo prevenirlo desde el derecho constitucional? ...* Sabemos que la pregunta es ambiciosa, ya que encierra el eterno dilema de cómo controlar la fuerza desde el derecho. Pero creemos que algo se puede hacer, para lo cual proponemos la inclusión en las constituciones de dos tipos de cláusulas :

3.1. Cláusula democrática: Sin que ello implique considerarla como perfecta, ni mucho menos, podemos utilizar para este efecto el ejemplo del artículo 36 incorporado a la Constitución Nacional argentina en la reforma de 1994:

*“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las pro-*

*vincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo...”*

El artículo 29 considera “*infames traidores a la patria*” a quienes ejecuten o consientan esos actos, y el Código Penal de la Nación establece las penas pertinentes, que son de la máxima gravedad. Como vemos, se trata de una norma esencialmente disuasoria de eventuales intentos golpistas, que crea una protección amplia para el sistema democrático a través de:

- a) La nulidad de los actos celebrados por los usurpadores del poder.
- b) La inhabilitación perpetua para ocupar otros cargos.
- c) Sanciones graves e imposibilidad de indulto o conmutación.
- d) La imprescriptibilidad de las acciones.
- e) La sanción a colaboradores.
- f) El derecho de resistencia a la opresión.

3.2. Interrupción de relaciones diplomáticas con gobiernos autoritarios: incluimos en este punto a todos los gobiernos que no se conducen democráticamente, aquellos en los cuales existan violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, aquéllos en los que el Poder Ejecutivo avanza en forma reiterada sobre los demás poderes, y toda otra forma de violación del régimen constitucional. Lamentablemente los subcontinentes centro y sudamericano han sido víctimas de estos males durante las últimas décadas, en que

gobiernos que accedieron al poder democráticamente, gobernaron por fuera de los límites que las constituciones establecen (por ejemplo los presidentes Fujimori en el Perú y Menem en la Argentina).

Creemos que en estos casos, además de las soluciones internas y de la aplicabilidad o no de la cláusula a la que nos referimos en el párrafo anterior, también es necesaria la ayuda externa para provocar el aislamiento de los gobiernos antidemocráticos, para lo cual, las constituciones latinoamericanas deberían contener una cláusula que establezca, como política de Estado.

Recordemos, al efecto, que en derecho internacional público existe una larga tradición de raigambre americana<sup>(7)</sup> que apunta –lisa y llanamente– al no reconocimiento de gobiernos de facto. La Doctrina Tovar, elaborada por el político ecuatoriano en 1907 proponía el no reconocimiento de gobiernos surgidos de revoluciones hasta tanto no contaran con el apoyo de sus pueblos. La doctrina Wilson, elaborada por el presidente norteamericano en 1913 sostiene que la cooperación entre países solo es posible entre gobiernos basados en la ley y que los gobiernos justos descansan en el consentimiento de los gobernados<sup>(8)</sup>. La doctrina Estrada, elaborada en 1930 por el ministro mexicano, sostiene que corresponde a los demás estados mantener o retirar, cuando lo crea procedente, sus agentes diplomáticos lo cual equivale a un desconocimiento tácito. Finalmente, la doctrina

Rodríguez Larreta, elaborada por el canciller uruguayo en 1944, va un paso más allá del resto, ya que establece que el principio de no intervención en los asuntos internos de los estados “no ampara ilimitadamente la notoria y reiterada violación, por alguna república de los derechos elementales del hombre y del ciudadano y el incumplimiento de los compromisos libremente contraídos acerca de los deberes internos y externos del Estado”.

No hablamos, en este caso, de desconocer al gobierno irregular dado que, cuando se dan esas situaciones, se ha impuesto, en la práctica internacional, la doctrina de la efectividad, por la cual si el gobierno antidemocrático posee: el dominio sobre el territorio, un aparato administrativo adecuado, un orden normativo y una relativa estabilidad<sup>(9)</sup>, los demás estados lo reconocen. Tampoco nos referimos a romper relaciones consulares, que son necesarias para la defensa de los intereses de los nacionales residentes en el estado en cuestión; ni de interrumpir relaciones económicas, lo cual podría perjudicar a los sistemas de integración que se encuentren ya creados o en ciernes; ni mucho menos las comunicaciones de ningún tipo. Todas las naciones latinoamericanas (como también otras extracontinentales) han perdido, en mayor o menor medida, la credibilidad en las instituciones democráticas. La mayor parte de esos pueblos no se sienten representada por quienes ocupan las funciones administrativas, los escaños parlamentarios o las magistraturas judiciales. Somos conscientes que su reparación no puede ser

<sup>(7)</sup> Conf. Rousseau, Charles, Derecho Internacional Público, trad. de Gimenez Artigues, Barcelona, Bosch, 1957, pág. 306.

<sup>(8)</sup> Los EEUU utilizaron esta doctrina en 1914 respecto del gobierno mexicano del general Huertas y en 1917 respecto del gobierno costarricense del general Tinoco.

<sup>(9)</sup> Díez De Velasco, Manuel, Curso de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1963, pág. 223.

instantánea y que no alcanzan ni buenas normas ni el mero voluntarismo para lograrlo; sino que el camino a recorrer es largo. Para hacerlo, consideramos necesario, desde lo normativo, partir de tres pilares fundamentales:

#### 4.1. Penalización efectiva del enriquecimiento ilícito de funcionarios

El Art. 36 de la constitución argentina, incluido en 1994, sirve de ejemplo a este punto, por cuanto establece:

*“Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley de ética pública para el ejercicio de la función”.*

4.2. Mejoramiento de los mecanismos de elección de funcionarios y legisladores El punto central en este tema, según creemos, no está en proveer recetas mágicas o mejores sistemas de elección de candidatos, a pesar del título que hemos elegido para él. Ni la abolición, ni la posibilidad de tachas y sustituciones en las listas, ni la creación de circunscripciones uninominales, ni las internas abiertas y simultáneas, ni ningún otro mecanismo que se elija puede, per se, suplir el tema que consideramos principal: ampliar la participación política de la ciudadanía. Incluso, por cada uno de esos mecanismos, que son los que frecuentemente se citan como los “quitadolores” de la democracia, vamos a encontrar posturas que se oponen a ellos con argumentos tan serios como los que los apoyan.

#### 4.3. Inmediación:

Creemos, por lo tanto, que independientemente de los sistemas electorales que se elijan es imprescindible generar una mayor inmediación entre el pueblo y el poder y una mayor educación democrática. Si los ciudadanos no se interesan en saber de qué se trata (porque no les interesa o porque no logran comprenderlo) no hay norma de derecho constitucional o electoral que pueda hacer magia en esta materia. Para ayudar a lograr esa inmediación es necesario:

- a) Televisación obligatoria de las sesiones de los órganos legislativos nacionales, provinciales y municipales: ello evitará acuerdos espurios a espaldas del pueblo, generará un mayor conocimiento de la actuación de cada legislador y de cada partido político, permitirá al votante apreciar cuál de ellos cumple con su mandato y cuál no. A la vez, implicará utilizar ese poderoso recurso con fines más serios de los que habitualmente se persiguen con él.
- b) Creación, en cada partido político y en forma obligatoria como requisito para mantener su personería, de una escuela de dirigentes. El Art. 38 de la constitución argentina establece al respecto: “El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes”.

#### 5. Internacionalización del derecho constitucional:

5.1. Jerarquización de los tratados de derechos humanos: El Art. 82 del proyecto de

Constitución peruana, retoma, en esta materia, el espíritu de la Constitución de 1979, ya que establece:

*“Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.*

Por su parte, el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Argentina, introducido en 1994 reza:

*“Corresponde al Congreso... Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia,*

*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos... Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.*

Lamentablemente, salvo las excepciones de Colombia y Costa Rica, en el resto de los países latinoamericanos donde la Constitución adoptó alguna de las fórmulas que se utilizan para “constitucionalizar” los tratados de derechos humanos, sus cortes supremas o tribunales constitucionales han interpretado restrictivamente esas cláusulas, mitigando los beneficiosos efectos que las mismas pueden tener (Nicaragua, Guatelama, Ecuador, etc).

5.2. Jerarquización y efecto directo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: En este punto resulta muy novedoso el Art. 83 del proyecto de Constitución peruana, que establece:

*“El Estado, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, puede celebrar tratados mediante los cuales reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración. Los fallos, conforme los tratados sobre la materia, de dichos organismos son de apli-*

*cación inmediata y de cumplimiento obligatorio en el territorio peruano y exigibles de cumplimiento por parte de los participantes ante los tribunales nacionales.*

El párrafo destacado consagra la sujeción del Perú no solo a los tratados sino a los fallos de los órganos creados por esos tratados. Encontramos en este punto un paralelismo con lo que ocurre en el derecho comunitario europeo, donde se distingue entre: derecho comunitario primario (los tratados creadores de los órganos de integración supranacional) y derecho comunitario secundario (las normas emanadas de esos órganos) pero se reconoce a ambos la misma fuerza obligatoria, efecto directo y aplicación inmediata<sup>(10)</sup>.

En Argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha consagrado un principio similar a través de diversos fallos en los cuales aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De ellos cabe destacar “Girolidi”<sup>(11)</sup> en el cual la Corte afirmó que la frase del Art. 75 inciso 22 referida a “las condiciones de vigencia” de los instrumentos internacionales de derechos humanos significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

ya que -a pesar de los términos generales usados por la Corte Suprema- el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país es éste. Un año más tarde, en “Bramajo”<sup>(12)</sup> la Corte argentina ensanchó aun más los horizontes de esta norma, al sostener que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debía “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” de los tratados de derechos humanos, con lo cual podía colegirse que los informes emanados de la Comisión en casos de denuncias individuales también integraban las condiciones de vigencia de la Convención (y también de la Declaración Americana de Derechos Humanos.). Pero a fines de 1998, en el fallo “Acosta”<sup>(13)</sup> la Corte Suprema limitó esa posible interpretación ya que sostuvo (por ajustada mayoría) que, si bien el Estado argentino debe esforzarse por dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, “ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial.. La jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se reputa no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión- pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”. El voto de los

<sup>(10)</sup> Sobre el tema puede verse nuestro artículo “El Derecho Comunitario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, 1998-3:230.

<sup>(11)</sup> Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 318:514.

<sup>(12)</sup> Fallos 319:1840.

<sup>(13)</sup> Fallos 321:3555.



Dres. Boggiano y Bossert, en cambio, sostiene: “Frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión ... todos los jueces de jerarquía y fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos”. Lo decidido en los fallos ‘Acosta’ y ‘Bramajo’ ha sido objeto de una interpretación armonizante por parte del profesor Sagüés<sup>(14)</sup>, con la cual coincidimos, en el sentido que las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para interpretar los instrumentos americanos de derechos humanos, pero que los jueces pueden apartarse de aquellas, puesto que dichas recomendaciones no son vinculantes. En el fallo “Felicetti”<sup>(15)</sup> de diciembre del 2000, la Corte reiteró lo sostenido en “Acosta” e hizo hincapié en una frase contenida en la recomendación que Comisión Interamericana había formulado a la Argentina, para decidir que dicha recomendación sólo tenía efecto “en lo sucesivo” pero que no podía generar la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, agregando que las recomendaciones no pueden aplicarse retroactivamente (considerando 7\*), sino que las mismas son dirigidas al Estado para que adopte medidas progresivas adecuando sus leyes y constituciones (considerando 14\*).

5.3. Prohibición de denunciar tratados de derechos humanos sin el consentimiento del Congreso:

El Art. 75 inciso 22 de la Constitución argentina establece que los tratados de derechos humanos:

*“Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.*

5.4. Permeabilidad a la integración Regional: Frente al dominio que de la globalización ejercen los grandes bloques económicos mundiales (Unión Europea, Nafta, Japón y sus socios) es imprescindible la unificación de esfuerzos de los países latinoamericanos mediante la asociación, para aprovechar las ventajas comparativas de cada uno de ellos, formar un mercado común y crecer juntos. Por supuesto que para ello es imprescindible que exista voluntad política, pero también es necesario que las constituciones sean lo suficientemente permeables a la introducción de normas emanadas de los sistemas de integración en el derecho interno, especialmente en las constituciones de Brasil y Uruguay, que resultan:

a) En Uruguay, la constitución establece:

*Artículo 4: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”*

*Artículo 6: “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán*

<sup>(14)</sup> Sagüés, Néstor, nota al fallo, en Jurisprudencia argentina, ejemplar del 30 de junio de 1999.

<sup>(15)</sup> Fallos 323:4130.

*decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurara la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”*

Como se advierte, el artículo 4 podría constituir un óbice para la delegación de funciones, competencias o jurisdicción en órganos supranacionales.

b) En Paraguay, el Art. 145 de su carta magna establece:

*“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.*

c) En la Argentina, el Art. 75 inciso 24 de la Constitución establece:

*“Corresponde al Congreso ... aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en consecuencia tienen jerarquía supe-*

*rior a las leyes. La aprobación de estos tratados con estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara ... “*

Afortunadamente la norma prevé expresamente la delegación de competencias y jurisdicción, con lo cual la carta magna argentina está preparada para la integración regional. Encontramos similitudes entre las normas argentina y paraguaya:

- . La referencia a las condiciones de igualdad
- . El respeto por los Derechos Humanos
- . Otros valores fundamentales tales como la paz y la justicia en el caso paraguayo y la democracia en el argentino.
- . La mayoría calificada exigida para la aprobación por el Poder Legislativo.

Similares previsiones se han incluido en el Art. F 1 del Tratado de Maastricht:

*“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los estados miembros”*

d) Pero, paralelamente a ello, encontramos constituciones que guardan total silencio en la materia y sistemas constitucionales como el de Brasil que aún defienden la doctrina dualista en lo atinente a la recepción del derecho internacional por el derecho interno<sup>(16)</sup>, que mantienen la primacía del derecho interno sobre el interna-

<sup>(16)</sup> La postura dualista en cuanto a la recepción del derecho internacional, ha sido ratificada por el máximo tribunal recientemente (mayo de 1998) en la sentencia n° 97.625 al consagrar expresamente que para que un tratado internacional sea incorporado al derecho interno brasileño se requiere no sólo su entrada en vigor en el ámbito internacional sino también su acogimiento por una ley de derecho interno y su promulgación por acto del Poder Ejecutivo (su texto puede encontrarse en Revista Jurídica La Ley del 11-8-98 con nota al pie de Juan V. Sola).

cional<sup>(17)</sup> y que contienen normas proteccionistas en temas clave como la adquisición de bienes y servicios, la titularidad de los recursos naturales, de los hidrocarburos, de la propiedad rural, y de la navegación, todo ello agravado por la discriminación a extranjeros en algunas áreas del Derecho de familia<sup>(18)</sup>. Con ello queda en la mera declamación la cláusula contenida en el Art. 4 de la carta magna:

“La República Federativa de Brasil procurará la integración económica política, social y cultural de los pueblos de América Latina, proponiéndose la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

5.5. Prohibición de la guerra de agresión: A pesar de la espectacular evolución que el derecho internacional público exhibió en esta materia durante el siglo XX, numerosas constituciones latinoamericanas aún contienen normas que en la actualidad resultan violatorias del derecho internacional imperativo (*ius cogens*), por ejemplo aquellas que dan competencia al Poder Ejecutivo a declarar la guerra, o a las cámaras del congreso a autorizarlo. Siendo que el uso de la fuerza se encuentra prohibido por el derecho internacional<sup>(19)</sup> salvo los tres casos excepcionales de: la legítima defensa, los pueblos que luchan por su independencia y la aplicación del capítulo VII de

<sup>(17)</sup> *supremo tribunal en 1996 declaró que las leyes y cierta categoría de decretos del Poder Ejecutivo, llamados Medidas Provisorias (MP) y similares a los de necesidad y urgencia a que se refiere el Art. 99 inciso 3 de la Constitución Argentina, también tienen jerarquía superior a los tratados internacionales y que toda cuestión que como resultado de ello genere responsabilidad internacional del estado es ajena al derecho interno. Esa mala costumbre del Poder Ejecutivo brasileño ha surgido en 1995 con la MP 1235 del 13 de Junio (referido a automotores) y continuada luego en una serie de casos<sup>18</sup> (por ejemplo en la MP 1569 de Abril de 1997, referida a financiación de exportaciones). Evidentemente el principio de supremacía del derecho internacional es letra muerta en el Brasil.*

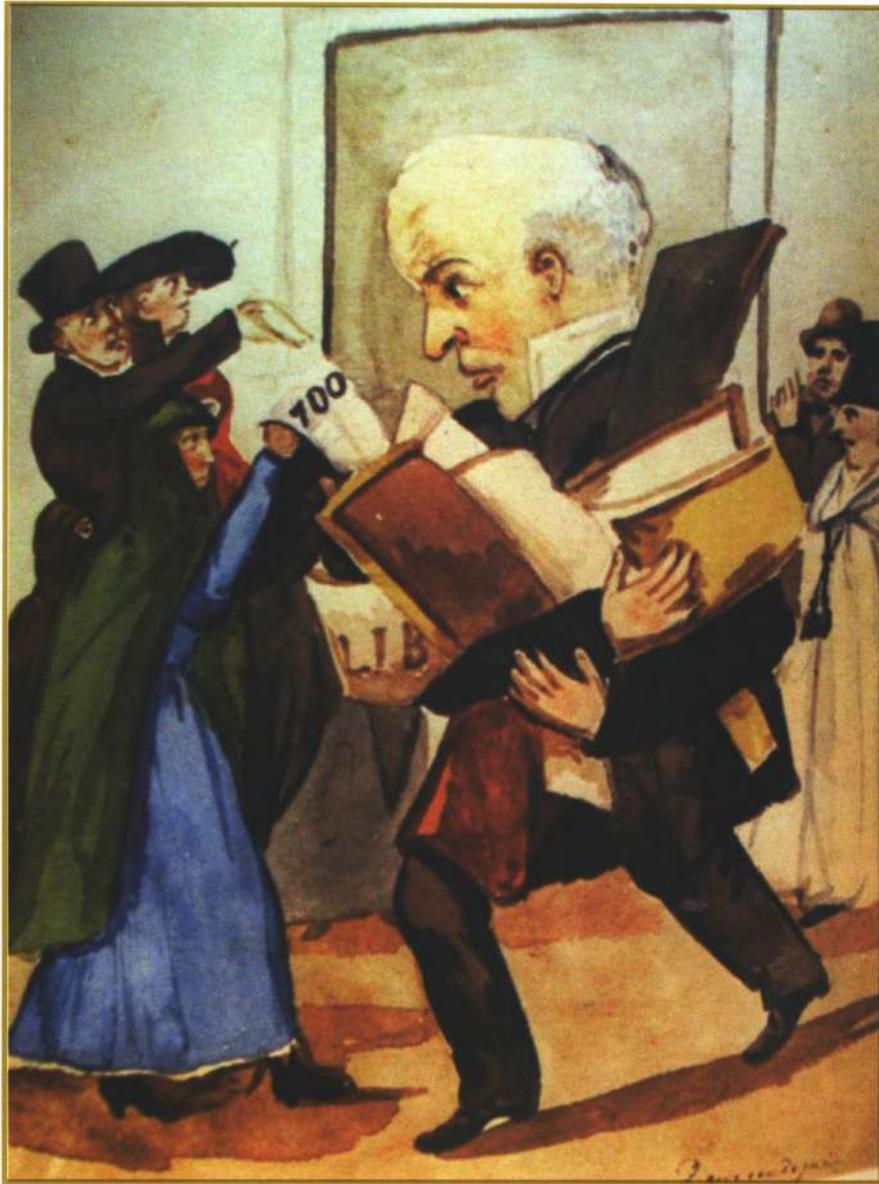
<sup>(18)</sup> Constitución de Brasil: Artículo 171: “... En la adquisición de bienes y servicios, el Poder Público dará tratamiento preferente, según disponga la ley, a la empresa brasileña de capital nacional”. Artículo 176: “... #1 La busca y extracción de recursos minerales y el aprovechamiento de los potenciales a que se refiere ... este artículo solamente podrán efectuarse por autorización o concesión de la Unión, en el interés nacional, por brasileños o empresa brasileña de capital nacional, según la ley, la cual establecerá condiciones especiales cuando esas actividades se desarrollaren en la zona de frontera o tierras indígenas”. Artículo 177: “Constituyen monopolio de la Unión: I. La prospección y la extracción de petróleo y gas natural y otros hidrocarburos fluidos. II. La refinación del petróleo ... III. La importación y exportación de los productos y derivados básicos... IV El transporte marítimo del petróleo bruto de origen nacional ... \*1) ... Se prohíbe a la Unión ceder o conceder cualquier tipo de participación ... en la explotación de los yacimientos de petróleo o gas natural...”. Artículo 178, Parágrafo 2\*) “Serán brasileños los armadores, los propietarios, los comandantes y dos tercios, al menos, de los tripulantes de embarcaciones nacionales. 3\*) La navegación de cabotaje y la interior serán privativas de embarcaciones nacionales, salvo caso de necesidad pública según disponga la ley.” Artículo 190: “La ley regulará y limitará la adquisición o el arrendamiento de propiedad rural por persona física o jurídica extranjera y establecerá los casos que necesitaran autorización del Congreso Nacional”. Artículo 5 inc XXXI: “La sucesión de bienes de extranjeros residentes en el país será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, siempre que no les sea más favorable la ley personal del de cujus”. Artículo 227 # 5: “La adopción será asistida por el Poder público, según lo dispuesto en la ley, que establecerá casos y condiciones de su aplicación por parte de extranjeros.”

<sup>(19)</sup> Artículo 2 inciso 4 de la Carta de Naciones Unidas y Resoluciones 2625 y 3314 de la Asamblea General de ese organismo.

la Carta de Naciones Unidas, resulta anacrónico que ciertas normas constitucionales habiliten a los poderes públicos, lisa y llanamente, a “declarar la guerra”. Proponemos por lo tanto, la inclusión en las constituciones de una norma por la cual solamente quede habilitada dicha declaración de guerra “en los casos excepcionales que el derecho internacional permite” y “quedando expresamente prohibida la guerra de agresión”.

#### 6. Reflexión Final:

Estas son algunas ideas tendientes a instalar el debate acerca de la edificación común de un Derecho Constitucional latinoamericano. Queda mucho camino por recorrer, pero estamos persuadidos de que, más temprano que tarde, podremos afirmar que existe un núcleo común en la normativa constitucional de nuestras naciones.



Don Julián Zarándegui, ministro de hacienda durante el gobierno del presidente Pezet