



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(COORDINADORES)

EL CONTROL DEL PODER

LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS

Liminar de
LUIS CERVANTES LIÑÁN

Edición al cuidado y Nota Preliminar de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

TOMO I

Óscar Alzaga Villamil • Manuel Aragón • Carlos Ayala Corao • Daniel A. Barceló Rojas • Paulo Bonavides • Allan R. Brewer-Carías • Joaquín Brage Camazano • Raúl Canosa Usera • Miguel Carbonell • Edgar Carpio Marcos • Jorge Carpizo • José Luis Cea Egaña • Rubén Correa Freitas • Virgilio Afonso Da Silva • José Afonso Da Silva • Alberto Ricardo Dalla Via • Ivo Dantas • Giuseppe De Vergottini • Francisco José Eguiguren Praeli • Ruy Samuel Espíndola • Gerardo Eto Cruz • Francisco Fernández Segado • Eduardo Ferrer Mac-Gregor • Raúl Gustavo Ferreyra • Héctor Fix-Zamudio • Pedro J. Frías • Domingo García Belaunde • Eduardo García de Enterría • Jorge Mario García Laguardia • Sergio García Ramírez • Héctor Gros Espiell • Peter Häberle • Ricardo Haro • José Vicente Haro García • Antonio María Hernández • Rubén Hernández Valle • Hans-Rudolf Horn • Arturo Hoyos • César Landa • Pablo Luis Manili • Jorge Miranda • Humberto Njaim • Humberto Nogueira Alcalá • Dieter Nohlen • José F. Palomino Manchego • Lucio Pegoraro • Javier Pérez Royo • Gerardo Prado • Humberto Quiroga Lavié • André Ramos Tavares • Fernando Reviriego Picón • Giancarlo Rolla • Néstor Pedro Sagüés • Pedro Salazar Ugarte • Rubén Sánchez Gil • José M^a. Serna de la Garza • Jorge Silvero Salgueiro • Graciela Soriano de García-Pelayo • Emilio Suñé Llinás • Jorge Reinaldo Vanossi • Adrián Ventura • Gustavo Zagrebelsky • Arturo Zaldivar • Francisco Zúñiga Urbina • *et al.*

18



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

CUADERNOS DEL RECTORADO

**EL CONTROL
DEL PODER**

**LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS**



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(COORDINADORES)

EL CONTROL DEL PODER

LIBRO-HOMENAJE A
DIEGO VALADÉS

Liminar de

LUIS CERVANTES LIÑÁN

Edición al cuidado y Nota Preliminar de

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

TOMO I

Óscar Alzaga Villamil • Manuel Aragón • Carlos Ayala Corao • Daniel A. Barceló Rojas • Paulo Bonavides • Allan R. Brewer-Carías • Joaquín Brage Camazano • Raúl Canosa Usera • Miguel Carbonell • Edgar Carpio Marcos • Jorge Carpizo • José Luis Cea Egaña • Rubén Correa Freitas • Virgilio Afonso Da Silva • José Afonso Da Silva • Alberto Ricardo Dalla Via • Ivo Dantas • Giuseppe De Vergottini • Francisco José Eguiguren Praeli • Ruy Samuel Espíndola • Gerardo Eto Cruz • Francisco Fernández Segado • Eduardo Ferrer Mac-Gregor • Raúl Gustavo Ferreyra • Héctor Fix-Zamudio • Pedro J. Frías • Domingo García Belaunde • Eduardo García de Enterría • Jorge Mario García Laguardia • Sergio García Ramírez • Héctor Gros Espiell • Peter Häberle • Ricardo Haro • José Vicente Haro García • Antonio María Hernández • Rubén Hernández Valle • Hans-Rudolf Horn • Arturo Hoyos • César Landa • Pablo Luis Manili • Jorge Miranda • Humberto Njaim • Humberto Nogueira Alcalá • Dieter Nohlen • José F. Palomino Manchego • Lucio Pegoraro • Javier Pérez Royo • Gerardo Prado • Humberto Quiroga Lavié • André Ramos Tavares • Fernando Reviriego Picón • Giancarlo Rolla • Néstor Pedro Sagüés • Pedro Salazar Ugarte • Rubén Sánchez Gil • José M. Serna de la Garza • Jorge Silvero Salgueiro • Graciela Soriano de García-Pelayo • Emilio Suñé Llinás • Jorge Reinaldo Vanossi • Adrián Ventura • Gustavo Zagrebelsky • Arturo Zaldívar • Francisco Zúñiga Urbina • *et al.*

18



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

CUADERNOS DEL RECTORADO

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

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

© 2012, UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

© 2012, PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

© 2012, MAGNA EDICIONES

Composición e impresión:



magna
EDICIONES

ediciones.magna@gmail.com
www.agendamagnawordpress.com
T (51 1) 9995 40968

**Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2010 - 07605**

ISBN : 978-612-45674-4-5

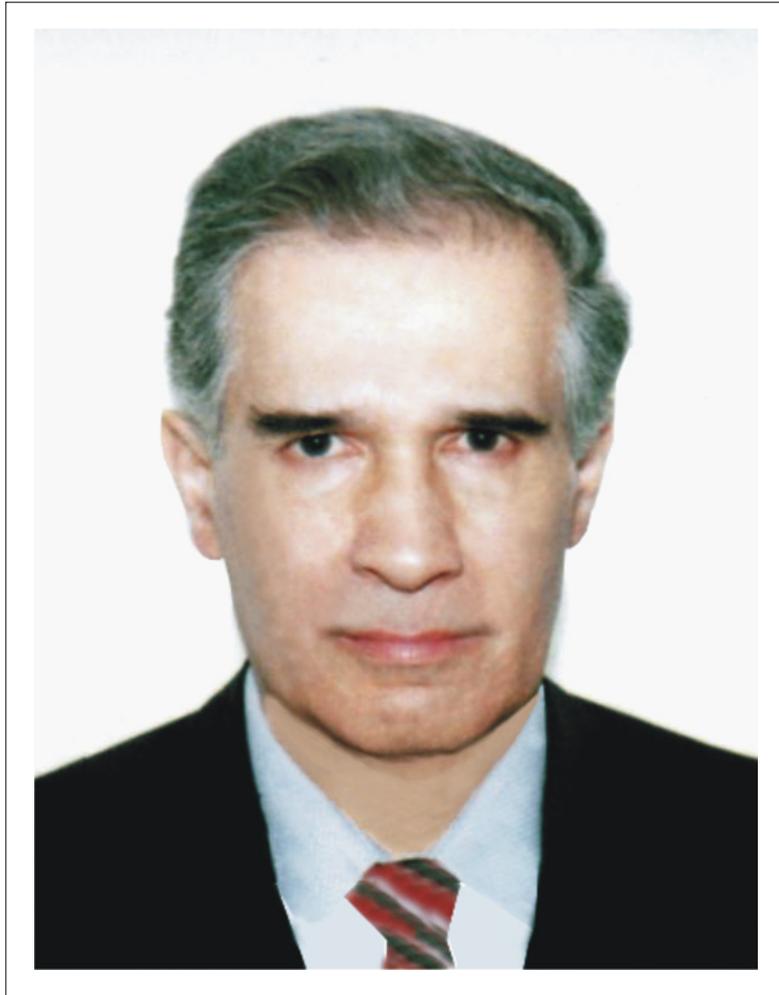
Primera edición marzo de 2012

Fecha de impresión marzo de 2012

Impreso en Perú

Tiraje: 1000 ejemplares

Tomo I



E. Walsh

COORDINADORES

PETER HÄBERLE

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

COMITÉ CIENTÍFICO

PAULO BONAVIDES (Brasil)

JORGE CARPIZO (México)

GIUSEPPE DE VERGOTTINI (Italia)

PEDRO DE VEGA (España)

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (México)

ANTONIO M. HERNÁNDEZ (Argentina)

BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

38

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA
Rector: LUIS CERVANTES LIÑÁN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Decano: JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Miembros fundadores

- Manuel B ARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS (†)
- Jorge C ARPIZO
- Héctor F IX-ZAMUDIO
- Pedro José FRÍAS (†)
- Domingo G ARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel G ARCÍA-PELAYO (†)
- Mario J USTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz P INTO FERREIRA (†)
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos S ÁCHICA
- Rolando T AMAYO Y SALMORÁN
- Diego V ALADÉS
- Jorge R. V ANOSSI
- Enrique V ÉSCOVI (†)

SECCIÓN PERUANA

Presidente
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Secretario
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

ÍNDICE GENERAL

– LIMINAR DE LUIS CERVANTES LIÑÁN	xxix
– PRESENTACIÓN DE PETER HÄBERLE Y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	xli
– NOTA PRELIMINAR DE JOSÉ F. P. ALOMINO MANCHEGO	xliii
– BIO-BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO VALADÉS	xiv

TOMO I

I) SOBRE DIEGO VALADÉS

HOMENAJE A DIEGO VALADÉS HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (México)

Homenaje a Diego Valadés	3
--------------------------------	---

DEDICATORIA A DIEGO VALADÉS PETER HÄBERLE (Alemania)

I. Diego Valadés como científico	15
II. Diego Valadés como “genio organizativo”	17
III. Diego Valadés como “homme de lettre”	18

LOS PRIMEROS PASOS DE DIEGO VALADÉS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL JOSÉ F. P. ALOMINO MANCHEGO (Perú)

I. Indicación preliminar: Razones para ocuparse del autor y de su producción bibliográfica	19
--	----

ÍNDICE GENERAL

II. Caracteres generales del libro “La dictadura constitucional en América Latina”	23
III. Recapitulación y conclusiones	34

**EL PRESIDENCIALISMO EN LATINOAMERICA,
SIGUIENDO LA DOCTRINA
DE DIEGO VALADÉS
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
(Argentina)**

El Presidencialismo en Latinoamérica, siguiendo la doctrina de Diego Valadés	35
--	----

**LA OBRA DE DIEGO VALADÉS COMO
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS DE LA UNAM (1998-2006)
HÉCTOR FIX FIERRO
(México)**

I. Preámbulo	41
II. Entre la tradición y la innovación	42
1. Publicaciones	42
2. Eventos	45
3. Biblioteca jurídica virtual	46
4. Nuevas áreas y métodos de investigación	46
5. Crecimiento de la planta académica y renovación generacional	47
6. Presencia y prestigio del Instituto en México y el extranjero	48
III. Epílogo	48

**A PROPÓSITO DE LOS «PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL
ESTADO DE DERECHO» EN DIEGO VALADÉS
SERGIO DÍAZ RICCI
(Argentina)**

I. Introducción	49
II. Origen	52
III. Estado y Derecho	55
IV. Caracteres	56

ÍNDICE GENERAL

V. Consecuencias	59
VI. Finalidad	61
VII. Tipos	65
VIII. Caso argentino.....	69
IX. Legitimidad.....	70
X. Conclusión.....	72

II) DERECHOS FUNDAMENTALES

O DIREITO À PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA QUINTA GERAÇÃO

PAULO BONAVIDES
(Brasil)

1. A era da legitimidade	75
2. O flagelo das ditaduras constitucionais	76
3. Vicissitudes da evolução constitucional do Brasil ao tempo do Império	77
4. Em países periféricos não vinga Estado de Direito sem Estado Social: a necessidade precípua de preservar a soberania e fazer da paz um direito	78
5. O direito à paz, um direito fundamental de nova dimensão	80

LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CARLOS AYALA CORAO
(Venezuela)

Introducción	85
1. El ámbito europeo	87
2. El ámbito interamericano	88
3. El ámbito africano	90
4. El sistema universal	91
5. La internacionalización del Derecho Constitucional. Los derechos constitucionales y los derechos humanos.....	92
6. El Derecho Internacional Humanitario	93

7.El Derecho Internacional de la Integración.....	94
8. La responsabilidad internacional del Estado y de grupos paraestatales	95
9. La responsabilidad internacional de la persona humana	96
A.La Jurisdicción Universal.....	96
B.Los tribunales penales internacionales.....	97
C. El Tribunal Internacional de Justicia	97
10. Algunas sombras y resistencias	98
11.Luces y avances.....	100
A.Argentina.....	101
B. Perú	101
12. El carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos	103
13. Algunas nuevas fronteras de la mundialización de los derechos	104

**EL AMPLIO HORIZONTE DE LAS REPARACIONES EN LA
JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

(México)

Homenaje a un eminente mexicano	111
I. Parte general. Las reparaciones: Fundamento y fines	113
1. Un precepto fecundo	114
2. La interpretación jurisdiccional: un amplio horizonte	115
3. Naturaleza y fines	119
4. Deber de reparar en función del hecho y del autor	120
5.Regulación de derecho internacional.....	121
6. Características y complicaciones	122
7.Procedimiento.....	124
8.Autocomposición.....	125
II. Parte especial. Las reparaciones: Categorías y especies	126
1. <i>Restitutio</i> . Proyecto de vida	127
2. Garantía actual y futura	128
3. Indemnización. Costas y gastos	130

ÍNDICE GENERAL

4. Medidas de derecho interno	133
5. Deber de justicia	135
6. Otras formas de reparación	136
III.Cumplimiento.....	139
Colofón.....	140

**REFORMA DEL ESTADO Y DERECHOS
FUNDAMENTALES: ALGUNAS PROPUESTAS**

MIGUEL CARBONELL
(México)

1.Introducción: los derechos fundamentales en la encrucijada del cambio estatal	143
2. Propuestas	146
A) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978.....	146
B) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales– privadas.....	148
C)Derecho a la posesión y portación de armas.....	149
D) Principio de lesividad	151
E) Principio de proporcionalidad.....	154
F) La reserva de Código Penal	158
G) Lectura de derechos	160
3.Conclusión.....	164

**EL DERECHO DE COMUNICARSE,
UN INSTITUTO SUECO**

ADRIÁN VENTURA
(Argentina)

1. Protección en tres de las cuatro leyes constitucionales	166
2. Una ley de 1766	167
3. Importancia de la libertad de prensa en Suecia	168
4. Una protección completa	173

III) CONTROL DEL PODER Y SUS MODALIDADES

LOS PROBLEMAS DEL CONTROL DEL PODER Y EL AUTORITARISMO EN VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

(Venezuela)

Introducción.....	177
I. El desdibujamiento del sistema de separación de poderes y la concentración del poder en el régimen autoritario venezolano	180
II.El sometimiento del Poder Judicial en el Estado autoritario venezolano.....	184
III.La centralización del poder en la “federación descentralizada” venezolana y la ausencia de real participación política en el autoritarismo venezolano ...	189
IV. El poder electoral sometido, la demolición del multipartidismo y las limitaciones a la libertad de expresión en el autoritarismo venezolano	193
Apreciación final	202

LAS PREGUNTAS PARLAMENTARIAS EN EL CUADRO DE LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN DEL PARLAMENTO ITALIANO. REFLEXIONES COMPARATIVAS

LUCIO PEGORARO

(Italia)

1. Cuestiones metodológicas	205
2. Cuestiones semánticas	207
3. Formas de gobierno y control parlamentario	211
4. El contexto italiano	214
5. La disciplina positiva	216
5.1. Preguntas de respuesta escrita	216
5.2. Preguntas de respuesta oral	217
5.3.Urgencia y tiempos.....	218
5.4.La respuesta del gobierno.....	219
5.5. Preguntas de respuesta inmediata	220
6. Valoraciones conclusivas	223

**EL CONTROL DEL PODER Y LA DEMOCRACIA.
REFLEXIONES GENERALES. EL CASO URUGUAYO**

HÉCTOR GROS ESPIELL

(Uruguay)

I. El Poder y los Regímenes Políticos	227
II.El ejercicio del Poder y la Legitimidad.....	230
III. El Control del Poder y la Democracia	231
IV. Formas del Control del Poder necesarias en la Democracia	233
V. La Democracia, el Control del Poder y la experiencia histórico política uruguaya	236
VI. La experiencia uruguaya sobre el control del poder	247

**LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
COMO MODALIDAD DEL CONTROL DEL PODER**

RAÚL CANOSA USERA

(España)

1. Introducción. Controles políticos y controles jurídicos	249
2.La Constitución como dispensadora de legitimidad democrática. La posición del supremo intérprete de la Constitución	252
3. Finalidad de la interpretación constitucional	254
a) Defensa de la fórmula política y despliegue de la fuerza normativa de la Constitución	255
b) Control de la regularidad formal y material de los actos del resto de los poderes constituidos	255
c) Integración del ordenamiento jurídico e interpretación conforme a la Constitución	256
d) Racionalización de lo político	257
e) Creación del sentimiento constitucional	257
4. Objeto y canon de la interpretación constitucional	258
5. Efectos de las resoluciones del supremo intérprete de la Constitución. La vinculación de su interpretación	259
6. Las sentencias interpretativas como deferencia hacia el legislador democrático	261
7. Método de interpretación constitucional	265
8.Conclusión.....	268

**INTERVENCIONES JUDICIALES EN
CONTROVERSIAS POLÍTICAS**

HANS-RUDOLF HORN
(Alemania)

1. Introducción.....	271
2. Origen y divulgación de la revisión judicial.....	273
3. Intervenciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos	276
4. La justicia constitucional en Alemania.....	278
5. Intervenciones judiciales en la posguerra alemana.....	280
6. Miseria y esplendor de intervenciones judiciales	283
7. Control del poder en el contexto político	287

**EL PODER DE DIRIGIR.
LA DIRECCIÓN POLÍTICA EN EL SISTEMA
PRESIDENCIAL MEXICANO**

DANIEL A. BARCELÓ ROJAS
(México)

1. El concepto de dirección política en el ordenamiento constitucional mexicano	293
2. El origen teórico de la separación intensa de poderes del sistema presidencial y su superación por la ingeniería constitucional del siglo XX ...	304
3. El Presidente: de ejecutor de la ley a director del programa legislativo en el Estado social y democrático de derecho.....	314

**PODER LOCAL, GOBERNABILIDAD
Y DESCENTRALIZACIÓN**

GERARDO PRADO
(Guatemala)

1. Palabras preliminares	321
2. Poder local	324
3. Gobernabilidad	334
4. Descentralización	337
5. Conclusiones.....	343
6. Bibliografía	345

**LA FUNCIÓN CONTRALORA Y SU VIGENCIA EN
LAS DISTINTAS EXPRESIONES DE LO PÚBLICO**

GRACIELA SORIANO DE GARCÍA-PELAYO
(Venezuela)

1. Los significados de lo público	347
2. El Estado	348
3. En el origen: personalismo e institucionalización.....	349
4. La sociedad y “lo privado”	349
5. Entrando en el problema	350
6. Un proceso multiseccular	350
7. Los comisionados, los oficiales y el rey	351
8. Control recíproco y personificación del poder	352
9. La responsabilidad.....	353
10. La función, la norma y el control	354
11. Norma, responsabilidad y procedimientos	354
12. Crisis y retroceso de la función contralora	356
13. Lealtad vs calificación	357
14. La debilidad de la función contralora.....	358
15. Gómez institucionalizador: el Estado y la Contraloría	358
16. Otra vez ¿lealtad o calificación? ¿Personalismo o institucionalización?	360
17. Hacia tiempos más recientes	361
18. En tiempos muy recientes	362

**O PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE:
POSSIBILIDADE DE CONTROLE CORRETIVO EXERCITÁVEL
PELO PARLAMENTO BRASILEIRO**

ANDRÉ RAMOS TAVARES
(Brasil)

1. Previsão e limites do poder regulamentar no Brasil	367
2. Sentido da dualidade de controle (Político e Jurídico) de atos normativos secundários	369
3. Formas de controle do poder regulamentar	371
4. O controle pelo Parlamento e seu reconhecimento pelo Judiciário	372

ÍNDICE GENERAL

5. Conclusoes.....	374
6. Referências bibliográficas	375

**CONTROL DEL PODER, SUPREMA
CORTE Y JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO**

ARTURO ZALDÍVAR
(México)

Control del poder, Suprema Corte y Juicio de Amparo en México.....	377
--	-----

**EL CONTROL DEL PODER EN
PROCESOS DE TRANSICIÓN**

DIETER NOHLEN
(Alemania)

1. Dedicatoria	387
2. Consideraciones preliminares.....	388
3. Alemania	389
4. España.....	391
5. México.....	393
6. Consideraciones finales	395
7. Bibliografía selecta	396

**ANTEJUICIO Y JUICIO
POLÍTICO EN EL PERÚ**

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI
(Perú)

1. Consideraciones generales	399
2. El Antejjuicio en la Constitución de 1979	401
3. El Antejjuicio o Juicio Político en la Constitución de 1993	403
4. El procedimiento de Acusación Constitucional en el Reglamento del Congreso	409
5. La posibilidad de revisión judicial de las sanciones impuestas por el Congreso en el Antejjuicio o Juicio Político: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional destituidos por el Congreso	410
6. La diferenciación entre Antejjuicio y Juicio Político establecida por el Tribunal Constitucional	416

ÍNDICE GENERAL

6.1.El Antejudio Político.....	417
6.2. La potestad del Congreso de aplicar sanciones por los delitos de función declarados por el Poder Judicial	418
6.3.El Juicio Político por infracción constitucional	419
7.¿Hay realmente diferencia entre Juicio Político y Antejudio en la Constitución de 1993?	421
8. Las infracciones de la Constitución: el problema de su tipificación y sanción en el Juicio Político	426
9. Algunas conclusiones y reflexiones finales	428
10.Bibliografía básica.....	433

**CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
FINANCIERA PÚBLICA**

JORGE REINALDO VANOSSI
(Argentina)

1. Introducción	437
2. Control de la administración financiera	439
3. “Superpoderes”: ¿Un estado de sitio económico y social de carácter permanente?	445
4. El control es la antesala de la responsabilidad	450
5. Conclusión: La falla comienza por el régimen fiscal caótico y confuso	457

**CONTROL DEL PODER Y TRÁNSITO
ENTRE GOBIERNOS: GOBIERNO EN FUNCIONES Y DESPACHO
ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS**

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN
(España)

I.Introducción.....	460
II.El despacho ordinario de los asuntos públicos y la diferente naturaleza de los supuestos de cese	466
III. El indulto y la extradición en nuestro ordenamiento	473
1. El indulto	473
2. La extradición y entrega	477
IV.Dos resoluciones judiciales contradictorias.....	480

ÍNDICE GENERAL

1. El Gobierno en funciones de marzo de 2004	480
2. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (Sección 6ª de la Sala Tercera)	485
3. La sentencia “ <i>overruling</i> ” de 2 de diciembre de 2005 (Pleno)	488
4. La necesaria delimitación casuística del contenido negativo de la prerogativa gubernamental no encuentra aquí a nuestro parecer competencias vedadas <i>per se</i> , sino supuestos (tanto el indulto como la extradición) que se enmarcan normalmente en la actividad de estos períodos.	500

**LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO
EN EUROPA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
(España)

La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa	503
--	-----

**LAS FUNCIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER EN
LATINOAMÉRICA**
JORGE SILVERO SALGUEIRO
(Paraguay)

I. El pensamiento de Diego Valadés: el estudio comparado de las culturas jurídicas	515
II. Las reformas estructurales en Chile, México, Paraguay y Perú	518
1. Chile	518
2. México	521
3. Paraguay	522
4. Perú	524
III. Las transformaciones funcionales de la Jurisdicción Constitucional	526
IV. Elementos para una teoría funcional de la Jurisdicción Constitucional	531

**CONTROL DEL PODER JUDICIAL, PONDERACIÓN Y OBJETIVIDAD EN
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA
(Brasil)

1. Ponderación, objetividad y control	535
2. Problema y preguntas	536

3.La objetividad posible	538
4. Sopesamiento y garantía de objetividad	539
4.1.Aspecto metodológico.....	539
4.2. Aspecto teórico	543
4.3. Aspecto institucional	546
5.Conclusión.....	549
6.Bibliografía citada.....	549

IV) CONSTITUCIÓN Y PODERES DEL ESTADO

DIVERSOS ASPECTOS PERSONALES Y SOCIALES EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

JORGE CARPIZO
(México)

I. Dedicatoria	555
II. Preocupaciones y propuestas sobre la procuración de justicia	556
III. La procuración de justicia en el contexto moral del país	561
IV. El factor personal en la procuración de justicia	567
V. Tipología de los procuradores	571
VI. La responsabilidad de la sociedad en la procuración de justicia	576

O REFERENDO E O PLEBISCITO: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

JORGE MIRANDA
(Portugal)

1. Sobre o referendo em geral	583
2. O referendo em Portugal	587
3. O Direito referendário português	590
4.A singularidade do referendo português.....	591
5. O objecto e as perguntas do referendo	593

ÍNDICE GENERAL

6. A realização do referendo.....	594
7. A fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade dos referendos	595
8. Participação nas campanhas referendárias	596
9. Efeitos do referendo nacional	597
10. A violação do comando referendário	599
11. A prática do referendo nacional	600
12. A prática do referendo local	602

**LA GARANZIA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE
NELL'EPOCA DELL'INTERDIPENDENZA
DEI BENI COSTITUZIONALI**

GUSTAVO ZAGREBELSKY
(Italia)

1. Le norme costituzionali indeterminate e lo “spostamento di potere”	603
2. Sostanza e forma nel giudizio di costituzionalità delle leggi	606
3. Impotenza del diritto costituzionale chiuso	609
4. Costituzionalismo universale?	613
5. Comparazione e cooperazione costituzionale	616
6. L'ultima parola	619

**A CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA
DE PODERES**

JOSÉ AFONSO DA SILVA
(Brasil)

1. O sentido da Constituição de 1988	623
2. A organização do poder	624
3. O sistema representativo	625
4. O sistema eleitoral	627
5. Votação distrital e eleição proporcional	631
6. O sistema de governo	633
7. O funcionamento do Estado	635

8. As reformas e o sentido da Constituição	635
9. Conclusão	638

**EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN:
RELEVANCIA PARA EL SISTEMA POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL**

HUMBERTO NJAIM
(Venezuela)

I. La tipología de García-Pelayo sobre los conceptos de Constitución, especialmente el concepto sociológico: sentido y aplicabilidad	642
II. Repercusión de la tipología en la doctrina y la enseñanza	644
III. El paradigma sentado por Lasalle	647
IV. La presencia de los conceptos de Constitución en una específica, la venezolana de 1999	649
V. El tipo sociológico en la interpretación constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano	652
VI. La concepción sociológica en el ámbito político venezolano	658
VII. Reflexiones provisionales aunque finales	661

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

PABLO LUIS MANILI
(Argentina)

I. Introducción	667
II. El concepto de Constitución y el Derecho Internacional Público	668
III. El concepto de Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario	670
IV. El concepto de Constitución y la Filosofía del Derecho	671
V. El concepto de Constitución y la Ciencia Política	672
VI. El concepto de Constitución y la Sociología	674
VII. Constitución y Cultura.....	675
VIII. El concepto de Constitución y la Historia.....	676
IX. La Constitución Formal y la Material.....	677
X. El Bloque de Constitucionalidad	679
XI. Conclusiones.....	687

**A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA:
O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA

(Brasil)

A Constituição como Garantia da Democracia: o Papel dos Princípios Constitucionais	689
Bibliografia	701

COSTITUZIONE E REGOLE DI INGAGGIO

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

(Italia)

Premessa	705
1) Principi costituzionali e regole di ingaggio	706
2) La definizione delle ROE come regole di razionalizzazione dei comportamenti implicanti uso delle armi	708
3) Regole di ingaggio e sistema delle fonti normative	710
4) I contenuti sostanziali delle regole di ingaggio	712
5) Fondamento e condizionamenti normativi: la sottoposizione al sistema positivo delle fonti	713
6) I caratteri del procedimento di adozione	717
7) La mancata tipizzazione delle regole di ingaggio e principio di legalità	720
8) Un tentativo di ricostruzione del concetto di “regola di ingaggio”	721
9) Una riflessione conclusiva	724

**EL SENADO ESPAÑOL: DE SUS AGUAS TRANQUILAS AL TORBELLINO
DE SU POSIBLE REFORMA (LA VIGENCIA DE UNA VIEJA CUESTIÓN:
QUID CUSTODET CUSTODES)**

ÓSCAR ALZAGA VILLAMIL

(España)

1. Consideraciones introductorias: bicameralismo en el horizonte del siglo XXI	727
2. La experiencia operativa del Senado español desde 1978 y, en particular, el desempeño de su función de representación territorial, de su función legislativa de Cámara de segunda lectura y de sus funciones de control del Gobierno	731
3. Los conatos de reforma constitucional producidos hasta hoy	732

4. Funciones asumibles por el Senado en su hipotética reforma...	733
5. La problemática de una nueva composición de la Alta Cámara. Simetría y Asimetría. Circunscripciones. Elección directa o indirecta...	737
6. El debate de la reforma del Senado por la doctrina...	740
7. Las dificultades para llevar a la práctica los propósitos reformistas...	740

**EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN
EN EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL**

**Instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y
tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del
desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales**

**ARTURO HOYOS
(Panamá)**

1. El valor cambiante de la Constitución. Los cinco grandes temas en que se proyecta el valor de la Constitución en la actualidad...	743
2. La protección y desarrollo de la Democracia. El triunfo de la Democracia y el peligro de las presidencias imperiales y de las democracias plebiscitarias...	746
3. Un nuevo constitucionalismo. La constitucionalización de la política y del Derecho Privado...	755
4. La Constitución, la consagración y tutela de los derechos fundamentales y el control de la competencia por el poder y su ejercicio...	760
5. La Constitución como una de las bases del desarrollo económico	763
6. La Constitución como modelo para las relaciones internacionales: la constitucionalización del Derecho Internacional...	764

**LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONDICIONANTES:
UNA REFLEXIÓN A LOS TREINTA AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR**

**JAVIER PÉREZ ROYO
(España)**

1. La Monarquía como presupuesto del proceso constituyente y como resultado del mismo	770
2. Las Fuerzas Armadas	774
3. La mención de la Iglesia Católica y el derecho a la educación	775
4. La composición de las Cortes Generales	777
5. La estructura del Estado	779
6. Conclusión...	783

7. Bibliografía	783
-----------------------	-----

EL PODER POLÍTICO Y LA DEMOCRACIA

RUBÉN CORREA FREITAS

(Uruguay)

1. Introducción.....	785
2. Concepto del Poder Político	787
3. Evolución histórica	789
4. El principio de “separación de poderes”	790
5. La ética en el ejercicio del Poder.....	792
6. El sistema político democrático	794
7. La corrupción del Poder Político	795
8. Conclusiones.....	797

**V) DESCENTRALIZACIÓN
Y FEDERALISMO**

**CARACTERÍSTICAS DEL REGIONALISMO EN LOS SISTEMAS
CONSTITUCIONALES A VARIOS NIVELES.**

UNA APROXIMACIÓN DE DERECHO COMPARADO

GIANCARLO ROLLA

(Italia)

1. Procesos federativos y procesos devolutivos	801
2. Las principales formas organizativas del principio de autonomía: la alternativa entre regionalismo homogéneo y regionalismo diferenciado ...	806
3. El afianzamiento de sistemas constitucionales a varios niveles	811
4. Los elementos caracterizadores de la autonomía constitucional de las comunidades territoriales: en particular la relevancia del principio participativo	814
5. Los criterios para el reparto competencial entre el Estado y las Regiones: una perspectiva sintomática de las formas de Estado	818
6. Principio de autonomía y sistema de fuentes	826

PRESIDENCIALISMO Y FEDERALISMO EN ARGENTINA

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

(Argentina)

I. Introducción.....	831
II. El presidencialismo argentino.....	832
A. El Presidencialismo en el texto originario de 1853.....	832
B. La reforma constitucional de 1994 y la atenuación del presidencialismo.....	835
C. El hiperpresidencialismo.....	841
III. El federalismo argentino.....	843
A. Etapas del federalismo normativo.....	844
B. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional.....	854
1. La Ley convenio de coparticipación impositiva.....	855
2. El destino del gasto público federal.....	859
3. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional.....	859
4. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo.....	860
5. Las leyes de Financiamiento Educativo y Nacional de Educación.....	860
6. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	860
IV. La interacción entre federalismo e instituciones representativas.....	861
V. Conclusiones.....	863

SISTEMA PRESIDENCIAL Y FEDERALISMO

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA

(México)

I. Descentralización e Integración en los sistemas federales.....	865
II. El principio de colaboración.....	866
1. España.....	868
2. Alemania.....	868
3. EUA.....	869
4. Suiza.....	869

5. Bélgica	870
6. Austria	870
III.El esquema de las relaciones inter-gubernamentales en México.....	872
IV.Conclusiones.....	874

VI) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

KELSEN EN PARÍS: UNA RONDA EN TORNO AL “MODELO CONCENTRADO”

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Perú)

1.Un viaje olvidado.....	881
2.El encuentro de Viena en 1928.....	883
3. La ponencia de 1928 y su versión francesa	885
4. En el Instituto Internacional de Derecho Público de París	888
5. Los temas en cuestión	891
6. El debate en el Instituto	893
7. Lo que quedó del debate y algo más	895
8. Una victoria a largo plazo	897
Apéndice	898

EL CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN MÉXICO. TIPOLOGÍA DE RESOLUCIONES

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR *(México)*
RUBÉN SÁNCHEZ GIL *(México)*

I. Las reformas judiciales mexicanas (1994, 1996 y 2006)	907
II. Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad	910
III. La sentencia constitucional	912
IV. Las sentencias de acción de inconstitucionalidad	918
V.Tipología específica de resoluciones en acción de inconstitucionalidad.....	924
1. Introducción y problemática	924
2.Invalidación por reducción del texto.....	927

ÍNDICE GENERAL

3. Interpretativas propiamente dichas (interpretación conforme e invalidez sin reducción textual)	928
4. Resoluciones “manipulativas” (restrictivas, aditivas y sustitutivas)	930
5. Resoluciones exhortativas	935
6. Otras resoluciones: apelativa y de aviso	936

**A PROPÓSITO DEL “JUEZ ACTOR”, DEL “JUEZ INVESTIGADOR”
Y DEL “JUEZ PRESERVADOR”, EN EL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL**

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
(Argentina)

1. Introducción	939
2. Las ideologías en juego. El activo “juez Hércules”	941
3. La contraposición ideológica: el garantismo	944
4. Recapitulación	947
5. Evaluación	950

LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES

CÉSAR LANDA
(Perú)

I. Presentación	953
II. Constitución: fuente de creación del Derecho	955
2.1. Tribunal Constitucional: creador de Derecho	958
III. Tribunal Constitucional y fuentes del Derecho	963
3.1. La sentencia de inconstitucionalidad	964
3.2. El precedente vinculante	973
3.3. La jurisprudencia constitucional	986
IV. Conclusión... ..	991

**LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

MANUEL ARAGÓN
(España)

1. Objetivo y estructura del presente trabajo... ..	995
---	-----

ÍNDICE GENERAL

2. La pertinencia de la reforma	996
3. El <i>status</i> del Tribunal Constitucional	997
4. El recurso de amparo	1000
5. Los asuntos de Pleno	1006
6.El funcionamiento interno del Tribunal. Reglas comunes de procedimiento y régimen del personal	1009
7. Consideraciones generales: el significado de la reforma	1012
7.1.El alcance de la reforma	1012
a)Una reforma intensa de la LOTC.....	1012
b)Lo que la reforma no incluye.....	1013
7.2. La importancia de la reforma.....	1017
a) Transformación radical del recurso de amparo	1017
b) Cambios en el sistema de justicia constitucional	1021
c) Una precisión necesaria: el nuevo amparo-control no significa que el Tribunal Constitucional pierda por completo su dimensión de Tribunal de tutela de los derechos fundamentales, sino que se transforma el significado de dicha función	1023
d) Eficacia de la reforma	1023

**CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO.
NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

GERARDO ETO CRUZ
(Perú)

1. Excurso introductorio	1026
2. La enigmática tríada del poder y su legitimidad	1027
3. Acerca del control constitucional y sus presupuestos	1028
4. Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana	1032
5. La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional	1034
6. El control constitucional de las leyes de reforma constitucional	1036
7. El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales	1040

ÍNDICE GENERAL

7.1.El control constitucional de los decretos de urgencia	1040
7.2.El control constitucional del derecho de gracia presidencial.....	1043
8. El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial	1046
8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial	1048
8.2.El control de la motivación	1050
8.3.Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario	1052
9. El control constitucional de los actos del Ministerio Público.	1055
10. El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.	1058
11. El control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura.....	1062
12. El control constitucional de la jurisdicción militar	1068

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

(España)

1. La razón de ser y el «iter» de la reforma de la LOTC	1075
2.Las modificaciones del régimen jurídico-procesal del amparo.....	1079
A) La objetivación del recurso de amparo	1080
B) La inversión del trámite de admisión	1092
C)La inadmisión del recurso.....	1097

A REPERCUSSÃO GERAL COMO PRESSUPOSTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

IVO DANTAS

(Brasil)

1. Preliminares. O art. 102, III, d da Constituição Federal	1110
2. A Argüição de Relevância prevista na EC 7/77 e a Medida Provisória n. 2.226, de 4.9.2001 como precedentes da repercussão geral na EC45/2004. O STF e a Doutrina	1114
3. A repercussão geral no Recurso Extraordinário prevista no art. 102 § 3º da EC 45/2004 da CF e a Lei nº 11.418/06	1119

4. A Emenda Regimental nº 21 do Regimento Interno do STF	1129
5. Nossa posição	1132
ANEXO	1137

VII) TEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

INTERPELACIONES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 EN CHILE

Notas acerca del Control Político en el Presidencialismo
FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA
(Chile)

I. Prolegómenos	1141
II. Control político en un régimen presidencial	1144
III. Instrumentos de control político parlamentario y su reforma	1148
IV. Interpelación	1169
V. Interpelaciones en reglamento de la Cámara de Diputados	1177
VI. Conclusiones	1180

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA DE LA ARGENTINA: CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

RAÚL GUSTAVO FERREYRA
(Argentina)

§1. Planteo	1185
§2. Rasgos básicos	1187
§3. Conflictos entre poderes: La imprevisión constitucional	1189
I. La inconstitucionalidad de la reforma como conflicto de poderes	1189
§4. Invención de ideas. La laguna constitucional. Su comprensión. Juicio sobre a qué órgano constitucional compete adjudicar la potestad de control	1193
I. Consecuencia de la laguna constitucional: prohibición absoluta del control del proceso de reforma constitucional	1193
II. La reforma constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad y no viceversa	1196

III. Línea de acción <i>deconstitutione ferenda</i> ...	1198
III. A. Encuadre...	1198
III.B.Sugerencia para una eventual reforma constitucional...	1198
III.C. Argumentos en contra ...	1200
III.D.Defensa de argumentos propios...	1201
§5.Letras finales...	1205

**PODER CONSTITUYENTE Y REFORMA CONSTITUCIONAL:
ENFOQUE TEÓRICO Y CONCRECIÓN PRÁCTICA AL CASO CHILENO**

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

(Chile)

1. Origen y desarrollo de la concepción del poder constituyente ...	1210
2. El concepto de poder constituyente y su caracterización ...	1212
3.El poder constituyente derivado, sus límites y el control de constitucionalidad ...	1216
3.1. Caracterización del poder constituyente instituido o derivado...	1216
3.2. Los procedimientos de actuación del poder constituyente derivado o de reforma constitucional pueden explicitarse a través de cinco modelos básicos ...	1220
4. Los límites a la reforma constitucional y su caracterización ...	1222
4.1. Límites explícitos e implícitos ...	1223
4.2. Los límites autónomos y heterónomos ...	1224
4.3. Límites absolutos y relativos ...	1224
4.4. Los límites autónomos expresos ...	1225
4.4.1. Los límites autónomos expresos impuestos por un constituyente derivado o por una reforma constitucional y su modificabilidad.	1227
4.4.2. Los límites autónomos implícitos a la reforma constitucional. ...	1228
4.5.Los límites heterónomos al poder constituyente ...	1229
5. La reforma constitucional en Chile ...	1233
5.1.Los órganos que participan de la potestad constituyente instituida ...	1233
5.2. Procedimiento ordinario y extraordinario de reforma ...	1234
5.3.La sanción u observaciones del Presidente de la República y la insistencia del Congreso ...	1235

ÍNDICE GENERAL

5.4. Facultad presidencial para convocar a plebiscito	1236
5.5.El Tribunal Constitucional realiza la calificación del plebiscito y determina el texto de la reforma constitucional	1237
6. La Constitución chilena no establece procedimiento para la modificación total o sustitución de la Constitución por otra Carta Fundamental	1238
Bibliografía	1240

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL ELECTORAL MEXICANA
DE 2007 Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.
EL CONTROL DE UN PODER PRIVADO
DESDE EL PODER PÚBLICO**

PEDRO SALAZAR UGARTE
(México)

La reforma constitucional electoral mexicana de 2007 y los medios de comunicación. El control de un poder privado desde el poder público	1243
---	------

**REFORMA CONSTITUCIONAL Y CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD**

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE
(Costa Rica)

I.Introducción.....	1263
II. Antecedentes históricos	1264
III. El control de constitucionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica	1265
IV. La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por un vicio de incompetencia	1265
1.Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado.....	1266
2. El Poder Reformador de la Constitución	1267
3.La distinción entre la reforma general y la reforma parcial de la Constitución	1269
4. El tratamiento de los límites del Poder Reformador de la Constitución en el Derecho Comparado.....	1270
a. La doctrina italiana	1270
b. La doctrina alemana	1271
c. La doctrina española	1272
V. La situación en el ordenamiento costarricense	1273
VI. La inconstitucionalidad de la Ley 4349 por el vicio de incompetencia	1276

VII. La praxis constitucionalmente latinoamericana en materia de reelección presidencial	1277
VIII. Conclusión	1277

**EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES EN VENEZUELA:
A PROPÓSITO DEL FRACASADO PROYECTO DE REFORMA
DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA PROPUESTO
EN EL AÑO 2007
JOSÉ VICENTE HARO GARCÍA
(Venezuela)**

Introducción	1280
I. Sentido y alcance del Proyecto de Reforma de la Constitución venezolana presentado por el Presidente Hugo Chávez en el año 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional.....	1281
1.1. El intento de eliminar y restringir determinados Derechos Humanos en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional	1281
1.2. El intento de establecer en Venezuela un sistema socialista en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado con modificaciones por la Asamblea Nacional	1282
1.3. El intento de modificar radicalmente la forma de Estado en Venezuela en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 aprobado por la Asamblea Nacional, o sobre la pretensión de pasar de un Estado Federal a un Estado Centralizado y Desconcentrado.....	1284
1.4. El intento de modificar aspectos político institucionales establecidos en la Constitución de 1999 en el Proyecto de Reforma de la Constitución presentado por el Presidente Hugo Chávez en el 2007 y aprobado por la Asamblea Nacional o de la pretensión de concentrar mayor poder y extender su ejercicio en el poder.....	1285
II. Principales razones para sostener que el Proyecto de Reforma Constitucional violaba los límites materiales que para ese tipo de modificaciones constitucionales previó la Constitución venezolana de 1999 por infringir principios fundamentales de dicha Constitución.....	1285
III. Decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre acciones interpuestas contra el Proyecto de Reforma Constitucional o de cómo la justicia constitucional venezolana claudicó frente al poder del Presidente de la República	1289

IV. Naturaleza, alcance y límites de las reformas constitucionales: poniendo las cosas en contexto	1293
V. Los controles de la reforma constitucional con especial referencia al control ejercido por el órgano judicial encargado del control de la constitucionalidad y de ser el máximo y último intérprete de la Constitución...	1298
Reflexiones finales	1301

**EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL EN EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ARGENTINA: ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS**

RICARDO HARO
(Argentina)

I. Aproximación doctrinaria a la distinción entre Constitución formal y material.....	1306
1. Primeros aportes de la doctrina constitucional	1306
2. Constitución y régimen político	1307
3. Conceptos de Constitución formal y material	1308
II.El poder constituyente formal y material	1309
1. Reseña del pensamiento de Sièyes sobre el poder constituyente.....	1309
2. El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente	1310
3. Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material	1312
4. Derecho Constitucional formal y material	1313
5. La conciencia constitucional y los jueces de los tribunales constitucionales...	1314
III. Algunos casos paradigmáticos en los que la Corte Suprema ejerció el poder constituyente material	1315
1. Acción de amparo	1315
2. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad.....	1318
a) La reiterada negativa de su existencia	1318
b) El nacimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad	1319
3. Control de Oficio de Constitucionalidad.....	1320
a) Negativa al control de oficio de constitucionalidad	1320
b) Progresivo proceso en la Corte a favor del control de oficio	1321
c) La consolidación del control de constitucionalidad de oficio	1321

4. Intervención Federal	1322
5. Autonomía Municipal	1323
6. Supremacía de Tratados Internacionales.....	1324
7. Jurisdicción Internacional	1325
8. Establecimientos de Utilidad Pública Nacional	1326
9. Cuestiones Políticas	1327

VIII) MISCELÁNEA

MANIFIESTO PARA UNA NUEVA ILUSTRACIÓN

EMILIO SUÑÉ LLINÁS

(España)

Proemio.....	1332
1. Principios de la nueva ilustración	1338
1.1. La muerte de la antigua Ilustración: ni libertad, ni igualdad, ni felicidad.....	1338
1.2. La nueva casta privilegiada del poder: La clase político-académico-mediática.....	1339
1.3. El áspero tacto de las urnas	1342
1.4. La Revolución Francesa, una revolución que nunca sucedió.....	1343
1.5. Derechos del Hombre, metecos... fascismo	1343
1.6. De los Derechos de la Mujer al sexismo feminista	1344
1.7. La división de poderes y otros ejercicios de –supuesta– arqueología política	1344
1.8. El vacío de nuestros días	1345
1.9. Vindicación de una Nueva Ilustración	1346
1.10. La nueva cultura cívica	1346
1.11. Hacia un nuevo Derecho	1347
1.12. Virtud democrática frente a corrupción demagógica	1348
1.13. La responsabilidad educativa es una responsabilidad de todos... ..	1348
1.14. El talón de Aquiles de los medios de comunicación social	1348
1.15. Conclusiones preliminares	1349

2. Requisitos de un Estado legítimo o Estado respetable...	1350
2.1. Enumeración de los requisitos del Estado legítimo...	1350
2.2. El significado profundo de la Democracia...	1350
2.3. Principio de Legalidad y Estado de Derecho...	1351
2.4. Derechos Humanos y Ética Cívica...	1351
2.5. Equilibrio de poder en el seno del Estado: División de poderes	1353
2.6. Equilibrio de poder entre Estado y sociedad civil: Una razonable dimensión del Estado	1353
2.7. Allá donde existe pobreza, el primer objetivo del Estado ha de ser erradicarla	1356
3. Nuevas cuestiones en el entorno global	1357
3.1. El principio federativo, como mecanismo de equilibrio de poder: Hacia una Federación Global	1357
3.2. Nación y Estado	1358
3.3. España, algo más que un Estado: Una Nación de naciones...	1360
3.4. Los grandes transatlánticos culturales: La Comunidad Iberoamericana de Naciones...	1361
3.5. El mundo es un ovillo... de fibra óptica: El nuevo capitalismo	1362
3.6. Un espacio global generador de una nueva cultura...	1363
3.7. Una nueva política para un nuevo espacio: El ciberespacio metaespacial	1364
3.8. Hacia la Constitución del Ciberespacio y la Declaración de Derechos del Ciberespacio	1365

LOS SISTEMAS ELECTORALES COMPARADOS

ALBERTO RICARDO DALLA VIA
(Argentina)

1. Introducción	1367
2. Forma de gobierno	1368
3. Sistema de partidos...	1370
4. Las normas constitucionales	1370
5. Sistema electorales. Efectos	1373
6. Otras variables	1375
7. Parte final	1376

**LUZ Y SOMBRA EN LA EVOLUCIÓN HACIA
EL ESTADO SOCIAL EN CHILE**

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA
(Chile)

Introducción	1379
I. Visión del Estado social.....	1379
II. Superación del Estado providente	1381
III. Supuestos	1382
IV. Imagen chilena	1383
V. Epicentro en el Estado.....	1386
VI. Inversión del proceso.....	1388
VII. Sinergia para la democracia	1390
VIII. Importancia del derecho	1392
IX. Reformas pendientes	1395
X. El futuro	1398
Epílogo	1400

**BICENTENARIO. 1808: CONSTITUCIÓN DE BAYONA.
LOS INICIOS DEL NUEVO RÉGIMEN EN CENTROAMÉRICA**

JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA
(Guatemala)

1. Los acontecimientos. Bayona. La Génesis de la Junta	1403
2. Noticias de Guatemala	1404
3. La Junta de Bayona y la Constitución.....	1408
4. Los diputados americanos	1412
5. El diputado por Guatemala	1414
6. Las decisiones políticas fundamentales.....	1416

**LA PRIMERA CÁTEDRA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

EDGAR CARPIO MARCOS
(Perú)

La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional	1421
--	------

ÍNDICE GENERAL

CIUDADANOS PARA EL PAÍS QUE QUEREMOS

PEDRO J. FRÍAS

(Argentina)

Sociedad civil	1445
Tareas pendientes	1446
Una Argentina unida.....	1447

LIMINAR

LUIS CERVANTES LIÑÁN(*)

Continuando con la serie de los Cuadernos del Rectorado, me complace sobremanera decir algunas palabras con ocasión del reciente lanzamiento del *Libro-Homenaje* (2 ts.) en honor del eminente profesor mexicano Diego Valadés, y que lleva por título –sumamente atrayente– *El control del poder*, que han coordinado con criterio analítico y rigor académico los distinguidos profesores Peter Häberle (Alemania) y Domingo García Belaunde (Perú).

De su lectura se desprende que todos los colaboradores, con el tema que se han propuesto redactar, reafirman dos trazos puntuales con relación al profesor mexicano Diego Valadés, tan justamente homenajeado: a) reafirmar su gran calidad humana y motor indiscutible que cuajó una severa personalidad científica cuando estuvo al frente del prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (1998-2006) y b) esbozar diversos ejes temáticos, a partir del control del poder, título por demás significativo para Diego Valadés, que permitan darle en el presente *Libro-Homenaje* un acabado perfecto al contenido académico, tal y conforme podrán corroborar a continuación los acuciosos lectores.

La hermandad académica y científica que nos une con los colegas aztecas ya lo hemos puesto en evidencia en otra ocasión cuando tuvimos el honor y el privilegio de publicar en la Colección de los Cuadernos del Rectorado un sentido

(*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima - Perú). Doctor *Honoris Causa* por el Bloomfield College de New Jersey (Estados Unidos). Ha sido distinguido con la medalla «José León Barandiarán», otorgada por vez primera por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Palmas Magisteriales en el Grado de «Amauta» y la Medalla Sanmarquina con ocasión de los 460 años de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

homenaje al eminente procesalista Héctor Fix-Zamudio⁽¹⁾ que en fecha reciente nos visitó con otros colegas extranjeros en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con ocasión del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que organizó con notable éxito la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante los días 16 al 19 de setiembre de 2009. Adicha velada internacional también asistieron los colegas mexicanos Diego Valadés, Jorge Carpizo, Héctor Fix Fierro y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Y ahora reafirmamos esa amistad académica y cultural publicando sendos volúmenes en homenaje al profesor Diego Valadés, cuyo pensamiento goza de gran prestigio en el Derecho Constitucional Iberoamericano, en especial, debido a sus aportes vitales y claves en temas delicados que siguen aquejando la democracia en esta parte del hemisferio: la dictadura constitucional. O en otros campos donde ha desarrollado con ideas originales y planteamientos críticos diversos rubros interesantes que sirven para fortificar la gobernabilidad: problemas constitucionales del Estado de Derecho, el control del poder, y más de pronto, el gobierno de gabinete y la parlamentarización de los sistemas presidenciales, con lo cual se demuestra que su vocación permanente por la investigación y la enseñanza tiene un acusado relieve académico.

Lima, marzo de 2012.

(1) Vid. José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores) *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (Con especial referencia al Derecho Procesal Constitucional)*, 3ª. edición, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2008. Antecede Presentación de Luis Cervantes Liñán. Colaboran con sus testimonios: Domingo García Belaunde, Diego Valadés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Víctor Julio Ortecho Villena, Edgar Carpio Marcos y Karla Quintana Osuna.

PRESENTACIÓN

Hace tres años, cuando Diego Valadés terminaba su segundo período como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), uno de los coordinadores de esta obra, Peter Häberle, le comunicó a su colega y amigo Domingo García Belaunde, la necesidad de preparar un *Libro-homenaje* al doctor Valadés, precisamente ahora que se aprestaba a terminar su exitosa gestión al frente del prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas, y en el que había tenido una actividad descollante.

Los motivos eran más que suficientes y así lo entendieron ambos colegas, quienes se pusieron la tarea de preparar un *Libro-homenaje*, con todo lo que esto supone. Se trataba no sólo de un notable jurista mexicano que había tenido una relevante actividad al frente del Instituto, plasmado en sus numerosas actividades, tanto internas como externas, sino en el número muy elevado de sus publicaciones, su continua apertura al mundo académico exterior, y en especial, el latinoamericano. Y además, su larga y fructífera dedicación al mundo de la cultura, en especial del área jurídica, como lo demuestra el hecho de ser miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, una de las más prestigiosas de su género en nuestra América y de otras instituciones similares.

No nos explayamos en los datos y referencias sobre el doctor Valadés, pues sobre eso hay bastante información en la bio-bibliografía que acompañamos y en los artículos que a él han dedicado algunos de sus amigos en este volumen.

Debemos mencionar que desde un principio los coordinadores prepararon una lista muy comprensiva y amplia de futuros colaboradores para el *Libro-homenaje*, la cual tuvo que ser reducida, pues de lo contrario rebasaba largamente toda proyección editorial. Así es que tuvimos que limitarnos a unos cuantos nombres, que no empece eso, son muy numerosos. Convocados para colaborar

en este *Libro-homenaje*, tuvimos una respuesta casi unánime en sentido positivo, si bien al final, como siempre sucede en estos casos, distinguidos colegas por diversos motivos no han podido acompañarnos en esta ocasión, no obstante ello se han adherido y sobre todo apoyado este proyecto académico. Pero las colaboraciones recibidas y los temas abordados son todos del más alto interés y del testimonio del emotivo homenaje que se rinde ahora al doctor Diego Valadés.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a los colegas y amigos que nos han ayudado en la preparación y ordenamiento de este *Libro-homenaje*, y de manera especial al doctor Jorge Carpizo.

Bayreuth-Lima, abril de 2009.

Peter Häberle.
Domingo García Belaunde.

NOTA PRELIMINAR

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO(*)

A modo de consideración preliminar, y antes de tocar puerto, conviene centrar las presentes líneas de la siguiente manera: ¿Cómo se forma un constitucionalista? ¿Cuán importante es saber dominar y emplear, sin ningún tipo de pasiones, los conceptos y categorías del Derecho Constitucional, y complementarlos con los que ofrece la Ciencia Política? ¿Cuál es la importancia del poder y sus diversos significados? ¿Es posible el control del poder? ¿Por qué son importantes los estudios sobre el poder correlacionándolo entre el Derecho Constitucional (fenómenos jurídicos) y la Ciencia Política (fenómenos políticos)? ¿Cuál es la relevancia práctica del estudio comparativo del poder? ¿A qué se debe que el poder requiera, para que se exprese como tal, de un control y de una legitimidad?

A partir de estas interrogantes, y otras más, hay que ubicar *in locus* el pensamiento vivo y en permanente producción, a la par de la trayectoria rectilínea de una vocación muy singular, de Diego Valadés (Mazatlán, Sinaloa, 8-V-1945). ¿Y qué mejor botón de muestra, en la más vasta extensión jurídico-cultural, con el presente *Libro-Homenaje*, tan copioso en detalles, tan armónico en su conjunto, coordinado con ahínco y competencia meritísima por Peter Häberle y Domingo García Belaunde, y que lleva al frente un título atrayente y provoca-

(*) Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

tivo: *El control del poder. Libro-Homenaje a Diego Valadés* (2 ts.), a través del cual cada uno de los cuarenta i un colaboradores, inspirados en el *ethos* pensante de Diego Valadés, desarrollan sus ensayos a modo de contribución teniendo como norte el control del poder, título que nuestro homenajeado ha trabajado con paciencia de benedictino en *sumagnus opus* que lleva por título precisamente *El control del poder*⁽¹⁾, redactado al calor de firmes convicciones, que conserva y conservará siempre un mérito extraordinario.

He aquí una exposición resumida de su doctrina. En efecto, Valadés entiende que para abordar la polémica en torno al poder hay que repasar la historia del pensamiento político expresado en las ideas de los clásicos, tales como: Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), Maquiavelo (1469-1527), Dante Alighieri (1265-1321), Marsilio de Padua (1275/1280?-1342/1343?), Nicolás de Cusa (1401-1464), Guillermo de Ockham (1280/1288?-1349), Tomás de Aquino (1224/1225?-1274), Tomas Hobbes (1588-1679), Jean Bodino (1529/1530?-1596), Johannes Althusius (1557-1638), Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), John Locke (1632-1704), Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755), Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), Carlos Marx (1818-1883), Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), entre otros.

Y a renglón seguido, inquiera: ¿Cómo y bajo qué condiciones tiene que expresarse el poder en un sistema constitucional democrático sobre la base de niveles de cambio? Luego responde: *a)* estar distribuido, *b)* ser regulado, *c)* estar limitado, *d)* ser accesible, *e)* ser predecible, *f)* ser eficaz, *yg)* estar controlado. Luego, en su libro *El control del poder*, la obra más fundamental de todas, Valadés emplea tres avenidas claramente diferenciables para abordar el estudio del poder: *a)* los problemas que suscita el poder, *b)* el control como parte inherente del poder, y *c)* la experiencia constitucional de tres sistemas que ofrece el Derecho Constitucional Comparado: el norteamericano, el mexicano y el español.

Infatigable en sus tareas, Diego Valadés, producto de prolijas meditaciones y asiduas lecturas, continúa ampliando los horizontes de su predilección intelectual –*El control del poder*– en otras publicaciones de su cosecha, en

⁽¹⁾ Cfr. Valadés, Diego: *El control del poder*, 1ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., de C.V., México D.F., 1998. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Hay ediciones posteriores.

obsequio a sus lectores, reafirmando de esa forma, sin disputa posible, que el tema materia de su atención es inagotable. En efecto, esta somera meditación basta para comprender que Diego Valadés, hombre sabio y bueno, desea seguir brindando un panorama exhaustivo del control del poder en otras obras salidas de su pluma con tan cabal conocimiento de la materia.

Por ejemplo, tal aserto se deja notar con nítida claridad en sus más recientes libros y ensayos:

1) *Problemas constitucionales del Estado de Derecho* (1ª. edición, 2002; 2ª. edición, 2004, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, Buenos Aires).

2) “Cabinet Government and Latin American Neopresidentialism”, en AA.VV.: *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck Tübingen, 2004, págs.531-549.

3) *El Gobierno de Gabinete* (UNAM-Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008. Antecede Prólogo de Antonio M. Hernández).

4) *La parlamentarización de los sistemas presidenciales* (1ª. edición peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2009. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde. La 1ª. y 2ª. edición vieron la luz en México durante los años 2007 y 2008, respectivamente).

De cuanto se acaba de señalar, es menester significar que el presente *Libro-Homenaje* es una co-edición peruana, a diferencia de la edición mexicana⁽²⁾ del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y en donde la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) han unido esfuerzos académicos para rendir un justo homenaje a Diego Valadés, quien desde muy joven mostró tan feliz aptitud y tan decidida vocación a la Ciencia del Derecho Constitucional, disciplina a la que ha enaltecido en toda Iberoamérica con sus doctísimas enseñanzas y consagrándole sus mayores preferencias.

(2) Vid. Häberle, Peter-García Belaunde, Domingo (Coordinadores): *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 ts., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2011.

Mientras tanto, en el sentido propio de la ciencia, las tres instituciones académicas anteriormente citadas, y que están ligadas por lazos fraternales e insolubles, continuarán brindando lo mejor de sí en favor del Derecho Constitucional Iberoamericano, por cuanto sus obras editoriales siempre son esperadas con afán y leídas con deleite.

Lima, 19 de marzo de 2012.

Con ocasión del Bicentenario de la Constitución de
Cádiz de 19 de marzo de 1812.

BIO-BIBLIOGRAFÍA DE DIEGO VALADÉS

Nació el 8 de mayo de 1945, en Mazatlán, Sinaloa, México.

I.E STUDIOS

Cursó la licenciatura en Derecho en la Faculdade de Direito de la Universidade Classica de Lisboa y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con premio extraordinario.

II.F FUNCIONES ACADÉMICAS

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México inició sus actividades como becario (1968) y ha ocupado diversas categorías como investigador desde 1970. En la actualidad es Investigador Titular «C» de tiempo completo, e Investigador Nacional Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores.

III.F FUNCIONES ACADÉMICO - ADMINISTRATIVAS EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

- Subjefe del Departamento de Radio, Televisión y Grabaciones (1972).
- Miembro de la Comisión Técnica de Legislación Universitaria (1973).
- Director General de Difusión Cultural (1973-1976).
- Director de la Revista de la Universidad (1973-1976).
- Abogado General (1977-1980).
- Coordinador de Humanidades (1981).
- Presidente de la Comisión Editorial de la UNAM (1981).
- Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas (1998-2006).

IVA ACTIVIDADES ACADÉMICAS EN OTRAS INSTITUCIONES

- Profesor Visitante de Derecho Constitucional en la Escuela de Graduados de la Universidad de Guadalajara (agosto 1971).
- Profesor de Historia de las Ideas e Instituciones Políticas en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (1971 y 1972).
- Miembro del Jurado Calificador del Personal Académico de la Universidad Pedagógica Nacional, México (1981).
- Secretario de la Junta Directiva de la Universidad de Occidente, Los Mochis, Sinaloa (1987).
- Miembro del Comité Editorial de Ciencias Sociales en el área de Derecho, del Fondo de Cultura Económica, México (1990-1994; 2002-2003).
- Profesor Visitante de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1991-2001).
- Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (2002).
- Miembro de la Comisión Dictaminadora de Ciencias Sociales del Sistema Nacional de Investigadores, México (2003-2005).
- Miembro del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Administración Pública, México (2001-2004).
- Miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Veracruzana, Xalapa, (2001-2004).
- Miembro del Consejo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, México (2002-2006).
- Miembro del Comité sobre Aspectos Éticos, Legales y Sociales del Consorcio Promotor del Instituto de Medicina Genómica, México (2002-2004).
- Integrante del Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, México (2004-2007).
- Consejero *ad honorem* de la Presidencia de la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión, México (2007).
- Vicepresidente de la Sociedad Europea de Cultura, Venecia (2007).
- Censor de la Academia Mexicana de la Lengua (2008).

VF FUNCIONES PÚBLICAS

- Coordinador Auxiliar Jurídico de la Coordinación General de los Servicios de Salud, Presidencia de la República (1981-1982).

- Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación (1982-1984).
- Subsecretario de Regulación Sanitaria, Secretaría de Salubridad y Asistencia (1984-1985).
- Diputado Federal en la LIII Legislatura (1985-1988).
- Secretario General de Gobierno del Estado de Sinaloa (1987-1988).
- Embajador de México en Guatemala (1988).
- Coordinador General Jurídico del Departamento del Distrito Federal (1988-1991).
- Secretario General de Coordinación Metropolitana del Departamento del Distrito Federal (1991-1992).
- Procurador General de Justicia del Distrito Federal (1992-1994).
- Procurador General de la República (1994).
- Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1994-1995).

VI.I INSTITUCIONES Y ASOCIACIONES A LAS QUE PERTENECE

- Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (1974).
- Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de la Plata, Argentina (1979).
- Miembro Honorario del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, Argentina (1980).
- Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Río de Janeiro, Brasil (1980).
- Miembro Honorario de la Asociación Latinoamericana de Sanscritistas, Sao Paulo, Brasil (1981).
- Miembro Honorario del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires (1982).
- Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias (1982).
- Miembro de Honor de la Abogacía Española (1982).
- Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1982).
- Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (1989).
- Miembro de número del Instituto Mexicano de Cultura (1990).
- Miembro fundador de la Fundación UNAM (1993).

- Miembro correspondiente del Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, Argentina (1999).
- Miembro de la Sociedad Europea de Cultura (Société Européenne de Culture), Venecia (2000).
- Miembro titular y consejero de El Colegio de Sinaloa, Culiacán, (2000).
- Integrante Distinguido del Claustro Académico de Doctores, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (2000).
- Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina (2003).
- Miembro Honorario de la Asociación de Juristas Latinoamericanos «Andrés Bello», Caracas, Venezuela (2003).
- Miembro de número de la Academia Mexicana de la Lengua, México (2004).
- Académico correspondiente de la Real Academia Española, Madrid (2005).
- Académico Correspondiente en México de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina, Buenos Aires (2006).
- Miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima (2006).
- Miembro de El Colegio Nacional, México (2007).
- Miembro honorario del Seminario de Cultura Mexicana, México (2008).

VII. PUBLICACIONES

A. Libros:

1. *La Dictadura Constitucional en América Latina*, UNAM, México, 1974.
2. *La Universidad Nacional Autónoma de México, Formación, Estructura y Funciones*, UNAM, México, 1974.
3. *La Constitución Reformada*, en *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, Cámara de Diputados, México, 1979.
 - Segunda edición, UNAM, México, 1987.
4. *El Derecho Académico en México*, UNAM, México, 1987.
5. *Constitución y Política*, UNAM, México, 1987.
6. *Derecho de la Educación*, McGraw-Hill, México, 1997.
7. *El Control del Poder*, UNAM, México, 1998.
 - Primera edición, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2000.

- Primera edición, UNAM, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2005.
 - Segunda edición, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006.
 - Edición en ruso, Editorial Idea y UNAM, Moscú, 2006.
 - Primera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.
8. *Constitución y Democracia*, UNAM, México, 2000.
- Segunda edición, 2002.
9. *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, UNAM, México, 2002.
- Primera edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.
 - Segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
 - Edición en ruso, Editorial Idea, UNAM, Moscú, 2009.
10. *El gobierno de gabinete*, UNAM, México, 2003.
- Primera reimpresión, 2003.
 - Segunda edición, 2005.
 - Primera edición, UNAM, Instituto Centroamericano de Estudios Penales, Universidad Politécnica de Nicaragua, y Editorial Hispamer, Managua, 2005.
 - Primera edición UNAM-Rubinzal, Buenos Aires, 2007.
11. *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, Academia Mexicana de la Lengua y UNAM, México, 2005.
- Edición en ruso, Editorial Idea, Moscú, 2008.
12. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, El Colegio Nacional, UNAM, México, 2007.
- Primera edición peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2009.

B.Libros en coautoría:

1. *El Conflicto Laboral en la Universidad Nacional Autónoma de México en 1977* (con Ignacio Carrillo Prieto, Salomón Díaz Alfaro y Roberto Estefan Karam), UNAM, México, 1980.
 2. *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano* (con José Francisco Ruiz Massieu) Editorial Porrúa, México, 1983.
 3. *El voto de los mexicanos en el extranjero* coautor con Jorge Carpizo, UNAM, México 1998.
- Primera edición, Editorial Porrúa, UNAM, México, 1999.

- Segunda edición, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2002.
- 4. *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder. El caso mexicano en perspectiva histórica y comparada* coautor con Gerónimo Gutiérrez y Alonso Lujambio, UNAM, México, 2001.
- 5. *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, coautor con Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro y Julia Flores, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria y UNAM, México, 2004.
-Primera reimpresión, UNAM, México, 2004.
- 6. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, coautor con Jorge Carpizo, UNAM, México, 2008.

C.Libros coordinados:

1. *Antología Textos sobre la Independencia y la Libertad*, Partido Revolucionario Institucional, México, 1987.
2. *La Transformación del Estado Mexicano*, Diana, México, 1989.
3. *El Sistema Electoral de la Democracia Mexicana*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1990.
4. *Panorama del derecho mexicano*, coordinador con Hugo Concha y José Luis Soberanes (1995-1996).
5. *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, editor-coordinador con José María Serna, UNAM, México, 2000.
6. *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, editor-coordinador con Miguel Carbonell, UNAM, México, 2000.
- Primera reimpresión, 2004.
7. *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, coordinador con Rodrigo Gutiérrez Rivas (4 tomos), UNAM, México, 2001.
8. *Compendio de Legislación Universitaria 1910-2001*, coordinador con Arcelia Quintana-Adriano, 4 volúmenes, Oficina de la Abogada General y UNAM, México, 2001.
9. *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado* coordinador con Miguel Carbonell, Hugo A. Concha Cantú y Lorenzo Córdova, UNAM, México, 2001.
- Segunda edición, 2002.
10. *Investigación y desarrollo en la reforma fiscal*, coordinador con José Antonio de la Peña Mena y Gabriela Ríos Granados, UNAM, México, 2002.

11. *Globalidad y conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*, coordinador con José Luis Valdés Ugalde, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, UNAM, México, 2002.
 - Segunda edición, 2005.
12. *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos* coordinador con Antonio María Hernández, UNAM, México, 2003.
13. *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?*, coordinador con Manuel Camacho Solís, Cámara de Diputados y UNAM, México, 2004.
 - Primera reimpresión, 2005.
14. Coordinador de la colección *Constituciones Iberoamericanas*:
 - *Constituciones Iberoamericanas. Costa Rica*, Rubén Hernández Valle, UNAM, México, 2005.
 - *Constituciones Iberoamericanas. El Salvador*, UNAM, México, 2005.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Chile*, UNAM, México, 2005.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, UNAM, México, 2005.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Argentina*, UNAM, México, 2006.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Brasil*, UNAM, México, 2006.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Colombia*, UNAM, México, 2006.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Guatemala*, UNAM, México, 2006.
 - *Constituciones Iberoamericanas. Cuba*, UNAM, México, 2008.
15. *Federalismo y regionalismo*, coordinador con José María Serna de la Garza, UNAM, México, 2005.
16. *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, UNAM, México, 2005.
17. *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano*, coordinador con Daniel A. Barceló Rojas, UNAM, México, 2005.
18. *Análisis del Marco Jurídico del Consejo de Salubridad General*, coordinador con Julio Frenk Mora y Mercedes Juan, Secretaría del Consejo de Salubridad General, México, 2005.
19. *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, UNAM, México, 2006.
20. *El diseño institucional de la política de ciencia y tecnología en México*, editor con Enrique Cabrero Mendoza y Sergio López Ayllón, Centro de Investigación y Docencia Económicas, UNAM, México, 2006.
21. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, coordinador con Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Cámara de Diputados, Senado

de la República, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y UNAM, México, 2006.

22. *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, coordinador con Alya Saada, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO y UNAM, México, 2006.
23. *Panorama del Derecho Constitucional mexicano*, coordinador con Miguel Carbonell, Editorial Porrúa y UNAM.
24. *El Estado constitucional contemporáneo*, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, coordinador con Miguel Carbonell, UNAM, México, 2006.
25. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, coordinador con Miguel Carbonell, UNAM, México, 2007.

D.Opúsculos:

1. *El abogado y la Libertad*, Colección Pensamiento Universitario, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1978.
2. *Las Leyes Orgánicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Deslinde*, UNAM, México, 1980.
3. *Don Miguel Hidalgo*, en *Recordando a Hidalgo*, Ediciones Casa de San Nicolás, Morelia, 1981.
4. *La Educación Superior en los Sistemas Federales*, *El caso de México*, en colaboración con Guillermo Soberón y Cuauhtémoc Valdés, *Deslinde*, UNAM, México, 1981.
5. *Salud y Federalismo*, en *Cuadernos de la Coordinación de los Servicios de Salud*, Presidencia de la República, N° 20, Vol. III, México, 1982.
6. *Don Isidro Fabela*, en *Homenaje a Isidro Fabela*, Centro de Estudios Históricos del Agrarismo en México, 1982.
7. *El Desarrollo Municipal como supuesto de la democracia y del federalismo mexicanos*, en *Cuadernos del Centro de Asesoría y Promoción Electoral*, CAPEL, N° 12, San José de Costa Rica, 1986.
8. *México: una democracia fuente*, en *Temas de Derecho Público*, N° 27, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989.
9. *Procuración de Justicia. Los cambios necesarios* Fundación Mexicana Cambio XXI, México, 1993.
10. *Proyecto de Nueva Ley de Amparo*, UNAM, México, 2000.

11. *Algunos problemas actuales del estado de derecho*, El Colegio de Sinaloa, Culiacán, 2001.
12. *Los Consejos de la judicatura: Desarrollo institucional y cambio cultural*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2002.
13. *El acceso a la información y los derechos fundamentales*, Universidad de Occidente, Culiacán, Ayuntamiento de Culiacán, Culiacán, Sinaloa, 2003.
14. *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

E. Artículos y capítulos de libro:

1. «Mexique» en *Annuaire de Législation Française et Etrangère*, Nouvelle série, Tome XIX, París, Francia, 1970.
2. «Presupuestos de la Reforma Universitaria», en *América Latina: y la Reforma Universitaria*, Centro de Estudios Democráticos de América Latina (CEDAL), Colección Seminarios y Documentos, San José, Costa Rica, 1972.
3. «Causas legales del estado de excepción en América Latina», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año V, Nueva Serie, N° 13-14, México, 1972.
4. «Panorama actual de la cultura en México», en *Trayectoria de la Cultura en México*, Fomento Cultural Banamex, A.C., México, 1974.
5. «Algunos supuestos para la constitucionalización de los partidos políticos », en *El Régimen Constitucional de los Partidos Políticos* UNAM, México, 1975.
6. «Ideas Políticas y Sociales de Salvador Alvarado», en *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, Vol. V, UNAM, México, 1976.
7. «Perspectiva y responsabilidad de la Universidad en América Latina». Relato General de la VII Asamblea General de la Unión de Universidades de América Latina, en *Universidades*, N° 66, México, 1976.
8. «Universidad y Constitución en América Latina », en *La Legislación Universitaria en la Solución de los Problemas de las Universidades Latinoamericanas*, Unión de Universidades en América Latina, primera edición, México, 1977.
 - En *Universidades*, segunda serie, Unión de Universidades en América Latina, Año XVII, N° 67, enero-marzo, México, 1977.
9. «Problemas de la Reforma Constitucional en el Sistema Mexicano», en *Los Cambios Constitucionales en América Latina*, UNAM, México, 1977.
10. «El Poder Legislativo en México », en *Evolución de la Organización Política Constitucional en América Latina*, UNAM, México, 1978.

11. «Las Comisiones Parlamentarias Permanentes », en *Comunicaciones Mexicanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Budapest 1978, UNAM, México, 1978.
12. «La Misión de Jurista », en *Crónica del Segundo Congreso Mexicano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1978.
13. «El Poder Legislativo Mexicano», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N° 4, 1978.
 - En *Las Experiencias del Proceso Político Constitucional en México y España*, UNAM, primera edición, México, 1979.
14. «La Comisión Permanente del Congreso de la Unión», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXIX, N° 113, México, 1979.
 - En *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980.
15. «Problemas del Federalismo Mexicano», con Jorge Carpizo, en *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, 1979.
16. «El Régimen Jurídico de la Universidad», en *La Autonomía Universitaria en América Latina*, UNAM, México, 1979.
17. «Reflexiones sobre la Naturaleza Jurídica de la UNAM», en *La Autonomía Universitaria en México*, vol. i, UNAM, México, 1979.
18. «La Incorporación del Referéndum al Sistema Constitucional Mexicano», en *Anuario Jurídico*, VI-1979.
19. «Teoría Dinámica del Derecho», de José Vasconcelos, nota preliminar en *Anuario Jurídico*, VI-1979, UNAM, México, 1979.
20. «Universidad y Cultura », en *Revista de la Universidad de México* , Vol. XXXIV, N° 5, México, 1980.
21. «El Proceso de la Autonomía Universitaria», en *Cuadernos del Centro de Documentación Legislativa Universitaria*, Vol. II, N° 3, México, 1980.
22. «El Sistema Político Mexicano (El Derecho y el Poder)», en *Anuario Jurídico*, VII-1980. UNAM, México, 1980.
23. «Función del Maestro Universitario», en *Cuadernos del Centro de Documentación Legislativa Universitaria*, Vol. II, N° 4, México, 1980.
24. «La Constitución de 1978 de la República Popular de China», en *Legislación y Jurisprudencia*, vol. 9, UNAM, México, 1980.
25. «El Derecho a la Creación», en *Revista de la Universidad de México* , Vol. XXXV, N° 2-3, México, 1980.

26. «Algunas características del Sistema Político Mexicano», en *Revista de Estudios Políticos*, N° 15, Nueva Época, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
27. «Una reforma institucional», en *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, N° 8, Vol. II, México, 1980.
28. «Homenaje al Doctor Alfonso Noriega», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXX, N° 116, UNAM, México, 1980.
29. «El Abogado y la Libertad », en *Revista de la Asociación Nacional de Abogados*. II Época, N° 1, México, 1980.
- Ediciones de la Universidad de Morelos, Cuernavaca, 1983.
30. «Una reforma institucional: la representación de sectores dentro del sistema constitucional mexicano », en *Partidos Políticos y democracia en Iberoamérica*, UNAM, México, 1981.
31. «Derecho de la Educación», en *Introducción al Derecho Mexicano*, t. II, UNAM, México, 1981.
32. «La Educación Universitaria », en *Historia de la Educación Pública en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
33. «El Derecho como Estructura y como Estrategia del Estado», en *Revista de la Asociación Nacional de Abogados*, II Época, N° 2, México 1981.
34. «Ideas y Política », en *Publicaciones del Consejo Consultivo del IEPES* , México, diciembre 1981.
35. «The Right to Education under the Mexican Constitutional System», en *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 12, Tel Aviv, 1982.
36. «En Recuerdo del Maestro Mario de la Cueva», en *Testimonios Sobre Mario de la Cueva*, Editorial Porrúa, México, 1982.
37. «El Tiempo: Recurso no Renovable en Política», en *Publicaciones del Consejo Consultivo del Instituto de Estudios Políticos, Económicos y Sociales* , N° 4, México, 1982.
38. «El Presidencialismo Latinoamericano en el Siglo XIX», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 44, UNAM, México, 1982.
39. «Las Tesis Jurídicas de Miguel de la Madrid», en *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, N° 20, Vol. III, México, 1982.
40. «Una reforma institucional», en *Anuario Jurídico*, N° IX, UNAM, México, 1982.
41. «The Right to health as provided for the Mexican Constitution », en *The Mexican Forum*, Vol. 3, N° 4, Universidad de Texas Austin, 1983.

42. «Algunas Reformas Legislativas», en *Revista Mexicana de Justicia*, N° 4, Vol.1, Procuraduría General de la República, México, 1983.
43. «La reforma social de la Constitución», en *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1983.
44. «El derecho a la protección de la salud y el federalismo», en *Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.
- Segunda edición, 1995.
45. «El Amparo contra Reformas Constitucionales», en *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1983.
46. «Comentario sobre la formación del Estado», en *La Formación del Estado Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1984.
47. «Reformas Legales para Garantizar el Acceso a la Justicia», en *La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia*, Procuraduría General de la República, México, 1984.
- 48.«El Libro Filosófico-Jurídico », en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosófica Social* , vol. X, UNAM, México, 1984.
49. «Algunos Aspectos Constitucionales de las Relaciones entre los Poderes», en *Anales de Jurisprudencia*, edición especial, México, 1984.
50. «Economía y Constitución», en *Ciencia*, Revista de la Academia de la Investigación Científica, México, 1984.
- 51.«Semblanza del Maestro Roberto Moreno de los Arcos», en *Roberto Moreno de los Arcos, Imagen y Obra Escogida*, UNAM, México, 1984.
52. «Problemas de la Reforma Constitucional en el Sistema Mexicano», en *LV Legislatura, H. Congreso del Estado de Chiapas* Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 1984.
53. «El Capítulo Económico de la Constitución Mexicana », en *Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Editorial Porrúa, México, 1985.
54. «El Capítulo Económico de la Constitución», en *Las Ciencias Sociales y El Colegio Nacional*, El Colegio Nacional, México, 1985.
55. «Las Transformaciones del Poder Legislativo Mexicano», en *Obra Jurídica Mexicana*, Procuraduría General de la República, México, 1985.
- 56.«Estudio preliminar » a *La Evolución Histórica de México*, de Emilio Rabasa, UNAM, México, 1986.

57. «El desarrollo municipal como supuesto de la democracia y del federalismo mexicano», en *Estudios Municipales*, Política y Gobierno I, Secretaría de Gobernación, N° 3, México, 1985.
58. «El Marco de las Relaciones entre el Congreso de la Unión y el Poder Ejecutivo», en *El Refrendo*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1986.
59. «El Presidencialismo Latinoamericano», en *Revista Parlamentaria Iberoamericana* N° 2, México, 1985.
60. «La Intervención de los Estados en América Latina en el Proceso Económico Social», en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 1986.
61. «Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión», en *El Cambio a Través del Derecho*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1987.
62. «La Evolución Constitucional en el México Revolucionario» en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. i, UNAM, México, 1987.
63. «Un Proyecto para Garantizar el Acceso a la Justicia», en *Estudios de Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, t. III, UNAM, México, 1988.
64. «Los límites del constitucionalismo local», en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, Tomo I, Derecho Constitucional, UNAM, México, 1988.
65. «La Revolución Social Mexicana y las Transformaciones Constitucionales», en *México, 75 Años de Revolución*, t. III, Política I, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
66. «El Control Interorgánico entre los Poderes Legislativos y Ejecutivo en México», en *El Sistema Presidencial Mexicano*, UNAM, México, 1988.
67. «México: Actualización Constitucional», con José Francisco Ruiz Massieu, en *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX* Vol. IV, UNAM, México, 1989.
68. «Una Reforma Institucional», en *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, N° 8, vol. II, México, 1989.
69. «La Formación de los Profesionales Mexicanos », en *Los Profesionales Mexicanos y los Desafíos de la Modernidad*, Editorial Diana, México, 1989.
70. «El sistema electoral de la democracia mexicana», en *Federación Nacional de Abogados al Servicio del Estado*, Miguel Ángel Porrúa, primera edición, México, 1990.

- En *El Reacomodo del Poder*, Editorial Diana, México, 1991.
71. «Las Relaciones de Control entre el Legislativo y el Ejecutivo en México », en *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, Instituto de Investigaciones Legislativas, México, 1991.
72. «El Régimen Jurídico del Distrito Federal», en *Estatutos Jurídicos de las Capitales y Áreas Metropolitanas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.
73. «La Reforma Social de la Constitución», en *Antología Constitucional Mexicana*, Mario Ruiz de Chávez, México, 1992.
74. «Sistema Normativo y Entorno Político», en *Estudios Jurídicos en Torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su Septuagésimo Quinto Aniversario*, UNAM, México, 1992.
75. «Política y derecho », en *Cuadernos Americanos*, N° 31, vol. I, Nueva Época, UNAM, México, 1992.
76. «La Dictadura Constitucional en América Latina», en *Alegatos*, número 21, México, 1992.
77. «Guillermo Soberón: perfil de un líder », en *Guillermo Soberón dentro y fuera de la Universidad, impresiones sobre su obra*, UNAM, México, 1992.
78. «Anteproyecto de Constitución Política para una Entidad Federativa», con Jorge Madrazo, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1992.
79. «La Calificación Electoral en América Latina», en *Derecho y Legislación electoral*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades/ Miguel Ángel Porrúa, México, 1993.
80. «El Administrador Público », en *El Papel del Abogado*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 1993.
81. «Palabras a la Dra. Clementina Díaz y de Ovando », en *Homenaje a Clementina Díaz y de Ovando: Devoción a la Universidad y la Cultura*, UNAM, México, 1993.
82. «Cultura jurídica y acceso a la justicia », en *Homenaje a Fernando Hinestrosa: 30 años de Rectorado, Estudios de Derecho Constitucional*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993.
83. «Estado de Derecho y la lucha contra la impunidad», en *La Procuración de Justicia: problemas, retos y perspectivas*, Procuraduría General de la República, México, 1993.

84. «El derecho para el siglo XXI », en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 1994.
85. «Actualidad del pensamiento de César Sepúlveda», en *Homenaje a César Sepúlveda*, UNAM, México, 1995.
86. «Reflexiones jurídicas sobre el conflicto en Chiapas», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 82, UNAM, México, 1995.
87. «Salvador Alvarado, un precursor de la Constitución de 1917», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, 1995.
88. «Estado reformado y Estado reformable», en *La reforma del Estado. Estudios comparados*, con Hugo Concha y José Luis Soberanes, UNAM, México, 1996.
89. «Partidos políticos», en *Los valores en el derecho mexicano*, coordinado por Sergio García Ramírez, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
90. «Descentralización Política», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, Editorial Porrúa-UNAM, 12ª edición, México, 1998.
- En *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa y UNAM, 14ª edición, México, 2000.
91. «Cláusula de Gobernabilidad», en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, Editorial Porrúa y UNAM, México, 1998.
92. «Todo cambio es constancia: Apuntes para una reforma institucional», en *El Significado Actual de la Constitución*, UNAM, México, 1998.
93. «El Poder de Controlar», en *Liber ad Honorem; Sergio García Ramírez*, Tomo I, UNAM, México 1998.
94. «La transición del sistema presidencial mexicano», en *El Presidencialismo renovado*, Nueva Sociedad, Caracas, 1998.
95. «Reflexiones sobre la cooperación jurídica internacional », en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, volumen II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
96. «Haciendo el camino », en *El Camino de la Democracia en México*, Archivo General de la Nación, Comité de Biblioteca e Informática de la Cámara de Diputados, UNAM, México, 1998.
97. «Implicaciones constitucionales del voto de los mexicanos en el extranjero», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLVIII, 1998.

98. «Proceso evolutivo de los controles políticos en México», en *Memoria VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
99. «México: problemas y perspectivas constitucionales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 1998.
100. «El nuevo constitucionalismo iberoamericano», en *La Constitución Española de 1978: 20 años de democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
101. «Constitutional Implications of Mexicans' Voting Abroad», en *Voices of Mexico*, N° 46, México, 1999.
102. «Adolfo Christlieb y la reelección de los legisladores», en *Revista Propuesta*, año 4, N° 8, vol. II, México, 1999.
103. «México: Renovación constitucional o retroceso institucional», en *Hacia una nueva constitucionalidad*, UNAM, México, 1999.
104. «El Administrador Público », en *El Papel del Abogado*, UNAM, México, 1999.
105. «Representación y Legitimidad», en *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*, UNAM, México, 1999.
106. «Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo», en *Cuestiones Constitucionales*, N° 1, UNAM, México, 1999.
107. «La elección del presidente como parte de la renovación constitucional», en *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, UNAM, México, 2000.
108. «La Reforma de la Constitución», en *Crónica Legislativa*, H. Cámara de Diputados, N° 12, 3ª época, México, 2000.
109. «La Constitución y el Poder», en *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados, UNAM, México, 2000.
- Segunda edición, 2004.
110. «La Comunidad Latinoamericana de Naciones», en *Globalidad e Identidades: México y América Latina en el cambio de Siglo*, Centro Latinoamericano de la Globalidad, México, 2000.
111. «Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia », en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 97, UNAM, México, 2000.
- En *Constitución y Constitucionalismo hoy, Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000.

112. «Aspectos constitucionales de los flujos financieros internacionales », en *Regulación de Flujos Financieros Internacionales*, UNAM, México, 2000.
113. «Constitución y control político », en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2000.
 - Segunda edición, 2008.
114. «Relación y controles recíprocos entre órganos del poder», en *Propuestas de Reformas Constitucionales*, Tomo I, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2000.
115. «Problemas y Opciones de la Reforma Constitucional», en *Memoria del Congreso Nacional Los Tribunales Electorales del Nuevo Milenio*, Revista del Tribunal Electoral del Estado de México, N° 2, Toluca, México, 2000.
116. «Estado de Derecho», en *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), Agencia Española de Cooperación Internacional, Tomo I, San José, Costa Rica, 2000.
 - Tercera edición, San José, Costa Rica, 2003.
 - En *Memoria Transición y Consolidación Democrática*.
 - *El contexto internacional y la experiencia mexicana* , Instituto Federal Electoral, México, 2003.
117. «Pobreza, Desarrollo y Educación Superior», en *Memoria Política y Desarrollo, La globalización y las opciones nacionales* , Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
118. «Principios para una nueva Constitucionalidad», en *Instituciones Jurídicas para el nuevo milenio* (primera parte), Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, México, 2000.
119. «Universidad y Legislación: tareas pendientes», en *Encuentro de Especialistas en Educación Superior Reconociendo a la Universidad, sus transformaciones y su porvenir*, Tomo II, Evaluación, financiamiento y gobierno de la universidad: el papel de las políticas, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2000.
120. «Sistema Electoral y Estado de Derecho», en *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, UNAM, México, 2000.
 - En *Primer Curso de Especialización sobre Régimen Electoral, Gobernabilidad Democrática y Resolución de Conflictos. Material Didáctico*, Instituto Federal Electoral, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y UNAM, México, 2003.

121. «Renovación constitucional y elección presidencial en México», en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, editores Raúl Morodo y Pedro de Vega, Tomo III, Universidad Complutense de Madrid, UNAM, Madrid, 2000.
122. «La Constitución y el poder», en *Pensamiento Constitucional*, Año VII, N° 7, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
123. «El orbe es una República». La tradición internacionalista mexicana, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, UNAM, México, 2001.
124. «Un pacto nacional por la democracia constitucional, Diálogos nacionales», en *¿Es posible un pacto nacional?*, coordinador Manuel Camacho Solís, UNAM, México, 2001.
125. «La Ley Orgánica de la UNAM. Consideraciones sobre el régimen constitucional y legal de la educación superior», en *La UNAM, su estructura, sus aportes, su crisis, su futuro*, coordinador José Blanco, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
126. «Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio», en *El Estado constitucional*, de Peter Häberle, UNAM, México, 2001.
 - En *El Estado constitucional*, de Peter Häberle, UNAM y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, Perú, 2003.
 - Segunda edición, UNAM, México, 2003.
 - En *El Estado constitucional*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma y UNAM, Buenos Aires, 2007.
127. «El dilema constitucional», en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2001.
128. «Debate sobre la vida», en *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, UNAM, México, 2001.
129. «Reflexiones sobre la estrategia legislativa», en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México, 2001.
 - Segunda edición, 2002.
130. «La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, N° 103, Enero-Abril, UNAM, México, 2002.
 - En *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, ITAM, Siglo XXI, México, 2002.
131. «Interpretación e Integración Constitucional», en *Interpretación e Integración Constitucional*, de Iván Escobar Fornos, Managua, 2002.

132. «Los derechos de los indígenas y la renovación constitucional en México», en *Constitución y derechos indígenas*, UNAM, México, 2002.
133. «Semblanza de Guillermo Floris Margadant», en *Guillermo Floris Margadant y su mundo*, de Lois Parkinson Zamora, Miguel Ángel Porrúa, México, 2002.
134. «Constitución y control político del poder», en *Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral. Elecciones y Justicia en España y México*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2002.
135. «Ciencia, desarrollo y derecho», en *Investigación y desarrollo en la reforma fiscal*, UNAM, México, 2002.
136. «La Enciclopedia Jurídica Mexicana», en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, UNAM, México, 2002.
- Segunda edición, 2004.
137. «El estado de derecho como problema cultural», en *Memoria de la 65^a. Convención Bancaria*, Asociación de Banqueros de México, México, 2002.
138. «Consideraciones sobre el derecho a la información», en *Responsabilidad social, autorregulación y legislación en radio y televisión*, UNAM, México, 2002.
139. «Gobierno y Congreso: necesidad de una relación simétrica», en *Relaciones entre gobierno y Congreso, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002.
140. «Reforma del Estado mexicano», en *Cuadernos para el Diálogo y la Reforma del Estado mexicano*, N° 2, Partido de la Revolución Democrática, México, 2002.
141. «Interpretación e integración constitucional, un nuevo enfoque», en *Revista del Poder Judicial* de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, año 8, N° 27, segunda época, Managua, 2003.
142. «Semblanza José C. Valadés», en revista *Nuestro Siglo. José C. Valadés y la Revolución mexicana*, N° 1, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 2003.
143. «Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza», en *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Editorial Sistema, Madrid, España, 2003.
- En *Estudos de Direito Constitucional*, em homenagem a José Afonso da Silva, coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, Sao Paulo, 2003.
144. «Problemas constitucionales de los flujos financieros internacionales. Consideraciones sobre el «Estado intangible», en *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

145. «Constitución y Reforma del Estado», en *México: transiciones múltiples, gobernabilidad y Estado nacional*, coordinador Enrique González Pedrero, Instituto Nacional de Administración Pública y Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
146. «El cálculo del quórum en la Cámara de Diputados: una interpretación del artículo 63 Constitucional», coautor con José Ma. Serna, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, nueva serie, año XXXVI, N° 108, México, 2003.
147. «El nuevo constitucionalismo iberoamericano », en *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, Homenaje a Pedro J. Frías, UNAM, México, 2003.
148. «Los Consejos de la Judicatura: Desarrollo Institucional y Cambio Cultural», en *Memoria del III Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2003.
 - En *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías* tomo I, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Editorial Civitas, Madrid, 2003.
 - En *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México* UNAM, México, 2004.
149. «Consideraciones sobre el Estado constitucional, la Universidad y la ciencia», en *Leer, Escribir, Contar y Pensar* Fondo Mexicano para la Educación y el Desarrollo, México, 2003.
150. «Los Congresos Estatales, Promotores del Fortalecimiento del Federalismo en México», en *Memoria del Encuentro Nacional para fortalecer el Federalismo en México*, Conferencia Mexicana de Congresos y Legisladores Estatales, Cámara de Diputados, México, 2003.
151. «Problemas constitucionales de los flujos financieros internacionales», en *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, número 50, Lima, Perú, 2003.
152. «Sistema presidencial y gobierno de gabinete», en *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*, N° 2, Sao Paulo, 2003.
153. «Cabinet Government and Latin American Neopresidentialism», en *Liber Amicorum für Peter Häberle*, Bayreuth, 2004.
154. «The rule of law as a cultural problem», en *Jahrbuch des Öffentlichen rechts der gegenwart*, Bayreuth, 2004.
155. «La sustitución presidencial en México y en derecho comparado», en *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2004.

- En *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, número 3, Sao Paulo, 2004.
- 156. «Consolidar nuestra democracia», en *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?*, Cámara de Diputados y UNAM, México, 2004.
 - Primera reimpresión, 2005.
- 157. «Las facultades implícitas y explícitas del Congreso Mexicano», en *Primer Ciclo de Mesas Redondas Reformas Urgentes al Marco Jurídico del Congreso Mexicano*, Comisión de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias de la Cámara de Diputados y UNAM, México, 2004.
 - Segunda edición, 2006.
- 158. «Non-enforcement of legal norms and rule of law», en *Revista Przegląd Prawa i Administracji*, tom. LXII, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2004.
- 159. «Reflexiones sobre el voto desde el extranjero: aspectos jurídicos», en *Los mexicanos de aquí y de allá: ¿perspectivas comunes?*, Fundación Solidaridad Mexicano Americana y Senado de la República, México, 2004.
- 160. «Problemas del bioderecho y del derecho genómico», en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, N° 4, Brasil, 2004.
 - Versión actualizada, en *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO y UNAM, México, 2006.
- 161. «Problemas jurídicos de las precampañas y las candidaturas independientes», en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, UNAM, México, 2005.
- 162. «Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, año XXXVIII, UNAM, México, 2005.
 - En *Derechos políticos plenos para los mexicanos en el exterior*, Grupo Parlamentario del PRD, LIX Legislatura, Cámara de Diputados, México, 2005.
- 163. «La vida amenazada: violencia e inseguridad», en *La Vida*, El Colegio Nacional, México, 2005.
 - En *Seguridad Pública. Voces diversas en un enfoque multidisciplinario*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- 164. «El fortalecimiento de las funciones del Poder Legislativo», en *Memorias del Foro Interamericano sobre modernización legislativa*, Senado de la República, México, 2005.

165. «Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo», en *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, UNAM, México, 2005.
166. «La descentralización del poder en México», en *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba, Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal «Joaquín V. González», Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C., Buenos Aires, 2005.
167. «Los límites del constitucionalismo local», en *Constitucionalismo local*, Editorial Porrúa, México, 2005.
168. «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», en *Décimo Aniversario de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
-Versión actualizada, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* tomo II, UNAM, México, 2006.
169. «El concepto de Estado de Derecho y su evolución», en *Revista Internacional de Derecho*, Asociación Mundial de Escuelas y Facultades de Derecho Jesuíticas 'Francisco Suárez, S.J.', México, 2005.
170. «El Poder Legislativo federal y local en el marco de un nuevo federalismo», en *Encuentro Nacional de Comisiones de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias u homólogas*, Cámara de Diputados, México, 2005.
171. «Entrevista con Peter Häberle», en *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, con Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2006.
172. «La función constitucional de la regulación económica», en *Economía UNAM*, Facultad de Economía, Instituto de Investigaciones Económicas, FES-Acatlán y FES-Aragón, UNAM, México, 2006.
173. «El diseño institucional de la política de ciencia y tecnología en México: revisión y propuestas para su reforma», con Enrique Cabrero Mendoza y Sergio López-Ayllón, en *El diseño institucional de la política de ciencia y tecnología en México*, Centro de Investigación y Docencia Económicas y UNAM, México, 2006.
174. «Gobernabilidad», en *Agenda pública: voces ciudadanas*, UNAM, México, 2006.
175. «Las funciones de la Constitución», en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Cámara de Diputados, Senado de la República, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y UNAM, tomo I, México, 2006.

176. «Situación actual y perspectivas del Congreso», en *El Congreso a debate*, Comisión de Régimen, Reglamentos y Prácticas Parlamentarias, México, 2006.
177. «Transparencia y Democracia ¿Para Qué?», en *La Transparencia como Política del Estado Democrático*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2006.
178. «Inviolabilidad de la Constitución», en *Panorama del Derecho Constitucional mexicano*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006.
179. «Reflexiones sobre el presidencialismo mexicano y propuestas para mejorar el equilibrio entre poderes», en *Reformas urgentes al marco jurídico del Congreso Mexicano*, Comisión de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias de la Cámara de Diputados, tomo II, México, 2006.
180. «La función constitucional del control político», en *El Estado constitucional contemporáneo, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, tomo II, México, 2006.
181. «Una nueva perspectiva del Estado constitucional», en *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estadoconstitucional*, UNAM, México, 2006.
182. «La Reforma del Estado: el Marco Jurídico», en *Revista de Administración Pública* N° 112, Instituto Nacional Administración Pública, México, 2006.
183. «El derecho de la lengua», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional* N°. 18, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
184. «Instrumentos de control parlamentario en los sistemas presidenciales de América Latina», en *Tolerancia*, Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo, Pachuca, Hidalgo. 2006.
185. «Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo», en *Teoría Constitucional do Direito, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Vol. 1, Escola Superior de Direito Constitucional, Sao Paulo, 2006.
186. «La función constitucional de la estabilidad social», en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, Estudios de derecho público y política, UNAM, México, 2006.
187. «Las funciones de la reforma constitucional», en *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, UNAM, México, 2007.
188. «Juárez jurista», en *Juárez jurista*, UNAM, México, 2007.

189. «La función constitucional de mediación jurídica y garantía», en *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo III, UNAM, México, 2007.
190. «Calidad de la democracia en México: Límites y perspectivas. Una reflexión a varias voces», en *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, con César Cansino, José Ramón Cossío y Porfirio Muñoz Ledo, Centro de Estudios de Política Comparada, Educación y Cultura, Asesoría y Promoción, México, 2007.
191. «La función constitucional de legitimidad institucional», en *Homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela*, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho, UNAM, México, 2007.
192. «El derecho de la lengua», en *Pensamiento Constitucional*, Año XII, N° 12, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
193. «Instrumentos de control parlamentario en los sistemas presidenciales latinoamericanos». Discurso de ingreso, en *El Colegio Nacional Memoria 2007*, México, 2007.
194. «La Reforma del Sistema Presidencial en el constitucionalismo contemporáneo», en *Las Reformas Constitucionales en Latinoamérica y el Caribe: Experiencias y perspectivas*, Comisión Ejecutiva para la Reforma Constitucional, Santo Domingo, República Dominicana, 2008.
195. «Encomio por las ocho décadas de Miguel León-Portilla», en *Vivir la historia*, homenaje a Miguel León-Portilla, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, 2008.
196. «La formación del sistema presidencial latinoamericano. Un ensayo de cultura constitucional», en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, tomo XI, UNAM, México, 2008.
 - En Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Vol. 10A, Curitiba, Brasil, 2008.

F. Prólogos: Más de un centenar, publicados entre 1976 y 2008.

VIII.A ACTIVIDADES DE DIFUSIÓN

- Ha organizado cerca de cincuenta congresos, seminarios y mesas redondas, y ha participado en más de ciento cincuenta congresos y seminarios internacionales.
- Ha colaborado en revistas y diarios informativos y ha participado en programas radiofónicos y televisivos, abordando temas jurídicos.

IX.D ISTINCIONES

- Cruz del Mérito a la Investigación Jurídica, del Instituto Mexicano de Cultura, México, 1978.
- Cruz del Mérito Legislativo del Supremo Consejo de la Asociación Nacional de Abogados, México, 1986.
- Gran Cruz Antonio José Irisarri, gobierno de Guatemala, 1990.
- Presea «*Andrés Quintana Roo*» al Mérito Jurídico, Federación Nacional de Abogados de México, 1993.
- Por resolución del H. Ayuntamiento de Culiacán, se acordó denominar «Boulevard Diego Valadés» a una avenida de Culiacán, Sinaloa (2001).
- Presea «Norma Corona Sapién» por los Derechos Humanos, Asociación de Abogados Litigantes de la República Mexicana (2003).
- Constitución del «Colegio de Abogados de los Mochis ‘DiegoValadés’, A.C.», Los Mochis, Sinaloa (2003).
- Reconocimiento por trayectoria profesional en el Derecho aplicado a la Salud, Secretaría de Salud, México (2003).
- Pergamino al Mérito Humanista «Isidro Fabela» por la Benemérita Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística Correspondiente en el Estado de México, Toluca (2005).
- Reconocimiento de Honor, otorgado por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Managua (2005).
- Presea «Ignacio L. Vallarta», Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Los Lagos, Jalisco (2005).
- Profesor Honorario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2005).
- Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2006).
- *Estudios jurídicos en homenaje a Diego Valadés*, Editorial Porrúa, Universidad de Guadalajara, Jalisco (2007).
- Maestro *Ad Vitam* de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coahuila (2007).

Febrero de 2009.

***I)* SOBRE
DIEGO VALADÉS**

HOMENAJE A DIEGO VALADÉS

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (*)
(México)

Puedo asegurar que en este día y este momento la comunidad jurídica de México y de Latinoamérica está de plácemes con el ingreso a este prestigiado Colegio Nacional de uno de sus más distinguidos colegas y amigos, me refiero al notable jurista mexicano Diego Valadés.

También puedo agregar que el agrado es mayor para los que somos integrantes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, varios de los cuales se encuentran aquí presentes, ya que Diego Valadés ha estado vinculado con nuestra comunidad durante muchos años y aun durante los periodos en los cuales desempeñó con gran dedicación y eficacia comisiones importantes en el servicio público, no dejó de realizar investigaciones jurídicas, no obstante la dificultad de tiempo y nunca dejó de colaborar con el Instituto, al que regresó de nueva cuenta después de doctorarse con gran distinción en la Universidad Complutense de Madrid.

Además, debo agregar que su prolongada pertenencia a nuestra Universidad, en la que se desempeñó siempre con gran eficacia, culminó con sus importantes actividades académicas en este propio Instituto al ser designado Director del mismo en el año de 1998, mandato que fue renovado al terminar su primer periodo, el que finalizó en septiembre de 2005. Su actividad como promotor de eventos, congresos, simposios y publicaciones ha sido asombrosa, y no menos sus publicaciones propias, no obstante su agotadora actividad al frente el propio Instituto. Con todo cariño, sus colegas en esa comunidad le otorgamos el título de *Jefe Diego*, al tomar como referencia a un popular político contemporáneo del mismo nombre.

(*) Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Discurso de bienvenida en el Colegio Nacional.

Finalmente, y para no comentar el extenso currículo que apoyó su elección en este Colegio, sólo recuerdo que como destacado estudiante de la Facultad de Derecho de esta Universidad, fue uno de los primeros becarios del programa de preparación académica que fue promovido por el ilustre Rector don Ignacio Chávez y posteriormente por el no menos distinguido Rector Ingeniero José Barros Sierra, y que permitió a nuestro Instituto que era muy pequeño entonces, enriquecerse con la incorporación de brillantes jóvenes que posteriormente han destacado en forma acertada, tanto en el campo académico como en el servicio público.

Ahora me tomo el atrevimiento de comentar brevemente el prolijo estudio que presenta nuestro nuevo colega para ingresar formalmente a nuestro Colegio, el cual como todos ustedes habrán advertido, aborda un tema complicado pero de una gran actualidad, si se toman en cuenta las últimas experiencias, en ocasiones traumáticas, que hemos padecido los mexicanos en los años recientes. Con gran agudeza, el Doctor Valadés hace referencia a la trágica experiencia histórica a partir de nuestra independencia de España, que tuvo varias etapas, algunas, las primeras, de una gran inestabilidad política a través de continuas revueltas, golpes de Estado y sucesión de gobiernos efímeros, que otorgaron vigencia esporádica a nuestra primera Constitución Política Federal de 1824, no obstante el adelanto que significó en esa época tan agitada. El constituyente de 1856-1857, uno de los más destacados de nuestra historia constitucional, expidió la Carta Federal promulgada el 5 de febrero de 1857, que significó un avance considerable en nuestra tormentosa vida política, pero que desde un principio encontró resistencias muy enconadas, inclusive dentro del propio Gobierno encabezado entonces por Ignacio Comonfort, y nos condujo a una contienda armada de tres años entre liberales y conservadores, hasta el triunfo de la República en 1861, gracias a la fortaleza de Don Benito Juárez. Pero la paz no duró mucho tiempo, pues se inició al año siguiente la invasión del ejército francés y la instauración del breve régimen imperial de Maximiliano de Habsburgo, que terminó trágicamente en el Cerro de las Campanas de la ciudad de Querétaro.

Perdón por mencionar estos hechos históricos por todos conocidos, pero es preciso resaltarlos, como lo hace el Doctor Valadés en su documentada exposición, para explicar que la citada Constitución de 1857, significó un rompeaguas en nuestra historia constitucional, pues debido a la trágica experiencia del caudillismo de los numerosos Presidentes, la mayoría de ellos militares, que padeció nuestro país con posterioridad a la independencia, los Constituyentes trataron de restringir las facultades del Ejecutivo, al insertar algunas instituciones tomadas del modelo del régimen parlamentario europeo que en esa época iniciaba su consolidación, tales como la supresión del Senado, la consagración del refrendo por parte de los Secretarios de Estado y la prohibición del veto presidencial.

El Presidente Juárez que durante la situación de emergencia que significó la guerra de reforma y después la intervención francesa, gobernó con facultades extraordinarias, y al restaurarse la vigencia de la Constitución, no consideró adecuadas las limitaciones al Ejecutivo establecidas por el Constituyente e inició una campaña política que culminó con una iniciativa presentada al Congreso unicameral, en 1869 para restablecer el régimen presidencial en toda su extensión. No fue sino con posterioridad al fallecimiento de don Benito Juárez en 1872, que su sucesor don Sebastián Lerdo de Tejada, uno de sus colaboradores más cercanos pudo promulgar en 1874, la reforma constitucional que permitió el restablecimiento del Senado y de las facultades que le había limitado el texto original de la Constitución. Sin embargo, al llegar al poder el General Porfirio Díaz, con el lema irónico de la No Reelección, aun cuando respetó este principio en una primera etapa, terminó por infringirlo, y por el contrario, estableció finalmente la reelección indefinida, que le permitió gobernar en forma autoritaria durante más de treinta años, pero con respeto aparente a la citada Carta Federal de 1857, a la que rindió un culto formal, pero de manera dictatorial, durante un largo período de tranquilidad, pero de graves injusticias sociales.

En 1910 se inició un movimiento armado contra el gobierno dictatorial del General Díaz, convocado por un líder civil, don Ignacio Madero, cuyas primeras victorias sobre el ejército federal, produjeron la renuncia y salida del país de Porfirio Díaz, pero los revolucionarios se dividieron en varios grupos rivales, y cuando triunfó el encabezado por el General Venustiano Carranza como primer jefe del ejército constitucionalista, éste convocó a un Congreso Constituyente que se reunió en la ciudad de Querétaro, en un principio para reformar y restablecer la vigencia de la Constitución de 1857, pero con ayuda de sus asesores abogados elaboró un proyecto que proponía una nueva Carta Federal, con modificaciones sustanciales, que fueron incrementadas por un grupo de constituyentes, encaminada a la solución de los graves problemas económicos y sociales. Dicha nueva Ley Fundamental promulgada en el mismo día de la anterior, es decir el 5 de febrero, entonces, de 1917, que todavía se encuentra en vigencia con sustanciales modificaciones posteriores, se ha calificado como la primera Constitución social del mundo, que contrariamente a lo que era de esperarse, fortaleció todavía más al Ejecutivo, debido al temor de un predominio del Congreso Federal bicameral sobre el mismo.

En esta dirección influyó, decisivamente, el libro publicado por el notable jurista mexicano Emilio Rabasa, pocos años antes, no obstante que había figurado de manera preeminente en el régimen porfirista, y se encontraba fuera del país en el momento de reunirse el Constituyente de Querétaro, obra intitulada *La Constitución y la Dictadura*, en la cual señalaba la necesidad de vigorizar constitucionalmente al Ejecutivo frente a una posible tendencia del Legislativo de limitar sus

facultades, como lo hizo el texto original de la Carta de 1857, y por ello, entre otros factores, influyeron al Constituyente de Querétaro para que no intentara implantar nuevamente algunas instituciones tomadas del régimen parlamentario, y por el contrario limitó todavía más las del Congreso por medio de un solo período anual de reuniones legislativas, y atenuó la responsabilidad política del Presidente de la República, al suprimir la causa establecida por la Constitución anterior de los posibles atentados graves del propio Presidente contra la propia Carta Fundamental y la libertad electoral, por lo que únicamente puede ser enjuiciado por el Congreso por delitos graves del orden común, facultad que nunca se ha ejercido.

Con la instauración del régimen constitucional en 1917, que duró pocos años en virtud de la rebelión del General Álvaro Obregón, por cierto del mismo grupo político del Presidente Carranza y que costó la vida a este último, se sucedieron varios Presidentes como el mismo Obregón, que como se recordará, logró modificar la Constitución para establecer primero una y después reelecciones indefinidas, pero que fue asesinado antes de tomar posesión de un segundo período, situación que volvió a provocar luchas entre diversos caudillos militares revolucionarios, hasta que el Presidente Plutarco Elías Calles, al terminar la última rebelión importante que fue reprimida, la del General Escobar en 1929, el mismo año reunió a los diversos caudillos, para agruparlos en el Partido de la Revolución Mexicana, posteriormente Nacional Revolucionario y, en definitiva, Revolucionario Institucional, que funcionó como partido hegemónico, durante siete décadas. En lo personal no estoy de acuerdo con el notable escritor peruano Mario Vargas Llosa, de que en México dicho partido instauró durante esos años de predominio, una dictadura perfecta, pues no se asemejaba a otros regímenes caudillistas latinoamericanos, especialmente de carácter castrense, ya que, en primer término, no se impuso un régimen de excepción, como en esos países hermanos, sino que se mantuvieron con pocas restricciones las libertades civiles (aun cuando limitadas las políticas), y los presidentes militares fueron sustituidos por los civiles a partir del abogado Miguel Alemán en adelante. Todos estos antecedentes son necesarios como lo hace el Doctor Valadés, para entender la lenta evolución paulatina desde un régimen prácticamente unipartidista hacia un sistema pluralista, que es el que tenemos en la actualidad.

Los juristas y politólogos importantes del siglo XX, el segundo todavía activo, es decir el francés Maurice Duverger y el italiano Giovanni Sartori, al estudiar los partidos políticos coincidieron en sostener que la configuración y actividades de los propios partidos influían decisivamente en la realidad de los regímenes políticos, y por lo que se refiere a los partidos únicos o hegemónicos y entre estos últimos mencionaban ambos el caso especial del Partido Revolucionario Institucional de México, sostenían que su predominio y la inexistencia de otros partidos de oposición habían debilitado notoriamente a los otros dos órganos del

Poder, Legislativo y Judicial, de tal manera que el Titular del Ejecutivo se había convertido en un órgano predominante y subordinados los otros dos. Esto ocurrió durante varios decenios en nuestro país. En el libro clásico del distinguido jurista mexicano Jorge Carpizo, integrante de nuestro Instituto del que fue Director, intitolado *El Sistema Presidencial mexicano*, publicado por la Editorial Siglo XXI, con varias ediciones posteriores y traducido al italiano y al alemán, señala con precisión las facultades constitucionales y extraconstitucionales que ha impuesto la práctica, que convirtieron al Presidente de la República en el factor determinante de la política nacional y su partido en el organismo que decidía sobre todos los nombramientos tanto federales como locales, inclusive los de elección popular, ya que durante este largo período, los miembros del partido ganaban todas las elecciones de todos los cargos, lo que era calificado popularmente como “carro completo”. Pero, con motivo de la revuelta política y estudiantil de 1968, que se resolvió trágicamente, las mentes más agudas del sistema que se encontraba en crisis, entre las que destacaba el brillante intelectual mexicano Jesús Reyes Heróles, planearon de manera gradual la reforma del régimen político, la que inició con las reformas constitucionales de diciembre de 1977, que abrieron en forma muy paulatina el sistema al introducir la representación proporcional en las elecciones federales de la Cámara de Diputados.

Esta reforma permitió por una parte, legalizar los partidos de izquierda que habían actuado en la clandestinidad y participar de manera activa a otras corrientes políticas como Acción Nacional, conjuntamente con otros más pequeños, en las elecciones que llevaron algunos de sus miembros, al principio de manera muy modesta, a dicha Cámara Federal, que se amplió en las reformas constitucionales y legales que fueron perfeccionando en pocos años el sistema político, hasta modificarlo profundamente en particular con la reforma de agosto de 1996, que implicó un cambio significativo, al establecer instituciones importantes para organizar y calificar las elecciones, lo que se logró de manera paulatina, pero constante.

En efecto, al iniciarse la reforma de 1977, que no sólo introdujo la representación proporcional, sino también constitucionalizó los partidos políticos anteriormente regulados exclusivamente por las leyes electorales, al establecer en la Ley Suprema sus finalidades y objetivos, así como los derechos y prerrogativas de los mismos. A partir de entonces los avances electorales se aceleraron de manera progresiva, si se toma en consideración que se sustituyó paulatinamente el sistema tradicional de la autocalificación de los legisladores, tanto federales como locales y la calificación y la declaración de la elección del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por un nuevo régimen en el cual intervenía en la revisión del procedimiento y del resultado de las elecciones federales un organismo jurisdiccional, lo que parecía impensable en el régimen tradicional mexicano, organismo

que se perfeccionó en varias etapas, en las cuales se siguió una tendencia que se advierte en otros ordenamientos latinoamericanos.

Así, en el año de 1986 se introdujo el Tribunal de lo Contencioso Electoral que se integraba únicamente en los períodos electorales, y que se transformó en 1990 en el Tribunal Federal Electoral, cuyas decisiones sobre la calificación y declaración de elecciones de los legisladores federal y del Presidente de la República eran revisadas, en determinadas condiciones por las Cámaras del Congreso de la Unión y la declaración de la elección del Presidente de la República se conservó en la Cámara de Diputados. En 1993 se efectuó una nueva modificación constitucional, en el sentido de que dicho Tribunal Federal Electoral se le consideraba como un organismo autónomo y como la máxima autoridad electoral, ya que le correspondía calificar de manera definitiva la elección de los legisladores federales, y únicamente la Cámara de Diputados tenía la decisión final del Jefe del Ejecutivo. Finalmente, la reforma del 22 de agosto de 1996, actualmente en vigor, realizó varias modificaciones esenciales, en primer lugar adscribió al Tribunal Electoral al Poder Judicial Federal, y le otorgó la decisión final sobre las elecciones federales, inclusive la del Presidente de la República; se transformó el antiguo Consejo Federal Electoral hasta entonces presidido por el Secretario de Gobernación en un Instituto Federal Electoral, con el carácter de órgano constitucional autónomo e integrado por consejeros elegidos por el Congreso, y otorgó voz pero no voto a los representantes de los diversos partidos políticos. Este Instituto ha tenido y tiene las funciones de organizar, realizar los procedimientos electorales y dar a conocer los resultados. Esta reforma constitucional y legal de 1996, culminó este largo camino hacia el establecimiento de un sistema plural de partidos, y modificó gradualmente el resultado de las elecciones tanto federales como locales, ya que las Entidades Federativas siguieron de cerca el régimen federal y establecieron organismos similares.

El Tribunal Federal Electoral decidió en el año 2000 que había obtenido la mayoría de los votos en las elecciones federales el licenciado Vicente Fox Quesada y lo declaró electo Presidente de la República. Éste fue postulado como candidato de coalición encabezada por el Partido Acción Nacional, lo que significó que por primera vez en la historia de México, ocupó la titularidad del Ejecutivo Federal un candidato no propuesto por el Partido Revolucionario Institucional, como ocurrió durante el largo período que va desde 1929, año de la fundación de dicho Partido, hasta ese año (es decir, siete décadas). Independientemente de los resultados del nuevo gobierno, este cambio ha sido fundamental para el desarrollo del régimen tendencialmente democrático de nuestro país.

En las elecciones de 2006, se consolidó la división del Congreso de la Unión en tres grandes partidos, más algunos menores, ninguno de los cuales obtuvo la mayoría absoluta, y además el triunfo del actual Presidente, el licenciado Felipe Calderón también postulado como candidato por el mismo Partido, Acción Nacional,

se obtuvo por un margen muy reducido frente al candidato del Partido de la Revolución Democrática, Andrés Manuel López Obrador, si bien esta circunstancia que se ha presentado por vez primera en México, no es extraña a las elecciones en otros lugares del mundo, inclusive en países políticamente desarrollados como Italia y la República Federal de Alemania en los comicios más recientes.

Existen dos circunstancias que hacen muy oportunas las reflexiones del Doctor Diego Valadés, sobre la necesidad de introducir en el Sistema Presidencial Mexicano matices tomados de los regímenes parlamentarios: en primer término debido que las controversias que se han suscitado con motivo de las últimas elecciones y en segundo lugar la posible aprobación de una ley que pretende regular lo que se ha calificado como reforma del Estado, que en realidad es de la Constitución Federal, lo que significa que existe un propósito común, aun cuando con modalidades, de modificar sustancialmente tanto el sistema electoral como otros aspectos de nuestra Ley Suprema, en particular en cuanto al régimen político.

Se puede destacar que el Doctor Valadés siempre ha estado atento a los cambios políticos y constitucionales de nuestro país, y desde hace varios años, es decir todavía durante la época de la preeminencia del partido hegemónico, que como es evidente se había traducido en el otorgamiento de facultades constitucionales y de carácter consuetudinario al Presidente de la República y se había subordinado a las Cámaras Legislativas, y de cierta manera, al Poder Judicial. Particularmente, el Doctor Valadés se ocupó del análisis del sistema legislativo mexicano, cuando los estudios sobre este órgano del poder eran escasos por su situación de subordinación.

Sin embargo, en esta época, debido al resurgimiento de la autonomía de las Cámaras del Congreso de la Unión frente al Ejecutivo, que ha sido objeto de numerosos estudios recientes de carácter político, sociológico y especialmente jurídico, la experiencia del propio Valadés en esta materia le ha permitido realizar análisis y formular propuestas para perfeccionar nuestro régimen político y constitucional. Además, debe tomarse en cuenta que durante sus dos períodos como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, promovió y organizó varios congresos, simposios y seminarios nacionales e internacionales sobre los problemas que enfrenta nuestro país en el campo político y constitucional, y en varios de ellos se invitó a participar no sólo a los académicos, sino también a los miembros de la élite política de los diversos partidos para que intercambiaran puntos de vista con los primeros a fin de analizar dichos problemas desde un enfoque pluridisciplinario.

Todas estas actividades han permitido al Doctor Valadés después de largas reflexiones, examinar la posibilidad, que ya se ha realizado con diversos matices y modalidades en varios países latinoamericanos en los cuales se sigue el sistema presidencial, el que a su vez ha influenciado a otros sistemas políticos en el mundo,

inclusive parlamentarios, en los cuales, por el contrario, se le han introducido algunos elementos presidenciales. Parte de los resultados de sus investigaciones sobre esta materia los incluyó en un libro reciente, muy documentado y cuidadoso intitulado *El Gobierno de Gabinete*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas en el año de 2003, que desde su aparición despertó la atención no sólo de la doctrina sino también la de comentaristas y de la élite política.

En la espléndida exposición que nos ha presentado nuestro nuevo colega en este Colegio Nacional, nos demuestra su experiencia política y su dominio del tema, ya que contiene el examen de los cambios que se han realizado en los regímenes contemporáneos, que tienen como antecedente, entre otros aspectos, el sistema de división de poderes, planteado clásicamente en Francia por Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, y por John Locke en Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII, cuando imperaba en Europa Continental la Monarquía absoluta y en Inglaterra se iniciaban las transformaciones para transferir paulatinamente facultades del Monarca hacia el Parlamento. El constitucionalismo clásico que se impuso a partir de fines de dicho siglo XVIII y predominó con variantes en casi todos los países de Europa y en los Estados Unidos, durante todo el siglo XIX, con los matices de carácter social que se introdujeron con posterioridad a la primera guerra mundial y de ahí trascendió a los países latinoamericanos con posterioridad a la independencia, pero en estos últimos con largos períodos, como ya se ha dicho, de caudillos militares que no respetaron este principio. De acuerdo con el concepto de la división de poderes en su formulación original por la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y por las primeras Constituciones francesas revolucionarias, las funciones de los órganos del poder no debían concentrarse en uno solo, sino separarse en diversos organismos, con el objeto de que cada uno de ellos sirviera de contrapeso a los demás (*checks and balances*, de acuerdo con la terminología angloamericana).

Carl Schmitt, el discutido constitucionalista alemán, publicó en los años treinta del siglo XX, con el nombre de *Teología Política* un estudio en cual consideró que dicho principio procedía del dogma religioso secularizado de la Santísima Trinidad, es decir un solo poder y dividido en las tres funciones clásicas, ejecutivas, legislativas y judiciales, pero que desembocaron en dos regímenes diversos, el presidencial en América, en que dicho principio se consideró en forma rígida, y en parlamentario en Europa, debido al pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, sobre el predominio del órgano legislativo, como representante de la voluntad general.

La formulación clásica de la división de poderes ha perdido su carácter dogmático original y se ha transformado de manera considerable en la actualidad, debido a que los regímenes contemporáneos se apoyan más que en una división, en una repartición de funciones, que debe ser equilibrada, ya que implica la colaboración

de los organismos del poder para realizar una labor conjunta. Además dicho principio tradicional se ha hecho muy complejo en nuestros regímenes contemporáneos, y por ello, la doctrina y la práctica han señalado que la repartición de funciones no sólo se ha traducido en la tripartición tradicional de carácter horizontal, sino también en una de carácter vertical, entre los órganos centrales y los periféricos; una de carácter temporal ya que los titulares de dichos órganos son nombrados por determinados períodos, de manera que al concluir los mismos, deben someterse a nuevas selecciones, sin perjuicio de la reelección cuando se admite, y además el sistema tradicional representativo, se ha enriquecido con la participación activa de los grupos sociales, por conducto de lo que se ha denominado democracia participativa.

El fenómeno de la globalización, que ha sido objeto de numerosas polémicas, pero que debe considerarse irreversible, se ha extendido no sólo a las relaciones económicas, sino también a otros sectores, entre ellos los sociales, los políticos y los culturales, así como a los de carácter jurídico. Esto ha determinado que los regímenes constitucionales se hayan aproximado progresivamente, y se han matizado los modelos originales, de tal manera que los regímenes parlamentarios han incorporado elementos de los presidenciales y viceversa. Baste recordar que en una obra clásica el notable politólogo y jurista francés Maurice Duverger, estudió la situación de los gobiernos parlamentarios en los cuales el partido del Primer Ministro predominaba en el órgano legislativo y podía operar en cierta manera como presidencial. También observamos que en la terminología se advierten influencias recíprocas entre ambos sistemas, ya que para sólo citar un ejemplo, el funcionario equivalente al primer ministro, recibe en la Constitución española de 1978, la designación de Presidente de Gobierno.

Por otra parte existe una polémica en la doctrina en la cual destacan dos corrientes sobre la conveniencia de establecer el predominio del régimen parlamentario sobre el presidencial, por una parte, según los estudios de los destacados juristas Juan Linz de origen español y Arturo Valenzuela, de origen chileno, pero ambos profesores en Universidades de los Estados Unidos, y por la otra, el criterio de los profesores Dieter Nohlen de la Universidad de Heidelberg y Diego Fernández, quienes consideran que resulta preferible el sistema presidencial para los países latinoamericanos, pero con algunas modificaciones, debido a que responde a la tradición cultural de nuestra región, en la cual no tiene suficiente arraigo el parlamentarismo. Los miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas tenemos constante contacto con el profesor Nohlen, en su calidad de calificado experto en sistemas electorales latinoamericanos, quien nos ha visitado en varias ocasiones y ha colaborado en las publicaciones del propio Instituto.

Señalo lo anterior, ya que la discusión entre los partidarios de los grandes sistemas políticos, parlamentario y presidencial se ha producido también en México, y el primero ha obtenido reconocimiento entre varios políticos y juristas en

nuestro país, en particular el modelo de la Constitución francesa de 1958 de la Quinta República, el cual en la práctica funciona como un sistema próximo al presidencial, si el Presidente de la República, que es electo popularmente, obtiene una mayoría partidaria en las Cámaras legislativas, ya que entonces éste nombra al Primer Ministro entre los miembros de su partido, pero si por el contrario, las elecciones legislativas le son desfavorables, y la mayoría la obtiene otro partido, esa mayoría por conducto de las Cámaras designa al Primer Ministro entre los integrantes del partido vencedor, y por ello el Presidente verá reducidas sus atribuciones de gobierno, pero conserva facultades reglamentarias importantes. En esa situación se ha producido en Francia y se conoce con el nombre de *cohabitación* entre el Presidente y su partido y el Primer Ministro y el suyo, que ha funcionado de manera razonable, debido a la cultura de los partidos políticos franceses.

El Doctor Valadés nos ha presentado en forma muy concentrada los resultados de sus profundos estudios sobre los regímenes presidencial y parlamentario, contrastándolos con la realidad política y cultural de nuestro país. En esta materia ha analizado con precisión las enseñanzas del notable constitucionalista alemán Peter Häberle, quien nos resulta ya familiar a los juristas mexicanos en virtud de las varias traducciones de sus obras al castellano, algunas publicadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, al cual ha visitado en varias ocasiones para sustentar conferencias o participar en congresos o seminarios organizados por el mismo Instituto. De acuerdo con el lúcido y reciente pensamiento del profesor Häberle, el estudio del Derecho Constitucional está vinculado con la cultura, ya que el mismo es producto del desarrollo cultural de los diversos países y sistemas jurídicos, y ha desarrollado el concepto de la *democracia cultural*, la que está presente en la construcción de los sistemas constitucionales. Y además, dicho jurista alemán ha analizado los regímenes latinoamericanos en esta dirección y señala acertadamente que en la cultura constitucional de nuestra región, el sistema presidencial ocupa un lugar predominante.

No obstante esta superioridad del régimen presidencial en nuestros países, éste ha tenido como antecedentes históricos en la región latinoamericana las etapas del caudillismo, la dictadura militar y el presidencialismo, este último entendido como el dominio del Ejecutivo, y particularmente de su titular, sobre los otros órganos del poder que le estaban subordinados, y el cual estuvo vigente en nuestro país como es muy sabido, durante siete décadas del siglo anterior. Varios de los ordenamientos de Latinoamérica han superado las crisis autoritarias, y han recuperado el régimen presidencial, es decir, el equilibrio entre los diversos órganos del poder, actualmente incrementados con los organismos constitucionales autónomos.

Sin obviar esa preeminencia de nuestra cultura latinoamericana respecto del régimen presidencial, nuestro nuevo colega ha realizado un minucioso estudio comparativo de varias constituciones latinoamericanas, algunas de las cuales desde hace

tiempo y otras en época reciente, han incorporado dentro de su sistema presidencial, algunos aspectos del parlamentarismo europeo, con diversas modalidades y matices, con objeto de hacer más funcional el sistema político, como trató de hacerlo el Constituyente mexicano que redactó la Constitución de 1857, según se ha dicho.

No me detendré en detallar estas variables, ya que lo ha hecho con mucha precisión y conocimiento el Doctor Valadés, pues sólo me interesa resaltar que son trece las Cartas Fundamentales latinoamericanas que han incorporado tales modificaciones, y que se pueden señalar en orden alfabético: Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En nuestro país se ha tenido un gran avance en los últimos años por medio de varias reformas constitucionales sucesivas, y por ello es posible que se pueda perfeccionar, así sea paulatinamente, nuestro sistema presidencial, al incorporarle algunos matices parlamentarios. A este respecto, las propuestas muy meditadas que ha presentado el Doctor Valadés, constituyen una sólida base para los estudios y meditaciones sobre estas modificaciones, que tal vez no sea fácil establecer en un plazo reciente y menos aún en la práctica, pero al incorporarlas a nuestro texto constitucional influirán decisivamente en esta dirección.

Está consciente el Doctor Valadés de las dificultades que deben enfrentarse para modificar nuestro régimen político, en virtud de que es preciso motivar el desarrollo cultural constitucional de los diversos sectores políticos de México, lo que incluye a las élites política, económica, así como a los partidos políticos, que no obstante el avance que han tenido, todavía les falta evolucionar hacia una práctica de colaboración, de equilibrio y de madurez, que incluye a los legisladores federales y locales, así como también de los ciudadanos, que han aumentado progresivamente su participación tanto en las elecciones como en su interés por hacer valer sus derechos políticos. Sin embargo, debo señalar que ese desarrollo cultural, de carácter jurídico y constitucional, todavía es incipiente e insatisfactorio, si se toma en cuenta el estudio empírico que realizaron varios miembros de nuestro Instituto y que se publicó recientemente por el mismo, por lo que se requiere de mayores esfuerzos de divulgación.

Quiero terminar esta breve contestación, o al menos he intentado que lo sea, debido a la complejidad de los temas abordados por el Doctor Valadés, para señalar que sus estudios sobre esta materia, serán esenciales, no solamente para la Academia, sino también para nuestro régimen político, social y económico, que tan necesitado está de análisis serios, documentados y lleno de propuestas, que señalen con claridad el rumbo que todos debemos seguir, desde nuestras respectivas especialidades, para colaborar para el desarrollo positivo de nuestro país.

12 de febrero de 2006.

DEDICATORIA A DIEGO VALADÉS (*)

PETER HÄBERLE
(Alemania)

SUMARIO: I. Diego Valadés como científico. II. Diego Valadés como “genio organizativo” III. Diego Valadés como “homme de lettre”.

Estas líneas pretenden examinar al homenajeado, Diego Valadés, como personalidad muy cultivada en *tres* facetas:

- Diego Valadés como científico,
- Diego Valadés como “genio organizativo”, y
- Diego Valadés como “homme de lettre”.

Estas líneas van a él dedicadas desde la profunda gratitud de una amistad que perdura ya por más de siete años.

La cultura jurídica de una hoja científica de dedicatoria no es extraña en Latinoamérica (*cfr.*, simplemente, D.G. Belaunde, en *Libro-Homenaje a G.J. Bidart Campos*, 2002, pp. 593-597). Sobre este rastro, esta pequeña hoja desde Alemania busca su camino.

I.D DIEGO VALADÉS COMO CIENTÍFICO

El homenajeado ha escrito, desde una perspectiva europea, cosas significativas en casi todos los géneros literarios. Menciónense aquí la gran monografía (*El Control del Poder*, 1998; *Constitución y política*, 2000; *El gobierno de gabinete*, 2005), así como el libro recopilatorio de artículos científicos básicos (*Problemas constitucionales del Estado de derecho*, 2002, 2ª. ed., 2004, también un gran éxito

(*) Traducción del alemán de Joaquín Bragé Camazano.

editorial). A ello se añade la gran disertación de revista, también en publicaciones extranjeras, por ejemplo: “The rule of Law as a cultural problem”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, tomo 52 (2004), pp. 59 y ss., y el gran estudio introductorio a un libro, que a su vez alcanza el rango de una monografía (“Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI”, en: P. Häberle, *El Estado constitucional*, 2001, pp. XXI a LXXXIV). Puesto que el autor de estas líneas no dispone de la bibliografía del homenajeado, sólo puede mencionar las publicaciones que le son conocidas a partir de la propia lectura. Así, Valadés también ha escrito prólogos (por ejemplo, a R. Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2005, traducción de J. Brage); la “literatura de prólogo” es un género literario muy desarrollado en Latinoamérica. El homenajeado también ha escrito algunas contribuciones en Homenajes para otros académicos, por ejemplo, en honor del autor de estas líneas: “Cabinet Government and Latin American Neopresidentialism” en: *Verfassung im Diskurs der Welt* 2004, pp. 531 y ss., y en el año 2007 participará también en el Libro Homenaje en honor de H. Fix-Zamudio.

La obra científica muy especializada del homenajeado no puede valorarse aquí en detalle. Sin embargo, se pueden destacar algunas particularidades distintivas: la rica variedad temática, la elegancia del discurso, el gran conocimiento literario y la capacidad para tratar cuestiones difíciles del Derecho constitucional comparado. La ya citada “Introducción” al libro del autor de estas líneas permite descubrir un conocimiento pasmoso de la literatura, no sólo de Latinoamérica, sino también de Europa, y hasta de todo el mundo, y tanto de la historia como del presente. Al respecto, figuran por igual clásicos de los antiguos como de los modernos: “Klassikertexte im Verfassungsleben” [“Los textos clásicos en la vida constitucional”] (1981) juegan también en D. Valadés el papel a ellos debido: desde F.A. v. Hayek hasta J. Habermas, desde Hegel hasta F. Lasalle, desde H. Heller hasta C. Mortati, desde J.J. Rousseau hasta I. Kant. Se tratan no sólo las cuestiones básicas, por ejemplo en materia de “tolerancia” (*Problemas constitucionales, ibidem*, pp. 99 y ss.), también se abordan cuestiones que aparecen más bien como técnicas, como el Derecho electoral (*ibidem*, pp. 131 y ss.). En el libro *El gobierno de gabinete* fascina no sólo la sensibilidad política del autor, sino también el minucioso trabajo iuscomparativo (*ibidem*, cuadros, pp. 127 a 145).

Como conferenciante, el homenajeado es un representante de la jurisprudencia elegante. El autor de estas líneas ha podido experimentar esto frecuentemente: por ejemplo, en Granada en 1999, e igualmente la última vez en el acto de la Academia brasileña de Abogados en Florianópolis (Brasil), en septiembre de 2005. Diego Valadés sabe fascinar a “jóvenes y mayores” a través de su gran carisma personal. Sus estudiantes y discípulos “sucumbirán” con frecuencia a su *eros* pedagógico.

Seguir el eco científico en la muy atendida obra de Diego Valadés, por tanto seguir el rastro a su historia de recepción en detalle, sobre todo en Latinoamérica y en España, sería un tema por sí solo: para la generación más joven.

II.D DIEGO VALADÉS COMO “GENIO ORGANIZATIVO”

A partir de la “observación participativa” desde hace aproximadamente siete años, el autor de esta hoja de dedicatoria puede ciertamente describir sólo una parte pequeña. Comencemos con la maestría de Diego Valadés para organizar grandes Congresos: ya sea para constitucionalistas “de todos los rincones del mundo”, ya sea en congresos de la Comunidad iusconstitucionalista latinoamericana tan variada como de alto nivel, que finalmente lucha por un Derecho constitucional común latinoamericano, aun dentro de toda la variedad. Los tomos de Congresos que se han publicado en el Instituto de la UNAM bajo su dirección son literalmente “tomos” (cfr., simplemente, Diego Valadés (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, 2005). La estructuración de los temas, el lograr a los ponentes “apropiados” y la organización efectiva del transcurso del Congreso en su conjunto son admirables... Como director durante años del Instituto científico-jurídico de la UNAM, Diego Valadés ha desarrollado, más allá de lo anterior, una actividad editora estupenda. Piénsese simplemente en la fértil serie de monografías acerca de todos los países latinoamericanos (por ejemplo, A.M. Hernández/D. Zovato/M. Mora y Araujo, *Argentina: una sociedad anómica*, 2005), así como en la muy consolidada colección “Constituciones iberoamericanas” (por ejemplo, El Salvador, 2005, cada vez con un prólogo de Diego Valadés, o Costa Rica y Chile, ambos en 2005). Piénsese finalmente en la iniciación del tomo muy revolucionario “Cultura de la Constitución en México”, 2003, que continúa desarrollando el concepto, propuesto por el autor de estas líneas en 1982, de “cultura constitucional” y lo observa en la realidad del Estado constitucional viviente que es México o lo transforma en realidad. La “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” es aquí especialmente palpable, porque también está enriquecida interdisciplinariamente.

Son numerosas las revistas de académicos jóvenes de dentro y fuera del país a los que el homenajeado ha concedido la ocasión de la publicación en su Instituto (por ejemplo, tenemos a Joaquín Brage Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 2005). Algo parecido vale para las muchas iniciativas de la traducción y publicación de obras de profesores de Derecho político más mayores (cfr. simplemente el tomo preparado para el autor de esta hoja de dedicatoria: *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2006). Esta intensa actividad mediadora, el elevado talento de construir puentes entre las muchas comunidades científicas nacionales, convierten al homenajeado de algún modo en un “Pontifex juridicus” de tipo especial. Al respecto, su cordial amabilidad, que se gana a las demás personas, juega también un papel totalmente positivo. Ello nos conduce

a la tercera faceta de la rica personalidad de Diego Valadés, quien encarna como pocos juristas lo personal de la cultura jurídica mexicana. Las experiencias como embajador en Guatemala pueden haberle marcado igual que el tiempo como juez constitucional.

III.D DIEGO VALADÉS COMO “HOMME DE LETTRE”

Los juristas, y de modo especial los que se dedican al Derecho político, raras veces se merecen esta elevada calificación. Porque, desde sus habituales campos temáticos y métodos, están muy lejos de la estética, de lo “bello” en el sentido de Platón, de lo artístico. Sin embargo, hay excepciones (en la época de Weimar, por ejemplo, G. Radbruch). A ellos pertenece D. Valadés. Ello también lo muestra, aunque no sólo eso, su “coronación” como miembro de la Academia mexicana de la Lengua el 25 de agosto de 2005 y su maestral discurso de ingreso del mismo día: “La lengua del Derecho y el Derecho de la lengua”, una pieza del “Law as literature” y de la “literature as law”. Ya el título es más que un juego de palabras, y el rico contenido permite reconocer la completa maestría de un “homme de lettre” en el sentido de la tradición francesa. Sin legítimo orgullo, pudo recibir el homenajeado esta honra; en Alemania se ha dado, y se da, esta posibilidad a sólo muy pocos profesores de Derecho político, así, por ejemplo, al suizo Peter Schneider en la Academia de Maguncia en los años setenta.

El discurso personal, el estilo fino en las relaciones con los invitados y la efectiva y brillante dirección de Congresos quedan para quien pudo estar en ellos como algo inolvidable. Merece especial mención el arte de la hospitalidad por parte de la señora Patricia en la casa de D. Valadés (que también, por medio de los tres niños, constituye una unidad). El autor de esta hoja de dedicatoria pudo disfrutar de esta hospitalidad casi legendaria ya en tres ocasiones y queda infinitamente agradecido por estas horas profundas.

Hay juristas que, *al mismo tiempo*, son personalidades y literatos que tienen un trozo de artistas. D. Valadés, con apego especial a las artes plásticas y a la música, pertenece a este círculo. Quedémosle agradecidos por ello, también en el marco de este Homenaje.

Bayreuth, 14 de agosto de 2006.

LOS PRIMEROS PASOS DE DIEGO VALADÉS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

JOSÉ F.P. ALOMINO MANCHEGO (*)
(Perú)

SUMARIO: **I.** Indicación preliminar: Razones para ocuparse del autor y de su producción bibliográfica. **II.** Caracteres generales del libro “La dictadura constitucional en América Latina”. **III.** Recapitulación y conclusiones.

I.1 INDICACIÓN PRELIMINAR: RAZONES PARA OCUPARSE DEL AUTOR Y DE SU PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Pongo la pluma sobre el papel para redactar, y como tal, recordar lo siguiente: Hace 31 años cuando aún era un novel estudiante adquirí en la librería Época que todavía se encuentra ubicada en el Jirón de la Unión N° 1072-Lima, la obra que lleva por título *La dictadura constitucional en América Latina* (Instituto de Investigaciones de la UNAM, México, D.F., 1974, 221 págs.) cuyo autor es el profesor mexicano Diego Valadés Ríos (Mazatlán, Sinaloa, 8-V-1945). El libro todavía conserva el sello de la librería en mención como testigo de tan apreciada adquisición que hice en el año de 1977.

Se trataba por cierto del libro debutante de Diego Valadés –en la noble disciplina del Derecho Constitucional– que guardo con riguroso celo en mi biblioteca particular, al igual que otros de su autoría que ha redactado con dimensión pareja y notorio éxito. Con anterioridad, Valadés había publicado los siguientes trabajos: *Apontamentos de Direito Fiscal* (1966), *Preliminares de un Derecho Intersocial*

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura.

(1970) que fue el resultado de su tesis profesional, *Presupuestos de la reforma universitaria* (1972) y *La UNAM. Formación, estructura y funciones* (1974). Del enorme caudal de sus publicaciones posteriores a 1974 recordemos aquí las siguientes: *La Constitución reformada* (1979, 1987), *El Derecho Académico en México* (1987), *Constitución y Política* (1987, 1994), *Derecho de la educación* (1997), *El control del poder* (1998, 2000, 2006)⁽¹⁾, *Constitución y democracia* (2000, 2002)⁽²⁾, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho* (2002, 2007), *El gobierno de gabinete* (2003, 2005)⁽³⁾, *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina* (ed., 2005)⁽⁴⁾, *Derechos humanos, Conversaciones académicas con Peter Häberle* (Compilador, 2006), *Aborto y Eutanasia* (2008, en coautoría con Jorge Carpizo) y *La parlamentarización de los sistemas presidenciales* (2007, 2008, 2009).

En tal sentido, y en línea complementaria con las anteriores consideraciones de orden bibliográfico, no hace falta decirlo, producto de sus tareas vocacionales de estudio y de docencia, Valadés es miembro de la Academia Mexicana de la Investigación Científica, de El Colegio Nacional, de la Academia Mexicana de Ciencias, de la Academia de Letras Jurídicas de Brasil, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de El Colegio de Sinaloa, Miembro de Honor de la Abogacía Española y de la Barra Mexicana, y Miembro de la Academia Mexicana de la Lengua. Asimismo, su recia personalidad se complementa con las siguientes distinciones: Vicepresidente de la Sociedad de Cultura, Miembro Correspondiente de la Real Academia Española y de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina.

Fiel custodio de esa rica tradición que viene de antaño en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM –al cual Valadés se incorporó como investigador en 1970– también pertenece al Sistema Nacional de Investigadores. En junio de 1978 se le distinguió con la Presea al mérito en la Investigación Científica del Instituto Mexicano de Cultura. De igual forma, Valadés ha sido condecorado con la Cruz del Mérito Legislativo (1986) y la Gran Cruz Antonio José Irisarri (1990). Además, entre sus tareas al servicio del Estado mexicano, ejercitadas con

(1) *Vid.* la reseña bibliográfica al libro en mención a cargo de José Antonio Mejía Becerra, en “Cuestiones Constitucionales”, N° 1, Julio-Diciembre, México D.F., 1999, págs. 317-322.

(2) *Vid.* la reseña bibliográfica a dicho libro a cargo de Miguel Carbonell en “Cuestiones Constitucionales”, N° 6, Enero-Junio, México, D.F., 2002, págs. 193-198.

(3) *Vid.* la reseña bibliográfica de Octavio Rodríguez Araujo a la 1ª edición, en “Cuestiones Constitucionales”, N° 11, Julio-Diciembre, México, D.F., 2004, págs. 299-303. Y a la segunda edición, a cargo de Alfonso Herrera García en “Cuestiones Constitucionales” N° 13, Julio-Diciembre, México D.F., págs. 319-329. Hay co-edición argentina a cargo de Rubinzal-Culzoni Editores - UNAM, Buenos Aires, 2008. Antecede Prólogo de Antonio M^a. Hernández.

(4) *Vid.* la reseña bibliográfica de Asdrúbal Aguiar en “Cuestiones Constitucionales”, N° 15, Julio-Diciembre, México, D.F., 2006, págs. 357-368.

limpieza, me complace sobremanera recordarlo, destacan las siguientes: Embajador de México en Guatemala, Subsecretario de Regulación Sanitaria de la Secretaría de Salud, Secretario General de Coordinación Metropolitana del Departamento del Distrito Federal, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1994-1995) y Procurador General de la República (1994) precedido por Jorge Carpizo Mac-Gregor y sucedido por Humberto Benítez Treviño.

En la UNAM –donde Valadés es docente desde 1968– su fértil actividad se puede compendiar de la siguiente manera: Director General de Difusión Cultural (1973-1976), Director de la Revista de la Universidad (1973-1976), Miembro de la Comisión de la Administración Interna de la Universidad (a partir de 1973), Abogado General (desde enero de 1977), Coordinador de Humanidades y –ya hemos aludido a ello– ahora en sus años de plenitud, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas (1998-2006). Además, Valadés ha sido Vicepresidente del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional –del cual es fundador desde 1974– y ex Presidente de la Sección Mexicana del mismo.

La parte orgánica de la Constitución, o también conocida como el Derecho Constitucional del Poder, ha sido materia de serias reflexiones, con notable rigor intelectual, por parte de Diego Valadés, tal y conforme lo demuestran sus trabajos de gran interés: Control del poder, Poder Legislativo, Sistema representativo y gobernabilidad. De igual forma lo ha hecho, con fundado conocimiento de causa, cuando ha abordado el Derecho Constitucional Comparado y la Historia Constitucional.

Como consecuencia de ello, Valadés –devoto permanente del diálogo– ha provocado una ubérrima floración de artículos en revistas especializadas tanto en México como en el extranjero: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Mexican Law Review y Revista Latinoamericana de Derecho Social. Bien mirado, de todos ellos, merece ser tenido muy en cuenta el ensayo que redactó en “Cuestiones Constitucionales”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 1, y que lleva por título “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo” (págs. IX-XXIV).

Acorde con las actuales circunstancias del mundo globalizado y cambiante, Valadés razona de la siguiente manera: “En materia jurídica nuestro país se singulariza por la volatilidad de las normas, especialmente por las de naturaleza constitucional. Lejos de plasmarlas en bronce o cantera, la Constitución y las leyes se tienen que editar en volúmenes de hojas sustituibles. No se trata de un asunto anecdótico; representa un problema de considerable magnitud”.

“La volatilidad normativa tiene varios efectos negativos. Uno es el ya apuntado en materia constitucional: hace imposible trabajos de gran aliento. Esto, a su vez, produce el empobrecimiento de la vida jurídica nacional. Los grandes estudios constitucionales tienen por objeto consolidar las instituciones. Sin esos trabajos las normas constitucionales van cambiando de manera desordenada, asistemática, a veces hasta irresponsablemente”.

“Otro efecto de la extrema inestabilidad normativa de México es que para los gobernantes resulta más sencillo adecuar las leyes a sus decisiones, que a la inversa. Entre los gobernados, por su parte, esa situación genera incredulidad y a veces hasta frustración. Así, para unos el derecho es un instrumento a su merced, y para otros el derecho no es un referente que ofrezca seguridad”.

“Pero se hace necesario que la estrategia de los cambios constitucionales se modifique. Hoy la dinamicidad se ha trasladado a la arena política, y es necesario reconstruir la idea de Constitución como un referente estable, que organice y vertebré el cambio político”⁽⁵⁾.

Sin lugar a dudas, estos planteamientos, formulados por Valadés, sirven como fuente de inspiración para cualquier trabajo de investigación que se pretenda redactar a partir de las cuestiones y problemas que cada día suscita el Derecho Constitucional contemporáneo, conforme lo hemos plasmado en otra ocasión⁽⁶⁾.

Más adelante, con persistente esfuerzo y poderosa reflexión, Valadés sostiene lo siguiente: “El proceso de cambio está en marcha en el mundo entero. En el periodo que media entre 1980 y 1997 fueron promulgadas 79 nuevas Constituciones en el mundo. Se trata de una actividad constituyente sin precedentes. Esto denota la importancia de las cuestiones constitucionales en las sociedad contemporánea”⁽⁷⁾.

Sobre la base de tales reflexiones, clara y precisamente expuestas, a efectos meramente descriptivos, dice Valadés que la nómina de los problemas constitucionales del Estado contemporáneo es amplísima. Para sólo mencionar unos ejemplos podemos listar los siguientes: soberanía, integración supranacional, dimensión del Estado, Estado de bienestar, sistemas de gobierno, control político, control jurisdiccional, control financiero, flujos financieros internacionales, organización del poder, sistema representativo, participación directa, federalismo, regionalismo, órganos de relevancia constitucional, organismos no gubernamentales, nuevos derechos, regulación de procesos científicos y clínicos, límites del derecho, naturaleza reglamentaria de la Constitución y la reforma constitucional⁽⁸⁾.

(5) Cfr. Diego Valadés: “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo” en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 1, Julio-Diciembre, México, D.F., 1999, pág. X.

(6) Igualmente, lo han hecho otros distinguidos constitucionalistas latinoamericanos.

(7) Cfr. Diego Valadés: “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, artículo citado, pág. XI.

(8) Cfr. Diego Valadés: “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, artículo citado, págs. XI-XXIV. Del mismo autor, *vid.* su artículo “Estabilidad constitucional”, en el diario *El Universal*, México, D.F., 13 de febrero de 2002.

Volviendo al tema central, con su libro *La dictadura constitucional en América Latina* nos encontramos frente a su primera obra en materia jurídica. Y a juzgar por los resultados, nunca me imaginé que años después, luego que me lo presentó García Belaunde, en el mes de febrero de 1990, en mi primera visita que realicé a México, ambos íbamos a fraguar una dilatada y fructífera amistad, sin fisuras hasta el día de hoy.

Por eso, y por otros motivos más, cuando los profesores Peter Häberle y Domingo García Belaunde me invitaron con fecha 28 de junio de 2007, a participar en el *Libro-Homenaje a Diego Valadés* que lleva por título harto elocuente *El control del poder*, con ocasión de haber cumplido el profesor mexicano sus dos períodos –entre los años 1998 y 2006– como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, precedido por José Luis Soberanes Fernández y sucedido por Héctor Fix Fierro, y para celebrar su sexagésimo quinto aniversario que cumplirá en mayo del año 2010, acepté con sumo agrado la referida invitación. La cual agradezco, con la más fina gratitud.

¡Y qué mejor homenaje le puedo tributar a Diego Valadés, al igual que hice en su día al maestro Héctor Fix-Zamudio⁽⁹⁾, ahora más que nunca trayendo a remembranza, a modo de apostilla, los primeros pasos que realizó a favor de la Ciencia del Derecho Constitucional –vigente en toda su magnitud– con dinamismo y laboriosidad! Con miras prácticas, el currículum académico y fecundo magisterio de Diego Valadés –gran tertuliano y de muy buen ver– que va de la mano con su *itinerarium mentis*, tal como lo veremos a continuación cuando apostillemos *La dictadura constitucional en América Latina*, son el resultado feliz de los conocimientos prodigados en toda su obra. Lo cual da pie para que Valadés sea catalogado como un profesor de inteligencia bien ordenada.

II.C CARACTERES GENERALES DEL LIBRO “LA DICTADURA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA”

Este libro, como se advirtió, fue publicado en 1974. Veamos ahora, en breve y somera revista, la estructura de *La dictadura constitucional en América Latina*, y luego comentar los aspectos más saltantes de dicha obra:

- Introducción (págs. 5-8).

⁽⁹⁾ Cfr. José F. Palomino Manchego: “Los primeros pasos de Héctor Fix-Zamudio en el Derecho Procesal Constitucional (A propósito de sus 80 años)” en José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (Con especial referencia al Derecho Procesal Constitucional)*, 3ª. edición, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008, págs. 131-156.

- Parte primera. Razón de orden (págs. 9-44).
 - I.
 - 1. La dictadura según Schmitt.
 - 2. La dictadura en Roma.
 - 3. La dictadura y la razón de Estado.
 - 4. Comisarios y funcionarios.
 - 5. La dictadura soberana.
 - 6. El legislador extraordinario en la Constitución de Weimar.
 - 7. El estado de sitio: ficción jurídica.
 - 8. La dictadura y la lucha de clases.
 - II.
 - 1. El gobierno de crisis.
 - 2. La crisis.
 - 3. El equilibrio.
 - 4. La desarmonía entre Constitución y sociedad.
 - 5. Clasificación de las constituciones.
 - 6. Legitimidad y dominación.
 - 7. La separación de poderes.
 - 8. El estado de necesidad.
- Parte segunda. Razón de orden (págs. 45-154).
 - Capítulo I. Causas del estado de excepción.
 - Capítulo II. Autoridades que declaran el estado de excepción.
 - Capítulo III. Efectos del estado de excepción.
 - a) Efectos cuanto al lugar.
 - b) Efectos cuanto al tiempo.
 - c) Efectos cuanto a las personas.
 - d) Efectos cuanto a la materia.
 - Capítulo IV. Facultades extraordinarias.
 - A. Estados donde no se confieren facultades extraordinarias al Ejecutivo.
 - B. Estados donde el Legislativo puede delegar, extraordinariamente, facultades legislativas al Ejecutivo.
 - C. Estados donde la propia Constitución autoriza al Ejecutivo para adoptar medidas legislativas en casos de emergencia.
 - D. Estados donde las funciones ejecutiva y legislativa son desempeñadas por un mismo órgano.

- Conclusión (págs. 155-158).
- Fuentes (págs. 159-165).
- Disposiciones constitucionales vigentes en América Latina, citadas en el texto (págs. 167-213).
- Cuadros (págs. 215-221).
- Cuadro 1: Formas de estado de excepción.
- Cuadro 2: Causas del estado de excepción.
- Cuadro 3: Autoridades del estado de excepción.
- Cuadro 4: Efectos del estado de excepción.

En la “Introducción”, Valadés siguiendo a Karl Loewenstein, formula la siguiente clasificación de los sistemas –de los estados de excepción– adoptados por las veintiún repúblicas americanas⁽¹⁰⁾, donde la suspensión o restricción de los derechos individuales y de las garantías (derechos) sociales, se llevaron a cabo de distinta manera:

- A) Según la facultad general de suspender o limitar las garantías constitucionales durante las situaciones de emergencia.
- B) Según la autoridad gubernamental a quien correspondería el derecho de suspender las garantías o declarar el estado de sitio.

Valadés, a modo de complemento, no obvia el *modus operandi* o mecánica del “estado de excepción” –término que mejor le viene “con el propósito de comprender las múltiples variantes que la legislación constitucional presenta”– que otros autores también han adoptado, y que son de sumo provecho, tales como Segundo V. Linares Quintana, José Campillo Sainz, Mario de la Cueva, José Aguilar y Maya, Ignacio Burgoa Orihuela y Carlos Sánchez Viamonte.

En la “Parte primera” (Razón de orden), Valadés sostiene lo siguiente: “El estudio de la dictadura constitucional –a la que cataloga como fenómeno– ejercida a través de los estados excepcionales ofrece perspectivas amplísimas. Es en realidad, un tema que bien podría ser objeto de trabajos interdisciplinarios en que, además de las cuestiones de carácter jurídico, se viesen otras de antropología y sociología políticas, así como de economía” (pág. 11).

En esta “Parte primera”, también Valadés se apoya, tal como él lo reconoce, en el libro clásico de Carl Schmitt que lleva por título *La Dictadura*, y que vio la

⁽¹⁰⁾ Las repúblicas americanas son las siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

luz en alemán por vez primera en 1921, y su traducción al español, de la tercera edición alemana que data de 1964, en 1968. Entre los motivos por los cuales emplea dicha obra, Valadés nos dice, porque es sin duda, “la mejor sistematización de la evolución institucional del estado de excepción hecha hasta ahora, y sirve para encuadrar al estado de excepción como una institución en el sentido que entiende a ésta Maurice Hauriou (1856-1929)” (pág. 11).

Recuerda muy bien Valadés que Schmitt estuvo muy comprometido con el nacionalsocialismo. Sin embargo, esta circunstancia no invalida la importancia de la obra schmittiana. Su sistematización es valedera, pero de sus conclusiones se pueden diferir. Empero, ¿por qué Valadés justifica la presencia del pensamiento schmittiano en su libro *La dictadura constitucional*? Sostiene con sobrada razón el profesor mexicano que no todos han llegado a comprender en su totalidad el pensamiento de Schmitt, por cuanto, a menudo se han conformado con aceptar sus planteamientos *decisionistas*. El *decisionismo*, empero, no es sino una fundamental etapa para la construcción más acabada que desemboca en el pensamiento de orden concreto “que se basa en la idea de que toda comunidad lleva dentro de sí el orden con arreglo al cual se desarrolla la vida de esa misma comunidad” (pág. 12).

Para examinar el concepto schmittiano de estado de excepción –subraya Valadés– se hace necesaria la compulsión de sus dos obras en donde analizó con profundidad la institución. En *Legalidad y legitimidad*, aparecida en alemán, Schmitt se reporta básicamente, a los problemas planteados por la Constitución de Weimar. Y en *La Dictadura*, Schmitt comienza con la dictadura comisarial que se gestó durante la república romana, a la que considera una sabia invención. El esquema que Schmitt sigue en *La Dictadura* responde al propósito de señalar la génesis de una constitución particularmente importante en el mundo moderno.

En primer término, procede a establecer las relaciones entre la dictadura comisarial y la Teoría del Estado. En segundo lugar, revisa la práctica de los comisarios regios hasta el siglo XVIII, deteniéndose en el examen de la dictadura de Wallenstein, para luego enfocar la transición hacia la dictadura soberana, en la Teoría del Estado del siglo XVIII. Finalmente, se acerca al concepto de dictadura soberana, que da lugar a repetidas referencias al *pouvoir constituant*, y repasa la práctica de los comisarios del pueblo durante la Revolución Francesa. Concluye con la delimitación del estado de sitio en el derecho existente, que es donde sienta las bases de su propio pensamiento sobre la materia (pág. 13).

Como se podrá apreciar, no es nada fácil esbozar las directrices fundamentales del pensamiento schmittiano acerca de la dictadura, tal como lo ha hecho Valadés con escrupulosa fidelidad, quien nos recuerda que en el lenguaje de Schmitt, dictadura es toda excepción de una situación considerada como justa. De igual forma, Schmitt entiende que el gobierno de crisis o la dictadura dan lugar a procedimientos

excepcionales para legislar. Pone de manifiesto, también, que la dictadura es un instrumento para la preservación de un orden dado, que necesariamente tiende a beneficiar a la clase detentadora del poder, sea ésta la propietaria, en las democracias liberales, sea la proletaria, en las democracias socialistas, hoy en día prácticamente inexistentes con la caída del muro de Berlín (pág. 29). En otro rubro, al ocuparse del gobierno de crisis, Valadés se apoya en Karl Loewenstein quien analiza el estado de excepción como parte del panorama correspondiente a los controles interórganos. Alude Loewenstein a la suposición del constitucionalismo clásico de acuerdo con la cual una Constitución rige como marco inalterable del proceso político, suposición que encuentra infundada (pág. 30).

En la Parte Segunda (Razón de Orden) Valadés subraya que para poder estudiar el estado de excepción en América Latina ha adoptado un método que permite destacar las principales notas de similitud o diferencia de la institución en el subcontinente. ¿Por qué Valadés sigue este método? Lo hace por cuanto, en su entender, la comparación tiene carácter científico cuando procura precisar tanto las diferencias como los elementos comunes de una institución (pág. 45).

Y estima que el estudio comparado de una institución en América Latina se justifica, esencialmente, por:

- a) La continuidad geográfica.
- b) La coexistencia temporal.
- c) La homogeneidad cultural. Y,
- d) La semejanza de sistemas económicos, políticos y jurídicos, con la sola excepción de Cuba, en la que no obstante se dan las restantes características (págs. 45-46).

En el Capítulo I (Causas del estado de excepción) Valadés nos dice que las causas que dan origen al estado de excepción podrían clasificarse en legales y extralegales, según se encuentren consignadas en normas expresas o procedan del arbitrio de quien lo impone. Esa distinción, advierte Valadés, no parece ociosa, sobre todo en el ámbito latinoamericano, pues empíricamente se puede constatar la frecuencia de los casos en que las autoridades establecen, expresa o virtualmente, estados de excepción sin que se hayan producido los supuestos legales que lo autorizan (pág. 47).

En fin, Valadés afirma que es preciso considerar que los estados de excepción son mecanismos adecuados a la defensa del Estado, y que Estado suele ser entendido en su acepción más restringida. Por otro lado, se sabe que los detentadores del poder suelen identificar su propio destino con el de las instituciones cuya titularidad ejercen, de suerte que también aplican para su afirmación personal las defensas que fueron ideadas para las instituciones (pág. 48).

Y en lo que concierne al Capítulo II (Autoridades que declaran el estado de excepción) Valadés lo aborda desde el inicio arguyendo que dentro de las distintas y posibles hipótesis en cuanto a los órganos de poder que intervienen en la declaración de los estados de excepción, se encuentran las siguientes:

1. Declaración del Ejecutivo por sí mismo.
2. Declaración del Ejecutivo con autorización previa del Legislativo.
3. Declaración del Ejecutivo con autorización sucesiva del Legislativo.
4. Declaración del Legislativo por sí mismo. Y,
5. Declaración del Legislativo por iniciativa del Ejecutivo.

Lo anterior no excluye, desde luego, que se lleven a cabo regímenes mixtos, de manera que, según las circunstancias, pueden darse en un mismo ordenamiento constitucional (págs. 80-81). ¿Es potestativa la declaración del estado de excepción? En las constituciones que se analizan se ha encontrado, dice Valadés, que tal declaración aparece siempre como una facultad de los distintos órganos gubernamentales. Sin embargo, no puede ser considerada como *meramente potestativa*, ya que para que proceda de acuerdo con la norma, deben producirse ciertos supuestos. Pero esto no es óbice para que dados los supuestos, el o los órganos que tienen la facultad de actuar, no lo hagan. En consecuencia, la declaración del estado de excepción es *potestativa*.

En el capítulo III (Efectos del estado de excepción), Valadés luego de explicar las ideas de George Jellinek, Gordon Ireland, Herman Heller y Karl Loewenstein llega a la conclusión que en cuanto a la vigencia del estado de excepción, existen dos corrientes que a veces coinciden dentro de un mismo esquema constitucional: *a)* de acuerdo con uno tendrá igual duración a la situación que le dio origen; y *b)* según otro criterio hay un límite temporal máximo, al cabo del cual o bien se opta por una prórroga, también prefijada o en esta ocasión abierta, o bien se levanta por completo y se procede a restaurar el orden normal. La temporalidad de los estados de excepción es, además, parte de su propia naturaleza. Al hablarse de estado de excepción, de emergencia, de sitio, de alarma, o de cualquier otra denominación que se juzgue pertinente, está reconociéndose implícitamente que hay otras épocas de plena normalidad (pág. 94).

Para Valadés, es posible, como una conclusión general, señalar que los preceptos que establecen la posibilidad de suspender las garantías individuales (entiéndase derechos fundamentales) contienen, a su vez, una impreterible garantía de seguridad jurídica. Por tal razón, aun cuando en ninguna de las constituciones se determine que ese tipo de normas no son susceptibles de modificación incluso durante los periodos de excepción, porque es justamente entonces cuando entran en vigor, tal limitación debe inferirse de la naturaleza misma de las normas. A

continuación, Valadés esquematiza de la siguiente manera los efectos del estado de excepción:

- a) Cuanto al lugar:
 - 1º en los países federales, y
 - 2º en los países unitarios.
- b) Cuanto al tiempo.
- c) Cuanto a las personas. Y,
- d) Cuanto a la materia (págs. 94-95).

Y llega a la siguiente conclusión: debe haber libre apreciación judicial para determinar si el gobierno actúa dentro de los límites permitidos por la Constitución en los casos de suspensión de garantías. Empero, esto no resulta posible, especialmente en América Latina, cuando tampoco exista una función judicial independiente (pág. 121).

Y en el capítulo IV (Facultades extraordinarias)^(10 bis) luego de explicar las autorizadas opiniones de Georges Burdeau, Karl Loewenstein, Michel Ameller, Salvador M. Dana Montaña, P. Humphreys y Darío Herrera Paulsen, sostiene que, sin que las constituciones lo autoricen, el ejercicio de facultades es casi una constante. Sin embargo, el propósito de Valadés es examinar el sistema positivo, para lo cual emplea las siguientes hipótesis, harto válidas en nuestro sentir:

- A. Estados donde no se confieren facultades extraordinarias al Ejecutivo.
- B. Estado donde el Legislativo puede delegar, extraordinariamente, facultades legislativas al Ejecutivo.
- C. Estados donde la propia Constitución autoriza al Ejecutivo para adoptar medidas legislativas en casos de emergencia. Y,
- D. Estado donde las funciones legislativa y ejecutiva son desempeñadas por un mismo órgano.

Se encuentran en la primera hipótesis: Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras y Perú; en la segunda: Colombia, Chile, Ecuador, México, Panamá y República Dominicana; en la tercera: Brasil, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela; y en la cuarta: Cuba (pág. 126).

Es cierto que desde la época en que Valadés da a luz su libro *La dictadura constitucional en América Latina* hasta la fecha, el tema de los estados de excep-

^(10 bis) Sobre el tema, años después, Valadés volvió a ocuparse en su libro *El control del poder*, 3ª edición, Editorial Porrúa S.A. - UNAM, México, D.F., 2006, págs. 391-392. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

ción ha sufrido cambios profundos. Especialmente, debido a la labor tuitiva que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de las famosas Opiniones Consultivas 8/87/CIDH y 9/87/CIDH, concernientes a la *razonabilidad y proporcionalidad*. Sin embargo, las bases e ideas vertebrales las sentó Valadés hace 34 años.

Valadés –ejemplo de honestidad intelectual–, luego de haber desarrollado el tema central de los estados de emergencia, con desapasionada imparcialidad, e ideas hondamente innovadoras, arriba a las siguientes conclusiones, las que transcribimos tal cual:

Conclusiones (págs. 155-158)

“El estudio que hemos hecho, sobre el régimen jurídico del estado de excepción en América Latina, con ser muy sucinto nos permite formular una serie de ineludibles conclusiones.

Desde luego, y éste es un aspecto fundamental, la vigencia de un estado excepcional por lo general da lugar a procedimientos extraordinarios de creación normativa.

Decimos lo anterior supuesto que existen procedimientos legislativos previstos para lo que se supone debe constituir la normalidad de los casos. Sin embargo, una vez que median las circunstancias capaces de originar una alteración en esa normalidad, nuevos mecanismos, concebidos para los casos de emergencia, toman el lugar de los primeros.

En eso radica lo extraordinario del procedimiento. Ciertamente, se trata de mecanismos también establecidos por la Constitución; lo que ocurre es que ésta los ha reservado para situaciones extremas en que lo importante es la supervivencia del propio Estado.

Cuando Enrico Spagna Musso se refirió a las fuentes atípicas de la creación normativa, incluyó no sólo aquellas que resultan de la costumbre, sino también a las que se originan en los cambios drásticos que una sociedad experimenta⁽¹¹⁾.

Por otra parte, también puede decirse que antes de declarado el estado excepcional, existe la facultad constitucional en favor de uno de los poderes establecidos, de poner en marcha, discrecionalmente, ese mecanismo. Esto, como parece obvio, repugna a la estructura democrática del Estado.

(11) Valadés se refiere al artículo “Introduzione ad uno studio sulle fonte atipiche”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* Milano, marzo, 1966, anno XX, núm. 1, págs. 212 y sgtes.

Con la figura del Estado de excepción, la ley pretende protegerse de toda posible eventualidad adversa. Quiere, así, ceñirse al imperio de la Ley, aun aquello que por su naturaleza es ilegal. Se aspira a la vigencia de las normas cuando no hay más que hechos en ostensible contraposición al orden estatuido. Entonces, cuando las constituciones facultan a los órganos del poder para imponer medidas drásticas, incluso al margen de lo que el propio Constituyente planteó como supuestos básicos de la acción legal, se está dando lugar a una simple opción: entre el mal de una sociedad conmocionada, cuyas consecuencias pueden alcanzar niveles imprevisibles, y el mal de una autoridad transitoriamente desbordada de sus límites, escogieron este último.

Empero, ¿qué ocurre cuando las situaciones de excepción comienzan a tornarse ordinarias? ¿Cuál de los males resulta, en este caso, peor?

La experiencia y la realidad jurídica actual demuestran que los supuestos que dan lugar al estado de excepción, no pueden ser definidos. Con variantes de menor significación, las causas que dan lugar al establecimiento de tal estado son más o menos las mismas, en los distintos países que examinamos.

Podría decirse, sin exageración, que muchas de las expresiones están altamente viciadas por el arbitrario uso de que han sido objeto en innumerables ocasiones. No hay un solo país de este continente donde el exceso o el desvío de poder no hayan sido, alguna vez, fundados en la ambigüedad de las normas que prevén el estado de excepción.

Las referencias a las conmociones interiores, amenazas del exterior, perturbaciones internas, o las más elaboradas del punto de vista del estilo, como “necesidad imperiosa de defender el Estado”, o “existencia de concierto, plan o conspiración tendientes a poner en peligro la paz pública del Estado, las instituciones o los ciudadanos”, no son sino expresiones carentes de tipificación – pese a que tienen profundas implicaciones de carácter penal – que no hacen sino desvirtuar los articulados constitucionales inspirados en la exaltación de las garantías constitucionales.

De ahí que numerosos autores hablen de dictadura constitucional: porque al lado de las instituciones que garantizan las libertades sociales han tomado asiento otras que corresponden a los verdaderos fines del Estado burgués. Si de una parte se confieren garantías al parecer intransferibles e imprescriptibles, de otra parte se pone en manos del poder público el número suficiente de atribuciones para, sin salirse del marco constitucional, hacer nugatorias tales declaraciones de garantías.

En los países latinoamericanos se ha desarrollado un peculiar sistema presidencialista, que hace dudar muy seriamente de la autenticidad de muchos postulados democráticos. La preservación de ese sistema parece estar asegurada merced al mecanismo que permite, con gran oportunidad política, suprimir todas aquellas manifestaciones públicas o privadas que resulten, o puedan resultar, amenazadoras.

Claro que la preeminencia del Ejecutivo es el resultado inevitable de una serie de circunstancias, de orden técnico y económico, difícilmente superables. No es esta característica, hay que dejarlo bien claro, exclusiva de los países latinoamericanos. Los casos en que el poder ha sido ejercido por asambleas o por cuerpos colegiados más restringidos, son muy raros en la historia del mundo.

Por esa razón, cuando algunos autores tratan de explicar las causas de las frecuentes crisis del poder en América Latina, como “crisis de personalidades”, uno tiene que rechazar el argumento por simplista y falaz. Las motivaciones verdaderas están más en lo hondo.

En realidad, el estado de excepción es el instrumento más idóneo para la preservación del dominio de una clase. Su utilización es común a todos los sistemas. Es falsa la afirmación de que son los Estados liberales los que en mayor medida tienen que hacer uso de la excepción “para protegerse de sus atacantes ocultos y misteriosos”.

El estado de excepción está más allá de las ideologías. Quizá quienes mejor puedan ayudar a conocerlo, y por eso insistimos mucho en ellos en la primera parte de este libro, son los autores que lo entendieron como “razón de Estado”. Si nosotros agregamos que la razón del Estado es la misma de la clase a la que obedece, entonces podremos concluir que, en efecto, todas las formas del estado de excepción son maneras de defender las prerrogativas de una clase.

Esto, reiteramos, es común a los Estados demoliberales y a los totalitarios. Las dictaduras fascista y nazi, por ejemplo, paradigmáticas representaciones de un estado de excepción permanente⁽¹²⁾.

Volvemos, aquí, al punto que habíamos dejado párrafos arriba. Si por democracia constitucional se entiende la separación del ejercicio de las funciones estatales, la delimitación exacta de las garantías que corresponden a los individuos y a la sociedad, y la referencia programática a una distribución equilibrada de la riqueza, por dictadura constitucional debemos entender la serie de mecanismos que la propia Constitución establece, y que tienen como resultado la supresión virtual de la separación en el ejercicio de las funciones

(12) Valadés se refiere al libro de Nicos Poulantzas: *Fascismo y Dictadura*, México, D.F., 1971.

estatales y de las garantías individuales y sociales.

Por esa razón, resulta en extremo frecuente que en las instituciones de excepción encuentren su apoyo dictaduras inconfesadas, que pretenden refugiarse en una aparente constitucionalidad. Sobrados ejemplos se pueden encontrar en estos casos. Díaz en México, Francia en Paraguay, Boyer en Haití, Rosas en Argentina, son nombres elegidos al azar que ilustran bien lo que acabamos de decir.

De ahí que resulte tan imprecisable si el estado de excepción tiene una naturaleza preventiva o represiva. Del punto de vista del mantenimiento en el poder de una clase dominante, podríamos decir que es represivo, en tanto que tenga por objeto la represión de la disidencia. Sin embargo, en la medida que lo encaremos como una previsión del Constituyente, en el sentido de garantizar la permanencia del orden legal a que da origen, será preventivo.

Es muy significativo, también, que en los países latinoamericanos donde los índices de participación cívica son más elevados, sea también donde con mayor frecuencia se imponga el estado de excepción.

Eso no hace sino corroborar nuestra idea sobre la dictadura constitucional: la necesidad de justificar los poderes *de facto* merced a subterfugios legalistas, es más acentuada allí donde la opinión pública y la actividad de los tribunales tienen mayor trascendencia; en otros lugares puede prescindirse –y esto ha ocurrido muchas veces– de las formalidades tendientes a implantar el estado de excepción, aunque no por ello deje de ponerse, de hecho, en vigor.

Podemos concluir diciendo que en el pasado y en el presente, la dictadura constitucional ha representado uno de los más caros *desiderata* del Estado latinoamericano. Éste ha tenido la habilidad, quizá, de practicarla en nombre de una supuesta democracia”.

Y de parejo modo, las fuentes bibliográficas que cita Diego Valadés, para dar fin a su obra *La dictadura constitucional en América Latina*, tanto de autores clásicos y modernos, europeos y americanos, es de primer orden. El investigador nato desde el momento que da nacimiento a sus obras es consciente que hay que consultar a los pensadores clásicos. Y Valadés –dueño de un espíritu soberano y elevado– así lo ha demostrado en cada uno de sus rigurosas investigaciones, tanto en libros como en artículos que ha redactado, compuestos en forma y fondo, con criterio alturado.

Por lo dicho, señalemos brevísimamente algunos autores que Valadés ha consultado con sumo provecho: Juan Beneyto, Rafael Bielsa, Paolo Biscaretti di Ruffia, T. C. W. Blanning, Ramiro Borja Borja, Georges Burdeau, Ignacio Burgoa,

Mario de la Cueva, David Easton, Héctor Fix-Zamudio, Ricardo Gallardo, Alfredo Gallego Anabitarte, Manuel García-Pelayo, Héctor Gros Espiel, Hermann Heller, Darío Herrera Paulsen, Georg Jellinek, Hans Kelsen, Humberto J. La Roche, Segundo V. Linares Quintana, John Locke, Karl Loewenstein, Nicolás Maquiavelo, Antonio Martínez Báez, J.P. Mayer, Alfonso Arinos de Melo Frano, Teodoro Mommsen, Montesquieu, José Pareja Paz-Soldán, Nicos Poulantzas, Emilio Rabasa, Juan Carlos Rébora, Luis Carlos Sábica, Carlos Sánchez Viamonte, Carl Schmitt, Ulises Schmill, Bernard Schwartz, Enrico Spagna Musso, Felipe Tena Ramírez, Jean Touchard, Ciro Félix Trigo, Ignacio Vallarta, Max Weber, K.C. Wheare, entre otros (págs. 159-165).

III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. En suma, *La dictadura constitucional en América Latina* es un trabajo de investigación honesto y riguroso, redactado con gran acopio de cultura jurídica, y que no obstante el tiempo transcurrido sigue conservando de manera incólume los planteamientos y el séquito de conceptos que ahí descuellan con mucha visión y profundidad. Y ahora, complementado armoniosamente con su otro libro, a saber *El Control del Poder*, que lleva el sello distintivo del talento de su aurore.
2. Esto nos permite sostener que el libro *La dictadura constitucional en América Latina*, al que consagró todos sus afanes en su etapa juvenil, le permite a Diego Valadés ubicarse como uno de los autores que, en su momento, ha tratado más luminosamente, con una perspectiva actual, el deli cadísimo tema de los estados de excepción en esta parte del Continente⁽¹³⁾.
3. Pues bien, con ello estamos seguros que Valadés, muy caro al sentimiento de los constitucionalistas peruanos, seguirá fortaleciendo en los círculos culturales su brillante talante universitario y su futura producción científica, más todavía, ahora que los años le ha permitido a su *ethos* “llegar a la madurez de su talento” (*pervenire ad frugem*).

Lima, octubre de 2008.

(13) Luego, otros autores han contribuido con lo suyo desde una determinada perspectiva doctrinal, histórica y jurisprudencial. En vía de ejemplo, entre varios: Francisco Fernández Segado: *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977. Antecede Prólogo de Luis Sánchez Agesta; Pedro Cruz Villalón: *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; Diego García-Sayán (Editor): *Estados de emergencia en la región andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987; y Daniel Zovatto G.: *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas / San José, 1990. Antecede Prólogo de Allan R. Brewer-Carías.

EL PRESIDENCIALISMO EN LATINOAMÉRICA, SIGUIENDO LA DOCTRINA DE DIEGO VALADÉS

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
(Argentina)

Diego Valadés es uno de los más importantes analistas del “presidencialismo latinoamericano”, así como de su historia, que explica bien nuestro presente. Su Estudio referido al tema en el siglo XIX, publicado en su libro “Constitución Política”, 2^a. ed., parte de un realismo socioeconómico indiscutible: a pesar de las diferencias existentes entre nuestros países, el proceso independentista ha sido equivalente, sostiene Valadés, tanto en sus orígenes, su cronología y su desarrollo ulterior.

Esa afinidad histórica, afirma Valadés, dio nacimiento a la “hermosa idea anfictionica de Simón Bolívar”, no otra que la de instalar una suerte de Confederación de Estados en nuestra Latinoamérica, como lo pensaron los griegos para las ciudades helénicas. Señala Valadés que nuestros países se unieron para enfrentar a España guante la guerra de la independencia: tras ello cada uno siguió su propio destino y sus propios designios. Se ha carecido de aquella perspectiva “heroica griega”, a la que ya se apuntó, destaca Valadés.

Para nosotros esa perspectiva puede concretarse hoy, más que nunca, pues los actuales presidentes de Brasil, Venezuela, Argentina, Paraguay y Ecuador, sobre todo ellos, a un lado sus discursos y características personales respectivas, nos están diciendo que hay otro camino. Que no es una utopía recorrer el camino integracionista abierto en Europa por el General De Gaulle. Un militar nacionalista liberal que luchó junto a los Estados Unidos contra el Eje nazifacista, durante la Segunda Guerra Mundial, pero luego no tuvo reparo en confrontar en lo económico con la dominación económica del dólar, señalando que Europa unida e integrada en su diversidad, debía lograr que prevaleciera la Comunidad Europea, generando su propia moneda. El modelo para Latinoamérica lo marcó el Presidente

Francés: cuando Juan D. Perón regresó en 1973 a la Argentina, lo hizo bajo el lema gaullista de que, el año 2000 nuestros países se encontrarían unidos, si se integraban, o dominados, si no lo hacían.

Es frecuente que la oposición a las referidas presidencias latinoamericanas les reprochen su falta de fe y comportamiento republicano, que no basa con la democracia de origen, sino que es *imperiosa* que *impere* la democracia de ejercicio, que eso de posible reelección indefinida merece el vituperio. Creemos que esas críticas y objeciones son ciertas. Sin embargo, no es posible exigir una conducción “a medida”, como si estuviéramos encargando un traje de fina hechura. La democracia también sirve para ponerle límite a la concentración del poder: lo sabe bien Hugo Chávez luego del no a su referéndum convalidatorio de una posible reelección indefinida y de una suma de potestades para el ejercicio del gobierno. También lo sabe el kirchnerismo en la Argentina luego del no a la esa reelección indefinida en la provincia de Misiones, sometida a plebiscito.

Citando a Cuevas Cancino (Caracas, 1955), Valadés recuerda que: “no siempre los Estados Latinoamericanos han asumido una actitud contraria a los Estados Unidos y que muchos de aquellos Estados han observado una clara dependencia con relación a aquel país”. Si eso podía decirse en 1955, vale también para nuestros días. El propio México no ha tenido más remedio que firmar con los Estados Unidos el acuerdo llamado ALCA, que crea un libre comercio entre dicho país, Canadá y México, recientemente también con Colombia y con Chile. A esa realidad mercantil del Norte, el Sur latinoamericano le ha respondido con el MERCOSUR, una propuesta que ha ido languideciendo sin mayores resultados. En cambio, la reciente firma en Buenos Aires del acuerdo para crear el Banco del Sud, un día antes de la asunción de Cristina Kirchner como Presidenta de los argentinos. Dicho acuerdo firmado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela, también por Uruguay, instala una realización de trascendencia, que debería culminar en la anhelada moneda única para ese Mercado Común Latinoamericano en ciernes.

Cuáles son los elementos fundamentales en común que tienen los presidencialismos latinoamericanos, según Valadés: tradición indígena (fuerte en Bolivia, atenuada en Perú y México, mestiza en Ecuador, muy limitada en el Cono Sur); afirmación del poder nacional (fuerte en México, en degrade en los demás países hasta el particular de Argentina, Uruguay y Costa Rica); tendencias federalistas y centralistas (un federalismo más nominal que real, sobre todo en la Argentina, un unitarismo quebrado en Bolivia, al borde de la secesión del bajo); poder de la Iglesia (muy fuerte en la Argentina, atenuado en Brasil, apenas figurativo en México y Colombia); sistemas electorales (generalizada aplicación del sistema proporcional: desaparición de la ley de lemas en el Uruguay); organización

social (presidencialismo de oligarquía, clase media y marginados sociales); responsabilidad política del Ejecutivo (a partir de un juicio político como letra muerta de los textos constitucionales: el juicio político ha sido el golpe de Estado, sobre todo en Argentina, en Bolivia y en el Ecuador); presiones externas (sobre todo, por parte del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de los Estados Unidos); inestabilidad institucional (salvo Costa Rica) e incultura política (tema complejo que merece un estudio autónomo). Los paréntesis son nuestros.

En relación con la “tradición indígena”, Valadés sigue el pensamiento de Luis Carlos Sáchica (Bogotá, Temis, 1978), para quien en Latinoamérica hay un poder constituyente indígena, mechado al modelo formal del presidencialismo norteamericano. Hoy ese cariz se encuentra fuertemente instalado en la Asamblea Constituyente de Bolivia, liderada por su Presidente Evo Morales, situación que ha puesto al país al borde de la división nacional.

En relación con “la afirmación del poder nacional”, nos dice Valadés que en todos nuestros países los primitivos caudillos militares se han convertido en titulares del poder ejecutivo. Una excepción a destacar la constituye el General José de San Martín, padre de la patria de Argentina, quien después de sellar la derrota española en el Perú, rechazó la tentación del poder civil que le ofrecieron en nuestro país. Pero es cierto, como lo señala Valadés, que nuestros primeros conductores fueron paternalistas y mesiánicos. Nuestro autor señala a Sucre, Iturbide, San Martín y O’ Higgins, también a Bolívar, pero destacando su rol normativista. Ya hicimos la salvedad del caso sanmartiniano. De ese paternalismo emergió, como fruto maduro, una clara ampliación de las potestades ejecutivas: lo enfatiza Valadés.

Cuando Valadés se refiere al “federalismo latinoamericano”, lo hace reconociendo que ese modelo se vio impactado por una impronta de un presidencialismo fuerte: lo cual debilitó a la “federación”, señalamos nosotros. Pero resulta muy importante la indicación de Valadés en el sentido que el federalismo latinoamericano fue una derivación del fuerte localismo indígena reinante en nuestros pueblos desde la Colonia. El cacicazgo de raigambre indígena, tuvo un rol indudable en la formación federativa de la región. Pero ese localismo menguó el hiperpresidencialismo gobernante. Vale decir, como conclusión: las naciones latinoamericanas nacieron y se desarrollaron, gracias a un federalismo o descentralización del poder, que se hizo cargo de las diferentes identidades regionales, de base indígena, pero no afectó, sino consolidó, la conducción central propia de un presidencialismo fuerte.

En cuanto al “poder de la Iglesia”, sostiene Valadés que dicha institución “procuró identificar los elementos de la tradición indígena de nuestros pueblos, con aquellos que pudieran llevar a una rápida y espontánea integración de los

correspondientes a la dominación española”: por ende a la dominación de la Iglesia. A ese fenómeno, nos dice nuestro autor, el laicismo de Benito Juárez en México y el de Torquemada en Colombia, logró permear la influencia eclesíástica. En tanto que en Ecuador los jesuitas prevalecieron de la mano del gobierno de Gabriel García Moren. En ambos casos, nos dice Valadés, se fortaleció el presidencialismo.

Por su parte, cuando Valadés trata el tema de la organización social, con todo acierto destaca que en América Latina se ha instalado una “tendencia disociativa”, propia de su creciente desorganización. El caso paradigmático ha sido Argentina, nuestro país, en relación con el cual Ortega y Gasset, por el año 1926 nos dijo “argentinos a las cosas, es decir sean eficaces, dejen de hacer teorías”; también Einstein, cuando estuvo en Argentina en 1929, le dijo al prominente químico argentino Reinaldo Vanossi, padre de nuestro constitucionalista, que lo atendió en nuestro país, “estoy sorprendido de la importancia económica y social de Argentina, a pesar de carecer de organización”; finalmente no podemos olvidar que para los años 50 Samuel Samuelson dijo que mientras Japón era un tipo autónomo de economía, porque sin tener recursos tenía todo por tener organización, Argentina, por el contrario, era el único caso donde teniendo un país todos los recursos carecía de todo por no tener organización.

Coincidimos con Valadés en el sentido de esa desorganización, común a todos los países latinoamericanos, no hizo otra cosa que acrecentar el poder de los gobernantes. A ello se debe agregar, como factor dirimente, las señaladas desigualdades sociales y el incremento de la corrupción “madre del nepotismo y del compadrazgo”, nos indica Valadés.

La referida descripción se integra, en la pluma de Diego Valadés, con el señalamiento del rol de militarismo en nuestra América Latina, vía directa también para la generación de golpes de Estado. De ese modo se consolida “el cesarismo en el ejercicio del poder”.

La intromisión externa en nuestro continente se ha producido por parte de los Estados Unidos, también de los organismos internacionales de crédito: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional. A ello deben agregarse los generalizados conflictos limítrofes que convulsionaron la paz social de nuestros pueblos.

El resumen histórico que nos hace Valadés en tal sentido, resulta muy significativo, por eso lo pasamos a desarrollar: 1. En 1845 Argentina tuvo que sufrir el bloqueo anglo-francés; 2. También Argentina, junto a Brasil y al Uruguay, protagonizaron, entre 1864 y 1870, la cruel guerra de exterminio contra el Paraguay: tan criminal fue que Juan Bautista Alberdi escribió su impactante libro “El Crimen de la Guerra”, redactado a partir de sus excesos. 3. En 1879 Chile enfrentó a

Bolivia y al Perú, para dirimir cuestiones limítrofes, durante la llamada “guerra del Pacífico”. 4. En los albores del siglo XX, Colombia sufrió la secesión de Panamá, a instancias de los Estados Unidos, luego de sus disputas territoriales con el Perú, en los tiempos de su independencia (1829). 5. Luego Ecuador, también hubo de enfrentarse con Colombia que pretendía conquistarlo, debiendo enfrentar al Perú, por cuestiones de límites. 6. Venezuela disolvió su unión con Colombia y tuvo que enfrentar a Gran Bretaña con motivo de la cuestión de límites con la Guayana. 7. México perdió la mitad de su territorio en manos del expansionismo de los Estados Unidos, debiendo también sufrir la intervención europea en 1838 y en 1861.

Complementando este relato histórico recordamos que luego de su declaración de independencia en 1902, Cuba estuvo permanentemente intervenida por los Estados Unidos, que avaló el gobierno dictatorial y corrupto de Batista, lo cual fue un factor activo de la revolución castrista. También debemos recordar que Argentina vio vulnerada, desde los tiempos de Rosas, su soberanía territorial por la ocupación inglesa de las Islas Malvinas. Recuperada la ocupación territorial por parte de Argentina en 1982, durante la dictadura militar a cargo de Galtieri, los británicos recuperaron las Islas con la activa ayuda de los Estados Unidos.

El colofón de esta excelente investigación del maestro mexicano Diego Valadés, es que Latinoamérica sufrió, a través del tiempo, una señalada incultura política: cuestión que le ha permitido a Karl Loewenstein ubicar a nuestro continente en la tipología de constituciones nominales, es decir que predicen pero que no se cumplen (ver su *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983). Claro ejemplo de que no se equivocó Lassalle cuando sostuvo que una “constitución” no es una “hoja de papel”, sino los “factores reales de poder” que operan en cada pueblo (*vid.* su conferencia “¿Qué es una Constitución?”, Berlín, 1862).

Concluimos este modesto estudio para el tomo en homenaje a Diego Valadés, con quien, en forma conjunta con Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo y Jorge Vanossi, por el año 1974 fundamos el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que tiene su sede en México. A partir de allí, Diego Valadés no hizo otra cosa que acreditarse como uno de los más prestigiosos constitucionalistas de nuestro continente y prominente hombre público. Fue Ministro de la Corte Suprema de Justicia de México (1994-1995), Procurador General de la República en su país (1994), Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1998 al 2006) y ha recibido la Cruz del Mérito a la Investigación Jurídica (1978), la Cruz del Mérito Legislativo (1986) y la Gran Cruz Antonio José Irisán (1999), todas ellas en México. Todo ello justifica plenamente el presente homenaje.

LA OBRA DE DIEGO VALADÉS COMO DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM (1998-2006)

HÉCTOR FIX FIERRO (*)
(México)

SUMARIO: I. Preámbulo. **II.** Entre la tradición y la innovación. **III.** Epílogo.

I.P REÁMBULO

Quizá una constante relativa en la vida política y social –que no excluye a la académica– es la probabilidad del distanciamiento y la mala relación entre el antecesor y su sucesor en un cargo. La razón es obvia: los planes y las propuestas de trabajo del segundo se ven frecuentemente como una crítica más o menos velada a la labor del primero, pues si el sucesor ha de hacer aportaciones propias y encontrar su voz, se verá forzado a identificar las fallas y deficiencias de quien le precedió, mientras que la “política” del cargo casi inevitablemente lo llevará a cuestionar o incluso a revertir sus decisiones. Apenas hace falta decir que la tentación de “inventar la rueda” en cada ciclo institucional conlleva altos costos de aprendizaje para la vida social. Pero las instituciones son justamente aquellos mecanismos que la sociedad ha creado para dar continuidad y previsibilidad a las decisiones sociales. Desafortunadamente, en nuestros países la vida institucional tiende a ser precaria y, por tanto, poco previsible y carente de continuidad.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha logrado, desde mediados de los años sesenta en que llegó a la

(*) Investigador a tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

dirección Héctor Fix-Zamudio (1966-1978), una continuidad e incluso una “tradicción” –por lo demás ausente en la mayoría de las instituciones del país– que le ha permitido a su comunidad construir, en cada momento, sobre los fundamentos de su labor anterior, es decir, la tradición hace posible la innovación. Aquí reside, sin duda, una fuente de su fortaleza y de su creciente prestigio académico. Ello tiene relevancia para estas líneas, porque la extraordinaria labor de Diego Valadés –a quien muchos rendimos merecido homenaje con estos folios– como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas (1998-2006) se enmarca en este contexto de continuidad e innovación. Como sucesor suyo en la dirección del Instituto, y en contradicción a lo expresado en el primer párrafo de este texto, no tengo más que admiración y agradecimiento por su obra. Mi modesta contribución a este homenaje consistirá, entonces, en hacer un repaso sumario de las que considero las aportaciones más importantes de esa labor, situándola en el contexto de continuidad e innovación que he mencionado y que caracteriza la “tradicción” del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

II. E N T R E LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN⁽¹⁾

En este apartado hago un repaso muy breve de los distintos rubros de la labor del Instituto de Investigaciones Jurídicas y señalo lo que a mí me parece ser la contribución más destacada de Diego Valadés en cada uno de ellos durante sus dos periodos en la dirección del Instituto.

1. Publicaciones

Desde hace mucho tiempo, el Instituto es la entidad académica de la UNAM que más títulos produce año con año. Durante el período de Diego Valadés, continuó y se intensificó este ritmo de publicaciones, alcanzando un extraordinario máximo de 180 publicaciones entre 2004 y 2005, con un promedio anual de 132 títulos.

Dentro de esa tradición editorial destacan varias obras colectivas. Además de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada* (publicada por primera vez en 1985 y en vigésima edición de 2006), el *Diccionario Jurídico Mexicano* (cuya primera edición apareció entre 1982 y 1984, con frecuentes reediciones) y *Los Derechos del Pueblo Mexicano* (obra elaborada para la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y publicada por primera

(1) Este apartado se apoya en los informes anuales de labores del Instituto para el período 1998-2006, publicados en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, núms. 97, 99, 104, 106, 109, 112, 114 y 117 y consultables en <<http://www.bibliojuridica.org>>

vez en 1966, con siete ediciones hasta 2006). Durante el período de Diego Valadés no sólo continuaron actualizándose y perfeccionándose estas obras, sino que vieron la luz nuevos proyectos de esta naturaleza. Menciono los diccionarios temáticos, elaborados con base en el *Diccionario Jurídico Mexicano* (en diversas disciplinas como el derecho constitucional, el internacional, el mercantil, la filosofía del derecho, etcétera), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (publicada por primera vez en 2002 en coedición con la prestigiada casa editorial Porrúa), la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (aparecida tanto en México como en Argentina en 2006) y la colección de treinta cuadernos denominada *Nuestros Derechos* (2000), publicada en coedición con la Cámara de Diputados, con el fin de dar a conocer a un público más amplio y de manera sencilla los derechos mínimos que corresponden a los individuos y los grupos sociales en México. Cabe insistir, como se aprecia ya en las menciones anteriores, la importancia de las coediciones en esta labor editorial, y por ello puede subrayarse también el inicio de la colaboración con prestigiosas editoriales en el ámbito iberoamericano, lo que permitió la aparición simultánea o sucesiva de títulos en coedición con casas editoriales de Argentina, Colombia, España y Perú, entre otras.

Durante el período 1998-2006 vieron la luz también nuevas publicaciones periódicas especializadas. La creación de nuevas revistas conlleva algún riesgo, pues puede suscitar el temor de que la «competencia» con las revistas más antiguas haga decaer el contenido de estas últimas. Sin embargo, el crecimiento de la planta académica del Instituto, la creciente especialización dentro de las distintas ramas del derecho, el surgimiento de nuevos temas en la agenda pública, y la influencia de los criterios de los organismos científicos rectores, como el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), explican y justifican la aparición de estas nuevas publicaciones periódicas. Durante el período de Diego Valadés en la dirección del Instituto empezaron a publicarse regularmente las siguientes revistas, que se agregan a las antiguas y prestigiadas revistas existentes hasta ese momento⁽²⁾:

- *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (1999). Esta revista tiene sus raíces en la fuerte presencia del derecho constitucional en el Instituto, pero también en los vigorosos lazos que los constitucionalistas mexicanos han establecido con los iberoamericanos a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

⁽²⁾ Me refiero al *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (1948), a la *Revista de Derecho Privado* (1990) y al *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (1989). El Instituto publicó también entre 1986 y 1991, como título periódico, los *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, los cuales dejaron de aparecer definitivamente en 1999. Todas estas publicaciones son consultables en la Biblioteca Jurídica Virtual.

- *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2001). Los anuarios gozan de tradición en el derecho internacional público y México tiene también una gran tradición tanto en la doctrina como en la práctica de esta rama del ordenamiento, de modo que resultaba muy pertinente la apertura de un foro académico para los internacionalistas mexicanos y extranjeros.
- *Derecho Comparado de la Información y Comparative Media Law Journal* (2003). La creación de estas revistas, que aparecen gracias al apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, se explica por el surgimiento de las cuestiones de la transparencia y el acceso a la información pública hace apenas algunos años en México ⁽³⁾, lo que llevó a la creación de un área de Derecho de la Información en el propio Instituto.
- *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* (2003). La creación de esta revista se debe también a la importancia de la reforma de la justicia como tema de la agenda pública desde fines de los años ochenta, pero particularmente después de la llamada “Reforma Judicial” de 1994-1995⁽⁴⁾. La revista inició su publicación con el apoyo y colaboración de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (2005). De esta revista cabe destacar, además de la permanente importancia de los temas del derecho social y en los que México ha tenido históricamente un papel de vanguardia, su vocación comparada y latinoamericana, que se observan ya en su propio título.
- *Mexican Law Review* (2004). Esta revista nació como revista electrónica semestral, con el propósito de publicar versiones en inglés de algunos trabajos de los investigadores del Instituto y otros destacados juristas mexicanos. Aunque el inglés no se ha convertido en el lenguaje universal de las ciencias jurídicas (como sí sucede en otras ciencias sociales), en virtud de que el orden jurídico sigue muy ligado al Estado nacional, los crecientes intercambios entre los países, el crecimiento del derecho internacional, la creciente interdependencia de México con países de habla inglesa como los Estados Unidos y Canadá gracias al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, justifican que los juristas mexicanos tengan un foro accesible para publicar en inglés, por lo que no es posible exagerar la importancia de esta iniciativa.

⁽³⁾ La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que creó el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), se aprobó en 2002.

⁽⁴⁾ Un antecedente de esta revista son los *Cuadernos para la Reforma de la Justicia*, que no era una publicación periódica y de la cual aparecieron apenas siete números entre 1995 y 1998.

Todas estas publicaciones siguen apareciendo de manera regular, sin afectar el contenido y la calidad de las revistas anteriores, y han alcanzado en pocos años reconocimiento y prestigio más allá de las fronteras mexicanas⁽⁵⁾.

Por último, a Diego Valadés debemos también el inicio de la colección *Voz de Nuestros Juristas*, la cual recoge, de viva voz, los testimonios y las experiencias personales de algunos de los profesionistas y académicos del derecho más destacados de nuestro país⁽⁶⁾, varios de los cuales desafortunadamente ya no se encuentran entre nosotros. Se trata de testimonios invaluable que servirán, en algún momento, para escribir la historia del derecho mexicano durante la segunda mitad del siglo XX.

2.Eventos

Otra tradición del Instituto de Investigaciones Jurídicas se manifiesta en los frecuentes eventos académicos, tanto nacionales como internacionales, sobre temas de trascendencia y actualidad que revelan la capacidad de convocatoria de nuestra institución. Entre los eventos importantes, cada vez más numerosos, realizados durante el periodo de Diego Valadés en la dirección del Instituto, destaca la serie de congresos internacionales denominados “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”. El primero se realizó en 2004, y le siguieron quince congresos temáticos más entre 2005 y 2006. Además del impacto académico inmediato y del fortalecimiento de la vocación del Instituto en el campo del derecho comparado ⁽⁷⁾, estas reuniones generaron la publicación de una serie memorias que ofrecen un extraordinario panorama actual de las diversas ramas y disciplinas del derecho, así como de ámbitos temáticos específicos ⁽⁸⁾.

(5) Este recuento no estaría completo si no se mencionaran tres revistas más, que por sus particularidades no he listado más arriba: *Diálogo Jurisprudencial* (2006), en coedición con la Corte y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el apoyo de la Fundación Honrad Adenauer, en la cual se publican sentencias relevantes del continente en materia de derechos humanos, y la *Revista Latinoamericana de Derecho* (2004), la cual reúne trabajos ya publicados previamente en las revistas del Instituto y las de la editorial argentina Rubinzal Culzoni. La revista *Derecho y Cultura* (2000) apareció como coedición entre la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura y el Instituto solamente entre 2003 y 2004. Estas publicaciones son consultables también en la Biblioteca Jurídica Virtual.

(6) En este formato se han recogido también los testimonios de algunos juristas extranjeros destacados que han visitado nuestro país. Los títulos aparecidos, que suman ya casi treinta, pueden consultarse en la página Web del Instituto <<http://www.juridicas.unam.mx>>

(7) Debemos recordar que el Instituto de Investigaciones Jurídicas se fundó en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México.

(8) Hablamos de más de treinta extensos volúmenes publicados entre 2005 y 2009, consultables en la Biblioteca Jurídica Virtual.

3. Biblioteca jurídica virtual

Antes de 1998 el Instituto ya contaba con una presencia fuerte y vanguardista en las tecnologías de la información y en Internet. Sin embargo, es un mérito muy particular de Diego Valadés haber impulsado la «Biblioteca Jurídica Virtual»⁽⁹⁾ como un proyecto que no sólo incorpora el fondo editorial completo del Instituto (desde sus primeras publicaciones en los años cuarenta), sino también las aportaciones de otras casas y fondos editoriales, nacionales y extranjeros. La Biblioteca se inició en 2002 y en septiembre de 2006 contaba ya con más de dos mil volúmenes en línea, más de 12 mil artículos de revista y otros tantos capítulos en obras colectivas. Se trata de un acervo importante en el que ya es posible encontrar materiales interesantes sobre casi cualquier tema jurídico.

4. Nuevas áreas y métodos de investigación

Aunque el Instituto ya contaba con algunos antecedentes y experiencias en proyectos interdisciplinarios, como el núcleo de estudios en salud y derechos humanos (creado en 1991), la dirección de Diego Valadés se caracterizó por el impulso a nuevos temas y áreas del conocimiento jurídico, en interrelación con otras ciencias y disciplinas. Cabe mencionar en este sentido el inicio de los estudios en derecho y psicología, en inteligencia artificial y derecho, así como los estudios empíricos en materia de justicia. De estos últimos debe destacarse el diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas⁽¹⁰⁾. Asimismo, Diego Valadés propuso e impulsó una primera encuesta nacional (y pionera a nivel mundial) sobre «Cultura de la Constitución»⁽¹¹⁾, la cual ha sido replicada en otros países latinoamericanos⁽¹²⁾. A fines de 2004 se creó el Área de Investigación Apli-

(9) Visitar <<http://www.bibliojuridica.org>>

(10) Véase Concha Cantú, Hugo A. y José Antonio Caballero Juárez *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM-National Center for State Courts, 2001 (consultable en la Biblioteca Jurídica Virtual).

(11) Véase Concha Cantú, Hugo A., Héctor Fix Fierro, Julia Flores y Diego Valadés *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJ-COFEMER, 2004 (consultable en la Biblioteca Jurídica Virtual).

(12) En la Biblioteca Jurídica Virtual puede consultarse los estudios relativos a Argentina (Hernández, Antonio María, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM-Asociación Argentina de Derecho Constitucional-IDEA Internacional, 2005) y Costa Rica (Cordero, Luis Alberto, Rubén Hernández Valle, Carla Morales y Daniel Zovatto, *Cultura de la Constitución en Costa Rica*.

cada y Opinión, conformada por un equipo interdisciplinario, la cual realiza investigación sobre los temas más variados de política jurídica y otras cuestiones de la política pública. Con ello, el Instituto adquiere un instrumento de investigación que renueva y refuerza su posición de vanguardia en la investigación jurídica.

5. Crecimiento de la planta académica y renovación generacional

En el período 1998-2006, el número de investigadores de todas las categorías en el Instituto creció de 76 a 97, lo que implica un incremento de casi treinta por ciento, en su mayor parte a través del ingreso de investigadores jóvenes. Aunque también en este rubro el Instituto tiene una «tradición» de constante crecimiento y renovación generacional mediante el ingreso de investigadores jóvenes⁽¹³⁾, y aun tomando en cuenta que el crecimiento apuntado se dio en años de relativa bonanza económica, tal crecimiento y renovación no es, desafortunadamente, la constante en muchas entidades académicas de la Universidad Nacional.

Los investigadores jóvenes del Instituto –me refiero a los menores de cuarenta años– constituyen una generación muy brillante, profesional y dinámica que cuenta con extensas redes académicas en México y el extranjero y cuya presencia en el medio jurídico e incluso en la opinión pública es cada vez más relevante, gracias a los eventos académicos que organizan, o en los que participan, y a las publicaciones resultantes de estos eventos. De este modo, no sería exagerado decir que el futuro del Instituto queda asegurado por varias décadas más.

Además de lo anterior, el Instituto contribuye a la renovación de la investigación jurídica en el país a través del programa de doctorado en derecho de la UNAM, el cual inició formalmente sus actividades con sede del Instituto en el año 2000⁽¹⁴⁾. Como director, Diego Valadés otorgó siempre gran apoyo a este programa, consciente de la importancia que tiene la formación de nuevos investigadores del derecho en un país en el que la investigación jurídica todavía es insuficiente y precaria, tanto en volumen y calidad como en los niveles de institucionalización y profesionalización que ha alcanzado.

Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores, México, UNAM-Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano-IDEA Internacional, 2009). La encuesta se replicó también en Bolivia.

(13) En 1966 el Instituto contaba con cuatro investigadores de tiempo completo; en 1990, ya eran 55.

(14) El Reglamento de Estudios de Posgrado de la UNAM de 1996 dispuso que los programas de doctorado por investigación ya no fueran exclusivos de la Facultad respectiva, sino compartidos entre varias entidades académicas, en particular con los institutos de investigación.

6. Presencia y prestigio del Instituto en México y el extranjero

No es posible destacar con detalle el extraordinario cúmulo de actividades y logros de Diego Valadés en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Baste señalar, sin embargo, que este cúmulo se ha traducido en relaciones de colaboración cada vez más extensas y diversas con instituciones nacionales y extranjeras, las cuales reconocen y consolidan el liderazgo académico del Instituto. Asimismo, este liderazgo académico ha propiciado que se invite al Instituto a participar en importantes proyectos de reforma jurídica, lo que permite que el conocimiento académico acumulado tenga incidencia en la realidad jurídica del país. Apenas es necesario señalar que estos proyectos se multiplicaron bajo la dirección de Diego Valadés y que, gracias a los recursos que han generado, ha sido posible sostener y ampliar las actividades académicas del Instituto⁽¹⁵⁾.

III.E PÍLOGO

Quizá alguien pueda decir, con el afán de relativizar los logros reseñados en los apartados anteriores, que en la medida que la labor de un director se sitúa dentro de la «tradición», esos logros sólo pueden consistir en un incremento cuantitativo, y que, por el otro lado, no puede haber cambio sin la iniciativa, la colaboración y el compromiso de muchas personas más. Tal argumento tendrá, sin duda, mucho de razón. Por ello quiero concluir mi contribución señalando que el aspecto más importante del extraordinario desempeño de Diego Valadés en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas radica, sobre todo, en su condición de «líder». Tal condición no exige poseer el monopolio de las propuestas de cambio ni de su ejecución, sino contar con una visión de futuro que permita identificar necesidades y oportunidades, así como disciplina y capacidad de coordinación de los esfuerzos propios y ajenos para el logro de objetivos comunes. Desde este punto de vista, Diego Valadés ha sido un líder completo que, además, ha sabido transferir ese liderazgo a las nuevas generaciones del Instituto. A estas generaciones les corresponde seguir construyendo el futuro, futuro del cual ya son parte inseparable la obra y el ejemplo de Diego Valadés.

(15) El último informe de labores del periodo señala la celebración de cerca de 200 convenios en el periodo 1999-2005.

A PROPÓSITO DE LOS «PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO» EN DIEGO VALADÉS (*)

«El Estado de derecho es una de las cuestiones más complejas a las que hace frente la teoría de la Constitución, precisamente porque supone una relación dinámica entre dos conceptos poliédricos: Estado y Derecho». (Diego Valadés).

**SERGIO DÍAZ RICCI ⁽¹⁾
(Argentina)**

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Origen. **III.** Estado y Derecho. **IV.** Caracteres. **V.** Consecuencias. **VI.** Finalidad. **VII.** Tipos. **VIII.** Caso argentino. **IX.** Legitimidad. **X.** Conclusión.

I.I INTRODUCCIÓN

Debemos a Diego Valadés haber traído a la reflexión del siglo XXI el valor del «Estado de Derecho» para el constitucionalismo latinoamericano en estos últimos años cuando pareciera una noción perimida a juzgar por la olímpica omisión de esta idea-fuerza en aquellas reformas constitucionales que encabezaron los procesos de democratización en la región en la década del '80, con la excepción

(*) Valadés, Diego: *Problemas constitucionales del Estado de Derecho* México, UNAM, 2002, pp. 1-73.

(1) Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina).

de la Constitución del Perú cuyo artículo 3 invoca al Estado democrático de derecho como principio fundamental ⁽²⁾. Mientras las Constituciones de los Estados europeos, tanto luego de la Segunda Guerra Mundial como después de la caída del muro de Berlín, inscribieron en el frontispicio de sus textos el rótulo de «Estado de Derecho», pareciera que en estas latitudes no llegó a percibirse el peso de esta definición.

Por ello, creemos oportuno insistir en la fuerza operativa del concepto de Estado de Derecho como el mejor homenaje que, a través de este estudio, podemos tributar al maestro mejicano cuya gestión al frente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM tuvo no sólo el sesgo de la cortesía y generosidad mejicana⁽³⁾, sino tuvo un indeleble y perdurable sello latinoamericanista.

La Constitución tiene entre sus finalidades principales revestir de juricidad a la vida del Estado quien, observando ciertas condiciones, configura un tipo estatal denominado el “Estado de Derecho” ⁽⁴⁾ que supone el encuadramiento normativo de la totalidad de la actividad del Estado. Algunos han sostenido que la noción del Estado de Derecho propende a una fosilización del Estado, es decir, que a través de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico se pretende congelar, conservar una determinada estructura política al servicio de los grupos dominantes. Esto pondría al Estado de Derecho como sinónimo de petrificación constitucional. Sin embargo, la democratización del Estado ha hecho descubrir en la idea de Estado de Derecho una aptitud transformadora que, si bien contribuye a afianzar la estabilidad constitucional, lo hace con un sentido dinámico⁽⁵⁾. Conviene, entonces, efectuar algunas precisiones acerca del Esta-

(2) Aunque el clima liberal había retocado el art. 4 de la inolvidable Constitución de 1979 que invocaba el principio del “Estado social y democrático de derecho”. La Constitución de Venezuela de 1999 habla de “Estado Social y Democrático de Derecho” (art. 2) y la reciente Constitución de Bolivia de 2008 habla de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional y comunitario” (Preámbulo y art. 1°).

(3) Debo agradecer su interés en publicar mi obra *Teoría de la reforma constitucional*, UNAM, Buenos Aires, 2004.

(4) Según Norbert Lösing la primera vez que se utiliza el término “Estado de Derecho” fue en 1798 por J.W. Placidus, aunque no equivale al sentido actual del término (en “La Jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho” en AA.VV. (Editor: Fernández Segado, Francisco): *La constitución española en el contexto constitucional europeo* Madrid, Ed. Dykinson, 2003, pp. 1005. Si esto es así, entonces, Von Mohl, a quien se atribuye haber empleado por primera vez el término en 1832, lo hizo 34 años después.

(5) La noción de Estado de Derecho tiene como precedentes *Instrument of Government* de Cromwell (1653), el *Bill of Rights* (1689) y la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Recibe su primera aplicación práctica en la Constitución de los Estados Unidos de 1786, aunque

do de Derecho, útiles en relación al concepto de Constitución que supone sustancialmente un Estado de Derecho y viceversa.

Una primera cuestión de orden general nos surge inmediatamente: ¿es posible regular normativamente la vasta y dinámica actividad del Estado? O por el contrario, ¿es ésta quien determina a aquélla? Estos interrogantes nos conducen directamente a la relación entre Estado y Derecho. Desde el comienzo tropezaremos con la dificultad de alcanzar un concepto de Estado y de Derecho ampliamente compartido “*Por ello –nos consuela Hesse– no es posible resolver la cuestión de las relaciones entre el Estado y el Derecho que a cada generación se le plantea, presentando una opinión dominante*”⁽⁶⁾.

En la actualidad, la noción de Estado de Derecho constituye un “concepto técnico” de la dogmática constitucional que necesariamente precisa ser llenado de contenido político, por tanto, es un concepto aplicable a diferentes contextos socioeconómicos e ideológicos. Esto no quiere decir que la idea de Estado de Derecho sea una forma vacía, convertida en un fin en sí mismo, pues como dice Gomes Canotilho «*o conceito de Estado de Direito surgir-nos-á, desta forma,*

alcanza formulación racional con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 16, 3 y 6). Conceptualmente la idea de Estado de Derecho tiene origen germánico. Si bien, autores como Kant («El Estado es la asociación de una pluralidad de hombres bajo ley jurídica» perteneciendo estas leyes a «la voluntad reunida del pueblo», *Die Metaphysik der Sitten*, cit. por Gomes Canotilho, p. 273), Fichte, Humboldt la tomaron en consideración, el término fue acuñado por Müller en 1809 (*Elemente der Staatskunst*). Otros sostienen que fue Robert von Mohl quien hizo uso por primera vez de la expresión Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) en una obra de 1832-33 (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grunstatzen des Rechtsstaates*, Tubinga, Heinrich Laupp; claramente la emplea en su obra de 1829 *Das Staatsrechts des Königreichs Württemberg*). Sampay va a sostener que la noción de Estado de Derecho encuentra su antecedente primero en Dicey (vid. *La Crisis del Estado de Derecho Liberal Burgués*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1942, p. 57).

(6) Cf. Hesse, K.: en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, p. 99). Aquí nos basta con afirmar que ambos son términos de una relación dialéctica de interdependencia. El Estado no es concebible sin una regla de orden, que lo unifique y recree continuamente. El derecho, a su vez, no puede asegurarse sin el poder estatal que lo sostenga y haga positivo y válido. Sobre este punto remitimos al desarrollo que hace Heller en su *Teoría del Estado*, en el Capítulo “El derecho como condición de unidad estatal” (México, Fondo de Cultura Económica, pp. 199 a 216). Por el contrario, no se debe llegar al extremo de identificar Estado y Derecho como lo hace Kelsen que diluye ambas nociones al sostener, generalizando, que todo Estado es un Estado de Derecho. La interdependencia no impide que ambos conceptos se distingan. Esta problemática nos pone en relación a la cuestión de la justificación del Estado. En efecto, para afirmar que un Estado es justo es necesario recurrir a criterios jurídicos que conformen un derecho que ordene la vida social atribuyendo en lo concreto a cada uno lo que le corresponda (*suum cuique tribuere*). Ver Heller, ob. cit., pp. 234 a 246.

como un conceito temporalmente condicionado, aberto a influências de concepções cambiantes de Estado e de constituição, (apertura política e ideo lógica), e a várias possibilidades de concretização» (diversidad de concretización)⁽⁷⁾, por tanto, no puede entonces convertirse en la cobertura acrítica de cualquier contenido.

II.O RIGEN

Históricamente el Estado de Derecho ha adoptado la forma de dos tipos concretos: el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho⁽⁸⁾.

La noción de Estado de Derecho nació adherida a la forma liberal de Estado, como la hiedra que reviste un muro. Razón por la cual todas las justas críticas de que es susceptible el Estado Liberal fueron, sin adecuada distinción, trasladadas al Estado de Derecho⁽⁹⁾. Por ello resulta necesario desbrozar el concepto técnico-jurídico de Estado de Derecho del tipo histórico concreto del Estado de Derecho Liberal con un contenido específico. «*El concepto de Estado de Derecho se vincula así en su origen y desarrollo al Estado Liberal* –nos recuerda Elías Díaz–, *pero, como veremos, no se agota en éste*»⁽¹⁰⁾.

En una primera aproximación diremos que un Estado de Derecho constituye aquel Estado subordinado al Derecho. Un Estado cuya actividad puede racionalmente ser referida a normas jurídicas positivas de origen democrático, es un Estado de Derecho. En consecuencia no cualquier Estado es Estado de Derecho ya que no basta que un Estado esté regulado por normas jurídicas para ser Estado de Derecho, pues como lo expresa Garrarena Morales: «*No todo Estado ‘con’ derecho es Estado ‘de’ Derecho*»⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ Cf. Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 269.

⁽⁸⁾ Cf. Díaz, Elías; *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Taurus, 1981, p. 30.

⁽⁹⁾ Para las críticas al Estado Liberal de Derecho y a su versión remozada de Estado Social de Derecho remitimos a las obras de Pablo Lucas Verdú, en *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Acta Salamanticensi, Salamanca, 1955 y en *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975; Sampay, Arturo Enrique, ob. cit.; García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, ob. cit., p. 157 y ss.; Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 137 y ss.

⁽¹⁰⁾ Cf. Díaz, E., ob. cit., p. 29.

⁽¹¹⁾ Vid. Garrarena Morales, Ángel: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Murcia, Univ. de Murcia-Servicio de Publicaciones, 1980, 177 pp., en esp. p.118.

En suma, debemos delimitar la noción de Estado de Derecho en su significación autónoma. A pesar de las críticas de que fuera objeto y de una etapa de declinación real durante el período de Entreguerra, no creemos que el concepto de Estado de Derecho sea una noción obsoleta, pues ha sido rehabilitada por la doctrina e incluso ha recibido consagración positiva en textos constitucionales modernos de distinto talante. Ley Fundamental de Bonn (art. 28.1)⁽¹²⁾, la Constitución Portuguesa en su Preámbulo, y luego de la Revisión de 1982 en los arts. 2 y 9.8, la Constitución Española en el Preámbulo y en el art. 1.1, calificando al Estado de Derecho como «democrático y social», o en Argentina en la Constitución de la provincia de Córdoba habla de Estado «democrático» de Derecho (art.1), o la Constitución de la provincia de Salta que habla de una «democracia social de derecho» (art. 1). Sin embargo, la Reforma de la Constitución Argentina de 1994 omitió incorporar esta idea-valor en su texto.

La dura crítica al Estado liberal en la Europa de principios de siglo XX arrastró consigo la idea de Estado de Derecho pero los cataclismos sociales y las dramáticas experiencias de violación de los derechos más elementales de la persona humana hizo reaparecer y redescubrir en la praxis política el valor del Estado de Derecho como legado del constitucionalismo liberal contra las dictaduras de cualquier signo⁽¹³⁾.

En Iberoamérica los gobiernos oligárquicos y las sucesivas dictaduras militares, que alentaron el debilitamiento de la conciencia jurídico-constitucional y que acabaron en la triste experiencia de la vulneración de los derechos humanos, hicieron resurgir la necesidad del concepto de Estado de Derecho revalorizando su valor en la convivencia política. Ello es particularmente revelador en nuestro país a partir de los procesos democratizadores iniciados en la década del '80 en Latinoamérica.

Por eso podemos decir con Elías Díaz que «*A pesar de todas las insuficiencias del liberalismo (especialmente su individualismo y su apoyo a la sociedad*

(12) Que consagra por primera vez la fórmula «Estado Social de Derecho». La expresión «Soziale Rechtsstaat», según nos recuerda Lucas Verdú, fue propuesta en la Constituyente alemana federal por el diputado socialdemócrata Carl Schmitt, quien se inspiró en H. Heller (*Rechtsstaat oder Diktatur*, Tübingen, 1930, págs. 9-10 y 26). Cit. en «*La lucha...*», pág. 81, nota 185.

(13) Las críticas de C.Schmitt y Sampayal Estado Liberal de Derecho, por acertadas que fuesen marcando los vicios concretos del Estado liberal, no tiene por qué descalificar la idea misma de Estado de Derecho porque, por un lado, como lo puso en evidencia Pedro De La Vega, la crítica immanente no tiene por qué convertirse en crítica trascendente (ver Prólogo al libro *defensa de la Constitución* de Carl Schmitt, Madrid, Tecnos, 1983, p.13) y, por el otro, no tiene por qué trasladarse la crítica del uno al otro sin la debida discriminación, por conexas que fuere la materia.

burguesa-capitalista) en cuanto símbolo del espíritu moderno frente al absolutismo de todo tipo, puede decirse que constituye una conquista histórica irreversible»⁽¹⁴⁾. En suma, la noción de Estado de Derecho ha adquirido después de la Segunda Postguerra un significado autónomo de gran valor.

Sin embargo, el mundo iberoamericano en el siglo pasado debe a Sampay (1942)⁽¹⁵⁾ y a Lucas Verdú (1955)⁽¹⁶⁾ haber reconocido el valor de la idea de Estado de Derecho, y en el presente a Valadés⁽¹⁷⁾.

Sin duda, el Estado de Derecho está signado por las circunstancias históricas de su nacimiento, esto es, por el enfrentamiento contra el Estado Absoluto, desligado de toda vinculación jurídica (*legibus solutus*)⁽¹⁸⁾. Y aquí radica también su valor intrínseco, no puede decirse que la lucha contra el Absolutismo haya sido obra exclusiva de la burguesía en ascenso sino que fue la empresa de todas las fuerzas sociales en la conquista de libertad, igualdad, participación y justicia. Que la burguesía haya encabezado este movimiento en su propio beneficio, no menoscaba la trascendencia revolucionaria de este acontecimiento. De cualquier forma, esta no ha dejado de ser una preocupación actual luego de las infaustas experiencias fascistas en Europa, las dictaduras militares en Latinoamérica y los regímenes comunistas del Sudeste asiático. Por muchas vueltas que demos llegaremos al mismo punto: la limitación del poder absoluto es la razón de ser de la Constitución.

Resulta necesario distinguir el Estado de Derecho, como noción perdurable, universal y valiosa, del Estado liberal burgués, como forma coyuntural, singular e histórica⁽¹⁹⁾. Esta situación ha llevado a Lucas Verdú a admitir que

(14) Cf. Díaz E., ob. cit., p. 29.

(15) Vid. Nota 4 *supra*.

(16) Vid. Nota 9 *supra*. Adviértase cómo Lucas Verdú se anticipa un cuarto de siglo a los estudios de Elías Díaz y de Garrorena Morales, vid. en Acta Salamanticensi, 1955.

(17) Vid. Nota 1 *supra*.

(18) En efecto, debe tenerse siempre presente que el Estado de Derecho surge como respuesta revolucionaria para enfrentar al Estado Absoluto entonces vigente. «La aparición del Estado de Derecho –dice Lucas Verdú– va ligada a una determinada fase histórica de la evolución del Estado Absoluto al Estado Liberal’ (*La lucha...*, ob. cit., p. 16).

(19) En contra, Garrorena para quien el Estado de Derecho hace referencia «sobre todo –es importante relatarlo– a ciertas convicciones, principios y creencias, típicas de aquel originario mundo conceptual liberal y burgués, los cuales dan todo su sentido a esta vinculación (del Estado por la norma) a esta limitación del Estado por el Derecho» (ob. cit., 1980). Idem, García Pelayo en *Transformaciones del Estado Contemporáneo* (Madrid, Alianza). Aunque ambos finalmente admiten una relectura, una mutación de contenidos de los principios originarios del Estado liberal de Derecho.

«El Estado Liberal de Derecho, nacido contra el Estado del Antiguo Régimen, contiene tal complejidad de aspectos, elementos, que aparecen como tipo general obligado de referencia»⁽²⁰⁾.

III.E ESTADO Y DERECHO

En razón de su origen, el Estado de Derecho contempla una dimensión muy compleja del fenómeno estatal: la relación Estado-Derecho, y la resuelve en un sentido definido: la subordinación del Estado al Derecho. El Estado de Derecho configura un concepto de carácter singular que debe ser distinguido del Estado liberal y que, además, no es asimilable a cualquier Estado. Aunque coetánea al Estado Liberal de Derecho se ha independizado de ese modelo de Estado, al punto que este tipo prácticamente ha desaparecido en su forma originaria, en cambio el concepto de Estado de Derecho ha adquirido una vitalidad propia.

El Estado de Derecho corresponde a aquel Estado cuya actividad es referida a normas jurídicas positivas con validez democrática⁽²¹⁾. Tal es la nota perdurable que constituye el núcleo significativo del Estado de Derecho que puede ser impregnada de contenidos diversos, manifestados con calificativos de social, democrático, republicano, etc. Es pues una fórmula técnico-jurídica aplicable sólo a una familia de Estados, los Estados Democráticos, o sea aquellos fundados sobre la voluntad popular y el respeto de la dignidad de la persona y sus derechos.

La idea de Estado de Derecho sujeto al «imperio de la ley», empleando la expresión de Elías Díaz⁽²²⁾, es el resultado del desarrollo democrático sobre el que sustancialmente se apoya el Estado de Derecho. Esta subordinación la explica Pedro De Vega claramente: «La necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático la suprema autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley suprema (la Constitución), que obligue por igual a gobernantes y gobernados»⁽²³⁾. En esto consiste fundamentalmente el «imperio de la ley»,

(20) Cf. Lucas Verdú, ob. cit., *La lucha...*, p. 134.

(21) Cf. García Pelayo, *Derecho...*, p. 157 y ss. y Sampay, A.E. *La crisis...*, p. 59, critican al positivismo de Laband y Jellinek por haber desustancializado el concepto de Estado de Derecho. No creemos que esto sea trasladable a nuestra posición porque sólo queremos destacar el carácter instrumental del concepto de Estado de Derecho y reclamamos como necesario que éste sea llenado de contenidos políticos determinados, únicos compatibles con el Estado de Derecho. Aunque la distinción no se da en la realidad histórica concreta, desde un punto de vista lógico es conveniente hacerla.

(22) Cf. Díaz, ob. cit., p. 31.

(23) Cf. De Vega, ob. cit., p. 25.

o sea, la sujeción al derecho de gobernantes y gobernados. En esto coincide Loewenstein al sostener que: «una comunidad política será calificada de Estado de Derecho cuando las normas establecidas en la Constitución para el desarrollo del proceso político obliguen y liguen por igual tanto a los órganos estatales –detentadores del poder– como a los ciudadanos –destinatarios del poder–»⁽²⁴⁾.

El hombre convive en una sociedad política como condición necesaria del desarrollo vital de su propia persona⁽²⁵⁾. El hombre tiene el derecho y del deber de participar en una organización estatal lo que se expresa en el derecho-deber de constituir y conformarla. La condición *sine qua non* de la subsistencia individual y social es lograr el desarrollo autónomo de su personalidad. Para verificar objetivamente esta finalidad se ha elaborado un catálogo formal de libertades, derechos y obligaciones. El Estado demuestra la observancia del fin último de la convivencia democrática, en el respeto de esos derechos y libertades que se presentan como límites objetivos.

La concretización racional democrática se efectúa por medio de la una norma jurídica (la fuerza revolucionaria y demiúrgica de la *Loi* parlamentaria para la Revolución Francesa⁽²⁶⁾), ley originada en la voluntad popular expresada a través de representantes del pueblo. La Democracia (que tiene como contenido y como límites objetivos el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana) a través de la ley hace del Estado un Estado de Derecho.

IVC CARACTERES

De este fundamento democrático se derivan los tres caracteres esenciales del Estado de Derecho:

- a) Todo Estado de Derecho se basa en el principio de legalidad democrática. El principio de legalidad impregna toda la actividad estatal. El individuo y los

(24) Cf. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 163.

(25) «El Estado de Derecho aparece, pues, conexionado en virtud de todo esto a concepciones político sociales de carácter personalista... es importante –agrega Elías Díaz– insistir siempre que el carácter personalista del Estado de Derecho no debe resolverse en meras afirmaciones retóricas y declamatorias de los derechos humanos» (ob. cit., p. 40). En este sentido el Estado de Derecho conecta con el pensamiento personalista-humanista de Mounier, Maritain.

(26) Vid. Díaz Ricci, Sergio: «La ley en la constitución» en *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación* (compilador Jorge H. Gentile), Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 701-722.

grupos se encuentran inmersos en un sistema de convivencia política en que las acciones, omisiones y relaciones relativas al Estado son siempre referibles a normas jurídicas; corresponde el llamado «imperio de la ley» que en palabras de Weber significa que gobiernan las leyes, no los hombres. Con esto se quiere expresar la sumisión de los poderes públicos a la ley y al derecho, y especialmente a la Constitución, esto es, a una Constitución Escrita pues, como lo señala Loewenstein, «*sólo cuando el proceso político está sometido a normas de la Constitución escrita, estará considerado como un Estado de Derecho*»⁽²⁷⁾.

En consecuencia, se consagra la primacía de la ley en el sentido que la actividad estatal debe conformarse a ella, lo que significa, en términos de García Pelayo, interpretar «iuscéntricamente» al Estado⁽²⁸⁾. Cualquier actividad estatal será, pues, el resultado de la ejecución de una norma legal y no del libre arbitrio de quien ejercite el poder. Toda acción estatal es la consecuencia de una ley previa. Esto ha hecho decir a Garrorena Morales que «*el principio de legalidad se satisface con la inexcusable existencia de una ley previa* », es decir, con el principio de precedencia de la ley⁽²⁹⁾.

Con ello se distinguen dos momentos en la vida estatal: la ejecución y aplicación de las normas legales (esfera ejecutiva y jurisdiccional) y la elaboración de las normas legales (esfera legisferante). Esta diferenciación nos da la clave de la segunda característica del Estado de Derecho.

- b)* El dictado de las normas jurídicas, lógicamente, debe separarse de la ejecución y aplicación concretas. Esto nos permite distinguir un centro productor de normas jurídicas diferenciado del ejecutor. Con ello efectuamos una aproximación al principio de separación de poderes desde un ángulo diferente. La división de poderes es una nota típica del Estado Liberal-burgués, en tanto teoría racional-mecanicista, pero se relaciona al Estado de Derecho en cuanto se lo interprete de la manera arriba expuesta, esto es, como una conse-

(27) Según las diversas posturas y autores se señalan diferentes caracteres propios del Estado de Derecho. Elías Díaz apunta cuatro notas: 1º Imperio de la ley; 2º Régimen de división de poderes; 3º Principio de legalidad de la Administración; 4º Garantía y seguridad de los derechos fundamentales de la persona humana. Garrorena (ob. cit., p. 119) y García Pelayo (ob. cit., p. 63) indican cuatro caracteres en algún modo asimilables a los anteriores. Lucas Verdú (*La lucha...*, pp. 23/24) detalla siete notas típicas, Sampay (ob. cit.) menciona tres cualidades del Estado de Derecho.

(28) Cf. García Pelayo, M., *Transformaciones...*, p. 65; *idem*, Garrorena, ob. cit., p. 117.

(29) Cf. Garrorena, ob. cit., p. 139. Loewenstein, ob. cit., p. 163.

cuencia necesaria de la subordinación de los poderes del Estado a la ley. Por ello se puede explicar que la idea de división de poderes sea compartida y originada simultáneamente en el tiempo por el Estado liberal y por el Estado de Derecho. Pero, además, es esencial que la fuente productora del Derecho sea de naturaleza democrática. La ley que regula al Estado debe emanar de la voluntad popular para que éste sea un auténtico Estado de Derecho.

En consecuencia, el órgano elaborador de la ley que sea expresión o representante de la voluntad popular será preeminente, es decir que el poder legislativo como fuente de legalidad democrática en un Estado de Derecho será el órgano prevaleciente⁽³⁰⁾. Así se alcanza una legalidad apoyada sobre la legitimidad democrática por cuanto, en un Estado de Derecho, la ley es expresión de la voluntad popular. «*De este modo –señala Garrorena– el principio de legalidad es para ellos... un principio de legitimidad, en cuanto que su actuación queda apoyada así en un Derecho democrático establecido*»⁽³¹⁾.

El Estado de Derecho es posible porque a través de la ley la voluntad popular logra concretarse racionalmente. Además la organización y delimitación de funciones de los distintos poderes supone la elaboración de un esquema racional. El derecho será el producto de la razón encargada de racionalizar y limitar el poder⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Cf. García Pelayo, *Transformaciones...*, p. 65. Un autor argentino, en uno de los escasos trabajos referidos al Estado de Derecho sobre la base de la división de funciones y poderes va a poner como fundamento del Estado de Derecho el «Equilibrio de poderes» que la entiende como «aquella condición especial de los órganos de gobierno que, a la vez que aleja el peligro de prepotencias o sumisiones entre los mismos, asegura por medio de discretas injerencias, de reacciones y contrapesos recíprocos, una relación permanente y una colaboración efectiva, que los solidariza, como parte distintas de un engranaje único, en una acción armónica, no sólo de los órganos entre sí, sino de éstos, en su conjunto con la conciencia y voluntad colectivos que constituye su inspiración superior». (Tagle, Carlos en «Estado de Derecho y equilibrio de poderes en la Constitución Argentina», en el libro *Estudios sobre la Constitución Argentina (Homenaje en el 90° aniversario de su sanción)*, Santa Fe, Imprenta de la Univ. Nal. del Litoral, 1943, p. 404/574). La importancia definitoria del principio de división de poderes para conformar Estado de Derecho se manifestó en Argentina en el comienzo mismo de su vida institucional, que se tenía conciencia de ello lo demuestra la Primera Constitución Argentina del 22-10-1811 que se autodenomina “Reglamento de la división de poderes”.

⁽³¹⁾ Cf. Garrorena, ob. cit., p. 131; *idem*, Díaz, Elías, ob. cit., p. 32.

⁽³²⁾ Para el constitucionalismo liberal el Estado de Derecho se presenta como un «Estado de Razón» (*Staat der Vernunft* para Welcker o *Verstandenstaat* para Mohl), o sea un Estado de Derecho Racional (*Vernunftsrechtsstaat*) que realiza efectivamente los principios racionales de la comunidad (cit. por Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 273). *Idem*, B. Mirkin Guetzevitch sostiene que el Estado de Derecho es una “ratiocracia” pues “el ideal de Estado de Derecho es el máximo de racionalización. A medida que la vida toda del Estado es circundada por el Derecho... tal

- c) Por último, el carácter central y definitivo del Estado de Derecho es el efectivo respeto de los derechos y libertades fundamentales. Esto ha llevado a la consagración jurídico-constitucional positiva de los Derechos humanos fundamentales como criterios objetivos que deben ser observados por la acción del Estado. De ello deriva la igualdad entre los individuos en razón de su identidad sustancial.

La garantía, el respeto y la procura efectiva de los derechos fundamentales se convierten así en el rasgo objetivo más característico del Estado de Derecho, que lo distingue de otras formas de Estado aunque con derecho. Esto lleva al Estado de Derecho a inscribir formalmente los derechos humanos fundamentales en los documentos jurídicos constitucionales y, además, a actuar en función de la realización más efectiva y amplia de tales derechos entre todos sus miembros. Este último imperativo señala la evolución constante del Estado de Derecho hacia formas superiores de justa convivencia política donde los derechos fundamentales sean efectivos en la práctica.

V.C ONSECUENCIAS

Dos son las consecuencias más destacables del Estado de Derecho:

- a) La limitación de la actividad estatal: Toda organización y regulación de la actividad del Estado implica, por sí misma, una limitación a la acción estatal. La limitación es el efecto de toda regulación. Aún el fijar el sentido de la actividad de los poderes del estado, aunque en sí misma no signifique una prohibición, tiene como consecuencia una limitación, en la medida que impide la elección de opciones diferentes. La limitación legal opera sea fijando el contenido concreto de la actividad estatal (*daseinvorsorge*), sea demarcando el ámbito de competencia a los poderes.

El principio de separación de poderes, por un lado, como principio operativo de competencia, actúa como limitador de la acción de los distintos departamentos en que se ha dividido la función estatal en la medida que se atribuye una determinada atribución a uno que no se confiere a otro. Por otro lado, al establecer el cumplimiento de determinadas finalidades enmarca la acción del órgano.

Pero, también, los derechos fundamentales de la persona humana, formalizados o no normativamente, como núcleo central de todo Estado de Derecho,

Estado se aproxima al ideal del Estado de Derecho” (en *Modernas Tendencias...*, pp. 43 y 44). Conviene apuntar que este autor dice también que el Estado de Derecho es una “antropocracia” por cuanto el hombre es el objeto de la democracia, y el principio de la democracia se identifica con el principio de la racionalización del poder. (ob. cit., p. 43).

se levantan como sólidas barreras a la acción estatal, que no solamente no puede vulnerarlos sino incluso sirven para orientar su acción al conseguimiento efectivo en la realidad, como una exigencia de convivencia democrática auténtica. Garrorena dirá que el principio de la legalidad es «*un principio de limitación formal o jurídica, en cuanto que su actividad (de los poderes del Estado) halla en dicho Derecho (democráticamente establecido) la frontera de su obrar legítimo*»⁽³³⁾.

Sin embargo, conviene señalar que los cambios demográficos, tecnológicos y productivos del mundo contemporáneo han impuesto amplias y enormes tareas al Estado. La estructura económica adoptada señalará el grado de intervención estatal. Por ello, ante un Estado de la magnitud moderna, el propósito de regular totalmente la actividad estatal resulta imposible. Frente a ello Lucas Verdú advierte que: «*implica desmedida pretensión que todo el ámbito estatal esté presidido por normas jurídicas, que el poder estatal, la actividad desarrollada por éste, se ajusten a prescripciones legales*»⁽³⁴⁾. Entonces, el Estado de Derecho contemporáneo no puede significar la regulación completa y minuciosa de toda la actividad del Estado (como señaló alguien no es al por menor sino al por mayor), sino que todo acto estatal debe ser referido, inmediata o mediatamente, a una norma legal originada por la voluntad popular, para gozar de validez. Aun los espacios de libertad de la actividad estatal serán referibles a una razón normativa democrática. En ese sentido son atinadas las reflexiones de Vergottini cuando afirma que: «*la llamada discrecionalidad (política, administrativa, judicial), en cuanto poder encaminado a conseguir los fines típicos de toda función, jamás podría identificarse con la arbitrariedad, es decir, con actos de poder ilimitado: siempre ha de estar condicionada, de algún modo, por normas precedentes (principio de legalidad)*»⁽³⁵⁾. Sobre este punto se ocupó magistralmente Valadés en el estudio que aquí glosamos⁽³⁶⁾.

Por otro lado, no olvidemos que no se trata de la regulación legal de toda la actividad social sino sólo de la actividad estatal porque, además, en las sociedades industriales contemporáneas, el Estado es en sí mismo limitado por ser sólo una parte, sin duda vital, de la sociedad moderna⁽³⁷⁾.

(33) Cf. Garrorena, ob. cit., p. 131.

(34) Ver Pablo Lucas Verdú, *La lucha...*, p. 13.

(35) Cf. Vergottini, Giuseppe De, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa Calpe, 1983, p. 227.

(36) Vid. Valadés, en Capítulo VI «Límites de la ley», ob. cit., pp. 22-45.

(37) Ver Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit., p. 11.

- b) Otra consecuencia del Estado de Derecho, derivada de la anterior, es la necesidad de control de la actividad estatal para evitar que transponga los límites fijados normativamente.

La actividad del Estado –a fin de conservar el sentido de la decisión adoptada en su momento por la voluntad popular– debe someterse a un control de coherencia con la normativa correspondiente. Consecuentemente, es necesario un control objetivo⁽³⁸⁾, es decir, control de naturaleza jurídica pues, como dice Elías Díaz, se trata de: «*el control que el derecho puede ejercer sobre el poder y la actividad del Estado... contralor y regulación marcados al Estado por la ley positiva*»⁽³⁹⁾. El contralor del contenido de la actividad del Estado, apoyándose en la separación entre poderes, se articula en el control recíproco entre los diversos departamentos evitando la concentración del poder.

El establecimiento de un Tribunal Constitucional o de un órgano jurisdiccional capaz de controlar la validez jurídica de los actos estatales y de las normas por éste emanadas, constituye otra medida eficaz para el sostenimiento del Estado de Derecho⁽⁴⁰⁾. El patrón objetivo de control de la observancia del principio de legalidad democrático lo constituye el respeto por los derechos fundamentales de la persona. Los derechos humanos no son un fin en sí mismo sino contenido del respeto de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Observando aquellos se asegura el fin esencial de la existencia de toda persona.

VI.F INALIDAD

Por último, podemos afirmar que la finalidad del Estado de Derecho es alcanzar la Seguridad Jurídica, tal como lo expresa Lucas Verdú el Estado de Derecho «*en cuanto estructura política que intenta realizar un tipo de legalidad y de seguridad jurídica...es un postulado de la cultura indispensable para la organización de la convivencia política*»⁽⁴¹⁾.

(38) Puede ampliarse en Aragón Reyes, Manuel: *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, en esp. pp. 80 ss.

(39) Cf. Díaz, E.: ob. cit., p. 18.

(40) Así el art. 116 de la CN. «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución». En el mismo sentido Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, art. 2.1.a “El Tribunal Constitucional conocerá... del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley”.

(41) Cf. Lucas Verdú, *La lucha...*, ob. cit., p.116.

No debemos confundir los efectos con la finalidad en razón de que los efectos son los medios para conseguir una determinada finalidad. El Estado de Derecho recurre a la ley para regular la actividad del Estado como medio para garantizar la observancia de los presupuestos básicos de convivencia por los órganos estatales. Este imperativo de coherencia entre la acción del Estado y la finalidad de la convivencia democrática, a través de la ley, alcanza lo que la dogmática jurídica denomina Seguridad Jurídica que Franz Scholz define como: «*la confianza garantizada de la vigencia del derecho y en su administración imparcial y justa*»⁽⁴²⁾. En efecto, lo que se obtiene es una seguridad alcanzada a través del Derecho. Seguridad que se obtiene gracias al recurso de la técnica jurídica.

La *seguridad* está dada por la certeza de las personas que la actividad del Estado, que le debe sometimiento, procura una ordenación social justa, que se concreta a través de la regulación legal. Esto genera la obligación moral de obediencia a un Estado que se estima legítimo, cuya acción esta determinada normativamente⁽⁴³⁾. Y es *jurídica* porque esta justificación del Estado va a ser precisada concretamente por medio de disposiciones normativas. Las normas jurídicas que acuden a determinar en la acción del Estado sirven para fijar el contenido concreto de lo justo. Constituyen criterios objetivos y concretos que dan fundamento sólido a la certeza⁽⁴⁴⁾. El Estado de Derecho logra la Seguridad o Certeza jurídicas de que el contenido de las normas que obligan y su ejecución (aún coactiva) por el Estado se encuentra en coherencia con el orden de convivencia estimado como justo y por lo tanto, vinculante. « *Y con razón – concuerda García Pelayo– la idea de Estado de Derecho continúa teniendo sentido no sólo desde el punto de vista de los valores jurídicos y políticos, sino también desde el punto de vista de la funcionalidad del sistema estatal, ya que introduce dentro de él la normalización, la racionalidad y, por lo tanto, la desaparición de factores de incertidumbre*»⁽⁴⁵⁾.

La doctrina crítica del Estado del Derecho reconoce el valor Seguridad Jurídica pero le atribuye un contenido dinámico apto para dar respuesta a una época de rápidas, profundas y continuas transformaciones sociales y económicas, en

(42) Vid. *Die Rechtssicherheit*, Berlin, Walter de Gruyter y Co., 1955, pp. 3-4, cit. por Lucas Verdú, ob. cit., p. 118.

(43) Cuestión que nos conduce al tema de la justificación del Estado (ver nota 2). Remitimos al desarrollo que hace Heller en *Teoría del Estado*, pp. 243 a 246. Para afirmar que el Estado es justo debemos recurrir a criterios jurídicos que se materialicen en un derecho que ordene la vida social atribuyendo a cada uno lo que en equidad le corresponde.

(44) *Idem*, Valadés, ob. cit., p. 1.

(45) Cf. García Pelayo, ob. cit., *Las transformaciones...*, p. 54.

contraste con el sentido estático que se le pretende dar desde posiciones inmovilistas conservadores de un orden establecido que suele favorecer a unos pocos. La Seguridad Jurídica procura la permanencia de un orden dinámico fundado sobre la seguridad social y moral. En suma, busca alcanzar la «seguridad» de un orden social justo «jurídicamente» garantizado que, concretamente, se manifestará en unas u otras medidas tendientes a alcanzar el bien común que, a su vez, deberán enmarcarse en ley formal que respete el principio de generalidad de la ley⁽⁴⁶⁾.

Es por ello que la actividad del Estado sometida al principio de legalidad democrática da lugar a un modelo estatal llamado Estado de Derecho cuya finalidad será alcanzar la Seguridad Jurídica⁽⁴⁷⁾. La regulación de la actividad del Estado por la ley tiene como propósito lograr el *ius certum* que posibilita la previsibilidad y calculabilidad de los comportamientos políticos y estatales. Certidumbre que se alcanza por la implícita o explícita referibilidad de la actividad estatal a normas jurídicas positivas, y, a la vez, de las normas jurídicas a su fundamento democrático.

El Estado de Derecho permite comprender la acción estatal a la luz del derecho. El derecho es una valiosa herramienta para interpretar al Estado, pues su positividad y racionalidad constituye una vía fácil para la inteligibilidad esa unidad de acción y decisión humana que es el Estado. Un Estado que se presente al conocimiento, que pretenda explicitarse a través de normas jurídicas con los caracteres señalados, será un Estado de Derecho y para esta finalidad la Constitución cumple un servicio capital. Si dijimos que una Constitución auténtica es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado de origen democrático, entonces, ésta constituye un medio necesario para la configuración del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho supone que el conjunto de la actividad del Estado se encuentra sujeta al principio de legalidad, o sea, debe ser referida a normas legales. La Constitución es la ordenación jurídica de los rasgos fundamentales del Estado⁽⁴⁸⁾. En este sentido cumple con la función característica del Estado de Derecho, o sea, la Constitución es un instrumento que sirve para regular normativamente, aunque de sólo algunos aspectos básicos, la vida estatal. En este sentido, la Constitución

(46) Cf. Lucas Verdú, ob. cit., *La lucha...*, pp. 119-120.

(47) Vid. Heller, quien atribuye al precepto jurídico el efecto de Seguridad Jurídica o certeza jurídica que «consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma y, de otra parte, en la certeza de su ejecución» (ob. cit., p. 240), llegando al punto de justificar al Estado en la Seguridad Jurídica: «por el hecho de que una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social, la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado... La institución del Estado aparece, de esta suerte, justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica y sólo por ello» (ob. cit., p. 241).

(48) Cf. Kāgi, Werner: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado* (traducción S. Díaz Ricci y H.J. Reyven), Madrid, Ed. Dykinson, 2005.

genera Estado de Derecho o, en otros términos, podremos decir que la Constitución tiene entre otras finalidades el establecimiento del Estado de Derecho, como desarrollo de su inmanente lógica democrática.

El Estado de Derecho es un resultado (causa final) y la Constitución es una de sus causas primeras (eficiente y material), según la clasificación aristotélica. En efecto, existen otras normas legales que hacen posible el Estado de Derecho: leyes ordinarias, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc. Es por ello que la Constitución no regula la totalidad de la actividad estatal sino sólo algunos de sus aspectos fundamentales, ciertamente, los más esenciales. Entonces, corresponde a la Constitución en primer término regular jurídicamente la actividad del Estado, poniendo los fundamentos esenciales del Estado de Derecho.

Por ello, la Constitución puede ordenar directamente, fijar criterios orientadores para el sucesivo desarrollo normativo de la actividad del Estado, dejar espacio a la libre regulación de la actividad estatal por otras fuentes normativas, o, por último, establecer la libertad de acción del Estado en ciertos campos. Todo ello es expresión democrática de la decisión de la voluntad constituyente popular. La coherencia entre la forma democrática adoptada y la actividad del Estado se alcanza a través de normas constitucionales y legales en sentido formal.

Esta visión de la idea del Estado de Derecho, en realidad, se sustenta en la premisa esencial del Estado Constitucional: la concurrencia en libertad de las personas como fundamento ontológico del sistema, tal como lo expresa artículo 19 de la Constitución argentina: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

La moderna crítica del Estado de Derecho ha revitalizado la fórmula según una perspectiva dinámica del Estado que aquí nos interesa recalcar, y quizás éste constituya su aporte más valioso y, además, guarda estrecha relación con la cuestión de la Reforma constitucional. Se ha empleado la noción de Estado de Derecho haciendo una prospección del desenvolvimiento histórico del Estado. Esta prognosis del Estado siguiendo los trazos el Estado de Derecho constituye un rasgo importante de la moderna consideración doctrinaria del Estado de Derecho.

Hoy, como bien lo señala Valadés, se admite una visión de las transformaciones históricas del Estado Constitucional, descubriendo en ellas una línea evolutiva signada por el Estado de Derecho que comienza como Estado liberal de Derecho, se transforma en Estado social de Derecho para llegar al Estado Democrático de Derecho, estadio en trance de ser alcanzado. Los dos primeros conforman modelos históricos concretos adoptados por el Estado de Derecho, en cambio el último

es una hipótesis que resultará del desenvolvimiento de los presupuestos democráticos sobre los que se asienta el Estado de Derecho⁽⁴⁹⁾.

Esta transformación del Estado de Derecho, no es una evolución inexorable, pues no debemos caer en el optimismo liberal ochocentista del progreso indefinido. Históricamente se conocen dos tipos concretos de forma de Estado según los principios del Estado de Derecho, en el área de los países euroatlánticos de economía capitalista, más o menos avanzadas. El Estado de Derecho se ofrece pues, como la «vía occidental hacia la democracia» siguiendo una línea de desarrollo experimentada por el Estado constitucional moderno⁽⁵⁰⁾.

Si bien esto constituye un esquema útil de análisis no significa que necesariamente se producirá una evolución, ni que ello se hará siguiendo los marcos del Estado de Derecho, ni que necesariamente va a ocurrir lo mismo en todas las áreas geográficas sometidas a diferentes condiciones socio-económicas. En este sentido, si dentro del grupo de los Estados occidentales podemos ubicar a los Estados latinoamericanos, cuya estructura económica corresponde a un capitalismo en desarrollo periférico, se puede esperar que la dinámica evolutiva antes señalada sea dable observar en éstos. Con la debida prudencia se puede esperar que los tipos de estado alcanzados por otros Estados en el desenvolvimiento de las distintas fases de su desarrollo económico-social sean conseguidos por otros Estado que experimenten un estadio semejante. Tal puede ser el caso argentino que, como dice Sampay: «*por un privilegio insospechado – ¡la paradoja del rezago hispanoamericano! – todavía es dado hacerlo, pues aquí sazonan con retardo los últimos frutos de la desintegración moderna*»⁽⁵¹⁾.

VII. TIPOS

Se suele admitir tres prototipos de Estado de Derecho: a) El Estado liberal de Derecho que reúne todas las notas típicas del liberalismo interesado en resguardar los derechos de la burguesía, particularmente, la libre iniciativa económica y la

(49) Cf. Valadés, ob. cit., p. 13 ss.

(50) Ver Lucas Verdú *La lucha...*, ob. cit., pág. 95 y ss.; Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, ob. cit.; Garrorena Morales, Angel: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, Univ. de Murcia, 1980, 177 pp.; Díaz, Elías, «El Estado Democrático de Derecho en la Constitución Española de 1978» en *Revista Sistema* N° 41 (marzo 1981) pp. 41 y ss.; Garrorena Morales, A. reedita *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, 250 pp., donde amplía la consideración de esta cuestión (pp. 228-229 y 233); Valadés, ob. cit., nota 1. En estos libros puede consultarse amplia bibliografía sobre el tema.

(51) Cf. Sampay, ob. cit., *La crisis...*, p. 12.

propiedad privada contra toda injerencia del Estado asentado sobre una estructura económica capitalista mercantil; b) El Estado Social de Derecho como intento de extender el goce efectivo de derechos a sectores marginados apoyado sobre una estructura económica neocapitalista; c) el Estado Democrático de Derecho como modelo a alcanzar una vez superado la forma neocapitalista que obstaculiza la plena participación de los ciudadanos en el proceso político y en los beneficios económicos⁽⁵²⁾.

Esta sucesión de tipos de Estado apunta hacia la realización de la justicia social por vía de la legalidad democrática, en etapas sucesivas, que significan la superación de la anterior en un proceso acumulativo. En efecto, se trata de «*un proceso de calculadas transformaciones políticas y económicas reguladas por el derecho*», señala Lucas Verdú⁽⁵³⁾. Sin embargo, las distintas fases del Estado de

(52) Dentro de esta clasificación no podemos dejar de apuntar que la problemática ambiental ha planteado al Estado Constitucional un nuevo modelo, que la doctrina alemana denomina *Umweltstaat* (Estado del entorno vital) *vid.* Canosa, Raúl: *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 16, reeditado en *Jurista Editores*, Lima, 2004. Desde otra perspectiva Valadés alude a una dimensión adjetiva y a una sustantiva del Estado de Derecho, *ob. cit.*, pp. 69-70.

(53) Cf. Lucas Verdú, P.: *La lucha...*, p. 145, este autor sostiene que el Estado de Derecho en sus distintas especies es el resultado de una conquista de lucha contra estructuras de poder, de allí que hable de «La lucha por el Estado de Derecho». Para Lucas Verdú al Estado Democrático de Derecho es el resultado de una profunda transformación representada por la legalidad socialista. En «Título I del Anteproyecto Constitucional» en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, cit. por Garrorena, *ob. cit.*, p. 167. Varios autores coinciden en el siguiente orden evolutivo de los tipos de Estado de Derecho arriba señalado: Estado liberal de Derecho, Estado Social de Derecho, y Estado Democrático de Derecho. Díaz, Elías sostiene que este último es un «tipo de Estado apenas iniciado en nuestro tiempo, y con frecuencia de modo irregular, en el que se pretende precisamente la transformación en profundidad del modo de producción capitalista y su sustitución progresiva en el tiempo por una organización social de caracteres flexiblemente socialistas... para dar paso, a través de vías pacíficas (que no pasivas) y de libertad (formal y real), a una sociedad donde consecuentemente puedan implantarse muy superiores niveles de dicha igualdad y libertad real, donde democracia (otra vez formal y real) y socialismo no solamente sean compatibles, sino que se fortalezcan y consoliden mutuamente» (en «El Estado Democrático de derecho y la Constitución española de 1978» -*Sistema* N° 41, *ob. cit.*). En esta línea se encuentran Lucas Verdú, Elías Díaz, Vergottini. En cambio para Garrorena Morales otro es el orden de la evolución es: Estado de Derecho, Estado Democrático, Estado Social. Por su parte Gomes Canotilho trazará la siguiente línea evolutiva. Estado de Derecho Material de carácter liberal, Estado de Derecho Formal, Estado de Derecho como Estado de legalidad administrativa, (todas formas del Estado de Derecho Formal-liberal Burgués), seguida por el Estado Social de Derecho (como extensión del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes patrimoniales según una expresión de Heller), superada en la forma del Estado de Derecho Democrático (*ob. cit.*, p. 272).

Derecho representan conquistas progresivas, resultado de conflictos planteados sobre una forma desprestigiada en trance de superación. El Estado de Derecho moderno representa una fórmula que cumple una valiosa función como medio para encauzar las transformaciones democráticas del Estado. El Estado de Derecho, para la doctrina moderna que ha revitalizado el concepto, es el marco a través del cual los Estados democráticos van transformándose por etapas sucesivas en una línea evolutiva marcada por la realización más plena de libertades y derechos como expresión del conseguimiento del desarrollo personal⁽⁵⁴⁾.

El valor del Estado de Derecho como vía para la transformación democrática del Estado, en definitiva, expresa una idea de primera magnitud en cuanto reconoce el papel que le cabe al derecho como conductor de las transformaciones políticas. Con ello, se confiere una nueva función, distinta de la de mero legalizador, formalizador o de mera normativización de las situaciones políticas establecidas, atribuyéndole virtualidad «normalizadora» sobre lo fáctico. Este sentido ha sido acogido por nuevas constituciones. Por ejemplo, la dificultad en interpretar, el art. 1.1. de la Constitución española que constituye a España en un «Estado social y democrático de Derecho» o el artículo 1º de en la Constitución de la provincia de Salta en Argentina que en otros términos alude a una «democracia social de derecho». La polémica estriba en interpretar si se trata de una cláusula que sólo capta la configuración actual presentada por el Estado en el momento constituyente, o se trata de una cláusula prospectiva de un modelo de Estado a alcanzar propuesto por el constituyente. De cualquier modo, participamos de este último criterio por cuanto la fórmula adoptada por estos principios rectores constitucionales es un llamado a alcanzar un modelo deseado y posible de democratización del Estado, por entonces, *in fieri*⁽⁵⁵⁾.

El Estado de Derecho expresa el cauce por donde tiene lugar la evolución pacífica y democrática de una forma de Estado a una fase superadora, respetando y haciendo cada vez más efectivos los derechos y libertades humanas sin desconocer que esas transformaciones políticas dependen en mayor medida de otros

(54) Se ha sostenido la posibilidad de que las «democracias Populares» puedan transformarse en Estados democráticos, por la vía del Estado de Derecho (Cf. Elías Díaz). Pero el cambio cualitativo de esta transformación es mucho mayor que la operada en el Estado donde el Estado de Derecho viene asentado en valores democráticos donde resulta más fácil desarrollar tales virtualidades.

(55) Esta polémica entre Elías Díaz y Garrorena Morales puede verse en Elías Díaz: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid, 1981 y en «El Estado democrático de Derecho en la Constitución Española de 1978» en Revista: *Sistema* Nº 41, 1981; Garrorena: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho* Murcia, 1980, reeditado en Madrid, 1984 (250 pp.)

factores tales como la estructura económica subyacente, las condiciones sociales vigentes, el techo ideológico existente.

Si el Estado de Derecho exige el primado de la legalidad democrática y la observancia de los derechos de las personas, cualquier forma del Estado que observe aquellos parámetros será Estado de Derecho. El Estado de Derecho encierra en sí mismo el fermento que genera el desarrollo del Estado democrático⁽⁵⁶⁾. En suma, el Estado de Derecho guía la evolución del Estado de naturaleza democrática por las sucesivas fases de evolución, en la medida que pone al derecho al servicio del proceso de transformación política, institucionalizando el cambio. *«Lo que se trata de comprobar—dice Elías Díaz— es que por un lado el Estado de Derecho constituye la mejor fórmula y el medio más justo para acceder a ella (sociedad democrática) y por otro, que puede hacerse más auténtico el proceso de democratización —y más auténtico el socialismo — si se logra ir hacia su institucionalización en un verdadero Estado de Derecho»*⁽⁵⁷⁾.

Es el derecho al servicio del cambio, cumpliendo una función que antes, librada al nudo juego de las fuerzas políticas le fue desconocida bajo la acusación de encontrarse siempre al servicio de la conservación del orden establecido por una clase en su propio provecho. La extensión del sufragio y el acceso del pueblo a una mayor participación en el poder político, modificó el rumbo poniendo al descubierto el valor del derecho democráticamente fundado como herramienta de cambio político. Sin duda, en aquella crítica se pone de manifiesto el carácter instrumental del Derecho. *«El derecho como técnica de mediación entre los «proyectos» y los «valores»—criterios de acción sobre la sociedad— y la realidad a la que aquéllos quedan referidos»,* afirma Garrorena⁽⁵⁸⁾. Esta proposición se conecta con la idea de Reforma Constitucional. En otras palabras, la Reforma Constitucional se convierte en el cauce que formaliza la función transformadora del Estado de Derecho en un orden constitucional preservando la continuidad jurídica y, de este modo, realizando su finalidad primaria: la seguridad jurídica.

⁽⁵⁶⁾ Muy atinentes las consideraciones de Valadés sobre este punto referidas al pensamiento de Habermas (ob. cit., p. 22 ss.)

⁽⁵⁷⁾ Cf. Díaz, E., ob. cit., donde se propone analizar «la posibilidad de que una sociedad democrática se institucionalice y funcione a través de un Estado de Derecho... como vía occidental hacia la democracia, es decir, hacia el Estado democrático de Derecho» (ob. cit., p. 20).

⁽⁵⁸⁾ Ob. cit., (Murcia, 1980), p. 138. Díaz afirma incluso que el E. de Der. puede servir como vía para lograr cambios en la estructura económica, en cuanto medio para transformar una estructura neocapitalista en socialista, como desarrollo del imperativo democrático en el orden económico.

VIII.C ASO ARGENTINO

La doctrina constitucional Argentina no ha prestado especial atención a la idea de Estado de Derecho. Llama la atención que ni incluso la Reforma constitucional de 1949 ni la de 1994 hayan recogido este principio rector. Algunos constitucionalistas ni siquiera van a tratar el concepto (p. ej. Joaquín V. González⁽⁵⁹⁾, González Calderón⁽⁶⁰⁾, Ramella⁽⁶¹⁾). Otros le dedican unas pocas páginas (Bidart Campos⁽⁶²⁾, Linares Quintana⁽⁶³⁾) para exponer el concepto positivista del Estado de Derecho elaborado por Jellinek, basado en la autolimitación del Estado, para terminar rechazando tal concepto de Estado de Derecho. «El Estado totalitario podría encuadrar en el Estado de Derecho si previamente formulara legalmente su propio ordenamiento formal» expresa Bidart Campos quien concluye que «siempre habremos de rechazar el Estado de Derecho que imagina el Estado asignándose a sí mismo –voluntariamente– su contorno constitucional»⁽⁶⁴⁾. No se llega, así, a rescatar el sentido positivo del Estado de Derecho arrastrando con la crítica a la concepción positivista, la noción misma del Estado de Derecho con todas sus implicancias y virtualidades.

Las vicisitudes políticas en algunos países latinoamericanos ponen en evidencia una crisis del principio del «imperio de la ley»⁽⁶⁵⁾, por lo que es muy conveniente rescatar en todo su sentido el concepto de Estado de Derecho como garantía de los derechos humanos. Cuando la proliferación y cambio de centros productores de normas jurídicas aumenta crece la incertidumbre jurídica y el sentimiento de desamparo en el pueblo. Cuando el cambio de estructura social no encuentra soluciones políticas adecuadas que logren reflejarse en un sistema nor-

(59) Cf. González Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, (1897), Buenos Aires, Ed. Estrada, 1951.

(60) Cf. González Calderón, Juan A.: *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Lajoaune y Cía. 1931, 3 vols.

(61) Cf. Ramella, Pablo, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982 (2a. ed.)

(62) Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1963, Vol. I, pp. 325/330.

(63) Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1978 (2a. ed.), vol. I Parágraf. n° 21, pp. 141 a 143.

(64) Cf. Bidart Campos, G., ob. cit., pág. 328. Sólo cabe destacar el trabajo de Jorge R. Vanossi: *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Bs. As., Eudeba, 1987.

(65) Sobre la diferencia conceptual entre los términos: *Rechtsstaat* alemán, el «*regne de la loi*» francesa, el *Rule of Law*» anglosajón puede verse Díaz Ricci, Sergio: «La Ley en la Constitución», ob. cit., p. 705.

mativo coherente, se tiende a menospreciar el orden jurídico existente, en suma, se genera un menosprecio por la Seguridad Jurídica, es decir, del Estado de Derecho. La causa de esta situación ha sido diagnosticada con acierto por Lucas Verdú, que nos obliga a transcribirla textualmente: « *La proletarización de las clases medias* –nos dice el profesor emérito de la Complutense–, *orientadas en principio a la legalidad y al mantenimiento del status quo, ha agudizado el proceso de desequilibrio en perjuicio de la seguridad jurídica. Hemos llegado a un momento en que se da poca importancia a la vulneración de la legalidad, con tal de que las medidas políticas obtengan resultados beneficiosos en el campo social. Ahora bien* –continúa diciendo–, *esa actitud ofrece dos flancos débiles: el descrédito de la normatividad jurídica suscita la desconfianza de la opinión pública respecto a la continuidad y permanencia de la política legislativa del Estado. En efecto, determinados grupos de presión pueden obtener medidas favorables de duración transitoria, pues su vigencia depende del tiempo que tales grupos sean capaces de mantener una fuerte influencia. Además, el problema consiste en acertar en el género y en el grado de las medidas adoptadas, pues lo que aparentemente es conveniente puede, a la larga, convertirse en perjudicial y degenerar en demagogia. Si la política social de un Estado no se cuida de cubrir sus actos con el manto de la legalidad, puede ocurrir que, llegándose al fracaso, ni siquiera podrá apoyarse en un orden jurídico, puesto que ella misma dio mal ejemplo al violarlo»⁽⁶⁶⁾. A la luz de estas reflexiones se puede comprender buena parte de la situación del Estado de Derecho en Latinoamérica.*

IX.L EGITIMIDAD

Teniendo en cuenta que la estructura política existencial se proyecta sobre el modo como rige el principio de legalidad, conviene detenernos brevemente a analizar un caso particular: la estructuración del poder efectuado por la Constitución argentina para desentrañar, como ejemplo, la situación del principio de legalidad establecido.

Dos sistemas de organización del poder dan lugar a sendos modos de funcionamiento del principio de legalidad cada uno con un diferente alcance práctico. Estos se apoyan en dos maneras de articular la legitimidad democrática, que tomada en su puridad son:

- a) Esquema dual de legitimidad: por un lado, la actividad gubernamental y, por otro lado, la actividad legislativa. La primera, constituye un principio activo de gobierno que se apoya sobre una fuente propia de legitimidad. La segunda, representa un principio de limitación frente al primero, agente activo, con una fuente de legitimidad también propia. Es decir, ambos cuentan entre sí

⁽⁶⁶⁾ Cf. Lucas Verdú, Pablo, *La lucha...*, ob. cit., p. 93.

con un respaldo de legitimidad autónomo. Este esquema se presenta en las formas monárquicas y presidencialistas.

- b)* Esquema monista de legitimidad demanda un solo órgano, recibe legitimidad democrática, y de él mana toda la función legalizadora de la actividad de los demás poderes. Estructura típica de los sistemas parlamentarios.

Según el primer esquema, la ley emanada de la legitimidad democrática tiene un ámbito de influencia que se enfrenta a un ámbito peculiar de acción del gobierno, que a su vez se apoya en un principio de legitimidad propio, diferente del que sostiene al legislativo, y por lo tanto éste debe reconocer esta libre iniciativa de acción de aquél. El principio de legitimidad en esta hipótesis actúa según una función negativa en cuanto no abarca el sector de legítima actividad libre el gobierno, sino actúa como límite a dicha autoridad, en otros términos éste puede hacer cuanto no esté prohibido, es decir, en ausencia de ley no puede haber ilegalidad.

Según el esquema monista, el Parlamento recibe directamente la legitimidad democrática. En este caso la ley además de límite es fundamento de la actuación de los demás poderes (principio legitimador de su actuación). El principio de legalidad adquiere una función positiva en cuanto habilita la actividad de los poderes siempre a través de una previa base legal.

Más allá del régimen federal que fija competencias tasadas al Estado federal, la estructura de poder presidencialista de Argentina se aproxima al primer esquema de legalidad dual, con algún atenuante. Por un lado, existe un Congreso con representación directa de la voluntad popular y federal, pero con competencia en las materias fijadas por el art. 76 de la Constitución, como consecuencia del principio federal de atribución de competencias y en relación con el Poder Ejecutivo. Por otro lado, al Presidente se lo coloca como «Jefe Supremo de la Nación» (art. 99, inc. 1º CN) cuya existencia se apoya sobre un principio de legitimidad propia (elección popular directa y por encima de partidos políticos por efecto de la doble vuelta en balotaje, arts. 96/98 CN), en consecuencia se le atribuye una serie de competencias propias (art. 99 inc. 3º: Decretos de Necesidad y Urgencia; art. 80: Promulgación parcial). Esto concuerda con aquel propósito de Alberdi de hacer del Poder Ejecutivo un presidente fuerte, al estilo de la Constitución Chilena de 1831, asimilando la figura presidencial a la de un rey. Así pues se crea a su favor un ámbito de actuación propia no sometida al principio de legalidad parlamentario. Esto fue admitido se ha visto últimamente agravado por el excesivo uso de delegaciones legislativas al Ejecutivo (art. 76), avaladas repetidamente por la Corte Suprema de Justicia Federal (Fallos Peralta, Smith).

Sin embargo el principio de legalidad dual, reconoce en el sistema argentino atenuantes en cuanto coloca a la Constitución y a las leyes dictadas por el Congreso como «ley suprema de la Nación» (art. 31) y se faculta al Congreso a dictar

todas las leyes que sean convenientes para desarrollar los propósitos de la Constitución (art. 76 inc. 28°), y además autoriza al Poder Ejecutivo a presentar al Congreso proyectos de la ley sobre materias que juzgue convenientes, lo que implica que la Constitución reclama que cualquier iniciativa gubernamental sea traducida en leyes por el Congreso. Esto es una nota de parlamentarismo inserta en el sistema presidencialista argentino, que en puridad si nos atenemos al modelo norteamericano debería carecer de iniciativa legislativa.

En resumen, el principio de legalidad en Argentina se basa sobre el esquema dual de legitimidad profundamente influenciado por la estructura federal del Estado. Sin embargo el principio limitador que tenía el sentido de control o fiscalización federal como consecuencia de los largos períodos de cese de actividad legislativa por un Congreso independiente, y la convalidación de los decretos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada por sucesivos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hicieron extender el ámbito de competencias del gobierno a límites impensados alterando profundamente el principio de legalidad-legitimidad propio del Estado de Derecho y haciendo profunda mella en la conciencia jurídica de los partícipes del proceso político⁽⁶⁷⁾.

X.C ONCLUSIÓN

En conclusión, podemos afirmar que la moderna consideración la idea de Estado de Derecho lejos de representar una noción de petrificadora estructuras políticas, más bien, es, como dice Gomes Canotilho «portadora de un ideario progresista... no como cobertura de una forma conservadora de dominio, sino como dimensión formal-material de transformaciones y garantías democráticas y sociales consagradas por la ley fundamental»⁽⁶⁸⁾. Sin embargo, a este respecto es sumamente importante el aporte de Valadés que para morigerar este peligro agrega, a los principios de proporcionalidad y exceso (tomados de Zippelius), los principios de razonabilidad y equidad⁽⁶⁹⁾.

(67) Cf. Garrarena Morales, ob. cit., Madrid, 1984, págs. 132 a 134, citando a Eisenmann (*Le Droit administratif et le principe de legalité*, 1957).

(68) Cf. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 269.

(69) Cf. Valadés, ob. cit., p. 16, en especial pp. 25 ss., que se complementa con el excelente estudio sobre la tolerancia (pp. 81 ss.)

***II)* DERECHOS
FUNDAMENTALES**

O DIREITO À PAZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA QUINTA GERAÇÃO^(*)

PAULO BONAVIDES
(Brasil)

SUMÁRIO. 1. A era da legitimidade. 2. O flagelo das ditaduras constitucionais e o silêncio da Constituição. 3. Vicissitudes da evolução constitucional do Brasil ao tempo do Império. 4. Em países periféricos não vinga Estado de Direito sem Estado Social: a necessidade de preservar a soberania e fazer da paz um direito. 5. O direito à paz, um direito fundamental de nova dimensão.

1.A ERA DA LEGITIMIDADE

O Direito hoje está nas Constituições como ontem esteve nos Códigos. De último, sua legitimidade, após atravessar a crise das ideologias, assenta sobre princípios. Dentre estes um avulta por envolver todo o Direito: o princípio da constitucionalidade.

Antigamente, a legitimidade cabia toda na lei e nos códigos, porque não se desmembrava da legalidade.

O princípio legal, derivado da razão, que o amparava, regia todas as ramificações do poder.

Doravante, porém, a legitimidade, sobreposta à lei, governa a Constituição e os órgãos por onde a soberania se exerce.

(*) O texto abaixo, estampado neste livro, em homenagem ao insigne constitucionalista mexicano Diego Valadés, é a Conferência que o Autor proferiu a 14 de novembro de 2006 em Curitiba, Brasil, durante o IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional ali celebrado.

Desde algumas décadas, a axiologia da justiça é o portal da legitimidade. Seu grau normativo é superior ao da legalidade.

Dantes, a lógica da razão, com a regra, a lei, o código; daqui por diante, o humanismo das idéias, com o valor, o princípio, a Constituição.

Ao mesmo tempo, em termos de primazia, desponta nessa escala evolutiva a nova hermenêutica em substituição da hermenêutica clássica.

E o princípio, donde tudo deriva, se faz raiz de toda a normatividade.

Desde o romper da idade principiológica, desserve a sociedade a figura do constitucionalista neutro.

Afogado, por inteiro, na teoria pura e na metodologia do formalismo, do dedutivismo, da subsunção, fica ele de costas voltadas para a circunjunção social, onde se insere sua vida e a vida de seus semelhantes.

Em boa parte das repúblicas do hemisfério, a teoria constitucional faltará a um dever histórico de reflexão e discernimento se não refutar as diretrizes políticas e ideológicas da escola neoliberal. Ou seja, a fatalidade de seus rumos, a inanidade de seu magistério, a frouxidão de seus propósitos, e também a estranheza e impropriedade de sua receita amarga, dirigida a países privados de bases econômicas e sociais estáveis, onde ainda os direitos da primeira geração carecem, com frequência, de garantias efetivas tocante a sua execução e positividade.

Nesse abismo da miséria política e social, abriu-se espaço à invasão das cognominadas ditaduras constitucionais; uma desgraça de que, a seguir, detidamente, nos ocuparemos.

2.0 FLAGELO DAS DITADURAS CONSTITUCIONAIS

Com efeito, a Constituição não precisa dizer que a ditadura constitucional é criação inaceitável, é antinormatividade incrustada no ordenamento, é quinta essência do arbítrio, é poder matriculado no absolutismo encoberto, a que se afizeram, por derradeiro, os genocidas das Cartas Magnas, os deflagradores de crises, os perpetuadores de golpes de Estado, os usufrutuários dos quadros e das quadras de exceção; enfim, toda aquela casta de liberticidas já identificados, os quais, no sumo, na essência, na substância, fazem a ditadura constitucional significar a inconstitucionalidade entronizada nas instituições.

Repugna ao espírito da liberdade moderna, às garantias do Estado de Direito, aos fundamentos republicanos da organização política, aos cânones de legitimação dos poderes, um artefato tão vil, tão funesto à democracia, tão absurdo como a ditadura em questão.

E repugna justamente por ser a negação dos valores consagrados, a contrariedade dos princípios, a antinomia do direito, a contradição dos conceitos; algo, em suma, que, em sociedades onde os antigos súditos ainda caminham para a liberdade, agride a lógica, fere o sentimento, abala a fé, contradiz o bom senso, nega a verdade, menoscaba a justiça.

A inconstitucionalidade material se estampa assim visível e irrefragável em tão insólita ditadura, cuja obstinação raia na estupidez. Seus atos são lesivos, sua presença oposta à governabilidade democrática, sua existência incompatível com o espírito e as aspirações de nossa época.

Imperiosa, pois, a tarefa de pôr um dique à entrada desse vírus no organismo das repúblicas do Terceiro Mundo. Nelas regimes infratores da soberania popular têm, nas situações esdrúxulas de tamanha depravação do governo constitucional, a certidão falsa da existência de um Estado de direito que desde muito pereceu.

Urge, por conseguinte, expelir das instituições da democracia e da república, da ambiência livre, do pacto federativo, essa forma brutal de fraude e ofensa à Lei Suprema, flagelo nascido de Medidas Provisórias de um Poder que já não tem zelo nem consciência de seus deveres constitucionais.

O silêncio dos textos magnos, em países da periferia, certifica a ausência de provisões suscetíveis de tolher e erradicar aquele gênero de calamidade, que é a ditadura constitucional.

No entanto, tal silêncio condena já esse absolutismo de última geração, vestido de falsa legitimidade. E também o recusa e reprime, porque, como disse na tribuna portuguesa Latino Coelho, o grande publicista da liberdade, “o silêncio da Constituição é lei tão obrigatória como a sua palavra”.

Demais disso, jamais ocorreria ao legislador constituinte que a Lei Maior tivesse a serventia de adjetivar e qualificar por constitucionais ditaduras dissimuladas, sistemas de exceção, deformações da democracia e do Estado de Direito, quais estas que ingressam no vocabulário político debaixo daquela locução. São da mesma família dos golpes de Estado institucionais, a saber, ocultos, oblíquos, subreptícios e ardilosos, distintos por igual dos golpes tradicionais, aqueles que derrubam governos, mas poupam instituições.

3.V ICISSITUDES DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO BRASIL AO TEMPO DO IMPÉRIO

Somos com certeza povo e nação. Não somos cubata de servos nem multidão de súditos. Almejamos a paz, a compreensão, a fraternidade; por isso repulsamos,

arrimados à consciência cidadã, o ultimato da soberba externa quando intenta destruir-nos a identidade, pois foi a identidade que constituiu o povo, criou a nação e estabeleceu as bases federativas e constitucionais do Estado brasileiro.

Depois de Tiradentes, martirizado no cadafalso da Inconfidência; depois dos heróis republicanos da Revolução Pernambucana de 1817, precursores do constitucionalismo luso-brasileiro e autores das célebres bases do primeiro projeto de Constituição em países de língua portuguesa; depois dos mártires constitucionais da Confederação do Equador, o Brasil deixou definitivamente de ser capitania hereditária dos donatários da Coroa portuguesa, deixou de ser casa grande e senzala dos latifúndios da cana de açúcar ou território e colônia de opressores e oprimidos, para se converter, em razão de lenta metamorfose política, em império, república, nação e povo.

Naquelas jornadas da liberdade, o País escudou, com a autodeterminação, a voz de seu destino.

Aliás, é de ponderar que a trajetória da unidade desta nação foi obra sobretudo das circunstâncias sociais e políticas do século XIX, favorecida em parte pelas instituições centralizadoras do Império.

Teve a Constituição da monarquia, pedra angular do regime, seu grande momento de palavra-símbolo quando Hermeto Carneiro Leão, futuro marquês do Paraná, a invocou para conciliar o ânimo amotinado dos parlamentares e sacerdotes comprometidos com a execução do golpe de Estado, urdido em 1831 na Chácara da Floresta. Um desfecho bem sucedido dessa aventura política consumaria a outorga da Constituição de Pouso Alegre.

Graças, porém, à prudência e ao verbo de conciliação do estadista pernambucano, a Carta da realeza não veio abaixo naquele episódio.

Aliás, em ocasiões outras, até ao advento do Segundo Reinado com a Maioridade, o pulso de ferro da Regência, na conjuntura desagregadora, preveniu a queda dos poderes constituídos e a dissolução do Império.

4.E M PAÍSES PERIFÉRICOS NÃO VINGA ESTADO DE DIREITO SEM ESTADO SOCIAL: A NECESSIDADE PRECÍPUA DE PRESERVARA SOBERANIA E FAZER DA PAZ UM DIREITO

A meu parecer, em termos de legitimidade e democracia, jamais há-de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado social.

Mas os neoliberais da democracia negativa não têm a esse respeito o mesmo entendimento.

Forcejam por passar certidão de óbito à intangibilidade da garantia que protege os direitos sociais na Constituição.

Enquanto não logram esse desiderato, buscam mantê-los instáveis, debaixo da ameaça de revogação, ou, como se isto já fora possível, fazê-los retroceder vazios às esferas programáticas da Constituição, isto é, ao tempo que permaneceram relegados ao esquecimento e abandono na época clássica do constitucionalismo liberal.

Para tanto intentam agora nos despersuadir daquela verdade, vazada no aforismo da nova legitimidade, a qual consiste para as repúblicas periféricas em criar um Estado de Direito indissolúvelmente vinculado ao Estado Social, de preferência, ao Estado social da democracia participativa. Com sustentarem, ao revés, o retrocesso, os juristas neoliberais disseminam a crença sobre a fatalidade da globalização, sofismada como um determinismo.

Baseados nisso lavram a sentença capital aos anseios dos povos da periferia nas batalhas constitucionais de sua emancipação.

A grande aspiração desses povos na contemporaneidade gravita ao redor da concretização dos direitos fundamentais das quatro dimensões ou gerações já conhecidas e consagradas, a saber, direitos individuais, direitos sociais, direitos dos povos, direitos universais. Compõem o credo da liberdade e o mandamento de consciência que percorre o campo da política e do constitucionalismo na América Latina. E do mesmo passo fazem a doutrina da soberania restaurar ali o dogma de sua inviolabilidade.

De tal sorte que as nações subdesenvolvidas do subcontinente não podem nem devem despojar-se da qualidade soberana de seu poder, nem tampouco deixar de professar um constitucionalismo de substrato principiológico; se o fizerem, o sopro espiritual de liberdade e resistência que perpassa o ânimo do povo, amparando a causa da nacionalidade, rapidamente decai e se extingue.

Soberania é princípio superlativo que consente a um povo concretizar a autodeterminação.

Os princípios sediados na Constituição, por serem princípios, regem e encabeçam toda a hierarquia normativa do regime.

Na sua junção com os direitos fundamentais, que também operam como princípios, a principiologia da Constituição forma a coluna vertebral do novo Estado de Direito.

A legitimidade deste deriva grandemente da confluência desses componentes normativos, a saber, princípios e direitos fundamentais.

Queremos, todavia, acrescentar um terceiro elemento constitutivo no coração da democracia: a paz, como direito fundamental da quinta geração.

Como se vê, vamos mais longe no sonho e na utopia, porque vislumbramos a esperança de que ela, a paz, concretize a associação da justiça com a democracia e a união do direito com a liberdade.

5.O DIREITO À PAZ, UM DIREITO FUNDAMENTAL DE NOVA DIMENSÃO

Com efeito, em nosso tempo a alforria espiritual, moral e social dos povos, das civilizações e das culturas se abraça com a idéia de concórdia.

Essa idéia cativa a alma contemporânea, porque traz, consoante é mister, do ponto de vista juspolítico, uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos e relações de poder.

Tal elemento de concórdia aliás vai deveras além na presente direção, propellido da necessidade de criar e promulgar aquele novo direito fundamental: o direito à paz enquanto direito da quinta geração.

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política.

O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

Direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano.

A ordem interna dos ordenamentos jurídicos deste continente mostra que o ramo constitucional dos Poderes, que mais colide com a harmonia civil da sociedade é, por sem dúvida, o Poder Executivo, cuja competência incha, cujos abusos se traduzem não raro em intervenções funestas à economia, ao desenvolvimento social, à política, e à legitimidade do sistema. Além de que, observase, o Poder Executivo tudo pode onde não prepondera a Constituição, onde a liberdade se abdica nos estratagemas do absolutismo, onde a centralização dos poderes desfigura o regime político, onde a fraca cidadania faz medrar a vocação dos caudilhos.

Coartado o Judiciário, a república se desintegra, o fantasma da ditadura desponta, a Federação se desnatura e o regime, humilhado, começa de descrever na Justiça, que sempre foi, é e será a mais poderosa das garantias sociais, e a

maior força auxiliar da liberdade. Quando isso acontece, já não desempenha ela o papel de escudo protetor do cidadão, de guardiã das franquias públicas, de baluarte dos direitos individuais e sociais. Tampouco exerce por sua magistratura suprema e pela jurisdição de seus tribunais, a salvaguarda da Constituição e a tutela da ordem republicana.

Vamos requerer, pois, o direito à paz como se requer a igualdade, a moralidade administrativa, a ética na relação política e a democracia no exercício do poder; sobretudo a democracia, reconhecida e elevada a direito da quarta geração.

Seguindo essa linha de pensamento, parece-nos indeclinável o dever constitucional de ir ao campo de batalha içar a bandeira da paz. A expressão campo de batalha parece, todavia, ambígua por inculcar um paradoxo ou uma contradição de sentido! Em rigor, buscase a paz levantada ao máximo de juridicidade, em nome da conservação e do primado de valores impostos à ordem normativa pela dignidade da espécie humana.

De tal sorte que, coroados de feliz êxito, possamos trasladar essa paz das regiões da metafísica, da utopia, dos sonhos, onde demora neste mundo conflagrado, para a esfera da positividade jurídica, onde se deseja vê-la arraigada por norma do novo direito constitucional que ora se desenha: o direito constitucional do gênero humano.

Direito à paz, sim. Mas paz em sua dimensão perpétua, à sombra do modelo de Kant. Paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e dignidade do homem propugna, reivindicada, concretiza e legítima.

Quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana.

Aqui se lhe descobre então o sentido mais profundo, perpassado de valores domiciliados na alma da humanidade. Valores, portanto, providos de inviolável força legitimadora, única capaz de construir a sociedade da justiça, que é fim e regra para o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

Execrado das presentes e das futuras gerações, o Estado que delinquir ou fizer a paz soçobrar como direito, há por certo de responder ante o tribunal das nações; primeiro no juízo coevo, a seguir, no juízo do porvir, perante a História.

A lição conclusiva destas reflexões se resume desse modo em fazer a paz axioma da democracia; designadamente a democracia participativa, com seus instrumentos e sua teoria já inscritos por direito positivo pelos legisladores constituintes que promulgaram no Brasil, em 1988, a Carta republicana em vigor.

Subimos agora o derradeiro degrau na ascensão ao patamar onde, desde já, é possível proclamar também, em regiões teóricas, o direito à paz por direito da quinta geração.

Sede histórica e berço do novo mandamento normativo, fica Curitiba assinalada a partir deste Congresso, tanto quanto Foz de Iguaçu o ficara já, em 1995, pelo direito à democracia, ali enunciado em Encontro de juristas de todo o continente.

Ambos os direitos nascidos, conforme se vê, de eventos extremamente importantes e significativos para o meio jurídico deste País, quais têm sido, entre nós, as conferências nacionais da advocacia brasileira e os congressos de direito constitucional.

Assembléias realizadas sempre com ardor, espírito republicano e alto sentimento constitucional de civismo e devoção à causa pública.

Assembléias que congregam, a um tempo, trabalho, reflexão e confraternidade.

Assembléias onde se impetra a integridade da Constituição, o exercício dos poderes legítimos na pólis e a verdade da democracia nas instituições.

Assembléias, em suma, que denunciam à Nação as inconstitucionalidades do Poder Executivo e o governo das Medidas Provisórias configuradoras daquela ditadura constitucional de que há pouco fizemos menção.

Em verdade, a ditadura constitucional é a guerra civil dos Poderes com a cidadania, é o estado de beligerância da Presidência da República com a Constituição agredida, é a vontade do caudilho contra a vontade da nação, é a legalidade aparente esmagando a legitimidade, é a hipocrisia triunfando com a democracia fraudada.

Contraposta porém a essa ditadura, devemos assinalar que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido já no artigo 4º, inciso VI da Constituição do Brasil.

Figura desde 1988 entre aqueles princípios que o legislador constituinte estatuiu para reger o País no âmbito de suas relações internacionais.

E como todo princípio, em certa maneira, e visto por determinado prisma, unificado na modalidade de direito fundamental, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais.

E como tal só falta universalizá-lo, alçá-lo a cânone de todas as constituições.

No mundo globalizado da unipolaridade, no mundo das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas, ou ficamos com a força do direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a se-

gunda nos escraviza; uma é a liberdade, a outra o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haya, esta é Bush em Washington e Guatanamo; ali se advoga a Constituição e a soberania, aqui se canoniza a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação.

A ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores, aqueles que se afervoram por instaurar a concórdia sobre a face da terra até convertê-la em direito universal, em direito do gênero humano e, por conseguinte, no mais consagrado direito do contrato social.

Paz, paz, paz gritava o cancionero de Petrarca, fulminando a maldição e o horror da guerra. Nós gritaremos, inspirados do divino poeta: paz, direito da quinta geração, direito de todos os povos, direito que garante a vida humana, direito radicado pela natureza na índole, no espírito, no valor e na consciência moral da civilização que háde florescer com o porvir. Meus Amigos Congressistas. Minhas Senhoras e meus Senhores: A guerra é um crime. A paz é um direito.

LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CARLOS AYALA CORAO
(Venezuela)

SUMARIO: Introducción. **1.** El ámbito europeo. **2.** El ámbito interamericano. **3.** El ámbito africano. **4.** El sistema universal. **5.** La internacionalización del Derecho Constitucional. Los derechos constitucionales y los derechos humanos. **6.** El Derecho Internacional Humanitario. **7.** El Derecho Internacional de la Integración. **8.** La responsabilidad internacional del Estado y de grupos para estatales. **9.** La responsabilidad internacional de la persona humana. **10.** Algunas sombras y resistencias. **11.** Luces y avances. **12.** El carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos. **13.** Algunas nuevas fronteras de la *mundialización* de los derechos.

INTRODUCCIÓN

La *mundialización* de los derechos humanos debe ser entendida como el fenómeno mediante el cual, los derechos fundamentales de la persona se han venido convirtiendo en un estatuto jurídico transnacional para su reconocimiento y protección integral, con independencia de la jurisdicción de su nacionalidad, de su residencia, o de la ocurrencia de los actos jurídicos.

Los derechos humanos son en sí mismos un concepto universal, cuyo surgimiento se debe precisamente al quiebre de la noción clásica de los derechos ocurrido con ocasión de la crisis del derecho constitucional en Europa durante los años que precedieron a la Segunda Guerra Mundial. Fue precisamente el surgimiento del comunismo bolchevique en la Unión Soviética, el fascismo en Italia y del nacional-socialismo en Alemania, quienes al afirmar la preeminencia del

Estado Total sobre los derechos del individuo y al oponer la soberanía absoluta y el principio de no intervención, impidieron la actuación de la comunidad internacional frente a las atrocidades perpetradas por las autoridades nacionales contra los individuos bajo su jurisdicción.

Las ejecuciones masivas de personas en la llamada “purga” política de Stalin y particularmente el genocidio contra el pueblo judío perpetrado por el régimen de Hitler, impactaron la conciencia mundial, sobre la necesidad de prevenir la repetición de estos hechos.

Ante la destrucción del Estado de Derecho y la democracia, no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional se mostraron inútiles para proteger a las personas, ya que su estatuto nacional de derechos se había desmoronado.

En efecto, el Derecho Constitucional europeo había quedado destruido con la colaboración de algunos de sus juristas. El mejor ejemplo de ello lo muestra la actuación de Carl Schmitt, quien se había convertido en un jurista del Tercer Reich⁽¹⁾, y quien polemizó, incluso en el campo personal, con el jurista vienés Hans Kelsen, quien había sostenido desde 1928 la creación de los tribunales constitucionales como la garantía jurisdiccional de la supremacía de las constituciones⁽²⁾. Schmitt había afirmado desde 1931 que la defensa de la constitución era una materia política y no jurisdiccional que le correspondía al Presidente del Reich⁽³⁾. Hans Kelsen fue echado de la universidad alemana, y más tarde, una vez que las tropas alemanas invadieron a Austria, fue clausurado el Tribunal Constitucional austriaco que él había diseñado constitucionalmente y lo había presidido⁽⁴⁾.

(1) Sosa Wagner, Francisco. **Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias**. Madrid. 2008.

(2) Si bien algunas referencias habían sido hechas por Hans Kelsen en su **Teoría General del Estado** desde 1925, y su artículo sobre “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” había sido publicado en 1928 en la Revista de Derecho Público de Francia, fue en 1931 cuando Schmitt publica en 1931 su libro **La Defensa de la Constitución** formulándole sus observaciones críticas a Kelsen. Ese mismo año 1931 Kelsen en respuesta publica su tesis bajo el título **¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?** cuya versión en español puede verse en Editorial Tecnos, publicada en Madrid, 1995.

(3) Schmitt, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid. 1983.

(4) Müller, Igno. **Los Juristas del Horror**. Traducción de Carlos Armando Figueredo. Caracas. 2006.

1.E EL ÁMBITO EUROPEO

Los Estados de Europa occidental luego de la postguerra se estructuraron bajo el modelo de Estados Constitucionales y Estados Sociales de Derecho, reconociendo en sus textos fundamentales los derechos de la persona, y asegurándose que en caso de que éstos fuesen violados, los jueces actuarían para protegerlos efectivamente. Para asegurar la vigencia y supremacía de la Constitución democrática se crearon, o en algunos casos como en Austria y más tarde en España se recrearon, tribunales y cortes constitucionales.

Ese nuevo orden interno se va a comenzar a edificar en Europa sobre la base del Estado Social de Derecho, la Democracia, los derechos humanos y la integración como elementos esenciales de un nuevo orden nacional y regional. De allí en adelante un estado no podrá ser de la zona europea, a pesar de la ubicación geográfica en esa región, si no cumple con esos requisitos.

La probada desconfianza en la dependencia exclusiva en los Estados nacionales y su soberanía clásica, llevó entonces a plantear una nueva paz mundial y un nuevo orden jurídico capaz de proteger a la persona humana a nivel internacional.

De allí que uno de los primeros pasos fue la adopción del **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** en 1950, el cual como una Constitución se estructuró con una primera parte dogmática, que contiene los derechos y las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los Estados; y en una segunda parte, con la creación de los órganos de protección internacional: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A finales de los años cincuenta estos órganos comenzaron a funcionar activamente desde Estrasburgo, protegiendo a las personas frente a las violaciones a los derechos por los Estados europeos partes, que éstos no hayan reparado en sus sistemas internos. Los sucesivos protocolos han ido introduciendo cambios continuos, aumentando los derechos protegidos, incorporando a las personas jurídicas como sujetos de protección, legitimando a las personas naturales para accionar directamente ante el Tribunal Europeo, y finalmente, en 1998 para fusionar la Comisión y el Tribunal en una Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual ahora pueden acudir directamente las personas, luego de agotar los recursos internos, sin tener que cumplir con el trámite previo ante la Comisión⁽⁵⁾.

Hoy en día, luego de la caída del muro de Berlín, los países de Europa oriental e incluso Rusia se han incorporado al Consejo de Europa, ratificando el

(5) El **Protocolo No. 11** al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales entró en vigencia el 1º de octubre de 1998.

Convenio Europeo de Derechos Humanos y sometiéndose a la jurisdicción de la Corte de Estrasburgo. Se trata de democracias nacientes y en transición, que en muchos casos están en proceso de crear y consolidar instituciones para superar su pasado autoritario. Pero mientras este proceso se lleva a cabo con sus altibajos, y ante la falta de protección efectiva por la jurisdicción de esos nuevos estados, muchas personas han estado acudiendo activamente en los últimos años a la Corte Europea, en demanda de justicia. Esta enorme expansión de la jurisdicción geográfica europea ha ocasionado una crisis cuantitativa en la Corte Europea con casi 200.000 asuntos pendientes, que hace añorar los poderes de la Comisión Europea de Derechos Humanos para lidiar con violaciones más estructurales y sistemáticas que por casos individuales⁽⁶⁾.

2.E L ÁMBITO INTERAMERICANO

En el ámbito interamericano, la evolución ha sido más lenta, casi a pasos de décadas. Fue la Conferencia de Bogotá en los primeros días de junio de 1948 que determinó la aprobación de la Carta de la OEA, la misma que aprobó la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”⁽⁷⁾. Esta declaración que permaneció con un mero valor orientador y de principios para los Estados miembros, pasó a cobrar vida con la creación en 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante una mera resolución de una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile⁽⁸⁾. A esta Comisión le fue encomendada la tarea inicial de llevar a cabo estudios y recomendaciones a los estados, para promover los derechos humanos de la Declaración. Pero prontamente la Comisión comenzó a llevar a cabo visitas de verificación a los países, e igualmente comenzó a elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en los países formulándoles recomendaciones; y lo que es más interesante, sin tener facultades expresas para ello, comenzó a tramitar casos presentados por individuos y a formularle a los estados las recomendaciones reparatorias. Más tarde, los estados reconocieron expresamente esta facultad de

(6) Ver casos y decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en: <http://www.echr.coe.int/echr/index.htm>. Para un estudio del sistema europeo de protección de derechos humanos puede consultarse, entre otras obras: van Dijk, Pieter; van Hoof, Fried; van Rijn, Arjen y Zwaak, Leo. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights** Oxford. 2006.

(7) Aprobada en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual se adoptó la propia Carta de la OEA.

(8) Declaración de la Quinta Reunión de Consulta, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5, págs. 4-6.

la Comisión Interamericana en su Estatuto de 1965⁽⁹⁾; y en la reforma a la Carta en 1967 obtuvo el estatus de órgano principal de la OEA⁽¹⁰⁾. Sin embargo, no viene a ser sino en 1969 cuando los Estados Americanos, con algunas excepciones, suscriben en San José de Costa Rica la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Este tratado, elaborado bajo la inspiración del modelo europeo, aunque con algunas diferencias y avances importantes, contiene igualmente un capítulo sobre los derechos humanos reconocidos y las obligaciones internacionales de los Estados; y otro capítulo sobre los dos órganos de protección internacional: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención no entró en vigencia sino hasta 1978, y al año siguiente la Corte se instaló en San José de Costa Rica⁽¹¹⁾. Así mismo, con la Convención la Comisión pasó a tener una sólida base jurídica de derecho internacional. Pero aun antes de ello, en la década de los setenta, la Comisión había consolidado su importancia hemisférica en la lucha contra las graves violaciones a los derechos humanos por las dictaduras en los países del cono sur y Centroamérica. Durante estos años, precisamente los mecanismos de las visitas *in loco* y los informes de países, probaron ser el medio idóneo para lidiar ante violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos⁽¹²⁾. El regreso a gobiernos electos popularmente, aunque no necesariamente democracias, en la década de los noventa, planteó nuevos retos al sistema para lidiar con las violaciones a los derechos humanos, en un hemisferio

(9) Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en noviembre de 1965. Ver texto completo en el Acta Final de la Segunda Conferencia, Documentos Oficiales OEA/Ser.C/I. 13, 1965, págs. 33 y 35.

(10) La CIDH se constituyó en un órgano principal de la OEA con la reforma del entonces artículo 51 de la Carta de la Organización bajo el Protocolo de Buenos Aires adoptado en 1967. La reforma de la Carta, que entró en vigencia en 1970, hace referencia a la Comisión en los actuales artículos 53, 106 y 145. El primero de esos artículos indica que la OEA realiza sus fines, entre otros, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El artículo 106 específicamente hace referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos asignándole la función principal de «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia». Por su parte, el artículo 150 asigna a la Comisión la función de «velar por la observancia de tales derechos» hasta la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(11) Los Estados partes en la Convención Americana eligieron a los primeros siete jueces de la Corte durante el séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en mayo de 1979. La Corte fue instalada oficialmente en su sede en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979. Las decisiones y el trabajo de la Corte puede ser consultado en: www.corteidh.or.cr

(12) Ver estos informes y las actuaciones de la CIDH en su portal digital: www.cidh.org

donde aún se violan gravemente los derechos más básicos como la vida, la libertad y la integridad personal; al mismo tiempo que otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el debido proceso, y los derechos económicos, sociales y culturales de las mayorías excluidas.

Lo que ha cambiado es que, en la mayoría de los casos, ya no estamos frente a una “política de estado” de violaciones graves, masivas y sistemáticas. Pero no es ninguna sorpresa descubrir que las democracias también violan los derechos humanos, para ello basta dar un vistazo a las decisiones de la Corte Europea. Lo importante es ver cómo estos instrumentos normativos y estos órganos contribuyen a lograr el ideal de la justicia cuando las jurisdicciones nacionales se han mostrado ineficaces; cómo los familiares de las víctimas han luchado hasta obtener una reparación integral; y cómo el sistema ha impactado positivamente en el avance de la democracia y el Estado de derecho.

Para ejemplificar lo dicho, me parece importante citar cómo Chile, en cumplimiento del fallo de la Corte Interamericana en el caso de *La Última Tentación de Cristo*⁽¹³⁾ modificó su propia Constitución para eliminar la censura previa y así adaptarla a la Convención; o también cómo la Corte ha requerido a los Estados que adopten o modifiquen su legislación y hasta su jurisprudencia para adaptarse a la Convención. En el caso de Venezuela, la Corte Interamericana en sus sentencias en los casos relativos al *Caracazo*⁽¹⁴⁾, *el Retén de Catia*⁽¹⁵⁾ y *las Desapariciones Forzadas de Vargas*⁽¹⁶⁾, le ha requerido al Estado, entre otras cosas, modificar el Código Penal para adaptar el tipo del delito de desaparición forzada a la Convención sobre la materia; y modificar la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para hacer efectivo el *habeas corpus* en estas circunstancias, sin requerir absurdamente que se tenga que identificar en la demanda el lugar de reclusión.

3.E L ÁMBITO AFRICANO

En el ámbito regional, un tercer sistema internacional de derechos humanos se ha venido desarrollando en África, con la adopción en 1981 de la **Carta Africana**

(13) Corte IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

(14) Corte IDH. **Caso del Caracazo Vs. Venezuela**. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58

(15) Corte IDH. **Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

(16) Corte IDH. **Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

de los Derechos Humanos y de los Pueblos , la cual entró en vigencia en 1987. Este instrumento igualmente, a la par de reconocer derechos de los pueblos y de las personas, y las obligaciones internacionales correspondientes, creó la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos con ya 18 años de funcionamiento. Tras adoptarse en 1998 el **Protocolo de la Corte Africana de Derechos de Derechos Humanos de los Pueblos**, se eligieron los jueces en el año 2006 y al año siguiente ésta se instaló en Arusha, Tanzania, al pie del fabuloso Kilimanjaro⁽¹⁷⁾.

4.E L SISTEMA UNIVERSAL

En el ámbito universal, la Carta de la **ONU** ha incorporado el respeto a los derechos humanos dentro de los propósitos de la Organización⁽¹⁸⁾. Así, con ocasión de la adopción de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** el 10 de diciembre de 1948⁽¹⁹⁾, la ONU desarrolló primero un sistema no convencional y luego un sistema convencional de protección universal de la persona humana. En este sentido, ya desde finales de la década de los cuarenta comenzó este desarrollo en el ámbito del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) con la creación de una Comisión (intergubernamental) de Derechos Humanos; que a su vez dio lugar a procedimientos especiales para tramitar asuntos de derechos humanos; y a la creación de Grupos de Expertos y Relatores independientes en diversas áreas concernientes a los derechos humanos. Posteriormente se reformó la Comisión dando lugar al nuevo *Consejo de Derechos Humanos*, cuya primera reunión se celebró el 19 de junio de 2006. Además de ello, luego de algunos antecedentes, como la Convención contra el Genocidio y la Convención de Refugiados, a partir de 1966 la ONU ha venido creando todo un sistema convencional de protección de los derechos humanos, a partir del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y su correspondiente **Protocolo** que faculta a los individuos a dirigir peticiones contra los Estados partes ante el Comité de Derechos Humanos integrado por expertos independientes. Así mismo en 1966 se adoptó el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y**

(17) Sobre el sistema africano, ver, **Digest on Human Rights and Access to Justice**. East Africa Law Society. Nairobi, Kenya. 2007; G. W. Kanyeihamba. “The African Court on Human and People’s Rights and the violators of Human Rights in Africa” en la revista **The East Africa Lawyer**, No. 13, September 2007.

(18) Carta de las Naciones Unidas Art. 1.3 (Firmada en la ciudad de San Francisco, USA, el 26 de junio de 1945).

(19) Adoptada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU celebrada en París. Está disponible en 337 versiones en diversos idiomas en el portal oficial de la ONU: <http://www.unhchr.ch/udhr/index.htm>

Culturales, hoy en día sometido a un proceso para adoptar igualmente un protocolo facultativo que permita el accionar de los individuos. El *corpus iuris* de derechos humanos de la ONU ha venido expandiéndose significativamente a la par de ir desarrollando órganos especializados cuasi judiciales, que permiten a las personas ejercer su derecho de petición frente a los Estados, para lograr la protección y la reparación internacional de los derechos humanos. Nos referimos en particular a la **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño**⁽²⁰⁾. Aparte de los cinco Comités independientes correspondientes a los tratados mencionados, existen otros cuatro órganos con competencia para supervisar a los Estados en la implementación de los mismos, nos referimos al **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**; el **Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares** y al **Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad**, en proceso de creación.

Todos los Estados miembros de la ONU han ratificado al menos uno de los principales tratados internacionales de derechos humanos, y el 80 por ciento ha ratificado cuatro o más. De esta forma, los Estados han pasado a formar parte de los nueve principales tratados independientes, interrelacionados y mutuamente complementarios, para hacer cumplir los derechos humanos.

Esta doble expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de un sistema universal y tres sistemas regionales, ha permitido un desarrollo mundial de los derechos como espejos que se reflejan y se fortalecen mutuamente.

Estas convenciones y el avance del Derecho Internacional han permitido que derechos como la prohibición de la tortura y la prohibición de toda forma de discriminación racial, hayan adquirido hoy en día el estatus de normas de orden público o *ius cogens*.

5.L A INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS

Si algo es cierto a estas alturas, es que los derechos dejaron de ser meros derechos nacionales para pasar a ser derechos universales, con una doble fuente

⁽²⁰⁾ El texto de estos tratados puede ser consultado en: Nikken, Pedro. **Código de Derechos Humanos**. Caracas. 2007; y en el portal de derechos humanos de la ONU: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

jurídica que converge: el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ya nadie en su sano juicio puede pretender que las constituciones ni los tribunales nacionales tienen la última palabra sobre la interpretación y protección de los derechos humanos. Si los tribunales nacionales no protegen a las personas o incluso si no lo hacen conforme a los estándares internacionales más favorables, aquéllas pueden lograr su debida protección por los órganos internacionales.

Por ello, ya no se puede hacer Derecho Constitucional ignorando al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni viceversa. Estamos ante una nueva convergencia e interacción, e incluso ante una sujeción, del Derecho Constitucional al Derecho Internacional, guiada por el principio de *progresividad*. De allí que el Derecho Constitucional sólo podría prevalecer cuando su aplicación resulte más favorable a la interpretación y protección del derecho en cuestión; aunque la última interpretación y por tanto la interpretación auténtica del tratado le corresponde al tribunal internacional. Ello ha dado lugar al fenómeno conocido como la internacionalización del Derecho Constitucional.

Este fenómeno lejos de disminuir al Derecho Constitucional lo ha fortalecido y revitalizado. A pesar de que en el pasado, y desafortunadamente en algunos casos aún presentes, dicho fenómeno dio lugar a no pocas tensiones en las altas cortes nacionales con los tribunales internacionales de derechos humanos, la dinámica contemporánea ha cedido el paso en la mayoría de los casos, a un nuevo fenómeno de *diálogo* entre las jurisdicciones constitucionales entre sí, y de éstas con los tribunales internacionales de derechos humanos, lo cual ha ayudado a armonizar las jurisdicciones y sus interpretaciones. Así uno de los fenómenos contemporáneos es precisamente la recepción de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos por los tribunales constitucionales; y a su vez, la fundamentación interpretativa de estos tribunales internacionales en la jurisprudencia constitucional más progresiva⁽²¹⁾.

6.E L DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Otra rama del Derecho que se ha desarrollado igualmente desde la Segunda Guerra Mundial para proteger los derechos de las personas bajo situaciones de conflicto armado interno o internacional, es el **Derecho Internacional Humanitario**, comprendido en los dos Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de

(21) Ver sobre el particular la revista **Diálogo Jurisprudencial. (Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos)**, cuyo primer número apareció en Julio-Diciembre 2006, México.

1977⁽²²⁾. Estos instrumentos han consagrado los crímenes de guerra, declarándolos imprescriptibles y no amniables. Ello ha permitido a las víctimas de los delitos de guerra luchar en jurisdicciones penales nacionales e internacionales para obtener justicia y el castigo a los responsables. De esta manera, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los derechos humanos se complementan y refuerzan mutuamente para su interpretación y aplicación.

7.E L DERECHO INTERNACIONAL DE LA INTEGRACIÓN

Otro sector donde los derechos de la persona se han *mundializado* es el **Derecho Internacional de la Integración**. Basta dar un vistazo al derecho comunitario de la Unión Europea⁽²³⁾ y su interpretación por el Tribunal de ⁽²⁴⁾, para ver cómo éste ha desarrollado en su jurisprudencia, interpretaciones sobre diversos derechos como el debido proceso, la propiedad y la petición. Estas interpretaciones se han potenciado más aun desde que se les ha dado a las personas la legitimación para ejercer recursos ante estos tribunales internacionales. En el mismo sentido, esta legitimación personal se incluyó para acudir al Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones en Quito⁽²⁵⁾.

(22) Se trata de los siguientes instrumentos: **Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)**. EL texto de estos tratados puede ser consultado en el siguiente portal de la ONU: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>

(23) Ver texto y tratados en: http://europa.eu/index_es.htm

(24) **El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** , puede consultarse su jurisprudencia y funciones en: http://curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index_cje.htm

(25) El **Tribunal de Justicia Andino** inició sus actividades en mayo de 1979. Entre sus funciones está controlar la legalidad de las normas comunitarias, mediante la acción de nulidad; interpretar las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, para asegurar la aplicación uniforme de éstas en el territorio de los Países Miembros y dirimir las controversias. Mediante el **Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, se asigna a este órgano nuevas competencias, entre ellas el Recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral y la de Jurisdicción Laboral. Su nuevo Estatuto, que actualiza y precisa los procedimientos que se desarrollan ante ese Tribunal, fue aprobado el 22 de junio del 2001 por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Consultar su información en: http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_4.html

Este hecho sin embargo, ha llevado a que varios autores como García de Enterría⁽²⁶⁾, hayan llamado la atención sobre el peligro de las discrepancias interpretativas de un mismo derecho entre los tribunales de derechos humanos y los de integración, proponiendo diversas alternativas de convergencia.

8. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y DE GRUPOS PARAESTATALES

Por otro lado, como es sabido, el derecho internacional de los derechos humanos determina la responsabilidad internacional de los estados por las violaciones de sus autoridades a las obligaciones en materia de derechos humanos. Así mismo, el derecho internacional ha permitido un nuevo desarrollo que ha dado lugar al establecimiento de la **responsabilidad del Estado por el accionar de grupos no estatales**⁽²⁷⁾, cuando estos últimos han actuado bajo la tolerancia, el incentivo o la aquiescencia del primero y éste ha faltado a su obligación de prevenir razonablemente los hechos. Sobre el particular es interesante consultar la doctrina jurisprudencia de los recientes fallos de la Corte Interamericana relativos al Estado de Colombia, en los casos de las masacres de *Mapiripán*⁽²⁸⁾ y *Pueblo Bello*⁽²⁹⁾ por grupos paramilitares.

Por ello, en los casos de violaciones a los derechos humanos que configuran al mismo tiempo hechos ilícitos, las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, particularmente del tribunal interamericano desde su caso líder *Velásquez Rodríguez*⁽³⁰⁾, han requerido a los estados, llevar a cabo la investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Por esta vía estos tribunales internacionales reenvían a las jurisdicciones nacionales el establecimiento de la responsabilidad penal individual, conforme a los parámetros internacionales.

⁽²⁶⁾ Ver, García de Enterría, Eduardo. **El sistema europeo de protección de los derechos humanos**. Madrid. 1983.

⁽²⁷⁾ Ver las normas sobre responsabilidad estatal por actos contrarios a derecho (“**Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**”) año 2001, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y sometido a la Asamblea General. El texto aparece como anexo a la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 y corregida por el documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4. Consultar: http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm

⁽²⁸⁾ Corte IDH. **Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

⁽²⁹⁾ Corte IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

⁽³⁰⁾ Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

En este campo, la Corte Interamericana ha afirmado que los delitos graves contra los derechos humanos no prescriben, ni son amnistiables ni sujetos a cualquier medida que conlleve a su impunidad, como es el caso de la cosa juzgada fraudulenta. En estos últimos casos, la Corte ha declarado incluso el desconocimiento y hasta la nulidad de sentencias absolutorias que eran aparentemente firmes como cosa juzgada en el derecho nacional y ha ordenado reabrir los procesos penales.

9.L A RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA

No obstante, además de la responsabilidad internacional del estado **la persona humana también es hoy en día responsable internacionalmente en el ámbito penal**, por los delitos internacionales en general, los delitos de guerra, los delitos de lesa humanidad y por el de genocidio. Ello ha permitido el desarrollo de una jurisdicción universal de todos los estados para desarrollar los tipos delictivos correspondientes, colaborar judicialmente incluyendo la extradición de los perseguidos y en caso de que un estado no quiera o no pueda extraditarlo, la obligación de juzgarlo en su jurisdicción. Estas son precisamente las características de un crimen internacional, como lo define por ejemplo la Convención contra la Tortura.

A.La Jurisdicción Universal

Estados como España y Bélgica, adoptaron leyes que consagran la *jurisdicción universal* para conocer los delitos internacionales, aunque éstos no hayan tenido lugar en sus territorios. En el caso de España la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽³¹⁾, habilita la jurisdicción española en los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos internacionales. Ello fue precisamente lo que permitió la orden de detención librada por el juez Baltasar Garzón contra Pinochet, la cual fue ejecutada por las autoridades británicas, pero cuya extradición fue finalmente frustrada por el gobierno inglés por supuestas razones “humanitarias”.

A pesar de algunos retrocesos en la legislación belga y en la jurisprudencia constitucional española, siguen abiertos los espacios de la jurisdicción universal en estos y otros países. Así por ejemplo, en el año 2003, la Suprema Corte de

(31) Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (BOE n. 157 de 2/7/1985).

(32) Fallo de la Suprema Corte de Justicia de México de 10-6-03, el cual puede ser consultado en <http://www2.scjn.gob.mx/consultas/Comunicados/Comunicado.asp?Pagina=listado.asp&Numero=608>

Justicia de México el caso del oficial argentino *Ricardo Cavallo*⁽³²⁾, permitió su extradición a España para ser juzgado en un proceso sobre actos sistemáticos de tortura fundado en la jurisdicción universal.

B.Los tribunales penales internacionales

A la par de ello, el derecho a la justicia y a la verdad de las personas víctimas de graves delitos internacionales se había venido desarrollando después de la Segunda Guerra Mundial, mediante **Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc** creados básicamente por el Consejo de Seguridad, como fueron inicialmente los de Nuremberg y Tokio; y más recientemente en la década de los noventa e incluso aun funcionando, los Tribunales Penales Internacionales *Ad-Hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁽³³⁾. Con la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma y la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional en el año 2003⁽³⁴⁾, los derechos de la humanidad están protegidos para castigar y con ello prevenir los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio. Si bien la acción penal para castigar a estos delitos está en cabeza de Fiscal del Tribunal, nada obsta para que éste sea instado por las víctimas a ejercer la acción penal internacional. Actualmente este Tribunal está juzgando causas relativas al Congo, la República Centro Africana, Uganda y Senegal (Darfur). El reto de este tribunal pasa por el respeto y la colaboración de los estados para ejecutar las órdenes de detención pendientes⁽³⁵⁾.

C.El Tribunal Internacional de Justicia

Por otro lado, no debe escapar de vista, que la *mundialización* de los derechos humanos ha llegado también a penetrar la jurisprudencia del **Tribunal Internacional de Justicia**. A pesar de que históricamente su objeto era el de proteger los intereses propios de los estados y sólo por vía de proyección los de sus nacio-

(33) Ver información sobre estos tribunales: <http://www.cajpe.org.pe/guia/s43.htm>; y en <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/otros/Tribunales.htm>. El sitio oficial para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Internacional Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-ICTY) <http://www.un.org/icty/index.html>; y para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR): <http://69.94.11.53/>

(34) El Estatuto de Roma fue suscrito el 17 de julio de 1998 y entró en vigencia el 1º de julio de 2002. Ver información completa sobre el Estatuto y la Corte Penal Internacional en: <http://www.icc-cpi.int/>

(35) Ver artículo escrito por el Fiscal de la Corte Penal Internacional (2008) Moreno Ocampo, Luis. "Instituciones del siglo XXI: La Corte Penal Internacional", en **Derechos Humanos y un nuevo orden global**, Res Diplomática, No. 2, Argentina, Diciembre 2007.

nales, en los últimos años los Estados se han demandado con el objeto de proteger o reparar los derechos humanos de sus nacionales. Entre estos casos podemos hacer referencia a las *medidas provisionales* acordadas por este Tribunal para evitar la ejecución de la pena de muerte por los Estados Unidos de América en los siguientes casos: “Paraguay v. USA” de 9 de abril de 1998 con relación a la ejecución del señor Breard⁽³⁶⁾; “Alemania v. USA” de 3 de marzo de 1999 con relación a la ejecución de los hermanos Lagrand y la consecuente sentencia de fondo de 27 de junio de 2001 condenando a Estados Unidos por su desacato⁽³⁷⁾; y las medidas provisionales de 16 de junio de 2008 relativas a garantizar el cumplimiento efectivo del fallo de fondo de 31 de marzo de 2004 en el caso “Avena v. USA” concerniente a la condena a pena de muerte de 51 nacionales mexicanos⁽³⁸⁾. Finalmente debemos destacar las medidas provisionales adoptadas hace apenas unos pocos días, el 15 de octubre de 2008, en el caso “Georgia v. Rusia”⁽³⁹⁾, en las cuales el Tribunal le requirió a ambas partes, que garanticen en la zona del conflicto armado en el Sur de Osetia, que se abstengan de ejecutar actos de discriminación racial; y que igualmente garanticen a todas las personas allí presentes, sus derechos a la libertad de movimiento, a la seguridad y a la propiedad. Estos ejemplos sirven para ilustrar cómo el Tribunal Internacional de Justicia se ha venido mutando también en un tribunal internacional de derechos humanos, para la protección de las personas bajo la jurisdicción de los Estados partes.

10.A LGUNAS SOMBRAS Y RESISTENCIAS

No obstante ello, no todo lo ocurrido podemos calificarlo como avances. Hay luces y sombras en esta evolución aún no terminada.

Son precisamente las grandes potencias mundiales como Estados Unidos de América, China y Rusia, las que menos han avanzado e incluso hasta retrocedido

(36) Caso *Breard* relativo a La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay contra Estados Unidos de América*) (Medidas Provisionales) Providencia de 9 de abril de 1998; y Caso *Breard* relativo a La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay contra Estados Unidos de América*) (Sobreseimiento) Providencia de 10 noviembre de 1998. Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) están disponibles en castellano en su portal digital, pero las más recientes sólo lo están en inglés o francés: <http://www.icj-cij.org>

(37) Caso *La Grand* (*Alemania contra Estados Unidos de América*) (Cuestiones de Fondo). Fallo de 27 de junio de 2001.

(38) Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena* and Other Mexican Nationals (*Mexico v. United States of America*).

(39) Request for the indication of Provisional Measures. Order of 15 October 2008, Case concerning application of the International Convention on The Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*).

en este campo. Frente al avance de Rusia en ratificar el Convenio Europeo de derechos humanos está su renuencia a cumplir los fallos de la Corte Europea; China apenas acaba de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque aún no se sujeta a la jurisdicción del Comité; y los Estados Unidos de América sólo ha ratificado algunos pocos instrumentos de derechos humanos de la ONU y ninguno en el ámbito interamericano.

Por ser una democracia que aspira a ser modelo de libertades, es particularmente inaceptable la violación de los derechos humanos causada por el gobierno de los Estados Unidos a raíz de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la legislación anti terrorista que fue dictada. Resultan inaceptables los actos de tortura y los tratos crueles e inhumanos autorizados por instrucciones gubernamentales a la CIA, para llevar a cabo las llamadas eufemísticamente “rendiciones extraordinarias” consistentes en secuestrar ilegalmente a sospechosos en otros países, sometiéndolos, inmovilizándolos, drogándolos, encapuchándolos y poniéndolos en vuelos alrededor del mundo, para terminar en prisiones secretas donde son interrogados utilizando métodos de tortura, de trato cruel e inhumano inaceptables, como el ahogamiento parcial mediante el procedimiento de llenado de agua por la boca con la cabeza hacia abajo, conocido como el “waterboarding”⁽⁴⁰⁾. Igualmente resultan inaceptables las torturas y los tratos inhumanos y vejatorios dados a los presos de la cárcel de Abu Ghraib⁽⁴¹⁾; así como las detenciones indefinidas y los aislamientos sin acusación en Guantánamo. Pero aún resulta más inaceptable la renuncia de los tribunales federales de los Estados Unidos para afirmar jurisdicción sobre los presos en la base militar de Guantánamo y a aplicarles las leyes de ese país. Todo ello se dejó en manos de Comisiones o tribunales militares sin ninguna independencia ni garantía del debido proceso. Esa situación ha sido la violación más grave a los derechos humanos y al estado de derecho causada por los Estados Unidos en los últimos años. Como lo establece el artículo 2 de la Convención contra la Tortura ratificada por los Estados Unidos, la prohibición absoluta de actos de tortura no admite excepción alguna, ni siquiera bajo situaciones excepcionales o estado de guerra. Afortunadamente, aunque tarde, la Corte Suprema de Justicia ha venido recientemente afirmando jurisdicción sobre las personas detenidas en Guantánamo, obligando al gobierno federal a someterse a las leyes de ese país. Tal es el caso del reciente

(40) Ver, entre otras referencias: Méndez, Juan. “Derechos Humanos. Los medios y los fines en la política internacional” en **Derechos Humanos y un nuevo orden global**, *Res Diplomática*, No. 2, Argentina, Diciembre 2007, págs. 28 y siguientes.

(41) Igualmente, ver, entre otras referencias: Méndez, Juan. “Derechos Humanos. Los medios y los fines en la política internacional”, *Loc. Cit.*, págs. 28 y siguientes.

fallo del 12 de junio de 2008, en el que la Corte Suprema reconoció, en la causa *Boumediene v. Bush*⁽⁴²⁾, el derecho de las personas detenidas en Guantánamo, a impugnar su privación de libertad ante los tribunales civiles estadounidenses. Con ocasión de este fallo, Amnistía Internacional manifestó que era un paso esencial hacia la restauración del Estado de derecho en el contexto de las medidas antiterroristas vigentes en los Estados Unidos.

Pero aun la Corte Suprema de Justicia de ese país se sigue mostrando contumaz y contraria al derecho internacional y cuando se atrevió a citar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños para interpretar la Constitución y los límites de la imposición de la pena de muerte a menores, en el caso *Roper v. Simmons* en el año 2005⁽⁴³⁾, la reacción de los legisladores fue proponer una resolución (“Constitution Restoration Act”⁽⁴⁴⁾) prohibiendo a las cortes federales citar al derecho internacional, so pena de incurrir en falta grave. Y luego se adoptó una prohibición a los tribunales militares para citar el derecho internacional cuando interpretaran los Convenios de Ginebra (“The Military Commissions Act of 2006”⁽⁴⁵⁾).

Se trata de una concepción de *soberanía patriótica excluyente y hegemónica* que caracteriza a algunas grandes potencias y a algunos otros países, basándose en un concepto decimonónico de soberanía absoluta, para negarse a aceptar la *mundialización* de los derechos humanos⁽⁴⁶⁾.

11.L LUCES Y AVANCES

Pero a pesar de ello, hay algunas luces importantes que nos dan razones para ser optimistas, y que nos permiten afirmar que los avances mundiales siguen siendo mayores que los retrocesos. En este hemisferio vale la pena citar los casos de Argentina y Perú.

(42) *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008).

(43) *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

(44) S. 2082, 108th Congress (2004); H.R. 3799, 108th Cong. (2004) y S. 520, 109th Cong. (2005).

(45) Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, § 6 (a) (2), 120 Stat. 2600, 2632 (2006) (codified at U.S.C. § 2441).

(46) Ver, Resnik, Judith “Law as affiliation: ‘Foreign’ law, democratic federalism, and the sovereigntism of nation-state” publicado en **International Journal of Constitutional Law**, Volume 6, Number 1, January 2008, New Cork; “Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Rights Treaties”, 10 **Columbia Law Review**, 628, 2007; y Tushnet, Mark, “When is Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law”, 90 **Minnesota Law Review**, 1275, 2006.

A. Argentina

En el primer caso, los graves crímenes de ejecuciones arbitrarias, secuestro de recién nacido a sus víctimas y las desapariciones forzadas de treinta mil personas por la dictadura argentina entre 1976 y 1983, pretendieron ser silenciadas mediante la impunidad de la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida ⁽⁴⁷⁾. Pero la lucha incesante de las víctimas, incluidas las conocidas como las “Madres de la Plaza de Mayo”, hoy día las abuelas, y la toma de conciencia de la sociedad argentina, fue seguida de importantes juicios penales por delitos de lesa humanidad llevados a cabo en España contra varios de los militares responsables de las atrocidades. En ese país se dictaron noventa y ocho órdenes de arresto en 1999 y en el año 2005 el capitán Adolfo Scilingo fue condenado por el juez Baltasar Garzón a 640 años de prisión. Junto a este esfuerzo de la justicia penal universal hay que citar las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas las cuales permitieron que finalmente en el año 2005 la Corte Suprema de Justicia declarara la inconstitucionalidad de estas dos leyes ⁽⁴⁸⁾. Hoy en día se llevan a cabo en Argentina una serie de procesos para castigar a los responsables, hacer justicia a las víctimas y a sus familiares y honrar la memoria histórica, a fin de impedir que hechos como éstos puedan volver a ocurrir impunemente ⁽⁴⁹⁾.

B. Perú

Otro caso importante que evidencia la *mundialización* de los derechos humanos y la articulación de éstos con la justicia, es el enjuiciamiento del **ex dictador peruano electo Alberto Fujimori**. Los crímenes graves y sistemáticos cometidos durante su régimen incluyeron las desapariciones forzadas y las ejecuciones

⁽⁴⁷⁾ Leyes 23.492 y 23.521 respectivamente. La **Ley de Punto Final**, dictada el 29 de diciembre de 1986, impidió el procesamiento del personal de las Fuerzas Armadas estipulando un plazo de 60 días como límite máximo para la presentación de acciones penales por crímenes cometidos durante la dictadura. La **Ley de Obediencia Debida**, del 9 de junio de 1987, dispuso que los actos criminales se encontraban amparados por el deber de obedecer órdenes de un superior.

⁽⁴⁸⁾ S. 1767. XXXVIII. «Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–» - CSJN - 14/06/2005. El texto completo de esta sentencia puede consultarse en el portal digital de la Corte Suprema de Justicia de Argentina: www.csjn.gov.ar

⁽⁴⁹⁾ Para ver la evolución de los procesos y la lucha contra la impunidad, véase **Lucha por el Derecho**. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2008. Ver también, Lozada, Martín. **Law’s response to crimes against humanity (Some lessons from Argentina)**. Inaugural Address as Visiting Professor to the UNESCO Chair in Education for Peace, Human Rights and Democracy 2008. Utrecht University, Netherlands, September 19, 2008.

de miles de personas, en la llamada lucha contra el terrorismo, especialmente del grupo Sendero Luminoso. Se trató de crímenes terroristas de ese grupo que fueron respondidos por un verdadero terrorismo de estado. Estos crímenes de estado pretendieron ser cubiertos por un manto de impunidad mediante una primera ley aprobada por el Congreso oficialista de esa época, y cuando un juez se atrevió a desaplicar esa ley por inconstitucionalidad, en pocas horas se aprobó una segunda ley que le prohibía a los jueces pronunciarse sobre la ley de impunidad⁽⁵⁰⁾. Entre los múltiples casos documentados por las ONGs de derechos humanos de Perú, resaltan el secuestro y la ejecución de un grupo de estudiantes de la Universidad de La Cantuta y la ejecución de un grupo familiar incluidos menores, en su casa en el sector popular de Lima llamado Barrios Altos. Estos casos permanecían en la total impunidad en Perú, hasta que la Corte Interamericana decidió en el caso líder de *Barrios Altos* sentenciado el 14 de marzo de 2001⁽⁵¹⁾, que las leyes peruanas de amnistía eran contrarias a la Convención Americana y por tanto “carecía de efectos *erga omnes*”, por lo que el Estado debía proceder a enjuiciar y sancionar a los responsables y a reparar integralmente a las víctimas. Se trató de una sentencia donde la Corte Interamericana actuó como todo un Tribunal Constitucional al dejar sin efecto *erga omnes* estas leyes; y Perú procedió en ese sentido a dar inicio a los juicios, sin más trámite. Si bien varios integrantes de la unidad de inteligencia del Ejército conocida como el “Grupo Colina” fueron enjuiciados y sancionados, las altas autoridades permanecían prófugas de la justicia. En el caso de Fujimori, luego de renunciar a la presidencia de Perú desde Japón por fax, permaneció en ese país por varios años, hasta que decidió regresar y fue detenido en Chile, bajo rogatoria de extradición solicitada por el gobierno democrático de Perú, a solicitud de las víctimas. Es ciertamente notable, que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 21 de septiembre de 2007⁽⁵²⁾, al autorizar la extradición para el juzgamiento de Fujimori en Perú por diversos delitos, haya incluido expresamente el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad conforme a la sentencia de Barrios Altos dictada por la Corte Interamericana. Se trata

(50) La primera ley de amnistía fue la Ley N° 26479 publicada en *El Peruano* de 15 de junio de 1995; y la segunda ley de amnistía fue la Ley N° 26492 publicada en *El Peruano* el 2 de julio de 1995.

(51) Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

(52) Ver documentos sobre la extradición y el juicio a Fujimori en: <http://www.aprodeh.org.pe/fujimori/>

por tanto de un evidente ejemplo de *mundialización* y la interconexión entre la jurisdicción de los derechos humanos, la colaboración de la jurisdicción de terceros países y la justicia penal. Hoy en día, Fujimori se encuentra detenido por condena en casos de corrupción y sometido al proceso por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta. Como observador internacional de este juicio, me pareció increíble ver en el banquillo de los acusados, dos escalones por debajo de la Corte Suprema de Justicia, al arrogante presidente que había conocido en 1998 cuando como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos visitamos Perú y quien nos había negado la existencia misma del Grupo Colina. En este juicio los integrantes de ese Grupo han confesado uno a uno sus crímenes sin pudor alguno y las relaciones que mantenían con los altos mandos. La sentencia que pueda dictarse en este caso, representará un desafío para el derecho penal y la teoría de la responsabilidad por el comando o control, así como la teoría de la responsabilidad mediata de las altas autoridades.

12.E L CARÁCTER UNIVERSAL, INDIVISIBLE E INTERDEPENDIENTE DE LOS DERECHOS

En otro orden de ideas, quiero referirme brevemente al evidente fracaso del intento de tratar de lograr el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, a costa de los derechos civiles y políticos. O lo que es lo mismo, el intento por lograr una “democracia social” a costa de la democracia política. En ello ya fracasaron el fascismo, el nacional socialismo y el comunismo. De allí el reto de las democracias, para lograr superar la pobreza, la exclusión y la discriminación histórica de grupos vulnerables, ya que como lo reconoció la **Declaración de la Conferencia Mundial de Viena en 1993** ⁽⁵³⁾, los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes.

En este sentido la **Carta Democrática Interamericana**⁽⁵⁴⁾ establece que el respeto a los derechos humanos incluidos los derechos sociales, son elementos y componentes esenciales de la democracia.

(53) La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada del 14 al 25 de junio de 1993, aprobó por consenso la **Declaración y Programa de Acción** de Viena. Ver textos, en: [www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument). El artículo 3 de la Declaración de Viena establece que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí...”.

(54) Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001. Su texto puede ser consultado en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos15.htm>

13.A ALGUNAS NUEVAS FRONTERAS DE LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Finalmente, quiero hacer referencia a algunas nuevas fronteras en la *mundialización* de los derechos humanos. La primera de ella es la ampliación de **los derechos humanos al campo de la Empresa**⁽⁵⁵⁾.

Una de los primeros instrumentos actuales de la regulación internacional de la actividad de las empresas, es la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1977 y enmendada en noviembre de 2000. Es relevante recordar que este organismo especializado de la ONU se integra en representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, por lo que la Declaración es fruto de un consenso de tres grupos⁽⁵⁶⁾.

En este campo empresarial por iniciativa del Secretario General de las Naciones Unidas, en 1999, se adoptó el *Global Compact* o **“Pacto Mundial”**, el cual contiene una serie de principios de adopción voluntaria para gobiernos y empresas transnacionales, con objeto de promover una relación más fructífera entre corporaciones comerciales y sociedad. El Pacto fue puesto en marcha oficialmente en julio

(55) En agosto de 2003, la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las Normas de la ONU sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (conocidas también como las Normas de la ONU). Se trata del conjunto de normas más autorizado y exhaustivo elaborado hasta la fecha sobre empresas y derechos humanos: Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 13 de agosto de 2003, y del documento E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 de la Subcomisión. Ver, **Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para Empresas: Hacia la responsabilidad legal**. Publicado originalmente en el año 2004 por: Amnesty International Publications. Londres. www.amnesty.org El texto de las Normas cuenta con veintitrés artículos que se dividen en nueve apartados:

- A. Obligaciones generales.
- B. Derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no-discriminatorio.
- C. Derecho a la seguridad personal.
- D. Derechos de los trabajadores.
- E. Respeto a la soberanía nacional y de los derechos humanos.
- F. Obligaciones en materia de protección al consumidor.
- G. Obligaciones en materia de protección al medio ambiente.
- H. Disposiciones generales sobre la aplicación.
- I. Definiciones.

(56) Organización Internacional del Trabajo, Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, Nov. 16, 1977, 17 ILM 422, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/sources/mne.htm> en adelante “Declaración Tripartita de la OIT”.

de 2000. Consiste en diez principios universales en materia de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y anti-corrupción para ser incorporados de manera voluntaria por los gobiernos y las empresas. Se pretende también que el Pacto ayude a los Estados a cumplir de mejor manera con los Objetivos de Desarrollo del Milenio, acordadas por la comunidad internacional en 2000 ⁽⁵⁷⁾.

Se trata de una iniciativa que busca promover que la economía global se fundamente en una serie de valores universales definidos en diferentes instrumentos internacionales, en el entendido de que la labor comprometida de los actores privados –como las empresas–, juegan un papel básico en la realización de los objetivos compartidos por la comunidad internacional. Para ello, el Pacto involucra en el centro de su actividad a diversas entidades del sistema de las Naciones Unidas: al Secretario General, como su promotor, así como a la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (ONUDD). Asimismo, la iniciativa busca fomentar el ingreso voluntario al Pacto Mundial de los gobiernos y de las empresas, así como de las instituciones del mundo laboral, académico y de las sociedad civil, que estén dispuestos a promover y cumplir los Diez Principios de adopción voluntaria creados por el Pacto. En este sentido el Relator de la ONU para el tema, ha estudiado la posibilidad de adelantar mecanismos adicionales.

Por otro lado, en 1976 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), expidió las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*, mismas que fueron actualizadas en el año 2000⁽⁵⁸⁾. Los países miembros de esta organización deben observar esas Líneas Directrices, las cuales son una parte

⁽⁵⁷⁾ <http://www.unglobalcompact.org/Portal/Default.asp?> Estos Principios se refieren específicamente a derechos humanos: **Derechos Humanos:** 1. Apoyar y respetar la protección de los *derechos humanos* proclamados a nivel internacional; 2. Asegurarse de no ser *cómplices* de abusos de los *derechos humanos*; **Normas Laborales:** 1. Respetar la libertad de asociación y el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva; 2. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; 3. La abolición del trabajo infantil; 4. La eliminación de la discriminación respecto al empleo y la ocupación; **Medio Ambiente:** 1. Apoyar la aplicación de un criterio de precaución respecto a los problemas ambientales; 2. Adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 3. Alentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inocuas para el medio ambiente.

⁽⁵⁸⁾ http://www.oecd.org/document/28/0,2340,en_2649_201185_2397532_1_1_1_1,00.html, en adelante “Líneas Directrices de la OCDE”.

de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, cuyos restantes elementos se refieren al tratamiento nacional, a las obligaciones contradictorias impuestas a las empresas; y a los incentivos y desincentivos a la inversión internacional.

En el ámbito del **Banco Mundial** también se han incorporado mecanismos de participación de las comunidades y los ciudadanos, para hacer observaciones a fin de evaluar el impacto ambiental y social de los préstamos relacionados con el financiamiento de proyectos, particularmente de obras e infraestructura. Para ello ha establecido paneles y procedimientos especiales ⁽⁵⁹⁾. En particular debemos mencionar el mecanismo conocido como el “Grupo de Inspección” compuesto por tres miembros, el cual es una entidad semi independiente del Banco Mundial, cuya misión es controlar que éste cumpla con sus directrices y procedimientos. Con el acuerdo de la Junta Directiva el Grupo de Inspección puede investigar los reclamos interpuestos por dos o más personas que consideren estar siendo perjudicadas o que lo serán en el futuro por la ejecución de un proyecto apoyado por el Banco, por que esté violando sus propias políticas y procedimientos⁽⁶⁰⁾.

Incluso en los procedimientos de arbitraje internacional ante el **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones** del Banco Mundial (**CIADI**)⁽⁶¹⁾, se ha aceptado la presentación de *amicus curiae*, por parte de Ongs de derechos humanos en la decisión de asuntos relativos a la protección de inversiones en los Estados partes. Así en el caso “Aguas Argentinas-Suez” contra el Estado de Argentina, el CELS como ong argentina en materia de derechos

(59) Ver, Principios y Estándares de Evaluación independiente del Banco Mundial en: <http://www.bancomundial.org/evaluacion/>. El Grupo de Evaluación Independiente (GEI) es una unidad independiente del Banco Mundial directamente dependiente del Directorio Ejecutivo del Banco.

(60) El «Grupo de Inspección del Banco Mundial» fue creado mediante Resolución No. 93-10; Resolución No. 93-6 de la AIF de 22 de septiembre de 1993 del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Para los procedimientos y requisitos de tramitación ver, **Procedimientos Operacionales** adoptados por el Grupo el 19-8-94 en: [http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0, contentMDK:20175163~isCURL: Y~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html](http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,contentMDK:20175163~isCURL:Y~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html)

(61) El CIADI es una institución del Grupo del Banco Mundial, especialmente diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional con una herramienta para promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales. Este centro se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigor en 1966. Entre sus funciones se establece que el Centro facilitará la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

humanos, solicitó que el tribunal arbitral le permitiera presentar un *amicus* para que se tomara en cuenta el impacto de los derechos económicos y sociales en la decisión. A pesar de que la empresa demandante del estado argentino se opuso a la presentación del *amicus*, el tribunal arbitral del CIADI, en una decisión sin precedentes emitida en mayo de 2005, reconoció que el caso revestía “especial interés público”, y que por lo tanto, podrían ser relevantes los aportes de las organizaciones expertas en las temáticas involucradas, incluidas las “consideraciones relativas a derechos humanos”⁽⁶²⁾.

Otro nuevo tema que está siendo abordado mundialmente bajo la perspectiva de los derechos humanos, tanto por los Estados como por los organismos internacionales, es el de la **seguridad ciudadana**. La seguridad nacional abarca la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personal. Las nuevas formas de violencia urbana convierten a nuestros centros urbanos en un auténtico campo de batalla asimétrico contra los ciudadanos. El peligro de no atacar este problema de manera eficiente a tiempo es que la demanda ciudadana tiende a radicalizarse e incluso a renunciar a valores con tal de que sean salvadas sus vidas. De allí que todos los informes han concluido en que las respuestas a la inseguridad ciudadana tienen que pasar por los estándares de una política estatal que incluya la protección de las personas y sus derechos humanos, la formación en derechos humanos de los cuerpos de policías, la utilización razonable y proporcional de la fuerza pública y la sanción de los delincuentes.

En este campo, **Venezuela** es un país que tristemente ha pasado a liderar las cifras de violencia tanto en la calle como en las cárceles. Las cifras de ONGs independientes como el Observatorio Venezolano de Violencia y el Observatorio Venezolano de Prisiones son impresionantes, pero aun las oficiales también lo son. En la calle, un promedio de 14.000 homicidios al año en una población de 26 millones de habitantes, equivale a 60 personas por cada 100.000 habitantes; y en las cárceles, la situación no puede calificarse sino como un infierno o una verdadera carnicería humana: un promedio de 400 homicidios al año en una población de 18.000 internos, equivale a 2.000 personas por cada 100.000⁽⁶³⁾. Ante toda esta violencia la impunidad es la regla y la mayoría de los casos ni siquiera llegan a los tribunales, los cuales dicho sea de paso se encuentran intervenidos por jueces

⁽⁶²⁾ Los textos completos del *amicus* y la resolución del tribunal arbitral del CIADI se encuentran disponibles en Internet en: www.cels.org.ar y en www.ciel.org Una referencia puede ser consultada en el libro del CELS: **La Luchas por el Derecho**. Buenos Aires, 2008, págs. 52 a 56.

⁽⁶³⁾ Datos aportados por el **Observatorio Venezolano de Violencia(OVV)**, dirigido por Roberto Briceño León: observatorioviolencia@laco.org.ve; y el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), dirigido por Humberto Prado. Ver información y datos en www.ovprisiones.org

provisionales no ingresados por concursos públicos de oposición ⁽⁶⁴⁾. Las policías, salvo honrosas excepciones, están “desinstitucionalizadas” y corrompida⁽⁶⁵⁾. Mientras tanto, la ciudadanía sigue identificando a la inseguridad como el principal problema del país, sin que las respuestas gubernamentales pasen de ser operativos o leyes con promesas a largo plazo.

El Estado venezolano ha respondido en los últimos años con el mismo sistema de constitucionalismo patriótico, hegemónico y cerrado, que rechaza al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. La mejor prueba de ello, la configuran hechos como la sentencia 1942 del Tribunal Supremo de Justicia que desconoció la obligación de dar cumplimiento a las sentencias internacionales sometiénolas a una suerte de exequátur (“pasavante”) de constitucionalidad⁽⁶⁶⁾, los insultos sistemáticos y el abierto desconocimiento de las decisiones de la Comisión y a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los ataques a los defensores de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales por parte de los representantes del gobierno⁽⁶⁷⁾.

(64) Ver, Corte IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), particularmente a partir del **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela del año 2003** y los siguientes informes sobre Venezuela en el Capítulo IV del Informe anual de la CIDH en www.cidh.org

(65) Ver el **Informe Final** presentado y publicado por la CONAREPOL el año 2007. La Comisión Nacional para la Reforma Policial (CONAREPOL) fue creada mediante Resolución N° 124 del Ministerio del Interior y Justicia (MIJ) de fecha 10 de abril de 2006 como un órgano temporal, interinstitucional, consultivo, transparente, participativo, plural y técnico, presidido por dicho Ministerio y conformado por representantes de los distintos sectores de la colectividad. La CONAREPOL realizó un diagnóstico de los cuerpos policiales sobre la base de la información levantada de las 123 de éstos con cooperación de las mismas instituciones, cuya información sirvió para instalar la primera base de datos nacional de las policías en Venezuela y elaborar un reporte. El 9 de enero de 2007 la CONAREPOL presentó su propuesta de modelo policial cuyo objetivo general es la construcción, a través de un proceso de diagnóstico y consulta amplio y participativo, de un nuevo modelo de policía en el contexto de la sociedad venezolana actual.

(66) Ver la sentencia y varios comentarios críticos en el libro: Arteaga Sánchez, Alberto; Ayala Corao, Carlos M.; Chavero Gazdik, Rafael J.; y Faúndez Ledesma, Héctor. **Sentencia 1942 vs. Libertad de Expresión**. Caracas, 2003.

(67) Entre otros informes ver referencias en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los derechos humanos en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II.124. 7 marzo 2006, disponible en: www.cidh.org; Vicaría Episcopal de Derechos Humanos de la Arquidiócesis de Caracas, **Informe sobre la**

Pero frente ello en el mundo democrático se viene imponiendo la *mundialización* de los derechos humanos con una agenda por el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho como elementos esenciales para la vigencia de los derechos humanos; y que incluye la independencia de los poderes judiciales; la justicia en los procesos de transición; la libertad de expresión; la superación de la pobreza y la inclusión social y económica; y la garantía efectiva los derechos de los niños, de las mujeres y de los pueblos indígenas.

El reto del siglo XXI es precisamente la lucha por hacer una realidad la *mundialización* de los derechos humanos, a fin de lograr la consolidación del estatuto universal de la persona humana, que sea capaz de garantizar su protección y la justicia, independientemente de su nacionalidad o del origen de la jurisdicción nacional.

Se trata en definitiva de la lucha por un nuevo derecho nacional, transnacional y universal, que tenga como origen, objeto y fin la protección de la persona humana y sus derechos integralmente considerados.

Situación de los Defensores y las Defensoras de Derechos Humanos en Venezuela , Caracas, 2007; y Human Rights Watch, **Una Década de Chávez : Intolerancia política y oportunidades perdidas para el progreso de los derechos humanos en Venezuela** , New York, 2008, disponible en Internet: www.hrw.org El gobierno de Venezuela expulsó a José Miguel Vivanco, director de la división de las Américas de Human Rights Watch, y a Daniel Wilkinson, subdirector de la división, el 18 de septiembre de 2008, horas después de realizar una conferencia de prensa en Caracas para presentar este informe.

EL AMPLIO HORIZONTE DE LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (*)
(México)

SUMARIO: Homenaje a un eminente mexicano **I.** Parte general. Las reparaciones: fundamento y fines. **1.** Un precepto fecundo. **2.** La interpretación jurisdiccional: amplio horizonte. **3.** Naturaleza y fines. **4.** Deber de reparar en función del hecho y del autor. **5.** Regulación de Derecho Internacional. **6.** Características y complicaciones. **7.** Procedimiento. **8.** Autocomposición. **II.** Parte especial. Las reparaciones: categorías y especies. **1.** *Restitutio*. Proyecto de vida. **2.** Garantía actual y futura. **3.** Indemnización. Costas y gastos. **4.** Medidas de Derecho interno. **5.** Deber de justicia. **6.** Otras formas de reparación. **III.** Cumplimiento. Colofón.

HOMENAJE A UN EMINENTE MEXICANO

Con estas breves reflexiones sobre un tema central del Derecho interamericano de los derechos humanos agrego mi convicción y mi afecto al homenaje merecido que se tributa a Diego Valadés, jurista excepcional, que a este mérito añade muchos otros, humanos y profesionales. Agradezco, desde luego, la invitación que se me hizo para sumar mi nombre, con modestia, a la relación de los colegas de Valadés que participan en esta obra colectiva.

(*) Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Juez (1998) y ex Presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conozco a Diego Valadés desde hace muchos años, tantos que casi diría: desde tiempos inmemoriales, de no ser porque guardo buena memoria de nuestros primeros encuentros en el entonces Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ahora Instituto de Investigaciones Jurídicas. Valadés, considerablemente más joven que yo, formaba parte de una magnífica generación de estudiantes y jóvenes profesionales atraídos por la vocación investigadora, que llegaron tempranamente al Instituto y en él hicieron sus primeras armas. Seguirían muchas batallas al servicio de la Ciencia Jurídica, de nuestra Universidad y, en su hora, de la República.

Valadés, profesor y tratadista, halló un espacio natural en la UNAM, aunque luego cruzaría sus fronteras para atender otras dedicaciones. En lo que respecta a aquélla, abordó diversas trincheras y se desempeñó con maestría: Director de Difusión Cultural, Coordinador de Humanidades, Abogado General. Finalmente: Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en el que cumplió ocho años de fecundo desempeño, en la línea de previos directores eminentes, que hoy se mantiene.

Pero dije que mi colega y amigo ha transitado otros espacios del quehacer profesional. Uno de ellos, de gran trascendencia –en manos competentes, como las suyas–, ha sido el servicio público. En éste, se distinguió en el ámbito de los tres poderes de la Unión: diputado federal, Procurador del Distrito Federal y de la República, ministro de la Suprema Corte de Justicia, además de embajador de México en Guatemala. Asimismo, trabajó con eficacia y creatividad –que son virtudes suyas– en el orden local: alto funcionario del Gobierno del Distrito Federal y de su Estado natal, Sinaloa.

En años más recientes, la semilla sembrada ha dado frutos, siempre multiplicados. El doctor Valadés, que obtuvo este grado en la Universidad Complutense de Madrid, es miembro del prestigiado Colegio Nacional, de la Academia Mexicana de la Lengua y del Seminario de Cultura Mexicana, entre otras corporaciones.

Debo agregar en esta brevísima reseña –que aquí presento como testimonio de respeto y admiración– que don Diego, buen cultivador de la amistad, generador de proyectos, animador de ideas que influyen en el pensamiento jurídico y político, ha hecho una aportación estupenda a la vida académica: estimuló y lo sigue haciendo, con visión y generosidad, los primeros pasos y el desenvolvimiento inicial de muchos jóvenes maestros, que más tarde serán formadores de nuevos académicos. Se le debe reconocer esta labor indispensable. En ella refleja la lección recibida, en el alba de su formación, de antiguos catedráticos que supieron alentar su propio desarrollo.

No hay duda de que entre esos maestros figuró su propio padre, José C. Valadés, eminente historiador. También quiero mencionar en esta brevísima semblanza a Patricia Galeana, historiadora de primer nivel, esposa de Diego. Ambos,

con méritos propios y desenvolvimiento autónomo, han contribuido al florecimiento de sus respectivas disciplinas.

Saludo, pues, la vida y la obra de don Diego Valadés, y auguro –parte, como soy, de la legión de sus colegas y amigos– muchos años más de feliz desempeño.

I.P ARTE GENERAL. LAS REPARACIONES: FUNDAMENTO Y FINES

Quien sufre el injusto quebranto de su derecho espera mucho más que declaraciones: necesita y exige reparaciones; aguarda el resarcimiento, la satisfacción, la devolución, hasta donde sea posible, de aquello que se le ha quitado sin derecho y sin razón. Otro tanto desea la sociedad, sabedora de que el agravio contra alguno de sus integrantes llega a ser, en fin de cuentas, agravio contra todos, y que en este sentido compromete la paz, la seguridad y la justicia del conjunto.

Y quien consuma el agravio o debe responder por él –que es el caso del Estado, en el orden internacional– enfrenta el reconocimiento de su responsabilidad, pero también otras obligaciones inherentes a ésta, que se traducen en acciones, compromisos, prestaciones, abarcados por el común denominador de *reparación*. Esta contrapartida, a cargo del autor o del responsable inmediato de la violación, también interesa al conjunto de los Estados, atentos a un régimen de derechos y obligaciones que los vincula con creciente fuerza y plenitud. Constituyen, además, la garantía colectiva del sistema tutelar.

Si no hay reparación no hay seguridad jurídica ni justicia. De ahí que el orden jurídico se haya esforzado, con resultados diversos, en garantizar la reparación pertinente, puntual y suficiente del derecho de las víctimas, y por este medio, del interés de la sociedad. Esta ardua batalla, librada en el plano interno, ha llegado desde hace tiempo al ámbito internacional. En éste avanza, sorteando circunstancias y venciendo obstáculos.

Me refiero ahora a las reparaciones que son consecuencia de la violación de un derecho o una libertad individuales reconocidos en la normativa que identificamos como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y particularmente –para los fines de este trabajo– en el sector interamericano de esa normativa. En éste, el ordenamiento crucial es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969 –precedida por la Declaración Americana, de 1948–, y el órgano tutelar jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en 1979, que en su plano jurisdiccional atiende al mismo designio que guía a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959.

Este es el tema de las siguientes páginas, asunto del que me he ocupado antes de ahora y que desarrollaré más ampliamente, con el sustento bibliográfico y documental respectivo, en un trabajo que tengo en proceso. Puedo asegurar –y en

esta dirección existen opiniones cada vez más informadas y abundantes— que la jurisprudencia interamericana de derechos humanos ha llevado adelante progresos notables en materia de reparaciones. Marcan el rumbo del porvenir —o acaso uno de sus caminos— y pueden servir como útiles incitaciones para otras experiencias nacionales e internacionales en este campo.

En el régimen de las reparaciones se observa, pues, una de las vertientes más apreciables de la tutela instituida bajo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Por supuesto, no desconozco la distancia que media —ahora y siempre— entre la proclamación de los derechos y la expresión de las buenas intenciones, por una parte, y el traslado efectivo de las palabras y los proyectos a la realidad estricta, frecuentemente indócil. Pero tampoco olvido el avance en esta materia, en poco tiempo, y la paulatina construcción de un derecho propio, característico, a propósito de las reparaciones. Conviene insistir en ambas cosas: lo mucho que falta y lo que ya se ha hecho. Sería injusto e impráctico silenciar o reducir una u otra.

1.Un precepto fecundo

El tema que ahora me ocupa —al que se ha destinado atención creciente, pero aún insuficiente, como observa el jurista norteamericano Thomas M. Antkowiak—, se aloja en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en otro párrafo, el número 2, incluye el régimen de las medidas provisionales conforme a una propuesta de la delegación de Costa Rica ante la Conferencia Interamericana que aprobó aquel tratado regional. Así, dos cuestiones de diversa naturaleza coinciden en un mismo precepto: el primer párrafo sanciona y el segundo previene.

Es interesante la genealogía del párrafo 1 en torno a reparaciones. La norma propuesta evolucionó en el curso de los trabajos preparatorios de la Conferencia de Costa Rica y en esta misma. La evolución permite advertir el sentido progresista —y la ambición legítima— del Sistema Interamericano por lo que hace al régimen que ahora examino. Esta genealogía contribuye, asimismo, a establecer la coincidencia inicial y la diferencia final entre las regulaciones europea y americana en torno a este asunto.

El proyecto de Convención elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, en el que tan señaladamente intervinieron García Bauer y Jiménez de Aréchaga, proyecto atento al modelo que suministraba el Convenio europeo de 1950, asumió el carácter subsidiario de las reparaciones dispuestas por la Corte creada en éste y ciñó el tema dentro del marco de las indemnizaciones, esto es, de las consecuencias patrimoniales de la violación. —el “conflicto”, se dijo— perpetrada (artículo 76). En el mismo sentido marchó el

proyecto de Convención del Gobierno de Uruguay, presentado en 1965 (artículo 77). Más explícito, con algunos cambios en la redacción del precepto, fue la propuesta suscrita por el Gobierno de Chile en ese mismo año, que avanzó un paso al disponer que la Corte determinase el “monto” de la indemnización debida (artículo 68).

El artículo 52.1 del proyecto sometido finalmente a la Conferencia de San José, en 1959, postuló la competencia de la Corte Interamericana –pieza característica de la propia Convención, como René Cassin aseguró en aquel foro– para disponer una indemnización a favor de la “parte lesionada” por la violación de un derecho o libertad. En este sentido había coincidido la posición, previamente enunciada, de la República Dominicana: indemnización para la “parte perjudicada”.

No bastaría con aquella expresión, ya acuñada en el Convenio Europeo de 1950. La Conferencia de San José iría más lejos, atenta a una sugerencia de la delegación de Guatemala, que presidía García Bauer, también presidente de la Comisión II que tuvo a su cargo los preceptos relativos a los medios de protección, en los que figuraba la normativa sobre reparaciones.

La sugerencia guatemalteca, que informaría el futuro artículo 63.1 incluía tres conceptos fundamentales para esta materia, a saber: a) reparación de las consecuencias de la decisión o medida que ha vulnerado los derechos o las libertades de la “parte lesionada”; b) garantía al “lesionado” en el goce de su derecho o libertad conculcados; y c) pago de una justa indemnización. La Comisión II acogió favorablemente este planteamiento. En el informe correspondiente, el relator aseguró que aquélla había aprobado “una nueva redacción más amplia y categórica que la del proyecto en defensa del lesionado”.

Hubo, sin embargo, alguna rectificación en la sesión plenaria que conoció la propuesta acogida por la Comisión II. En efecto, ésta señalaba que la Corte dispondría, una vez establecida la existencia de violación, que “se garantice al lesionado en el goce, *en la medida de lo posible* (énfasis agregado), de su derecho o libertad (...)”. La plenaria suprimió la expresión reductora y asumió el texto que hoy presenta el artículo 63. La amplitud del régimen de reparaciones –posibilidades, alcance, propósitos, modalidades– tiene su fuente, pues, en los trabajos de la Conferencia de 1969 y en el ánimo innovador de los participantes que no se atuvieron al precedente europeo, mucho más cauteloso.

2. La interpretación jurisdiccional: un amplio horizonte

La Corte Interamericana ha ejercido sus atribuciones de interpretación a partir de la fórmula del artículo 63.1, sugerente pero reducida. Es importante destacar en este punto, como en muchos otros, la similitud que existe entre el desempeño de los tribunales constitucionales –llamados a mantener la actualidad de los textos supremos en nuevos contextos: leer con ojos contemporáneos las palabras

del pasado— y el quehacer de los tribunales internacionales de derechos humanos, e incluso de otros órganos jurisdiccionales del orden mundial o regional.

Obviamente, el juzgador debe cuestionarse —y resolver, con pulcritud, oportunidad y cautela— acerca de las fronteras para el ejercicio de la interpretación. No es, como quiso Montesquieu en otra era y por otros motivos, la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. En las postrimerías del siglo XVIII se reprobó con énfasis la interpretación misma de los textos legales, como se mira en la obra del clásico Beccaria.

Ahora bien, el magistrado contemporáneo, que tiene en sus manos la misión de interpretar, tampoco puede dar rienda suelta a su imaginación y a sus proyectos personales, y mucho menos caer en el protagonismo. No debiera mover la frontera cotidianamente, sobre ámbitos ilusorios y con grave riesgo para la estabilidad y suficiencia del orden jurídico, que pudiera desalojar territorios esforzadamente conquistados. Si no se encuentra sujeto al control democrático que pesa sobre los representantes populares, lo está al imperio de la razón, que fija el rumbo, el camino y el ritmo del desempeño jurisdiccional. Estos son los linderos del activismo.

La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las reparaciones, consecuencia del ilícito internacional que trae consigo responsabilidad del Estado, ha sido progresiva y generosa en diversos sentidos. Esto se ha visto en breve tiempo y ha sido el fruto de sucesivas sentencias, que ensanchan el horizonte de la tutela internacional y, con ésta, el de los derechos y libertades individuales, proyectados sobre los sistemas nacionales merced al fenómeno de la recepción nacional de la jurisprudencia internacional, que los juristas argentinos han estudiado con especial detenimiento, al igual que el juez de la Corte Diego García-Sayán.

La jurisprudencia interamericana considera, como es debido, las circunstancias del medio al que se dirige: condiciones y desenvolvimiento de los países americanos, especialmente de aquellos, latinoamericanos en su gran mayoría, que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Esto contribuye a explicar algunos rasgos del sistema americano en contraste con el régimen europeo, por ejemplo.

En su desarrollo, la Corte ha tomado en cuenta, de manera decisiva, el principio *pro homine* o *pro persona*, regla de oro de la construcción jurídica y de la interpretación de normas en el campo de los derechos humanos, como se desprende con claridad de la propia Convención Americana. Igualmente, ha tenido el acierto de indagar bajo la superficie de las violaciones y acometer sus fuentes de diverso género: incluso legislativas o jurisdiccionales.

Esa jurisprudencia ha puesto el acento en las formas adecuadas de compensar a la víctima y amparar, por este medio, a la sociedad en su conjunto –como adelante veremos– habida cuenta de las características de las violaciones cometidas. De tal suerte, enfrenta los orígenes y las consecuencias de la infracción, y opera bajo dos conceptos o principios: idoneidad y congruencia, es decir, las reparaciones deben ser congruentes con la naturaleza y los efectos de las violaciones perpetradas, e idóneas para enfrentarlas y rechazarlas.

El rechazo mira hacia el caso *sub judice*, pero también se proyecta hacia cualesquiera conductas y situaciones similares. En este sentido se puede decir que la jurisprudencia pretende (por la naturaleza misma de la jurisdicción internacional) una suerte de eficacia, o repercusión, o influjo, *erga omnes*.

De aquí proviene, naturalmente, la rica diversidad de las reparaciones que hasta hoy ha dispuesto el tribunal interamericano. Conviene subrayar que este ejercicio constructivo no ha tropezado, en general, con la resistencia de los Estados. Por el contrario, prevalece una amplia admisión de las especies reparatorias dispuestas por la Corte en su trabajo de interpretación, aun cuando han surgido inquietudes, de mayor o menor intensidad, acerca de la cuantía de ciertas reparaciones económicas o la posibilidad de cumplimiento puntual de algunas medidas previstas en las sentencias del tribunal. Nada de ello alcanza a mellar la generalizada y pacífica admisión de la pertinencia del régimen de reparaciones planteado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En la historia de la jurisprudencia interamericana, el acento y la denominación del tema giraron significativamente, muy pronto. En efecto, el epígrafe de las viejas sentencias aludía a “Indemnización compensatoria”. En el caso *Aloeboetoe*, con sentencia del 10 de septiembre de 1993, se pasó a hablar de “reparaciones”(**). La indemnización es apenas una especie del género de las reparaciones. Así se ha transitado de la reparación pecuniaria a la reparación integral, sin abandono de aquélla, por supuesto. La segunda constituye hoy día –manifiesta la profesora Jo Pasqualucci– el dato característico de nuestra jurisprudencia regional y su más importante aporte a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(**) En lo sucesivo invocaré las sentencias de los casos sometidos a conocimiento de la Corte haciendo referencia únicamente al nombre de dichos casos, que citaré entre paréntesis y con letra cursiva. Quien desee conocer las decisiones y otros datos del litigio correspondiente puede recurrir a las compilaciones o selecciones de jurisprudencia y, sobre todo, a la página web del tribunal: www.corteidh.or.cr

Vale señalar la cercanía que guarda la orientación jurisdiccional que estoy describiendo con la línea adoptada por otros órganos o documentos de tutela internacional. El comentario general 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas superó limitaciones anteriores y extendió notablemente el ámbito de las reparaciones posibles, mucho más allá de la compensación pecuniaria. Otro tanto se desprende de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, de 1985 (párrs. 18 y 19), así como de los posteriores Principios y Lineamientos sobre el Derecho a Remedios y Reparaciones para las Víctimas de Graves Violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, bajo el concepto de “completa y efectiva reparación” (párr. 18).

Aquí es interesante destacar ciertas diferencias mayores entre los sistemas europeo y americano de reparaciones. En el europeo –primero regulado por el artículo 50 del Convenio de Roma, ahora por el 41– cobra gran relevancia el derecho interno: a éste se remite, en fin de cuentas, la atención de las reparaciones. La Corte Europea adopta decisiones reparatorias propias sólo cuando son insuficientes las provistas por el Estado:

El artículo 41 del Convenio, reformado, previene: “Si el tribunal (Europeo de Derechos Humanos) declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y *si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*” (énfasis agregado). En tal virtud, se acentúa el carácter subsidiario o mediato de la resolución del tribunal con respecto a las determinaciones provenientes de normas e instancias nacionales. Existe, pues, una subrayada confianza en estas últimas.

No sucede lo mismo en el sistema interamericano. Aquí se pone todo el acento en las medidas a cargo del tribunal internacional, que debe proveer, conforme al artículo 63.1 CADH, garantías de goce del derecho y la libertad conculcados, reparación de consecuencias de la medida o situación que los vulnera y decisiones sobre el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Así las cosas, la intervención reparadora de las normas e instancias internas se reduce notoriamente, a favor de la competencia internacional. La confianza no se deposita en aquéllas, sino en ésta, que no debe analizar –como se señaló en el señero caso *Velásquez Rodríguez*– si existe la posibilidad de disponer reparaciones suficientes bajo el régimen doméstico, sino resolver directamente acerca de las que resultan debidas al amparo del ordenamiento internacional.

Es posible –y ha ocurrido– que la Corte Interamericana remita ciertas determinaciones a la jurisdicción interna, cuando considera que ésta se halla mejor provista para adoptar resoluciones adecuadas a los temas *sub judice*. Sin

embargo, el tribunal internacional siempre fija la naturaleza de la reparación y sus bases generales, y sólo remite al orden interno cuestiones aplicativas, de detalle, aunque ciertamente importantes (*Comunidad Mayagna Awas Tingni*, *Ivcher Bronstein*, *Baena Ricardo*, *Cesti Hurtado*, *Cinco Pensionistas*, *Trabajadores Cesados del Congreso*, etcétera). Existe un problema práctico: el reflujo de contenciones hacia la Corte Interamericana, por rechazo o resistencia frente a las instancias nacionales y sus decisiones. El avance de la cultura jurídica y el desarrollo normativo e institucional interno contribuirán a aliviar este problema.

Obviamente, si la normativa y las instancias domésticas conceden reparaciones mayores de las que provee la jurisdicción internacional, deberá prevalecer lo que favorezca a la víctima. Viene al caso el principio acogido en las reglas de interpretación de la Convención Americana: los derechos que ésta enuncia no privan a los individuos de mejores derechos o más amplias libertades conforme a otros ordenamientos, nacionales o internacionales (artículo 29).

La jurisprudencia sobre reparaciones de la Corte Interamericana ha tenido un fuerte impacto, al que adelante me referiré de nuevo, sobre la legislación y la jurisprudencia nacionales. Esta influencia ha sido creciente y parece marcar el camino del porvenir. La recepción de los criterios fijados por el tribunal internacional, silenciosa o no, dista de ser completa y perfecta: empero, avanza. Tal cosa obedece al vigor y la constancia de los actores del frente externo de tutela de los derechos, en el que figura la propia Corte Interamericana, pero también, por supuesto, a los militantes del frente interno: sectores del pueblo y del Estado —que no es monolítico— con orientación democrática y compromiso con los derechos fundamentales.

No omitiré subrayar que nos encontramos ante una jurisprudencia en formación —aquí como en otros temas de la jurisdicción interamericana—, en la que seguramente hay aciertos, errores, omisiones e imprecisiones, naturales, todos ellos, en un gran proceso de construcción jurídica que trabaja sobre un medio movedido y heterogéneo. Se ha hecho “camino al andar”. Mucho más traerá el futuro.

3. Naturaleza y fines

Dos palabras sobre la naturaleza y los fines de la reparación. Esta es la respuesta del orden jurídico a la conducta ilícita; sanción por la falta cometida; efecto de cierto supuesto normativo; en suma, negación de la negación del Derecho; afirmación de la juridicidad para atender los fines que en seguida mencionaré, con diverso acento jurídico, político, ético y material.

Se quiere, a través de la reparación, restablecer el orden jurídico violentado, o bien, restaurar —si se permite la expresión— el Derecho objetivo que recibió el ataque de la contravención. Se pretende, por ese medio, afirmar la seguridad, la paz y la justicia en las relaciones sociales; permitir el flujo natural y sereno del

trato entre los individuos y de éstos con el poder público; acreditar que *justicia pacis fundamentum*. He aquí una proyección social del Estado de Derecho. Y se procura rescatar el derecho de la persona, víctima de una violación, y resarcirle o darle satisfacción por la lesión causada: perspectiva del derecho subjetivo. Todos estos fines quedan captados en el plano internacional, como en el nacional frente a supuestos del mismo carácter material.

Es así que se brinda protección al Derecho objetivo mediante la tutela ofrecida al derecho subjetivo. La lucha por el derecho de uno –para evocar a Ihering– constituye la batalla por el derecho de todos. Se consolidan los derechos de éstos a través del derecho del individuo; las libertades del conjunto se afirman con la libertad de cada sujeto. De tal suerte, nadie podría ser extraño o permanecer indiferente en la causa de los derechos humanos.

Tan extenso designio de las reparaciones queda de manifiesto bajo el régimen adoptado en el instrumento interamericano, a cuyo análisis dedico estas páginas. No sucede lo mismo, al menos explícitamente, en el sistema europeo, donde destaca el tercer objetivo: resarcimiento o correspondencia patrimonial por el daño causado a la víctima, aun cuando esto concurre implícitamente, por supuesto, a las dos finalidades mencionadas en primer término, en tanto la indemnización directa a la víctima contribuye, por su propia vía, al restablecimiento del orden objetivo y a la regularidad de las relaciones jurídicas.

4. Deber de reparar en función del hecho y del autor

La evolutiva jurisprudencia de la Corte Interamericana, aplicada a la identificación de hechos violatorios de la Convención y al examen de la atribución de aquéllos –conducta de individuos– al Estado, ha promovido la ampliación de las bases o presupuestos y del alcance de la reparación.

La obligación de reparar surge de la ilicitud del hecho, que no entraña necesariamente malicia o culpa del Estado –que no podría actuar bajo estos conceptos, como un ser humano de carne y hueso– y ni siquiera de los autores directos e inmediatos de la infracción. Evidentemente, el entendimiento progresivo acerca de la materia y la frontera de derechos y libertades, en constante expansión, incide en el régimen de reparaciones: ensancha su fuente y crece sus posibilidades.

Esa obligación que corre a cargo del Estado –sujeto responsable en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– se actualiza por la conducta, activa u omisiva, de un individuo u órgano cuyo comportamiento es atribuible a aquél, tema bien analizado por el tratadista Asdrúbal Aguiar, antiguo juez de la Corte Interamericana. Hay importante jurisprudencia del tribunal interamericano sobre estos supuestos; al ampliar el catálogo de sujetos, extiende la posibilidad de reparación.

Lo anterior queda de manifiesto cuando se observa el desenvolvimiento de la jurisprudencia. Ésta examina el papel de cada quien en el escenario de las violaciones, así como la consiguiente generación de responsabilidades estatales, de agentes formales del Estado que actúan en contravención de las normas; luego, la tolerancia o disimulo, cuando no connivencia de los depositarios del poder público; asimismo, la omisión del Estado en la obligación de combatir la conducta ilícita, según la función de garante que le compete; además, el retraimiento en la encomienda natural de vigilar y corregir el rumbo de las relaciones entre particulares. Es claro que el abarcamiento de estas categorías de sujetos y de conductas atribuibles al Estado y generadoras, por lo tanto, de responsabilidad internacional de éste, concurre a ampliar con absoluta naturalidad y pertinencia el ámbito real de las reparaciones.

En el examen de los sujetos que comparecen en el espacio de las reparaciones es indispensable estudiar a quien se halla en la posición opuesta al Estado, individuo contra el que se dirige la actividad infractora o al que afecta la omisión lesiva; titular del derecho o la libertad conculcados o colocados en grave peligro; en fin, la víctima de la violación, al que la Convención Americana denomina “parte lesionada” (artículo 63.1) expresión insólita, por cierto, en el conjunto de este instrumento, que, por lo demás, no utiliza la expresión “víctima”. En cambio, el inciso 30 del artículo 2 (sobre “Definiciones”) del Reglamento de la Corte (2000, reformado en 2003) señala que la expresión ‘presunta víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención”; y el inciso 31 indica que “el término ‘víctima’ significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con la sentencia proferida por a Corte”.

La identificación de quien es víctima, en sentido estricto, permite establecer la titularidad del derecho a la reparación, a partir de la titularidad del derecho –o del bien jurídico– afectado por los hechos violatorios. En este sentido, la Corte Interamericana ha destacado que el derecho a reparación corresponde precisamente a la víctima; que sólo existe, propiamente, una categoría de víctima: “directa”; y que los beneficios para otras personas que pudieran derivar de una sentencia no se producen bajo el título de reparación, sino bajo el concepto de transmisión –regularmente por vía sucesoria– de derechos de quienes son víctimas a quienes resultan derechohabientes de éstas.

5.Regulación de derecho internacional

Ciertamente los órdenes jurídicos nacionales contienen un sistema propio de consecuencias de la conducta ilícita, cuya eficaz operación pudiera excluir la aplicabilidad de la jurisdicción internacional. Ahora bien, el régimen que ahora interesa, con el que se enfrenta la responsabilidad internacional del Estado,

corresponde totalmente –y exclusivamente– al Derecho internacional. Lo ha sostenido la Corte: “la obligación contenida en el artículo 63.1 es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos”.

Existe una doble y sucesiva fuente de las reparaciones en este campo: primero, la propia convención internacional, que es el marco genérico de los presupuestos y las consecuencias jurídicas; luego, la sentencia del tribunal internacional –o supranacional–, que es la concreción de esos presupuestos violatorios y de sus consecuencias reparatorias. La sentencia, por lo demás, también forma parte del Derecho internacional de los derechos humanos, tanto a título de norma jurídica individualizada, como en su función interpretadora de las normas convencionales: la eficacia de la decisión adoptada en un caso individual trasciende, de esta suerte, hacia cualesquiera asuntos de la misma naturaleza que pudieran plantearse en los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Si no fuera así, la interpretación de la Corte sólo llegaría a la controversia específica que ha sido materia de la sentencia y se agotaría *inter partes*. Entonces resultaría prácticamente imposible arribar a un panorama unificado o al menos armónico sobre los derechos y libertades que deben regir en los países del área, a partir del Derecho interamericano de los derechos humanos.

El orden internacional reconoce o estatuye los derechos y libertades que vienen al caso para fines de reparación; impone el deber de respetarlos y garantizar su ejercicio (artículo 1.1 CADH), regula la responsabilidad internacional del Estado, dispone las consecuencias de la violación (artículos 63 y 1.1 y 2 CADH) y rechaza los obstáculos de orden interno que pudieran oponerse al cumplimiento del compromiso internacional contraído por el Estado, como supone el Derecho internacional de los tratados.

6. Características y complicaciones

Para que la reparación sea adecuada –no ilusoria, insuficiente, parcial, ineficaz– y cumpla, por ende, los objetivos jurídicos, sociales e individuales a los que sirve, es preciso que satisfaga determinadas condiciones. En primer término, debe ser justa: reacción legítima frente a la conducta ilegítima. El artículo 63.1 habla de “justa indemnización”, exigencia que constantemente aparece en el proceso de formación del precepto, al que antes me referí. Y esta “justicia” en la indemnización puede aplicarse –y se debe aplicar, con sus propios caracteres– a todas las expresiones de la reparación, no apenas a aquella especie.

Además, la reparación debe ser oportuna: cercana al momento de la violación; pronta, como ha de serlo la imposición de pena por el delito cometido, que dijo Beccaria en la fórmula penal culminante de su famoso tratado. Se conoce el

aforismo: justicia retardada es justicia denegada. La reforma en la normativa procesal de la jurisdicción interamericana y la modificación de las prácticas judiciales de la Corte —cuyas ventajas han sido ampliamente reconocidas— sirve al fin de la oportunidad. Ciertamente importa que se delibere y resuelva bien, con acierto y justicia; pero también interesa que se delibere y resuelva pronto, para evitar que la demora empañe o distraiga la justicia.

Finalmente, la reparación debe responder a otras dos exigencias: racionalidad y suficiencia. Esto se proyecta sobre la entidad y la cuantía, expresiones que utilizo en sentido amplio. En otros términos, debe existir congruencia entre la violación cometida y la reparación ordenada. Este designio ha permitido el notable desarrollo de la jurisprudencia en materia de reparaciones y determinado el carácter integral y progresista de la jurisdicción interamericana, que rápidamente trascendió las puras indemnizaciones y exploró otras posibilidades y proyecciones de la reparación en el campo de los derechos humanos, absolutamente necesarias y cada vez más requeridas.

Por supuesto, ha habido, hay y habrá complicaciones en este ámbito: obstáculos y problemas que surgieron en el principio y persisten en el camino. Ante todo, ha sido preciso superar —sólo en alguna medida— la resistencia política, frecuentemente arropada con argumentación jurídica acerca de la soberanía y la jurisdicción doméstica. La marcha hacia una nueva cultura de los derechos humanos impulsa la voluntad política; ésta se alimenta con indispensables novedades democráticas. La sociedad indisoluble entre ambos extremos, que derivan de una sola idea y apuntan en una misma dirección, ha sido constantemente mencionada en el discurso americano de los derechos humanos: así, por ejemplo, en la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos.

Otros problemas conciernen a la complejidad de los procedimientos, la demora en el despacho —complejidad y demora que surgen a lo largo del extenso recorrido, nacional e internacional, que culmina en la reparación—, los costos elevados, las arduas cuestiones probatorias, que se ha procurado allanar, simplificar, con cargas, transferencia de cargas y presunciones, pero también con la reforma verdadera en las prácticas —no solamente en las disposiciones— de la Corte Interamericana enfrentada a un creciente número de casos que demanda reorientar usos y métodos.

Cabe preguntar: las obligaciones de reparar, ¿son de medios o de resultados? El problema se ha examinado ante el deber de justicia (justicia penal, generalmente), que abarca investigación, procesamiento, sanción, ejecución; pero cabe analizarla frente a otras expresiones de la reparación. Hay que distinguir entre los obstáculos de derecho, que pueden y deben ser reducidos con voluntad política y jurídica, y los obstáculos de hecho, franqueables o infranqueables.

Aquí se inquiere sobre la pertinencia de tomar en cuenta las condiciones del Estado obligado, o mejor todavía, de la sociedad –y sus intereses y requerimientos– sobre la que aquél ejerce su jurisdicción y cumple deberes naturales de promoción y desarrollo. Lo que se destine a reparar agravios individuales puede afectar la atención de otras necesidades legítimas y generar, indirectamente, nuevos agravios. El costo de la indemnización puede representar costos para otras personas, absolutamente ajenas a la violación cometida. Sin embargo, nunca se ha condicionado la reparación a la bonanza, aunque alguna vez se ha examinado las circunstancias del medio para acordar las reparaciones posibles, como dispuso la Corte en el caso *Aloeboetoe*, en el que la Secretaría del tribunal llevó adelante una observación *in situ*, modalidad de intermediación relativa.

7.Procedimiento

Las decisiones de la Corte Interamericana se proyectan en tres sentidos, por lo que toca al enjuiciamiento principal, y se vinculan, a su turno, con la naturaleza de las pretensiones esgrimidas. Ante todo, puede haber –y suele haber– decisión acerca de las llamadas “excepciones preliminares”, que son excepciones procesales, no defensas de fondo. Si se supera esta línea de defensa del Estado sobrevienen las decisiones que interesan mayormente: sobre las violaciones cometidas, esto es, acerca del fondo de la controversia, y en torno a las reparaciones consecuentes. Así, se cuenta con una triple determinación: admisoria del conocimiento, declaratoria de violaciones y condenatoria a reparaciones, en su caso.

Históricamente, el procedimiento cursó tres etapas claramente deslindadas, cada una con su propia materia, su audiencia, su sentencia. Hoy día, merced a reformas reglamentarias benéficas, atentas a la economía y diligencia en el proceso, es posible y frecuente que esas etapas se concentren en un solo tiempo y las determinaciones respectivas figuren en una sola sentencia, que de tal suerte sirve al amplio propósito de la admisión, la declaración y la condena: sentencia de múltiple naturaleza. Añádase la eventual sentencia de interpretación, que no culmina un recurso, y considérese –aunque nunca se haya actualizado– una posible revisión de la sentencia por parte del mismo tribunal que la dicta.

En este trayecto la víctima ha jugado diversas funciones, que paulatinamente incrementan su legitimación procesal. Inicialmente, figuró “diluida” o “integrada” en la delegación de la Comisión ante la Corte. Conforme al reglamento de 1996, pudo formular planteamientos propios en la etapa de reparaciones. Según el reglamento vigente, de 2000, reformado en 2003, puede comparecer y actuar, con legitimación considerable y autonomía procesal, a lo largo del procedimiento: no *ad later* de la Comisión, coadyuvante de ésta, supeditada a sus planteamientos, pero tampoco se halla en sus manos el ejercicio de la acción, porque la Convención no lo permite. En el futuro –considero que el porvenir distante– pu-

diera encontrarse la actuación directa de la víctima ante la Corte, a la manera europea, cuestión que debiera plantearse bajo una doble luz: conceptual, una, y práctica, otra. Cada una puede conducir, por ahora, a destinos diferentes.

Una estadística reciente, que recoge poco más de cien sentencias del tribunal interamericano, permite observar que en 24 casos hubo sentencia separada sobre reparaciones y costas –que también son reparaciones, por supuesto–; en 70, las sentencias abarcaron fondo, reparaciones y costas (en 20 de ellas, también excepciones preliminares. Desde luego, no siempre esgrime el Estado defensas de esta naturaleza). En 17 casos se promovió y realizó interpretación de sentencias de fondo, reparaciones y costas.

8. Autocomposición

Por fortuna, la autocomposición –medio de solución de litigios alternativo del proceso, que describe magistralmente Niceto Alcalá-Zamora– ha cobrado creciente presencia en el enjuiciamiento interamericano, que la propicia ante la Comisión y la permite ante la Corte. Recientemente ha crecido el número de casos en que el Estado reconoce su responsabilidad internacional. Procede observar –como lo he hecho en votos particulares y últimamente lo ha recogido la Corte misma– que el reconocimiento implica dos actos de diverso carácter, con valor material y procesal: confesión y allanamiento. Pero esta decisión del Estado –o de la Comisión Interamericana, por lo que hace a la hipótesis de allanamiento– no vincula a la Corte ni determina, por sí misma, el final del proceso y el sentido de la sentencia.

El tribunal retiene la facultad de disponer que continúe el proceso y la potestad de ventilar públicamente los hechos confesados y las pretensiones admitidas: rasgo característico del enjuiciamiento sobre derechos humanos, que no se subordina a verdades formales ni oculta los acontecimientos. Prevalece, pues, el interés en que se conozca y difunda la verdad histórica. En suma, la jurisdicción sirve al propósito de proteger los derechos humanos, favorecer su imperio y eficacia, tanto en el caso justiciable como en el panorama general. Tal es la responsabilidad de la Corte, expresamente regulada.

La autocomposición tiene espacio tanto en lo que respecta al fondo de la controversia –las violaciones cometidas– como en lo que atañe a las reparaciones debidas. Ciertamente se requiere que sea disponible la materia sujeta a composición: el orden público no es disponible para las partes. No resulta eficaz, por ejemplo, el perdón de la víctima cuando se plantean delitos sustraídos al régimen de querrela del agraviado (*Garrido y Baigorria*); mucho menos operará la composición para mantener leyes violatorias o evitar o condicionar la adopción de medidas conducentes al respeto y la garantía de los derechos, conforme a los artículos 1.1 y 2 CADH.

Es relevante, asimismo, la capacidad de convenir eficazmente: ésta existe, por lo que toca a cuestiones disponibles, entre las partes materiales; no así entre las partes formales sin el concurso de aquéllas. Sería inadmisibles, por ejemplo, que la Comisión Interamericana, parte formal –sin necesidad de que lo diga el Reglamento de la Corte–, conviniese con el Estado reparaciones indemnizatorias sin la aquiescencia de la víctima.

En fin de cuentas, las composiciones miran en diversa dirección y deben favorecer distintos intereses: del individuo, puesto que se trata –en alguna medida, pero no totalmente– de *sus* derechos; de la sociedad, a la que también concierne la vigencia del orden completo de los derechos humanos; y del sistema internacional, que ha instituido los mecanismos de protección y establecido la correspondiente garantía colectiva. Visto el tema desde otra perspectiva, digamos que las composiciones atienden al equilibrio entre las partes, aun cuando siempre prevalece el derecho humano; a la seguridad jurídica, que no existiría sin formal reconocimiento de la violación cometida, condena y ejecución; y a la economía procesal.

La Corte se ha referido con aprecio al avance en el reconocimiento de la responsabilidad estatal, que contribuye por sí misma a la satisfacción de la víctima y tiene, por ende, eficacia preventiva de violaciones futuras y reparatoria de violaciones cometidas (*Mack Chang* y *Ximenes López*). No se debe temer que estos reconocimientos, atentos a la razón ética o política del Estado, distraigan sobre la realidad de las violaciones: la Corte dispone, invariablemente, que los hechos lleguen a la consideración del tribunal internacional –que se instala frente a otro tribunal necesario: la opinión pública– y consten en la sentencia.

II.P ARTE ESPECIAL. LAS REPARACIONES: CATEGORÍAS Y ESPECIES

Los artículos de Naciones Unidas sobre Responsabilidad Internacional del Estado entienden que el perjuicio causado por el hecho ilícito se puede atender con medidas de tres categorías, a saber: restitución (artículo 35); indemnización del daño material y moral (artículo 36), y satisfacción (artículo 37). Me propongo mencionar en seguida las categorías y especies de reparación que se desprenden del texto estricto del artículo 63.1 CADH y de la interpretación de la Corte Interamericana, en la inteligencia de que prevalecen las reglas de reparación especiales (CADH) sobre las universales (Artículos de Naciones Unidas), como lo reconoce el propio documento mundial de esta materia, de que existen imprecisiones y fronteras ambiguas entre dichas categorías y especies, y de que el régimen íntegro de las reparaciones debe ser analizado bajo el artículo 63.1 y los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

1. *Restitutio*. Proyecto de vida

Una jurisprudencia clásica afirma que la reparación deseable consiste en la *restitutio in integrum*, es decir, la reposición de las cosas al estado en que se encontraban antes de que ocurriera la violación. Esto es deseable, por cierto, pero siempre impracticable; lo he afirmado en diversas ocasiones: sería como echar atrás las manecillas de reloj, retroceder el tiempo, anular todos los efectos del comportamiento ilícito. Más que reparación, sería milagro.

La propia Corte Interamericana, que constantemente cita esa jurisprudencia y proclama las excelencias de la *restitutio*, manifiesta invariablemente que ésta es impracticable “en el presente caso” –en rigor, en todos los casos– y que procede, por lo tanto, buscar alternativas plausibles. Ha utilizado, al efecto, una figura ilustrativa: el acto perpetrado se asemeja a una piedra arrojada contra el agua de un lago; a partir del punto de contacto entre la piedra y el agua se producen círculos concéntricos –consecuencias inconmensurables– que no sería posible abarcar y suprimir enteramente (*Aloeboetoe*).

Sin embargo, la idea de la *restitutio* es aprovechable como referencia sugerente. En esta virtud, conviene procurar la mayor aproximación factible a la *restitutio*; pretender, por todos los medios de los que puede valerse el tribunal, cancelar los efectos de la violación, remontar esos círculos concéntricos y devolver las cosas –los derechos: su goce y disfrute– al estado que guardaban antes de que se cometiera el ilícito.

La reparación del daño al proyecto de vida linda con la *restitutio*, más aún que otras medidas reparatorias. En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte innovó en el ámbito de las reparaciones. En esa ocasión analizó el daño al proyecto de vida, noción que constituye –ha escrito Laurence Burgorgue-Larsen– “uno de los elementos más originales de la jurisprudencia interamericana que acredita una creatividad jurídica sin igual”.

La afectación al proyecto de vida desborda las versiones socorridas sobre el daño material e inmaterial. Pone en juego otras ideas, bajo las que se analizan las frustraciones que la violación impone al proyecto vital del individuo, legítimo y razonable. En el acervo de aquéllas se hallan la realización integral del sujeto, el despliegue previsible de sus potencialidades, las expectativas razonables conforme a su capacidad y a sus circunstancias, la tutela de la libertad. También cuenta aquí el reproche a un Estado que debió garantizar, en la mayor medida posible, los derechos y libertades del ser humano y que defraudó, traicionó, su misión natural y la esperanza puesta por el individuo en la tutela pública.

No ha prosperado, hasta hoy, la compensación pecuniaria del daño al proyecto de vida por medio de una indemnización contante y sonante. La Corte ha

echado mano de otras formas de reparación a título de medidas destinadas a restablecer el curso de la vida, recuperar en cierta proporción el terreno perdido, reanimar la esperanza: así, las becas para facilitar estudios (*Cantoral Benavides y Gómez Paquiyauri*) y la reposición en el trabajo y actualización profesional (*De la Cruz Flores*) son medios para colocar al sujeto, nuevamente, en el curso natural de su existencia, conforme a su propio “proyecto de vida”.

La reintegración de la víctima a empleos, cargos, funciones y prestaciones enlaza con el proyecto de vida y se aproxima –o lo procura– a la *restitutio*. La necesidad de esa reposición se vincula a menudo con omisiones en el debido proceso o violación de otros derechos que trajo consigo victimación por despido irregular o injustificado. De ahí las disposiciones acogidas en las sentencias de condena: reincorporación en el trabajo y jubilaciones (*Loayza Tamayo*), reincorporación y capacitación (*De la Cruz Flores*, ya citado), reinstalación de funcionarios (*Tribunal Constitucional*), reposición en el empleo o alternativas laborales (*Baena Ricardo*).

2. Garantía actual y futura

El artículo 63.1 CADH señala que el tribunal dispondrá que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”. Estos designios, a los que concurren nuevamente o en los que coinciden el artículo 63.1 y las exigencias de los artículos 1.1 y 2, bajo el concepto de medidas de respeto y garantía, o bien, rectificación, reencauzamiento, congruencia entre los derechos que acoge la Convención y la práctica reticente, constituyen el replanteamiento de las cosas a fin de que se provea una garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones. He aquí una lectura admisible de las estipulaciones y los propósitos a los que ellas sirven.

Esto coloca a la Corte entre el pasado que se reprueba y el futuro que se desea. Contra la ilicitud del pretérito se construye la licitud del porvenir. Se trata de una garantía para el individuo –cuya lesión abrió la puerta para que actuara el procedimiento tutelar interamericano–, pero también, directa o indirectamente, de una garantía para la sociedad en su conjunto. Difícilmente se podría detener en el sujeto lesionado, observando la débil frontera que existe entre la protección del individuo y la protección de la sociedad, que se reclaman mutuamente.

Existe aquí cierta similitud con los desiderata penales de la prevención general y la prevención especial. La sanción pretende operar sobre el agente del crimen, corregir los factores causales del comportamiento delictuoso, castigarle o reorientar su conducta, pero también disuadir a sus conciudadanos de la comisión de delitos, evitar nuevos crímenes, advertir e intimidar. Hay disuasión individual y disuasión colectiva, o al menos eso se pretende.

A ello atiende la garantía que la Corte proclama cuando invoca el artículo 2 CADH y sostiene que conforme a ese precepto “el Estado debe adoptar (una serie de medidas) con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso” (*Trujillo Oroza*). Si la víctima ha perdido la vida en el lance ilícito, es obvio que la jurisdicción no pretende evitar que la pierda de nuevo, sino que esto ocurra en los casos, infinitos, de otras personas. Bajo este propósito, la medida de reparación individual con respecto a un hecho del pasado se convierte en garantía social con respecto a los posibles hechos del futuro.

Un ejemplo claro de la situación que ahora comento se halla en las medidas adoptadas por la Corte, en concepto de reparaciones, con respecto a graves perturbaciones del orden público, o infracciones generalizadas y generalizables en el desempeño de la autoridad, o violaciones acotadas que pudieran inscribirse –y con frecuencia se inscriben– en una práctica más amplia, verdadero patrón de comportamiento.

Es así que se dispone la capacitación de funcionarios para asegurar su buen desempeño futuro en el control de motines, la regulación de prisiones, el trato a detenidos, el manejo de menores de edad privados de libertad, etcétera. La pretensión es que, a partir de la enseñanza que deriva de un caso deplorable, exista una variación en la gestión de las instituciones públicas –esto es, en la selección, preparación, desempeño y supervisión de los funcionarios– que permita enfrentar problemas individuales o colectivos de manera racional, proporcionada y con respeto a la integridad y a la vida (*Retén de Catia, Caracazo, Instituto de Reeducción, Tibi, Castro Castro*, etcétera).

En el ámbito de la prevención –garantía para el futuro, que corresponde a otras personas, no apenas a la víctima del hecho pasado– se halla igualmente, con su propio carácter, el denominado derecho a la verdad. No ha sido caracterizado, hasta hoy, como un derecho autónomo ni está clara su titularidad colectiva (social), a pesar de las declaraciones al respecto, que no podrían pasar por alto el acotamiento contenido en el artículo 1.2 CADH: persona –titular de derechos, víctima, sujeto inmediato de reparaciones– es el ser humano, no el grupo, no la sociedad, no la nación. Por supuesto, el acotamiento que la Convención dispone no ha impedido que la Corte observe, tras la persona individual, la realidad colectiva (como lo ha hecho en diversos casos concernientes, sobre todo, a comunidades indígenas), y que disponga, en consecuencia, enérgicas protecciones en el doble ámbito individual y comunitario.

La jurisprudencia del tribunal interamericano es constante al señalar que “las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado (...). La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a (los) crímenes (cometidos) con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro” (*Bámaca*). Este derecho aparece subsumido

—considera la Corte— en el derecho de la víctima a obtener el esclarecimiento de las violaciones y la sanción de sus autores (*Servellón García*). Se establecerá la verdad a través de la investigación de las violaciones cometidas.

3. Indemnización. Costas y gastos

El artículo 63.1 se refiere al “pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Este señalamiento figuró constantemente en los proyectos que arribaron a la Convención de 1969. Se trata de la medida más claramente identificable con una reparación, porque es tangible, mensurable, evidente, inmediata. Responde a los daños causados por el ilícito: material e inmaterial, y obliga a identificar a la víctima en cada caso, de manera clara, nominal, indiscutible. Debe ser justa, como dice el precepto, en la inteligencia de que la referencia a justicia reclama “compensar la pérdida sufrida” (*Velásquez Rodríguez*), y no incluye, hasta hoy, la idea de “daños punitivos”.

Conforme a los criterios prevalecientes en la jurisprudencia de la Corte, la víctima es el titular del bien lesionado o puesto en peligro, no un tercero —aunque sea acreedor a determinadas prestaciones patrimoniales, por motivos alimentarios o sucesorios—; de que corresponde a la demanda —y por lo tanto a su autora: la Comisión Interamericana— establecer quién pudiera ser víctima (tema que corresponde a los hechos que plantea la demanda) en el caso planteado; y de que sólo existe un concepto de víctima, no un haz de categorías (directa, indirecta, potencial), que pueden ser manejadas, sin embargo, para describir las diferentes formas y tiempos de comparecencia en la escena de las violaciones.

La indemnización por daño material mira hacia atrás y hacia adelante: gastos efectuados: daño emergente, y pérdida de ingresos: lucro cesante. La Corte ha elaborado ampliamente estos conceptos, procurando establecer su significado bajo el Derecho internacional de los derechos humanos, que no reproduzca a la letra, necesariamente, el entendimiento de aquéllos conforme al Derecho civil interno. El daño material —quebranto patrimonial— puede abarcar gastos futuros o atenciones en el porvenir. Debe ser probado, pero con frecuencia se aprecia en términos de equidad, habida cuenta de los problemas que suscita la prueba en la mayoría de los casos sujetos al conocimiento de la Corte.

El daño inmaterial corresponde al sufrimiento o padecimiento experimentados por la víctima, más bien que al descrédito, que también figura en este marco. Abarca, según la Corte, el menoscabo de valores muy significativos, otras perturbaciones no susceptibles de medición pecuniaria, alteración de las condiciones de existencia (*Servellón*). Menos asible que el daño material, el inmaterial se aprecia en equidad, que puede verse informada con presunciones naturales o humanas.

La jurisdicción interamericana se ha ocupado en construir un sistema de protección de la indemnización, esto es, de tutela adicional de los derechos de la víctima, siempre expuestos a erosión o menoscabo. De esta suerte se evita –o se procura evitar– que la indemnización resulte, a la postre, ilusoria. Hay medidas en relación con la integridad del bien de fortuna: moneda, intereses moratorios, exclusión de mermas fiscales, y con la debilidad o incompetencia de los beneficiarios: seguridad física de sujetos asediados y vulnerables, y protección de menores de edad a través de ciertas reglas de inversión que mantengan el valor y preserven el uso futuro de las indemnizaciones acordadas. También existen previsiones sobre la distribución de aquéllas atenta al nexo existente entre la víctima y sus derechohabientes, que no se sujeta necesariamente a la disposición del derecho interno, sino al criterio del tribunal en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos que concurre a establecer y debe aplicar.

Es deseable –y así lo hemos expresado– que los Estados establezcan sistemas internos de indemnización, que permitan la eficaz atención de sus deberes con motivo de la violación de derechos fundamentales. Estos sistemas debieran ser coherentes con los criterios o estándares internacionales, para evitar discrepancias y conflictos que a nadie benefician. Algunos Estados han desplegado programas en este sentido.

Suele plantearse la inconformidad de los Estados y de las víctimas y sus representantes acerca de la cuantía de las reparaciones indemnizatorias dispuestas por la Corte, que en concepto de ésta no deben significar empobrecimiento ni enriquecimiento de la víctima. Para algunos Estados, los montos son muy altos, tomando en cuenta la modestia de los recursos públicos disponibles; para algunas víctimas y sus representantes, son muy reducidos, considerando la gravedad de las violaciones perpetradas.

Del examen realizado por la Corte con respecto a esos señalamientos –respetables y bienvenidos, que mueven a examinar constantemente los criterios judiciales– se desprende que las indemnizaciones suelen ser, más bien, moderadas. Para el examen de esta materia hay que tener a la vista, obviamente, las características de la transgresión y el número de víctimas, que puede ser elevado.

En el análisis de 90 casos, hasta diciembre de 2007, se observó que en 81 hubo condena a indemnización; en 9, remisión al fuero interno; y en 6, homologación por la Corte del acuerdo adoptado por las partes. En 58 casos, en que figuraron –en total– 1,122 víctimas, el monto global de las indemnizaciones por daño material alcanzó la suma de \$21,035,167.27 dólares americanos. En 79 casos en que aparecieron –también en total– 4,269 víctimas, la suma conjunta de las indemnizaciones por daño inmaterial fue de \$62,668,505.50 dólares americanos. El monto global más elevado corresponde al caso *Masacre Plan de Sánchez*, en el

que hubo 317 víctimas. La suma total fue de \$7,950,000.00 dólares americanos. El monto global más elevado corresponde al caso *Masacre Plan de Sánchez*, en el que hubo 317 víctimas: \$7,950,000.00 dólares americanos, en total.

Se ha planteado el resarcimiento por daño al patrimonio familiar, concepto que figura en un reducido número de casos. Así se quiere comprender daños y gastos proyectados hacia el conjunto de una familia, afectada por las vicisitudes del exilio, los traslados de residencia, la inestabilidad laboral y otros avatares generados por la violación a los derechos de alguno o algunos de sus integrantes. Es posible que este concepto, de signo colectivo, gane terreno en el futuro.

Sólo en teoría es gratuito el acceso a la justicia. En la realidad supone erogaciones apreciables, que no se hallan al alcance de todos los demandantes potenciales. Los gastos y las costas forman parte del daño material que proviene de la violación cometida, pero en la normativa interamericana reciben tratamiento separado. La jurisprudencia interamericana atiende a este concepto, no en lo que toca a los gastos realizados por la Comisión, expresamente excluidos de las reparaciones provistas por la sentencia, sino en lo que concierne a otros desembolsos practicados a lo largo del procedimiento: tanto en la fase interna, ante autoridades domésticas, como en la internacional, lo mismo frente a la Comisión que ante la Corte.

El tribunal interamericano ha establecido ciertas precisiones con respecto a los gastos reembolsables. Es preciso tomar en cuenta la naturaleza de la jurisdicción de los derechos humanos, que posee rasgos propios y diferentes de los que distinguen a otras jurisdicciones, particularmente las que se concentran en cuestiones económicas. La moderación preside esa materia, como se advierte a la hora de establecer los honorarios de los asistentes jurídicos de las víctimas. Por supuesto, se trata de una cuestión debatible y debatida.

En otra época era costumbre que la Corte asignase compensaciones directas a esos asistentes. En los últimos años ha prevalecido un criterio diferente, más respetuoso de la voluntad de las víctimas a las que se brinda asistencia: las sumas correspondientes a honorarios se entregan a éstas, para que sean ellas, precisamente, sin dirección o injerencia del tribunal, quienes aprecien la eficacia de los servicios que han recibido y retribuyan a sus asistentes legales en la forma que estimen pertinente. Ha desaparecido, pues, la tutela a los abogados en beneficio del respeto a la libertad de decisión de las víctimas, liberadas de paternalismo imperioso. No hay pagos “por encima” del justiciable, como no los hay a otros profesionales que brindaron auxilios de su especialidad a la víctima.

De nueva cuenta se dividen las opiniones en lo que respecta a la cuantía y suficiencia de los gastos y las costas acogidos en las sentencias de condena. La estadística reunida por el tribunal acredita la austeridad —excesiva, en opinión de algunos, que comparan las cifras acostumbradas en esta materia con las que abundan

en otros sectores de la impartición de justicia— con que la Corte maneja los conceptos que ahora comento.

En 79 casos contenciosos, las costas y gastos reconocidos por el tribunal ascienden, en conjunto, a \$2,123,253.90 dólares americanos. La condena más elevada en un solo asunto corresponde al caso *Myrna Mack Chang* (Guatemala): \$168,000.00 dólares americanos. Se debe tomar en cuenta que transcurrieron 13 años y dos meses entre la violación cometida y la sentencia condenatoria dictada por la Corte, una vez cumplidos el procedimiento interno y el trámite ante la Comisión Interamericana. En 55 casos, mediaron más de 10 años. Por cierto, las etapas más breves corresponden, generalmente, al proceso ante la Corte, que se ha reducido a la mitad del tiempo que consumía hace un lustro.

4. Medidas de derecho interno

Este es un rubro de amplio espectro, que puede alojar medidas de variada naturaleza: algunas que llevamos dichas y otras que han aparecido en el desarrollo jurisprudencial, diligente y creativo —pero no desbordante— de la Corte Interamericana. Bajo aquella designación, siempre mejorable, desfilan diversas acciones —providencias, programas, actos, disposiciones— de carácter jurídico, que sirven a los fines de la reparación y concurren a la garantía, el resarcimiento y la prevención de violaciones futuras. La reparación se practica donde han surgido la violación y el daño consecuente: en el marco de las diversas funciones del Estado, traducidas en políticas, leyes, sentencias, acciones varias.

Procede mencionar, destacadamente, las reformas normativas y las nuevas normas ordenadas por la Corte —una vez que se ha declarado que los preceptos nacionales existentes son incompatibles con la Convención Americana— con sustento en los artículos 1.1, 2 y 63.1 de este instrumento regional. En ellos se funda la condena sobre modificación del ordenamiento doméstico. La decisión de la Corte no llega, por fuerza, a establecer los detalles de la nueva normativa; puede limitarse a fijar orientaciones generales, sobre las que el Estado construye, conforme a sus propias atribuciones, la regulación pertinente, o puede avanzar un trecho y señalar —*motu proprio* o a solicitud del Estado— determinados elementos de la renovación indispensable.

Cabe observar que la reelaboración del derecho interno difícilmente obedecería sólo a la voluntad del órgano judicial internacional, instalado en el ordenamiento externo de los derechos humanos. Es necesaria —o muy conveniente, por lo menos— la concurrencia vigorosa, además de convencida, de corrientes internas que favorezcan el cumplimiento de la condena internacional y alienten la apertura de nuevos espacios para el reconocimiento y el ejercicio de derechos previamente desconocidos o combatidos. En el seno de cada Estado operan fuerzas

de cambio o de resistencia; aquéllas, militantes de la reforma, propician la recepción del Derecho internacional que las segundas eluden o combaten. Esta es la dialéctica que pesa sobre las decisiones adoptadas por las instancias internacionales.

Es imposible detallar ahora todos los casos, con sus respectivos alcances y características, en que la Corte Interamericana ha emitido –bajo el rubro de las reparaciones; pero ya se sabe que también como expresión de los deberes generales de respeto y garantía– decisiones de reforma normativa. Me limitaré, por ello, a citar enunciativamente varios extremos notables –también aquí sólo a título de ejemplos, que no agotan el catálogo–, con la mera expresión de los casos contenciosos y de los temas examinados, a los que se dirige el cambio preceptivo ordenado por la jurisdicción internacional.

La Corte dispuso una reforma constitucional –efectivamente realizada, hay que subrayarlo– para establecer la necesaria congruencia entre la Convención Americana, que consagra amplia libertad de expresión y excluye la censura previa, y la ley suprema del Estado, que permitía esta restricción (*La última tentación de Cristo* u *Olmedo Bustos y otros*).

En atención al principio de legalidad penal, se dispuso la revisión de normas sobre pena de muerte (*Hilaire, Constantine y Benjamin*), tipificación del terrorismo (*Castillo Petruzzi, Cantoral Benavides y Lori Berenson*) y la desaparición forzada (*Trujillo Oroza*), exclusión de la peligrosidad (*Fermín Ramírez*), rechazo de la tipificación penal de conductas justificadas: acto médico (*De la Cruz Flores*). Adelante me referiré, específicamente, a la derogación o invalidación de normas que obstruyen la justicia penal sobre muy graves violaciones de derechos humanos. Esto corresponde igualmente al régimen de medidas de derecho interno.

Se exigió la exclusión legal de penas corporales crueles, inhumanas o degradantes (*Caesar*). La naturaleza excepcional, limitada y proporcional de las restricciones de derechos determinó la improcedencia de normas que excluyen el acceso a la libertad de ciertas categorías de detenidos, en función del delito cometido (*Acosta Calderón y Suárez Rosero*). La Corte ha dispuesto la emisión de disposiciones y el establecimiento de procedimientos para asegurar derechos de integrantes de comunidades indígenas (*Comunidad Mayagna y Comunidad Yakye Axa*).

Asimismo, se ha ordenado la modificación de leyes para satisfacer el derecho a revisión integral del fallo por juez o tribunal superior (*Herrera Ulloa*). En diversas oportunidades se ha dispuesto la reforma de disposiciones sobre menores de edad (*Villagrán Morales* o *Niños de la Calle y Bulacio*). También, la revisión de disposiciones materiales o procesales relacionadas con el ejercicio de derechos políticos (*Yatama y Castañeda*).

5. Deber de justicia

Desde las primeras sentencias emitidas en el desempeño de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana se ha pronunciado, enérgicamente, sobre el destierro de la impunidad. Ésta alienta nuevas violaciones. El deber estatal de respeto y garantía reclama la creación de condiciones que permitan el despliegue de la justicia –nacional, por lo pronto– frente a estas conductas ilícitas. Como consecuencia de la obligación de garantizar (artículo 1.1 CADH), los Estados deben “prevenir, investigar y sancionar” (*Velásquez Rodríguez*).

Las sentencias condenatorias que dicta la Corte parten del supuesto de que ciertas personas –agentes del Estado o sujetos cuya conducta es atribuible a éste– han consumado violaciones de derechos, que traen consigo la responsabilidad internacional del Estado. Se halla pendiente de mayor análisis un aspecto insoslayable de esta cuestión: el valor que revisten, para efectos de derecho interno, los hallazgos de la Corte internacional en los que se fundan la responsabilidad del Estado y la consecuente condena de éste. Evidentemente, el tribunal de derechos humanos no es tribunal penal, pero no es menos evidente que para fincar una responsabilidad estatal en materia de derechos humanos, el tribunal ha debido acreditar participaciones ilícitas de individuos concretos.

La prevención, la investigación y la sanción –sobre todo estas últimas– se reúnen bajo el concepto general de “hacer justicia”. Existe, pues, una obligación de justicia, a la que inicialmente denominé “de justicia penal”. Sin embargo, esa obligación puede poseer dimensiones que desbordan la materia estrictamente penal. Por principio de cuentas, el deber de justicia reclama la práctica de investigaciones serias, imparciales y efectivas, iniciadas de oficio, con toda acuciosidad (*Servellón García*), actividad que aparece regulada expresamente por los instrumentos internacionales sobre tortura y desaparición forzada. En estas investigaciones –ha señalado la Corte– la víctima tiene un lugar especial: derecho de actuar en todas las etapas e instancias del procedimiento, conforme a la normativa internacional y al derecho interno.

En el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana reviste particular importancia el análisis de los obstáculos que el derecho interno puede plantear al ejercicio de la justicia penal. El Derecho internacional de los tratados rechaza la oposición de estos obstáculos al cumplimiento de obligaciones internacionales. Con la misma orientación, la Corte ha sostenido que el deber de justicia prevalece frente a “dificultades del orden interno”, punto que se planteó y resolvió en un buen número de casos, cuya trascendencia internacional y nacional ha sido notable (*Castillo Páez, Loayza Tamayo, Barrios Altos, La Cantuta, Almonacid*).

La atención jurisdiccional se dirigió, inicialmente, al descrédito de las llamadas “leyes de autoamnistía”, incompatibles con el sistema de la CADH. Luego avanzó hacia otras figuras que persiguen, en fin de cuentas, el mismo fin profundo que la autoamnistía: “disposiciones de prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos” (*Barrios Altos*). Puesto que esas leyes poseen alcance general, la decisión condenatoria de la Corte reviste los mismos efectos, sostuvo el tribunal en la memorable sentencia de interpretación en el caso *Barrios Altos*.

Hay que tomar en cuenta el examen practicado por la Corte Interamericana a propósito de la cosa juzgada en materia penal, sustento del principio *ne bis in idem* en casos concretos, acogido por la CADH. Ahora bien, tanto el carácter fraudulento de la cosa juzgada –que se procura con malicia– como las violaciones al debido proceso que impiden la configuración de un verdadero enjuiciamiento, fuente y asiento de la sentencia genuina, evitan que la “decisión judicial” aparente revista autoridad de cosa juzgada e impida la apertura de investigaciones y enjuiciamientos (auténticos) sobre los mismos hechos. De ahí que la Corte haya previsto y autorizado nuevos procesos o cancelación de efectos penales por violaciones a la legalidad material (*Hilaire, Constantine y Benjamin, Castillo Petruzzi y Fermín Ramírez*) o al debido proceso, legalidad adjetiva (*Castillo Petruzzi, Herrera Ulloa, Claude Reyes*).

Como extremos asociados al deber de justicia, pero también con entidad propia, aparecen la localización y la identificación de restos. Por las características de muchas violaciones de derechos humanos, que afectan la vida y la integridad, la jurisdicción interamericana se ha ocupado en cuestiones concernientes a la localización de personas y restos humanos, tanto para atender exigencias del enjuiciamiento como para satisfacer requerimientos morales, espirituales o culturales: trato digno de cadáveres, conforme a las creencias familiares o comunitarias. En seguida surge el tema de la identificación de restos, que también se suscita en supuestos de desaparición forzada y de ejecución extrajudicial. Esto ha llevado a requerir un sistema de información genética para identificar y esclarecer la filiación de niños desaparecidos (*Hermanas Serrano Cruz y Molina Theissen*).

6. Otras formas de reparación

Hay otras formas de reparación, emparentadas con las que llevamos vistas, que figuran en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y concurren a dar santo y seña a este régimen creciente y complejo. Las reuniré, enunciativamente, en este apartado. Se trata, en todo caso, de proveer una triple satisfacción: a la justicia, a la sociedad y a la víctima de la violación. Estas figuras de resarcimiento

moral y aleccionamiento poseen una doble proyección: por una parte, recogen el interés particular que abre la puerta a la jurisdicción de la Corte; por la otra –y a partir de aquélla–, sirven al interés general, es decir, pasan de la víctima a los otros victimados o victimables, del presente o del futuro.

La sentencia misma es una forma de reparación. Satisface la necesidad individual y social de rescate del orden jurídico objetivo y subjetivo. A esto atiende, igualmente, la muy frecuente disposición de que se difunda ampliamente la sentencia, por medios de comunicación diversos –no solamente los periódicos o gacetas oficiales–, en idiomas relevantes para el caso –idiomas de grupos indígenas, por ejemplo, cuando la víctima pertenece a éstos (alguna vez, en francés, por tratarse de un nacional de Francia, residente en su país. *Tibi*). Se trata, en suma, de reunir en un acto el testimonio de aprecio por el derecho conculcado y de reproche por la violación. A este mismo propósito satisfactorio atiende la exposición de los hechos en el proceso y en la sentencia misma, a pesar de que hubo confesión y allanamiento por parte del Estado.

Es relevante el reconocimiento público de responsabilidad y el desagravio a las víctimas y a la sociedad, directa o indirectamente, por parte del Estado, más allá de que ese reconocimiento se halla en la sentencia del tribunal internacional: lo que se dice fuera se debe decir dentro. Para ello se fija cierto plazo y determinadas características del acto de reconocimiento público, con asistencia y participación de funcionarios de alto rango –pero jamás se ha dicho que esto obligue, personalmente, al Presidente de la República–, de las víctimas y de la comunidad; incluso, participantes en la actividad profesional que desarrollaba la víctima: organizaciones sindicales (*Huilca Tecse*).

Un punto digno de análisis es el requerimiento, que alguna vez se ha formulado, de que el Estado solicite el perdón de la víctima. Debiéramos reflexionar en torno a este asunto. Esa solicitud pública de perdón, que hacen funcionarios totalmente ajenos a la conducta ilícita, ¿supera el hecho violatorio?, ¿releva de pena al infractor?, ¿lo expresa quien ha perpetrado la transgresión? La respuesta es negativa. Viene al caso, pues, un acto moral impuesto.

Sea lo que fuere, se ha extendido la regla de reconocimiento, frecuentemente asociada a la solicitud de perdón. Han hecho esta solicitud los propios representantes del Estado en audiencia ante la Corte (*Mack Chang, Molina Theissen, Gutiérrez Soler*) o bien, los Presidentes de países y otros altos funcionarios, sea personalmente, en actos especiales (*Mack Chang, Juan Humberto Sánchez, Servellón*), sea a través de una comunicación escrita (*Cantuta*). Alguna vez ha ordenado la Corte “emitir una disculpa” y honrar la memoria de funcionarios estatales que tuvieron muy apreciable desempeño en la investigación de los hechos violatorios (*Moiwana*), o en beneficio de otras personas que lo merecían

(*Carpio Nicolle*). En un caso que incluyó cierto acuerdo de reparaciones entre el Estado y los familiares de las víctimas, el tribunal ordenó la publicación de este convenio, incluyendo “una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados y una ratificación de la voluntad de que no volverán a ocurrir hechos de este género” (*Durand y Ugarte*).

Veamos otras medidas de reparación ordenadas por la Corte, que desbordan largamente las compensaciones patrimoniales, avanzan un gran trecho en correspondencias o satisfacciones inmateriales, ganan espacio para la vigencia de los derechos humanos en el medio al que perteneció o pertenece la víctima, proveen desagravios y satisfactorios, modifican las circunstancias desfavorables –o pretenden hacerlo–, aseguran el conocimiento y el reproche colectivo de los hechos violatorios, etcétera. Medidas, todas ellas, que contribuyen a caracterizar el perfil insólito y desarrollado del sistema de reparaciones conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Cabe mencionar, siempre con carácter ejemplificativo que no agota temas ni casos en los que la Corte aborda éstos: restitución de tierras ancestrales a integrantes de comunidades indígenas (que entraña, por supuesto, la restitución a estas mismas: comunidades *Mayagna Awas Tingni*, *Yakye Axa* y *Moiwanã*); atención médica y psicológica en instituciones públicas o por parte de facultativos y organismos privados; programas específicos de desarrollo comunitario independientemente de las acciones regulares de desarrollo social (*Plan de Sánchez*), lo cual entraña manifestaciones singulares del Estado de bienestar; facilitación de estudios y atención de la salud de niños: escuela y dispensario (*Surinam*), con plausible orientación paternalista; inversiones con valor social a favor de comunidades indígenas (*Mayagna Awas Tingni*), que también contiene un dato de paternalismo conveniente; elaboración de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley penal, mandamiento que incorpora la expresión de conceptos que debiera abordar esa política (*Instituto de Reeducación*).

Agréguense: dotación de recursos para mantenimiento de una capilla en homenaje a las víctimas de una masacre (*Plan de Sánchez*); construcción de un inmueble destinado a habitación, merced a un convenio entre el Estado y familiares de las víctimas (*Durand y Ugarte*), programa específico de vivienda sujeto a cumplimiento en plazo definido (*Plan de Sánchez*, *Masacres de Ituango*), otra expresión de paternalismo pertinente; asistencia vocaciones y educación especial en beneficio de las víctimas (*Instituto de Reeducación*); programas de capacitación de servidores públicos para prevenir violaciones futuras en determinadas áreas del quehacer estatal; y más todavía: para reordenar funciones y servicios públicos (*Durand y Ugarte*, *Castillo Petruzzi*, *Cantoral Benavides*, *Bulacio*, *Tibi*, *Claude Reyes*); establecimiento de un registro unificado y coordinado sobre muertes vio-

lentas de individuos menores de dieciocho años (*Servellón*); mejoramiento radical de condiciones de vida carcelaria, tema recurrente en las resoluciones –sentencias y medidas provisionales– y en los señalamientos públicos de la Corte (*Hilaire, Constantine y Benjamin, Caesar, Fermín Ramírez*); establecimiento de “una materia o curso sobre derechos humanos”, cátedra que se identificará con el nombre de una víctima y para honrar su memoria, y exaltación de ésta en determinadas celebraciones oficiales (*Huilca Tecse*).

Asimismo, inscripción de los nombres de víctimas en placas, calles, monumentos, edificios públicos y plazas, para constancia permanente sobre determinados hechos; consagración de un día para recuperar y exaltar la memoria de niños desaparecidos durante un largo conflicto civil (*Hermanas Serrano Cruz*); inscripción –que se había negado– de víctimas en el registro civil (*Gómez Paquiyauri, Yean y Bosico*); suministro de dotaciones de emergencia (*Yakye Axa*); protección de la vida y la salud de víctimas y familiares de éstas (*Instituto de Reeducación, 19 Comerciantes*), que se hallan en situación de riesgo grave; campaña de sensibilización para proteger a los niños y a los jóvenes, para fomento de una cultura preventiva de ilícitos en agravio de éstos (*Servellón García*); entrega o reposición de archivos electrónicos intervenidos (*Claude Reyes*); difusión pública de derechos de personas sujetas a atención médica (*Cornejo Alarcón*); medidas de seguridad a favor de desplazados que decidan retornar a sus lugares de origen o residencia (*Masacres de Ituango*), etcétera.

III.C CUMPLIMIENTO

Obviamente, las resoluciones que dicta la Corte Interamericana deben ser cumplidas por los Estados, comprometidos a ello en los términos de la Convención Americana y de su propio reconocimiento o admisión de la competencia contenciosa de ese tribunal. Se trata de actos judiciales vinculantes, no de recomendaciones o sugerencias. No es mi propósito analizar aquí el panorama del cumplimiento –y el déficit que en este sector existe–, pero vale decir que hay un notable, constante e innegable avance en esta materia, sin que esta afirmación –que la Corte ha formulado en diversas oportunidades y para distintos fines– signifique, en modo alguno, ignorar las deficiencias.

Sucede, sin embargo, que el simple cotejo entre lo que ocurría hace unos lustros, lo que entonces parecía accesible y alcanzable a corto y mediano plazo y lo que ahora se observa, mueve a reconocer la existencia de desarrollos cada vez más frecuentes y alentadores. Sin echar campanas a vuelo –que sería impertinente– es preciso destacar progresos. Sin éstos, se habría sembrado en el desierto y resultaría por lo menos dudoso el beneficio –que no podría ser meramente conceptual– de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. La Corte

Interamericana inició, a partir de 2007, audiencias de verificación del cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales.

Ha habido modificación de leyes –inclusive constitucionales–, supresión o anulación de ordenamientos incompatibles con la Convención Americana, emisión de normas congruentes con los deberes de respeto y garantía señalados en este instrumento, reposición de procesos, decadencia de la cosa juzgada en supuestos en que era insostenible la intangibilidad de una resolución judicial, reconocimientos de responsabilidad internacional en sede nacional, revisión de políticas públicas. No se puede celebrar el acatamiento pleno del deber de justicia traducido en investigación eficaz y procesamiento de violadores de derechos humanos; en este renglón el avance es insuficiente.

Como dije, frecuentemente se suscitan apreciaciones encontradas en lo que respecta a indemnizaciones a víctimas, inclusive costas y gastos. Las consideraciones que aquí formulan los opinantes –Estado y víctimas, en conflicto– son atendibles, desde sus respectivas posiciones. La Corte ha procurado ganar terreno en la definición razonable de las indemnizaciones, un ámbito colmado de aristas, e informar a los participantes en el Sistema Interamericano cuál es la situación que verdaderamente prevalece, echando mano de datos puntuales. Las argumentaciones que sustentan el criterio de la Corte en materia de indemnizaciones no persuaden a todos, pero en los últimos meses ha quedado a la vista el estado real en este campo, insuficientemente conocido. Habrá que trabajar más, sin duda, en soluciones justas, razonables, accesibles.

A la información proporcionada *supra* acerca del monto de las indemnizaciones por daño material e inmaterial, así como en torno al número de víctimas –evidentemente, las características de las violaciones, el número de los afectados y otras circunstancias de hecho inciden en las decisiones del tribunal–, corresponde agregar ahora algunos informes en torno al pago efectivo de indemnizaciones. De 58 casos resueltos entre 1989 y 2005, hay cumplimiento total –en esta materia– en 33, y parcial en 14; 11 se hallan pendientes. Aquellas dos cifras significan el 81.03 del conjunto. Por lo que hace a costas y gastos, de 53 casos analizados entre 1996 y 2005, hay cumplimiento pleno en 30, y parcial en 4, que son el 73 por ciento del total; 14 se hallan pendientes.

COLOFÓN

La Corte Interamericana fue prevista –explícita o implícitamente– desde 1945, si nos atenemos al itinerario seguido por el sistema hemisférico a partir de la Conferencia de Chapultepec. Quedó regulada en 1969, en la Convención Americana, que tendría, como observó Cassin, un signo acusadamente judicial. Se es-

tableció en 1979, una vez vigente aquella Convención. Fueron difíciles sus primeros años, lo que no significa, por supuesto, que hayan sido fáciles los años posteriores. Una distinguida generación de jueces fundadores –a los que me complace reconocer su trabajo y sus excelentes aportaciones– labró la primera etapa de la jurisprudencia interamericana, cimiento de las tareas que vendrían.

En aquellos días, vigente todavía el paisaje político tradicional de los países del hemisferio, parecía muy distante la hora en que la Convención Americana, seguida por otros ordenamientos sobre derechos humanos en esta región del mundo, echara raíces firmes e iluminara la recepción y el ejercicio de esos derechos en el conjunto de nuestras repúblicas. En efecto, esa hora se hallaba distante.

Empero, la convicción y el esfuerzo de muchos americanos –ante todo, la batalladora sociedad civil: el pueblo– hizo posible que los primeros momentos de esa hora llegaran a las normas y, en alguna medida, a las obras de América. Estamos lejos, muy lejos, de conseguir los objetivos que se propuso alcanzar el preámbulo de la Convención Americana. Me temo que otros muchos países –o acaso todos– aún se hallan distantes de sus propios objetivos en este campo, esencial para el desarrollo del ser humano.

En esta larga marcha, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha puesto cuanto ha podido para hacer su parte. Es una jurisprudencia progresista, que hoy cuenta con un generalizado reconocimiento. Por supuesto, ni es perfecta ni ha culminado el desarrollo de cada uno de los temas que le conciernen. Muchos se hallan en proceso; otros, están pendientes. Pero esa jurisprudencia ha caminado y lo sigue haciendo en la dirección adecuada.

Dentro de este marco destaca la materia de reparaciones. En ella se ha logrado un buen desenvolvimiento, en poco tiempo y con profundidad apreciable. Hay quienes desearían que ese desenvolvimiento fuese más pausado, moderado, contenido. Otros querrían que fuese más diligente, innovador, revolucionario. En mi concepto, la jurisprudencia en torno a reparaciones –cuyos rasgos esenciales he procurado exponer en las páginas precedentes– reúne esas cualidades, captadas y armonizadas en el curso de un cuarto de siglo. Es reflexiva e innovadora; no aventurada ni retraída; sirve a sus fines en la circunstancia americana y lo hace conforme al Derecho pactado por los países de América.

La jurisprudencia –y el tribunal que la produce– es muy activa en el ámbito de sus posibilidades. Este activismo ha permitido alumbrar soluciones plausibles, que comienzan a calar en el ordenamiento y en muchas prácticas nacionales. Por supuesto, el juzgador internacional debe actuar con prudencia y conciencia del papel que le compete, del espacio que inaugura, de los riesgos que se hallan al frente, de la necesidad de consolidar la obra practicada. De lo contrario arruinaría

el sueño de millones de seres humanos. Con estas preocupaciones a bordo, la Corte ha desarrollado su travesía. Está muy lejos del puerto de arribo, pero también lo está del puerto de partida. En el viaje, no ha perdido el rumbo ni dilapidado las esperanzas que en ella se cifraron. Marcha.

REFORMA DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNAS PROPUESTAS

MIGUEL CARBONELL (*)
(México)

*En homenaje a Diego Valadés,
protagonista de la reforma del Estado
y teórico del control del poder.*

SUMARIO: **1.** Introducción: los derechos fundamentales en la encrucijada del cambio estatal. **2.** Propuestas. **A)** La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978. **B)** La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales– privadas. **C)** Derecho a la posesión y portación de armas. **D)** Principio de lesividad. **E)** Principio de proporcionalidad. **F)** La reserva de Código Penal. **G)** Lectura de derechos **3.** Conclusión.

1.1 INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ENCRUCIJADA DEL CAMBIO ESTATAL

Es frecuente que cuando se habla de la reforma del Estado se piense en modificar las facultades de los poderes públicos o en cambiar la manera en que tales poderes se relacionan entre ellos. No se suele reparar en el elemento central de cualquier Estado democrático: el ciudadano.

Ahora bien, hay que ser muy claros en sostener que una reforma del Estado que no cuente con el ciudadano no puede ser calificada como democrática. La

(*) Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

reforma *democrática* del Estado debe aspirar a modificar no solamente la relación entre los poderes, sino también la relación del Estado con los ciudadanos, por un lado, y las relaciones de los ciudadanos con otros ciudadanos, por otro.

Para tal efecto, cualquier proceso de reforma del Estado debería concentrar una parte importante de su tiempo y energía en generar un marco constitucional moderno y adecuado en materia de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la “carta de navegación” que rige las relaciones del Estado con el ciudadano y, según las más modernas teorías constitucionales, también las relaciones de los ciudadanos entre sí⁽¹⁾.

Si aceptamos la premisa anterior, debemos poner manos a la obra para poder mejorar el texto de la Constitución mexicana, que tiene importantes déficits en la regulación que hace de los derechos fundamentales⁽²⁾.

En las páginas siguientes se esbozan algunas propuestas de cambio constitucional que sería deseable abordar en el futuro. Se trata de ideas sueltas que no tienen aspiración alguna de ser exhaustivas, pero que podrían tener relevancia como elementos a tomar en cuenta el día que los legisladores decidan tomarse en serio el tema de reformar el Estado mexicano con vocación y sentido democráticos.

(1) La proyección horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales ha suscitado una bibliografía cuantiosa en otros países y menos escasa, aunque ya significativa, en México. Entre las referencias más importantes se encuentran las siguientes: Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997; De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado” en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª edición, México, IIJ-UNAM, 2002; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Mijangos y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 14, México, 2003; Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004 y Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005.

(2) Algunas críticas al contenido constitucional en materia de derechos fundamentales pueden verse en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2ª edición, México, IIJ-UNAM, 2004 y en Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IIJ-UNAM, CNDH, 2007.

Antes de pasar a la exposición de las propuestas concretas vale la pena apuntar dos asuntos de corte general. El primero de ellos se refiere a la necesidad de que la reforma constitucional en materia de derechos humanos sirva para poner orden en el texto constitucional. Si aspiramos a que los ciudadanos conozcan sus derechos, lo primero que tenemos que hacer es ofrecerles un elenco ordenado, claro, sistemático y bien escrito de tales derechos, que sea comprensible por cualquiera y no que esté al alcance solamente de los expertos, como sucede en buena medida con el texto vigente.

La ordenación sistemática de los derechos debe tener como objetivo ofrecer un relato constitucional que pase de manera ordenada por los siguientes temas: a) aspectos o principios generales; b) derechos de igualdad; c) derechos de libertad; d) derechos de seguridad jurídica; e) derechos sociales y f) derechos colectivos⁽³⁾.

La segunda cuestión de orden general que vale la pena apuntar tiene que ver con el marco de referencia que debe considerar una futura reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos. Es decir, se trata de saber de dónde se van a sacar ideas para llevar a cabo la renovación de los contenidos constitucionales. Y en esto lo peor que puede pasar es que nuestros legisladores intenten ser absolutamente originales. Tal originalidad no puede llevarnos más que a un clamoroso fracaso. Hay experiencias muy alentadoras y del todo verificadas en el derecho comparado que podríamos perfectamente adoptar, con las modalidades y límites que se quiera. Para tal efecto deberíamos reparar en las mejores experiencias latinoamericanas, para compararnos con países que nos son cercanos y que han tenido que enfrentar en tiempos recientes problemas muy parecidos a lo que sufre México. Con ese objetivo creo que nuestros legisladores se podrían beneficiar de la regulación constitucional de los derechos humanos que aparece en la Constitución de Brasil de 1988, de Colombia de 1991 y la de Argentina luego de la reforma integral de 1994. En esas tres cartas constitucionales hay ciertos aspectos que podrían inspirar a los reformadores mexicanos.

También se debería tomar en cuenta la enorme riqueza que actualmente nos ofrece el derecho internacional de los derechos humanos, tanto el derecho contenido en los tratados internacionales (firmados y ratificados por México en un

(3) Aunque hay una amplia disputa teórica sobre el concepto de derechos colectivos, me parece que para efectos del proceso de reforma del Estado, en esta parte de la Constitución podrían incluirse solamente los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Para la discusión teórica acerca del concepto de derechos colectivos es importante revisar el ensayo de Cruz Parceró, Juan Antonio, "Sobre el concepto de derechos colectivos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, número 12, Madrid, 1998. Del mismo autor es también muy relevante el libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

número considerable) como en el derecho derivado de los propios tratados y en la jurisprudencia internacional. En particular, creo que la reforma mexicana puede y debe aprender mucho de las convenciones sectoriales de la ONU (CEDAW, Convención de los Derechos del Niño, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, etcétera), así como de la luminosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años ha venido construyendo un *corpus dogmático* de gran calidad.

Si se toman en consideración los grandes avances del derecho comparado y las aportaciones del derecho internacional, los legisladores mexicanos tendrían, en principio, una adecuada guía para modernizar la Constitución mexicana; estarían de esa forma aprovechando una de las grandes ventajas de la globalización y de la “migración” de criterios jurídicos.

2.P PROPUESTAS

A) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978⁽⁴⁾

La prohibición constitucional de la arbitrariedad añade un componente cualitativo muy importante a las clásicas garantías de fundamentación y motivación de los actos de los poderes públicos. Aunque esta prohibición tiene como premisas las dos garantías que se acaban de mencionar, su incorporación posibilita un control jurisdiccional más intenso sobre las facultades discrecionales que otorgan todos los ordenamientos jurídicos modernos.

De entrada conviene asentar que no es lo mismo *arbitrariedad* que *discrecionalidad*. Una facultad discrecional, si bien otorga márgenes más o menos amplios de actuación a algún órgano del poder, debe estar suficientemente motivada para no dar a lugar a un ejercicio arbitrario del poder. Desde luego, un acto de cualquier poder público que no esté motivado es por ese sólo hecho arbitrario (y, en México, violatorio del artículo 16 párrafo primero de la Constitución).

(4) Véanse las consideraciones de Valadés, Diego, “La Constitución y el poder” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 156 y ss. (reproducido en Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, IJ-UNAM, 2000), así como las de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 1998; Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; *idem*, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; *idem*, “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial” en *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999.

La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: a) hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto⁽⁵⁾; b) aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto; c) permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno⁽⁶⁾.

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas⁽⁷⁾; además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial⁽⁸⁾.

En tanto que estuviera consagrado en la Constitución, el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad también operaría sobre el legislador, como ha reconocido para el caso del ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional de ese país⁽⁹⁾. Si bien es cierto que bajo el modelo de las “Constituciones abiertas”, el poder legislativo tiene una amplia libertad de conformación del ordenamiento, también es verdad que, como escribe Tomás Ramón Fernández,

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para

(5) Dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”, Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., p. 97.

(6) Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp. 81-85.

(7) Sentencia de la antigua Sala 4ª de 19 de mayo de 1987.

(8) Sentencia de la Sala 3ª de 17 de abril de 1990.

(9) Un repaso de las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la arbitrariedad del legislador puede encontrarse en Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., pp. 41 y ss.

evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo⁽¹⁰⁾.

B) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales– privadas⁽¹¹⁾

Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: “En tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser derogados para modernizar las disposiciones de la Carta Fundamental.

Un modelo de redacción constitucional de estos derechos se encuentra en el artículo 18 de la Constitución española, que establece en sus párrafos 2 y 3 que: “2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”⁽¹²⁾.

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por

⁽¹⁰⁾ *Idem*, pp. 94-95.

⁽¹¹⁾ Sobre este punto, Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995 y Jiménez Campo, Javier, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 20, Madrid, mayo-agosto de 1987.

⁽¹²⁾ En México la entrada en un domicilio cuando exista delito flagrante no podría permitirse debido a las enormes deficiencias que persisten en el nivel de profesionalización y honestidad de nuestros cuerpos policíacos, problema que en España han resuelto de manera al menos aceptable.

⁽¹³⁾ Ver Martín Morales, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 44 y ss.

⁽¹⁴⁾ Sobre el punto de contenido de las comunicaciones para efectos de su protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha determinado que “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 (de la Constitución española) tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que

cualquier vía⁽¹³⁾ y con independencia de su contenido⁽¹⁴⁾, incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como el internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se puede emitir cuando existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha posible comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder interceptar una comunicación privada. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni siquiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su limitación queda –en un caso extremo y por tanto excepcional– en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

Como apunta Ricardo Martín Morales, “Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevancia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir los aportes tan ‘ventajosos’ que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera”⁽¹⁵⁾.

C) Derecho a la posesión y portación de armas

En el derecho comparado existen en muy raros casos previsiones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana. Quizá hay dos circunstancias que justifican la existencia de ese tipo de preceptos en los textos constitucionales: a) la mayor o menor dificultad para asegurar el monopolio de la violencia por parte de las instituciones públicas; y b) la mayor o menor influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en cada país.

Obviamente, el derecho a portar armas aparece en aquellos textos constitucionales de países que han tenido grandes dificultades para establecer la seguri-

se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Sentencia 114/1984, fundamento jurídico 7).

(15) *El régimen constitucional...*, cit., p. 22.

dad mínima que los habitantes deben tener en cualquier Estado de derecho (países caracterizados por continuas revueltas y por el uso intensivo de la violencia por parte del Estado en contra de la población).

También aparecen disposiciones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana en países que tienen una mayor influencia por parte del constitucionalismo de los Estados Unidos, que es de donde parte la matriz histórica del derecho a la posesión y portación de armas⁽¹⁶⁾.

Las dos circunstancias mencionadas están presentes, con diferente intensidad según el caso, en los países de América Latina.

Con todo, los textos constitucionales más recientes de la región parecen inclinarse por una prohibición amplia de la tenencia y portación de armas, a la que se añade algún tipo de posible autorización en casos excepcionales y siempre atendiendo a lo que disponga una ley, que incluso puede ser una ley que requiera de una votación agravada para poder ser aprobada. En este sentido puede citar, por ejemplo, la Constitución de Chile, cuyo artículo 92 dispone que

“Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

“El Ministerio encargado de la Defensa Nacional o un organismo de su dependencia ejercerá la supervigilancia y control de las armas en la forma que determine la ley”.

Por su parte, la Constitución de Colombia establece en su artículo 223 que

“Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

“Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimien-

(16) Carbonell, Miguel, “Un contrasentido constitucional: el derecho a la tenencia y portación de armas”, *Lex. Difusión y análisis*, número 124, México, octubre de 2005, pp. 34-41.

tos que aquella señale”.

Finalmente puede citarse el caso de Venezuela, en cuyo texto constitucional de 1999 se dispone por el artículo 324 que “Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos”.

Es importante mencionar que la misma Constitución venezolana limita incluso el uso de las armas a cargo de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el tercer párrafo de su artículo 55, que establece lo siguiente: “Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

Como puede verse, en ninguno de los tres casos citados las respectivas Constituciones establecen un “derecho” a poseer armas, sino que, al contrario de lo que hacen las Constituciones de los Estados Unidos y de México, prohíben dicha tenencia en principio y remiten a la ley para la regulación de los casos excepcionales. Es mucho más apropiada esta regulación que la que actualmente existe en la Constitución mexicana.

D) Principio de lesividad

Una parte sustantiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos debe tener por objetivo la racionalización del derecho penal mexicano, puesto que la regulación vigente ha dado lugar a una verdadera “zona de desastre” que afecta por igual a procesados, víctimas del delito y autoridades encargadas de hacer funcionar un sistema que está en completa bancarrota⁽¹⁷⁾. Un primer paso para racionalizar el derecho penal sustantivo sería introducir con rango constitucional el principio de lesividad.

Mediante la introducción a nivel constitucional del principio de lesividad se buscaría asegurar que el legislador no considerara como delito más que aquellas

(17) La fundamentación de lo que se acaba de afirmar puede verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 3ª. edición, México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2008 y en Carbonell, Miguel, *Bases constitucional de la reforma penal*, México, IIJ-UNAM, 2008.

conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evitaría la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas pero que admiten una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad podría exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas a los intereses y derechos de terceros. Solamente dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales el derecho penal se legitima y se justifica solamente si es capaz de lograr un doble efecto: a) prevenir la comisión de conductas delictivas y b) prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extra-institucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas⁽¹⁸⁾.

El principio de lesividad evitaría considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como pervertidos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectaran causando un daño a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño estarían constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo⁽¹⁹⁾.

Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Puffendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera) ⁽²⁰⁾. El mismo Ferrajoli explica que “Históricamente, por los demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de dere-

(18) Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* tomo II, Roma, Laterza, 2007, p. 356.

(19) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 475.

(20) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 466-467.

cho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios* o *fundamentales*”(21).

El principio de lesividad, además, serviría para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente ya figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, por virtud del cual los textos que contengan normas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen.

La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal(22). Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”(23). Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden criminalizar y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad, al que nos referiremos enseguida.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que ya está constitucionalmente previsto.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará determinada solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucio-

(21) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presentación de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

(22) Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

(23) Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

nalmente protegidos, sino que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”, es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara al menos en un cierto grado el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxico-dependencia. Para Ferrajoli “está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de ‘valores morales’, opuesta a la función protectora del derecho penal”⁽²⁴⁾.

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos socio-jurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente clandestiniza, sino que lo hace afectando solamente a las mujeres, y además a las mujeres que son pobres.

Como quiera que sea, la constitucionalización del principio de lesividad sería el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo⁽²⁵⁾.

E) Principio de proporcionalidad

Otra reforma que podría contribuir a racionalizar el sistema penal mexicano sería la introducción del principio de proporcionalidad en la Constitución mexicana⁽²⁶⁾.

(24) Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 473.

(25) Ferrajoli, *Principia iuris*, cit, tomo II, p. 357.

(26) La llamada “reforma judicial” aprobada en el año 2008 (publicada en *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de ese mismo año) constitucionaliza el principio de proporcionalidad en la relación entre los delitos y las penas, lo que supone un avance de enormes dimensiones. Pero quizá se pudo haber hecho una previsión más amplia, de forma que el principio abarcara también otros aspectos del derecho penal. Un análisis de su contenido y de los debates previos

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. En términos generales podemos afirmar que una medida que afecte un derecho fundamental (por ejemplo el derecho de libertad personal), es proporcional si respeta los siguientes tres sub-principios a través de los cuales se articula precisamente el principio de proporcionalidad⁽²⁷⁾: a) el subprincipio de idoneidad⁽²⁸⁾, también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional); b) subprincipio de necesidad⁽²⁹⁾, según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto⁽³⁰⁾, según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

que fueron apuntalando su concreción puede verse en García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, México, Porrúa, 2008.

(27) La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde nuestra información alcanza, es la de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

(28) Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 687.

(29) Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 734.

(30) Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 757.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración: “Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio –escribe Ferrajoli–, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”⁽³¹⁾. Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria⁽³²⁾.

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro ⁽³³⁾. La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo⁽³⁴⁾:

(31) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 400.

(32) *Derecho y razón*, cit., pp. 399-400.

(33) *Derecho y razón*, cit., p. 401.

(34) *Derecho y razón*, cit., p. 402.

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados “podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están impre-

(35) Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocer-

cisamente establecidos, pueden no ejercerlos ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada con severidad⁽³⁵⁾.

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (Fundamento Jurídico 23).

Con el ejemplo anterior y con los fundamentos doctrinales que hemos citado se puede advertir con claridad la pertinencia y efectos positivos que tendría el recoger a nivel constitucional el principio de proporcionalidad.

F) La reserva de Código Penal

Una tercera propuesta para racionalizar el sistema penal mexicano tiene que ver con la introducción a nivel constitucional de una “reserva de Código Penal”.

En efecto, como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal (con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

se un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del legislador penal” en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

“Esta reserva de código habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de extrema ratio. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias”⁽³⁶⁾.

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales. Tal parece que el legislador asume que cada vez que dicta una nueva ley o reforma una ya existente debe incluir disposiciones penales para que los destinatarios “se la tomen en serio” o, como se dice, “para que la norma tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

(36) “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004, p. 112. El mismo autor ha desarrollado esta tesis en *Principia iuris*, cit., tomo II, pp. 388-391.

(37) Recientemente, García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación” en Gómez Lara, Cipriano y Storme, Marcel (coordinadores), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, volumen IV, México, UNAM, 2005, pp. 8-10.

La reserva de código penal quizá comparte los objetivos de una antigua propuesta de varios penalistas mexicanos⁽³⁷⁾: la de unificar la legislación penal, de forma que hubiera un único ordenamiento punitivo a nivel nacional. La idea que persiguen ambas propuestas es darle elementos de certeza y de seguridad a los particulares, evitando que a partir de la dispersión normativa (ya sea sobre un único nivel de gobierno o entre los niveles federal y local) se cometan arbitrariedades que vayan en demérito de los derechos fundamentales.

No es momento de analizar con detalle la propuesta de unificar la legislación penal, pasando de los actuales 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales a solamente un código sustantivo y uno adjetivo, pero sí queremos al menos apuntar el tema, ya que la idea de unificar los códigos penales está contenida en la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Presidente Felipe Calderón ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 y ha sido defendida con anterioridad, desde los años 40 del siglo XX, por muy distinguidos penalistas. Sin embargo, consideramos que se trata de una propuesta sobre la que debe meditarse con detenimiento, sobre todo a la luz de los avances que en materia de juicios orales se han realizado en diversas entidades federativas, a través del desarrollo muy dinámico de un conjunto de reformas que, en conjunto, parecen bastante positivas. No hay rastro alguno de ese dinamismo a nivel del Congreso de la Unión, que ni siquiera ha podido dar cumplimiento a los principios de la justicia para adolescentes contenidos en el artículo 18 constitucional a partir de una reforma de diciembre de 2005⁽³⁸⁾.

G) Lectura de derechos

Otro principio que debería estar presente en una reforma modernizadora de nuestro sistema procesal penal previsto en la Constitución es el que se resume en la obligación de las autoridades que practiquen cualquier detención de informar a la persona detenida sobre los derechos que le asisten.

Para tal efecto creemos que se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar sobre la causa de su detención y sobre sus derechos⁽³⁹⁾. Se trata de una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus derechos. La sanción en caso de

⁽³⁸⁾ Sobre el tema de la justicia para adolescentes, Islas, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.

⁽³⁹⁾ Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Barona Vilar, Silvia, "Garantías y derechos de los detenidos" en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y ss.

que no se le diera “lectura” a los derechos podría llegar a ser la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso “Miranda versus Arizona”, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966⁽⁴⁰⁾.

El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio?, ¿tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Mi-*

(40) La bibliografía sobre el caso Miranda es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “Miranda versus Arizona” y “Miranda warnings” en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a. edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

randa warning), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes⁽⁴¹⁾:

“Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

“Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

“Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

“Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos”.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquir. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

(41) La traducción de la sentencia puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, pp. 344-353.

En el período 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “Miranda warning” y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos a fin de presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4⁽⁴²⁾.

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los datos sobre el enorme porcentaje de detenidos que no cuentan con ninguna asistencia de abogado mientras se encuentran frente al Ministerio Público e incluso cuando rinden su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” –por decirlo de alguna manera– de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de una medida de este tipo puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7, párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (Principio Octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17 párrafo 3 de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser infor-

(42) Ver la nota de Linda Greenhouse, “The year Rehnquist may have lost his court” *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

mada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27 párrafo 4 de la Constitución portuguesa cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

3.C CONCLUSIÓN

Como puede verse, son muchos los temas y aspectos que deberían ser objeto de reflexión dentro de una reforma constitucional en materia de derechos humanos. Como se anunciaba al principio, las páginas anteriores no tienen más objetivo que el de aportar algunas ideas sueltas que puedan servir para orientar la discusión, reparando especialmente en temas que muchas veces parecen escapar a la atención de nuestros políticos y también de nuestros académicos.

Pero con independencia de la complejidad técnica que pueda tener la reforma en materia de derechos humanos, lo cierto es que no podrá llegar a buen puerto sin la participación de la sociedad civil. La agenda de los derechos humanos no ha tenido un lugar destacado dentro del proceso de reforma del Estado que lleva ya varios años realizándose en México. No lo tendrá en el futuro si la sociedad civil no eleva la voz y pone contra la pared a sus indolentes políticos para obligarlos a tomar en cuenta la necesidad de tener un catálogo de derechos moderno, sistemático y organizado bajo ciertas reglas lógicas.

Por otro lado, es conveniente apuntar que el mejor régimen constitucional de derechos no implicará cambios sustanciales en la calidad de vida de los habitantes de México si no es secundado por una reforma profunda al sistema de “garantías” de los propios derechos, es decir, a los mecanismos de protección de los derechos. Y en esto también tenemos importantes problemas por resolver. Pero su análisis y las respectivas propuestas de reforma deben ser objeto de otro ensayo.

EL DERECHO DE COMUNICARSE, UN INSTITUTO SUECO

ADRIÁN VENTURA (*)
(Argentina)

SUMARIO: 1. Protección en tres de las cuatro leyes constitucionales. 2. Una ley de 1766. 3. Importancia de la libertad de prensa en Suecia. 4. Una protección completa.

Los hombres deben buscar ejemplos de libertad donde se encuentren, no para aprovecharlos para sí mismos sino para transformar a sus propios países: en este muy breve trabajo, propongo interiorizarnos sobre un instituto de la Constitución de Suecia, el derecho de comunicarse, que no lo encuentro en otros textos constitucionales.

El derecho de comunicarse no coincide con el derecho de los ciudadanos a la información, ni con el derecho a guardar el secreto de la fuente periodística –que también están reconocidos– sino que es la protección que se brinda a todos los ciudadanos, incluidos los funcionarios públicos, para que puedan tomar contacto libremente con la prensa sin el temor de sufrir consecuencias legales o políticas.

Como muchos otros países, Suecia tiene una constitución escrita⁽¹⁾, que está vigente –con modificaciones– desde mediados del siglo XIV.

En esa Constitución, Suecia, que parece haber sido uno de los primeros países del mundo en establecer en su legislación la libertad de prensa ⁽²⁾,

(*) Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires); subdirector de la Maestría en Magistratura (UBA) y periodista del diario *La Nación*, de Argentina.

(1) The Constitution of Sweden, *The fundamental laws and the Riksdag Act*, Sveriges Riksdag, Estocolmo, 2000, que contiene un estudio introductorio escrito por el juez Erik Holmberg y el profesor de ciencia política Nils Stjernquist.

(2) Los medios de comunicación, Instituto Sueco, noviembre de 1999.

garantiza la “libertad de comunicación” de todos los ciudadanos, incluidos los funcionarios, con los medios de prensa y establece el secreto de la fuente como un deber. Y si el deber no es absoluto, puede afirmarse que tanto ese deber de secreto como la libertad de prensa son relativos pero calificados, es decir, altamente protegidos por un amplio manejo de garantías para proteger la libertad de información.

1.P ROTECCIÓN EN TRES DE LAS CUATRO LEYES CONSTITUCIONALES

La Constitución sueca, que protege los derechos fundamentales, vale aclararlo, no consiste en un único texto, sino en cuatro leyes fundamentales: el Instrumento de Gobierno, la Ley de Sucesión, la Ley de Libertad de Prensa, que data de 1766 (FPA), y la Ley Fundamental de Libertad de Expresión (FLFE), incorporada en 1992. Las ideas de la Ilustración fueron introducidas en ese país por Anders Nordencrantz, considerado el padre de la libertad de expresión en Suecia.

Rastreando los temas específicamente vinculados con la libertad de información, encontramos que la primera de esas leyes fundamentales citadas, el Instrumento de Gobierno, contiene un Capítulo 2, Derechos y Libertades Fundamentales, incluye en los artículos 1, 12 y 13 varias normas relativas a la libertad de expresión y de información. Estas reglas establecidas en el Capítulo 2 dan un rol central a aquellos derechos y libertades que tienen una particular significación para la forma de gobierno, como por ejemplo las libertades políticas. Y el objetivo es garantizar la libre formación de opiniones en materia política, religiosa y cultural.

El artículo 1 dice: “Todo ciudadano tendrá garantizado los siguientes derechos y libertades en sus relaciones con las instituciones públicas:

1. Libertad de expresión: la libertad de comunicar información y expresar ideas, opiniones y sentimientos, en forma oral, gráfica, escrita o de mediante cualquier otra manera.
2. Libertad de información: procurar y recibir información.

(...) Las provisiones de la Ley de Libertad de Prensa y de la Ley Fundamental de Libertad de Expresión será aplicables a la radio, televisión, filmes, videogramas, grabaciones y otros registros técnicos”.

Por su parte, el artículo 12 establece que esos derechos y libertades pueden ser restringidos por ley, conforme con los artículos 13 a 16. El artículo 13 autoriza restricciones legales por motivos de seguridad del Estado, orden público, seguridad pública, la integridad de los individuos, la integridad de la vida privada y la prevención y persecución del delito. Pero el propio artículo 12 fija un límite a estas restricciones: “Sólo pueden ser establecidas para satisfacer un propósito

aceptable en una sociedad democrática. La restricción nunca puede ir más allá de lo necesario para conseguir el propósito que la motiva ni puede importar una amenaza para la libre formación de la opinión como uno de los fundamentos de la democracia. Ninguna restricción será admisible solamente fundada por motivos de opiniones políticas, religiosas, culturales o de otro tipo”.

Pero, además de esas normas, las otras dos leyes fundamentales citadas anteriormente también contienen normas específicamente aplicables a los medios. En efecto, esos derechos que el Instrumento de Gobierno reconoce a todos los ciudadanos, son extendidos por dos leyes de prensa –que analizaremos a continuación– a todos los periodistas, editores y funcionarios públicos que pueden entrar en contacto libremente con los medios.

2.U LA LEY DE 1766

La Ley de Libertad de Prensa data de 1766, cuya antigüedad vale comparar con las declaraciones de derechos adoptadas en el Reino Unido en 1689; en Francia, en 1789, es decir, un cuarto de siglo después, y en los Estados Unidos, en 1791. En aquella ley se prohíbe la censura, excepto para escritos teológicos.

La referida ley fue modificada en 1772, 1810, 1812, 1949 y 1982. Cuando se sintió la necesidad de incorporar a los otros medios de comunicación distintos a la prensa gráfica, se decidió mantener la tradición de antigua Ley de Libertad de Prensa y se sancionó otra norma, la ya citada Ley de Libertad de Expresión. Actualmente, los medios de comunicación están en manos privadas y la propiedad está altamente concentrada, particularmente por conglomerados regionales (Bonnier and Modern Times Group. The Swedish Broadcasting Corporation y la Swedish Television Company).

La Ley de Libertad de Prensa de 1766 es verdaderamente democrática, aun cuando Suecia, en ese tiempo, era realmente atrasada, económicamente pobre y un reino en bancarrota y no existía el derecho de votar ni los ciudadanos en general gozaban de derechos. Pero la ley se inspiró en que en aquellos años había surgido una oposición contra la aristocrática en los dos partidos dominantes, oposición que era respaldada por miembros de la naciente burguesía comercial, oficiales de bajo rango y la masa del pueblo, así como también el esfuerzo de los granjeros por defender sus intereses, incluso en el Parlamento. Esta situación política llevó a la abolición del secreto y de la censura en asuntos de estado. La ley referida, con rango constitucional, sólo puede ser modificada mediante dos leyes del Parlamento en ese sentido, votadas con una elección en medio.

Obviamente, la libertad de prensa tuvo momentos de crisis, como ocurrió durante el período autocrático de Guastavino, que finalizó en 1809, y también en el siglo XX.

Pero la tradición de libertad de información es muy fuerte y sobrevivió. A tal punto es así que parte de la discusión acerca de la adhesión de ese país a la Unión Europea pasó por la posibilidad de que ello conllevara restricciones para la libertad de expresión. “Varios principios relativos a la libertad de prensa están en una zona de riesgo desde que el Tratado de Maastricht abrió ampliamente el campo a la legislación europea en prácticamente cualquier sector”⁽³⁾, escribió el jurista sueco Göthe y señaló los peligros que la integración podría traer para la libertad de información: 1) la censura previa, en el tradicional sentido, no existe en Europa, pero el concepto de trabas previas impuestas a la prensa («*hindrances created beforehand*»), que en principio están prohibidas por la ley sueca de libertad de prensa desde 1989 están presentes en muchos países de Europa; 2) el principio de responsabilidad individual para material impreso, que existe en muchos países pero no existe verdaderamente en Alemania y Gran Bretaña; 3) la protección de la fuente de información, que no existe en Suiza y en Gran Bretaña; 4) Alemania, Gran Bretaña y Suiza carecen de protección para el acceso a la información (Francia e Italia tampoco tienen protección formal, pero el principio es operativo); 5) el principio de libre acceso a los documentos públicos no existe fuera de los países nórdicos. Como veremos más adelante, Suecia excluyó expresamente la libertad de expresión y de información del alcance de las autoridades judiciales de la UE.

Cada sociedad define su relación entre lo secreto y lo público y puede afirmarse que Suecia instaló y adscribe desde antiguo a un modelo que algunos llaman el “modelo anti-secreto”⁽⁴⁾, abriendo lo privado a lo público.

Según las normas, la doctrina de los autores y la experiencia, esta tendencia sueca a transparentar las relaciones sea más intensa que en otras naciones. Incluso, los datos de naturaleza impositiva y patrimonial no pertenecen a la esfera de lo confidencial y las declaraciones fiscales son públicas, pues todo el mundo puede consultar el calendario impositivo, que contiene los datos de todos los contribuyentes obligados a tributar al fisco y su renta declarada. El libre acceso a los documentos oficiales rige plenamente. Y también el Estado, no a instancias de la madre de un menor, sino de terceros, puede investigar la paternidad del aludido niño. Hay, en fin, otros muchos ejemplos de cómo lo privado se vuelve público.

3.I IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE PRENSA EN SUECIA

Prueba de la importancia que la Constitución de Suecia le da a la libertad de prensa es que al momento de adherir a la Unión Europea, se enmendó el Capítulo

(3) GÖTHE, Erik, *Freedom of the press*, Stockholm.

(4) PHILIPPE Ariès y DUBY, Georges, *Historia de la vida privada*, tomo 5, De la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, Taurus, Madrid, 2001, p. 522.

10, artículo 5 del instrumento de Gobierno, el cual, con su nueva redacción, le permite al Parlamento sueco transferir a favor de los órganos de la UE competencias judiciales, pero excluye expresamente de esa transferencia algunas cuestiones precisas: la enmienda y abrogación de la ley fundamental; 2) la Ley del Parlamento o las elecciones de parlamentarios; 3) o “restricciones a los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo 2”.

En el Capítulo 2, artículo 1, como se dijo antes, se menciona la libertad de expresión y la libertad de información. Por lo cual cabe afirmar que Suecia no admite la competencia judicial europea en materias vinculadas con asuntos vinculados con libertad de expresión y de información, lo que incluye “la naturaleza pública de los documentos públicos, la libertad de información, la prohibición de censura, la protección de las fuentes y el sistema de responsabilidad editorial⁽⁶⁾. En ninguna de estas materias el Parlamento admitirá competencias judiciales de la UE.

Se puede afirmar que el derecho a la información, se apoya en algunos pilares básicos:

- el libre acceso de todo sueco a los documentos públicos⁽⁶⁾,
- la prohibición de censura⁽⁷⁾,
- la libertad de comunicar,
- la protección de las fuentes y el deber legal de proteger su identidad,
- el sistema de responsabilidad editorial⁽⁸⁾,
- la exclusividad de persecución⁽⁹⁾,

(5) The Constitution of Sweden, *op. cit.*, p. 40 y Capítulo 10, artículo 5 Instrumento de Gobierno, página 82.

(6) El principio de publicidad admite unas pocas excepciones, que están reguladas en la Ley del Secreto: información sobre la vida privada (pero sí es público el pago de impuestos); la información que pueda comprometer la seguridad nacional, la investigación de un crimen; información vinculadas con cambios aún no implementados en la economía, y sobre empresas públicas, cuando su difusión pueda dar una ventaja injusta a compañías de la competencia.

(7) FPA 1:2; FLFE 1:3. La provisión de censura es virtualmente absoluta y sólo se la admite en lo vinculado con para la autorización de películas y videos.

(8) Sólo es responsable por las publicaciones el editor inscripto (FPA Capítulo 8, FLFE, Capítulo 6), no el periodista, y se presume, sin admitir prueba en contrario, que el editor conoce el contenido de lo publicado.

(9) Las leyes de Libertad de Prensa y de Libertad de expresión, en las normas 1:3 y 1:4, respectivamente, prohíben que los organismos estatales persigan los abusos cometidos por la prensa excepto en lo que las leyes autorizan expresamente. Y, además, establecen expresamente el criterio de que las personas que son llamadas a juzgar tales casos (en juicio oral, FPA 9:2,

- el juicio por jurados⁽¹⁰⁾.

No vamos a ahondar en algunos de esos aspectos, que sí son ampliamente conocidos por nuestros juristas.

Basta señalar que, con la introducción de un único responsable, el editor, los legisladores han instituido una víctima propiciatoria para todas las violaciones de la libertad de prensa proveyendo una persona que –con su cadena de sustitutos– siempre puede ser responsabilizada de cualquier trasgresión, han exonerado intencionalmente al culpable concreto. Y la ley prohíbe en forma explícita que se investiguen o se revelen las fuentes de información de los periodistas. De allí se deduce que una persona que colabora con un periódico como periodista o informante no sólo cuenta con la expresa protección legal contra acciones legales, sino que al ser inimputable, su identidad se vuelve inmaterial y es inadmisibles como sujeto legal. Debe tenerse en cuenta que esta protección se extiende también a los empleados públicos, que son libres de dar información a los periódicos y otros medios sin temor a repercusiones legales o presiones extralegales.

La razón de la protección tan extrema de las fuentes de información es que en Suecia los medios son considerados el tercer poder, que mantiene en raya a los otros dos, el Gobierno y el Parlamento y necesita tener una visión tan clara y completa como sea posible de las actividades de la sociedad⁽¹¹⁾.

La FPA y la FLFE protegen las fuentes de noticias y de toda información en dos grupos separados de normas: uno, vinculadas respectivamente con la naturaleza pública de los documentos públicos, lo que en otros países se llama acceso a la información y que no es objeto de este estudio, y, el segundo grupo de normas, vinculado con a) el derecho de los ciudadanos de comunicar y la inmunidad de persecución penal y b) el derecho al anonimato. Este conjunto de normas, que

FLFE 7:1) “deben tener en mente que la libertad de expresión es uno de los fundamentos de la sociedad libre. Deben dirigir su atención a este objetivo más que a la manera de la presentación del caso. Y en caso de duda deben absolver, antes que condenar”.

⁽¹⁰⁾ Los tribunales normales sufren modificaciones especiales cuando tratan casos de prensa. Con el criterio de que los legos tienden a ser más tolerantes con los medios agresivos que los magistrados, los casos de prensa son juzgados por un jurado (salvo que ambas partes se pongan de acuerdo en prescindir de él). El jurado, institución que fuera de este caso es ajena a la tradición judicial sueca, está formado por nueve miembros no profesionales. La tarea del jurado es confirmar o desechar las acusaciones específicas que el tribunal le somete sobre la culpabilidad del editor responsable. Para condenar, es necesario que por lo menos seis miembros (dos tercios) del jurado estén de acuerdo. Si el veredicto es de culpabilidad, el tribunal judicial puede absolver, pero si el veredicto es de inocencia (no culpabilidad), el tribunal judicial no puede condenar.

⁽¹¹⁾ Los medios de comunicación, Instituto Sueco, noviembre de 1999.

analizaremos a continuación, que convergen en la protección de las fuentes de información, forman una parte esencial del llamado “secreto editorial” (*editorial secrecy*).

Donde sí quiero hacer hincapié aquí es en el *derecho de los funcionarios de comunicar y la inmunidad de persecución penal*.

La norma FPA 1:1 establece, en el párrafo 3, “el derecho de comunicación” (*freedom of communication*), que en el sistema sueco de protección de libertad de expresión está consagrado con una notable amplitud, mayor que la que se conoce en otras latitudes. En efecto, la norma citada dice:

“Todas las personas serán igualmente libres, salvo lo que establezca esta ley, para comunicar información y opiniones sobre cualquier manerita, para su publicación impresa, a cualquier autor u otra persona que será considerada el originador del material contenido en esa publicación, el editor o una empresa que profesionalmente recoge información para su publicación periódica”.

Esto quiere decir que no sólo toda persona tendrá el derecho de buscar información para ese propósito de comunicarla, sino que también toda persona y, en particular los funcionarios públicos, tienen derecho de comunicar información a los medios sin temor de sufrir represalias.

Con una norma similar, la FLFE 1:2, dice: “Todo ciudadano sueco tendrá garantizado el derecho a comunicar información o cualquier asunto a autores u originadores, editores, oficinas editoriales, agencias de noticias y empresas productoras para la publicación en programas radiales o para su registro. También tendrá el derecho de procurar información para ese propósito”.

El derecho de comunicación significa que una persona puede proveer información para su publicación incluso si esa información no pudiera ser provista.

Esta libertad de comunicación mejora las posibilidades de que irregularidades sean públicamente puestas de manifiesto y discutidas. Esa libertad de comunicar les brinda a los oficiales públicos la oportunidad de informar a los medios, si consideran que el interés público de la sociedad de conocer la operación de los funcionarios pesa más que el interés que protege el secreto⁽¹²⁾.

Estas normas significan que la fuente no podrá ser responsabilizada por la comunicación de la información que, en sí mismo, constituya una ofensa.

(12) Publicación oficial del Ministerio de Justicia de Suecia, *Public access to information and secrecy with Swedish authorities*, Regeringskansliet, Sweden, 2002.

En términos prácticos, el caso más importante es el que un funcionario civil o local entregue material protegido por la Ley de Secreto a una persona con competencia para su publicación (periódico, agencia de noticias, etcétera). La regla básica es que no puede ser condenada por quebrantar su deber de conservar la reserva, salvo excepciones (FPA 3:3, cuando la persona que tiene el deber de reserva autoriza a revelar su identidad o ella misma la revela de alguna manera o se confiesa culpable de alta traición, espionaje o haber entregado documentación que no era de acceso público o haber obrado en violación de una expresa obligación legal expresa de reserva. La norma FLFE 5:3 contiene una previsión idéntica).

El derecho a la comunicación protege al informante y a la información entregada con la intención de su publicación, independiente de que luego se la publique o no. Un periodista que haya recibido información no puede revelar su fuente⁽¹³⁾. Y esa explicación tiene expreso sustento legal.

En un conocido caso en Suecia⁽¹⁴⁾, un organismo de gobierno, The Geological Survey of Sweden (SGU) investigó la posibilidad de drenar desechos nucleares hacia el suelo. Una nota publicada en un periódico aseguró que el directorio de SGU había prohibido a sus investigadores hacer declaraciones sobre las pruebas que se estaban realizando. Entonces, una asociación ambientalista pidió al Ombudsman Parlamentario un examen de la cuestión. El Ombudsman Parlamentario aseguró que sobre los empleados de SGU no pesaba obligación legal de mantener el secreto. El derecho constitucional de comunicarse con la prensa no puede ser limitado por un acuerdo entre SGU y la empresa u organismo que lo contrató. Por eso, el ombudsman no encontró obstáculo alguno para que los investigadores se comunicaran con los periódicos.

En el caso JO 1983/1984 s. 473, el Ombudsman Parlamentario también sostuvo que una agente del servicio médico público (estaba en debate la pertinencia de recortes al sistema de salud y la agente reveló un caso de mala atención asistencial a un paciente) tiene derecho a comunicar libremente información a los medios como parte del principio de publicidad. Sólo en los casos especificados por las leyes de prensa o la Ley de Secretote Estado existe el deber de guardar reserva.

(13) Journalist Förbundet, *About the Swedish Union of Journalist*, Sweden, 2002.

(14) La información sobre los casos comentados en este capítulo fue recogida personalmente en Suecia, sobre la base de entrevistas realizadas en el Ministerio de Justicia sueco, durante un viaje a ese país, y sobre la base de documentos allí obtenidos. Dos de las varias agentes entrevistadas fueron Eva Lenberg y Helen Svenson, Consejeras de Asuntos Legales del Ministerio de Justicia (Rosenbad 4 St.)

Del mismo modo, en el caso JO 2000/2001 s. 555, de diciembre de 2000, se discutió el derecho de una municipalidad a establecer una cláusula de lealtad para conceder aumentos de salarios a los funcionarios públicos y la reprimenda que impuso a un agente por suministrar información sobre su lugar de empleo a los medios. En este caso, el Ombudsman Parlamentario Nils-Olof Berggren, dijo que “el Capítulo 2 del Instrumento de Gobierno garantiza libertad de expresión a todos los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública, lo que implica la libertad de comunicar información o expresar ideas, opiniones o creencias, en forma escrita, oral, gráfica o cualquier otra forma. La libertad de expresión es un requisito fundamental para un debate libre sobre las acciones de los funcionarios públicos y sobre como ellos desempeñan sus cargos. Y la legislación de libertad de expresión provee a los empleados públicos exactamente con la misma garantía y libertad que tiene todo ciudadano. El Instrumento de Gobierno, cuando protege la libertad de expresión, provee una salvaguardia contra el Estado, garantía que significa que ninguna autoridad pública puede tomar acciones, formal o informalmente, contra funcionario alguno por el hecho de que hayan ejercido el derecho constitucional de opinar y de expresarse, incluso si la información entregada por el funcionario fue errónea. La autoridad sólo podrá corregir esa información, si es errónea, suministrando información más exacta, pero no puede tomar represalias respecto del funcionario.

4.U NA PROTECCIÓN COMPLETA

Así, vemos que la libertad de expresión, en Suecia, está sujeta a una protección muy amplia, que incluso desafía el secreto oficial y no sólo reconoce el derecho de los ciudadanos a la información y el derecho de los medios a buscarla y difundirla, sino también el derecho de los funcionarios a comunicarse con los medios.

En definitiva, nuestros países disfrutan de constituciones, reglas, institutos y promesas, pero les falta vivir la libertad como una realidad cotidiana. De eso se trata la promesa de la democracia.

***III)* CONTROL DEL
PODER Y SUS
MODALIDADES**

LOS PROBLEMAS DEL CONTROL DEL PODER Y EL AUTORITARISMO EN VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS (*)
(Venezuela)

SUMARIO: Introducción. **I.** El desdibujamiento del Sistema de Separación de Poderes y la concentración del poder en el Régimen autoritario venezolano. **II.** El sometimiento del Poder Judicial en el Estado autoritario venezolano. **III.** La Centralización del poder en la “Federación descentralizada” venezolana y la ausencia de real participación política en el autoritarismo venezolano. **IV.** El Poder Electoral sometido, la demolición del multipartidismo y las limitaciones a la libertad de expresión en el autoritarismo venezolano. Apreciación final.

INTRODUCCIÓN

El profesor Diego Valadés, mi apreciado amigo de tantos años, es quizás el constitucionalista latinoamericano que más se ha dedicado al estudio del tema de *El Control del Poder* que signa este merecido homenaje que le rinden sus amigos. La antítesis de este tema, por supuesto, es el autoritarismo que como sistema político se configura en un Estado, precisamente cuando no hay control del poder, es decir, al amparo del deterioro y desmantelamiento de los sistemas de control del poder.

Al tema le dedicó Valadés, entre otros, su libro sobre *El Control del Poder*⁽¹⁾, que en 2007 reeditamos en Venezuela, el cual consideré era “un llamado

(*) Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York (2006-2007).

(1) Véase Diego Valadés, *El Control del Poder*, Colección Estudios Jurídicos No. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

de atención oportuno frente al modelo de Estado autoritario que ha recommenzado a aparecer en América Latina en estos primeros años del siglo XXI”. En el Prólogo a la edición venezolana de dicha obra, de 2007, además, destacaba que:

“El control del poder sólo es posible, efectivamente, en los Estados democráticos, y no es posible en los Estados autoritarios, ni siquiera cuando el modelo de autoritarismo, como el que estamos comenzando a experimentar en América latina, tiene la peculiaridad de que no es producto de un clásico golpe de Estado militar, como ocurrió en el transcurso de las últimas décadas del Siglo pasado, sino en elecciones populares. Se trata de un autoritarismo con supuesto apoyo popular, como fueron todos los del Siglo pasado, pero además, con origen electoral. Lo que es cierto, en todo caso, es que ni uno ni otro modelo autoritario es democrático, ni puede considerarse como un Estado de derecho, pues carece de los componentes esenciales de la democracia, que son bastante más que la sola elección popular de los gobernantes”⁽²⁾.

Este es precisamente, el modelo autoritario que lamentablemente se ha venido arraigando en Venezuela desde que la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue electa sin que sobre ella existiese previsión alguna en la Constitución entonces vigente de 1961, diera un golpe de Estado contra la misma ⁽³⁾. En la década subsiguiente, luego del inicial asalto al poder, sin control, lo que hemos vivido en Venezuela ha sido la conformación de un régimen autoritario en fraude a la Constitución y a la democracia, sobre lo cual quiero ahondar en estas notas en homenaje a Valadés⁽⁴⁾.

En efecto, el Estado Constitucional, es decir, el Estado democrático sometido al derecho, se caracteriza por sobre todo, la existencia de un sistema de control

(2) Véase Allan R. Brewer-Carías, «Prólogo a la edición venezolana», *Idem*, p. 9.

(3) Un golpe de Estado escribió Valadés, ocurre cuando se produce “el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente electo”; agregando, incluso, como ejemplo que “un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado”. Véase Diego Valadés *Constitución y democracia*, UNAM, México, 2000, p. 35 y en “La Constitución y el Poder”, en Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados, UNAM, México, 2000, p. 145.

(4) Del tema, además, nos hemos ocupado recientemente, en el texto de la Ponencia presentada al Primer Foro Nacional de Colombia sobre *Problemas del Estado Colombiano. Funciones y disfunciones en el esquema de control*, organizado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Asociación de ex Magistrados de las Altas Cortes, ASOMAGISTER (Tercera Jornada de Reflexión), Bogotá, 2 de agosto de 2007.

efectivo del poder, de manera que la democracia como régimen político, es bastante más que la sola elección popular de los gobernantes y sólo existe en realidad, cuando el ejercicio del poder puede ser controlado, tanto por la Sociedad como por los propios órganos del Estado. Y para que esto pueda ocurrir, de manera que “no se pueda abusar del poder”, es necesario, como lo decía Montesquieu, “que por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”⁽⁵⁾.

De este postulado teórico y de las Revoluciones Norteamericana (1776) y Francesa (1789), derivó el principio de la separación de poderes que se convirtió en uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno⁽⁶⁾, y posteriormente, de la propia democracia como régimen político, para garantizar que quienes sean electos para gobernar y ejercer el poder estatal no abusen del mismo.

Es por ello que algo más de doscientos años después de aquellas Revoluciones, la *Carta Democrática Interamericana* de la OEA adoptada en Lima el 11 de septiembre de 2001, al enumerar los “elementos esenciales” de la democracia representativa, incluyó, entre ellos, al principio de la *separación e independencia de los poderes públicos*, además de los que se refieren al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; y al régimen plural de partidos y organizaciones políticas (art. 3)⁽⁷⁾.

Ese elemento de la separación e independencia de los poderes públicos es, precisamente, el que permite y se configura a sí mismo, como el sistema de control del poder, siendo además el que puede garantizar la existencia de los otros elementos y componentes fundamentales de la democracia, ya que, en definitiva, sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones completamente libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que puede haber efectiva

(5) Montesquieu partía de su apreciación general de que “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites...”. Véase en *De l’Esprit des Lois* (ed. G. Tunc), Paris, 1949, Vol. I, Libro XI, Cap. IV, pp. 162-163

(6) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al Constitucionalismo Moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

(7) Véase sobre la Carta Democrática Interamericana y la crisis de la democracia en Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002* Ediciones El Nacional, Caracas, 2002, pp. 137 y ss.

participación democrática; sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia en el en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos.

La democracia como régimen político, por tanto, sólo puede existir en un sistema estatal donde el Poder pueda ser controlado, a cuyo efecto el Estado Constitucional ha venido configurando sistemas de control para establecer mecanismos de contrapesos en el ejercicio de sus poderes, mediante su división o separación horizontal, que entre otros aspectos permita el ejercicio de los recursos judiciales de control; y su distribución vertical o territorial mediante sistemas de descentralización política. Todo ello es lo que, a la vez, puede permitir que los ciudadanos puedan controlar a los gobernantes mediante la realización de elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana, desarrolladas sobre la base de un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático, y la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que pueda movilizar la opinión pública.

Los problemas de cualquier Estado democrático de derecho radican, precisamente, en la efectiva estructuración de estos sistemas de control del poder. En cuanto a los Estados autoritarios, los mismos se montan, precisamente, con la destrucción, desmantelamiento o neutralización de los sistemas de control del poder, tal y como ha venido ocurriendo en Venezuela.

I.E L DESDIBUJAMIENTO DEL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES Y LA CONCENTRACIÓN DEL PODER EN EL RÉGIMEN AUTORITARIO VENEZOLANO

La historia de la humanidad nos ha enseñado que demasiada concentración y centralización del poder como ocurre en cualquier gobierno autoritario, así tenga origen electoral, inevitablemente conduce a la tiranía. Sobre ello, el mundo ya ha tenido demasiadas experiencias que han mostrado a tiranos que usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego mediante su ejercicio incontrolado, desarrollaron gobiernos autoritarios que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos.

Lamentablemente ello es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela a la vista de todo el mundo democrático en estos primeros años del siglo XXI, donde

partiendo de elementos insertos en la misma Constitución de 1999⁽⁸⁾, se ha arraigado un gobierno autoritario al establecerse un principio de concentración del poder en manos de la Asamblea Nacional y, consecuentemente, el sometimiento de todos los poderes del Estado al Poder Ejecutivo dado el control político que éste ejerce sobre la Asamblea Nacional.

Este germen de concentración del poder y, por tanto, de negación del principio de la separación horizontal del poder lo advertimos en 1999, antes incluso de que la Constitución fuera aprobada en referendo⁽⁹⁾; y lamentablemente ha sido con base en la propia Constitución que en los últimos años se ha instrumentando en Venezuela, el sistema político estatal autoritario que padecemos, basado en una total concentración y centralización del poder, con consecuencias demoledoras para la propia democracia y el Estado de derecho.

El primer signo de concentración del poder en la Constitución de 1999 fue, contradictoriamente, la misma división del poder del Estado que se estableció con florido verbalismo, no entre los tres clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino agregando a ellos dos poderes más, el Ciudadano y el Electoral (art.

(8) Véase los comentarios críticos a la semilla autoritaria en la Constitución de 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999) Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 311-340; “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999” en el libro de Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santa Fé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en el libro *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88.

(9) En la campaña para el referendo aprobatorio constitucional al propugnar el “Voto No”, advertimos que si la Constitución se aprobaba, ello iba a implicar la implantación en Venezuela, de “Un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado. En mi opinión -agregaba-, esto no es lo que se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil” (30-11-1999). Véase en Allan R. Brewer-Carías *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 339.

136). Se trató, así, de la única Constitución del mundo con una penta división de los Poderes del Estado (*Branches of Government*). Sin embargo, sean tres o sean cinco los poderes del Estado, para que la separación entre ellos y su control mutuo pueda ser efectivo, es esencial que los mismos sean independientes y autónomos; y ello, precisamente, fue lo que no se aseguró en Venezuela, habiéndose previsto en la Constitución la dependencia de todos los poderes (excepto del Ejecutivo) respecto de la Asamblea Nacional, al atribuírsele a ésta no sólo la potestad de nombrar a sus titulares, como es común en el constitucionalismo, sino de removerlos de sus cargos, sin garantías efectivas de estabilidad. Por tanto, en Venezuela, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo y a los Miembros del Consejo Nacional Electoral (Art. 265, 279 y 296), incluso en algunos casos por simple mayoría de votos de los diputados, pueden ser removidos por los diputados.

Simplemente, es imposible que pueda hablarse de independencia de los poderes públicos cuando la misma existencia de sus titulares depende de la voluntad política de uno de ellos, que puede removerlos precisamente cuando actúen con alguna independencia⁽¹⁰⁾. Y ello es lo que ha ocurrido en los últimos años en Venezuela, donde cuando ha habido algún mínimo signo de autonomía e independencia en las acciones de alguno de los titulares de los altos órganos del Estado, éstos han sido inmisericordemente removidos de sus cargos⁽¹¹⁾.

La consecuencia fundamental que ha provocado esta “dependencia” fáctica de los órganos de control frente a la Asamblea Nacional, ha sido la abstención total de aquellos en ejercer de control alguno, como ha sucedido, por ejemplo, con el Contralor General de la República, quien materialmente abandonó sus funciones de control fiscal en medio del desenfrenado gasto público que ha habido por la bonanza petrolera, salvo cuando se ha tratado de adoptar decisiones de responsabilidad administrativa para inhabilitar en el ejercicio de funciones públicas a determinados funcionario, con el efecto de impedirles postularse para cargos de elección popular.

(10) Véase “Democracia y control del poder”, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Universidad de Los Andes, Mérida 2004, pp. 25 ss.

(11) Así ocurrió en 2000 con los Miembros del Consejo Nacional Electoral, en 2001 con la Defensora del Pueblo y el Fiscal General de la República; y en 2004 con algunos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El caso de la Defensora del Pueblo fue patético, al pensar que tenía autonomía para impugnar la Ley Especial de la Asamblea Nacional de 2001, sobre nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo sin cumplir con los requisitos constitucionales. Por ello, fue sustituida.

La dependencia de los poderes del Estado en relación con la Asamblea Nacional, se consolidó, además, mediante la burla sistemática que la misma Asamblea efectuó respecto del novedoso sistema que la Constitución de 1999 estableció para limitar la discrecionalidad parlamentaria en la designación de los altos funcionarios del Estado, asegurando la participación de la sociedad civil en la designación de los titulares de los diversos poderes públicos, y evitar las designaciones de antaño, exclusivamente partidistas.

La Constitución estableció que los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, a Fiscal General de la República, a Contralor General de la República, a Defensor del Pueblo y a miembros del Consejo Nacional Electoral, debían ser escogidos por unos sendos Comités de Postulaciones que debían estar “integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad”. Frente a pérdida del poder discrecional de la Asamblea Nacional que ello implicaba, su respuesta, en un evidente fraude a la Constitución, fue la configuración legislativa de dichos Comités de postulaciones como simples Comisiones parlamentarias “ampliadas”, integrados por diputados quienes por definición no son ni pueden ser representantes de la “sociedad civil” y, además, por algunas otras personas debidamente escogidas a dedo por la propia Asamblea como “representantes” de la sociedad civil, por supuesto de organizaciones “muy gubernamentales”⁽¹²⁾.

Todo este marco institucional ha dado origen a la primacía de la Asamblea Nacional sobre los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, lo que en la práctica política y constitucional ha conducido a la concentración total del poder en manos del Ejecutivo, dado el control político partidista que éste ejerce sobre la Asamblea Nacional.

Todo este sistema de ausencia de autonomía y de dependencia de los poderes del Estado respecto del Ejecutivo Nacional, por supuesto, en particular, han sido catastróficos en relación con el Poder Judicial, el cual desde que fue intervenido por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 ⁽¹³⁾, ha continuado intervenido por el eje Ejecutivo-Asamblea Nacional, pero con la lamentable anuencia y complicidad del propio Tribunal Supremo de Justicia, como juez constitucional, el cual se ha abstenido de asumir el completo gobierno del Poder Judicial,

(12) Véase Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica, 2005, pp. 76-95.

(13) Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), Caracas, 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

permitiendo una inconstitucional convivencia con la mencionada Comisión de Reorganización del Poder Judicial –a la cual ha legitimado– con poderes disciplinarios que conforme a la Constitución sólo unos jueces disciplinarios nombrados por concurso podrían ejercer.

II. E L SOMETIMIENTO DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO AUTORITARIO VENEZOLANO

En efecto, la pieza esencial en un sistema de separación de poderes para que el poder pueda controlar al poder, es la existencia de un Poder Judicial autónomo e independiente. A tal efecto, para garantizarlo, la Constitución de 1999 estableció unas sofisticadas previsiones las cuales, lamentablemente han sido letra muerta.

En efecto, el principio de la independencia y autonomía del Poder Judicial está declarado en el artículo 254 de la Constitución de 1999, en particular al disponer las normas relativas al ingreso a la carrera judicial y a la permanencia y estabilidad en los cargos. A tal efecto, en cuanto a la carrera judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, el ingreso a la misma y el ascenso de los jueces sólo se debería hacer mediante concursos públicos de oposición que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes, debiendo la ley además garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces.

Por otra parte, la Constitución dispuso que los jueces sólo podían ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante juicios disciplinarios llevados por jueces disciplinarios (art. 255). Sin embargo, ni una ni la otra cosa se han implementado en Venezuela. Hasta 2008, no se han realizado los concursos, y la jurisdicción disciplinaria no se ha creado.

Desde 1999, en esta materia, en Venezuela ha existido una inacabada, inconclusa y moldeable “transitoriedad constitucional”⁽¹⁴⁾, que, por ejemplo, ha permitido la sobrevivencia hasta 2008, de una Comisión de Funcionamiento del Poder Judicial que ejerce poderes disciplinarios sobre los jueces, contrariando lo dispuesto en la Constitución y, lo más grave, con la anuencia de la Jurisdicción Constitucional que ha avalado la inconstitucionalidad, socavando los principios fundamentales del control democrático del poder, de la democracia y del Estado de derecho ⁽¹⁵⁾.

(14) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 179 y ss.

(15) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la “In “Justicia constitucional. La sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007, pp. 163 ss.; y “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e indepen-

Es decir, lamentablemente, nada de lo que estableció la Constitución para asegurar la independencia y autonomía de los jueces se ha implementado, y en 2008 todavía no se habían realizado los concursos públicos, después de que en pocos años, a partir de 1999, se destituyeron a materialmente casi todos los jueces del país, y se nombraron a dedo para reemplazarlos, a jueces provisorios o temporales, sin estabilidad alguna en sus cargos, siendo por ello susceptibles de manipulación política⁽¹⁶⁾.

Por ello, en el *Informe Especial* sobre Venezuela del año 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”.⁽¹⁷⁾ En 2006, sin embargo, en lugar de los concursos, lo que se estableció fue un sistema de titulación de los jueces suplentes, sin concursos, en clara violación de la Constitución. Es decir, el sentido de las normas constitucionales, en la práctica política ha sido distorsionado o desconocido, mediante un proceso de intervención sistemática y continua del Poder Judicial, que comenzó con la que decretó la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, y que ha continuado mediante la demolición de su autonomía.⁽¹⁸⁾

Por otra parte, después de casi una década de vigencia de la Constitución, en 2008 aún no se había establecido la jurisdicción disciplinaria de los jueces que

dencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

⁽¹⁶⁾ Esta trágica situación de la provisionalidad de los jueces con la consecuente notoria falta de independencia que afecta al sistema judicial en Venezuela, desde 2002 fue advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las *Observaciones Preliminares* formuladas el 10 de mayo de 2002 (Véase “Comunicado de Prensa” de 10-05-2000, en *El Universal*, Caracas 11-5-2002), que formuló con motivo de su visita a Venezuela, señalando que: “luego de casi tres años de reorganización del Poder Judicial, un número significativo de los jueces tiene carácter provisorio, que oscila entre el 60 y el 90% según las distintas fuentes. Ello afecta la estabilidad, independencia y autonomía que debe regir a la judicatura” (*Idem*, párrafo 30); agregando que había sido: “informada que el problema de la provisionalidad de los jueces se ha profundizado y aumentado desde que el presente Gobierno inició un proceso de reestructuración judicial” (*Idem*, p. 31).

⁽¹⁷⁾ *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003* párrafo 161.

⁽¹⁸⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174.

exige la Constitución (artículos 254 y 267) tendiente a garantizar su sola remoción mediante juicios disciplinarios, por jueces disciplinarios, por lo que con la anuencia del propio Tribunal Supremo, ha continuando en funcionamiento la “transitoria” Comisión de Reorganización del Poder Judicial (creada en 1999), que ha removido a los jueces sin debido proceso, y ha dado pie a la instauración de los mencionados jueces provisorios.

El resultado ha sido, como la mencionada Comisión Interamericana de Derechos Humanos también lo registró en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela contenido en el Capítulo IV del *Informe* que rindió ante la Asamblea General de la OEA en 2006, que los “casos de destituciones, sustituciones y otro tipo de medidas que, en razón de la provisionalidad y los procesos de reforma, han generado dificultades para una plena vigencia de la independencia judicial en Venezuela.”⁽¹⁹⁾; destacando aquellas “destituciones y sustituciones que son señaladas como represalias por la toma de decisiones contrarias al Gobierno”⁽²⁰⁾; concluyendo que para 2005, según cifras oficiales, “el 18,30% de las juezas y jueces son titulares y 81,70% están en condiciones de provisionalidad”⁽²¹⁾.

Por otra parte, en cuanto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como se ha dicho, la Constitución de 1999 creó el Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), como un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a Magistrados (art. 264); el cual también debía asesorar a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité debía haber estado integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, pero la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, lo que reguló fue una Comisión parlamentaria ampliada, controlada por el Parlamento, burlando la disposición constitucional⁽²²⁾.

Pero las actuaciones al margen de la Constitución comenzaron en esta materia en 1999, con el nombramiento “transitorio” de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Constituyente sin cumplirse los requisitos constitucionales que imponían la necesaria participación de la sociedad civil en los nombramientos. En esa forma, las previsiones constitucionales sobre condiciones para ser magistrado y los procedimientos para su designación

(19) *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2006*, párrafo 291.

(20) *Ídem*, párrafos 295 y ss.

(21) *Ibidem*, párrafo 292.

(22) Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 32 ss.

con participación de los sectores de la sociedad, se violaron desde el inicio, continuándose luego las violaciones por la Asamblea Nacional en 2000 al hacer las primeras designaciones conforme a una “Ley especial” sancionada para efectuarlas transitoriamente, con contenido completamente al margen de las exigencias constitucionales.

Después vino la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, aprobada en medio de una amplia discusión y cuestionamiento respecto de la mayoría calificada que se requería por la Constitución, por tratarse de una ley orgánica. La reforma aumentó el número de Magistrados de 20 a 32, que fueron elegidos por la Asamblea Nacional, en un procedimiento enteramente dominado por el Presidente de la República ⁽²³⁾. Por ello, incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su *Informe* a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004”⁽²⁴⁾.

Por otra parte, en cuanto a la estabilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 265 de la Constitución dispuso que los mismos podían ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano. Como cuestión de principio puede decirse que con una disposición como esta, ciertamente, la autonomía e independencia de los magistrados desapareció, conformando una vía de injerencia no conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la administración de Justicia. Sin embargo, lo grave en esta materia es que en 2004, mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en evidente fraude a la Constitución, se estableció que los magistrados del Tribunal Supremo podían ser removidos con el voto de la mayoría absoluta de los diputados,

⁽²³⁾ En víspera de los nombramientos, el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo⁽²³⁾, luego designado Ministro de Interior y Justicia, declaró a la prensa que “Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tomada muy en cuenta.” (Resaltado añadido). Agregó: “Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.” Véase en *El Nacional*, Caracas, 13-12-2004.

⁽²⁴⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180.

al crearse una causal de remoción que se denominó “revocación del acto administrativo renombramiento”⁽²⁵⁾. Ello provocó la destitución o “jubilación” de los Magistrados que osaron no seguir la línea gubernamental⁽²⁶⁾, con lo cual el gobierno asumió un control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia en general, y de cada una de sus Salas en particular, especialmente de la Sala Constitucional.

En esta forma, en Venezuela se ha configurado un Tribunal Supremo de Justicia altamente politizado y sujeto a la voluntad del Presidente de la República, que ha eliminado en la práctica toda la autonomía del Poder Judicial y el propio postulado de la separación de los poderes, como piedra angular del Estado de Derecho y de la vigencia de las instituciones democráticas; y ha eliminado toda posibilidad de control judicial efectivo del poder por parte de los ciudadanos⁽²⁷⁾.

Este sometimiento del Tribunal Supremo a la voluntad del Ejecutivo Nacional, ha sido ciertamente catastrófico en relación a la autonomía e independencia del Poder Judicial, particularmente si se tiene en cuenta, además, que dicho Tribunal ejerce el gobierno y administración de todo el Poder judicial. Todo ello ha alienado al Poder Judicial de su función fundamental de servir de instrumento de control de las actividades de los otros órganos del Estado para asegurar su sometimiento a la ley.

(25) Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2000, pp. 41 y ss.

(26) Fue el caso, por ejemplo, del Vice Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien fue Ponente de la sentencia de la Sala Plena Accidental de 14-08-2002 en la cual se decidió el antejuicio de mérito a los generales que actuaron el 12 de abril de 2002, declarando que no había mérito para enjuiciarlos porque en esa ocasión no había ocurrido un golpe militar sino un vacío de poder; y del Presidente de la Sala Electoral y otros Magistrados de la misma Sala, quienes suscribieron la sentencia de fecha sentencia N° 24 del 15-03-2004 que suspendió los efectos de la Resolución N° 040302-131 de 02-03-2004, del Consejo Nacional Electoral que en su momento impidió la realización del referendo revocatorio presidencial (Caso: *Julio Borges, César Pérez Vivas, Henry Ramos Allup, Jorge Sucre Castillo, Ramón José Medina y Gerardo Blyde vs. Consejo Nacional Electoral*).

(27) El propio Presidente de la República se ha encargado de decir cómo es que tiene que funcionar el Tribunal Supremo, consultando previamente al jefe de Estado, cuando al referirse a una sentencia de la Sala Constitucional muy criticada, en la cual reformó de oficio una norma de la Ley del Impuesto sobre la renta, simplemente dijo “Muchas veces llegan, viene el Gobierno Nacional Revolucionario y quiere tomar una decisión contra algo por ejemplo que tiene que ver o que tiene que pasar por decisiones judiciales y ellos empiezan a moverse en contrario a la sombra, y muchas veces logran neutralizar decisiones de la Revolución a través de un juez, o de un tribunal, o *hasta en el mismísimo Tribunal Supremo de Justicia, a espaldas del líder de la Revolución*, actuando por dentro contra la Revolución. Eso es, repito, traición al pueblo, traición a la Revolución”. Véase, *Discurso del Presidente de la República en el Primer Evento con propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela* Teatro Teresa Carreño, Caracas, 24 marzo, 2007.

III.L A CENTRALIZACIÓN DEL PODER EN LA “FEDERACIÓN DESCENTRALIZADA” VENEZOLANA Y LA AUSENCIA DE REAL PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL AUTO- RITARISMO VENEZOLANO

Pero además de en la separación horizontal de poderes, el Estado constitucional y democrático de derecho está montado sobre un sistema de distribución vertical o territorial del poder, el cual además de contribuir también al control del poder por el poder mismo, garantice la participación política democrática en entidades territoriales descentralizadas dotadas de autonomía política.

Ese sistema, también con un lenguaje florido, se enunció en la Constitución de 1999 al definirse la forma del Estado como la de un “Estado federal descentralizado” (art. 4); pero en la práctica política, también lamentablemente, conforme a normas contradictorias de la propia Constitución⁽²⁸⁾, lo que se ha producido en Venezuela en los últimos años ha sido la progresiva centralización del poder en los niveles nacionales del Estado, en perjuicio de los Estados y municipios, lo que a su vez ha provocado una distorsión del propio ejercicio de la democracia y de la participación popular, encubierta por un falaz discurso populista que pretende sustituir la democracia representativa por una “democracia participativa”, como si se tratara, además, de conceptos dicotómicos, conduciendo en realidad a la propia destrucción de la democracia.

En la Constitución de 1999, en efecto, en materia de descentralización política se retrocedió institucionalmente⁽²⁹⁾ al eliminarse el Senado, y con ello, el prin-

⁽²⁸⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 2001, 187 pp. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado Federal descentralizado’ y la centralización de la Federación en Venezuela. Situación y Perspectiva de una contradicción constitucional”, en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, 292-293, mayo-diciembre 2003, Madrid, 2003, pp. 11-43.

⁽²⁹⁾ Por ello, también con motivo de la realización del referendo aprobatorio de la Constitución de 1999, en el mismo documento explicativo de las razones por las cuales en su momento propugnamos el “Voto No”, advertíamos que “La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia era desmontar el centralismo de Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. La Asamblea Constituyente –agregábamos–, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación” (30-11-1999). Véase, en Allan R. Brewer-Carías *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 323.

cipio de igualdad institucional de los Estados de la “federación”, estableciéndose por primera vez en la historia constitucional de Venezuela una Asamblea Nacional unicameral (Art. 186); además, se permitió la posibilidad de establecer limitaciones mediante simple ley nacional a la autonomía de los Estados (Art. 162) e incluso de los Municipios (Art. 168), lo que se configura como una negación de la idea misma de descentralización política y de su garantía constitucional. Las competencias de los Estados se redujeron a un precario ámbito, cuyo ejercicio, además, se sujetó a lo dispuesto en la legislación nacional, eliminándose toda competencia tributaria, colocándose a los Estados en una dependencia financiera más acentuada, y hasta invirtiéndose incluso en esta materia el viejo principio federal del carácter residual de las competencias públicas a favor de los Estados, que en la Constitución se asignan al Poder nacional.

En todo caso, el retroceso en la descentralización distorsionó la propia posibilidad de participación política, es decir, la posibilidad para el ciudadano de participar en la toma de decisiones políticas, lo cual sólo es posible cuando el poder está cerca de él, como consecuencia precisamente de la descentralización del poder, basado en la multiplicación de las autoridades locales con autonomía política, que es lo que puede, además, permitir que el poder controle al poder. Al contrario, en un esquema de centralización del poder, no sólo la participación política se torna en una ilusión retórica, sino que el sistema se convierte en fácil instrumento del autoritarismo⁽³⁰⁾.

En efecto, la participación política, que no debe confundirse con la movilización popular, sólo es posible en las democracias a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa universal y secreta; y no se puede confundir con mecanismos de democracia directa como los referendos, las asambleas de ciudadanos y los Consejos Comunales, estos últimos recién creados en Venezuela (2006), paralelamente a los Municipios, pero configurados como instancias sin autonomía política y con miembros que no son electos popularmente mediante sufragio, siendo conducidos exclusivamente desde la jefatura del Estado para la centralización del poder⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Véanse los estudios “La opción entre democracia y autoritarismo (julio 2001)”, pp. 41-59; “Democratización, descentralización política y reforma del Estado (julio-octubre 2001)”, pp. 105-125; y “El Municipio, la descentralización política y la democracia (octubre 2001)”, pp. 127-141, en Allan R. Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

⁽³¹⁾ Véase Ley de los Consejos Comunales en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extraordinaria del 10 de abril de 2006.

Por ello es que no puede haber ni ha habido nunca autoritarismos descentralizados que hayan podido permitir efectivamente la participación política. Al contrario, la centralización política del poder es la que ha sido y es de la esencia de los autoritarismos y contraria a la democracia, impidiendo a la vez la participación. En cambio, la distribución territorial del poder, es decir, la descentralización política, es la base de la democracia participativa y, a la vez, el impulso del control del poder. El centralismo, al contrario, es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos, incluso si acaso electos. Por ello, solo los autoritarismos temen y rechazan tanto la real descentralización política como a la participación democrática, y eso es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela, con el engaño de la “democracia participativa y protagónica”.

Estos mecanismos de la llamada “democracia participativa”, como por ejemplo mediante los mencionados Consejos Comunales, no sólo eliminan la representatividad política dado que sus miembros no son electos por votación universal, directa y secreta del pueblo, sino que son designados a dedo por asambleas de ciudadanos, por supuesto, controladas por el partido de gobierno, que pretende configurarse como “partido socialista único” que es el que puede controlar los recursos financieros; sino que pretenden establecer una supuesta relación directa entre un líder mesiánico y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales paralelos a los de los órganos electos, dispuestos para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se hace es movilizarlo, sometido totalmente al control del poder central.

Con ello, lo que en definitiva se busca es la eliminación de la democracia representativa y su sustitución por una supuesta democracia refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes del Poder Popular, y con ello, toda forma de distribución vertical o territorial del poder, o de descentralización política ⁽³²⁾.

La verdad es que para que la democracia sea inclusiva o de inclusión, es decir, participativa, la misma tiene que permitir al ciudadano poder ser parte efectivamente de una comunidad política que tenga autonomía; lo que sólo puede tener lugar en los niveles autónomos más ínfimos de los territorios de los Estados, en las entidades políticas autónomas como los Municipios; es decir, en la base de la distribución territorial del poder, como sucede en todas las sociedades democráticas desarrolladas de Occidente, donde predomina la existencia de muchos

⁽³²⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democracia Municipal, Descentralización y Desarrollo Local” (Conferencia Inaugural del XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, 13-15 de octubre de 2004), en *Revista Iberoamericana de Administración Pública* N° 11, julio-diciembre 2003, INAP, Madrid, 2003, pp. 11-34.

municipios y, entre ellos, de municipios pequeños en cada aldea, pueblo, villa y ciudad, bien cerca del ciudadano.

La gran reforma democrática que se requería en Venezuela en cuanto al poder municipal para asegurar la participación política era, esencialmente, acercar las instituciones locales autónomas al ciudadano, municipalizándose el territorio, para lo cual lo que había que hacer era multiplicar los municipios en lugar de reducirlos. Nada de eso se hizo, y más bien, por una parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2005⁽³³⁾ impidió deliberadamente la municipalización del territorio, al establecer limitaciones mayores para la creación de entidades políticas locales autónomas; y por la otra, en lugar de multiplicarse los Municipios, lo que se ha hecho es marginarlos y ahogarlos financieramente, sustituyéndoselos por los mencionados Consejos Comunales.

Así, partiendo de los elementos de democracia directa que se establecieron en la Constitución, como las “asambleas de ciudadanos cuyas decisiones son de carácter vinculante” (art. 70), en lugar de afianzar y multiplicar los municipios, con la mencionada Ley de los Consejos Comunales de 2006 lo que estableció fue un sistema institucional *centralizado* para sustituir al régimen municipal⁽³⁴⁾, denominado “del Poder Popular”⁽³⁵⁾. Con ello se inició formalmente el proceso de eliminación del municipio como instancia de democracia participativa, y en nombre de ella para eliminar la propia democracia representativa.

La gran diferencia de este pretendido sistema de “participación protagónica”, sin embargo, es que en democracia, los alcaldes y concejos municipales son electos

(33) Véase *Gaceta Oficial* N° 38.204 de 8 de junio de 2005. La Ley Orgánica fue objeto de una reforma en noviembre de 2005, *Gaceta Oficial* n° 38.327 de 2 de diciembre de 2005; y luego en abril de 2006, *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extra. de 10 de abril de 2006, reimpresa por error material en *Gaceta Oficial* N° 38.421 de 21 de abril de 2006. Véase Allan R. Brewer-Carías et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

(34) Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo* Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

(35) Lo que se quiso constitucionalizar, sin éxito, en la rechazada reforma constitucional de 2007. Véase Allan R. Brewer-Carías *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 84 y ss.

por votación popular, universal, directa y secreta y, en cambio, en el esquema sancionado del poder comunal, los integrantes de los Consejos Comunales son designados a dedo por asambleas de ciudadanos controladas directamente por la jefatura del Estado a través de una Comisión Presidencial que es la que dispone los recursos, con la asistencia de los agentes del partido único.

Con esta estructura paralela del Poder Popular no autónoma, lo que ha comenzado es el desmantelamiento de la democracia representativa en el país; y el proceso de desmunicipalización de la participación ciudadana, buscándose sustituir al Municipio como la unidad política primaria y autónoma en la organización nacional que establece la Constitución y que debería estar inserto en un sistema de descentralización política (distribución vertical) del poder; por un sistema de entidades sin autonomía política alguna “del Poder Popular” (Consejos Comunales), directamente vinculadas y dependientes, en un esquema centralizado del poder.

La consecuencia fundamental de todo este sistema ha sido la centralización progresiva del poder en la Jefatura del Ejecutivo Nacional, y el aniquilamiento de cualquier forma de control del poder mediante su distribución territorial, ahogando progresivamente a las instancias de los Estados y de los Municipios.

IV E L PODER ELECTORAL SOMETIDO, LA DEMOLICIÓN DEL MULTIPARTIDISMO Y LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL AUTORITARISMO VENEZOLANO

En un sistema democrático, además del control del poder que resulta de la separación de poderes y de la distribución territorial o descentralización del poder del Estado, se destaca el control que pueden ejercer los ciudadanos sobre los gobernantes mediante el sistema de sufragio universal, directo, secreto e igualitario que la democracia exige; es decir, la posibilidad de elegir a los gobernantes y de revocarles el mandato, y el poder decidir sobre la alternabilidad en los gobiernos.

Esos elementos también han sido regulados en la Constitución de 1999, pero en la práctica política del autoritarismo, también han sido progresivamente distorsionados o secuestrados.

Sin embargo, para que el sistema electoral pueda efectivamente configurarse como un mecanismo de control del ciudadano sobre los gobernantes, es indispensable que conforme al principio de separación de poderes, la independencia y autonomía de los organismos electorales esté garantizada; y además, que el régimen democrático permita la conformación plural de los partidos políticos y la libre expresión de las ideas y pensamientos. Todas estas exigencias de la democracia, lamentablemente han sido progresivamente minados o demolidos en el autoritarismo venezolano.

En cuanto a la configuración de la independencia y autonomía de la Administración electoral, de manera de asegurar que quede fuera del control por el Legislador y del Ejecutivo, conforme al principio de la separación orgánica de poderes la Constitución configuró al Poder Electoral como una de las cinco ramas del Poder Público nacional, con autonomía e independencia, lo que además se buscó asegurar con la integración no partidista del Consejo Nacional Electoral, mediante el nombramiento de sus miembros por postulaciones que debían ser efectuadas ante un Comité de Postulaciones Electorales, que también debía estar integrado por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y cuyos miembros, además, debían ser postulados por sectores precisamente identificados de la sociedad civil, entre ellos por las Facultades de Derecho de las Universidades nacionales.

Lamentablemente, nada de ello se ha implementado, y en 2002, mediante la Ley Orgánica del Poder Electoral⁽³⁶⁾ se distorsionó la integración del Comité y en fraude a la Constitución se lo sustituyó por una Comisión parlamentaria ampliada; y en 2003, ante la imposibilidad de que los partidos de gobierno pudieran reunir las 2/3 partes de los votos de la Asamblea Nacional que exige la Constitución para poder nombrar los integrantes del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al ejercer el “control” constitucional sobre la omisión legislativa, lo que hizo fue proceder como agente del gobierno y hacer directamente el nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, sin sujetarse a los requisitos constitucionales, designando a personas vinculadas al gobierno ⁽³⁷⁾.

En 2004, en esta forma, se produjo el secuestro del Poder Electoral, para lo cual se utilizó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y en esa forma, preceder a confiscarles a los ciudadanos su derecho a la participación política mediante referendo revocatorio. Ello también ocurrió en 2004 en el proceso de

⁽³⁶⁾ G.O. N° 37.573 de 19-11-2002.

⁽³⁷⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; “El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004”, en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312; “El secuestro de la Sala Electoral por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, Caracas 2004, C.A., pp. 13-58”; “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,

convocatoria y realización del referendo revocatorio presidencial que, al final, luego de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo impidiera que la Sala Electoral del mismo Tribunal cumpliera sus funciones de control judicial sobre los actos del Consejo Nacional Electoral que obstaculizaron ilegalmente la convocatoria del referendo revocatorio, este terminó siendo convertido por el Poder Electoral en un referendo “reafirmatorio” o plebiscito, no autorizado en la Constitución ⁽³⁸⁾.

Con el Poder Electoral secuestrado con la complicidad de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo, el pueblo no ha podido efectivamente controlar a los gobernantes, pues las elecciones que se han efectuado en Venezuela han carecido de justicia⁽³⁹⁾.

Ese mismo control político sobre el Poder Electoral, por otra parte, ha tenido efectos nocivos sobre el propio sistema electoral el cual ha sido fraudulentamente distorsionado. Ello ocurrió, por ejemplo, con el sistema de votación establecido en la Constitución que para los cuerpos representativos combina el principio de la personalización del sufragio con la representación proporcional de las minorías, lo cual ya se había establecido legalmente desde la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1989⁽⁴⁰⁾, y fue ratificado en el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Constituyente el 30 de enero de 2000⁽⁴¹⁾. Dicho sistema exige su aplicación combinada comenzando siempre por la adjudicación de puestos a los electos por representación proporcional en las circunscripciones plurinominales, para posteriormente sustraer de los puestos que

Stvdi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, 2004, pp.379-436; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005, pp. 11-73.

⁽³⁸⁾ Véase el estudio sobre “La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un referendo ratificatorio”, en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas, 2007, pp. 349-378.

⁽³⁹⁾ Las únicas votaciones, entre todas las realizadas entre 2000 y 2007 en las cuales no ganó el oficialismo, fue el referendo aprobatorio de la reforma Constitucional de 2007, en el cual el pueblo rechazó dicha reforma propuesta por el Presidente de la República. Sin embargo, todavía en marzo de 2008, el Consejo Nacional Electoral no había suministrado las cifras finales de votación que fue contraria a la reforma.

⁽⁴⁰⁾ G.O. Extra. N° 5.233 de 28-05-1998.

⁽⁴¹⁾ G.O. N° 36.884 de 03-02-2000.

en esa forma sean adjudicados a los partidos, los que obtengan por mayoría de votos en las circunscripciones uninominales. El sistema opera, por supuesto, en relación con los candidatos de un mismo partido postulados para la elección mayoritaria en los circuitos uninominales y para la elección por lista en las circunscripciones plurinominales.

Este sistema, sin embargo, fue burlado en la práctica política por los partidos de gobierno en 2005, mediante la eliminación, en fraude a la Constitución, materialmente de toda proporcionalidad, al aplicarse el método que se denominó de “las morochas” (las gemelas), utilizando para ello una pluralidad de partidos o grupos políticos, todos combinados para apoyar al gobierno, pero que eran diferentes unos de otros, evitando la deducción mencionada.

Este fraudulento método electoral, lamentablemente aceptado por el Consejo Nacional Electoral, y aunque fue impugnado vía acción de amparo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ésta, mediante sentencia No. 74 de 25 de enero de 2006 ⁽⁴²⁾, se declaró sin lugar la acción sin mayores argumentos. ⁽⁴³⁾ En esta forma, la representatividad se distorsionó, se violó la igualdad del voto ⁽⁴⁴⁾, y la Asamblea Nacional en las elecciones de 2005 terminó siendo dominada en su totalidad por los partidos que apoyaron al gobierno, por la negativa de los partidos de oposición de participar en esa forma en un proceso electoral que consideraron amañado y así avalar el fraude cometido.

Por otra parte, para que los ciudadanos puedan en democracia controlar al poder, el libre juego de los partidos políticos debe estar asegurado, conforme a los principios del pluralismo ideológico y a la alternabilidad republicana, pudiendo participar en la vida política del país, y canalizar las aspiraciones de los ciudadanos. No puede haber democracia sin un régimen plural de partidos políticos que en forma igualitaria participen en la vida política.

⁽⁴²⁾ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Caracas, 2006, pp. 122-144.

⁽⁴³⁾ Fue el Magistrado que salvó su voto respecto de dicha decisión (Pedro Rafael Rondón Haaz), quien calificó el método, con razón, como “un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto del método de elecciones mixtas uninominal-lista y a través de un evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Caracas, 2006, pp. 122-144.

⁽⁴⁴⁾ Véase Dieter Nohlen y Nicolás Nohlen, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal (La igualdad electoral en debate-con una mirada a Venezuela)”, en *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007; J. E. Molina, “Las morochas” defraudan la ley y la Constitución”, en *El Nacional*, Caracas, 13-04-2005.

El más importante logro de la revolución democrática en Venezuela de 1958, fue el haber sentado las bases para el desarrollo del sistema plural de partidos políticos en Venezuela, que en las décadas posteriores (1958-1998) fueron los que arraigaron la democracia en el país, permitiendo una amplia alternabilidad republicana. Los partidos le impusieron la democracia a los venezolanos y gobernaron el país y, al final, lamentablemente entraron en crisis, alentada por la propia crisis de su liderazgo, al punto que a finales del siglo pasado habían caído en total desprestigio, al no lograr entender la profundidad de la crisis política que ellos mismos habían provocado⁽⁴⁵⁾, por no haber adelantado las reformas que la sociedad clamaba respecto del régimen político democrático. Se quería más democracia, para lo cual el sistema de Estado de partidos que se había desarrollado⁽⁴⁶⁾ debía transformarse, precisamente por ellos mismos. Sin embargo, los partidos políticos lo que demostraron fue una total incomprensión tanto respecto de los logros democráticos que habían alcanzado para Venezuela a partir de los inicios de la década de los sesenta, como de las exigencias de representatividad y de participación más allá de los propios partidos que se planteaban, de manera que se abriera la democracia, se descentralizara el poder y se profundizara la participación, situación que los partidos no entendieron.

Esa crisis de los partidos fue la que provocó el colapso del sistema político en 1998⁽⁴⁷⁾, lo que se aprovechó para atribuirles todos los males políticos de la República, junto con el Pacto de Punto Fijo que había originado del régimen democrático y la Constitución de 1961, centrándose el discurso político del nuevo liderazgo autoritario militarista y populista que emergió, en la destrucción y anatema contra aquellos. En ese contexto fue que se desarrolló el proceso constituyente del 99 y la

(45) Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de las instituciones: responsables y salidas*, Cátedra Pío Tamayo, Centro de Estudios de Historia Actual (mimeografiado) FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985, 40 pp; publicado también en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 11, Caracas 1985, pp. 57-83; y en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985, pp. 129-155.

(46) Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

(47) Véase Allan R. Brewer-Carías, «Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente», en el libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. Ciclo de Exposiciones 10-18 Agosto 1998 (Presentación y organización de la Edición Allan R. Brewer-Carías), Serie Eventos N° 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 9-66; y en *Ciencias de Gobierno N° 4*, Julio-Diciembre 1998, Gobernación del Estado Zulia, Instituto Zuliano de Estudios Políticos, Económicos y Sociales (IZEPES), Maracaibo, Edo. Zulia, 1998, pp. 49-88.

sanción de la nueva Constitución, en el cual un nuevo partido político oficialista constituido a la medida del nuevo liderazgo, acompañado de otros viejos y marginados partidos políticos, sirvió para el apoderamiento electoral del poder a partir de 1999.

El resultado de todo ese proceso fue el marcado carácter reactivo contra los partidos políticos que guió la redacción de la Constitución de 1999, de la cual incluso desapareció la expresión misma de “partidos políticos”, regulándose genéricamente solo a las “organizaciones con fines políticos” (art. 67), estableciéndose en el propio texto constitucional un conjunto de regulaciones redactadas contra lo que habían sido los partidos políticos tradicionales.

Por otra parte, la reacción contra la falta de democratización interna de los partidos políticos, y su conducción por cúpulas eternizadas de dirigentes, condujo a la inclusión de una disposición en la Constitución, conforme a la cual no sólo la designación de sus directivos debía realizarse mediante elecciones, sino que, incluso, la escogencia de los candidatos de los partidos políticos a los cuerpos y cargos representativos, debía realizarse mediante votación interna democrática (art. 67). Para ello, la Constitución, incluso, impuso la obligación de que el Consejo Nacional Electoral debía organizar dichas elecciones internas (art. 293,6), lo que nunca ha ocurrido en la práctica.

Por otra parte, por los problemas derivados del financiamiento público a los partidos políticos que regulaba la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que había conducido a un acaparamiento inequitativo de dichos fondos, la reacción de la Constitución de 1999 fue la prohibición total de dicho financiamiento público (art. 67). Con ello se retrocedió en lo que es la constante en todo el mundo democrático, habiéndose abierto, de hecho, sin embargo, la posibilidad de financiamiento público irregular e ilegítimo a los partidos de gobierno, como ha ocurrido en los últimos años, dada la imbricación total que se ha configurado entre el partido oficial y el Estado.

En la práctica política, sin embargo, a pesar de todas esas normas, después de la entrada en vigencia de la Constitución, particularmente los partidos de gobierno han tenido más presencia que nunca, al punto de que sin ningún recato, el Presidente de la República es el Presidente del Partido de Gobierno y a partido de 2008 del Partido Socialista Único, y la mayoría de su gabinete son militantes activos de la directiva del partido, de manera que a partir de 2007, la creación el partido único por parte del gobierno, fue una operación del propio Estado, usando los recursos y medios públicos y hasta utilizando el propio Consejo Nacional Electoral para promover abierta y públicamente la inscripción de militantes, muchos de ellos forzados a hacerlo como funcionarios públicos o beneficiarios de ayudas oficiales. Como nunca antes, la simbiosis partido político-Administración Pública se ha enquistado en Venezuela, abriéndose así vasos comunicantes que

permiten canalizar financiamientos específicos, como incluso no se llegaron a ver en la época dorada de la partidocracia de comienzos de los años ochenta.

En realidad, lo que ocurrió en Venezuela como consecuencia del proceso constituyente y golpe de Estado de 1999, y de la práctica política posterior, ha sido un simple cambio de unos partidos políticos por otros en el control del poder y en el dominio del juego electoral; pero con el aditivo de que mediante la manipulación de los procesos electorales por el control que ejercen sobre el Poder Electoral, se ha producido la eliminación definitiva de los partidos tradicionales y con ello la desaparición del pluralismo político democrático.

La partidocracia o democracia de partidos, por tanto, ha seguido incólume, con los mismos vicios clientelares y los mismos controles por cúpulas no electas en elecciones internas libres y democráticas, y lo único que ha cambiado es que de un régimen plural multipartidista se pasó a un sistema político de partido único, que es el ya creado Partido Único Socialista, que está imbricado en el aparato del Estado y también dirigido por el Presidente de la República, con el cual se materializa el apoderamiento no sólo del embrionario Poder Popular, sino de la Administración Pública⁽⁴⁸⁾ y de toda la vida política, social y militar⁽⁴⁹⁾ del país, dado el capitalismo de Estado que se ha intensificado como consecuencia del florecimiento del Estado rico petrolero. Como todo depende del Estado, el gobierno busca que sólo quien pertenezca al Partido Único pueda tener vida política, administrativa, económica y social, formalizándose así un régimen de discriminación política, alentado por el propio gobierno, que excluye abiertamente a los disidentes, y los penaliza.

(48) Por ello, el Gobernador del Estado Carabobo de Venezuela señalaba: “Comparto la posición del Presidente cuando dice que aquella persona que no quiera aliarse con el partido socialista único, pues que se vaya del Gobierno, y se lo dijo a los secretarios (del gobierno de Carabobo), que en el gobierno bolivariano estamos involucrados todos y hay un lineamiento de nuestro máximo líder que es inscribirse y crear un solo partido, y el secretario que no quiera cumplir con esa orden, que se vaya”. V. reportaje de Marianela Rodríguez, en *El Universal*, Caracas, 21-04-2007.

(49) El 12 de abril de 2007 el Presidente Chávez en Fuerte Tiuna, declaró que si algún oficial se siente incómodo con la consigna acogida por su gobierno de “patria, socialismo o muerte”, puede tramitar su baja de las fuerzas militares, agregando: “La llamada institucionalidad fue una manera de enmascararse y asumir una posición contraria al gobierno, a la revolución, al mandato legítimo del pueblo. Por eso, hoy todo comandante de unidad en todos los niveles está obligado a repetir desde el alma y levantar la bandera con esta consigna: patria, socialismo o muerte, sin ambigüedades de ningún tipo, sin complejos”. V. en *El Nacional*, Caracas, 13-04-2007, Sección Política, p. 4.

El régimen de partidos, por tanto, en ese esquema ha dejado de ser un instrumento de la sociedad para el control político del poder, y se ha convertido en el instrumento para acaparar y ejercer el poder, eliminando todo control, y discriminando masivamente a quienes no estén alienados con el gobierno.

Por último, para que en democracia pueda haber efectiva posibilidad de control del poder por parte de los ciudadanos, además de las elecciones libres con pluralidad de partidos políticos, es indispensable que la libertad de expresión del pensamiento y el libre debate de las ideas esté garantizado. Para ello, es además indispensable, la existencia de medios de comunicación plural, que puedan movilizar la opinión pública para vigilar las acciones gubernamentales, y para exigir la rendición de cuentas de los gobernantes.

En este sentido, los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999 se regulan un conjunto de derechos vinculados a la libertad de expresión del pensamiento, que implican el derecho a comunicar o a informar, el derecho a establecer y desarrollar medios de la comunicación e información; el derecho a recibir información oportuna, veraz e imparcial, y el derecho a la réplica (o respuesta) y a rectificación frente a informaciones inexactas o agraviantes, que tienen las personas que se vean afectadas directamente por las mismas⁽⁵⁰⁾.

Lamentablemente, sin embargo, todos estos derechos vinculados a la libre expresión del pensamiento, durante los últimos años han venido progresivamente siendo minados y limitados en Venezuela, paralelamente a la consolidación del régimen autoritario en el país, coartándose así las posibilidades de control de la ciudadanía y de la opinión pública sobre el gobierno y sus ejecutorias.

La primera limitación ocurrió por virtud de una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 1.013 de 12 de junio de 2001⁽⁵¹⁾, en la cual al rechazar una petición de una asociación civil y de unos ciudadanos para ejercer un derecho a réplica contra el Presidente de la República por expresiones que usó en su programa de televisión semanal, la Sala interpretó los artículos 57 y 58 de la Constitución sentando una “doctrina vinculante”, considerando que tal derecho a réplica y respuesta sólo lo tienen los ciudadanos cuando está vinculado o relacionado con “el derecho a la información” o con “la información comunicacional” (p. 5 de 22) y cuando se ejerce la

⁽⁵⁰⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, «La libertad de expresión del pensamiento y el derecho a la información y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», en el libro *La libertad de expresión amenazada. (Sentencia 1013)*, Edición Conjunta Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José 2001, pp. 17-57.

⁽⁵¹⁾ *Idem.*

libre expresión del pensamiento, reduciendo su ejercicio sólo “ante los medios de comunicación en general”. En esta forma, ante las expresiones inexactas y agraviantes formuladas por el Presidente de la República que afectaron directamente a personas, el juez constitucional negó el derecho constitucional a la réplica, porque el Presidente de la República con su programa televisivo semanal no era un medio de comunicación.

La segunda limitación a los derechos ciudadanos a la libre expresión del pensamiento por el régimen autoritario que se ha instalado en Venezuela, deriva del abusivo uso y acaparamiento de los medios de comunicación por parte del Estado rico, el cual ha venido progresivamente asumiendo la propiedad de los mismos, sin que exista posibilidad alguna de exigir responsabilidad por todo lo que desde los mismos se informa, se ofende o se difunde.

La tercera limitación a la libertad de expresión del pensamiento que se ha establecido en los últimos años en Venezuela, es la que deriva de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión de 2004⁽⁵²⁾, con la cual con la excusa de la necesaria protección integral de los niños y adolescentes, se ha buscado regular los contenidos informativos que transmitan los medios audiovisuales, limitándose la pluralidad, la diversidad y la segmentación natural de los medios audiovisuales de acuerdo con sus audiencias, estableciéndose regulaciones de contenidos según una clasificación horaria y modalidades de censura previa, incluso con la prohibición de transmisiones de información bajo el criterio de la oportunidad⁽⁵³⁾. La Ley, además, estableció posibilidades ilimitadas e imprecisas de carácter sancionatorio, como por ejemplo, al establecer la posibilidad de suspensión de transmisiones cuando los mensajes “sean contrarios a la seguridad de la Nación”, noción que conforme a los artículos 322 y siguientes de la Constitución comprenden todas las actividades posibles que determine el ente sancionador; y al utilizar para regular el ejercicio de la potestad sancionatoria, innumerables conceptos jurídicos indeterminados.

La cuarta limitación a la libertad de expresión del pensamiento en Venezuela, ha sido la utilización de los instrumentos administrativos de autorizaciones y concesiones por parte del Estado, para cerrar medios de comunicación que tengan una línea de oposición al gobierno, reduciendo progresivamente las posibilidades de expresión de la disidencia, que no tiene cabida, por supuesto, en los ahora

(52) G. O. 38081 de 7-12-2004.

(53) Véase, Asdrúbal Aguiar, “Hacia el dominio estatal de la personalidad humana (Análisis crítico de la Ley de responsabilidad Social en radio y televisión o Ley de Contenidos de Venezuela”, en el libro *Ley de responsabilidad Social en radio y televisión* Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 11 y ss.

mayoría medios oficiales. Estas limitaciones se materializaron en materia de radio y televisión, con motivo de la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, que exigió a las empresas de radio y televisión que tenían concesiones, autorizaciones y permisos que debían adaptarlas a las previsiones de la nueva Ley; y, en particular, en mayo de 2007, con la decisión gubernamental de cerrar la empresa de televisión Radio Caracas Televisión (RCTV), al no renovar la concesión de uso del espectro radioeléctrico que tenía desde hace más de medio siglo. En este caso, lamentablemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con la complicidad de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal en lugar de proteger los derechos constitucionales de la empresa, conspiraron, en su carácter de instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para secuestrárselos y violárselos. El más alto nivel del Poder Judicial, así, avaló las arbitrariedades gubernamentales, cubriéndolas con un velo de judicialidad, aniquilando la libertad de expresión del pensamiento plural, y decretando impunemente la confiscación de bienes de propiedad privada; decisión esta última, que ni siquiera el Ejecutivo o el Legislador hubieran podido haber tomado por prohibirlo la Constitución (art. 115⁴).

La libertad de expresión, por tanto, ha sido fuerte y progresivamente limitada en Venezuela y, con ello, las posibilidades de que se pueda ejercer un efectivo control de las actuaciones del Estado por parte de la opinión pública expresada y formulada mediante medios de comunicación plurales.

APRECIACIÓN FINAL

Para que exista un Estado constitucional y democrático de derecho es evidente que no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de la división o separación horizontal del Poder Público, ni de su distribución vertical o territorial del poder público, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente; así como tampoco bastan las declaraciones que se refieran a la posibilidad de los ciudadanos de controlar el poder del Estado, mediante elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; mediante un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; mediante la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que movilice la opinión pública; y mediante el

(54) Véase el estudio sobre las sentencias n° 956 EXP: 07-0720 de 25-5-2007 (Sala Constitucional) y n° 920, EXP: 07-0197 de 17-5-2007 (Sala Político-Administrativa), en “El juez constitucional vs. la propiedad privada: el juez constitucional como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el caso RCTV”, en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N° 2, Caracas, 2007, pp. 469-508.

ejercicio de recursos judiciales ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre la “democracia participativa y protagónica” o la descentralización del Estado; así como tampoco la declaración extensa de derechos humanos. Además de las declaraciones, es necesaria la voluntad política para su implementación en la práctica de manera que sirvan para que en democracia, se pueda efectivamente controlar el poder, como única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, y el ejercicio real de los derechos humanos.

Como hemos visto, en Venezuela, lamentablemente nada de ello se ha implementado, y al contrario, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales, en contra de las mismas se ha venido estructurando un Estado autoritario que ha aniquilado toda posibilidad de control del ejercicio del poder.

Y ello incluso, en 2007, se pretendió consolidar mediante unas Propuestas de reforma constitucional⁽⁵⁵⁾, afortunadamente rechazadas en el referendo de diciembre de ese año, que buscaban establecer un Estado centralizado, socialista y policial, mediante un sistema de organización de un Poder Único, denominado del Poder Popular o del Poder Comunal (Estado comunal o Estado socialista), completamente concentrado y centralizado, y conducido políticamente por el Presidente de la República mediante un Partido Único que preside. Y ambos, el Poder Popular y el Partido Único, con objeto de imponer “la dictadura de la democracia”, tal como lo anunció el Vicepresidente de la República en enero de 2007⁽⁵⁶⁾; lo que es la propia negación de la democracia, pues en ella no puede haber ningún tipo de dictadura. Y en dictadura, por supuesto, es imposible el control del poder.

New York, marzo 2008.

(55) Véase sobre esas propuestas, Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007. *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

(56) El Vicepresidente de la República, Jorge Rodríguez, expresó en enero de 2007: «Claro que queremos instaurar una dictadura, la dictadura de la democracia verdadera y la democracia es la dictadura de todos, ustedes y nosotros juntos, construyendo un país diferente. Claro que queremos que esta dictadura de la democracia se instaure para siempre», en *El Nacional*, Caracas, 01-02-2007, p. A-2.

LAS PREGUNTAS PARLAMENTARIAS EN EL CUADRO DE LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN DEL PARLAMENTO ITALIANO. REFLEXIONES COMPARATIVAS^(*)

LUCIO PEGORARO (**)
(Italia)

SUMARIO: 1. Cuestiones metodológicas. 2. Cuestiones semánticas. 3. Forma de gobierno y control parlamentario. 4. El contexto italiano. 5. La disciplina positiva: 5.1. Preguntas de respuesta escrita. 5.2. Preguntas de respuesta oral. 5.3. Urgencia y tiempos. 5.4. La respuesta del gobierno. 5.5. Preguntas de respuesta inmediata. 6. Valoraciones conclusivas.

1.C CUESTIONES METODOLÓGICAS

El tema de las preguntas en el derecho parlamentario italiano no puede ser afrontado en este lugar con intenciones meramente descriptivas ⁽¹⁾. Conocer su

(*) El presente trabajo reproduce el texto de la ponencia titulada “La pregunta parlamentaria” en el marco del Congreso organizado en México, D.F. por el Senado de la República, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y por el Instituto Federal de Acceso a la información, el día 27 de febrero de 2007, y está destinado también al libro libro-homenaje en honor de Diego Valadés. Traducción a cargo de Gastón J. Enríquez Fuentes.

(**) Profesor Ordinario de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia.

(1) En la doctrina italiana no existen específicamente monografías dedicadas a las preguntas, pues por lo demás éstas vienen estudiadas en el contexto de la función investigadora, salvo la obra de I. BUCCISANO, *Le interrogazioni e le interpellanze parlamentari*, Milán, Giuffrè, 1969; pero, en cualquier caso, entre los artículos más significativos de la posguerra se pueden mencio-

disciplina positiva, proporcionada por los reglamentos de la Cámara de diputados y del Senado, además de su praxis –o sea la cantidad, la tipología y los efectos que éstas provocan– no será de gran utilidad si antes no procedemos a encuadrar esta institución en la estructura de la forma de gobierno parlamentaria que caracteriza a las instituciones italianas y, finalmente, si no valoramos a las preguntas dentro del más amplio complejo de instrumentos de investigación del Parlamento.

De hecho, las preguntas representan un corolario de la forma parlamentaria de gobierno; sin embargo, antes de su examen en clave comparada corresponde valorar su “exportabilidad” en un sistema dual, como lo es el presidencial mexicano.

El estudio del derecho comparado es algo completamente diferente al estudio del derecho extranjero, pues este último sólo representa un indispensable presupuesto. Conocer el derecho italiano para el estudioso de otro país es útil, pero insuficiente si no se profundiza al mismo tiempo en los temas relacionados con los orígenes históricos de las instituciones, su ámbito de operatividad, y su coherencia global con el sistema.

Hacer derecho comparado es (también y no sólo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diversos⁽²⁾.

nar, al menos: F. MARZANO, *Le interrogazioni parlamentari*, en *Foro amm.*, 1968, p. 262 y ss.; A. ANZON, *Le interrogazioni e le interpellanze nella recente esperienza parlamentare* en *Il politico*, 1969, p. 757 y ss.; A. DELLA GUARDIA, *Interrogazioni: strumenti ispettivi o conoscitivi?*, en *Studi parl. pol. cost.*, 1974, p. 73 y ss. G. F. ILIPPETTA, *L'illusione ispettiva, le interrogazioni e le interpellanze parlamentari tra ricostruzioni dottrinali, rappresentanza politica e funzione di indirizzo*, en *Giur. cost.*, 1991, p. 4203 y ss. Además se pueden recordar las voces enciclopédicas de A. MANZELLA, *Interrogazione e interpellanza parlamentare*, en *Enc. Dir.*, XXII, Milán, Giuffrè, 1972, p. 406 y ss., de V. DI CILOLO, *Interrogazione parlamentare*, en *Nss. dig. it.*, app. IV, Turín, Utet, 1983, p. 334 y ss., y de A. MACCANICO, *Interrogazioni e interpellanze*, en *Enc. giur.*, XVV, Roma, Treccani, 1989, p. 1 y ss. Finalmente los manuales de Derecho Parlamentario. Además de las obras citadas anteriormente, S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 339 y ss. En clave comparada, M. MARESCA, *Le interrogazioni e le interpellanze presso il Parlamento italiano e presso alcune assemblee parlamentari europee ed extraeuropee*, en *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Florencia, Vallecchi, V, 1969, p. 469 y ss.; AA.VV., *Le interrogazioni al Parlamento europeo*, en *Studi parmensi*, XXIII, Milán, Giuffrè, 1978.

(2) Cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introducción al Derecho Público Comparado* México, UNAM, 2006, y Lima, Palestra, 2006; además, L. PEGORARO, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Cap. I, en D. LÓPEZ GARRIDO, M.F. MASSÓ GARROTE, L. PEGORARO (coords.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 27 ss.; L. PEGORARO, *El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado*, en *Rev. Est. Pol.*, 2001, n. 112, p. 9 y ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, p. 3 y ss.; L. PEGORARO, *Il metodo*

2.C CUESTIONES SEMÁNTICAS

Antes de desarrollar el tema antes señalado, conviene ofrecer algunas definiciones de las palabras empleadas en este texto.

Hablar de «preguntas», de «control», o de «comisiones de investigación», sin delimitar el uso de las mismas, de hecho, podría ocasionar su mala interpretación⁽³⁾, con mayor razón si las palabras mismas asumen significados diferentes en el derecho de diversos Ordenamientos. Una palabra con la misma raíz puede indicar instituciones diversas («legge organica», «loi organique» o «ley orgánica» en italiano, francés y castellano respectivamente)⁽⁴⁾, o una palabra con raíces diferentes puede indicar instituciones sustancialmente análogas.

Con «interrogazione», «question» o «pregunta» se entienden, generalmente, cuestiones análogas, si no es que exactamente idénticas. El núcleo semántico duro de dichas palabras no es diferente en el derecho comparado respecto al sentido reconocido en el léxico de los reglamentos parlamentarios italianos en su evolución histórica⁽⁵⁾; de hecho, se trata de una «simple pregunta, dirigida por escrito, sobre si un hecho es verdadero, sobre alguna información del Gobierno, sobre si el Gobierno desea comunicar a la Cámara documentos o noticias, o si es

comparatistico nel diritto pubblico. Obiettivi scientifici e finalità pratiche en R. SCARCIGLIA y F. PADOVANI (coords.), *Diritto e Università. Comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padua, CEDAM, 2003, p. 15 y ss.; también R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, il Mulino, 2006, *passim*.

(3) «La definición estipulativa –tal y como recuerda U. S. CARPELLI, *La definizione nel diritto*, ahora en *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 215 y ss.– es un medio para hacer el lenguaje más adaptado a los fines para los cuales opera; de este medio puede valerse el legislador para hacer el propio lenguaje más adaptado a las formulaciones de la norma que intenta establecer». Ello puede ser «de considerable utilidad para la precisión de significados vagos o equívocos, tanto en cuanto a los términos del lenguaje común, como en cuanto a los términos técnicos, y sobre los cuales la ciencia no logra ponerse de acuerdo: una definición bien elaborada evitará grandes controversias, ya que la imprecisión de un término de otro modo dificultará su interpretación». Sobre el tema véase a A. ROSTRE (coord.), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milán, Giuffrè, 1985, p. 47 y ss.

(4) Nos permitimos reenviar a las páginas iniciales de L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padua, CEDAM, 1990.

(5) Sobre la evolución histórica de las preguntas en Italia, véase L. STURLESE, *Evoluzione storica degli atti di indirizzo e di controllo nel Parlamento italiano*, en *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Tai, regolamenti e prassi Della Camera nella VII legislatura*, Milán, Giuffrè, 1979, p. 549 ss. Véase además a M.L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di Diritto parlamentare*, 3ª ed. Turín, Giappichelli, 1997, p. 317 y ss.

que ha tomado o está por tomar alguna medida sobre alguna cuestión determinada⁽⁶⁾ o, si se prefiere se trata «de la simple pregunta dirigida al Ministro competente para obtener alguna información o alguna explicación sobre un objeto determinado, o para saber qué medidas han sido adoptadas o se intentan adoptar en relación a la cuestión misma»⁽⁷⁾.

Sin embargo, es verdad que en ocasiones se encuentran áreas de superposición con otras instituciones, tal y como ocurre con las interpelaciones.

En el derecho parlamentario italiano, «la interpelación consiste en la pregunta, dirigida por escrito, sobre los motivos o las razones de la conducta del Gobierno en cuestiones que conciernen a determinados aspectos de su política»⁽⁸⁾, o, en la terminología del Senado, «en la pregunta dirigida al Gobierno sobre los motivos o las razones de su conducta sobre cuestiones de particular relieve o de carácter general»⁽⁹⁾. Por lo tanto, en el Ordenamiento italiano, para saber qué hará el Gobierno con relación a un problema en particular, se puede usar tanto la pregunta como la interpelación, las cuales se diferencian por cuestiones procesales, y por la posibilidad de transformar la interpelación en moción; consecuencia, esta última, que queda excluida en las preguntas.

En el derecho francés, ni la Constitución, ni los reglamentos parlamentarios definen las «questions», y su naturaleza meramente cognoscitiva o de investigación, privada de consecuencias, se deduce más que por la historia parlamentaria, sobre todo por la jurisprudencia constitucional, la cual, por el solo hecho de que la interpelación al no haber sido prevista por la Constitución de 1958, a diferencia de las «questions», ha deducido su ilegitimidad⁽¹⁰⁾. A propósito de esto último, no viene al caso señalar que tanto en Italia como en Francia y otros países –vgr. el Reino Unido– en la misma palabra «on regroupe un ensemble de procédures offertes aux députés pour leur assurer le contrôle et leur information sur l'activité du Gouvernement et de l'administration: questions orales, questions au Gouvernement, questions écrites»⁽¹¹⁾. Lo que verdaderamente importa es que, dentro de la franja

(6) Art. 128, apdo. 1, R. C.

(7) Art. 145, apdo. 1, R. S.

(8) Art. 136, apdo. 1, R. C.

(9) Art. 154, apdo. 1, R. S.

(10) Art. 48 constitucional, y sobre la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, en materia de control sobre los reglamentos parlamentarios, véase la bibliografía citada en L. PEGORARO, *Il Governo in Parlamento. L'esperienza Della V Repubblica francese*, Padua, CEDAM, 1983, p. 19 y ss.; en especial la nota 16.

(11) SECRETARIAT GENERAL DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, *Les questions a l'Assemblée Nationale*, París, Economica, 1989, p. 1, 53 y ss. Además P. N. GUYEN HUU, *L'évolution des questions*

gris que delinea los contornos del significado de las palabras que designan varias instituciones jurídicas, con la palabra «interrogazione», «pregunta», «question» (u otras en diferentes lenguas) se estaría aludiendo a una institución *sustancialmente* común.

El nominalismo siempre pone en evidencia problemas de sustancia, tal y como lo ha demostrado la experiencia francesa. Si la interpelación –allá en la tradición histórica y en el área de sobreposición con la pregunta– hace emerger *aún más* la responsabilidad del Gobierno, entonces, se explica por qué el *Conseil Constitutionnel* declaró su inconstitucionalidad, una vez abandonado el esquema parlamentario por otro a favor de la forma semi-presidencial deseada por De Gaulle y Debrée ⁽¹²⁾. La pregunta entonces se adapta a la forma de gobierno semi-presidencial, mientras que la interpelación (instrumento que puede ser más incisivo, en cuanto potencialmente dotado de sanciones que pueden ir más allá de la mera declaración de insatisfacción o desacuerdo) no está consentida en un sistema dual, de doble legitimación, aunque caracterizado por la permanencia del vínculo de confianza.

Por esta razón, la definición de las preguntas en el sistema italiano es importante inclusive para fines de una eventual recepción en un Ordenamiento basado sobre *shared powers* y no sobre uno que reconozca un vínculo de confianza. De hecho, se debe de razonar sobre las «simples preguntas» en las cuales consiste la «interrogazione» tal y como se conoce en Italia, y otro tanto sobre la introducción de instrumentos, como las «interpelaciones», que sólo en parte son similares, no sólo por su contenido, sino sobre todo porque «cualquier interpelante que no esté satisfecho e intente promover una discusión sobre las explicaciones ofrecidas por el Gobierno puede presentar una moción», poniendo en juego la responsabilidad misma del Ejecutivo⁽¹³⁾.

El problema de la definición de las preguntas evoca sobre este punto otras cuestiones que requieren ser aclaradas, y que están conectadas con la naturaleza misma de la institución: ¿a qué funciones o actividades nos referimos?

parlementaires depuis 1958, en *Le Parlement français sous trois Présidents. 1958-1980* en *Rev. Fr. Sc. Pol.*, n. 1, 1981, p. 172 y ss.

(12) Para una amplia bibliografía sobre la forma de gobierno de la Quinta República en el cuadro del modelo semipresidencial, además de la extensa literatura francesa, véase S. ACCANTI, O. MASSARI, G. P. ASQUINO, *Semipresidenzialismo. Analisi delle esperienze europee*, Bologna, il Mulino, 1996; L. PEGORARO, A. RINELLA (coords.): *Semipresidenzialismi, Quaderni giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste*, n. 3, Padua, CEDAM, 1997; A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale* Turín, Giappichelli, 1998; C. FUSARO, *Le radici del semi-presidenzialismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1998; A. C. ANEPA, *Il sistema semipresidenziale. Aspetti teorici e di diritto positivo*, Turín, Giappichelli, 2000.

(13) Art. 138, apdo. 2, R.C.

En la doctrina italiana se distingue, con varias facetas de tesis, la actividad de control, que consiente la adopción de medidas o cuanto menos la expresión de juicios críticos hacia el Gobierno, de aquella de «sindacato ispettivo» (mucho más larga, y que puede ser funcional al control), y también de aquella consistente en el mero conocimiento y en la de información, instrumentales para diferentes funciones del Parlamento (legislativa, de dirección política y de control). Las opiniones son variadas, y no es este el lugar para recordar todas las reconstrucciones propuestas⁽¹⁴⁾. Sin embargo, un punto parece relevante: decidir qué significa control o inspección (o *oversight*, o sinónimos en otras lenguas) tiene importancia sobre la recepción o no de la institución.

No cabe duda de que una mera actividad de información se encuentra en los poderes de todos los Parlamentos que operen tanto en los sistemas parlamentarios, como en las formas de gobierno presidenciales⁽¹⁵⁾. Inclusive, en estas últimas el dualismo en la estructura y en la actividad de adquisición de conocimiento es la regla para los órganos colegiados electivos⁽¹⁶⁾. En un sistema de poderes divididos no es posible decir que son admisibles todos los instrumentos de control, propios de los regímenes parlamentarios. Por lo tanto, es necesario aclarar dos aspectos: a) qué está dentro de la actividad cognoscitiva, o de información, y qué está dentro de la actividad de control y más en general en el llamado «sindacato político»; b) si las preguntas son meros instrumentos de conocimiento, que sirven por lo tanto a todas las otras funciones de la Cámara, o si por el contrario únicamente son instrumentos de control. Sólo entonces se podrá razonar sobre la com-

(14) Sintéticas definiciones de «control» y de «sindacato ispettivo» en M. MAZZIOTTI, V. DI CIOLO, voz: *Parlamento*, en *Enc. Dir.* XXXI, Milán, Giuffrè, 1981, p. 799 ss. En particular, sobre las diferentes opiniones, véase entre otros a S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1963; G. AMATO, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milán, Giuffrè, 1968; A. MANZELLA, *Osservazioni sui controlli parlamentari*, en *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Florencia, Vallecchi, 1969, p. 335 ss.; ID., *I controlli parlamentari*, Milán, Giuffrè, 1970; ID., *Il Parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 2ª. ed., 1991, p. 135 ss.; ID., *La funzione di controllo*, en ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Anuario 2000. Il Parlamento*, Padua, CEDAM, 2001, p. 213 ss. C. C. HIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milán, Giuffrè, 1974; S. S. ICARDI, voz: *Controllo e indirizzo parlamentare*, en *Dig. disc. pubbl.*, IV, Turín, UTET, 1989, p. 128 ss.; M. CARDUCCI, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padua, CEDAM, 1996.

(15) Véase E. CHELI, *L'informazione parlamentare*, en *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, op. cit., p. 267 ss.; G. RECCHIA, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Nápoles, Jovene, 1979. Con específica referencia a la información, M. PATRONO, *Informazione (e informatica) in Parlamento*, en *Dir. e soc.*, 1981, p. 769 ss.

(16) E. CHELI, C. MACCHITELLA, *L'attività conoscitiva delle Camere, aspetti organizzativi ed evoluzione del sistema*, en *Parlamento istituzioni democrazia*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 103 ss.

patibilidad de cada uno de estos instrumentos (comprendidas las preguntas parlamentarias) con la forma de gobierno presidencial.

La definición de estos ámbitos semánticos les corresponde a las teorías elaboradas por la doctrina, que en la construcción de los modelos señalan su vinculatividad, o la susceptibilidad de emanar reglas de funcionamiento o previsiones sobre la funcionalidad o sobre los éxitos, y sobre la compatibilidad de elementos accidentales, respecto a aquellos determinantes⁽¹⁷⁾.

En cuanto a la primera cuestión, la tesis más influyente afirma que la mera actividad de recolección de información no se traduce en una función específica de las Cámaras parlamentarias; ya que ella puede ser utilizada para el ejercicio de diversas funciones: legislativa, de control, de dirección o, ya que admite su existencia, de garantía constitucional⁽¹⁸⁾; razón por la cual no debe tener como único objeto la actividad del Gobierno, sino que puede atender objetivos más amplios, a fin de tener noticias sobre las que el Gobierno ya tiene conocimiento. En cuanto a la segunda cuestión se considera que las preguntas, por cuanto en algún sentido prevén una “sanción” consistente en la declaración de satisfacción o insatisfacción, no son exactamente instrumentos de control en sentido estricto, de forma que la información adquirida puede ser utilizada bien con meros fines de conocimiento general, o bien para el mejoramiento de la legislación, o hasta para la creación de comisiones de investigaciones y de control.

Con ello se introduce a la siguiente cuestión de la actividad y de la función de control político en relación con las formas de gobierno.

3.F FORMAS DE GOBIERNO Y CONTROL PARLAMENTARIO

Realmente, no es este el lugar para recordar la extensa literatura que se ha ocupado de las formas de gobierno, en particular de la forma presidencial de gobierno y aún más específicamente de su anómala recepción en América Latina.

Basta aquí observar que, por un lado, por muchos ha sido constatado cómo el mismo ordenamiento-modelo –los Estados Unidos de América–, lejos de consagrar una rígida separación de poderes, se presenta como un «government of separated institutions sharing powers»⁽¹⁹⁾ que inclusive habría dado vida a «un

(17) Sobre la teoría de los elementos determinantes véase a L. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 223 ss.

(18) A. MANZELLA, *Osservazioni sui controlli parlamentari*, op. cit.

(19) R. NEUSTADT, *Presidential Power. The Politics of Leadership*, Nueva York, Emory University, 1960, p. 33. Ulterior jurisprudencia y una profunda explicación de las razones por

máximo de *confusión* de funciones conectadas con la realización de la dirección política»⁽²⁰⁾: confusión que no sólo se advierte en los *checks and balances* previstos por el texto constitucional, sino sobre todo en la praxis “contractual” que caracteriza al proceso legislativo, y en la introducción y ulterior potenciación de las *hearings* con función tanto legislativa como de control.

Por otro lado, ha sido advertido cómo el presidencialismo latinoamericano ha por su parte adaptado a sus exigencias, perceptibles por ejemplo en el ámbito económico, político o social, el modelo al que desde el principio se había inspirado, con éxito a menudo desfavorable. En muchos ordenamientos nominalmente federales falta el freno más importante hacia el inmenso poder presidencial —una verdadera distribución del poder sobre el plano territorial—, y el principio de división de poderes a menudo ha sido *de iure* derogado a ventaja del Presidente⁽²¹⁾; mientras que, por el contrario, los débiles mecanismos ejercidos para contrarrestar dicho presidencialismo han resultado realmente insuficientes para reestablecer el equilibrio entre los poderes que caracteriza al modelo estadounidense⁽²²⁾.

Me limitaré, por lo tanto, a señalar dos puntos, estricta y principalmente conectados con el tema desarrollado en este trabajo.

El primer sería: en el modelo —o sea el de los Estados Unidos de América— la fórmula «government of separated institutions sharing powers» ha encontrado una ejecución estratégica en la división estructural de la actividad informativa del Congreso, respecto de la del Ejecutivo, y efectuada en modo específico con la *Legislative Reorganization Act* de 1946⁽²³⁾. Por otro lado, el dualismo de

las cuales el poder de encuesta se ha desarrollado en la obra de G. BENNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II. La Costituzione democratica*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 263 ss.

(20) L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milán, Giuffrè, 1961, p. 30.

(21) Al respecto existen innumerables obras publicadas en América Latina, entre las que podemos recordar, con especial referencia al sistema presidencial mexicano: J. C. ARPISO, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978.

(22) Nos referimos a la prohibición de reiteradas reelecciones del Presidente, prevista en cualquier texto constitucional, en el *impeachment*, en el *recall*... Obviamente, las causas del fracaso corresponden en gran medida a otros elementos, de naturaleza económica, social, o política, que los juristas nunca consiguen contrastar. Para un análisis de los confines entre lo político y lo jurídico véase a L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, América Latina, Asia*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 331 ss.

(23) Para más comentarios y bibliografía al respecto véase a L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, op. cit., p. 19.

los aparatos informativos tampoco ha mitigado la histórica importancia de la sentencia *McGrain v. Daugherty*⁽²⁴⁾, en la cual –1927– la Corte Suprema afirmó que el poder de encuesta «representa un apoyo esencial y propio del poder legislativo», y que «un órgano legislativo no puede legislar sabiamente y con propiedad si carece de la información que le ilustre sobre las condiciones que la ley debe tener o debe modificar; y cuando el órgano legislativo no tiene la información necesaria... debe recurrir a otros que están en posesión de la misma».

El modelo presidencial, pues, de hecho no excluye el “contacto físico” entre el Legislativo y el Ejecutivo, inclusive con el uso de instrumentos como la encuesta los cuales –como perfectamente lo demuestra la historia de los Estados Unidos de América– a menudo se configuran como instrumentos de investigación que no sólo funcionan para mejorar el procedimiento legislativo, sino que también son formidables medios de control sobre la actividad del Ejecutivo.

Al igual que las encuestas –observamos en conclusión– también las preguntas representan instrumentos para la adquisición de conocimiento, auxiliando tanto a la función legislativa como a la de control. Por lo tanto, la configuración del modelo de la forma de gobierno presidencial no excluye su introducción.

El segundo punto es el siguiente: si en el pasado el presidencialismo latinoamericano ha adaptado el modelo estadounidense a favor del Presidente, entonces no existe razón alguna para no reequilibrar los mecanismos de funcionamiento en beneficio del Congreso. La introducción de instrumentos de conocimiento utilizables igualmente para su labor de control, tales como las preguntas parlamentarias, representa al fin un ligero equilibrio con respecto al enorme “desequilibrio” operado en el pasado a favor del Ejecutivo, y sobre todo en relación con la ausencia o carencia, respecto al sistema de los Estados Unidos de América, de frenos y contrapesos pre o meta-jurídicos (sistemas de partidos, prensa y televisión, poderes locales...)⁽²⁵⁾.

(24) 273 U.S. 135 (1927). Sobre la introducción de las *hearings* en U.S.A. puede consultarse en la doctrina italiana a A. REDIERI, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, Milán, Giuffrè, 1964; G. NEGRI, *Il sistema politico degli Stati Uniti d'America*, Pisa, Nistri-Lischi, 1969, p. 96 ss.

(25) Desde el punto de vista metodológico, el análisis comparativo igualmente puede servirse de elementos no jurídicos para la valoración de la exportabilidad de los modelos y sobre la idoneidad de su recepción, bajo la condición de no confundir metodológicamente los perfiles de la investigación. Sobre esto véase L. REGORARO, A. RINELLA, *Introducción al Derecho Público Comparado*, México, UNAM, 2006, p. 131 ss. y Lima, Palestra, 2006, p. 110 ss.

La adhesión a un modelo para deducir consecuencias en términos de funcionalidad, de hecho no representa un dogma: como ya ha sido observado⁽²⁶⁾, el éxito de un trasplante se medirá en base a los éxitos del mismo, y no sobre las previsiones de una completa imitación o de su apego total al tipo ideal⁽²⁷⁾.

4.E L CONTEXTO ITALIANO

En toda institución, su rendimiento es valorado en relación al contexto en el cual éste opera. Así pues, por ejemplo, en el ordenamiento italiano la excepción de inconstitucionalidad cumple magistralmente la tarea de la tutela de los derechos, en cuanto representa un instrumento principal propuesto para garantizar el control de constitucionalidad. En España, en cambio, dicha institución tiene una modesta importancia, ya que padece de la aplastante concurrencia de otra institución: el *amparo*⁽²⁸⁾. Así también, las preguntas al igual que las interpelaciones pueden ser acusadas de ser «instituciones anticuadas y deformadas por su uso»⁽²⁹⁾, no ya sólo porque no han sido las más idóneas para cumplir con su tarea originaria (adquisición de información utilizada para la función legislativa y de control), sino porque, con el tiempo, se ha confiado en otros instrumentos más eficaces.

La interpelación, la pregunta, o la encuesta parlamentaria agotaron durante algún tiempo el elenco de los instrumentos de investigación parlamentaria. Y no sólo eso, el único destinatario del Parlamento era el Gobierno. Desde los años 70, específicamente con la reforma reglamentaria de 1971, el catálogo a disposición de cada una de las Cámaras se ha visto enormemente ampliado; la actividad del Gobierno ya no es el único objeto de la actividad informativa e investigadora de las Cámaras, sino que además lo es la actividad de otros sujetos que operan en las diferentes instituciones.

Por ejemplo, configurada con meros fines cognoscitivos es la facultad de la Asamblea o de las Comisiones de la Cámara de diputados para solicitar información al ISTAT (Instituto de Estadística: art. 145 R.S.), o para solicitar opiniones,

(26) Sobre el tema véase a A. WATSON, *Legal Transplants. An approach to comparative law* Londres, University of Georgia Press, 1993, en especial p. 21 ss.; y más sintéticamente *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 155 ss.

(27) G. BOGNETTI, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 113 ss., y además L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al Derecho Público Comparado*, op. cit., p. 122 ss.

(28) Para más referencias en L. PEGORARO, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 53 ss.

(29) E. CHELI, C. MACCHITELLA, *L'attività conoscitiva delle Camere, aspetti organizzativi ed evoluzione del sistema*, op. cit., p. 100.

estudios o análisis del C.N.E.L. (Consejo Nacional de Economía y Trabajo: art. 146 R.C., art. 49 R.S.). Las Comisiones pueden además, según los artículos 148 R.C. y 133 R.S., solicitar información, aclaraciones, o documentos al Tribunal de Cuentas.

Además, los Reglamentos de ambas Cámaras tienen regulada la praxis para la indagación cognoscitiva (art. 144 R.C. y 48 R.S.), con la finalidad de adquirir noticias e información, con la posibilidad de convocar directamente a funcionarios dependientes de la administración pública⁽³⁰⁾.

Igualmente, las Comisiones pueden celebrar audiencias con Ministros y, con el consenso de los mismos, con funcionarios de la administración pública, y con autoridades administrativas independientes (art. 143, apdo. 2, R.C. y art. 46, apdo. 1, y 47 R.S.⁽³¹⁾).

Las Cámaras, a través de las propias Comisiones o Comisiones bicamerales, están llamadas además a ofrecer sus opiniones sobre diversos actos del Gobierno e incluso sobre la nómina gubernamental de los vértices de los entes públicos (ley del 24 de Enero de 1978, n. 14).

Se puede añadir que a la reforma funcional anteriormente aludida, se ha anexo una reestructuración de los aparatos cognoscitivos de apoyo, de manera que

(30) Sobre esta institución véase a F. D'ONOFRIO, *Le indagini conoscitive delle comisioni parlamentari. Problema e prospettive*, Chieti, Un. di Chieti, 1971; y V. LIPPOLIS, voz *Indagini conoscitive*, en *Enc. Giur.*, XVI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss. Y además por su aplicación al nivel regional, L. PEGORARO, *L'attività conoscitiva delle regioni*, en *Studi parl. pol. cost.*, 1978, p. 57 ss.; B., *L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari sub-nazionali: il caso italiano*, en A. REPOSO, M. PATRONO (a cura di), *L'informazione parlamentare. Sistema comunitario e modelli italiani*, Cleup, Padova, 1983, p. 91 ss.; ID., *La parabola delle hearings regionali: dalla partecipazione al lobbying*, en G. DE VERGOTTINI, (coord.): *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Rimini, Maggioli, 1985, p. 268 ss.

(31) Además de la ya citada obra de A. PREDIERI, *Contraddittorio e testimonianza del cittadino nei procedimenti legislativi*, véase del mismo autor: *Per l'introduzione delle udienze legislative nel Parlamento italiano*, en *Il ponte*, 1966, p. 1109 ss.; C. CHIMENTI, *Le "udienze conoscitive" delle comisión senatoriali*, en ISLE, *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, II, Milán, Giuffrè, 1968, p. 173 ss.; V. DI CIOLO, *Aspetti teorici e pratici delle udienze legislative in Italia*, en *Studi per il XX aniversario dell'Assemblea costituente*, V, op. cit., p. 367 ss.; Como lo han notado M.L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di Diritto parlamentare*, op. cit., p. 339 ss., y E. CHELI, C. MACCHITELLA, *L'attività conoscitiva delle Camere, aspetti organizzativi ed evoluzione del sistema*, op. cit., p. 100, con la posibilidad de convocar a los funcionarios se rompe definitivamente el diafragma entre Parlamento y administración. Podemos recordar además que las Cámaras, a través de las propias Comisiones o Comisiones bicamerales, están llamadas también a ofrecer opiniones sobre diversos actos del Gobierno e incluso sobre la nómina gubernamental de los vértices de los entes públicos. (l. 24.1.1978, n. 14). Pero ello —a diferencia de lo que parece entender M.L. MAZZONI HONORATI, op. cit., p. 342 ss.— corresponde más a la función de dirección política que a la actividad cognoscitiva, aunque, para modificar su opinión las Comisiones pueden adquirir información del Gobierno, de las Comisiones de vigilancia o del Tribunal de Cuentas.

ahora las Cámaras están en posición de procesar –gracias al auxilio de la informática– una gran cantidad de información inimaginable en el pasado⁽³²⁾.

El catálogo de instrumentos cognoscitivos a disposición de los parlamentarios individuales, de los grupos, de las Comisiones, de cada una de las Cámaras y del Parlamento en su conjunto, necesariamente altera el papel de las preguntas, que, desde instrumento de adquisición de conocimientos aprovechables para la labor legislativa y de control, han sido obligadas en parte a cambiar de naturaleza, transformándose en instrumentos de legitimación en la *constituency* de los parlamentarios individuales; tanto en algunos casos (especialmente en las preguntas de respuesta escrita y en aquellas de comisiones, a menudo relacionadas con el territorio), para exhibir a los electores o grupos específicos; como en otros casos con escenarios más amplios (o sea para las preguntas de respuesta inmediata, transmitidas a veces por televisión directa, o por aquellas que comúnmente interesan a un amplio público).

Las modificaciones para la práctica de las preguntas, ocurridas en el curso de los años (1971, 1983, 1988, 1997, 1999), no han tenido otro objetivo sino la actualización de las normas en relación al nuevo contexto y a las nuevas exigencias.

5.L A DISCIPLINA POSITIVA

Las preguntas de naturaleza clásica son de dos tipos: las de respuesta oral (que pueden ser ofrecidas además en Comisión), y las de respuesta escrita. En 1983 en la Cámara de diputados, y en 1988 en el Senado, fueron introducidas las preguntas de respuesta inmediata, con las cuales se intentó emular a la institución inglesa de la *question time* o aquella de las *questions d'actualité* introducidas en 1969 en el artículo 138 del Reglamento de la Asamblea Nacional Francesa (y demás institutos similares).

Les corresponde a los parlamentarios individuales especificar qué tipo de pregunta se está formulando, o, mejor, si se desea obtener una respuesta oral o escrita, en Pleno o en Comisión, con urgencia o no. Si no se indica, en el Senado se entiende que la respuesta será por escrito⁽³³⁾.

5.1.Preguntas de respuesta escrita

Las preguntas de respuesta escrita se prestan mejor que otras para cumplir con la finalidad histórica de conocimiento multifuncional: de hecho no representa

⁽³²⁾ A la reestructuración de los aparatos están dedicadas diversas contribuciones en los volúmenes ya citados: *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà* y *Parlamento istituzioni democrazia*. En particular en este último véase M. PACELLI, *Amministrazione delle Camere, del Parlamento e problemi istituzionali*, p. 183 ss.

⁽³³⁾ Art. 145, apdo. 2, R.S.

un instrumento de publicidad para el diputado o el senador que formula la pregunta, ni tampoco suscita una confrontación evidente con el Gobierno. En cambio, puede ser exhibido al elector o a los electores interesados en el tema, para certificar la sensibilidad o el celo del político que le ha dirigido la pregunta con respecto a un problema: problema que por esta razón puede ser muy específico, como el retraso en el pago de una pensión específica, o algo similar. Se presta por otra parte para respuesta puntual, elaborada materialmente para la burocracia de las Secretarías, «también en los periodos de aplazamiento en los trabajos parlamentarios»⁽³⁴⁾. En este caso, dentro de veinte días, el Gobierno debe dar la respuesta y comunicarla al Presidente de la Cámara. En el Senado, «Si el término transcurre sin que la pregunta haya recibido respuesta, el Presidente, de acuerdo con quien cuestiona, dispondrá, comunicándoselo a la Asamblea, que la pregunta sea registrada, para respuesta oral, en el orden del día de la próxima sesión de la Asamblea destinada al desahogo de las preguntas, o de la primera sesión de la Comisión competente en la materia»⁽³⁵⁾, mientras que, en cambio, la Cámara de Diputados la coloca sin más dentro del orden del día de la próxima sesión de la Comisión competente.

En ambas Cámaras, la respuesta escrita es publicada enteramente en los actos parlamentarios.

5.2. Preguntas de respuesta oral

Las preguntas de respuesta oral son, al menos en teoría, tratadas en la primera sesión después de su presentación. Según el artículo 139, apdo. 2, R.C.: «transcurridas dos semanas desde su presentación, las preguntas pueden ser colocadas antes que otra cosa en el primer punto del orden del día de la primera sesión en la cual esté previsto el desarrollo de las preguntas». En el Senado, el artículo 148, apdo. 2, especifica que «las preguntas de respuesta oral son colocadas en el orden del día de cualquier sesión dentro de los siguientes quince días, según el orden de la presentación misma o según el orden que el Presidente considere más conveniente para los trabajos». Sin embargo, hay además un límite para la Cámara de diputados, representado en el hecho de que «no pueden ser colocados en el orden del día de la misma sesión más de dos preguntas presentadas por un mismo diputado»⁽³⁶⁾.

De hecho, el amplio uso de las preguntas de respuesta oral impide que estos términos se respeten, y el art. 130, apdo. 1, R.C., en base al cual «en cada sesión al menos los primeros cuarenta minutos serán dedicados al desahogo de las preguntas,

(34) Art. 134, R.C. y 153, apdo. 4, R.S.

(35) Art. 153, R.S.

(36) Art. 129, R.C.

a menos que el orden del día no esté enteramente reservado para otros asuntos», se ha derogado por la práctica que constriñe a su tratamiento las sesiones del lunes y del viernes. En el Senado, de acuerdo con el art. 148, «para el desahogo de las preguntas de respuesta oral en Asamblea está destinada al menos una sesión por cada semana, salvo los periodos de suspensión de los trabajos parlamentarios» (el día es el martes).

Una sub-especie de dichas preguntas está representada por las preguntas con respuesta en Comisión, introducidas en 1971, por un lado a fin de descongestionar el calendario del Pleno, y por el otro para que subrayar el papel de las Comisiones mismas⁽³⁷⁾, y donde en efecto el Gobierno se compromete a responder a un número mayor de preguntas debido a la índole a menudo más específica de las preguntas presentadas. La pregunta es inscrita en el orden del día de la primera sesión de la Comisión competente en la materia (art. 133, apdo. 2 y 3, R.C.), según el Presidente de la Cámara, quien la transmitirá al Presidente de la Comisión y lo se lo comunicará al Gobierno. En el Senado (art. 147), donde este instrumento es menos usado que en la Cámara de diputados, «el Presidente, de acuerdo con el interrogante, puede ordenar, comunicándoselo a la Asamblea, que las preguntas de respuesta oral sean desahogadas en la Comisión competente en la materia».

5.3. Urgencia y tiempos

Los tiempos para la exposición, la respuesta del Gobierno y la declaración de satisfacción o insatisfacción son los mismos tanto en Pleno como en Comisión: según el artículo 132 R.C., «después de la respuesta del Gobierno sobre cada pregunta el interrogante puede hacer uso de la réplica para declarar si está o no satisfecho con la respuesta», y «el tiempo concedido al interrogante para la réplica no puede exceder de los cinco minutos». Análoga disposición está expresada en el artículo 149 R.S.

Cuando la pregunta a desahogar en Pleno reviste el carácter de urgente –reconocida en la Cámara por el mismo Gobierno, y en el Senado por el Presidente de la Asamblea⁽³⁸⁾– el Gobierno podrá responder de inmediato o al inicio de la siguiente sesión. Si la urgencia es manifiesta, y si sobre ello están de acuerdo todos los sujetos interesados –presentador (obviamente), Gobierno, Presidencia de Asamblea y fuerzas políticas– las preguntas podrán ser respondidas inclusive

(37) En cuanto a esta segunda finalidad véase a M.L. MZZONI HONORATI, *Lezioni di Diritto parlamentare*, op. cit., p. 320.

(38) Art. 135, R.C., 151 R.S.

durante las crisis de Gobierno y hasta en el periodo de *prorogatio* de la Cámara⁽³⁹⁾. Prescindiendo de la urgencia, el tratamiento no puede ser, de hecho, rigurosamente apegado a los tiempos del depósito; basta con pensar que, en base al artículo 130, apdo. 2, R.C., «transcurrido el tiempo indicado en el precedente apartado (o sea los 40 minutos previstos, en teoría, para el tratamiento de las preguntas) el Presidente reenviará las preguntas no desahogadas a la siguiente sesión».

El desempeño de la programación parlamentaria y la exigencia por racionalizar los tiempos se advierte en el artículo 139-bis, apdo. 2 y 3, R.C.: «2. El desahogo de las preguntas, de las interpelaciones y de las mociones debe sucederse separadamente de cada una de las discusiones, a parte de los debates relativos a la programación, al balance y a las encuestas parlamentarias. 3 El Presidente al hacer uso de su indiscutible juicio podrá disponer qué preguntas e interpelaciones relativas a argumentos idénticos o estrictamente conectados, serán reagrupables y desahogadas simultáneamente». Además el art. 159 del R.S. igualmente señala que «cuando sobre cuestiones u objetos idénticos o estrictamente conectados a aquellos que se refieren las mociones que han sido presentadas, y también en preguntas e interpelaciones, el Presidente podrá disponer que se desahogue una única discusión».

5.4. La respuesta del gobierno

Para responder está el Presidente del Consejo (lo cual sucede raramente), o el Ministro competente, o, en base al art. 10, apdo. 5, de la ley n. 400 de 1988, algún Subsecretario.

Pero, ¿puede el Gobierno abstenerse de responder?

Aparte de los problemas prácticos, conectados con la acumulación de trabajo en el orden del día, que comportan el paso de las preguntas a un elenco diferente, el Gobierno no puede negarse a responder (aunque en caso de violación de las obligaciones no están previstas sanciones jurídicas de algún tipo, y en cada caso, en la praxis, el Gobierno jamás declara no poder responder, sino que a lo sumo retrasa su respuesta)⁽⁴⁰⁾. En cambio, como lo establece el Reglamento de la Cámara

(39) Esto último lo pone en evidencia R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, en T. MARTINES, C. DE CARO, V.L. IPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Rimini, Maggioli, 1992, p. 419.

(40) De hecho, dado el alto número de preguntas presentadas, su inscripción en el orden del día vendrá junto con el consenso del Gobierno, en el lugar de programación de los trabajos de la Conferencia de los Presidentes de Grupo, y quien además consentirá en clasificar por materia a las preguntas, y con ello evitar ocupar a todos los Ministros. Sobre dicha gestión colegiada véase a R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, op. cit., p. 417.

de Diputados, «el Gobierno puede expresar que no declarará indicando el motivo. Si expresa aplazar la respuesta, deberá precisar el día, dentro del término de un mes, en que está dispuesto a responder»⁽⁴¹⁾. Igualmente, en el Senado, «El Gobierno tiene el derecho de expresar a la Asamblea, indicando los motivos, su negativa a responder o de aplazar la respuesta hacia otro día»⁽⁴²⁾.

Otro perfil práctico tratado en los Reglamentos de ambas Cámaras contempla la pérdida del derecho a la respuesta para el diputado o el senador ausente: «Si el interrogante no se encuentra presente en el momento en que el Gobierno se dispone a responder –según el art. 131 R.C.– se entenderá que ha renunciado a la pregunta». A su vez, el art. 148 R.S. establece que «Si el interrogante no se encuentra presente durante su turno, perderá el derecho a la respuesta y la pregunta se declarará desechada».

Por último, debemos señalar que, para la Cámara de diputados, «para fines de la publicación de las mociones, interpelaciones, y preguntas, el Presidente verificará que el contenido del acto sea reconducible al tipo de instrumento presentado según lo previsto en los artículos 110, 128 y 136; para lo cual, puede cambiar la titulación del acto, de la que se informa a quien la propuso. El Presidente valorará la admisibilidad de dichos actos con estricto apego a la coherencia entre las distintas partes de los documentos, a la competencia y a la responsabilidad propia del Gobierno hacia el Parlamento, además de la tutela de la esfera personal y de la honorabilidad de las personas así como del prestigio de las instituciones. En cambio, no serán publicados los actos que contengan expresiones inconvenientes»⁽⁴³⁾. Igualmente, en el Senado, «el Presidente, cerciorándose de que las preguntas se corresponden con su contenido... y no son formuladas en términos improcedentes, ordenará el anuncio a la Asamblea y su publicación en los informes de la sesión»⁽⁴⁴⁾.

5.5. Preguntas de respuesta inmediata

Parte de la disciplina organizativa someramente descrita se corresponde además con un tercer tipo de preguntas: las de respuesta inmediata. Se trata de «una

(41) Art. 131, apdo. 1, R.C.

(42) Art. 148, apdo. 3, R.S. Para una profunda denuncia de las sistemáticas dilaciones en las respuestas del Gobierno, véase a G. MELEGA, *Parlamento e informazione*, en *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà*, op. cit., p. 333 ss.

(43) Art. 139-bis, apdo. 1, R.C.

(44) Art. 146, R.S.

simple pregunta, formulada en modo claro y conciso sobre un argumento de relevancia general, con carácter de urgente o de una particular actualidad política»⁽⁴⁵⁾.

Introducidas, como se ha dicho, para revitalizar una práctica paralizada, sobre estas líneas de los ejemplos proporcionados por el derecho comparado, las preguntas de respuesta inmediata en parte se han añadido –sino es que suplantado, cuando menos por los intereses que suscitan– a los otros tipos de preguntas de los que hemos hablado hasta ahora. Por otra parte, el interés es solicitado sobre todo por cuanto disponen los Reglamentos de ambas Cámaras: o sea, que «el Presidente de la Cámara dispone la transmisión televisiva para el desahogo de las preguntas que señala el presente artículo ⁽⁴⁶⁾, o que «cuando interviene para la respuesta el Presidente del Consejo de Ministros, o cuando la importancia de los argumentos lo requiera, el Presidente podrá disponer la transmisión televisiva en directo» ⁽⁴⁷⁾, que paralelamente en parte disminuyen cuando tal evento no se lleva a cabo.

En la Cámara de diputados, «el desahogo de preguntas de respuesta inmediata tiene lugar una vez a la semana, por regla general los miércoles. En la sesión dedicada al desahogo de preguntas con respuesta inmediata intervienen, en el ámbito de cada calendario de los trabajos, dos veces el Presidente o el Vicepresidente del Consejo de Ministros y una sola vez el Ministro o los Ministros competentes en la materia que concierne las preguntas presentadas»⁽⁴⁸⁾; en el Senado, «Periódicamente, y por lo menos una vez al mes, parte de una sesión destinada a la discusión de proyectos de leyes está dedicada al desahogo de preguntas de respuesta inmediata relacionadas con las materias específicamente clasificadas por la Conferencia de Presidentes de los Grupos parlamentarios»⁽⁴⁹⁾.

El Reglamento de la Cámara de diputados establece que este tipo de preguntas sean presentadas «antes de las doce horas del día anterior al día en el que está previsto su desahogo», y además señala que pueden ser presentadas por un diputado de cada Grupo y tramitadas por el presidente del Grupo al cual pertenece⁽⁵⁰⁾;

(45) Art. 135-bis R.C.; el Reglamento del Senado no ofrece ningún comentario al respecto. Sobre su introducción véase a G. LONG, *Le interrogazioni a risposta immediata*, en *Quad. cost.*, 1984, p. 143 ss.

(46) Art. 135-bis, apdo. 5, R.C.

(47) Art. 151-bis, apdo. 6, R.S.

(48) Art. 135-bis, apdo. 1, R.C.

(49) Art. 151-bis, apdo. 1, R. S.

(50) Art. 135-bis, apdo. 2, R.C.

la proporcionalidad y el filtro de los Grupos es establecido incluso en el Senado, en donde el artículo 151-bis, apdo. 4, prevé que «un Senador por cada Grupo parlamentario puede, por no más de un minuto, formular preguntas consistentes en un mero y simple cuestionamiento al Gobierno sin más comentario», y además que «el Presidente alterne las preguntas de los Senadores de la mayoría con las de aquellos de la oposición».

La respuesta del Gobierno es confiada en la Cámara al «Presidente o al Vicepresidente del Consejo de Ministros, o al Ministro o a los Ministros competentes en la materia sobre la cual recaiga el mayor número de preguntas presentadas»⁽⁵¹⁾. De manera más breve, el art. 151-bis, apdo. 5, R.S. establece sin especificar más que «el representante del Gobierno responderá por no más de tres minutos. El interrogante puede hacer uso de la réplica por no más de tres minutos».

En la Cámara de diputados está previsto que el interrogante pueda, además del uso de la réplica, ilustrar brevemente la pregunta. De hecho «el presentador de cada pregunta tiene la facultad de ilustrarla por no más de un minuto. A cada una de las preguntas presentadas responderá el representante del Gobierno, por no más de tres minutos. Sucesivamente, el interrogante u otro diputado del mismo Grupo tendrá el derecho de la réplica por no más de dos minutos»⁽⁵²⁾.

Únicamente en la Cámara de diputados las preguntas de respuesta inmediata podrán desahogarse, con base en el art. 135-ter R.C., en Comisiones, mediante procedimientos análogos, aunque con tiempos y formalidades un poco diferentes, incluyendo la grabación televisiva, aunque se trate de circuito cerrado⁽⁵³⁾.

(51) Art. 135-bis, apdo. 3, R.C.

(52) Art. 135-bis, apdo. 4, R.C.

(53) Art. 135-ter R.C.: «1. El desahogo de preguntas de respuesta inmediata en Comisión tendrá lugar dos veces al mes, por regla general los jueves. 2. Antes de las doce horas del día anterior a aquel en el cual esté previsto el desahogo de las preguntas de las cuales habla el apartado 1, un miembro de la Comisión por cada Grupo podrá presentar una pregunta a trámite del representante del Grupo al cual pertenece. El presidente de la Comisión invitará, por lo tanto, a responder al Ministro o al Subsecretario de Estado correspondiente. 3. Las preguntas de las cuales habla el apartado 1 deben consistir en una sola pregunta, formulada en modo claro y conciso sobre un argumento correspondiente en el ámbito de competencia de la Comisión, con carácter de urgencia o de particular actualidad política. 4. El presentador de cada pregunta tendrá el derecho de ilustrarla por no más de un minuto. A cada una de las preguntas presentadas responderá el Ministro, por no más de tres minutos. Sucesivamente, el interrogante u otro diputado del mismo Grupo tendrá el derecho de hacer uso de la réplica por no más de dos minutos. 5. Para el desahogo de las preguntas del cual habla este artículo, se dispondrá de la transmisión audiovisual. 5. Las preguntas desahogadas conforme al presente artículo no podrán ser presentadas como preguntas ordinarias».

En la praxis, las preguntas de respuesta inmediata han llevado alguna novedad en una institución –las preguntas– «que habrían sido destinadas a un progresivo burocratismo»⁽⁵⁴⁾, aunque la praxis se ha encargado con el tiempo de disminuirlas, tal vez por la dificultad de asegurar constantemente la transmisión televisiva que, obviamente, alimenta el ansia de exhibición de los parlamentarios que proponen y solicitan la presencia de los colegas, notoriamente ausentes durante el ejercicio de la actividad investigadora.

6.V ALORACIONES CONCLUSIVAS

Los perfiles más delicados para una valoración global de las preguntas (y de las interpelaciones) parlamentarias en el ordenamiento italiano, para fines de su exportabilidad, se corresponden con la misma relación dialéctica entre el Parlamento y el Gobierno, o mejor, entre los miembros de una y otra institución. Como se ha dicho, de hecho, mientras al Parlamento inglés sólo tienen acceso los miembros de cada Cámara (y los miembros del Gobierno son siempre seleccionados en las filas de los parlamentarios), y en el estadounidense el único caso de mezcla está representado por el *speaker* del Senado, quien es vice-Presidente de los Estados Unidos de América, en el Italiano los Ministros *pueden* mas no *deben* ser miembros del Parlamento. El art. 64 constitucional establece que «los miembros del Gobierno, aún cuando no formen parte de la Cámara, tienen derecho y, si se requiere, la obligación de asistir a las sesiones. Tienen que ser escuchados cada vez que lo requieran». Precisamente sobre esta disposición constitucional se apoya el sistema (obvio en el Reino Unido) del diálogo “físico” entre el Gobierno y el Parlamento, que por otra parte –como ya hemos visto– en los Estados Unidos ha sido reconocido en base a la exigencia del Congreso por obtener información (aunque sea limitadamente a las *hearings* de las Comisiones de la *House of Representatives* o del Senado). Por otro lado, en los Estados Unidos de América el poder del Parlamento para convocar a los miembros del Ejecutivo ha sido ratificado sólo después de concluir una batalla judicial, y por lo tanto la introducción de las preguntas en los sistemas presidenciales debe de ser acompañada, ante el silencio de cada Constitución sobre este punto, por una ponderada valoración de los poderes de convocatoria del Congreso frente al Ejecutivo (y por las eventuales codificaciones en sentido favorable, a la luz de la fuerza atribuida por el Ordenamiento a los Reglamentos parlamentarios).

(54) R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo* op. cit., p. 419 ss.

Otras enseñanzas provienen de la praxis: el acumulamiento de las preguntas hace difícil respetar los calendarios programados, de forma que resulta indispensable aplicar los oportunos filtros por parte de los Presidentes de la Asamblea o de los órganos que se ocupan de su programación. Además, está demostrado (no sólo en Italia) que la concesión de largos tiempos para la respuesta del Gobierno y la declaración de los que las proponen, lejos de revalorar a la institución la vuelven molesta y casi inútil, a pesar de la finalidad que persigue. De ahí la enorme suerte de las preguntas de respuesta inmediata, con respecto a las tradicionales, no sólo a nivel central sino sobre los entes periféricos –Regiones, Provincias y Municipios– que las han introducido en algunos de sus ordenamientos⁽⁵⁵⁾.

Posteriormente, otro elemento a tomar en consideración está representado en el complejo papel de la oposición parlamentaria. Las preguntas –como cualquier otro instrumento de investigación– son neutrales no sólo funcionalmente (en el sentido de que la adquisición de información se presta para ser utilizada con fines tanto de legislación, como de control o hasta de dirección política), sino en cuanto a que no son únicas y exclusivas del ejercicio de la actividad típica de la oposición parlamentaria. Es decir, pertenecen al catálogo de facultades y poderes propios de cada miembro de las Cámaras, de la mayoría como de la minoría⁽⁵⁶⁾. Por esta razón, en el Ordenamiento italiano –como en otros– las preguntas que provienen de los parlamentarios de oposición no gozan de alguna vía preferencial, respecto a las presentadas por los diputados o senadores de la mayoría. Por ello, para configurar una recepción, desde el punto de vista de su organización procesal, puede ser tenida en cuenta la existencia de un “estatuto de la oposición”⁽⁵⁷⁾.

(55) El derecho comparado además se presta para estudios de comparación “vertical”, o sea que puede ocuparse de la circulación de las instituciones entre entes del mismo nivel o de nivel diferente siempre que el Estado sea descentralizado (federal, regional, autonómico). Sobre esto véase a L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al Derecho Público Comparado* op. cit., p. 65 ss. Se debe hacer notar que, a nivel local, problemas teóricos no diversos de aquellos señalados en el texto se presentaron tras la transformación de la forma de gobierno, basada sobre una más marcada división entre órgano colegiado deliberativo y ejecutivo guiado por un Alcalde elegido directamente por el pueblo. Sobre la disciplina de las preguntas en los entes locales, véase L. PEGORARO, *Gli statuti degli enti locali. Sistema delle fonti e problemi di attuazione* Rimini, Maggioli, 1993, p. 233, 243, 249, 272 ss.

(56) Sobre la transformación ocurrida en relación a los instrumentos de control véase A. MANZELLA, *Osservazioni sui controlli parlamentari*, op. cit., p. 341 ss.

(57) Sobre esto véase a A. RINELLA, *Lo “Statuto costituzionale” dell’opposizione parlamentare*, Trieste, E.U.T. 1999; y además a S. SICARDI, *Maggioranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milán, Giuffrè, 1984.

En general, se puede observar que en el tradicional esquema de contraposición Parlamento-Gobierno, que caracterizaba a las instituciones constitucionales del ochocientos y que todavía se encuentra en los sistemas presidenciales, se ha venido substituyendo en la forma de gobierno parlamentario la dialéctica entre Gobierno y mayoría, de un lado, y oposición parlamentaria, del otro. El típico caso está representado en el Reino Unido, en donde la oposición inclusive está institucionalizada⁽⁵⁸⁾. También, la experiencia alemana es significativa, en donde el ejercicio de encuesta es una función de la oposición y no, como en Italia, de la mayoría. A reserva de cualquier postura “ideológica” (la ruptura de la ideal unidad de cada Cámara, considerada como un órgano inescindible), no parece que algún instrumento procesal a favor de las preguntas propuestas por la oposición durante la organización de los trabajos pueda ser objeto de muchas críticas, si en el marco general puede servir para equilibrar la relación entre mayoría y oposición, especialmente en donde el sistema de partidos y/o los mecanismos constitucionales no permiten lo que sucede normalmente en los Estados Unidos de América (inclusive en Francia), o sea la existencia de mayorías presidenciales y parlamentarias diversas.

En definitiva, el juicio nada halagador que la doctrina italiana ofrece, sobre el rendimiento de las preguntas, en sede comparatística debe ser interpretado tanto a la luz de la concurrencia de otros instrumentos más incisivos de conocimiento, inspección, y control que en parte disminuyen su papel, tanto en un sistema político-institucional absolutamente peculiar, que en parte concurre a distorsionar su naturaleza, enfatizando en la praxis los perfiles conectados a la visibilidad de frente a auditorios generales (la opinión pública, especialmente para la *question time* acompañada de transmisión televisiva) o de otros más específicos (las preguntas dedicadas a problemas privados).

Como se ha observado anteriormente, y se corrobora en esta conclusión, la ciencia del derecho comparado enseña que la bondad de las recepciones no es valorada en términos de adhesión a los modelos históricos o ideales, sino sobre todo en la idoneidad de cada institución para adaptarse a diversas exigencias, a condición de que manifieste coherencia con el contexto del ordenamiento donde el transplante habrá de ser realizado.

(58) En la doctrina italiana, véase a G. DE VERGOTTINI, *Lo “Shadow Cabinet”. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell’opposizione nel regimen parlamentare britannico* Milán, Giuffrè, 1973.

EL CONTROL DEL PODER Y LA DEMOCRACIA. REFLEXIONES GENERALES. EL CASO URUGUAYO.

*“Il faut que par la force des choses,
le pouvoir arrête le pouvoir”.*
Montesquieu

HÉCTOR GROS ESPIELL (*)
(Uruguay)

Sumario: **I.** El Poder y los Regímenes Políticos **II.** El Ejercicio del Poder y la Legitimidad **III.** El Control del Poder y la Democracia. **IV.** Formas del Control del Poder Necesarias en la Democracia. **V.** La Democracia, el Control del Poder y la Experiencia Histórico Política Uruguaya. **VI.** La Experiencia Uruguaya sobre el Control del Poder.

I.E L PODER Y LOS REGÍMENES POLÍTICOS

1) La forma adecuada y eficaz de lograr el real y efectivo control del poder ⁽¹⁾, constituye el tema determinante para permitir la existencia de un sistema político

(*) Profesor Emérito de la Universidad de la República (Uruguay), profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma (México), ex Presidente de la Corte Internacional de Derechos Humanos, ex Ministro de Relaciones Exteriores (Uruguay).

(1) La bibliografía sobre el tema del poder es enorme y prácticamente inagotable. Un buen resumen actual se encuentra en el trabajo de Bernard Guillemin (*Pouvoir et Contre Pouvoir*), en la *Encyclopedia Universalis*, t.18, París, 1992, págs. 851-853. Pero de todos modos, pese a la imposibilidad hoy de dar una reseña bibliográfica tolerablemente completa, es necesario recordar, con el peligro de caer en injustos olvidos, a: Maquiavelo, Montesquieu, Benjamín Constante, Tocqueville y Max, Weber. Véase, en especial: Diego Valadés, *El Control del Poder*; 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998; 2ª edición,

justo, lo que en nuestro tiempo, significa la existencia de verdaderos y legítimos regímenes democráticos.

El poder que existe siempre en toda comunidad, constituye en el caso de esa forma política específica que es el Estado, uno de sus elementos constitutivos, junto con la población –es decir el elemento humano– y el territorio-que es la base física. Es ese poder, caracterizado en el Estado por ser soberano, que se ejerce, en principio, sobre una población, en un territorio determinado.

Todo poder tiende siempre a expandirse y a desbordarse en su aplicación y ejercerse cada vez con más efectiva intensidad. Este carácter naturalmente expansivo, que lo conduce a intentar sobrepasar los límites fijados, a abatir las vallas establecidas y a profundizar su incidencia, constituye algo consustancial con la idea misma y con la naturaleza del poder.

Son estos caracteres, inseparables de su ser, los que generan la consecuencia de que todo poder tenga un elemento insito de corrupción y que cuando el poder sea absoluto, por no encontrarse limitado ni controlado, el efecto corruptor, pueda ser absoluto. La rotunda e histórica afirmación del jurista inglés Lord Acton de que: “Todo poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”, es una verdad política e histórica, verdadera siempre, tanto ayer como hoy.

Esto es así en todos los regímenes políticos, porque el desborde y el abuso del poder, aunque tenga formas distintas, existen siempre, aunque en diferente grado, en todos los regímenes políticos, sean no democráticos o democráticos. Pero en la Democracia el peligro es menor y existen eficaces posibilidades de control y de limitación de la arbitrariedad del poder.

El tema es hoy particularmente interesante en la Democracia, cuyo objetivo es lograr el control y la limitación del poder, incluso, cuando éste tenga origen legítimo, para que no pueda ser posible –o por lo menos para disminuir al máximo razonable–, el efecto negativo, siempre posible, del ejercicio del poder, cuando actúa afectando a la Libertad, sobre la voluntad del pueblo, expresada electoralmente y sobre la persona humana, su dignidad y sus derechos.

Editorial Porrúa, México, 2000; F. Baurriccaud, *Esquise d'une théorie de l'autorité*, PUF, París 1961. -B. De Jouvenel, *Du Pouvoir: Histoire Naturelle de sa Croissance* Genève, 1947; C.E. Merriam, *Potical Power*, New York, 1934; J. G. March, *The Power of Power*, N.J.1966; -J.W. Lapierre, *Essai sur le Fondement du Pouvoir Politique* GAP, París, 1968; -Max, Weber, *Economie et Societé*, t. I., Plon, París, 1971; Gregorio Peces Barba, *Ética, Poder y Derecho*, México, 2000.

2) El poder, en cuanto fenómeno socio político existente en toda comunidad –y en especial, con el carácter de soberano en el Estado–, se manifiesta, expresa y se ejerce por seres humanos.

Son los hombres, encarnación visible e ineludible del poder social y político, por medio de los cuales éste siempre necesariamente se manifiesta, los que pueden abusar de él y ultrapasarse los límites destinados a impedir su eventual desborde y falta de control.

De aquí que el problema del control del poder resulta ser, finalmente, el problema del control personal de los que, en cuantos seres humanos, detentan y ejercen ese poder.

3) El poder del Estado se ejerce a través del Derecho, ya sea por la vía de actos jurídicos de diferente naturaleza y jerarquía, así como también por hechos, de acciones humanas de agentes estatales cuyas conductas se imputan jurídicamente del Estado.

4) Naturalmente encaro aquí sólo el fenómeno del poder que emana del Estado. Pero el poder como tal es algo más general e incluye todas las expresiones del mismo, incluso las no estatales, es decir el poder que no tiene un origen étático. Estas manifestaciones o expresiones del poder no estatal, fácilmente identificables en el seno de toda sociedad, y por ende en el Estado, como por ejemplo entre otros casos posibles, el poder de los grupos religiosos e iglesias, el poder de sectores militares, económicos, sociales, obreros o patronales, no puede desconocerse, pero no debe confundirse con el poder del Estado, único que constituye aquí el objeto de nuestra atención.

5) Por eso hay que tener en cuenta que el poder no es sólo un fenómeno sociológico y político. Es también un elemento existente en lo humano, en la conducta del ser y en lo individual, de carácter intelectual y psicológico, que radica en toda persona humana. La voluntad de poder, aunque expresada en diferentes formas, dirigida a distintos objetivos y poseedora de desiguales intensidades, existe siempre en la naturaleza humana⁽²⁾.

Este elemento no puede dejarse de lado al analizar la cuestión de la necesaria limitación y control del poder social y político en el Estado, especialmente cuando debe encararse el punto de los efectos y remedios del fenómeno de la personalización del poder.

(2) Sin poderme extender a este respecto, es ineludible remitirme a Maquiavelo y a las páginas insuperables que ha dedicado en “El Príncipe”, a la voluntad de poder y de dominación. Hace poco tiempo un libro, de particular agudeza, ha sido dedicado al estudio del poder en Maquiavelo (Eduard Balladour, *Machiavel en Démocratie, Mécanique du Pouvoir*, Fayard, París, 2006, págs. 15-27 y 137-139).

6) El poder del Estado, ejercido en el marco del Derecho, en los regímenes en los que existe un Estado Democrático de Derecho, constituye en sí mismo un control necesario para el encauzamiento o el freno de los poderes de facto, emanados de grupos o instituciones no estatales que puedan existir y actuar, tanto en el interior como en el exterior del País.

II.E L EJERCICIO DEL PODER Y LA LEGITIMIDAD

7) Poder no es necesariamente sinónimo ni de legalidad ni de legitimidad. El poder puede ser legal o ilegal, legítimo o ilegítimo.

Puede, en efecto, ejercerse con carencia de legalidad o con falta de legitimidad. En este último caso la ausencia de legitimidad puede considerarse sinónimo de la falta de “autoridad”, en su verdadero y trascendente sentido de “auctoritas”, que es lo que le da al poder su valor ético y jurídico y, en consecuencia, su legitimidad⁽³⁾.

8) El poder puede ser legítimo o ilegítimo por su origen (originario), pero además, aunque legítimo originariamente, puede devenir ilegítimo por su ejercicio injusto, irracional o inmedido.

La distinción entre legitimidad originaria e ilegitimidad superviniente⁽⁴⁾, ha sido siempre señalada en la doctrina política, desde el pensamiento griego, especialmente desde Aristóteles, pasando por la Edad Media, el Renacimiento y la Ilustración, hasta llegar, siempre vigente, a nuestros días⁽⁵⁾.

Pero, además un poder legítimo, ejercido por la autoridad estatal competente, formalmente correcto, puede estar viciado si se ejerce con una finalidad o un

(3) Manuel García Pelayo, “Auctoritas”, en *Idea de la Política y Otros Escritos* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 135-219; Héctor Gros Espiell, “La Legitimidad Política de la Revolución y de la Guerra Civil de 1904”, en *La Revolución de 1904, Legitimidad e Ilegitimidad: Actualización de una Polémica*, Taurus, Montevideo 2004, pág. 235.

(4) La distinción entre tiranía “regitive”, es decir superviniente, de la tiranía “acquisitive”, que es la adquisición ilegítima del poder sin derecho, por la violencia o el terror, ha tenido una aplicación muy significativa en la historia política de Occidente (Didier Le Fur, *Charles VIII*, Perrin, París 2006 pág. 122).

(5) J.P. Chevalier, *Les Regicides*, París, 1989; J. Blanchard, *Représentation, Pouvoir et Royauté à la Fin du Moyen Age* París 1995; Paul Bastid, “Legitimité”, *Encyclopedia Universalis*, t. 9, París 1968, págs. 869-871; Francisco Fernández Segado, “Legitimidad”, en *Diccionario Electoral*, IIDH-CAPEL, San José, 1989; Héctor Gros Espiell, “La Legitimidad Política de la Revolución y de la Guerra Civil de 1904”, cit., pág. 235; Guglielmo Ferrero, *Pouvoir*, Soledí, - Plon, París, New York, 1943, - Capítulo X (Légitimité et Prélégitimité), XI (La Monarchie Légitime) y XII (La Démocratie Légitime).

designio ilegítimo, es decir si se ha emitido por una razón o un motivo irregular distinto del que se consideró y tuvo en cuenta al atribuirse la competencia a esa autoridad estatal. Es el fenómeno de la “desviación de poder” (détournement de pouvoir), que genera el efecto de viciar un acto de poder que formalmente podría considerarse legítimo.

III.E L CONTROL DEL PODER Y LA DEMOCRACIA

9) El problema del control y de la limitación del poder no puede plantearse ni encararse su solución de igual manera en los regímenes no democráticos de carácter totalitario, autoritario y/ o tiránico y en los sistemas democráticos.

En los primeros el desborde del poder y su incontrol es consustancial con su ser.- El poder ilimitado, sin la frontera de la Libertad y del respeto de los Derechos Humanos, sin la existencia de un sistema constitucional dirigido a controlar y encauzar jurídicamente su ejercicio es, precisamente, una de las características, determinante de la no existencia del principio democrático en un sistema político.

Por el contrario, en los regímenes democráticos, el control y la limitación del poder están en la esencia misma de la naturaleza del régimen político. Toda la arquitectura de esos sistemas está orientada al logro de este control y de esta limitación.

Ningún órgano gubernamental en la Democracia tiene competencias ilimitadas. Ningún órgano en este régimen puede pretender escapar al control y a las responsabilidades consiguientes. Toda la mecánica constitucional, supone el respeto de esta idea, sobre la cual se han construido los modernos regímenes políticos.

Los grandes principios políticos aceptados hoy universalmente por las culturas humanas que, en su rica diversidad, coexisten hoy en el Mundo, son, justamente, formas de lograr, por medio del Derecho, el control y la limitación del poder y la eliminación razonable de la arbitrariedad y de la injusticia.

10) El poder en la Democracia no puede ser la consecuencia del ejercicio de la voluntad, sólo personal, de un gobernante o de un funcionario.

El poder es un concepto institucional y jurídico, ejercido, es cierto a través de decisiones y acciones humanas, pero válido únicamente si es la expresión de lo que ha sido formado, emitido y ejecutado de acuerdo con la norma jurídica que lo habilita.

11) Histórica y políticamente uno de grandes enemigos de la Democracia y del Estado de Derecho ha sido, y es, el fenómeno de la personalización del poder. Este fenómeno es la consecuencia y la aceptación de la creencia de que el poder emana de un hombre que posee, por si, algo propio, especial e individual, nacido de su persona no institucional ni jurídicamente, sino en cuanto tal.

Esta personalización del poder se ha encarnado en el curso de la historia bajo distintas formas, en diferentes ejemplos de sistemas antidemocráticos y totalitarios.

Pero además, se ha dado y se da contemporáneamente, dentro de algunos sistemas democráticos, una personalización del poder, fruto de negativos factores culturales, económicos y sociales. Este fenómeno, de especial gravedad política, ha de ser combatido por medios múltiples, diversos y convergentes, para que el poder, institucional y jurídico, controlado y limitado por el Derecho, sea la única y válida expresión de la voluntad política del Estado, descartándose así el arbitrio personal irresponsable y la expresión incontrolada de la voluntad personalísima de un hombre.

12) La garantía efectiva de los Derechos Humanos, la existencia de regímenes electorales libres y justos, sin coacción ni fraude, un sistema de separación y equilibrio de los poderes del Gobierno, un mecanismo que asegure el respeto de la superioridad de la Constitución y la responsabilidad, sin excepciones, por las consecuencias de la violación del Derecho, son algunos de los elementos que, en los regímenes democráticos, deben existir para erradicar la existencia y el ejercicio del poder absoluto, ilimitado e incontrolado.

Todo ello, sin embargo, reconociendo la posibilidad de la existencia, múltiple y variable, de diferentes fórmulas posibles para establecer y hacer funcionar un adecuado sistema de control del poder.

Hay que convenir en que hoy uno de los temas capitales de la Democracia, para luchar contra la posibilidad de que ella sea sólo una palabra –capaz de cualquier contenido real–, se encuentra en que exista, efectiva y verdaderamente, un adecuado control del poder.

Si este control real no existe, no habrá Democracia.

Por eso podría, decirse, sin temor a errar, que la Democracia es el régimen político en que está asegurado el control del poder, en función del bien común, consecuencia del imperio de la Libertad y de la Justicia.

13) Todo lo que antecede sólo tiene sentido, efectividad y eficacia si realísticamente se traduce, en lo fáctico, en el mundo de los hechos y en la verdad de la vida política.

Es por eso que todos los sistemas y mecanismos institucionales dirigidos a limitar y controlar el poder, únicamente tienen real significación cuando constituyen límites y controles no sólo existentes en lo normativo, sino además, reales, vivos, actuantes y eficaces. Y para ello los controles deben poseer un poder real, un contrapoder, capaz de oponerse al poder. En los hechos, sólo el poder es capaz de frenar, y en consecuencia controlar, al poder.

Por eso la rotación de los partidos políticos en el gobierno es esencial para que el control del poder sea real y efectivo. La permanencia indefinida de un solo partido político en el Gobierno es un elemento negativo para las posibilidades de control efectivo del poder.

IV.F FORMAS DEL CONTROL DEL PODER NECESARIAS EN LA DEMOCRACIA

14) La primera condición, el elemento inicial, del que puede resultar el control del poder, se encuentra en que este poder del Estado, que posee el carácter de soberano, no esté en manos, ni haya sido atribuido, ni sea ejercido, por un solo órgano, por una sola autoridad, por un solo individuo ni por un solo y único “poder del gobierno”⁽⁶⁾.

Este presupuesto está en la base de la exigencia necesaria, en todas sus posibles variantes y formas, de una multiplicidad de los poderes de gobierno y de su separación, racional y equilibrada. Sólo si tal multiplicidad y separación existe, jurídica y realísticamente, el control del poder étático es posible.

Montesquieu, –él, pero no sólo él, en el siglo XVIII y ahora– ha expresado y fundado esta idea.

Recordemos sus palabras, tan válidas ayer como hoy:

“Lorsque dans le même personne ou dans le même corps, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté”. “Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée des puissances législative et de l’exécutive”.

“Tout serait perdu si le même corps ou le peuple, gardai les trois pouvoirs”. “Il faut que, par la force des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”.⁽⁷⁾

(6) La distinción entre “poder del Estado”, –energía, fuerza y acción coactiva, soberana e irresistible– y “poderes del gobierno”, expresión usada para referirse al sistema orgánico a través del cual se expresa el poder estatal, o étático, a cada uno de los cuales corresponde el ejercicio predominante de una de las funciones del Estado (legislativa, ejecutiva, administrativa y judicial), ampliamente desarrollada por la doctrina, y que en el Uruguay tuvo un exponente brillante en Justino Jiménez de Aréchaga, en su “Teoría del Gobierno” y en su obra “La Constitución Nacional”, está en la base de lo que aquí se expresa.

(7) Montesquieu, *L’Esprit de Lois*, Livre XI, Chapitre VI, (De la Constitution de l’Angleterre), Oeuvres Complètes, II, La Pléiade, Gallimard, Paris, 1951, pág. 397.

Y, a mediados del siglo XIX, con plena validez actual, Alexis de Tocqueville en “De la Démocratie en Amérique”, decía respecto de la inadmisibilidad de dar en el Estado a una sola autoridad el derecho a actuar sin “control”:

“Il n’y a donc pas sur la terre d’autorité si respectable en elle-même, ou revêtue d’un droit si sacré, que je voulusse laisser agir sans contrôle et dominer sans obstacles. Lors donc que je vois accorder le droit et la faculté de tout faire à une puissance quelconque, qu’on l’appelle peuple ou roi, démocratie ou aristocratie, qu’on l’exerce dans une monarchie ou dans une république, je dis: là est le germe de la tyrannie, et je cherche à aller vivre sous d’autres lois”. ⁽⁸⁾

15) Pero todo esto de nada serviría sin la Libertad. Sin respeto efectivo de los Derechos Humanos, sin plena libertad de emisión y transmisión del pensamiento para todos, por todos los medios existentes, y sin libertad de buscar y recibir la información sin trabas ni impedimentos, todo lo demás, incluso la separación de los poderes del gobierno, no podría servir para el control efectivo del poder.

Finalmente hay que concluir que el gran elemento necesario para el control del poder es la opinión pública, que sólo puede formarse, actuar con eficacia e incidir plenamente, si existe la Libertad.

La opinión pública, ejerce un control difuso del poder, que hoy se expresa a través de lo que se denomina “sociedad civil”, en la que tienen una importante participación las organizaciones no gubernamentales.

16) A este elemento inicial e ineludible deben –y pueden, en su múltiple diversidad–, agregarse otras posibles formas de control del poder en los sistemas democráticos.

En primer lugar, los controles sobre el ejercicio de las competencias del Cuerpo Electoral –del pueblo en alguna terminología– ya sea respecto de los actos de elección, como de los de plebiscito y referéndum. El control de este ejercicio por medio de órganos jurídica y técnicamente capacitados, con competencias adecuadas –y política e intelectualmente independientes, a veces con adecuada participación de los Partidos Políticos –llámense Tribunales o Corte Electorales– es obviamente esencial en la Democracias para el control general del poder.

⁽⁸⁾ Alexis de Tocqueville, «De la Démocratie en Amérique», Chapitre VII, (De l’Omnipotence de la Majorité aux Etats Unis et de ses Effets, Tyrannie de la Majorité) *Oeuvres*, II, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1992, pág. 289.

En segundo término, los controles políticos a cargo del Poder Legislativo, que pueden ir, en su casi infinita diversidad, desde el control del gobierno en los sistemas parlamentarios, semi parlamentarios o semi presidencialistas, hasta todo lo que resulta del juicio político y otras formas de responsabilización que pueden darse en los regímenes presidencialistas. Para que el control parlamentario sea eficaz y efectivo puede ser imprescindible que exista una adecuada representación de las minorías en la integración del Parlamento. Pero además, hay que señalar que la representación de las minorías en los diversos órganos de control, en diferente, forma según los diversos casos y soluciones, teniendo en cuenta la distinta naturaleza y competencias de estos órganos, es siempre de significativa importancia para la eficacia del control del poder.

En tercer lugar, el ejercicio de la función legislativa por el del Poder Legislativo, por el Parlamento, consecuencia de la “reserva de la ley”, que no puede ser objeto de la actividad normativa del Ejecutivo.

En cuarto término, el control de la ejecución presupuestal y financiera, por un órgano técnico e independiente, llámese Tribunal o Corte de Cuentas.

En quinto lugar, el control de la constitucionalidad en las Leyes o de los proyectos de ley ya sancionadas por el Parlamento pero aún no promulgadas, a cargo sea de órganos especiales (Cortes, Tribunales o Consejos Constitucionales), del órgano supremo del Poder Judicial (Corte Suprema, Suprema Corte o Supremo Tribunal) o en general por los tribunales y juzgados integrantes del Poder Judicial.

En sexto término, el control de la regularidad jurídica de los actos emanadas del Poder Ejecutivo y de la Administración, a cargo de tribunales especiales (por ejemplo Tribunal de lo Contencioso Administrativo), de tribunales ordinarios o de órganos de denominación especial y competencias propias, como en ciertos países, el Consejo de Estado.

En séptimo lugar, la existencia de instituciones, procedimientos o acciones, de diversa naturaleza, estructura y efectos de sus decisiones, para defender los derechos conculcados y asegurar su vigencia. Imposible enumerarlos todos aquí, pero es imposible no hacer una referencia al amparo, hoy de reconocimiento, existencia y aplicación tan general, fruto de una destacable capacidad de expansión, que le ha ido dando un reconocimiento casi universal.

Y por último, no se puede dejar de hacer referencia a la actual existencia de procedimientos de control del poder, para proteger los Derechos Humanos ante los abusos del poder, de carácter internacional, ya sean universales o regionales.

Estos procedimientos y acciones dirigidos a lograr el control del poder, en el marco del Derecho Internacional, se suman y complementan, en base a una necesidad que el Mundo actual no puede desconocer, a los sistemas de control del

poder existentes en el ámbito interno del Estado, previsto y regulado por el Derecho Nacional.

17) Como es fácil comprobar, la diversidad que presenta el Derecho Comparado en cuanto a los controles posibles del poder es enorme. Pero en esa casi infinita variedad de fórmulas, tanto los existentes en el interior del Estado, como las exteriores, nacidas del Derecho Internacional, hay un elemento común: la voluntad de encontrar y la búsqueda para hallar y establecer el control, ya sea político o jurídico, interno o internacional, adecuado y eficaz del poder, para asegurar así la Libertad, los Derechos Humanos y la Democracia.

VL A DEMOCRACIA, EL CONTROL DEL PODER Y LA EXPERIENCIA HISTÓRICO POLÍTICA URUGUAYA

18) Lo dicho hasta aquí puede ser considerado como el presupuesto, el preámbulo, para encarar la reflexión sobre el tema del control del poder y de su relación con la Democracia en el Uruguay.

Es lo que ahora intentaremos hacer.

El proceso democrático en el Uruguay, partiendo de la entrada en vigencia de la primera Constitución de 1830, no ha sido ni fácil ni ininterrumpido. Ha habido, es cierto, una línea general, de progreso, desarrollo y afirmación de la Democracia, pero con repetidas y tristes interrupciones, con retrocesos momentáneos, en ocasiones con violencias y violaciones de la Libertad, del Derecho y de la Justicia y con oscuros y negativos períodos, como el más reciente y grave, que el Uruguay soportó con dolor y vergüenza entre 1973 y 1984.

19) La primera Constitución uruguaya, la de 1830 no usaba el calificativo de Democracia para individualizar la forma de gobierno, que era la “representativa republicana” (art.13).

Por lo demás se suspendía la ciudadanía “por la condición de sirviente a sueldo, peón jornalero o simple soldado de línea...” (art. 11, 2º); no se eliminaba la esclavitud, únicamente se establecía que en el territorio del Estado “nadie nacerá ya esclavo”, quedando prohibido “su tráfico e introducción a la República” (art.131); los ciudadanos naturales eran sólo “los hombres libres” (art.7) y los ciudadanos legales debían poseer “algún capital en giro o propiedad raíz” (art.8).

La expresión Democracia era mirada en esos años del siglo XIX “con temor, como sinónimo de caos demagógico y como dominio incontrolado de las turbas⁽⁹⁾”.

(9) Héctor Gros Espiell, “Intento Preliminar de una determinación de ciclos en la evolución constitucional Iberoamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Ingranusi, Montevideo, 1998;

En este sistema “representativo republicano”, ni plena ni expresamente democrático, existían algunos elementos necesarios para el control del poder. Pero faltaban otros muchos.

Había separación de poderes (art. 14), había atribución de la función legislativa al “Poder Legislativo” (arts. 15 y 17), para la elaboración de las leyes (arts. 59-71).

Existía el juicio político (art. 26.2 y 38)⁽¹⁰⁾.

Y una Comisión Permanente (arts. 54-58) que debía velar sobre la observancia de la Constitución y las Leyes, pudiendo hacer al Poder Ejecutivo “las advertencias convenientes al efecto bajo de responsabilidad para ante la Asamblea General” (art. 56). La Comisión Permanente, con estas competencias, se ha mantenido en las Constituciones de 1918, 1934, 1942, 1952 y 1966).

Pero no se establecerían las formas, ni orgánicas ni procesales, del control por parte del Poder Legislativo y de sus dos Cámaras, ni se asignaban al Poder Judicial (art. 96) competencias de control de la constitucionalidad y de la legalidad de la administración.

Era, por tanto, muy elemental e incompleto aunque no inexistente, el sistema constitucional dirigido al control del poder. Por ello y por los otros elementos ya señalados, la Democracia no era una realidad plena en el Uruguay de mediados del siglo XIX.

A estas carencias constitucionales se unían los fenómenos de la personalización del poder presidencial, las guerras civiles, los golpes de Estado, los gobiernos de facto y la prepotencia insita en el militarismo. Todo en el marco de la existencia de una población escasa y pobre con un bajísimo nivel cultural general.

Esta realidad estaba, sin embargo, en el inicio y en la base de un lento, trabajoso y difícil proceso político, económico, social y cultural hacia la Democracia, proceso que puede ser concebido y analizado, además de la existencia de otros elementos, como la búsqueda y el establecimiento gradual de un régimen eficaz y efectivo de control del poder.

El proceso conducente al control del poder se desarrolló progresivamente. Hay que destacar, en especial, lo relativo al control parlamentario, consecuencia del inicio de la representación parlamentaria de la minoría, en base a lo que fue

pág. 518; Héctor Gros Espiell, *Evolución Constitucional del Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, págs. 42-58 y 69.

⁽¹⁰⁾ Héctor Gros Espiell, “Una Reflexión sobre el Juicio Político en la Constitución Uruguaya”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo XI, Nº 73-75, Montevideo, 1998.

disponiendo la ley y el ejercicio creciente de competencias parlamentarias de control sobre el Gobierno, en especial por los llamados a sala (interpelaciones) a ministros del Poder Ejecutivo (arts. 85-90), –convocatorias no previstas en la Constitución, pero que nacieron y se desarrollaron en la práctica–, y a la emisión posterior de declaraciones de las Cámaras, sin consecuencias jurídico constitucionales expresas, pero, en cambio, con posibles efectos políticos⁽¹¹⁾.

20) La Constitución de 1830 se mantuvo hasta 1918. Fue una vigencia en muchas ocasiones solo teórica, con reiteradas interrupciones y violaciones. Pero pese a sus carencias democráticas, y también como fruto de sus méritos, se mantuvo como un ideal de perfeccionamiento político y de institucionalidad republicana.

21) La Constitución de 1918, la segunda que tuvo la República, constituyó un gran adelanto democrático y un progreso muy importante en el objetivo de lograr el control del poder.

En cuanto al adelanto democrático hay que destacar no sólo el nuevo texto relativo a la forma de gobierno de la República, que sería “democrática representativa” (art. 14) y laica (art. 5), sino además la eliminación de la suspensión de la ciudadanía existente en 1830, por la condición de sirviente a sueldo, peón o jornalero, vago o analfabeto. Se eliminó asimismo en el artículo 7, la expresión “hombres libres” que estaba en el artículo 7 de la Constitución de 1830, y se previó que la Ley podría reconocer a la mujer el derecho al voto activo y pasivo en materia nacional y municipal (art. 10).

Se estableció un cuidadoso sistema de garantías del sufragio (art. 9).

Se incluyó una norma (art. 156), instituyendo el habeas corpus, que no estaba previsto en la Carta de 1830 y que se ha mantenido hasta hoy⁽¹²⁾.

En lo que se refiere a los controles parlamentarios del poder, se previó la facultad de los legisladores de pedir por escrito a los ministros de Estados datos e informes (art. 49), la competencia de las Cámaras, por resolución de la tercera parte de sus miembros, de hacer venir a sala a los ministros para pedirles y recibir informes con la finalidad, entre otras, “de fiscalización” (art. 50) y también la atribución a las Cámaras de nombrar comisiones parlamentarias de investigación (art. 51). Estos institutos se han mantenido en todas las Constituciones posteriores.

(11) Héctor Gros Espiell, “Antecedentes del Neo Parlamentarismo Uruguayo”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XIII, N° 1, Montevideo, 1962 y en *Estudios Constitucionales*, cit.

(12) Héctor Gros Espiell, “Habeas Corpus”, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos, N° 1, Montevideo 1990 y en *Estudios Constitucionales*, cit.

No se llegó sin embargo a prever la posibilidad de un control político parlamentario, con el establecimiento del instituto de la censura y de la consiguiente caída del o de los ministros censurados. Pero fue un antecedente⁽¹³⁾.

Una de las innovaciones de mayor interés de la Constitución de 1918, fue el establecimiento de un sistema dual en la composición del Poder Ejecutivo, dividiéndolo en dos: la Presidencia de la República y el Consejo Nacional de Administración (art. 70). De este Consejo, de nueve miembros, de integración bipartidista (art. 82), dependerían “todos los cometidos de administración que expresamente no se hayan reservado al Presidente de la República”, tales como los relativos a instrucción pública, obras públicas, trabajo, industrias y hacienda, asistencia e higiene”(art. 97).

Fue un intento de combatir el autoritarismo presidencial, del predominio opresivo del Poder Ejecutivo⁽¹⁴⁾, y de controlar el poder, no sólo dividiendo el Ejecutivo, sino además integrándolo con un órgano colegiado, formado por representantes de los dos partidos políticos, lo que hacía posible el control interno de la actividad administrativa, con participación de la oposición.

No es éste el momento de analizar globalmente lo positivo y lo negativo de esta curiosa experiencia constitucional, pero no hay duda de que la fórmula adoptada en el Uruguay en 1918, se tradujo en una acentuación muy beneficiosa del control del poder y en un elemento de moderación de la peligrosa personalización del poder presidencial, muchas veces de hecho ilimitado, que había caracterizado la vida política del país después de 1830. Sin embargo contenía el peligro de que “se paralizara la acción por exceso de controles”⁽¹⁵⁾.

22) En 1924 la creación por ley de la Corte Electoral, adicionará un elemento esencial para el control del poder, sumando a los contralores existentes, la garantía de la vigilancia de todos los procesos electorales por un órgano independiente, con competencia jurisdiccional y administrativos. Su acción, desde entonces hasta hoy, en el ejercicio de su competencia de control, ha sido fundamental para la existencia de un Estado Democrático de Derecho en el Uruguay⁽¹⁶⁾.

(13) Héctor Gros Espiell, “Antecedentes del Neo Parlamentarismo Uruguayo”, cit.

(14) Héctor Gros Espiell, “El Predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, UNAM, México, 1977 y en *Estudios Constitucionales*, cit.

(15) La expresión es de Juan José Amézaga (Héctor Gros Espiell, “Juan José Amézaga y la Constitución de 1918”, Revista de Derecho, Universidad Católica, VII, Montevideo, 2005).

(16) Héctor Gros Espiell, *La Corte Electoral*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1960.

23) La Constitución de 1934 –y la posterior de 1942– significaron una ampliación y profundización de las formas de control del poder.

Ambas fueron la consecuencia de rupturas del orden jurídico institucional vigente (Golpes de Estados del 31 de marzo de 1933 y 21 de febrero de 1942). Pero las dos fueron aprobadas por plebiscitos en los que se pronunció de manera afirmativa el Cuerpo Electora. Los gobiernos de facto fueron relativamente breves (31 de marzo de 1933-18 de mayo de 1934; 21 de febrero de 1942-15 de febrero de 1943).

La forma de gobierno fue definida como “democrática republicana” (Constitución de 1942: art.72; Constitución de 1952: art. 82; Constitución de 1966: art. 82).

La Constitución de 1934 organizó un sistema de control del poder que, en esencia, con algunos cambios, es el que todavía hoy existe en el Uruguay.

En cuanto a los contralores parlamentarios estableció un régimen “sui generis” de semi parlamentario, –que también podría calificarse como de semi presidencial⁽¹⁷⁾–, que manteniendo los contralores anteriores (pedido de datos e informes, llamado a sala, comisiones parlamentarias de investigación), hizo posible que los ministros pudieran, además ser juzgados políticamente, provocándose en caso de desaprobación su caída y pudieran así ser censurados políticamente, en un complejo proceso de difícilísimo funcionamiento (arts.137-145).

El Poder Ejecutivo fue radicalmente transformado. Se eliminó el Consejo Nacional de Administración de la Constitución de 1918, pero se constitucionalizó el Consejo de Ministros, con integración bipartidista (arts.163 y 176-180), con lo cual se mantuvo la idea de la necesidad del control político interno del Poder Ejecutivo, en base a una estructura política que tuviera en cuenta el bipartidismo existente todavía entonces realísticamente en el Uruguay.

La Constitución, poniendo fin a un largo silencio constitucional y a una actitud en general negatoria de la doctrina y de la jurisprudencia, previó la posibilidad de que las leyes fueran declaradas inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto por la Suprema Corte de Justicia (arts.232 y 234). El petitorio podía ser hecho por la parte interesada (por vía de excepción) o planteado de oficio por el juez o Tribunal que entiende en la causa. La Suprema Corte comenzó de inmediato,

(17) Héctor Gros Espiell, “Presidencialismo y Parlamentarismo en la Evolución del Uruguay, Reflexiones Actuales”, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Política, Tomo VIII, Nº 43, 1991; Héctor Gros Espiell, Uruguay: “¿Presidencialismo o Parlamentarismo?” en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, I.I.J., UNAM, Nº 7, México, 2002, págs. 87-108.

incluso antes que la Ley reglamentara “los procedimientos pertinentes” (art.235), a ejercer este fundamental instrumento de control del poder⁽¹⁸⁾.

La posibilidad de declarar por la Suprema Corte de Justicia la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de la ley declarada inconstitucional en el caso concreto en que se ha pronunciado, ha sido y es de importancia significativa en el actual del sistema general del control del poder en el Uruguay. Sin embargo no ha sido hasta hoy de trascendencia institucional ni política determinante, al contrario de lo ocurrido en otros sistemas jurídicos, análogos, por diversas razones, entre las que hay que destacar el efecto limitado al caso concreto –y por tanto no general– de la declaración de inconstitucional y la consiguiente inaplicabilidad de la ley declarada inconstitucional.

La Carta de 1934 previó que se estableciera por Ley un Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, autónomo e independiente, situado fuera del Poder Judicial (art. 271). Este tribunal sería competente para confirmar o revocar el acto impugnado, considerando su ajuste o su violación de la ley, sea en su fondo o en su forma y también los casos de abuso o desviación de poder (arts. 274 y 275). Poseía además las competencias de control prevista en el art. 276. Durante la vigencia de la Constitución de 1934 no llegó a crearse por ley este Tribunal previsto constitucionalmente.

La Constitución estableció un Tribunal de Cuentas para el “contralor de toda gestión relativa a la Hacienda Pública”, con autonomía funcional, integrado por cinco miembros elegidos por la Asamblea General (arts. 201 y 202).

Finalmente, la Constitución incluyó entre los órganos de control, la Corte Electoral, (art. 278) que había sido creada por Ley en 1924. Este fundamental órgano de control, independiente y autónomo, con competencias administrativas y reglamentarias, poseía también el ejercicio de la función jurisdiccional, ya que sería “juez de las elecciones de todos los cargos electivos”(art. 278). Cierta doctrina y alguna jurisprudencia llegó a decir, opinión que yo no compartí, que la Corte Electoral es un “poder del gobierno”, de igual naturaleza que los otros, llamados Poderes Representativos (art.72).

24) La Constitución de 1942 aunque cambió la forma de integración del Consejo de Ministros (art.174), eliminando la composición necesariamente bipartidista que tenía en la Carta de 1934 y la forma de designación de los ministros (art. 162), por lo que se ha afirmado que acentuaba los elementos de un siste-

(18) Héctor Gros Espiell, La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XII, N° 35, México, 1979.

ma parlamentario, no modificó lo esencial del régimen de contralores previstos en la Constitución anterior. Nada se adicionó al respecto.

Se mantuvo la posibilidad de que la Asamblea General pudiera “juzgar políticamente la conducta de los Ministros de Estado, desaprobando sus actos de administración o de gobierno (art.136; 138), lo que determinaría la renuncia del o de los Ministros (art.139), con un procedimiento engorroso y con un complejo juego de mayorías, que podía terminar en la caída del Presidente de la República.

Este régimen no llegó a ser puesto en práctica plena y normalmente en el marco de la realidad política, como tampoco había funcionado satisfactoriamente el análogo –no igual– que había establecido la Carta de 1934 (arts.137, 146).

La Constitución de 1942 mantuvo en su integración y competencias al Tribunal de Cuentas (arts.198-203).

De igual modo la Suprema Corte de Justicia siguió manteniendo su competencia de declarar inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto, las leyes “por razón de forma o de contenido” (arts.229-232), sin modificar nada esencial de lo establecido en 1934.

No se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino que al igual que en 1934, se encargó a la ley su establecimiento (art. 268), lo que no ocurrió durante la vigencia de esta Constitución (1943-1952).

Se mantuvo lo relativo al establecimiento y competencia de la Corte Electoral (arts. 275-278), con lo cual este órgano, ya tradicional del Derecho uruguayo, siguió jugando un papel esencial para el aseguramiento de la verdad y la concesión electoral y, en lo pertinente del control del poder.

25) La Constitución de 1952, fruto de un proceso de reforma que respetó escrupulosamente lo establecido en la Constitución anterior (art. 281), acentuó y perfeccionó el sistema general de control del poder.

En primer lugar volvió a suprimir la Presidencia de la República, estableciéndose que el Poder Ejecutivo sería ejercido por un Consejo Nacional de Gobierno (art. 149), de nueve miembros, elegidos directamente por el pueblo, con integración bipartidista (art. 150). Se regresaba así a la consagración de la idea colegialista, pero superando el régimen dualista de integración del Ejecutivo existente en la Constitución de 1918. (Consejo Nacional de Administración y Presidencia de la República)⁽¹⁹⁾.

(19) Héctor Gros Espiell, “El Ejecutivo Colegiado en el Uruguay”, Revista de Estudios Políticos, N° 133, Madrid, 1964.

La vuelta del régimen colegiado se fundó en la voluntad de eliminar la personalización del poder y de hacer posible el control interno de la gestión del Poder Ejecutivo. Pero además, en el pensamiento de la minoría política mayor, que apoyó la Reforma, que fue el resultado de un acuerdo político partidario, se buscaba por la vía de integrar el Poder Ejecutivo, impedir la utilización partidaria de la Administración y sus efectos electorales, haciendo así posible la futura rotación de los partidos políticos y encarar la posibilidad real de poner fin a la circunstancia histórica de que un solo partido político, aunque muchas veces compartiendo el gobierno con el otro, había ocupado la Presidencia de la República desde 1865.

Este objetivo político se logró en las elecciones de 1958, con el triunfo del Partido Político opositor y con la consiguiente rotación en el poder, con todo lo que ella significaba para el control.

La responsabilidad política de los Ministros, resultado de la posibilidad de que se censuraran sus actos de administración o de gobierno, con la consiguiente renuncia, se mantuvo (arts. 147 y 148). Pero esta responsabilidad, en el marco del control parlamentario, no alcanzaba a los Consejeros Nacionales de Gobierno.

El Tribunal de Cuentas siguió teniendo un estatuto constitucional, en un régimen de autonomía funcional, con amplias competencias de control presupuestal, hacendístico y financiero (arts. 208-213).

La Suprema Corte de Justicia siguió teniendo la competencia de declarar la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad en el caso concreto de las leyes inconstitucionales. Pero se agregó a los casos en que es posible pedir la inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio por el Juez o Tribunal que entendía en cualquier procedimiento judicial, la pertinencia de hacerlo por “vía de acción” y se incluyó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo entre los tribunales que pueden hacerlo de oficio (arts. 256-261).

Se creó directamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer “de las demandas de nulidad de actos administrativos cumplidos por la Administración en el ejercicio de sus funciones contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder”. El Tribunal era entonces, y sigue siendo ahora, competente para anular o confirmar el acta impugnada (arts. 30 y 321).

Se previó y reguló asimismo el control del poder por la Administración misma, a través de la previsión constitucional de los recursos administrativos (arts. 317-319).

La Corte Electoral mantuvo sus competencias constitucionales y su estatuto constitucional (arts. 322-328).

26) La Constitución de 1966, –resultado de un proceso de reforma que respetó escrupulosamente el procedimiento para aprobar las enmiendas constitucionales,

establecido en la Constitución de 1952–, suprimió el Consejo Nacional de Gobierno y restableció la Presidencia de la República⁽²⁰⁾.

Se mantuvo la posibilidad de que la Asamblea General juzgara la gestión de los Ministros, pudiendo censurarlos (art. 147). La desaprobación determinaba la renuncia del o de los Ministros (art. 148). Pero el complejo sistema, con exigencia de mayorías especiales y posibilidades de observación del voto de desaprobación, ha hecho que este sistema de control parlamentario no haya funcionado efectivamente en la realidad política.

A diferencia de las Constituciones de 1934 (art. 143) y de 1942 (art. 142), el Presidente de la República no puede llegar a caer. Sólo está previsto, en casos de mantenimiento del voto de desaprobación por la nueva Asamblea General, resultante de las elecciones realizadas luego de la disolución de la anterior, la caída del Consejo de Ministros (art. 148).

Lo esencial de los otros contralores constitucionales del poder previstos en los textos anteriores se mantuvo.

27) El golpe de Estado del 27 de junio de 1973 significó el fin momentáneo de la Democracia en el Uruguay y como consecuencia la inexistencia y la imposibilidad consiguiente del funcionamiento del sistema de control del poder, emanado de la Constitución.

Se inició un período político autoritario, que supuso el fin del Estado de Derecho y la realidad de un auto llamado gobierno cívico-militar, contrario a todas las tradiciones cívicas de la República y negador y violador de todos los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista constitucional, aunque nunca se derogó o abrogó globalmente de Constitución de 1967, se modificó sustancialmente por el injerto de dieciocho “actos institucionales”, verdaderos engendros jurídico-políticos, por medio de los cuales el Poder Ejecutivo de facto, que se había atribuido las competencias del Poder Constituyente, alteró en aspectos esenciales la estructura democrática institucional de la República.

Sin Parlamento, con un Consejo de Estado destinado a sustituirlo, integrado por adeptos designados a “dedo” por el gobierno de facto, con un Poder Judicial dependiente y sumiso, sin verdaderos contralores de ninguna naturaleza, utilizando la represión, la violencia y la tortura como formas de atemorizar al país, esos

(20) Héctor Gros Espiell, “La Reforma y su real significado y La Constitución: Obra Nacional”, en: Héctor Gros Espiell, *Periodismo y Derecho*, Montevideo, 1963; págs. 165-167 y 259-262.

actos institucionales eran sólo la máscara externa de la realidad de un poder arbitrario que no conocía ni aceptaba ninguna limitación jurídica en su acción.

El control del poder dejó, así, de existir.

No solo se eliminó la separación de poderes, impensable dada la inexistencia de un Poder Legislativo y la subordinación y dependencia jerárquica y jurisdiccional de lo que residualmente quedaba del Poder Judicial, sino que además se criticó y negó, expresa y formalmente, el principio de la separación de los poderes del Gobierno, en un “acta institucional” de factura vergonzosa y de ideología totalitaria⁽²¹⁾.

Todo esto, además, emanado de la circunstancia fundamental de la existencia de hecho de un Poder Ejecutivo resultado de un golpe de Estado, que se auto atribuyó competencias constituyentes, legislativas, gubernativas y administrativas prácticamente ilimitadas.

Un poder desbordado y sin límites jurídicos, como era ese, no podía tolerar ningún control. Y esto fue lo que ocurrió, pese a la subsistencia teórica de una Corte de Justicia, —que ya no era Suprema— y de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que actuaban sin ser capaces de ejercer realísticamente un control cierto y eficaz.

28) El proyecto de Constitución de 1980, elaborado por la Dictadura pretendió que se adoptara una Constitución destinada a perpetuar, bajo algún ropaje jurídico, el sistema instaurado en 1973.

Pese a la presión oficial, a la propaganda distorsionante y de haberse realizado un plebiscito bajo las normas impuestas por un gobierno dictatorial, el pueblo repudió el proyecto constitucional, y en un plebiscito, el 57.9% de los votantes rechazó el texto elaborado y patrocinado por el gobierno. Este plebiscito, gran derrota de la Dictadura, marcó el resurgir de la vida política en el Uruguay, que pese a las proscripciones y a las persecuciones, tuvo otro momento histórico en 1982, con las elecciones internas para elegir las autoridades de los partidos políticos entonces autorizados.

(21) Héctor Gros Espiell, “*La Restauración Democrática en el Uruguay*”, Madrid 1985; *Constitución y Democracia en el Nuevo Mundo*; Uruguay, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988 y en *Estudios Constitucionales*, cit.; “El Uruguay en la Actual Evolución Democrática en Iberoamérica”, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, México 1987, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXVIII, Montevideo, 1987 y en *Estudios Constitucionales*, cit.; Héctor Gros Espiell, “La Constitución y su Defensa en el Uruguay”, en *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México, 1984; págs. 659 - 661; Héctor Gros Espiell y Eduardo G. Esteva Gallichio, *Constituciones Iberoamericanas*, Uruguay, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, págs. 138-160.

La Corte Electoral siguió existiendo, bajo el régimen de facto, pero su control sobre las elecciones no podía ejercerse, ya que no había elecciones.

Y se mantuvo un Tribunal de Cuentas que empleaba su poder de control de una manera sumisa e ineficaz.

29) Las elecciones de noviembre de 1984 significaron el fin de este régimen ignominioso, que además de otros elementos no democráticos, se caracterizaba por la ausencia de todo control del poder.

Estas elecciones marcaron el término del régimen *de facto* “cívico-militar” y, con el establecimiento de autoridades legítimas, legislativas, gubernamentales y judiciales, marcaron el inicio de un ciclo constitucional democrático y la vuelta a la vigencia plena de la Constitución de 1966, que de hecho había dejado de regir entre 1973 y 1985, aunque a veces se le citaba e invocaba hipócritamente en algún aspecto de una residual vigencia, que no molestaba al gobierno golpista.

30) Ya en pleno funcionamiento de la Democracia restaurada se estableció por ley la “acción de amparo” (ley de 19 de diciembre de 1988)⁽²²⁾.

De tal modo se continuaba ampliando el sistema procesal de controles del poder, iniciado con el “habeas corpus”, adicionado ahora con el “amparo”, pero además abierto al futuro, en base a la posible y futura inclusión normativa de nuevas fórmulas de control requeridas por las cambiantes exigencias de la vida y por los imperativos de una realidad en constante proceso evolutivo.

Es el caso del “ombudsman”, establecido ya hoy en el Uruguay para ciertas situaciones y en algunos gobiernos departamentales.

31) En el largo proceso político jurídico cumplido entre 1830 y 2007 el régimen de controles del poder, de estatuto constitucional y legal, se ha ido progresivamente perfeccionando y completado.

No es el ideal, tiene aún imperfecciones y carencias, pero ha sido y sobre todo es, el fundamento de la existencia de un Estado Democrático de Derecho. Y, en cuanto es la base, y al mismo tiempo la consecuencia de la Democracia, es perfectible y mejorable como resultado del libre funcionamiento de las instituciones.

(22) Héctor Gros Espiell, “El Recurso de Amparo”, *El Día*, Montevideo 22 de mayo de 1989, y en *Estudios Constitucionales*, cit.; Héctor Gros Espiell, “El Derecho de Amparo en el Uruguay”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Derecho de Amparo en el Mundo*, UNAM, Porrúa, México, 2006.

VI.L A EXPERIENCIA URUGUAYASOBRE EL CONTROL DEL PODER

32) Nada en la experiencia histórica política uruguaya contradice lo que resulta de la consideración del tema del poder, de su control y de la Democracia, hecha en base al análisis histórico y doctrinario general de estos temas.

Por el contrario lo confirma, con elementos propios, de los que resultan unas enseñanzas que no pueden dejarse de tener en cuenta.

Entre estas enseñanzas, fruto de experiencias uruguayas muchas veces dolorosas, pero de ineludible recuerdo, cabe desatacar:

En primer término, que el control del poder ha sido y es absolutamente necesario para el surgimiento, la existencia, la subsistencia y el futuro de la Democracia uruguaya.

En segundo lugar, que ese control debe resultar jurídicamente de un sistema general, en que se conjuguen armoniosamente los controles parlamentarios, los jurisdiccionales y los administrativos, en base a la existencia de una opinión pública libre, de medios independientes y responsables y de la vigencia plena de la Libertad y de los Derechos Humanos.

En tercer término, que cuando se quiebra la institucionalidad basada en la Constitución y perece, en consecuencia, el Estado Democrático de Derecho, los controles del poder desaparecen, la Democracia deja de existir y lo que subsiste es sólo un residuo hipócrita e ineficaz, destinado a sugerir engañosamente y a intentar hacer creer, que lo que fue eliminado subsiste en parte.

En cuarto lugar, la importancia que ha tenido en el Uruguay, para avanzar en el proceso del control del poder, la opinión pública. Esta opinión pública ha sido determinante para hacer fracasar los intentos de introducir cambios constitucionales destinados a eliminar, disminuir o debilitar el control institucional y jurídico del poder. Esta opinión pública ha comprendido que el ataque al sistema constitucional de control del poder es en la realidad, un ataque a la Democracia y un camino para el establecimiento, bajo posibles distintas formas, de regímenes de gobierno autoritarios.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO MODALIDAD DEL CONTROL DEL PODER

RAÚL CANOSA USERA (*)
(España)

SUMARIO: **1.** Introducción. Controles políticos y controles jurídicos. **2.** La Constitución como dispensadora de legitimidad democrática. La posición del supremo intérprete de la Constitución. **3.** Finalidad de la interpretación constitucional. *a) Defensa de la fórmula política y despliegue de la fuerza normativa de la Constitución. b) Control de la regularidad formal y material de los actos del resto de los poderes constituidos. c) Integración del ordenamiento jurídico e interpretación conforme a la Constitución. d) Racionalización de lo político. e) Creación de sentimiento constitucional.* **4.** Objeto y canon de la interpretación constitucional. **5.** Efectos de las resoluciones del intérprete supremo de la Constitución. La vinculación de su interpretación. **6.** Las sentencias interpretativas como deferencia hacia el legislador democrático. **7.** Método de la interpretación constitucional. **8.** Conclusión.

1.1 INTRODUCCIÓN. CONTROLES POLÍTICOS Y CONTROLES JURÍDICOS

El maestro Diego Valadés es un jurista total que se ha ocupado de múltiples aspectos de la vida del Estado constitucional y cuyas reflexiones teóricas ha tenido ocasión de ponerlas en práctica en una muy fecunda experiencia política. Una de sus más señeras aportaciones versa sobre el control del poder que ha tenido

(*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense.

también ocasión de ejercer. Tiene, pues, pleno sentido que esta obra homenaje a la que modestamente contribuyo gire en torno a la idea del control del poder. Y como me he ocupado de la interpretación constitucional, me pareció oportuno aventurarme en esta materia desde una perspectiva que no había hasta ahora contemplado: la interpretación constitucional como modalidad de control del poder.

Es evidente que el órgano que fija el alcance de la Constitución ejerce sobre los obligados por ésta control cierto y directo. Pero lo que es obvio con frecuencia se olvida o, por serlo, se elude sin analizarlo. En estas páginas de propongo remediar ese olvido y para ello cuento con las atinadas reflexiones del profesor Valadés. En diálogo con su libro «El control del poder» me propongo examinar el fenómeno de la interpretación constitucional incardinándola en el contexto de los controles del Estado democrático. Como antes se apuntaba, confieso partir de una obviedad que no por serlo merece ser despreciada: la interpretación constitucional, además de determinar el sentido de una norma del ordenamiento, es, al cumplir esa tarea, formidable instrumento de control político en el Estado constitucional. Al afirmarlo entramos en franca discrepancia con Montesquieu que concibió un poder judicial esencialmente nulo. Esta nulidad política que acaso sea cierta respecto de la ordinaria administración de justicia, viene a mi juicio desmentida por la realidad de un intérprete supremo de la Constitución, protagonista en la actualidad del control más fuerte que imaginarse pueda sobre el legislador democrático y sobre el resto de los poderes constituidos.

El profesor Valadés en su citada monografía centra su discurso en la relación entre los poderes ejecutivo y legislativo. Sigue así la senda clásica de Montesquieu y en ella analiza los diferentes modelos de relación entre ambos poderes que desembocan en los diversos sistemas de gobierno. Las relaciones entre esos dos poderes centran su análisis que desvela cuáles actividades conforman los controles políticos entre ellos y sugiere remedios para las disfuncionalidades que detecta. No olvida (págs. 118 y ss.), sin embargo, los llamados controles jurídicos, en esencia controles jurisdiccionales, pero los coloca en un plano distinto, distinguiendo entre controles y garantías (pág. 128), fuera del núcleo del sistema político que vendría caracterizado por el tipo de relación existente entre parlamento y gobierno. Y si el control jurídico desemboca en una sanción, el control político no necesariamente la acarrea (pág. 130). Pues bien, como recuerda también el doctor Valadés, el control político protege a los destinatarios de la Constitución mientras que el control jurídico protege directamente a la Constitución (pág. 130).

Tiene razón el doctor Valadés porque es cierto que lo esencial de cualquier sistema político reside en esa dual combinación gobierno-parlamento. Pretender erigir a los tribunales o al supremo intérprete de la Constitución en protagonistas políticos equiparados a esos dos otros poderes, los desnaturalizaría y socavaría la legitimidad misma del sistema. Así que aceptamos la premisa mayor del razona-

miento mantenido por el doctor Valadés. Ello no obstante tampoco podemos olvidar –y no lo hace por cierto nuestro homenajeado (pág. 425)– que la presencia saludable de los tribunales constitucionales o similares en el Estado democrático del presente ha ido acrecentándose, al transformarse el Estado democrático en Estado constitucional donde, al surgir la Constitución como verdadera norma suprema, las decisiones políticas en ella contenidas, vinculan al legislador y al gobierno; y quien hace valer la voluntad constituyente que las adoptó acaba imponiéndose de una u otra suerte sobre el resto de los poderes constituidos. Así las cosas, el papel de este albacea del poder constituyente acaba proyectándose en un terreno esencialmente político y el control que ejerce situándose en un terreno político, también porque hace valer las decisiones políticas tomadas por el constituyente frente a las adoptadas por el legislador, el gobierno y el resto de los otros poderes. No conviene olvidar, como advierte nuestro homenajeado (pág. 17) que “por definición controlar el poder es un acto de poder”. Este hecho central convierte a los máximos intérpretes de la Constitución –y por ello de las decisiones políticas del constituyente– en sujetos políticos del sistema. Porque la Constitución, amén de ser la norma cimera del ordenamiento, en el sentido kelseniano, es también, y en esto tenía razón Schmitt, la decisión política fundamental. Si es verdad lo anterior, el control de constitucionalidad, donde se despliega la interpretación del Tribunal Constitucional, no se limita a la fijación técnica de la norma sino que, al acometer esta tarea, delimita también los espacios de decisión política de los poderes constituidos. Es el intérprete supremo quien traza los límites que estos poderes no pueden desbordar y que vienen establecidos en la Constitución, o que más bien determina el alto tribunal al interpretarla.

Así pues, aunque atenido a una labor en principio técnica, la misión de interpretar la Constitución opera sobre materiales normativos eminentemente políticos que vinculan a los poderes constituidos, también claro está al propio Tribunal constitucional. Pero éste, a diferencia de los demás, es el que dice la última palabra acerca de lo que la Constitución significa. El control jurídico que ejerce y que ejerce con rigor técnico está inexcusablemente teñido de politicidad y acaba operando también como control político. No es de extrañar así que al control de constitucionalidad se le denomine, con expresión sinónima, “control de legitimidad”, de legitimidad constitucional se entiende.

Hubo coherencia en la experiencia política europea cuando negó valor normativo a la Constitución pues, de haberlo hecho, su interpretación habría interferido en la libre dinámica política entre parlamento y gobierno, y los intérpretes de la Constitución habrían dejado de ser la boca muda que expresa las palabras de la ley para convertirse en formidables límites a la voluntad de la mayoría. Mientras que el juez ordinario está sometido a la ley y a quien puede cambiarla, nadie está sobre el juez constitucional. La transformación extraordinaria del ordenamiento

cuando lo corona la Constitución, provoca que el encargado de interpretar ésta última se coloque en posición preferente frente a todos los demás poderes constituidos y que su actividad hermenéutica, en rigor exclusivamente técnica, no pueda sustraerse de la carga política que presentan los materiales normativos que maneja. En este contexto no resulta extraño que allí donde hay justicia constitucional, la atención se centre en la manera de acotar el extraordinario poder –y hablamos ya sin tapujos de poder político– que poseen los máximos intérpretes de la Constitución.

En definitiva, la supremacía de la Constitución, entendida ya como norma jurídica, y su garantía encarnada por un intérprete supremo, convierten a éste en operador político esencialísimo del sistema. Esto que era una anomalía, una paradoja de los Estados Unidos, ha ido universalizándose hasta conformar la fisonomía del Estado constitucional de nuestro tiempo. La cuestión es ahora compaginar la existencia de la interpretación constitucional con la libre dinámica de las relaciones de poder centradas en el parlamento y en el gobierno.

2.L A CONSTITUCIÓN COMO DISPENSADORA DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA. LA POSICIÓN DEL SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Sieyés distinguió entre poder constituyente y poderes constituidos y esbozó, en un discurso dirigido a la Convención en 1795, el posible control de constitucionalidad de los actos de los segundos que de su construcción se deducía. Al jerarquizar entre el primero y los segundos, de algún modo habría que asegurar la supremacía del constituyente que expresaba el pacto social. Afirmó con rotundidad que “una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”, e imaginó un guardián de la Constitución. Pero como en Europa la voluntad de la burguesía usurpó la voluntad nacional, no hubo necesidad de garantizar la voluntad burguesa del momento constituyente frente a esa misma voluntad expresada por el legislador. De esta suerte la primera quedó devaluada a una voluntad legislativa «de los días de fiesta» y la del legislador ordinario acabó operando como verdadera voluntad condicionante. Así degradada, la Constitución, sin garantía, no podía ser entendida como verdadera norma sino como mero documento político, y el legislador quedó libre para actuar incondicionalmente. Con este panorama, el control jurisdiccional fue en exclusiva de legalidad y por ello el juez quedó sometido al legislador, conformándose un modelo europeo cercano al ideado por Montesquieu.

En los Estados Unidos por el contrario una tradición diferente y la necesidad de preservar el pacto federal que selló la Constitución de 1787 hicieron indispensable asegurar la Constitución tanto frente a las legislaturas estatales como frente a la federal recién creada. Si como reza su artículo VI, la Constitución es

la suprema ley del país, nadie puede contradecirla y alguien debe ocuparse de defenderla. Ya Hamilton, en el artículo 78 de «El Federalista», había puesto las bases teóricas de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional, afirmándola en su legitimidad democrática: la del constituyente es la voluntad misma del pueblo, y su defensa es la defensa de la democracia. Marshall, en *Marbury contra Madison*, extrajo la consecuencia de aquel aserto y articuló la defensa judicial de la Constitución. Lejos de menguar la democratización del sistema, la supremacía de la Constitución y su garantía jurisdiccional la asegura porque con ella se defienden las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el pueblo en el momento constituyente. La Constitución quedaba así convertida en la gran dispensadora de legitimidad democrática y su máximo intérprete, la Corte Suprema, revestido de la consiguiente legitimidad para protagonizar una labor técnica pero que era también inevitablemente política.

En Europa, tras la segunda guerra mundial, por primera vez se generalizó la necesidad política de asegurar los compromisos formalizados en la Constitución, y que ampliaban su base social. La Constitución adquirió así la condición de verdadera norma jurídica. Para su garantía se recurrió al modelo concentrado de justicia constitucional ideado por Kelsen. Éste había concebido la Constitución como norma jurídica y configurado un sistema de control de constitucionalidad como resultado de su análisis estrictamente técnico-jurídico. Ahora, Europa abrazaba sus tesis para responder a una necesidad política muchos años después de que los Estados Unidos hubieran creado su sistema difuso.

Universalizada la justicia constitucional, justo es reconocer que la legitimación del Estado constitucional no reposa ya en la voluntad del legislador democrático sino en la voluntad del constituyente: la Constitución es norma suprema sobre la ley y para garantizar tal supremacía el máximo intérprete de la Constitución puede controlar y en su caso declarar la inconstitucionalidad de la ley o eventualmente de otros actos de los poderes constituidos. Cabe colegir de lo anterior que el máximo intérprete de la Constitución es el verdadero dispensador de legitimación al sistema y por ello mismo merece destacarse su prestancia política que hace valer al controlar actos de otros poderes constituidos. Este control es por su esencialidad eminentemente político aunque tenga que encauzarse –y éste es su rasgo definitorio– por vías técnicas. En definitiva, la interpretación es el expediente a través del cual se concreta la legitimidad del sistema. Se combinan, y lo recuerda Valadés (pág. 106), citando a Pedro de Vega, el principio político –democrático– de soberanía con el principio jurídico de supremacía constitucional.

El supremo intérprete no sólo controla directamente al legislador y al resto de los poderes constituidos al trazar los límites constitucionalmente dispuestos de la actividad de cada cual, también resuelve los conflictos entre ellos a propósito

de sus respectivas competencias, conflictos entre órganos constitucionales o conflictos generados por la descentralización. En estos supuestos la relación entre el intérprete supremo y el órgano controlado no es bilateral, sino trilateral colocándose el TC en el papel de árbitro de la separación horizontal o vertical de poderes. Al determinar el alcance de las competencias respectivas atribuidas por la Constitución, el TC permite a unos y otros ejercer las funciones de control recíproco que les correspondan. Esta determinación de los respectivos campos de actuación aclara las posibilidades de control recíproco entre los poderes constituidos, singularmente entre parlamento y gobierno, pero así mismo entre los protagonistas de la eventual separación territorial del poder.

Hay otro modo mediante el cual los intérpretes supremos han defendido la aplicación de los mecanismos de control en el Estado constitucional. Me refiero a la defensa de los derechos fundamentales. En efecto, en la medida en la que el ejercicio de tales derechos encarna una actividad de control o sea semejante en sus efectos, la garantía brindada por la interpretación constitucional favorece y promueve ese control. Véase el ejemplo clamoroso de la posición preferente, gracias a su dimensión institucional, que los intérpretes supremos han reconocido a las libertades de opinión e información. Los medios de comunicación encarnan y forman a la opinión pública, y a través de ellos ésta ejerce un control no interorgánico pero sí decisivo sobre la acción de los poderes públicos. Pues bien, la defensa de este control, fruto del ejercicio de derechos fundamentales, la ha sostenido la interpretación constitucional que para reforzarla ha colocado a los derechos implicados en una posición preferente.

En el mismo sentido merece destacarse la interpretación, muchas veces extensiva como demuestra el caso español, del derecho de los representantes políticos a ejercer actividades de control en los órganos electos. Estas actividades de control de los representantes sobre la acción de la mayoría en los órganos parlamentarios, o sobre el gobierno, se han colocado por vía interpretativa en el núcleo del derecho fundamental, impidiendo que la acción de la mayoría, por ejemplo rechazando comparecencias parlamentarias, vaciase de contenido la labor de oposición. Con la interpretación expuesta, el Tribunal Constitucional español ha preservado la integridad del control parlamentario sobre el Gobierno y sobre la mayoría, trascendiendo la mera interpretación institucional de tal control y situándolo en la esfera, más garantista, de los derechos fundamentales.

3.F INALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Expuesto ya que la interpretación constitucional es un formidable mecanismo de control del poder para asegurar que éste se someta a la Constitución, conviene ahora precisar a qué finalidades se encamina tal control.

a) Defensa de la fórmula política y despliegue de la fuerza normativa de la Constitución

Lucas Verdú define la fórmula política como la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social. La fórmula política manifiesta la identidad constitucional, aquello que singulariza a un sistema constitucional dado y lo hace reconocible. La fórmula cristaliza en la Constitución; así, por ejemplo, en la mexicana: una República federal, de corte liberal y democrática pero con un altísimo componente social y un federalismo canónico. En la española la fórmula sería la de una Monarquía parlamentaria, democrática, con notable componente social y con una descentralización sin perfiles constitucionales claros. De cada Constitución podríamos extraer su fórmula política que, incorporando un complejo dogmático demoliberal que es común a todas las constituciones, la singularizaría para dotar al sistema político y al ordenamiento jurídico de una sustancia definitoria. Es la singular manera de articular la democracia, la separación de poderes y la preservación de la libertad lo que identifica cada Constitución; y los preceptos, donde se formaliza esta característica manera de regular los elementos esenciales del Estado democrático, expresarían la fórmula política de una concreta Constitución.

Todos los preceptos de la Constitución han de ser interpretados y defendidos por su supremo intérprete, pero por encima de todos, aquellos que expresan su identidad, su fórmula política, ya que es ésta la que dota de coherencia material a todo el ordenamiento y la que, cuando es defendida, activa las esenciales decisiones políticas de constituyente; porque el despliegue de la eficacia normativa de la Constitución, la llamada por Hesse voluntad de Constitución, es más intenso y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico cuando son los preceptos que contienen los principios constitucionales –la identidad constitucional– los que se despliegan.

Frente a los actos de los poderes constituidos contrarios a los principios se debe oponer el supremo intérprete de la Constitución. Y es entonces cuando, como veremos, el intérprete dispone de un mayor poder pues la labilidad de tales preceptos, su mayor grado de abstracción, acrecienta sus posibilidades creativas.

b) Control de la regularidad formal y material de los actos del resto de los poderes constituidos

Si la defensa de la fórmula política activa la Constitución y representa el fin principal de la actividad interpretativa, la finalidad técnica de la interpretación y su cauce es la verificación, el control, de la regularidad formal y material de ciertos actos de los poderes constituidos para comprobar su respeto de los preceptos

constitucionales. Ciertamente es que no necesariamente todos los actos de los poderes constituidos tienen que acabar siendo controlados por el supremo intérprete; dependerá del modelo de justicia constitucional adoptado. Ni será de idéntica intensidad el control pues variará según la extensión del canon de constitucionalidad del que se parta, mayor cuanto más se haya decidido en la Constitución. Lo decisivo es que siempre al supremo intérprete se encomienda la revisión de ciertos actos de poder, al menos el control de constitucionalidad de las leyes mediante el cual comprobará su legitimidad formal y material.

Porque toda Constitución hace siempre dos cosas: estipular el modo de creación del derecho y predeterminar su contenido, así que la supremacía constitucional se proyecta en el plano formal y en el material. En el primero al regular quiénes y cómo crean derecho, en el segundo determinando cuál es el contenido posible de tal derecho. Así pues, la Constitución no dispone sólo los modos de producción de normas sino que también determina su contenido, singularmente a través de los principios que conforman su fórmula política. En este contexto es obvio que una Constitución dirigente, tal y como la concibió Gomes Canotilho, achica los espacios de decisión del legislador futuro, en la medida en la que comprende principios sociales que reclaman la acción orientada constitucionalmente de los poderes públicos. Una Constitución que decide mucho con obvia pretensión de juridicidad restringe los espacios del legislador futuro. Por el contrario, la Constitución «procedimental» que decide menos, más libertad permite al legislador futuro. En un caso y en otro –y en todos los supuestos intermedios–, siempre es el supremo intérprete quien traza los límites en los que se van a desenvolver los poderes constituidos.

c) Integración del ordenamiento jurídico e interpretación conforme a la Constitución

Si la pretensión de la fórmula política es insuflar de una identidad común a todo el ordenamiento, tal finalidad se cumple mediante la interpretación constitucional. Esta acaba dotando de la necesaria coherencia material a todo el orden jurídico para convertirlo en un verdadero sistema cuya plenitud descansa en los postulados de la Constitución. Al interpretar el sentido de las palabras de la Constitución, se ofrece al legislador y al resto de los poderes constituidos el molde donde acomodar sus actuaciones y como resultado de tal acomodación se producirá la armonía de todo el orden jurídico a la luz de la Constitución.

La simbiosis entre la Constitución y el resto de las normas del ordenamiento requiere, en primer lugar, interpretar la norma suprema para determinar su sentido y, por reflejo, trazar el marco preciso donde puede operar el legislador ordinario. Pero al mismo tiempo se activa otro mecanismo que actúa en inversa dirección

para confluir con el anterior: la interpretación del derecho infraconstitucional conforme a la Constitución. Se trata de aproximar el sentido de las disposiciones con el sentido que puede recibir las normas infraconstitucionales. Si éstas son interpretadas contra la Constitución se quebranta la integración del orden jurídico y deberían ser depuradas. En cambio, si se interpretan de conformidad con la ley fundamental y se extrae de ellas un sentido compatible con el recibido por los preceptos constitucionales, el ordenamiento se interpretará armónicamente.

d) Racionalización de lo político

Lo materialmente constitucional, aquello que la Constitución debe regular y que por lo general regula, es esencialmente político. De ahí que hayamos afirmado que la Constitución contiene las decisiones políticas fundamentales. Lo característico del paso del Estado legislativo al Estado constitucional es que las decisiones políticas fundamentales pasan de venir formalizadas en la ley a hacerlo en la Constitución, y como el carácter normativo de ésta estriba en su garantía jurisdiccional, como bien explicó en España el profesor García de Enterría, su efectividad como normas jurídicas depende de la interpretación que de ellas haga su intérprete supremo. De esta suerte el devenir político ya no responde en exclusiva a la voluntad discrecional de la mayoría del momento expresada en la ley, sino que está sometido a reglas más altas, las constitucionales, que interpreta un órgano de naturaleza jurisdiccional; siendo éste el que, en último término, arbitra ese devenir político y lo orienta según lo dispuesto en normas jurídicas. Tiene lugar así una innegable judicialización de la política, puesto que toda controversia política, en la medida en la que haya una decisión política constitucional implicada, está sometida a normas y potencialmente será resoluble por vía jurisdiccional. La pretensión racionalizadora que implica el Estado de derecho alcanza su culminación en el Estado constitucional. Y si en el Estado legislativo el parlamento y el gobierno se mantenían en sus márgenes gracias al control bilateral (pág. 24) al que recíprocamente se sometían, en el Estado constitucional, un órgano decisivo se coloca por encima de ambos controlándolos desde la Constitución.

e) Creación del sentimiento constitucional

Sentimiento constitucional es el apego del pueblo a su Constitución. En el primer momento en la vida del Estado liberal surgieron los llamados catecismos constitucionales que pretendían suscitar la adhesión de los ciudadanos, y desde entonces siempre se ha considerado menester fomentar el apego popular por la Constitución. Las teorizaciones de Habermas acerca del patriotismo constitucional no son sino manifestaciones de tal afección. Para que exista resulta indispensable robustecer la fuerza normativa de la Constitución pues sin ella, inane,

dejaría de ser la referencia para moldear ese sentimiento. En la medida en la que los ciudadanos perciban su Constitución como garantía de sus derechos y control efectivo del poder, se adherirán a ella y prevalecerá el sentimiento constitucional.

En el marco trazado, la interpretación constitucional es justamente el instrumento que mantiene viva esa impresión popular de apego a la ley fundamental que, al saberla defendida, considera asegurada su libertad. Si por el contrario, la Constitución es vulnerada y lesionados los derechos no habrá motivos para sentir reverencia hacia ella. La inanidad de la Constitución acarreará peligros para la libertad y arbitrariedad del poder, en definitiva pérdida de su fuente primera de legitimidad. Así las cosas, mediante la interpretación constitucional se hará valer la normatividad de la Constitución y, de esta suerte, se fomentará el sentimiento constitucional. Sin ser el único medio, la interpretación es uno de los más eficaces para promoverlo.

4.0 OBJETO Y CANON DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional estriba en la singularidad de su principal objeto: la Constitución. Al contener las decisiones políticas fundamentales, la norma suprema reclama una labor hermenéutica que, aun siendo interpretación jurídica, presenta peculiaridades adaptadas a su textura. Por añadidura, las disposiciones constitucionales, en especial aquellas de mayor relieve, por conformar la fórmula política, presentan un grado de abstracción y una labilidad que exigen del intérprete especial celo y, como veremos más adelante, emplear criterios hermenéuticos propios de este tipo de interpretación.

Para comenzar y principalmente el intérprete tiene que vérselas con los preceptos de la Constitución que presentan la textura abierta ya apuntada, y al mismo tiempo se topa con normas infraconstitucionales o con actos de poderes públicos que también debe enjuiciar. En todos los casos la mera interpretación de los preceptos constitucionales no basta, ya que el intérprete ha de extraer asimismo el sentido de las normas de rango inferior. Su objeto es, pues, doble: la Constitución pero también el derecho infraconstitucional. Interpretar éste a la luz de aquella es su verdadera labor. Cuando enjuicia la ley a la luz de la Constitución debe interpretar primero ésta para precisar su canon de enjuiciamiento, y, una vez extraído, aplicarlo a la interpretación de la ley para, si no halla una interpretación conforme con aquella, anularla.

El supremo intérprete se convierte así en el amo de la Constitución cuando fija el sentido que vincula sin remedio a todos los demás poderes. Pero este efecto de vinculación que analizaremos más tarde, no se detiene en la imposición de una interpretación de la Constitución sino que se despliega en la interpretación del

derecho infraconstitucional que, en la medida en la que sea interpretado por él –y siempre lo es aunque en intensidad variable según el modelo de justicia constitucional adoptado– condiciona la aplicación futura de la ley si es que la ley no ha sido antes anulada por el intérprete supremo.

La extensión de lo interpretado –la Constitución y la ley– y la determinación del alcance de la primera para conformar el canon enjuiciamiento, convierte al supremo intérprete en un verdadero *deus est machina* del Estado constitucional de nuestro tiempo. Un inmenso poder que se precisa al disponerse los efectos de sus sentencias.

5.E EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DEL SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN. LA VINCULACIÓN DE SU INTERPRETACIÓN

No basta decir la última palabra para que ésta sea vinculante para todos, es necesario que la resolución del intérprete supremo que la pronuncie venga revestida de los efectos que la hagan vinculante para los demás poderes públicos. Pues si la interpretación de la Constitución efectuada por su intérprete supremo no se formalizase en resoluciones efectivamente vinculantes, éstas no pasarían de ser una mera referencia y el papel del órgano se devaluaría.

En cuanto tribunal las resoluciones del intérprete supremo poseen el valor de cosa juzgada; en cuanto juez de la ley, de una u otra suerte –según los sistemas de justicia constitucional– tendrá efectos generales; y en cuanto intérprete supremo de la Constitución, sus interpretaciones habrán de vincular a todo los poderes públicos.

Bien es verdad que sólo el valor de cosa juzgada se predica, en todos los sistemas de justicia constitucional, de las resoluciones del máximo tribunal. Se trata de un efecto que cualquier resolución judicial firme posee y que impide juzgar el mismo pleito otra vez, además de obligar a todos los órganos judiciales a partir de la verdad jurídica declarada en la sentencia que lo resolvió. Sin embargo, este efecto es predicable sólo del fallo y en principio vincula a las partes en el proceso.

Privativo de las sentencias de control concentrado de constitucionalidad es el efecto general que posee la parte dispositiva, el fallo, de una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una norma y la anule. Es efecto paralelo al de la norma; como ésta posee eficacia general, la sentencia que la invalida habrá de tener el mismo efecto y ser publicada en la misma gaceta oficial donde aquélla fue publicada. Así, lo decidido vincula los poderes públicos, pero también a todas las personas físicas o jurídicas, con un efecto parejo al que tuvo la norma invalidada. Ahora bien, es el dispositivo dero-

gatorio –la anulación– el que presenta los efectos generales, no la motivación que condujo a la resolución dictada. Así que el efecto *erga omnes* de este pronunciamiento no alcanza a la interpretación efectuada por el Tribunal porque lo único que en verdad vincula es el fallo, y sólo cuando éste es estimatorio del recurso contra la ley que originó el proceso.

Como vemos, ni con el valor de cosa juzgada ni con el efecto general se produce el deseable resultado de que la interpretación constitucional vincule a los poderes públicos y acabe operando como mecanismo de control sobre estos. Bien es verdad que la *ratio decidendi* de las sentencias del intérprete supremo podrían acabar imponiéndose en virtud de la *autoritas* del tribunal, pero no podríamos hablar de su obligatoriedad. Para paliar esta situación de minusvaloración de las motivaciones, la ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículo 31) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículo 38.1) introducen el llamado efecto de vinculación a todos los poderes públicos de la doctrina sentada por el TC. También el fallo vincula pero lo decisivo de este efecto es que vincula la interpretación de la Constitución efectuada por su supremo intérprete. El efecto se reitera en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española que lo especifica y lo refuerza en relación con los tribunales ordinarios, y por esta vía e indirectamente sobre el poder ejecutivo, sujeto en último término al control de legalidad.

Mediante este efecto la interpretación constitucional se proyecta de modo vinculante con intensidad muy fuerte sobre los tribunales, pero también sobre el resto de los poderes públicos aunque no sobre los particulares, si bien estos también indirectamente se hallan vinculados en la medida en la que entran en relación con cualquiera de esos poderes.

Además, la vinculación no sólo será de la interpretación de los preceptos constitucionales sino también la efectuada por el Tribunal del derecho infraconstitucional cuando se trate de descartar alguna de sus interpretaciones que no sean conformes con la Constitución. En tales casos los poderes públicos (gobierno, administración o tribunales) no podrán dar al derecho derivado, cuando lo apliquen, la interpretación descartada por el Tribunal Constitucional en una sentencia de las llamadas interpretativas y que más adelante examinaremos.

Si la vinculación de los tribunales ordinarios es muy intensa, como hemos comprobado, y también la del poder ejecutivo, sometido en última instancia a control jurisdiccional, la del legislador parece más lábil. Con todo también es notable porque si bien puede reiterar en una ley prescripciones normativas descartadas por la interpretación constitucional, a menos que el Tribunal Constitucional rectifique correrá el riesgo cierto de que la nueva ley, contraria a la doctrina del TC, sea declarada inconstitucional. La única manera de abrogar esta doctri-

na es proceder a la reforma constitucional. Con frecuencia lo que vemos es lo contrario: el legislador democrático convierte en ley la doctrina del Alto Tribunal y de esta manera la formaliza y la provee así de efectos generales. Se ven entonces los resultados de una cierta colaboración legislativa entre el Tribunal y el legislador. Este acaba legislando al dictado de una doctrina jurisprudencial que, si bien posee el efecto de vinculación analizado, no recibe sino mediante su formalización legislativa, los efectos generales que sólo la ley misma o las sentencias declarativas de inconstitucionalidad poseen.

En contraste con lo explicado, en los sistemas de control difuso, la interpretación vertida en la *ratio decidendi*, así como el fallo en la que concluye no poseen más que efectos *inter partes*. Porque, a diferencia del control abstracto que revisa enunciados normativos, en el control difuso se controlan normas, es decir, interpretaciones posibles del enunciado lingüístico que se ha aplicado en un caso por parte de un órgano judicial. Sin embargo, la decisión del último tribunal que, por serlo en un sistema de control difuso, es el supremo intérprete de la Constitución, acaba teniendo un efecto general si la interpretación descartada es la única posible del enunciado normativo; y paralelamente, la motivación que precede al fallo adquiere un efecto canónico, vinculante para los jueces inferiores y, de forma indirecta pero efectiva, para el legislador democrático. Vemos, pues, que tanto en el sistema de control concentrado como en el difuso, la vinculación de la interpretación constitucional acaba abriéndose paso para hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución.

6. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS COMO DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO

Al idear su sistema de control concentrado, Kelsen aclaró el efecto de las sentencias estimatorias: la declaración de inconstitucionalidad de la ley acarrea su nulidad *ex nunc*, es decir, a partir del momento de dictarse la sentencia, lo que hacía equivaler la nulidad a una derogación, con efectos hacia delante. Los sistemas alemán y español introdujeron la nulidad *ex tunc* con efectos hacia atrás y por tanto más enérgica, en cuanto que no se trata de anulabilidad sino de nulidad radical. Se supera así el modelo kelseniano de legislador negativo para asegurar una retroactividad que tiene necesariamente sus límites: no son revisables los procesos fenecidos con sentencia firme.

Este modelo de inconstitucionalidad más nulidad *ex tunc* plantea problemas, en especial con el legislador que los tribunales constitucionales han tratado de modular mediante las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, o bien difieren la nulidad, o con aquéllas en las que se declara la inconstitucionalidad de una interpretación posible de la disposición enjuiciada preservando su validez.

En todos estos casos se percibe una evidente deferencia con el legislador democrático. El intérprete supremo se autolimita *self-restraint* para evitar adoptar la más invasora decisión de anular la ley que es tanto como invalidar la voluntad en ella expresada por el legislador democrático. Se evita, por añadidura, crear vacíos en el ordenamiento cuyas consecuencias pueden, en ocasiones, ser más nocivos que mantener en él una ley contraria a la Constitución. El principio de conservación del derecho puede, en estos casos, valer más que una radical proyección del principio de supremacía de la Constitución.

Una de las modulaciones posibles es la de declarar inconstitucional un precepto pero no anularlo. Ha ocurrido en España con ciertas leyes tributarias o procesales. Se evitan así los daños cuantiosos para la Hacienda pública. De pronunciamientos semejantes se deriva la obligación imperiosa de actuación legislativa. La no anulación no exime al legislador de actuar con diligencia para derogar la ley inconstitucional. Es el legislador el que va a innovar el ordenamiento, conminado eso sí por el TC que con su decisión le ha indicado como debía hacerlo o al menos como no debía hacerlo.

Otra de las modulaciones destacables es la llamada nulidad diferida, mediante la cual el efecto anulador que contiene el fallo se condiciona a una actividad futura del legislador, futura pero conminada por el pronunciamiento del TC. En efecto, la ley declarada inconstitucional continuará en vigor pero habrá de esperarse una diligente actividad legislativa que ponga fin a la situación excepcional amparada, sólo temporalmente, por el supremo intérprete. Este, tras sopesar los daños que acarrearía la anulación inmediata, decide posponer su anulación y conminar al legislador a que actúe. Mientras que esa actuación se produce la ley sigue estando en vigor. Muy fuertes han de ser los intereses constitucionales que justifiquen la nulidad diferida para postergar la efectiva supremacía de la Constitución.

Sin duda el más llamativo y utilizado tipo de declaración de inconstitucionalidad sin nulidad lo ofrecen las llamadas sentencias interpretativas. Parten de la distinción entre el enunciado lingüístico –la disposición– y los sentidos –interpretaciones o normas– que de ella pueden colegirse. En una sentencia interpretativa se descartan alguna o algunas de esas interpretaciones posibles, pero se mantiene la disposición en el ordenamiento, en la medida en la que pueda recibir, al menos, una interpretación conforme a la Constitución. Cuando así se procede se desnaturaliza en parte el modelo de control concentrado que se ocupa de juzgar textos para convertirlo, aproximándolo al modelo difuso, en control de normas. No obstante lo anterior, el objeto del control que se denuncia es el lingüístico y sólo su declaración de inconstitucionalidad pueden pretender los recurrentes. Así que es tarea exclusiva del TC efectuar ese deslinde entre disposición y norma para concluir en la declaración de inconstitucionalidad de alguna de las interpretaciones de la primera. Tras ese deslinde y efectuada la interpretación conforme, el TC

determina que interpretación posible, cuáles normas del enunciado lingüístico son conformes con la Constitución. Habrá que descartar aquellas interpretaciones disconformes con la Constitución para cerrar el paso a sus aplicaciones futuras. Sólo así se asegurará la supremacía de la Constitución, evitando al mismo tiempo invalidar la voluntad del legislador. Se salvaguarda la dignidad democrática de la ley pero combinándola con la supremacía de la Constitución.

Lo determinante de las sentencias interpretativas es que la motivación –la interpretación de la Constitución y de la ley enjuiciada– se integran necesariamente en el fallo porque en éste, que confirma la constitucionalidad del enunciado, se descarta explícita o implícitamente alguna o algunas de sus interpretaciones. El reflejo en el fallo de esta motivación, bien directamente o por remisión a los fundamentos jurídicos donde se explican sus motivos, permitiría, por un lado, la extensión a la doctrina de TC de los efectos generales que se predica del fallo; por otro lado, refuerzan el efecto de vinculación de la doctrina del TC a todos los poderes públicos identificando qué parte de la *ratio decidendi* es esencial en el pronunciamiento.

Dicho lo anterior, son reprochables las sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo porque, aun descartándose en ellas interpretaciones posibles del precepto impugnado o consagrándose una única interpretación posible, no hay referencia a tal construcción hermenéutica en la parte dispositiva. Se genera así *unius incertum*, una opacidad, criticada por Garrorena, que no puede cobijarse bajo el efecto de vinculación a los poderes públicos de la doctrina del TC. Si en la fundamentación se halla una interpretación conforme de la ley, por elementales razones de seguridad jurídica, deberá tener reflejo en el fallo. De lo contrario la sentencia, que en realidad descarta interpretaciones contrarias a la Constitución pero sin que se haga mención a ellas en la parte dispositiva, genera inseguridad jurídica.

Las sentencias interpretativas pueden adoptar la forma de sentencias desestimatorias o de sentencias estimatorias. En las primeras se declara constitucional el precepto impugnado «interpretado en el sentido» que el propio fallo explica o con referencia a cierto fundamento jurídico donde tal explicación se halla. En esta modalidad se acaba consagrandone una única interpretación conforme, mientras que si se adopta la fórmula de confirmar la constitucionalidad “si no se interpreta en tal sentido”, lo que se descarta es una sola interpretación sin consagrar ninguna de las otras posibles que la disposición pueda recibir.

Si se adopta la modalidad de sentencia estimatoria puede emplearse alternativamente la fórmula «es inconstitucional interpretado en el sentido» o «es inconstitucional si no se interpreta en el sentido». En el primer caso se descarta una sola interpretación y en el segundo se consagra una sola interpretación conforme descartándose todas las demás.

Como puede apreciarse, el tipo primero de las desestimatorias es intercambiable con el tipo segundo de las estimatorias, y el tipo segundo de las desestimatorias con el tipo primero de las estimatorias. Parece preferible el empleo de aquellos tipos que se limiten a descartar una sola interpretación, confirmando implícitamente todas las demás. Es más respetuoso con los jueces ordinarios, en especial con el Tribunal Supremo, que podrán escoger, entre las posibles, aquella que prefieran, salvo la declarada inconstitucional por el TC. Por el contrario, cuando el Alto Tribunal consagra una sola interpretación conforme, descartando todas las demás, deja sin margen a los jueces ordinarios y también restringe la esfera de discrecionalidad del legislador.

Sentada que la mejor opción consiste en descartar una interpretación posible y no consagrar una única interpretación, porque así se es más deferente con el legislador y más respetuoso con la libertad interpretativa de los jueces ordinarios, queda por determinar si es preferible el empleo del tipo de sentencia estimatoria o del tipo desestimatorio. En puridad toda sentencia interpretativa es materialmente estimatoria por cuanto que declara, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad de una o algunas interpretaciones posibles de la disposición impugnada. De lo anterior debía colegirse que sería mejor emplear el tipo formal de sentencia estimatoria. Dependiendo de los diferentes sistemas y modos de regular los efectos de las sentencias, los altos tribunales emplean uno u otro tipo. En España se prefieren las sentencias desestimatorias –aunque se han dictado también estimatorias– por imperativo del artículo 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que obliga a declarar la nulidad una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad. Hemos visto, sin embargo, que la conexión inconstitucionalidad-nulidad se ha ido debilitando, al punto de no declararse inexorablemente la segunda cuando se declara la primera. Lo importante, empero, es que la declaración de inconstitucionalidad de una interpretación, una norma, de la disposición enjuiciada quede suficientemente clara en el fallo.

Si discutibles son las sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo, más lo son aquellas que fuerzan la interpretación de la ley para hacer decir a ésta lo que en realidad no dice sin llevar, siquiera, este forzamiento al fallo. Más discutibles aún son las llamadas sentencias manipulativas. También en estos casos el TC desborda los límites de su función y adopta el papel de legislador positivo usurpándose al verdadero legislador. Ocurre lo anterior con las sentencias llamadas reductoras, aditivas y sustitutivas. En las primeras se restringe el ámbito de aplicación de la disposición enjuiciada, bien declarando su inaplicación a un supuesto que en ella se contempla o bien desactivando una consecuencia prevista en ella. Las sentencias aditivas operan justamente a la inversa, ya que amplían el ámbito de aplicación de la norma. Por su parte, las sustitutivas que son parcial-

mente estimatorias porque anulan una parte del texto para sustituir la parte anulada con una norma creada por el TC.

En estos supuestos de forzamiento del sentido de la ley y de manipulación no queda muy clara la deferencia con el legislador, más bien parece acontecer lo contrario, que el TC suplanta al legislador modulando la voluntad de éste. El resultado es siempre la emergencia de una norma distinta de la querida por el legislador mientras que las sentencias interpretativas en sentido estricto no crean una norma distinta de la querida por el legislador sino que descartan una o algunas de las posibles normas que de la disposición podían inferirse. En esto estriba la diferencia, a veces muy sutil, entre las sentencias interpretativas, deferentes con el legislador, y las manipulativas de su voluntad.

7.M ÉTODODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Vista la trascendencia de la interpretación constitucional en el Estado democrático contemporáneo, los decisivos efectos de las sentencias del órgano que la protagonizan y, en especial, la vinculación a su doctrina que de una u otra suerte condiciona la acción de todos los demás poderes constituidos, es razonable que la interpretación se desarrolle por cauces previsibles y sin sobresaltos. La seguridad jurídica reclama que la interpretación constitucional no degenera en puro arbitrio del supremo intérprete pues si esto sucediera se pervertiría la democraticidad misma del sistema, al decidir con libertad inopinada un órgano que no ha sido elegido por los ciudadanos. En este sentido tenía razón Schmitt al advertir del riesgo de que tal órgano fuera no más que un órgano legislativo que tomara decisiones políticas y no un órgano jurisdiccional como Kelsen lo presentaba. Löwestein, desde posiciones inequívocamente democráticas, parece coincidir con Schmitt. A esta crítica despiadada se suman aquellas voces que, al analizar el *judicial review* americano, advierten de su componente contramayoritario.

Sin embargo, lejos de achicarse, los espacios de la justicia constitucional se han agrandado y son cada vez más los Estados que han incorporado, junto con el principio de supremacía de la Constitución, su correlato, la jurisdicción constitucional ¿Por qué ante críticas tan fundadas se ha producido este fenómeno de expansión de la interpretación constitucional sólo posible cuando la Constitución viene considerada norma suprema y hay un intérprete último de su sentido? Pareciera que las críticas contra ella vertidas vienen compensadas por la seguridad que acarrea la efectiva supremacía de la Constitución y porque el órgano que la interpreta ha sabido mantenerse en cauces aceptables y previsibles.

En efecto, los intérpretes constitucionales han sabido desarrollar su labor con deferencia hacia el legislador democrático y, con ello, evitado convertirse

en legisladores suplentes sin legitimación democrática por elección. *Ekelfrestraint* de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su teoría de las *political questions* ya mantenida en el caso *Marbury* contra *Madison* son prueba de tal proceder. En los modelos de control concentrado, donde el TC carece de jurisdicción *on certiorari*, se han empleado medios como el de las sentencias interpretativas que, pese a sus riesgos, han evitado a los Altos Tribunales caer en un activismo peligroso para la democracia. Porque, a diferencia de los controles entre parlamento y gobierno que son recíprocos –bilaterales–, el control ejercido por el supremo intérprete es unilateral, nadie le controla a él. Desde la perspectiva de la teoría del control que magistralmente construye el doctor Valadés, estamos ante una anomalía que no tiene subsanación normativa, salvo los controles que pueden ejercer los órganos encargados de seleccionar a los magistrados del Alto Tribunal. Pero se trata de un control previo, nunca recae sobre las resoluciones del intérprete que son inatacables. Y cuando un poder no tiene contrapeso puede devenir arbitrario (pág. 17). Si los supremos intérpretes no han caído en la arbitrariedad ha sido porque han evitado extralimitarse frente a los demás poderes, en una elogiada actitud de autocontención.

Pero el más importante medio de atemperar los potenciales excesos de la jurisdicción constitucional ha sido la creación de un método de interpretación constitucional técnicamente riguroso que ha salvado a los intérpretes supremos de ese activismo antidemocrático. Al tratarse de órganos jurisdiccionales han tenido que motivar, argumentar el porqué de sus resoluciones y por esta vía se han presentado como defensores de la Constitución, entendida como norma jurídica a la que es necesario interpretar conforme a criterios previsibles. Los supremos intérpretes son los amos de la Constitución, es cierto, pero ello no los convierte en arbitrarios operadores del juego político sino en órganos que trazan los límites –queridos por el constituyente– de ese juego político que protagonizan otros poderes constituidos.

Ha sido, pues, la necesidad de argumentar (Alexy) la que ha salvado a los supremos intérpretes de la Constitución y ello a pesar de que las reglas de la interpretación constitucional no están claras y son objeto de inacabable controversia doctrinal. Pues aunque admitamos que la interpretación constitucional es interpretación jurídica porque su objeto son disposiciones normativas, en seguida comprobamos que los criterios tradicionales de interpretación que son los habitualmente regulados por los ordenamientos, son insuficientes para desplegar la fuerza normativa de la Constitución. Ni el elemento literal ni el teleológico ni el histórico ni el sistemático bastan, aunque sean útiles, para resolver los casos que llegan a la jurisdicción constitucional, en especial los llamados casos difíciles.

Las normas constitucionales presentan a menudo una textura especial, una abstracción que las hace aptas para desprender de ellas significados a veces contradictorios. Por añadidura, encarnan los valores del ordenamiento, y esta dimen-

sión axiológica complica su interpretación. Si tenemos en cuenta, además, que recogen las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el constituyente, tenemos un cuadro de complejidad con el que debe operar el intérprete supremo, cuadro que se despliega en la cambiante realidad constitucional. Todo ello conforma un contexto en el que la politicidad del objeto a interpretar, su dimensión axiológica y su evolutividad obligan al intérprete a considerar en grado sumo elementos que no se dan en la ordinaria interpretación jurídica o se dan con intensidad mucho menor.

El supremo intérprete ha de ponderar, pues, la realidad política donde las normas se aplican, pero al mismo tiempo advertir que tal realidad se transforma constantemente y que la dimensión axiológica de la Constitución ha de ser actualizada. Su brújula es la fórmula política donde las decisiones axiológicas y políticas fundamentales fueron formalizadas por el constituyente. Pero también la fórmula política ha de ser interpretada y aquí estriba la gran libertad de la que dispone el intérprete supremo: interpreta la Constitución y el resto del ordenamiento conforme al canon último de la fórmula política, pero de ésta, cuya textura es más abierta que la de ninguna otra norma jurídica, puede desprender significados diversos. Aquí radica la enorme influencia potencial que posee la interpretación constitucional, su capacidad para orientar la vida del Estado constitucional.

Los ejemplos que la experiencia histórica nos proporciona son innumerables, lo llamativo es que tan inmenso poder del órgano de cierre del ordenamiento se haya consolidado por doquier. Se dirá que los intérpretes supremos ha sabido conectar con la opinión pública y que ha sido ésta la que al modo de un control externo al sistema, ha aceptado la existencia de órgano semejante. También el autocontrol de los intérpretes supremos ha servido para su consolidación, al haberse constreñido a trazar los límites, muy amplios, dentro de los cuales el legislador y el resto de los poderes constituidos han conservado su capacidad de decisión política. Puesto que la Constitución abrió cauces, en una sociedad necesariamente plural, su máximo intérprete no puede cerrarlos sin riesgo de usurpar la voluntad constituyente que quiso que se mantuvieran abiertos. Y aun cuando el intérprete supremo ha advertido la extralimitación del legislador, ha procurado evitar la anulación con las sentencias interpretativas, apelando a la interpretación conforme para salvar la validez de la norma, descartando sólo aquellas interpretaciones de la misma contrarias a la Constitución.

Si la deferencia con el legislador ha sido la clave del control que sobre éste ejercen los supremos intérpretes, en los sistemas de control difuso la relación con el resto de los tribunales no ha sido problemática, primero porque todos ellos son intérpretes de la Constitución y, segundo, porque con naturalidad la última palabra, en materia constitucional como en todas las demás, ha de corresponder a la Corte Suprema.

Más problemática ha sido la relación entre el intérprete supremo, encarnado en el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, en especial con el Tribunal Supremo. Kelsen ideó su modelo separando radicalmente los planos de constitucionalidad y de legalidad, de tal suerte que su Tribunal no es que fuera el intérprete supremo de la Constitución es que era el único. A los tribunales ordinarios correspondía el monopolio de la interpretación de la ley, depurada ya en su constitucionalidad. La experiencia ha demostrado, sin embargo, que tal distinción no es tajante y que, al controlar la ley el alto tribunal la interpreta, pudiendo imponer una interpretación de la ley compatible con la Constitución. Por otra parte, los tribunales ordinarios también interpretan la Constitución al aplicar la ley para dar a ésta una interpretación conforme con aquella, más aún si el sistema introduce el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad. Para complicar las cosas la frecuente atribución a los Tribunales Constitucionales de la resolución de recursos de amparo, tras el agotamiento por los justiciables de la vía judicial previa, conecta la función interpretativa constitucional con la actividad protectora de la jurisdicción ordinaria. Así las cosas, no es de extrañar que se produzcan refriegas entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a propósito de la interpretación de la legalidad ordinaria que el segundo considera privativa y que el primero atrae para sí en la medida en que es necesario para dilucidar si hubo lesión del derecho constitucional. No es fácil, pues, trazar la línea divisoria entre interpretación de la Constitución e interpretación de la ley porque a menudo se yuxtaponen.

La solución de todos los problemas apuntados no es genérica ni mecánica sino casuística. Los intérpretes supremos han ido creando, en el humus de una cultura jurídica que se universaliza, un arsenal de *topoi*, criterios que van empleando según en qué ámbitos, por ejemplo en el de los derechos. Lo decisivo es que se argumente, que se explique por qué se decide de una manera y que las argumentaciones sirvan en casos parecidos, revistiendo la tarea interpretativa de certeza, de previsibilidad. Se trata de realizar una interpretación operativa, como la denominó Wrobel'sky, que despliegue la fuerza normativa de la Constitución, pero que sea previsible en su desarrollo argumental. Una interpretación que tenga presente los elementos sustanciales de politicidad del objeto, dimensión axiológica y evolutividad, y que se acompañe de un arsenal de lugares comunes *–topoi–* que la hagan reconocible y previsible. Sólo entonces el legislador, los tribunales, el resto de los operadores jurídicos y la opinión pública acaban asumiendo el control que con su magisterio protagoniza el intérprete supremo de la Constitución.

8.C ONCLUSIÓN

Estas reflexiones esperan ser un complemento modesto de las expuestas por el doctor Diego Valadés en sus obras. Si como afirma el doctor Valadés (pág. 17),

todo lo que debilite el control “afecta a la legitimidad del poder”, he pretendido resaltar la dimensión de control político que inevitablemente adquiere la interpretación de la Constitución en el moderno Estado democrático cuando la legitimidad del sistema depende de su acomodo a lo previsto en la Constitución. Esta pretende la racionalización del poder mediante su regulación y, por ende, control de su ejercicio. La interpretación constitucional es la manifestación señera de esa pretensión, revestida con el carácter de control interorgánico, institucional y de naturaleza jurisdiccional. A un órgano del sistema se atribuye la esencial misión de desvelar el sentido de la norma suprema del ordenamiento, e inevitablemente cuando la acomete, acaba, al fijar los límites del ejercicio de los poderes constituidos, controlándolos. Racionalización del ejercicio del poder es, pues, sinónimo de control del poder y, en último término, de su judicialización. En verdad, la judicialización de la política entraña riesgos y genera contradicciones que son insoslayables pero de la pericia con la que los intérpretes supremos han ejercido su tarea ha surgido un mosaico de soluciones interpretativas que justifican y legitiman el decisivo paso de transformar el Estado legislativo en Estado constitucional.

INTERVENCIONES JUDICIALES EN CONTROVERSIAS POLÍTICAS

HANS-RUDOLF HORN
(Alemania)

Sumario: 1. Introducción. 2. Origen y divulgación de la revisión judicial. 3. Intervenciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos. 4. La justicia constitucional en Alemania. 5. Intervenciones judiciales en la posguerra alemana. 6. Miseria y esplendor de intervenciones judiciales. 7. Control del poder en el contexto político.

1.1 INTRODUCCIÓN

Diego Valadés en su obra modelo *El control del poder*, discutiendo distintas formas del control, indica en primer lugar los controles jurídicos⁽¹⁾. Sus investigaciones consecutivas, sin embargo, se concentran a las formas del control político en el sentido más estrecho, investigando sistemas distintos de gobierno. En su libro “Constitución y democracia” destaca el papel decisivo del control jurisdiccional como tema central para el Estado constitucional democrático, señalando que los tribunales constitucionales proliferan nuevas formas de gobierno y control interno en el sentido de que toda institución que limita o condiciona el ejercicio patrimonial del poder, está llamada a ser objeto de impugnación y resistencia⁽²⁾. No se puede partir de un antagonismo natural entre jurisdicción y vida política en el sentido que los tribunales principalmente tengan razón como instituciones, a las cuales se atribuye objetividad y imparcialidad más allá de pleitos políti-

(1) Valadés, Diego, *El Control del poder*, México: UNAM, 1998, p. 7.

(2) Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México: UNAM 2000, p. 11.

cos, mientras que actividades del ejecutivo y del parlamento encuentran más fácilmente desconfianza, especialmente porque partidos políticos suelen acuñarlas. En ambos casos se trata de decisiones que intrínsecamente basándose en elementos políticos, que valen la pena de ser examinadas como tema primordial de nuestras reflexiones bajo puntos de vista principales.

El gran prestigio que comúnmente goza la justicia constitucional en todo el mundo, está justificado por sus méritos al proteger los derechos de los ciudadanos contra los poderes ejecutivos, pero también contra el legislador. Por otro lado, turbulencias políticas pueden fundarse también en intervenciones por parte de tribunales, que toman partido de una manera unilateral contra decisiones políticamente razonables o hasta indispensables. Puede pasar que la jurisdicción constitucional exactamente pierda su meta principal de proteger a los hombres y garantizar de la estabilidad jurídica, como ya se puede observar en el curso del desarrollo del control judicial de leyes en los Estados Unidos, donde tiene su origen, cuando se lesionó principios obligatorios de integración política y social, sea en el campo de igualdad de razas o de las clases inferiores. El control judicial de leyes federales, según la sentencia *Marbury versus Madison* de la Suprema Corte de los Estados Unidos del año 1803, no desempeñó un papel durante 54 años hasta que en el año 1857 el veredicto de mala fama *Dred Scott versus Sandford* declaró inconstitucional el *Missouri Act*, que fue un ensayo de restringir la expansión de la esclavitud. Al fin del siglo XIX la desigualdad y la segregación de las razas todavía fueron sostenidas por la jurisdicción de la Suprema Corte, camuflada bajo la fórmula *separate but equal* hasta la mitad del siglo XX.

Otro ejemplo, discutido con la igual intensidad, es la legislación del *New Deal* del presidente Roosevelt cuyos instrumentos legislativos fueron cancelados por una cadena de doce sentencias, sin tomar en cuenta que se trató de leyes sociales urgentes después de la crisis económica mundial del fin 1928. Pero también en Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación, que goza gran prestigio también en otros países con toda razón, ha comenzado sus actividades en la posguerra por haber tomado partido unilateralmente contra la política razonable del gobierno federal y de la mayoría parlamentaria de integrar un país demolido y desmoralizado a una alianza occidental de democracia y progreso, conllevando demoras indebidas, sin poder prevenir la política democráticamente legitimada al fin.

Investigaciones sobre el desarrollo y la divulgación de la justicia constitucional conllevan ciertas consideraciones específicas sobre sus bases y sus límites en el contexto político. Intervenciones judiciales en los campos netamente políticos, que los tribunales propiamente deberían respetar según los principios proclamados por ellos mismos, están bastante divulgados también en la actualidad, como especialmente enseñan ejemplos de España, Colombia y Alemania.

2.0 RIGEN Y DIVULGACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL

La revisión judicial (*judicial review*) era desarrollada por la jurisdicción estadounidense, primordialmente por la celeberrima sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Marbury versus Madison* del año 1803, cuya gloria actual era iluminada por el hecho de que la fue dedicada un congreso completo internacional en su dos centenario en Londres.⁽³⁾ Por su alcance mundial que obtuvo dicha sentencia, se debería suponer, que se hubiera tratado de un caso de gran importancia y fuera fundada en argumentos jurídicos convencedores, sin que fuera posible alguna duda respecto su procedimiento. No cabe decirse, sin embargo, que dichas suposiciones sean ciertas de todo alcance. Por tales dudas parece útil examinar más detenidamente los detalles decisivos aunque varias veces ya fueron examinados por autores distintos especialmente también en el mundo hispánico para iluminar las circunstancias de la sentencia legendaria.⁽⁴⁾ Un papel crucial desempeña especialmente la fuerza de convicción de su fundación jurídica y las circunstancias de la sentencia.

El demandante fue un cierto William Marbury, que había sido nombrado para el cargo del juez de paz por el presidente Adams en el marco de una acción de no menos de 58 nombramientos a toda prisa antes el fin de su período de oficio. Después de las elecciones, sin embargo, el secretario estatal de la administración del nuevo presidente Jefferson, James Madison, que por eso fue el demandado en el proceso, no concedió al demandante la entrega del credencial que diera efectividad a su nombramiento, como lo propiamente hubiera sido la función del secretario estatal, que fue John Marshall en la administración del presidente anterior Adams. En 17 casos, probablemente por falta de tiempo, no cumplió su función de preparar los credenciales. John Marshall entretanto fue nombrado como jefe de la Suprema Corte. Para él la situación se puso precaria, pues en el caso de conceder la demanda, este hubiera podido ser una causa de irritación para el nuevo gobierno Jefferson, la que hubiera poder llevar consigo un proceso de destitución (*impeachment*), que en el caso de otro juez de la Suprema Corte fue anunciado y después ha sido sucedido de veras.

La salida de este dilema fue genial: John Marshall reconoció como válido el nombramiento del juez de paz Marbury y consideró como admisible su remedio

(3) Car. Horn Hans-Rudolf, Judges versus Legislator, en: Dahl Mann y Kraits (cord.), *Values, Rights and Duties in Legal Philosophical Discourse* Behest 21 de la revisi*Rechtstheorie*, 2005, pp. 153-164.

(4) Como Fernández Segado, Francisco, Evolución histórica y modelos del control constitucional, en D. García Belaunde (coord.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997, p. 51 y ss.

como *Writ of mandamus* según la sección 13^a de la *Judicial Act* de 1789, pero declaró ésta norma legal anticonstitucional por contravenir a la sección segunda del artículo 3^o de la Constitución de los Estados Unidos. Es verdad que esta norma constitucional establece una serie de remedios, sin mencionar expresamente el *writ of mandamus*. Pero de ahí no se puede concluir forzosamente mediante un *argumento e contrario* que la constitución lo prohíba. Por lo contrario, más bien cabe pensarse en una *analogía*. Además por lo general constituciones dejan al legislador regular concretar los textos constitucionales que atañe los detalles.

Prevalece la opinión de que la revisión judicial de leyes también de la Unión este consagrada en la misma Constitución estadounidense. Se suele referirse especialmente al artículo 6, segundo párrafo, que establece que la Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de la Constitución se promulgaren, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiese alguna disposición contraria a la Constitución o en las leyes federales; es decir, las leyes federales tienen el mismo rango constitucional como la Constitución. El mismo Chief Justice Marshall tampoco se refiere al texto constitucional sino a la idea general de la supremacía de la Constitución⁽⁵⁾, de cuyo reconocimiento, sin embargo, no se puede derivar necesariamente la existencia del control judicial de la constitucionalidad⁽⁶⁾.

La norma del párrafo dos del artículo 6 de la Constitución americana esgrime la prerrogativa del derecho federal, la que es el verdadero hito de la historia del derecho constitucional, y no la revisión judicial. Pues en sistemas políticos anteriores no fue consagrada la primacía del derecho de la unidad más grande de una manera eficaz, como tampoco por ejemplo en el Imperio Romano Sacro de la Nación Alemana, donde nunca el derecho imperial había obtenido una prerrogativa comparable frente a los derechos soberanos de los territorios.

La introducción de la revisión judicial fue el resultado de los esfuerzos exitosos de la misma Suprema Corte, primordialmente del *Chief Justice John Marshall*⁽⁷⁾.

(5) Cfr. Anderheiden, Michael, en su reseña de Herz, Dietmar *Die wohlerwogene Republik. Das konstitutionelle Denken des politisch-philosophischen Liberalismus*, Paderborn 1999, en la revista *Der Staat*, 40 (2001), 451 y ss., 455. que destaca también que ni la Constitución ni los Federalist Papers decían algo sobre algunas cuestiones importantes del estado de derecho, como por ejemplo sobre la cuestión si procesos civiles se entregará a jueces profesionales o jurados.

(6) Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 5 (2001), p. 245, indicando que el reconocimiento de la supremacía constitucional no se deriva necesariamente la existencia del control judicial de la constitucionalidad.

(7) Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico”, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (coord.), *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-*

En la Convención Constituyente de Filadelfia se abordó el principio de la revisión judicial, pero finalmente no se formalizó en el articulado constitucional. El constituyente Hamilton, sin embargo, en el marco de la campaña electoral, que se puso necesario para alcanzar el consentimiento indispensable de los parlamentos estatales, habló del derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislación, rechazando simultáneamente la idea de que la doctrina sostenida implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Comentarios a la Constitución de distintos autores, publicados en diversos artículos periodísticos, por último fueron reunidos en un libro bajo el título *The Federalist* o también *Federalist Papers*⁽⁸⁾. Llama la atención el cambio de la terminología, según la cual hoy generalmente los federalistas son aquellos que defienden la autonomía de las entidades federativas contra los poderes centrales, mientras que en el comienzo de los Estados Unidos los federalistas exigieron un fortalecimiento de los poderes centrales, lo que pareció sospechoso a los estados particulares. Durante la campaña de ratificación de la Constitución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del poder judicial el argumento que este mismo estaría concebido como un instrumento de centralización frente a los estados miembros de la Unión. En tal situación Hamilton extendió la revisión judicial a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, para rebatir el argumento de los antifederalistas, en otro artículo de los “Federalist Papers” (Nº 78), citado por Marshall en su sentencia *Marbury versus Madison*.

Tampoco Hamilton como los demás autores de los “Federalist Papers” había desarrollado ideas completamente nuevas de su parte, sino tuvieron antepasados. Con toda razón se ha dicho “*Judicial review, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States has returned to Europe elaborated and expanded by American judges*”⁽⁹⁾. Se ha constatado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra no se ha reconocido hasta la fecha la facultad de los tribunales de conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes, debido al alto rango de la supremacía del Parlamento, la revisión judicial, que actualmente existe en numerosos países del mundo, tuvo su origen en las colonias británicas.

Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Tomo II Derecho comparado, México, 1988, pp. 1053-1085, p. 1059.

(8) Fernández Segado, *op. cit.*, supra nota 5, pp. 53 y ss., refiriéndose a la versión castellana de 1974, publicada en México, en el mismo sentido ya Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México 1993, pp. 28 y ss.

(9) Fernández Segado, *ibidem*, p. 51, citando a “Gottfried Dietze, America and Europe. Decline and emergence of judicial review” en: *Virginia Law Review*, vol. 44 (1958), pp. 1233 y ss., 1272. En el mismo sentido, Cappelletti, Mauro, & Cohen, William, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, New York, Charlottesville (Virginia), 1979, p. 3.

Las repercusiones de la sentencia sobre el control judicial de leyes se fundan en el sistema anglo-sajón jurídico del *stare decisis*, es decir, todos los tribunales inferiores y la Corte Suprema misma principalmente están vinculados por las precedentes. En los países iberoamericanos después de su independencia los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo americano fueron adoptados de una u otra forma, aunque las sentencias habían tenido efectos propiamente sólo entre las partes, que habían intervenido en la controversia procesal en cuestión. De ahí que la sentencia de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de una ley, será respetada tanto por los demás tribunales de toda la república como por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal efecto general *erga omnes* es una de las razones más importantes del éxito mundial de la revisión judicial, que tampoco fue creado intencionalmente por la Suprema Corte, sino ya era parte del *common law*, que sigue existiendo en tal respecto después de la independencia.

Especialmente en los países iberoamericanos después de su independencia los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo americano fueron adoptados de una u otra forma. El primer documento que consagró constitucionalmente la revisión judicial es la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, hablando expresamente de la “protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución...”. La revisión judicial fue consagrada en el año 1847 en la Constitución Federal, que acepta que los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación y de los Estados⁽¹⁰⁾.

3.I INTERVENCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

Ya en el proceso famoso sobre la revisión judicial el demandante Marbury no encontró la protección solicitada, puesto que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional un remedio legal en favor del ciudadano. Por suerte las consecuencias no significaron una desventaja tan vital para el agraviado, como lo fue en la segunda sentencia en el nivel federal, *Dred Scott vs. Sanford* en el año 1857. Dred Scott perdió su libertad de nuevo, que había obtenido según el *Missouri Act* después de haber sido llevado como esclavo por su amo a Estados, donde ya estaba abandonada la esclavitud. Pero cuando retornó al Estado esclavista Missouri, su amo anterior le reclamó como su propiedad. Por eso Scott se acudió a la Corte Suprema en un procedimiento que encontró gran interés público y provocó preocupaciones justificadas de un gran número de

(10) Cfr. Fix-Zamudio & Valencia Carmona, *op. cit.*, supra nota 18, pp. 811 y ss.

expertos y ciudadanos. En vano ellos han exhortado de conservar la libertad del esclavo anterior en varias peticiones a la Corte, que, sin embargo, declaró inconstitucional el *Missouri Act* siendo un compromiso cuidadoso para restringir la expansión de la esclavitud. Cabe suponerse que la guerra civil en los Estados Unidos habría ser podido prevenir por una sentencia contra los protagonistas de la esclavitud.

Tampoco en la posterioridad la jurisdicción en asuntos de los afro-americanos, como se dice en la actualidad en el estilo de *political correctness*, mientras que entonces se prefería decir “negros” o usar términos peores, se puede caracterizar como protección eficaz de los derechos humanos. En el año 1896 el veredicto *Plessy versus Ferguson* fue la base de una jurisdicción permanente de la segregación racial lícita bajo el lema sosegante *separate, but equal*. Tardaba muchos decenios hasta que en 1954 la Suprema Corte finalmente abandonó su jurisdicción de la discriminación todavía de una manera todavía bastante cuidadosa. En la posterioridad más y más fue realizado el principio de los derechos iguales de todos los seres humanos, que solemnemente ya habían sido proclamados en la Declaración de Independencia Americana de 1776. En la segunda mitad del siglo XX paulatinamente una legislación intensa, especialmente bajo la presidencia de Lyndon B. Johnson, se acercó a la idea de los derechos humanos para todos los hombres, superando la segregación estricta anterior.

La resistencia a la legislación social hasta el fin de los años de los treinta del siglo XX fue razón de crítica severa a la “aristocracia de la toga” o la “oligarquía judicial”⁽¹¹⁾. En el año 1905 la Suprema Corte había sentenciado, contra el voto particular del Chief Justice Holmes, que era “irrazonable y arbitraria” una ley que regulaba la jornada máxima de trabajo de sesenta horas para los panaderos. Durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt la Suprema Corte de los Estados Unidos de América canceló mediante una cadena de doce sentencias leyes sociales urgentes en el marco de la política del *new deal*, la cual fue afirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936⁽¹²⁾. La controversia profunda fue comparada con la de la secesión de los estados del sur, que era la razón de la guerra civil americana. Los diputados de la Cámara de Diputado en vano trataron de conseguir sus metas políticas por articular textos distintos legales, pero sus ensayos no encontraron merced ante los ojos de los jueces que insistieron en proteger el derecho a propiedad de todo alcance, descuidan-

(11) Cfr. con muchos detalles significativos Fix-Zamudio & Valencia Carmona, *op. cit. supra* nota 18, p. 340 y ss., con referencia a Lambert, Edouard, *Le Gouvernement de judges et la lutte contra la legislation sociale aux États-Uni*, pp. 9 y ss., 67 y ss.

(12) Mason, Alpheus Thomas, & Beaney, William M. *The Supreme Court in a Free Society*, Englewood Cliffs N. J., 1959, pp. 175 y ss.

do aspectos sociales⁽¹³⁾. El Partido Democrático discutió en el año 1936 planes de aclarar el asunto mediante reformas constitucionales. Pero al fin y al cabo la Corte cedió al Congreso, por comenzar –como dijo Roosevelt– “a interpretar la Constitución en lugar de torturarla”⁽¹⁴⁾.

La reserva judicial fue articulada ya en los primeros años de la Suprema Corte. El primer *Chief Justice John Jay* dejó conducirse por tal actitud, sin usar el término *judicial restraint*, cuando rechazó responder a una pregunta del presidente Washington por un asunto de la política exterior, puesto que los tribunales tengan la función de decidir sobre casos y controversias actuales. En el año 1911 la Suprema Corte destacó como una de las máximas más importantes de la interpretación constitucional que tendrá como objeto exclusivamente la constitucionalidad de la legislación, pero no su motivación, la política que cumple o su sabiduría⁽¹⁵⁾. El juez Frankfurter dijo en uno de sus famosos votos particulares, que los jueces no están sentando bajo un árbol como un Kadi, esperando una oportunidad de intervención según sus convicciones y experiencias personales.

4.L A JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

Los constituyentes alemanes del llamado Consejo Parlamentario, en el año 1948 reunidos en Bonn, en sus debates se referían comúnmente a la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin dedicar atención especial al país vecino de la misma lengua y parte de Alemania no solamente durante seis años bajo el régimen nacional socialista, sino durante muchos siglos, cuando los emperadores alemanes vinieron de Austria. En Austria la Corte Constitucional según la Constitución de 1920 fue el primer tribunal constitucional especializado, no como Corte Suprema competente también por la justicia general de la manera estadounidense, que ya en 1945 había sido restablecida. El descuido obvio de regulaciones austriacas en el campo del control judicial se explica también por el rechazo entonces divulgado de las doctrinas de Hans Kelsen, del padre de la Corte Constitucional austriaca. Su teoría pura del derecho, expuesta como “una geometría del fenómeno jurídico total”, entonces fue criticado seriamente como ya en la época de Weimar ⁽¹⁶⁾. Además las normas

(13) Stern, David H., en: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo II, México: UNAM, pp. 1333 y s.

(14) Mason & Beaney, *op. cit.*, supra nota 21, pp. 176, 179, 177 y 185.

(15) Noble State Bank vs. Haskell. 219 US. 575, 580.

(16) Horn, Hans-Rudolf, en UNAM (coord.), *La Constitución y su defensa*, México 1984, p. 599. Cfr. Hartmann, Volker, Zur Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung, en G. Leibholz (coord.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, tomo 20 (1980), pp. 43 y ss.

constitucionales y legales de Austria —especialmente antes de la reforma de 1929— apenas habían posibilitado una jurisdicción de una extensión más grande.

Cuando el Tribunal Constitucional de la Federación, establecido según la Ley Fundamental de Bonn, como se nombró la Constitución para destacar su índole provisional dentro de Alemania dividida, llegara a la convicción de que una regulación es inconstitucional, declara su nulidad. La jurisdicción del mismo Tribunal Constitucional teóricamente parte de una nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*) de acuerdo con la doctrina alemana a pesar de dificultades obvias. La jurisdicción de los Estados Unidos logró solventar los problemas de los efectos de medidas y sentencias anteriores, que se fundaron en una ley que fue declarada inconstitucional después. En el sistema del *case law* fue desarrollado una vía pragmática y flexible para respetar determinados “efectos consolidados” (*consolidated effects*), inclusive para aclarar la cuestión, qué será el derecho que se debe aplicar, cuando una ley antes usada se manifestó inconstitucional⁽¹⁷⁾. Cabe hablarse de una convergencia del uso judicial de los Estados Unidos y Alemania, que atañe los rasgos fundamentales de la argumentación⁽¹⁸⁾.

Por falta de normas constitucionales y legales detalladas en Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación ha desarrollado procedimientos propios de gran alcance. En muchos casos no declara nula la ley impugnada inmediatamente, sino prefiere una vía que posibilite tomar en cuenta los efectos ya realizados, sin abandonar su evaluación crítica de la ley en cuestión. Para evitar las consecuencias de una declaración inmediata de una ley como inconstitucional, se aplica en muchos casos la llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*), para armonizar la norma cuestionada con los principios de la Ley Fundamental según las convicciones judiciales. El Tribunal señala la interpretación compatible con la Constitución de una manera obligatoria para las autoridades administrativas y los tribunales. En muchos casos encarga al legislador crear leyes que corresponderán a la Constitución según las instrucciones judiciales.

En Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación no administra la doctrina de la *political question*, como lo hace la Suprema Corte en los Estados Unidos, sino principalmente reclama la competencia de averiguar todos asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial (*judicial self-restraint*) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo, está

(17) Cappelletti & Cohen, *op. cit.*, *supra nota 17*, pp. 100 y ss.

(18) Cfr. Horn, Hans-Rudolf, en UNAM (ed.) *La Constitución y su defensa*, México 1984, pp. 599 y ss.

reconocida expresamente por el Tribunal alemán, que suele destacar su renuncia de practicar política⁽¹⁹⁾, sin seguir sus propias máximas. Parece deseable consagrar los detalles esenciales del proceso constitucional en el texto mismo de la Constitución en secciones particulares. Así lo sucedió en otros países primero en Austria, que se funda en el sistema de la legislación negativo, de cual se deducen efectos de las sentencias constitucionales sólo para el futuro. También en otros países la misma constitución contiene reglamentaciones sobre los efectos de la jurisdicción como en Italia (artículos 134-137), Portugal (artículos 221-224 y 277-283) y especialmente en España, en donde por la Constitución de 1978 fue introducido el Tribunal Constitucional, creando un sistema de la justicia constitucional que por su madurez concepcional supera su antecesor español, pero también los sistemas constitucionales de Austria, Alemania, Italia y Portugal⁽²⁰⁾. En modo alguno puede considerarse circunscrito a los parámetros característicos del legislador negativo⁽²¹⁾.

5.1 INTERVENCIONES JUDICIALES EN LA POSGUERRA ALEMANA

Después de la formación de la República Federal de Alemania el poder supremo quedaba en la mano de las fuerzas aliadas occidentales de ocupación, es decir los Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Francia, cuya aprobación fue necesario para que pudo entrar en vigor la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El primer gobierno alemán, formado por el Canciller Federal Konrad Adenauer, tuvo la tarea esencial de alcanzar paulatinamente la integración política y económica del país en el marco del mundo libre. Un paso indispensable del desarrollo deseado fue la terminación del régimen de ocupación, consagrado en el Estatuto de Ocupación, en el marco de un contrato llamado internacional “Contrato General” o “Contrato de Alemania”, que necesitó la ratificación por los aliados y la República Federal de Alemania⁽²²⁾.

(19) Voßkuhle, Andreas, en: von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, München, 2001, Art. 93, núm 36.

(20) Weber, Albrecht, “Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien”, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 34 (1985), pp. 245 y ss., 283, idem, en Starck & Weber (coord), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, tomo I, 1986, p. 119.

(21) Fernández Segado, Francisco, La jurisdicción constitucional en España, en: García Belaunde/ Fernández Segado (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid 1997, pp. 623-709, p. 631.

(22) Las controversias están descritas muy detenidamente en los libros de los recuerdos de Konrad Adenauer, *Erinnerungen 1953-1955*, Stuttgart, Hamburg 1966, pp. 159 y ss., y de Franz-Josef Strauß, *Die Erinnerungen* 1989, pp. 242 y ss.

En las controversias políticas en el curso de los debates parlamentarios sobre los tratados fue involucrado el Tribunal Constitucional de la Federación, especialmente por la cuestión de una aportación militar de parte de la República Federal de Alemania, como lo había sido sugerida por el Consejo del Pacto Atlántico Norteño, después de que Corea norteña había invadido con tropas fuertes a Corea del Sur, suportada por China y la Unión Soviética y otros regimenes comunistas, que ya se habían expandido en Asia y Europa. El Canciller Federal Adenauer había aceptado la sugerencia de contribuir fuerzas armadas a la defensa europea, primitivamente en el marco de una Comunidad Europea de Defensa, propuesta el Primer Ministro francés René Pleven, la que fracasó finalmente en el parlamento francés. En Alemania misma, sin embargo, se manifestó una resistencia –a veces bastante violente– contra toda forma de un rearme. La oposición en el parlamento alemán, formada por el Partido Socialdemócrata, acudió ante el Tribunal Constitucional de Federación de para alcanzar de antemano la declaración de inconstitucionalidad de la participación alemana en la defensa militar y la obligación de un servicio militar sin reformas constitucionales antecedente. La primera sala rechazó la solicitud, pero sólo por la razón que por no ser admisible, hasta que las deliberaciones parlamentarias serán terminadas, insinuando la posibilidad que la queja tras la despedida de las leyes de ratificación sería exitosa. El Presidente Federal Heuss por sus dudas propias había pedido un dictamen del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de las leyes de ratificación. El Tribunal decidió en una decisión del pleno sorprendente de una manera no prevista por la ley, que el dictamen solicitado por el presidente federal tenga la primacía y obligue a las dos salas del Tribunal también en sentencias venideras como la sobre la solicitud del gobierno. El gobierno federal que había solicitado de su parte una decisión judicial de que la ratificación por mayoría simple corresponderá a la constitución, constató en una decisión del gabinete, que el Tribunal Constitucional había transgredido sus competencias por establecer, que su decisión sobre la solicitud del Presidente Federal tenga el rango primero⁽²³⁾. Ya había sido conocido la inclinación judicial decidir contra las leyes de ratificación en este contexto. Puesto que el mismo Presidente Federal Heuss no estaba de acuerdo con la decisión judicial de que el dictamen deseado por él tenga vigencia obligatoria, el Canciller Federal Adenauer le pudo convencerle de la necesidad de desistir la solicitud, sin abandonar sus dudas primitivas respecto los tratados. La sentencia del Tribunal Constitucional finalmente sucedió en favor de las leyes de ratificación, que pocos días después pudieron despedidas en la tercera lectura del parlamento, que la había pospuesta por las controversias constitucionales⁽²⁴⁾.

(23) Adenauer, *ibidem*, p. 178 y s.

(24) Adenauer, *ibidem*, p. 190.

La decisión judicial no fue posible sin una concesión del Canciller Adenauer: fue forzado abandonar a su Ministro Federal de Justicia, Thomas Dehler, cuya crítica de la postura judicial había enojado al presidente del Tribunal Constitucional, Herrmann Höpker-Aschoff. El posterior Ministro Federal de Defensa, Franz-Josef Strauß, que había ensayado zanjar este conflicto en vano, por pedir la mediación del Presidente Federal Heuss, comparó la intervención judicial en decisiones personales del gobierno con un arbitro en una partida de fútbol, que, abandonando su papel neutral, interviene personalmente echando la pelota en una dirección determinada⁽²⁵⁾.

Para el mismo Adenauer que no menciona en sus recuerdos publicados la intervención en sus funciones de jefe de gobierno, puesto que probablemente le dio pena, fue esencial la confirmación impresionante de su política por las elecciones federales de 1953 en la cuales la democracia cristiana ganó casi la mayoría absoluta y el Partido Socialdemócrata ni siquiera obtuvo la minoría de un tercero para prevenir reformas constitucionales. Las controversias antecedentes a la ratificación del Tratado de Alemania se fundaron en un antagonismo sorprendente entre dos partes, a las cuales se podría suponer actitudes contrarias: el gobierno y su mayoría parlamentaria fueron representados por fuerzas burguesas, la democracia cristiana y los liberales, a las cuales se podría atribuir más bien tendencias nacionales cerradas. El Partido Socialdemócrata que según su tradición impresionante solía cultivar relaciones internacionales, en una situación muy precaria después de la guerra perdida, rechazaba una integración a sistemas internacionales de cooperación política y económica por razones nacionales de una manera intransigente⁽²⁶⁾, mientras que el famoso alcalde de Berlín, Ernst Reuter, del mismo Partido Socialdemócrata ya en el año 1948 había declarado que la consolidación del occidente es la condición elemental del saneamiento y del regreso de parte occidental al país materno alemán, para alcanzar el consentimiento de los *Länder* alemanes a la fundación de la República Federal como Estado parcial alemán sugerida por los aliados.

La alianza con los aliados occidentales fue la condición esencial de su desarrollo político y económico, que se suele llamar el “milagro económico alemán”, pero fue tachada por la oposición parlamentaria como obstáculo insuperable a la reunificación de Alemania. Al fin y al cabo, sin embargo, la alianza occidental se asomó como una condición necesaria de ella, como lo el alcalde Ernst Reuter

(25) Strauß, *ibidem*, pp. 255 y s.

(26) Cfr. Leonhardt, Rudolf Walter, *X-Mal Deutschland*, München 1961, p. 448 indicando que el Partido Socialdemócrata como partido de las relaciones internacionales se comportó más de una manera nacional que la burguesía que históricamente había cultivado antes el nacionalismo.

había pronosticado. Adenauer en la última frase de su libro de sus recuerdos esperaba la posibilidad de “una solución de nuestros problemas con los señores del Kremlin”⁽²⁷⁾, sin poder vivirlo personalmente, terminada por su “nieto político” Helmut Kohl mediante sus negociaciones con el jefe del gobierno ruso Gorbachov.

6.M ISERIA Y ESPLENDOR DE INTERVENCIONES JUDICIALES

En las discusiones sobre el antagonismo entre jueces y legisladores se destaca el carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, y no sólo la naturaleza electiva del Parlamento, es lo que califica la ley y justifica su preeminencia sobre las demás normas jurídicas, incluso las emanadas de otros órganos que también reciben legitimación democrática directa como el Ejecutivo, elegido popularmente en muchos sistemas políticos actuales⁽²⁸⁾. La democracia es el único procedimiento de decisión colectiva, que permite y se nutre del disenso como instancia crítica de las decisiones mayoritarias. Se ha desarrollado distintos conceptos que parten de una postura que respeta el valor del procedimiento democrático, pero están buscando una solución que simultáneamente asegure las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad.

En los Estados Unidos como el país de origen del sistema moderno del control judicial de leyes ya muy temprano hubo voces de jueces que previnieron muy impresionantemente contra el accionismo judicial frente al legislador. Ya en el año 1827 el juez Bushrod Washington postuló una presunción de la validez de una ley examinada, como ya antes había expresada en una sentencia de 1810⁽²⁹⁾. Esta idea más recientemente está destacada en el mundo hispánico, especialmente en España y Colombia, en donde se ha acuñado la máxima de *in dubio pro legislatore*⁽³⁰⁾. Parece significativo que se quisiera otorgar al legislador por lo menos los mismos derechos que se concede al delincente acusado en un Estado de derecho que según el principio *in dubio pro reo* no deberá tratado como culpable. El objeto de esta máxima será, que solo se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, cuando ésta sea evidente, más allá de toda duda razonable, en tanto no sea así, cualquier

(27) Adenauer, *loc. cit.* supra nota 37, p. 556.

(28) Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, 1997, pp. 195 y ss., según Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5 (2001), p. 231.

(29) Acerca más detalles Horn, Hans-Rudolf, Richter versus Gesetzgeber, en: Peter Häberle (coord.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 55 (2007), pp. 295 y ss.

(30) Cfr. Horn, Hans-Rudolf, Jueces versus diputados. Sistemas americano y austríaco de revisión judicial, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002), pp. 242 y ss.

opción legislativa razonable ha de considerarse constitucional. Una versión matizada y condicionada de la presunción de la constitucionalidad de leyes armoniza el respeto al legislador democrático y el estímulo a la deliberación pública, que favorece la institución del control constitucional ⁽³¹⁾.

En Colombia se había creado un tribunal especializado en asuntos constitucionales a partir de la expedición de la Constitución de 1991: La Corte Constitucional se dedicó en los años hasta 1991 en no menos de 6.744 sentencias a la protección de los derechos humanos en procedimientos de amparo, en Colombia nombrados “tutela”, como su presidente relata con todo orgullo, que llama su Corte “la vanguardia en el campo del control de constitucionalidad, al menos dentro del contexto de América Latina”⁽³²⁾. Por el gran número de tales procedimientos se habló de un “tutelismo”. Además la Corte decidió en 2.140 sentencias sobre la constitucionalidad de leyes. Fue criticado severamente que también aquellas leyes que fueron suspendidas que de veras fueron necesarias para zanjar la situación financiera del país. Cabe decirse que la Corte Constitucional descuidaba las máximas que ella misma había establecido en una sentencia del año 1992, marcando la legitimación y los límites de la justicia constitucional en el sentido de que es su fin crucial “de mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones.” La rama judicial, a través de la Jurisdicción Constitucional, como se dice en la sentencia, está llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del legislativo y del ejecutivo modernos. El Estado de Derecho requiere del igual fortalecimiento de las tres ramas del poder político⁽³³⁾.

En España se expresa el temor que “es un riesgo que los jueces estén encima del Parlamento o que en ocasiones sustituyan el propio Gobierno”, como dijo Manuel Aragón Reyes, Madrid, en el transcurso de la ponencia que ofreció con motivo de la V Jornada de la Asociación de Letrados de Parlamentos en Cartagena en el año 1997, que nombró este hecho muy peligroso para el Estado de Derecho, destacando la necesidad de encontrar el punto de equilibrio entre los tres poderes, amenazado por la imitación de ciertos defectos del modelo norteamericano.

⁽³¹⁾ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5 (2001), pp. 227-256, pp. 254 y s., discutiendo especialmente obras de Juan Carlos Bayón, Pablo de Lora, James Bradle Thayer, Robert H. Bork y Victor Ferreres.

⁽³²⁾ Naranjo Mesa, Vladimiro, “Diez años de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5 (2001), pp. 277-290, 288.

⁽³³⁾ Naranjo Mesa, *ibídem*, pp. 280 y ss. (Sentencia T-006 de 1992).

También en Alemania desde algún tiempo constitucionalistas renombrados critican el accionismo judicial, reprochando al Tribunal Constitucional que está cambiando la constitución en lugar de defenderla, comportándose como un súper-legislador⁽³⁴⁾. Se puede constatar la tendencia del Tribunal Constitucional de abandonar su función originalmente defensiva y sustituirlo por un accionismo ofensivo que prescribe al legislador de una manera muy detallada como arreglar ciertos campos de la vida humana. Se expresa el temor que de esta manera se abre el camino que lleva de una democracia parlamentaria organizada por el estado de derecho a un estado judicial de índole oligárquico y aristocrático⁽³⁵⁾. Se ha dicho con toda razón que la justicia constitucional no debe incidir con excesiva premura en la esfera de actuación del legislador, tomando en cuenta, que algunas regulaciones resultan inaplazables y que el proceso democrático de la formación de la voluntad del legislador debe ser respetado al máximo⁽³⁶⁾. Hasta debe decirse que de lo contrario en casos determinados surgen peligros inmediatos al sistema democrático y a la seguridad. Un ejemplo de 2006 es la limitación esencial de la investigación electrónica restringida según leyes especiales federales y estatales. En un voto particular fue articulado el temor de que por la sentencia de la mayoría de la sala el Estado se puso indefenso contra ataques terroristas. Los atentados como en Nueva York, Londres y Madrid y otros más que se pudo prevenir en el último minuto, han demostrado que la defensa eficaz presupone informaciones en el marco de una cooperación internacional: también de Hamburgo habían venido participantes del atentado a las torres.

Hay algunos campos, en los cuales el Tribunal Constitucional alemán ha asumido completamente las funciones de legislación. Un ejemplo significativo es la sentencia del 11 de septiembre de 2007 en el campo de la radiodifusión. Las emisoras del derecho público de radio y televisión alemanas que tienen, como también en otros países como Francia, el derecho de cobrar ciertas tarifas oficiales de cada poseedor de un radio o un televisor, no importa si tal vez prefiere escuchar exclusivamente a las muchas emisoras privadas. Los parlamentos esta-

(34) Cfr. por ejemplo Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznormen, en la revista *Der Staat*, 29 (1990), S. ff., Walter, Christian, Hüter oder Wandler der Verfassung?, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 125 (2000), pp. 517-550, Meyer, Wolfgang, en: von Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, 3a. edición, München 1996, Nr. 66 ad Art. 93 GG.

(35) Rütters, Bernd, Auf dem Weg zum Richterstaat, en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 02.11.2000 (p. 12) refiriéndose a sus publicaciones en *Rechtshistorisches Journal*, tomo 20 (2000), edición de colaboradores del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt sobre el Meno.

(36) Cfr. Weber, Albrecht, en la versión española de su trabajo sobre Alemania en: Starck/Weber (coord.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. 1986, pp. 53 y ss., 84.

tales que tienen que decidir sobre el aumento de las tarifas, fijaron una cantidad que fue 28 centavos más bajo que la sugerencia de la comisión especial de expertos de las dos emisoras públicas, es decir solo 16,96 Euro como tarifa mensual por radio y televisión desde el día 1º de enero de 2009. Las emisoras públicas persiguieron que el Tribunal Constitucional las concedió el aumento propuesto por la comisión estatal originalmente, considerando que las leyes estatales son inconstitucionales por contravenir al principio de la libertad de la radiodifusión, consagrada en el artículo 5 de la Ley Fundamental, que según la jurisdicción constitucional presuponga el financiamiento suficiente de las emisoras⁽³⁷⁾. La sentencia ilustra literalmente el aviso del anterior Ministro Federal de Justicia Jochen Vogel, que no se debería cambiar los principios constitucionales “a monedas demasiado pequeñas”, en dicho caso la libertad de radiodifusión a 28 centavos mensuales.

A la evaluación de la justicia constitucional, sin embargo, no se debe sobreestimar tales intervenciones en el ámbito legislativo, descuidando el sinnúmero de sentencias valiosas y efectivas en muchos países del mundo que justificaron la famosa palabra del constitucionalista italiano Mauro Cappelletti, calificando la revisión judicial como “jurisdicción de la libertad⁽³⁸⁾”. La justicia constitucional cumple esta tarea en todo el mundo como también en Alemania en casos menos sensacionales, como de presos preventivos que quedan detenidos más tiempo que sea necesario y legal. Muchas sentencias de este índole no llaman tanta atención pública como por ejemplo recientemente la jurisdicción de la Suprema Corte de los Estados Unidos, últimamente la sentencia del día 12 de junio 2008, que declaró inconstitucionales las leyes del congreso que se refieren a los 220 presos del campo de Guantánamo (Cuba), detenidos desde el comienzo de la guerra en Afganistán hace más de seis años. La mayoría de los jueces se fundaron en el principio crucial de *Habeas Corpus*⁽³⁹⁾. La idea de la protección de la libertad y de los derechos humanos teóricamente desde el inicio fue un aspecto crucial en la jurisdicción de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Pero apenas cabe decirse que en la realidad histórica estos principios ya se manifestaron cabalmente durante los primeros cien años. La sentencia Dred Scott todavía en la actualidad se usa como ejemplo de asusto en la discusión política. No cabe duda que será indispensable seguir buscando caminos razonables para garantizar efectivamente la “jurisdicción de la libertad”.

(37) Sentencia de la primera sala del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, 1 BvR 2270/05 del 11.9.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911_1bvr227005.html.

(38) Así también el título de su libro, traducido por Fix-Zamudio, Héctor, México, 1961. El mismo título usó José Luis Cascajo Castro para su estudio comparativo en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198.

(39) Información según *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 12 de junio 2008, pp. 1 y 7.

7.C CONTROL DEL PODER EN EL CONTEXTO POLÍTICO

El poder político, siendo su control el objeto de nuestras reflexiones, no puede ser visto como un maleficio público, como destaca Diego Valadés con toda razón. Un sistema constitucional no puede, por definición, contener un poder inútil, lo que estatuye es un poder responsable, limitado y por tanto controlable. La soberanía equivale a la racionalización política y jurídica del poder⁽⁴⁰⁾. En las discusiones actuales a veces se mantiene que el Estado nacional haya perdido completamente su función tradicional frente a empresas y organizaciones internacionales y grupos de presión internos, llamándole “una institución en el mar de la incertidumbre” y ridiculizando también el término de la soberanía. El maestro alemán del derecho constitucional renombrado Gerd Roellecke ha planteado seriamente la pregunta si hoy todavía podría ser justificado que se nombra una revista renombrada *Der Staat* (El Estado)⁽⁴¹⁾. El reconocimiento de las dependencias internacionales, tanto políticas como económicas, cuya importancia sin lugar a dudas está aumentando, en realidad no obliga a la conclusión de que en la actualidad el Estado Constitucional particular haya perdido su responsabilidad como bastión primordial de los derechos humanos. No conviene el desdén hacia el Estado nacional que se expresa en términos como “final del teatro del Estado”, “ridiculización del Estado” o su “muerte como construcción de soberanía propia y coordinador jerárquico”⁽⁴²⁾.

El desprestigio del Estado moderno está entrelazado con el problema de lo político como tal. La aversión hacia la política como tal estaba y sigue estando divulgada mundialmente, en Alemania tradicionalmente entre poetas y escritores famosos, desde Wilhelm von Humboldt a Thomas Mann, que defiende la actitud del “apolítico” en el año 1918 como elemento básico de la cultura y humanidad alemana contra la mera civilización y el utilitarismo inglés⁽⁴³⁾. La postura de la “antipolítica”, sin embargo, va más allá que la del apolítico, fundándose en el rechazo básico como determinada forma de actividad humana, que tiene su origen en la complejidad de intereses controvertidos. Antipolítica es el ensayo y la tentación de terminar el destino de Sísifo de obras sin sentido, al abrigar la esperanza sincera que esta manera sea posible un cambio a lo

(40) Valadés, Diego, *El control del poder*, México: UNAM, 1998, p. 149.

(41) Discutido en mi reseña de Diego Valadés, *El control del Poder* 1998, en la revista *Der Staat*, 40 (2001), p. 470 y ss.

(42) Horn, Hans-Rudolf, “Aspectos del humanismo en el mundo globalizado”, en: *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, N° 36 (2006), p. 378.

(43) Mann, Thomas, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, Frankfurt am Main 1956, pp. 31 y 113.

mejor⁽⁴⁴⁾. La actitud de la “antipolítica” fue expresada de una manera muy significativa por los representantes del anarquismo como Proudhon que hace responsable a la política como tal de todos malos e inconvenientes de la vida pública, no a ciertas personas poderosas, círculos determinados o a clases sociales de su mala o a una cierta escandalosa política. Para él la única salida es una sociedad sin política y sin dominación que describe de una manera consecuente como sociedad agraria de autarquía, que él pronostica seriamente ⁽⁴⁵⁾. El mismo Proudhon habla en un artículo menos cuidado del año 1848 de *une certaine maladie d'opinion*, que –como dice– está conocido desde la antigüedad y está nombrado por el gran filósofo y historiador “política”⁽⁴⁶⁾. Se refiere obviamente a Aristóteles que se dedicaba no solamente a la lógica pura como objeto de sus investigaciones, sino destaca de una manera muy eficaz primordialmente la función de opiniones y discusiones en sus doctrinas de la tópica y retórica.

La aversión hacia la retórica y lo “opinable” está muy divulgada y compartida por grandes pensadores como Jacob Burkhardt, que nombró la retórica “una aberración monstruosa de la antigüedad griega-romana”. La antipolítica se tiene que comprender como consecuencia de la antirretórica. Tanto en discusiones científicas como en el lenguaje diario “retórica” es usado en sentido peyorativo, pues fue restringido a los trucos más o menos engañosos, para manipular el auditorio o los lectores, como se lo considera también típico de los discursos políticos, o a las formas del decoro del discurso.

La importancia de la tópica de Aristóteles, que analiza las estructuras retóricas, descubrió de nuevo hace un poco más de medio siglo Theodor Viehweg en Mainz (Alemania) y Chaim Perelman en Bruselas (Bélgica). Los dos autores destacaron, de qué grado la tópica ha acuñado el pensamiento europeo en el curso de los siglos. En el fondo nunca ha perdido su función de decidir sobre la aceptación de argumentos (topoi) en el marco de un diálogo permanente en las ciencias jurídicas. La contemporánea rehabilitación interdisciplinar de la tópica es objeto de

(44) Horn, Hans-Rudolf, Dimensionen der Demokratiefähigkeit, en: *Archivo de Filosofía Jurídica y Social* 86 (2000), pp. 400 y ss., 406.

(45) Proudhon, Pierre Joseph, *Politische Schriften*, ed. por Thilo Ramm, Stuttgart 1963, pp. 189 y ss.

(46) Mandt, Hella, *Politik in der Demokratie. Aufsätze zu ihrer Theorie und Ideengeschichte*, Baden-Baden 1998, pp. 103-117, 109, aprovechando esta referencia de Wolin, Sheldon, en: *Politics and Vision.. Continuity and Innovation in Western Political Thought*, Boston 1968, p. 414, como punto de partida para sus estudios sobre la antipolítica. Cfr. mi reseña del libro de Mandt bajo el título “Dimensionen der Demokratiefähigkeit, Politik und rhetorische Rechtstheorie”, en: *Archivo de Filosofía Jurídica y Social*, 86 (2000), pp. 400-411.

muchas investigaciones también en el mundo hispánico, que destacan el papel eminentemente político de la retórica en la antigüedad, concordante con la organización y las necesidades de la democracia ateniense y la organización de la República romana, que entró en crisis cada vez que el debate público libre dejó de ser el eje de la vida política y jurídica⁽⁴⁷⁾. A través de un discurso sujeto a ciertas reglas y deberes procesales es posible llegar a premisas cuya validez dependen de su aceptación por parte de quienes intervienen en una “situación de discurso comunicativo”. Es decir, el fundamento de validez de estas premisas es su “reconocimiento” en el curso de un diálogo permanente y no el resultado de una comprobación empírica o de un evidencia objetiva⁽⁴⁸⁾.

El desprestigio de la retórica en la época moderna empieza con el desarrollo de los métodos de las ciencias naturales. Puntos de vista que se fundan solamente en topoi reconocidos en la discusión, no pueden garantizar la misma certidumbre que dan las ciencias naturales en el sentido tradicional. Se reconocía como veros solamente conocimientos que se fundan en una deducción sistemática de axiomas o de hechos comprobados, rechazando presunciones y consideraciones de probabilidad. El camino a una solución de problemas mediante deliberaciones y discusiones de la posibilidades distintas en el marco de una teoría de la argumentación fue desechada por una tendencia antirretórica por falta de condiciones típicas para las ciencias exactas. El imagen del mundo tradicional, fundado en las doctrinas de mecánica según Newton, fue sacudido hasta sus bases en el curso del siglo XX por la teoría einsteiniana de la relatividad, la teoría de los cuantos de Planck y el principio de la indeterminación según Heisenberg⁽⁴⁹⁾. El alcance de presunciones desempeña un papel crucial también en un ramo especial de la matemática, la estocástica, derivada de la palabra griego “stochos”, es decir presunción, que fue desarrollada ya especialmente por Jacob Bernouilli († 1705) y actualmente está ganando importancia creciente en muchos campos de las ciencias y de la práctica económica.

Actitudes contemporáneas de fundamentalismo en el fondo se derivan del ensayo de conservar las categorías tradicionales del siglo XIX por propagar convicciones como hechos indiscutibles de una manera que renuncia a flexibilidad y diferenciaciones. Los fundamentalismos representan un gran desafío para la convivencia entre y dentro de las naciones, pero aparecen inevitables en sociedades

(47) Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid 1988, pp. 19 y ss.

(48) Así, Ernesto Garzón Valdés, en su observación preliminar de la obra *Kühweg, Theodor, Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona 1991, p. 9, publicando una colección de ensayos de Viehweg en versión castellana.

(49) Schreckenberger, Waldemar, Rhetorik und Demokratie, en: *Archivo de Filosofía Jurídica y Social*, 86 (2000), pp. 367-399, 380.

abiertas. No conviene situarse en una posición de rechazo y descalificación absoluta, sino será indispensable una respuesta constructiva ante los peligros⁽⁵⁰⁾.

La razón práctica se caracteriza por discutir y ponderar los puntos de vista esenciales, como “la lógica de lo razonable” en el sentido de Recaséns Siches en contraste a la “lógica de lo racional”, que se usaba tradicionalmente en las ciencias naturales. Es un señal de un pensamiento unidimensional desacreditar este manera de pensar como *considérations boutiquières* y comparar el método de ponderar argumentos con pesar canela o pimienta en una tienda⁽⁵¹⁾. Ridiculizar la razón práctica y presentar el *common sense* como un atributo cursi del provinciano, es una expresión típica de antiretórica y antipolítica. En la retórica prevalece una vista del conjunto contextual, cabe decirse una noción de verdad pragmática⁽⁵²⁾. La meta es encontrar una base que prometa el grado más posible de certidumbre para decisiones y orientaciones sociales. Asimismo en las ciencias políticas la retórica no sólo encontraba atención especial, sino era descubierto finalmente como teoría fundamental de lo político⁽⁵³⁾. La comunicación se manifiesta como tarea pública que tiene que ver con las bases de la convivencia humana, pero también con la protección de los derechos humanos y los elementos vitales constitucionales como la división de poderes. La capacidad democrática y la cultura política dependen de qué grado las oportunidades de la comunicación son aprovechadas en el marco de la Constitución. Derecho y discurso tienen un origen común. Derecho vive en la lengua y a través la lengua.

Constitución quiere decir, según Peter Häberle, orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad. Este concepto amplio de sociedad comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia

(50) Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, traducción Héctor Fix-Fierro. México: UNAM 2001, estudio introductorio por Diego Valadés, p. LXVIII.

(51) Citado por Mandt, *op. cit.*, *supra nota* 59, p. 105.

(52) Schreckenberger, Waldemar, *Gesetzgebung und Rhetorik*, en: König, Klaus (coord.) *Gesetzgebung und Regierung*, Speyer 1998, pp. 75 y ss., 82 y 88 y ss. Acerca las estructuras y funciones pragmáticas especiales, cfr. del mismo autor, *Semiótica del discurso jurídico, Análisis de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, México: UNAM 1987 pp. 93 y ss., p. 340.

(53) Cfr. especialmente Mesch, Walter, *Ontologie und Dialektik bei Aristoteles*, Göttingen 1994 y Bußhoff, Heinrich, *Politische Argumentation-Überlegungen zu einer Argumentationstheorie der Politik*, Baden-Baden 1977.

como “forma marcada que se desarrolla vivamente” en el marco de un “proceso público” como “estímulo y límite” o como limitación y racionalización del poder del Estado⁽⁵⁴⁾. De ninguna manera se hace referencia exclusiva al “esqueleto de la normas”, sino hay que incluir a la cultura y al ambiente político, las opiniones y prácticas. La división de poderes como principio constituyente se convierte en tarea de la política jurídica⁽⁵⁵⁾.

El sistema democrático se funda en una discusión pública arreglada, que concede el rango adecuado a todos los puntos de vista que sean necesarios para zanjar problemas en el marco de una retórica cultivada. Son las funciones de los parlamentos de decidir sobre asuntos políticos y cumplir sus obligaciones de la dirección política, tomar las iniciativas precisas y ejercer el control del ejecutivo, fundándose en la participación popular. Las competencias judiciales principalmente no incluyen la usurpación de facultades de otros poderes políticos de una manera soberana, aunque la tentación sea grande, puesto que los tribunales al fin y al cabo suelen tener la última palabra. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad. Debe, sin embargo, esforzarse por una integración pragmática de elementos teóricos y guardarse de consagrar sus propias teorías expresadas en las sentencias y pretender un compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia el Derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos de información y participación⁽⁵⁶⁾.

(54) Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Estudio introductorio Diego Valadés, traducción Héctor Fix-Fierro, México: UNAM, 2001, pp. 3 y ss.

(55) Häberle, *ibidem*, pp. 4 y s.

(56) Häberle, Peter, “La Jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional” en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5 (2001) pp. 169-182, p.170.

EL PODER DE DIRIGIR. LA DIRECCIÓN POLÍTICA EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL MEXICANO

DANIEL A. BARCELÓ ROJAS (*)
(México)

SUMARIO. 1. El concepto de dirección política en el ordenamiento constitucional mexicano. 2. El origen teórico de la separación intensa de poderes del sistema presidencial y su superación por la ingeniería constitucional del siglo XX. 3. El Presidente: de ejecutor de la ley del Congreso a director del programa legislativo del Estado social y democrático de derecho.

1.E EL CONCEPTO DE DIRECCIÓN POLÍTICA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MEXICANO

La dirección de la política exterior como potestad del Presidente era ya considerada en los textos originales de la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución mexicana de 1917 –heredera esta última de las constituciones federales de 1857 y 1824 que habían sido inspiradas, en el punto señalado de la competencia sobre las relaciones internacionales, por el modelo presidencial de la Constitución de Filadelfia⁽¹⁾. Lo que resulta novedoso en la teoría de la separación de poderes del sistema presidencial tanto de Estados Unidos como de México, es la inserción de la noción de la dirección política interior como poder

(*) Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

(1) Las consideraciones expresadas por Alexander Hamilton en *El Federalista* LXIX sobre la competencia en política exterior del Presidente, es válida para los ordenamientos constitucionales tanto de Estados Unidos como de México. Cfr. *El Federalista* (5ª. Reimpr; traducción de Gustavo R. Velasco). México, Fondo de Cultura Económica, 1994; pp. 291-297.

del Presidente⁽²⁾, noción que en el pasado siglo XX ha terminado por ser reconocida por la vía de la interpretación constitucional en los sistemas presidenciales de ambos países.

La inserción del poder de dirigir se observa como una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado. Las constituciones de nuestros días han reconocido, sea a través de su interpretación o en forma explícita, la “dirección política interna” como una responsabilidad general que recae principalmente y por regla general en el jefe del Poder Ejecutivo⁽³⁾. En los sistemas presidenciales solo excepcionalmente el Congreso puede tomar la iniciativa política y orientar la acción pública para transformar la sociedad⁽⁴⁾. Pero únicamente para asuntos concretos, pues como agudamente observa Diego Valadés, la estructura horizontal del Congreso –con miembros individuales de igual dignidad democrática, electos en distritos electorales compartimentados, organizados además en bloques parlamentarios internos que compiten entre sí por el poder–, no se aviene a la unidad de mando que es necesaria para definir e impulsar en una sola dirección política en forma sistemática y por un periodo prolongado de tiempo⁽⁵⁾.

En el sistema constitucional mexicano, la dirección política puede ser entendida como la orientación e impulso del conjunto de las decisiones políticas que dan sentido a la acción pública, orientación e impulso que el jefe del Poder Ejecu-

(2) Cfr. Schwartz, Bernard. *Los poderes del gobierno (vol. II). Poderes del presidente* 1ª. ed. en español; traducción de Julieta Campos). México, UNAM, 1966; pp. 63-67.

(3) Cfr. Rose, Richard. “Giving Direction to Government in Comparative Perspectives”; en Joel D. Aberbach y Mark A. Peterson (ed.) *The Executive Branch*. Oxford, Oxford University Press, 2005. Véase también Anthony KING “Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France, and West Germany”; en *Legislative Studies Quarterly*, I, no. 1, febrero 1976.

(4) A lo largo de la historia de los Estados Unidos de América ha habido presidentes que han asumido su función como “vicarios” del Poder Legislativo. Señala al respecto Schwartz “Cuando pensamos en grandes Presidentes –Lincoln, Washington, Wilson, Franklin Roosevelt, hasta Jefferson– pensamos en hombres que no vacilaron en emplear los poderes del cargo para enfrentarse a las necesidades de su época. Cuando, en cambio, observamos a los personajes menores que han ocupado la Casa Blanca, nos encontramos con hombres que se contentaban con considerarse simples vicarios del departamento legislativo”. *Los poderes del gobierno*, op. cit., p. 67.

En México el ejemplo más reciente del liderazgo congresual lo presenta la iniciativa que parte del Senado de la República para aprobar la *Ley para la reforma del Estado* (DOF 13 de abril de 2007), cuyo objetivo era trazar los grandes contenidos de las reformas y adiciones a la Constitución para transformar el marco constitucional bajo el que había operado el régimen autoritario con partido hegemónico en el siglo XX, al efecto de sentar las bases para una democracia presidencial con partidos políticos competitivos de cara al naciente siglo XXI.

(5) Cfr. Valadés, Diego. “La función constitucional del control político”; en la obra coordinada por el mismo autor con Miguel Carbonell. *El Estado constitucional Contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados (tomo II)*. México, IJUNAM, 2006; p. 310.

tivo imprime durante un periodo constitucional determinado (seis años) mediante los instrumentos o potestades jurídicas que la Constitución y las leyes le atribuyen, y de cuyo ejercicio es responsable ante el pueblo. La dirección política no se constriñe al ámbito del sector público, sino que también incluye la influencia que el Presidente ejerce sobre actores sociales relevantes que la Constitución mexicana vigente llama sectores social y privado. La dirección política es libre en el sentido de que no viene condicionada por otro actor institucional. El límite genérico de la dirección política son los fines del Estado establecidos en la Constitución mexicana, y el límite específico para el Presidente es que las potestades jurídicas empleadas en la ejecución del curso de acción público elegido, no estén prohibidas expresamente por la Constitución o las leyes⁽⁶⁾.

La dirección política está atada al de responsabilidad política. Por ello solo los funcionarios que imprimen dirección a la acción del gobierno son sujetos de responsabilidad política. Desde sus respectivos ámbitos de competencia, los secretarios de despacho participan con el Presidente en la tarea de dirección política, pero, ante el pueblo, los actos de los secretarios de despacho son políticamente imputables solo al Presidente. Sin embargo ello no significa que los secretarios de despacho no sean sujetos de responsabilidad política por sus actos y omisiones ⁽⁷⁾.

La dirección política tanto en Estados Unidos como en México no es un título competencial específico que se deposite en el jefe del Ejecutivo sino una “función” en el sentido que Diego Valadés le otorga a este concepto de la teoría constitucional de nuestros días. En esta “función” participan interactivamente los tres órganos constitucionales del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, pero a partir de las decisiones políticas que toma e impulsa el Presidente⁽⁸⁾. Ello no quiere decir que los otros dos Poderes deban acatar lo indicado por el Ejecutivo, sino únicamente que su actuación en los hechos está condicionada la mayor parte de las veces por el impulso de las acciones públicas que tienen su origen en el Poder Ejecutivo. Esto es, dentro de la “función” de dirigir al país, el Presidente *inicia el movimiento* para la acción pública. En esto consiste el “poder de dirigir” que da título a nuestro trabajo, en el que la voz “poder” no se utiliza en su sentido técnico jurídico sino en el sentido de un poder “energético”, palabra que en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia se define como un poder

⁽⁶⁾ Cfr. Camacho Solís, Manuel. “Constitución y desarrollo nacional”; en (VVAA) *La Constitución mexicana: Rectoría del estado y economía mixta* México, IJUNAM-Porrúa, 1985; pp. 358-359.

⁽⁷⁾ Cfr. Martínez Báez, Antonio. “El Ejecutivo y su Gabinete”; en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, tomo II, nº. 6, abril-junio 1952; pp. 59-73.

⁽⁸⁾ Cfr. Valadés, Diego. *El gobierno de gabinete*. México, IJUNAM, 2003; p. 25.

“que produce energía” la “energía” de los otros dos Poderes, y el de la sociedad, que el Presidente une y conduce hacia los fines nacionales.

Para dirigir en forma eficaz y coherente la acción pública en la dirección deseada, el Presidente debe contar necesariamente con el apoyo sistemático durante la duración de toda la Legislatura de un grupo congresual –con el que se identifica ideológicamente– en el seno de cada una de las cámaras del Congreso de la Unión, así como mantener a lo largo del tiempo el consenso social recibido en las urnas. Ello es una condición necesaria para el ejercicio de la dirección política pues si se pierde el apoyo social eventualmente se pierde también el apoyo en el Congreso, incluso del propio partido en el gobierno, por los cálculos electorales que naturalmente hacen los congresistas y sus dirigencias partidistas al apoyar ciertas decisiones políticas; alternativamente, si se pierde primero el apoyo del Congreso, no se pueden llevar a cabo los compromisos electorales adquiridos de cara al pueblo, lo que genera progresivamente la erosión del apoyo social.

Importante es advertir que la dirección política en el sistema constitucional mexicano implícitamente implica que el Poder Ejecutivo lidera al Poder Legislativo, cuestión que choca con el entendimiento clásico de la teoría de la división de poderes en el sistema presidencial⁽⁹⁾; pero ello resulta ser un dato observable tanto en México como en otras democracias presidenciales del mundo. El conducto para dicha dirección congresual es el partido político en el gobierno. El Presidente orienta al Congreso a través de su grupo parlamentario o congresual. La tarea de líder del Congreso la debe hacer el Presidente a través de su grupo congresual sumado con otros grupos cuando los números no le son suficientes para hacer aprobar leyes, presupuestos y nombramientos. Ahora bien, la única forma en que el Presidente ejerce el liderazgo sobre el Congreso es mediante su capacidad de persuadir. Por virtud del esquema de separación de poderes establecido en el artículo 49 de la Constitución mexicana, no hay obligación jurídica de ningún miembro del Congreso o grupo parlamentario –incluido el del partido en el gobierno– de seguir las indicaciones del Presidente de la República.

En los Estados Unidos la dirección política suele ser conocida bajo la expresión de “el poder de dirigir”. Ésta expresión no se encuentra como tal en la Constitución norteamericana, sino que su elaboración ha sido producto de la evolución del sistema presidencial estadounidense⁽¹⁰⁾. España por su parte cuenta con una

⁽⁹⁾ Cfr. González Oropeza, Manuel. “Planeación y división de poderes”; en (VVAA) *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta* México, IJUNAM-Porrúa, 1985; pp. 389-398.

⁽¹⁰⁾ En su influyente obra de historia constitucional estadounidense, el profesor James Willard Hurst señala: Nuestra proceso histórico enfáticamente denegó cualquier intención de

Constitución aprobada en el último cuarto del siglo XX que, a diferencia de la norteamericana, sí incluye expresamente en su texto el concepto de dirección política interior (art. 97 Constitución española)⁽¹¹⁾.

México ha incorporado la dirección política a la Constitución por vía de la interpretación sistemática y teleológica de la Ley Fundamental, a partir sobre todo de los artículos 25 y 26 y del concepto constitucional de “rectoría del Estado”. La Constitución que emana de la Revolución Mexicana de 1910 dispone que el Estado mexicano a través del gobierno federal, de los estados y de los municipios debe intervenir activamente para la configuración de una sociedad más justa que provea igualdad de oportunidades para sus miembros. La Constitución en su artículo 25 denomina a esta responsabilidad, que atribuye a los tres órdenes de gobierno de México, como “rectoría del Estado”⁽¹²⁾.

Con respecto al ámbito federal la Constitución de Querétaro señala además en su artículo 26 que la “rectoría del Estado” es responsabilidad del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Como ella misma dispone que estos dos Poderes sean electos por el pueblo por periodos determinados –seis años el Presidente, seis años los Senadores, tres años los Diputados–, ello significa necesariamente que la “rectoría del Estado” se descompone en ciclos específicos de gobierno de seis años. Por ello en este trabajo en homenaje al jurista Diego Valadés interpretamos

atribuir al Ejecutivo las principales prerrogativas de la Corona. Esto es tan cierto por lo que se refiere a la función del Ejecutivo en la formación de las políticas públicas, como con respecto a la autoridad para implementarlas (...). Sin embargo, el ejercicio de los poderes presidenciales, así como la aprobación que éstos recibieron por parte de la Suprema Corte de Justicia, se combinaron para crear en la esfera de competencias del Ejecutivo un segmento de poder que se asimilaba a la prerrogativa monárquica –esto es, un poder inherente del Ejecutivo para actuar, que manaba de la Constitución. La Corte encontró justificación formal para dicha interpretación en la disposición contenida en el artículo II de la Constitución federal, que atribuía al Presidente “el poder ejecutivo”. La mayor parte de la citada prerrogativa elaborada en suelo americano, concernía a la ejecución antes que a la formación de las leyes. Pero un margen importante sí se refería a la autoridad presidencial para la configuración de políticas públicas de amplio espectro, y en este contexto, para promover efectivamente leyes. El Congreso y la Corte le concedieron tal autoridad al Ejecutivo porque dicha concesión satisfacía las necesidades operativas del gobierno de los Estados Unidos, Cfr. Hurt, James Willard *The Growth of American Law* (reimpr. de la edición de 1950). Clark, N. J.: The Lawbook Exchange, 2001; p. 397.

(11) Cfr. López Guerra, Luis. “Dirección política”; en Manuel Aragón Reyes (coord.) *Temas básicos de derecho constitucional (tomo II). Organización del Estado*. Madrid, Civitas, 2001; p. 209.

(12) Cfr. Osornio Corres, Francisco José. “Rectoría del Estado”; en *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (tomo VI). México, UNAM-Porrúa, 2004; pp. 81-85.

que la “dirección política” viene a ser “la rectoría del Estado” en un periodo constitucional concreto.

La Constitución no formula expresamente en el texto constitucional la noción de “dirección política”, y por tanto tampoco ubica la responsabilidad de dirigir en alguno de los dos Poderes eminentemente políticos del gobierno nacional - Congreso y Presidente. Pero sí dispone expresamente en el artículo 26 que el Presidente debe dirigir el proceso de planeación democrática conforme a la ley que para el efecto apruebe el Congreso. Con base en ésta y otras consideraciones, el ex Presidente de México y profesor de derecho constitucional de la UNAM Miguel de la Madrid Hurtado, interpreta que “al presidente de la República se le reconoce y exige el liderazgo superior de la nación”⁽¹³⁾, interpretación que consideramos correcta. Para dicho autor el liderazgo de la nación debe entenderse como la actitud para “conducir, organizar, ordenar, coordinar y *dar la tónica del manejo del gobierno*, y así influir en la marcha de la sociedad”⁽¹⁴⁾.

Cabe distinguir como lo hace De la Madrid Hurtado, entre la responsabilidad de dirigir del Presidente que emana de los fines que se asignan al Estado social y democrático de derecho en la Constitución, de los instrumentos o potestades jurídicas específicas que el jefe del Ejecutivo tiene asignados en la Constitución para orientar e impulsar la acción pública del Estado social y democrático de Derecho. Para exponer con mayor claridad el papel específico de dichas potestades jurídicas presidenciales en el proceso de dirección política, hemos tomado una conocida clasificación convencional de la doctrina estadounidense que distingue las decisiones políticas por su importancia en cuanto a su proyección en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se pueden distinguir entre decisiones de rango “constitucional” y decisiones de rango legal u “ordinario”; ello nos permite identificar en el sistema constitucional mexicano instrumentos de “política constitucional” del Presidente de una parte, de los instrumentos de “política ordinaria” de la otra⁽¹⁵⁾.

Entre las potestades jurídicas de “política constitucional” del Presidente mexicano destacan la potestad que éste tiene de impulsar iniciativas de adición o reforma a la Constitución para promover la evolución política, económica y social del país mediante cambios formales a la Constitución⁽¹⁶⁾. Como segundo instrumento

(13) Cfr. De La Madrid Hurtado, Miguel. *El ejercicio de las facultades presidenciales*. México, Porrúa, 1998; p. 45.

(14) *Idem*, p. 47.

(15) Cfr. Ackerman, Bruce. “Constitutional Politics/Constitutional Law”; en *The Yale Law Journal*, n° 99, 1989.

(16) Cfr. Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 25.

de política constitucional el Presidente cuenta con la potestad jurídica de designar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (con la ratificación del Senado); conociendo de antemano la inclinación ideológica del candidato a Ministro –que el Presidente conscientemente ha seleccionado precisamente por su concepción ideológica–, y que presenta a la consideración del Senado de la República, el Presidente puede inducir un cambio en la Constitución del país a través de la forma en que ésta se interpreta por los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁽¹⁷⁾. La tercera potestad jurídica de política constitucional que el Presidente puede utilizar en su labor de dirección política, son los instrumentos procesales que puede activar en defensa de la Constitución (según la interpretación que el Presidente haga de la Constitución): la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional; también puede utilizar para este fin el veto que en su origen fue concebido como un control de constitucionalidad por órgano y proceso político.

En cuanto a la “política ordinaria” es posible sugerir que el Presidente tiene asignadas potestades jurídicas *por el sistema constitucional* e instrumentos informales que *emanan del sistema político* para orientar e impulsar las decisiones políticas ordinarias, esto es, para imprimir dirección política durante un periodo constitucional de seis años. Entre los instrumentos formales reconocidos expresamente en la Constitución se encuentra en primer lugar el de su competencia para iniciar leyes, que según Valadés “representan la expresión normativa de las decisiones políticas y de los programas de gobierno”⁽¹⁸⁾. A través de la iniciativa de ley el Presidente puede proponer al Congreso no solo una ley sino todo un programa legislativo coherente con su propuesta general de gobierno⁽¹⁹⁾. Tal instrumento se ve reforzado en el sistema presidencial mexicano en tanto que el jefe del Ejecutivo funge como colegislador con una especie de voto ponderado, pues su potestad de veto –que ejerce discrecionalmente– le otorga en el procedimiento legislativo mexicano un enorme poder para influir el resultado del proceso legislativo; para superar el veto presidencial se requiere dos terceras partes de los votos de cada cámara del Congreso de la Unión, lo que naturalmente refuerza la posición numérica de su grupo congresual en cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión⁽²⁰⁾. Un instrumento accesorio al de la iniciativa de ley que la Constitución le otorga al Presidente, resulta ser el de la potestad de éste para

(17) Cfr. Dahl, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker; en *Journal of Public Law*, n° 6, 1957; pp. 284-285.

(18) Cfr. Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 91.

(19) Cfr. Valadés, Diego. *El control del poder* (2ª. ed.). México, UNAM-Porrúa, 2002; pp. 366-370.

(20) *Idem*, p. 374.

convocar al Congreso a sesión extraordinaria precisamente para desahogar la agenda legislativa que él promueve⁽²¹⁾.

La segunda potestad jurídica del jefe del Ejecutivo para modelar la política ordinaria durante un periodo constitucional, es la potestad que éste tiene otorgada por la Constitución para configurar el presupuesto de ingresos y egresos que presenta para su aprobación ante las Cámaras del Congreso de la Unión, sobre el que también puede ejercer el veto presidencial con los mismos resultados antes indicados.

La tercera potestad formal de influencia del Presidente de México es la designación de los mandos superiores del gobierno federal que le auxilian en el descargo de la función de gobernar; dentro de esta potestad jurídica queda incluida la potestad del Presidente de remover libremente a sus colaboradores. El equipo de gobierno del Presidente imprime coherencia ideológica a la elaboración del programa legislativo y presupuestal que el Presidente presenta ante el Congreso de la Unión para lograr los objetivos y metas establecidos en un plan de gobierno, denominado formalmente como Plan Nacional de Desarrollo⁽²²⁾.

El Presidente de la República cuenta con una cuarta potestad jurídica utilizable para la dirección política, concretamente para la dirección de la política criminal del gobierno federal durante su sexenio. El Presidente designa al Procurador General de la República que tiene como encomienda constitucional velar por la regularidad del orden legal del país y en especial por el concerniente a la materia penal ⁽²³⁾.

La dirección política en el ordenamiento constitucional mexicano cuenta con un quinto instrumento formal de influencia del Presidente en la potestad reglamentaria que el Presidente tiene atribuida en la Constitución. Mediante esta potestad el Presidente elabora y aprueba las normas reglamentarias a través de las cuales aplica las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión –leyes que en buen número han sido iniciadas por el propio Presidente de la República–⁽²⁴⁾. El margen de dirección del Presidente a través de la potestad reglamentaria es directamente proporcional a la generalidad con que el Congreso elabore una ley, precisamente para que el Presidente opere los detalles.

Finalmente el Presidente cuenta con un sexto instrumento jurídico de política ordinaria que le imprime sentido y coherencia al ejercicio que éste hace de los

(21) Ibidem, 375-379.

(22) Cfr. Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 25.

(23) Cfr. García Ramírez, Sergio. “Los sistemas de enjuiciamiento y sus órganos de acusación”; en *Memoria del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal (vol. IV) Sistemas de enjuiciamiento y penal y sus órganos de acusación*. México, IJUNAM, 205; pp. 42-57, 110-122.

(24) Cfr. Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 25 y 92.

cinco instrumentos anteriores: la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Tanto las leyes promovidas por el Presidente como el presupuesto que propone, la designación de los miembros de su gabinete –incluido el Procurador General de la República– así como el ejercicio de la potestad reglamentaria, deben ser todos ellos consecuentes con el Plan Nacional de Desarrollo, que es la expresión articulada de la dirección política durante un periodo constitucional de seis años⁽²⁵⁾.

Además de los señalados instrumentos formales de política ordinaria que le otorga el sistema constitucional, el Presidente cuenta para orientar e impulsar las decisiones políticas del país con varios instrumentos informales que provienen del sistema político, siendo quizá el más importante de ellos el liderazgo de su partido político –conjuntamente con su exposición a los medios masivos de comunicación. El Presidente para ejercer en forma eficaz y coherente el poder de dirigir debe encontrarse en control de su partido político. De no ser así el sistema presidencial puede llegar a producir el fenómeno que en otras ocasiones hemos llamado del “partido dividido” –que agrava todavía más el conocido fenómeno del “gobierno dividido”– del sistema presidencial. El fenómeno del “partido dividido” toma forma en un escenario donde el Presidente no tiene influencia suficiente sobre los coordinadores de los grupos parlamentarios de su partido en ambas cámaras del Congreso de la Unión, lo que le llevaría casi con seguridad a fracasar en la aprobación de un paquete legislativo y presupuestal ideológicamente coherente, como sucedió con el primer Presidente de la alternancia, Vicente Fox Quesada⁽²⁶⁾.

En México la noción que implica el liderazgo del Presidente sobre el Congreso a través de su partido político, fue estigmatizada como efecto del repudio al autoritarismo. Para combatir el autoritarismo mexicano sustentado en el partido hegemónico, se dijo que era antidemocrática la relación existente entre el Presidente de la República y los liderazgos de su partido político, así como la relación del Presidente de la República con los coordinadores de los grupos congresuales en ambas Cámaras del Congreso de la Unión⁽²⁷⁾.

Esta concepción que en términos tanto de teoría democrática como de estrategia electoral fue correcta en un tiempo X (autocracia presidencial), dejó ya de

(25) Cfr. Orozco Henríquez, J. de Jesús. “Marco constitucional de la planeación”; en *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta* México, UNAM-Porrúa, 1985; p. 331.

(26) Cfr. Dresser, Denise. “Reforma para gobernar”, en Diego Valadés y Manuel Camacho Solís, *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?*. México, IJUNAM, 2004; p. 217.

(27) Valadés recuerda que, aun cuando posteriormente habría de transformarse, el PRI nació como un “partido de Estado”; en “La función constitucional del control político”, op. cit., p. 326.

serlo en un tiempo Y (democracia presidencial). La evolución del sistema presidencial mexicano a partir de la reforma política de 1977 tomó como premisa la competencia entre partidos y garantizó mediante el sistema de RP la representación de partidos de oposición en el Congreso, partidos que, con sucesivas modificaciones a las normas electorales, eventualmente podrían convertirse en partido en el gobierno. En este contexto, el PRI dejó de ser partido hegemónico para convertirse en un partido político que compite por el poder en igualdad de condiciones⁽²⁸⁾. Pero el encaje de la relación entre el Presidente y el partido en el gobierno en el contexto de un nuevo sistema de partidos no fue objeto en su momento de elaboración teórica. Quizá ello explique que tal relación no fuese entendida y asimilada por los operadores políticos del emergente sistema presidencial mexicano de fines del siglo pasado y principios del siglo XXI. El Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León –último Presidente emanado de las filas del PRI–, y el primer Presidente emanado de las filas del PAN, Vicente Fox Quesada, tuvieron, respectivamente, una relación disfuncional con su partido político. Zedillo Ponce de León en los primeros años de su gobierno asumió la política de la “sana distancia” con el PRI; solo en los tres últimos años cambió su discurso y se apoyó decididamente en su partido para dirigir al país. Por su parte, Vicente Fox Quesada no buscó o no fue capaz de concitar el apoyo de su partido político en las Cámaras para gobernar durante los seis años de su gobierno⁽²⁹⁾, llegando incluso a descalificar algunas importantes iniciativas provenientes de los coordinadores de los grupos congresuales de su propio partido⁽³⁰⁾.

Actualmente tanto académicos como los analistas políticos han venido destacando la necesidad de no frustrar el esfuerzo de dirección política con un “partido dividido”. Ello está facilitando una nueva concepción de la legítima relación que debe existir entre el Presidente de la República y el partido en el poder; así, tras un breve periodo de enfrentamiento con el Presidente del Partido Acción Nacional, Manuel Espino, por el desconocimiento de éste último de la lógica de la democracia de partidos de nuestros días, el Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa parece haber reconstruido el liderazgo presidencial sobre su partido político, incluido el imprescindible liderazgo partidista que se proyecta

(28) Cfr. Córdova Vianello, Lorenzo. “La reforma electoral y el cambio político en México”; en Daniel Zovatto y J. Jesús Orozco Henríquez (coords.). *Reforma Política y Electoral en América Latina*. IJUNAM-IDEA, 2008; pp. 653 y ss.

(29) Cfr. Carpizo, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. México, IJUNAM, 2007; p. 150.

(30) Cfr. Calderón Hinojosa, Felipe. “Del sufragio efectivo a la democracia efectiva”; en *Gobernabilidad democrática: qué reforma*, op. cit., pp. 116-117.

sobre los grupos parlamentarios en ambas cámaras del Congreso de la Unión -que es condición necesaria para una eficaz dirección política. En este orden de ideas ha logrado hacer elegir como Presidente del Partido Acción Nacional a un operador político de su mayor confianza, así como a la dirigente de su partido en la importante plaza de la capital de la República federal.

Ahora bien, para encajar en la teoría constitucional mexicana de nuestros días la relación del Presidente con su partido político, es absolutamente imprescindible -como sugiere Diego Valadés-, reinterpretar académicamente la separación de poderes del sistema presidencial establecido en la Constitución vigente⁽³¹⁾. Con este propósito en mente, en el siguiente apartado explicamos la razón de teoría política -que ya no existe en nuestros días- que llevaron a los ingenieros constitucionales de Filadelfia y a los mexicanos del siglo XIX influidos por éstos, a un sistema con separación *intensa* de poderes. Esta reconstrucción teórica del pasado permite a su vez transitar hacia una nueva concepción de la teoría de la separación de poderes que permite justificar teóricamente una mayor integración entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, integración que es absolutamente necesaria -como se señala en el tercer y último apartado- para dirigir al Congreso desde la Presidencia, para el logro de los fines establecidos en un Estado social y democrático de derecho⁽³²⁾.

(31) Diego Valadés señala que el constitucionalismo estadounidense del siglo XVIII, que tanto influyó en el mexicano, no integra en su esquema teórico a los partidos políticos. Pero ante la emergencia protagónica de los partidos en el esquema constitucional mexicano en el siglo XX, Valadés subraya el hecho y sugiere: “El régimen de partidos tampoco parecía compatible con el sistema de <<separación de poderes>>. Esta última cuestión merece que nos detengamos un poco. ¿Existe realmente una antinomia entre la <<separación de poderes>> y el régimen de partidos? Quizá valga recordar que la llamada <<separación de poderes>> hace tiempo desapareció de la teoría constitucional como un dato fundamental. Autores como Karl Loewenstein han propuesto su sustitución por la expresión y concepto <<separación de funciones>>. Dentro de este esquema, y considerando viable el estudio de los controles verticales y horizontales, inter e intraórganos, es posible aceptar que el régimen de partidos viene a sumarse a los mecanismos de control que de alguna manera garantizan que los detentadores del poder se circunscriban lo más posible a la esfera de su competencia legalmente determinada. Así, no sólo no encontramos la antinomia que referíamos más atrás, sino que incluso nos parece complementarios el régimen de partidos y el sistema de separación de funciones”. Cfr. Valadés, Diego. “Algunos supuestos para la constitucionalización de los partidos políticos”; en David Pantoja Morán (coord.) *El régimen constitucional de los partidos políticos*. México, IJUNAM, 1975; p. 98.

(32) Sobre el concepto del *Estado social y democrático de derecho* en el contexto mexicano, véase Fix-Zamudio, Héctor. “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”; en (VVAA) *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta* México, IJUNAM-Porrúa, 1985; pp. 79-86. También, González Pedrero, Enrique. “Por un Estado social y plural democrá-

2.E L ORIGEN TEÓRICO DE LA SEPARACIÓN INTENSA DE PODERES DEL SISTEMA PRESIDENCIAL Y SU SUPERACIÓN POR LA INGENIERÍA CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XX

La Constitución federal mexicana de 1917 establece que la forma de gobierno federal y de los estados debe ser presidencial. Y si bien como Jorge Carpizo ha hecho notar, existen diferencias desde su origen entre el sistema presidencial mexicano y el estadounidense, atribuibles a influencias del derecho comparado de otros países además del norteamericano, en la doctrina mexicana nadie discute la idea de que el sistema presidencial mexicano ha sido configurado en su mayor parte a partir del modelo estadounidense. Por ello es importante estudiar el modelo presidencial estadounidense, *pero el modelo de origen*, pues es éste y no el de nuestros días –construido por interpretación de las cláusulas constitucionales de división de poderes– el que adaptó México a sus circunstancias históricas y tradición política en 1824 y que ha transformado en las sucesivas constituciones de 1857 y 1917⁽³³⁾.

La forma de gobierno que hoy llamamos “presidencial”, pero que no se distingue con tal nombre en cláusula alguna de la Constitución de los Estados Unidos, se construye a partir de la manera como la Constitución norteamericana establece la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Sus características son bien conocidas: la relación interorgánica se caracteriza por la separación institucional, pero al mismo tiempo por la exigencia de compartir ciertas competencias sobre un mismo proceso de aplicación del poder público. Ambos Poderes gozan de su propia fuente independiente de legitimidad democrática, esto es, cada poder es electo di-

tico de derecho”; en Diego Valadés y Manuel Camacho Solís (coords.) *Gobernabilidad democrática: ¿qué reforma?* México, IJUNAM, 2004; p. 288.

(33) Señala Jorge Carpizo, “Los originales sistemas presidenciales de América Latina nunca fueron una copia exacta del norteamericano, mucho menos en la actualidad. Éste, obviamente, influyó en forma decisiva, pero también encontramos otras ascendencias importantes. En términos generales, el constitucionalismo latinoamericano tuvo, en su albor, primordialmente cuatro influencias externas en la configuración de sus instituciones: la estadounidense, la española liberal proveniente de la Constitución de Cádiz, incluyendo Brasil; el pensamiento francés, en forma principal, las ideas de Rousseau, Montesquieu y Sieyès, y la de los códigos fundamentales de 1791, 1793 y 1795; e indirectamente, la inglesa, en las obras de Locke, Blackstone y otros. En algunos documentos latinoamericanos de la época se afirma que los constituyentes tuvieron como guía a la Constitución inglesa”; véase, “En búsqueda del ADN y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios”; en Julio César Ortiz y Néstor Osuna (coords.) *La democracia constitucional en América Latina y las evoluciones recientes del presidencialismo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en proceso de publicación.

rectamente por el pueblo en forma independiente uno del otro. Ello hace que ambos Poderes adquieran responsabilidad ante el pueblo que les delega su poder por un tiempo determinado y bajo condiciones precisas para su ejercicio debido.

En su obra clásica Charles Thach indica que el modelo presidencial norteamericano se construyó intelectualmente por impulso de los constituyentes Gouverneur Morris y James Wilson. Dichos ingenieros constitucionales concibieron la forma de organizar los Poderes federales, a partir de la observación de los resultados arrojados por el diseño institucional de los gobiernos de los estados, que habían tenido ya oportunidad de probarse en el periodo comprendido entre 1776, en que se promulgan las primeras constituciones estatales, y 1787, año de celebración de la Convención de Filadelfia. Pero además de los resultados observados de la operación del diseño constitucional de los gobiernos de los estados, en dicha construcción intelectual Morris y Wilson tomaron también muy en cuenta las fallas del gobierno de la Confederación de los Estados Unidos de Norteamérica, particularmente en cuanto a la dificultad de la ejecución en el seno de un cuerpo colegiado⁽³⁴⁾. Al objeto de nuestro estudio, interesa subrayar únicamente la teoría subyacente al diseño de los gobiernos de los estados y la experiencia con dichos diseños constitucionales, experiencia no grata que explica la razón de ser de la *intensidad* de la separación de poderes en el sistema presidencial.

En la construcción del arquetipo gubernamental de las primeras constituciones del siglo XVIII, el propósito de la división de poderes fue reducir el riesgo de la vulneración de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en cada constitución estatal. Como es sabido, en el modelo de división de poderes de Montesquieu que adoptan los norteamericanos, se pretende que los Poderes Ejecutivo y Legislativo choquen entre sí en caso de que uno de ellos, al salirse de su cuadro de competencias, vulnere los derechos de los gobernados. Este era uno de los dos dispositivos más adelantados de la tecnología política de la época para defender los derechos individuales; no había entonces un control de la constitucionalidad de las leyes por órgano y proceso judicial, que hoy se conoce como *judicial review*. En otras palabras, al nacer en el siglo XVIII la división de poderes como técnica de la libertad, no se había instituido aún el control de constitucionalidad por órgano jurisdiccional sobre los actos de las autoridades legislativas, *lo que hacía que la división de poderes fuese uno de los dos únicos dispositivos tecnológicos de diseño institucional existentes frente a la posible*

(34) Cfr. Thach, Charles C. *The Creation of the Presidency, 1775-1789*(reimpresión de la primera edición de 1923). Baltimore, John Hopkins University Press, 1969; pp. 25-75.

(35) El primer registro que se tiene de control de la constitucionalidad de las leyes en Norteamérica, que antecedió por mucho a la sentencia *Marbury vs. Madison* del año de 1803, es

violación de los derechos por parte de los legisladores ⁽³⁵⁾. Este es el origen ideológico de *la separación intensa de poderes en la teoría del diseño del sistema presidencial*⁽³⁶⁾.

Tal desarrollo tecnológico de control constitucional por órgano y proceso político, concebido contra la autoridad legislativa, se explica porque a diferencia de lo que ocurre en nuestros días, en aquella época eran los legisladores y no el cuerpo de funcionarios del Poder Ejecutivo, los que podían causar mayores daños a los gobernados vulnerando sus derechos. A tal conclusión llegaron los norteamericanos por vivir “la tiranía de la mayoría” en carne propia –la tiranía impuesta por el Poder Legislativo–, que, en palabras de Thomas Jefferson, no era menos cruda que “la tiranía de un solo hombre” contra la que habían luchado cuando se emanciparon de la autoridad del Rey de Inglaterra.

Pero es de advertir que los primeros gobiernos de los estados, por razones históricas, no se caracterizaron por una división tan rígida entre poderes y de un equilibrio entre éstos, como lo sugería Montesquieu. Había en el modelo de las primeras constituciones estatales una clara preeminencia del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo (y sobre el Judicial). Tanto así que en las primeras constituciones estatales, se disponía que el jefe del Poder Ejecutivo fuese nombrado por el Poder Legislativo y que estuviese además sujeto a un gabinete o consejo de gobierno nombrado igualmente por el Poder Legislativo, como una medida adicional de con-

del 7 de septiembre de 1780, en el caso *Holmes vs. Walton* de la entonces República de New Jersey. El profesor Austin Scott relata en su espléndido artículo los problemas que en su tiempo generó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de New Jersey, y sobre todo, la influencia que tal decisión judicial tuvo en la reposada construcción a lo largo de varios años de la *judicial review of legislation* de los futuros Estados Unidos de América. Personajes que participaron directamente en el caso *Holmes vs. Walton* serían posteriormente constituyentes de Filadelfia, y figuraron como los constructores de Plan de New Jersey que cedió ante el Plan de Virginia como base del proyecto de Constitución Federal, no sin dejar huella en algunas instituciones, como la idea sembrada en Filadelfia de si debía existir o no como competencia de la Suprema Corte de Justicia anular leyes del Congreso. Scott, Austin. “Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent” en *The American Historical Review*, vol. 4, no. 3, 1899; p. 469.

⁽³⁶⁾ Además de la separación de poderes, el segundo instrumento por órgano y proceso político para refrenar la violación de los derechos de los gobernados en el constitucionalismo democrático del siglo XVIII, era la elección anual de los legisladores. Cada año el ciudadano podía ejercer su voto como medio de control constitucional en el momento en que un funcionario pretendiera reelegirse –estudio que no se aborda aquí por exceder los contornos de nuestra investigación. Cfr. Tarr, Alan *Understanding State Constitutions*. Princeton, Princeton University Press, 1998; pp. 71-73. Hay traducción al español (Daniel A. Barceló Rojas) publicada por el IJUNAM.

⁽³⁷⁾ Cfr. Thach, *The Creation of the Presidency 1775-1789*, op. cit., p. 28.

trol de éste cuerpo sobre el Poder Ejecutivo⁽³⁷⁾. El gobernador del estado era entonces un funcionario absolutamente dependiente del Poder Legislativo pues además podía ser removido por el Poder Legislativo en cualquier momento⁽³⁸⁾.

La razón de esta configuración constitucional subordinada del Poder Ejecutivo a los representantes del pueblo, se debe a una reacción de los constituyentes estatales al mal recuerdo de los “gobernadores reales” designados por el Rey de Inglaterra para gobernar en las colonias –y que personificaba entre los colonos la idea de la tiranía⁽³⁹⁾.

Pero a poco de haberse establecido el modelo de un Poder Legislativo preeminente, sin control jurisdiccional sobre él, la experiencia claramente empezó a indicar que el peligro para la supremacía de las constituciones estatales y los derechos individuales en ellas consignados, estaba en los Poderes Legislativos, no en el Poder Ejecutivo. Aquellos violaban las constituciones estatales y los derechos en ella reconocidos, con leyes que los contradecían frontalmente, como leyes individualizadas para despojar a alguna persona de su patrimonio o leyes penales retroactivas para deshacerse de los adversarios políticos⁽⁴⁰⁾.

(38) En un simposium organizado sobre la separación de poderes en las constituciones estatales, un distinguido grupo de profesores del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Syracuse, señalaba lo siguiente: “En la mayoría de los estados, las legislaturas fueron diseñadas como cuerpos legislativos comprensivos. Ostentaban competencias para legislar, así como para controlar al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. El Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, por contraste, tenían rigurosamente delimitadas sus competencias y carecían de cualquier medio de controlar al Poder Legislativo, o de controlarse entre sí. Las Legislaturas estaban autorizadas para nombrar a los gobernadores, a los funcionarios del Ejecutivo y a un consejo del Ejecutivo para asesorar al gobernador; tales nombramientos usualmente provenían de los propios miembros del Poder Legislativo (...). En suma, la mayoría de las constituciones estatales forzaban a la rama ejecutiva del gobierno a funcionar en forma subordinada a la rama legislativa, en lugar de en coordinación balanceada con ésta (...). La autoridad del Legislativo sobre el Judicial era incuestionable: las constituciones estatales permitían a las legislaturas designar a los jueces en todos los estados con excepción de Maryland –donde el gobernador lo hacía con el consentimiento del consejo, y de Georgia, donde los votantes elegían directamente a los jueces”. Cfr. Kersh, Rogan; metzler, Suzanne B.; Reeher, Grant D. y; stonecash, Jeffrey M. “<<More a Distinction of Words than Things>>: The Evolution of Separated Powers in the American States; en *Roger Williams University Law Review*, vol. 4, no. 1, 1998; pp. 16-17.

(39) Cfr. Thach, *The Creation of the Presidency 1775-1789*, op. cit., pp. 26-27.

(40) El constituyente norteamericano Edmund Randolph, señalaba sobre la constitución del Estado de Virginia: “La historia de las violaciones a la Constitución se extienden desde el año de 1776 a la fecha (1787) –violaciones perpetradas por actos formales de la Legislatura. Todas (las libertades) se han precipitado en el vórtice legislativo”. Citado por Thach *The Creation of the Presidency 1775-1789*, op. cit., pp. 30-31.

Es por esta razón que en este mismo periodo histórico (1776-1787) van a nacer en diferentes estados, pero significativamente casi en forma simultánea, el control de la constitucionalidad de las leyes por órgano político –el veto del gobernador sobre el congreso– y el control de la constitucionalidad de las leyes por órgano jurisdiccional –la *judicial review of legislation*⁽⁴¹⁾–, a través de la cual el Poder Judicial va a controlar los actos del Poder Legislativo que afectan la esfera de derechos de los gobernados⁽⁴²⁾.

Como condición para la operación del control de constitucionalidad de las leyes por órgano político, esto es, del veto del gobernador sobre el Congreso, era necesario que aquél no fuese elegido por éste y que además el Congreso no pudiera destituir al gobernador. Por ello se le va a otorgar al gobernador una fuente de legitimidad democrática separada del Poder Legislativo, al establecerse en forma pionera en algunos estados la práctica de elegir a su gobernador en forma directa por el pueblo –lo que implicaba que la responsabilidad política del Ejecutivo se trazaría sin intermediarios entre éste y el pueblo. Complementariamente a la medida de separar las fuentes de legitimación democrática del Ejecutivo y el Legislativo, se establecieron periodos fijos de gobierno durante los cuales el Poder Legislativo no podía destituir al gobernador. Esta medida política tenía como propósito evitar el sometimiento del Ejecutivo a la voluntad del Legislativo. De esta manera se pudieron sentar las bases institucionales para que el gobernador, mediante el veto, pudiera controlar al Poder Legislativo cuanto éste dictase normas contrarias a la constitución estatal.

Las dos medidas de diseño constitucional arriba señaladas –elección popular directa del gobernador y blindaje con periodos predeterminados y fijos contra la animosidad congresual– fueron necesarias en tanto que en el periodo antes mencionado que va de 1776 a 1787, los gobernadores de los estados eran electos y destituidos por los respectivos congresos estatales. Estas dos características se convertirían en el sello del sistema presidencial del gobierno norteamericano, que eventualmente se trasladaría al sistema presidencial mexicano federal.

Es de advertir la diferencia entre el modelo presidencial federal estadounidense con respecto al de algunos estados que tempranamente adoptaron la elec-

(41) Cfr. Corwin, Edward S. “The Theory of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and The Meeting of the Philadelphia Convention”; en *American Historical Review*, vol. XXX, 1925; p. 521.

(42) Austin Scott identifica los siguientes antecedentes de sentencias de los tribunales estatales que controlan la constitucionalidad de las leyes locales: “1780, Holmes vs. Walton (New Jersey); 1786, Trevett vs Weeden (Rhode Island) y; 1787, Bayard vs. Singleton (North Carolina); en SCOTT, “Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent”, op. cit., p. 469, a pie de página.

ción popular directa de sus gobernadores. Ésta estribaría en que, para el caso de la elección del Presidente, no habría una elección popular directa, sino indirecta, a través de “colegios electorales”; pero interesa destacar para los efectos de nuestro argumento, que los delegados de los “colegios electorales” no serían electos por el Poder Legislativo sino directamente por el pueblo, diseño que igualmente habilitaba la posibilidad de que el Ejecutivo se pudiese oponer al Legislativo mediante la interposición del veto. La preocupación era la elección de un monarca temporal, un jefe de Estado ⁽⁴³⁾. En México la elección popular directa del Presidente se instituye en la Constitución de 1917, lo que viene a asemejar la forma de elección del Presidente mexicano con la forma en que se eligen en los Estados Unidos los gobernadores de los estados: por voto popular directo –que Diego Valadés llama “presidencia plebiscitaria”– y cuya génesis en México, al nivel federal, atribuye a la influencia francesa ⁽⁴⁴⁾. Las dos constituciones federales anteriores, la de 1857 y la de 1824, establecían una modalidad de elección indirecta para elegir al Presidente, pero diferente a la establecida en la Constitución de los Estados Unidos.

Ahora bien, es importante analizar un desarrollo más del modelo norteamericano de control del poder. Los tratadistas de nuestros días coinciden en señalar que la división de poderes se concibió en una forma intensa en el sistema presidencial, lo que se explica por la razón histórica que hemos apuntado. En el siglo XVIII, siguiendo a Montesquieu, se concibió –y sigue siendo así– que la concentración del poder en una sola persona era la definición misma de la “tiranía” o de la autocracia como le llamaríamos hoy día. *Pero la división del poder del sistema presidencial federal estadounidense no pretendió la ineficacia del gobierno; hubiese sido un absurdo construir un gobierno para hacerlo ineficaz*. Por ello la separación de poderes en este arquetipo no es absoluta, la separación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo es atemperada en el arquetipo norteamericano por la adopción del sistema del *checks and balances*⁽⁴⁵⁾.

El sistema del *checks and balances* consiste en compartir las decisiones políticas de la República que se expresan a través de leyes y presupuestos; también impone la obligación de colaborar para la designación de los mandos superiores de la República⁽⁴⁶⁾. El *checks and balances* viene a superar, atemperando, el modelo

(43) Cfr. Hamilton, *El Federalista* LXVII y LXVIII, op. cit., pp. 285-291.

(44) Cfr. Valadés, “La función constitucional del control político”, op. cit., pp. 317-319.

(45) Cfr. Fischer, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President* (4a. ed.). Lawrence, Kansas University Press, 1997; p. 7.

(46) Ídem, pp. 22-25.

de Montesquieu de poderes rígidamente separados. En el marco de este esquema, ningún Poder es superior al otro sino que son dos ramas iguales y coordinadas de gobierno, que colaboran por la vía del diálogo y la persuasión para gobernar – particularmente las ramas políticas del gobierno, Congreso y Presidente. Esto es, el *checks and balances* implica separación institucional pero con competencias compartidas sobre diversos procesos públicos, entre los que destacan el de legislar en colaboración⁽⁴⁷⁾, el de presupuestar en colaboración⁽⁴⁸⁾, y el de nombrar los altos cargos del Estado también en colaboración⁽⁴⁹⁾.

Ahora bien, visto desde la cómoda perspectiva de nuestro siglo, y como lo han hecho notar importantes académicos norteamericanos, el sistema presidencial estadounidense tiene desde su origen dos importantes fallas en su diseño. *La primera de ellas es que no distingue con claridad sobre qué Poder recae la responsabilidad del liderazgo político.* Durante los siglos XVIII, XIX y el primer tercio del XX, se debatió en términos constitucionales y se disputó en la arena política, el liderazgo en el sistema político estadounidense entre el Congreso y el Presidente⁽⁵⁰⁾.

A la concepción de que en el Presidente recae el liderazgo político y que éste lo proyecta sobre el Congreso, se ha llegado por interpretación constitucional de las cláusulas de separación de poderes y de atribuciones expresas de poderes específicos al Presidente, principalmente de la contenida en el artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone: “el poder ejecutivo debe quedar investido en un Presidente de los Estados Unidos de América”.

Haciendo eco de lo expresado por Alexander Hamilton en *El Federalista*, el ex Presidente Theodore Roosevelt expresó en sus memorias: “Mi convicción es que no solo era su derecho sino su deber (del Presidente) hacer todo aquello que la necesidad de la Nación demandase, a menos que tal acción estuviese prohibida por la Constitución y las leyes. Bajo esta interpretación del poder ejecutivo, yo hice, e hice que se hicieran muchas cosas que previamente no habían hecho los Presidentes y los jefes de los departamentos administrativos. No usurpé ninguna competencia constitucional, pero sí expandí en gran medida el uso del poder ejecutivo. En otras palabras, actué por el bienestar público, actúe por el bienestar de

(47) Ídem, pp. 87-159.

(48) Ídem, pp. 196-224.

(49) Ídem, pp. 22-86.

(50) Cfr. Cooper, Joseph. “From Congressional to Presidential Preeminence: Power and Politics in Late Nineteenth-Century America and Today”; en Lawrence C. Dodd y Bruce I. Oppenheimer (ed.) *Congress Reconsidered* (8a. ed.). Washington, CQ Press, 2005; p. 376.

nuestro pueblo cuando y en la forma que fue necesaria salvo que estuviese impedido directamente por una disposición constitucional o legal”⁽⁵¹⁾.

Por su parte el Presidente Woodrow Wilson asumía igualmente la idea de que el Presidente debía liderar al Congreso, pero no por vía del enfrentamiento –como ejemplificaba el enérgico Presidente Theodore Roosevelt– sino a través del liderazgo de su partido político en el Congreso. La disputa doctrinal y política sobre en cuál institución recaía el liderazgo político –si en el Congreso o en el Presidente– ha sido finalmente zanjada con toda claridad en favor del Presidente norteamericano durante la presidencia de Franklin Delano Roosevelt, impulsor del Estado de Bienestar estadounidense, quien pretendió constitucionalizar –sin éxito– una “segunda carta de derechos de las personas”, los derechos sociales. Roosevelt no obstante logró su propósito de erigir un Estado de Bienestar mediante leyes y presupuestos⁽⁵²⁾.

Cabe señalar, como explicaremos en el siguiente apartado, que tanto en las democracias presidenciales como en las parlamentarias de nuestros días, la responsabilidad del liderazgo político en el jefe del Ejecutivo se debe en buena medida a la mutación del Estado liberal en Estado social de derecho, que vino a imponer nuevas responsabilidades al Estado que naturalmente cayeron en la esfera de competencias del Ejecutivo. El Ejecutivo pasó no solo a tener la potestad de ejecutar decisiones ajenas –las del Congreso según el arquetipo político del siglo XVIII– sino a proponer las propias; así, las potestades del Ejecutivo se ampliaron hasta contar entre ellas la de “dirección política”.

Corresponde ahora analizar *la segunda falla de diseño del sistema presidencial estadounidense, que proviene del hecho que el sistema presidencial se concibió para operar sin partidos políticos*. Para los primeros ingenieros constitucionales la política de partidos se percibía como proyección de egoísmos malsanos que se trasladaban a las decisiones públicas, y que por tanto la política de “facciones” debía ser neutralizada inteligentemente a través del adecuado diseño de las instituciones⁽⁵³⁾. Tal es la posición de James Madison en *El Federalista n° X*. Pero la realidad pronto superó las expectativas de hacer política sin facciones, y nacieron los partidos políticos norteamericanos. Éstos se acoplaron al sistema electoral

(51) Citado en Milkis, Sydney y; Nelson, Michael. *The American Presidency: Origins & Development*. Washington, Congressional Quarterly Inc., 1999; p. 196.

(52) Ídem, pp. 263-276.

(53) Cfr. Hofstadter, Richard. *The Idea of a Party System. The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840*. Berkeley, University of California Press, 1969; pp. 40-73.

de “colegios electorales” por estados para decidir la elección presidencial. Ello explica la conformación de los partidos políticos de los Estados Unidos por células independientes en cada colegio electoral. Esto es, al ser los colegios electorales –conformados por delegados electos en los estados– la base para la elección presidencial, se introdujo un fuerte incentivo para que los partidos políticos estadounidenses se organizaran, desde el origen, conforme a la característica que conservan hasta el día de hoy: la alta descentralización de los partidos políticos que impide la formación de un liderazgo político partidista nacional⁽⁵⁴⁾.

La descentralización de los partidos políticos estadounidense provoca que la disciplina de partido no se practique con rigor en el sistema norteamericano de partido en el gobierno y de partido en la oposición. Como apunta Schattschneider, ello distingue al tipo norteamericano de partido político con el modelo europeo⁽⁵⁵⁾ –modelo de partido este último que adoptaría México⁽⁵⁶⁾ y que provocaría en nuestro país una combinación aún más disfuncional del sistema presidencial mexicano si comparado con su par de Norteamérica⁽⁵⁷⁾.

El punto a destacar es que la combinación de la ambigüedad de la Constitución en cuanto al liderazgo político entre Congreso y Presidente, así como la falta de partidos políticos en el diseño constitucional del *checks and balances*, habrían de provocar en el siglo XX el fenómeno del “gobierno dividido” en el sistema presidencial. Por gobierno dividido debemos entender aquella situación en la cual el Presidente no cuenta con el apoyo de una mayoría de su partido político en el Congreso, de al menos 50% + 1 de los legisladores⁽⁵⁸⁾.

El fenómeno del gobierno dividido en el sistema presidencial provoca (1) fractura del liderazgo político, (2) ineficacia en la dirección del gobierno y (3) confusión en el electorado de quién o quiénes son políticamente responsables por la falta de eficacia de la acción de gobierno. Ello ha llevado a que importantes congresistas y pensadores norteamericanos –entre los que se incluye al ex Rector

(54) Cfr. Schattschneider, Elmer E. *Party Government: American Government in Action* (reimpr. de la edición de 1942 por Rienr Publishers; con introducción de Sidney A. Pearson). New York, Transaction Publishers, 2003; p. 36.

(55) Ídem, pp. 52 y ss.

(56) Cfr. Garrido, Luis Javier. *El partido de la revolución institucionalizada. La formación del nuevo Estado en México 1928-1945* (6ª. ed.), México, Siglo XXI, 1991; pp. 63-73.

(57) Cfr. Sartori, Giovanni. “Postfacio: La transición en México, ¿hacia dónde? ¿una agenda para la reforma?”; en *Ingeniería constitucional comparada*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000; p. 232.

(58) Cfr. Schattschneider, *Party Government: American Government in Action*, op. cit., p. 52.

de la Universidad de Princeton y ex Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson— se hayan planteado sustituir la forma de gobierno presidencial por la parlamentaria mediante una reforma a la Constitución federal. Otros analistas solamente proponen la racionalización del sistema presidencial estadounidense, mediante la introducción de figuras concretas de relación Ejecutivo-Legislativo que contemplan las democracias semi-presidenciales y parlamentarias europeas⁽⁵⁹⁾. También se ha planteado reformar el sistema de partidos para acercar a los partidos políticos al modelo europeo con liderazgo centralizado y mayor disciplina de voto⁽⁶⁰⁾. Además de las académicas, entre otras proposiciones destaca la del ex Representante Popular y ex Senador Lyndon Baines Johnson. Siendo Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Johnson propuso al Congreso de su país una reforma constitucional para suprimir la elección intermedia de Representantes Populares con el propósito de evitar que el Presidente, en su segundo periodo, se viese impedido de ejercer su liderazgo político por una mayoría congresual del partido opositor.

En el caso de México el sistema presidencial tiene las mismas fallas de diseño que el norteamericano, con la agravante de que contamos con un sistema de partidos políticos de tipo europeo centralizado y con fuerte disciplina de voto⁽⁶¹⁾. A ello habría que añadir que en México el modelo importado de Norteamérica derivó, a principios del siglo XX, hacia la formación de una autocracia presidencial caracterizada por la enorme concentración del poder en el jefe del Ejecutivo. Bajo este esquema, la división de poderes se interpretó en forma aún más rígida que en el modelo norteamericano, anulándose la posibilidad de desarrollar en el Congreso la función de control sobre el gobierno⁽⁶²⁾.

(59) Después de celebrado el bicentenario de la independencia de los Estados Unidos de América, el Congreso estadounidense integró una “Comisión de estudio del sistema constitucional” (1981-1985), formada por académicos, ex congresistas y ex funcionarios de alto nivel de la Casa Blanca. Su tarea consistió en analizar los nudos de la gobernación de la República Norteamericana derivados del modelo de la Constitución del siglo XVIII, con el propósito final de proponer modificaciones al texto para actualizar, entre otras cosas, la forma de gobierno presidencial. Cfr. Donald L. Robinson (ed.) *Reforming American Government. The Bicentennial Papers of the Committee on the Constitutional System*. Boulder, Westview Press, 1985.

(60) Cfr. Ranney, Austin. *The Doctrine of Responsible Party Government*. Urbana, University of Illinois Press, 1962.

(61) Cfr. Cárdenas Gracias, Jaime. “Formación de mayorías y transformación del Congreso”; en Estudios Jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal (tomo I), México, IJUNAM, 2007; p. 236.

(62) Cfr. Valadés, *El gobierno de gabinete*, op. cit., p. 33.

Para concluir este apartado es de hacer notar que la separación intensa de poderes como técnica de la libertad –que fue *la* premisa del diseño del sistema presidencial– ya no tiene la misma fuerza en el siglo XXI. La tecnología política de las democracias presidenciales de nuestros días cuentan con nuevos desarrollos tecnológicos para defender y promover los derechos de los gobernados, como el Ombudsman⁽⁶³⁾ y la justicia constitucional nacional y supranacional, que en México brindan, respectivamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁽⁶⁴⁾ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁶⁵⁾. Ello ha disminuido la lógica que en el siglo XVIII animó la separación intensa de poderes del sistema presidencial norteamericano, cuya teoría influyó fuertemente al constituyente mexicano del siglo XIX.

Desde esta perspectiva de la ingeniería constitucional de nuestros días, nada impide que haya una mayor integración entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el sistema presidencial mexicano, como lo viene proponiendo la escuela constitucionalista del IJUNAM formada por Diego Valadés y Jorge Carpizo⁽⁶⁶⁾. Tal integración, como explicaré en el siguiente apartado, es imprescindible para la consecución de los fines del Estado social y democrático de derecho.

3.E L PRESIDENTE: DE EJECUTOR DE LA LEY A DIRECTOR DEL PROGRAMA LEGISLATIVO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Proveniente del mito del contrato social, el Estado liberal burgués se basaba en la idea de la autorregulación de la sociedad para el logro de su desarrollo social y económico; en la concepción de un orden social y económico inmanente que por definición no requería dirección del Estado y por tanto de ninguna de sus instituciones públicas específicas. Pero dicho esquema ideológico –proyectado en México en las constituciones de 1824 y 1857– se verá superado por la Revolución Mexicana que concluye en un nuevo ordenamiento constitucional en el año

(63) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México, UNAM-Porrúa, 2005; pp. 325-349.

(64) *Idem*, pp. 209-298.

(65) Cfr. García Ramírez, Sergio. “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”; en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor (coords.) *El derecho de amparo en el mundo* México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006; pp. 985 y ss.

(66) Cfr. Barceló Rojas, Daniel A. “La reforma del Estado en México. La propuesta de la escuela constitucionalista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y de los partidos políticos nacionales para la actualización del sistema presidencial”; en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 123, septiembre-diciembre, 2008.

de 1917⁽⁶⁷⁾, que va a configurar en diversas cláusulas un Estado social y democrático de derecho que reconoce a los gobernados “derechos de prestación”⁽⁶⁸⁾.

Interesa destacar aquí que la mutación del Estado liberal burgués en Estado social y democrático de derecho ha tenido un efecto importantísimo en el elenco de responsabilidades del jefe del Poder Ejecutivo, pues le llevó de simple ejecutor de las leyes del Congreso a director del paquete legislativo y presupuestal del nuevo Estado interventor⁽⁶⁹⁾.

A los efectos de nuestro estudio importa subrayar también el hecho de que la transformación del Estado liberal de derecho en Estado social y democrático de derecho hace nacer en México y en otros países de Occidente, lo que la Constitución mexicana denomina “rectoría del Estado”. En tanto dicha “rectoría del Estado” se inscribe en el marco de una democracia representativa, emerge en forma natural la responsabilidad de imprimir la “dirección política” concreta de la “rectoría del Estado” durante periodos constitucionales precisos a los órganos políticos del gobierno nacional: Congreso y Presidente.

La procura existencial de los individuos en el Estado social de derecho debe ser encauzada, por el Congreso y el Presidente, a través del instrumento clásico del Estado de derecho: la ley. Queda así ligada la nueva responsabilidad del Estado, la dirección política, con el instrumento clásico del Estado de derecho, la ley. Pero concebida ésta en una forma diferente, como *un nuevo tipo de ley*. Siguiendo al profesor Edward L. Rubin el surgimiento del nuevo tipo de ley del Estado social -las políticas públicas- pueden ser explicadas de la siguiente forma. En el Estado liberal del siglo XVIII y XIX se concebía que el impulso de la felicidad de los gobernados reposaba enteramente en los propios individuos. Típicamente el Estado debía únicamente vigilar las relaciones entre particulares para que éstos entre sí no violasen sus respectivos derechos a la vida, a la libertad y a la integridad patrimonial. Tal tarea se realizaba a través de leyes dirigidas a los tribunales, que Hans Kelsen esquematizaría en: si A es B debe ser; supuesto de hecho y consecuencia jurídica⁽⁷⁰⁾. El Poder Legislativo definía cuál sería el supuesto de hecho y la sanción. El Poder Judicial tenía el deber de imponer la sanción penal.

(67) Cf. Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. México, IJUNAM, 1980; pp. 21-44.

(68) Cfr. Cossío Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; p. 44.

(69) Cfr. García-Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (9ª. reimpr.) Madrid, Alianza Universidad, 1995; pp. 22-23 y 27.

(70) Cfr. Rubin, Edward L. “Law and Legislation in the Administrative State”; en *Columbia Law Review*, no. 89, 1989; pp. 374.

Pero al lado de esta concepción de la ley, en el siglo XX se va a generar un nuevo tipo de ley emanada del Congreso que ya no va dirigida para su aplicación al Poder Judicial sino al Ejecutivo y a la administración pública; un nuevo tipo de ley que en lugar de soportar su coherencia en una separación estricta entre poderes, como en el Estado liberal, va a requerir una mayor integración entre los poderes políticos del gobierno, esto es, entre el Presidente y el Congreso. Ya no se trata de una ley que concibe un supuesto de hecho y una sanción jurídica sino que es una ley que bajo el entendimiento de un problema social específico, va a ordenar la gestión de una ley para el tratamiento de dicho problema social, relacionados con la inequidad social y la pobreza y precariedad de ciertos grupos sociales.

Esta mutación del Estado contemporáneo que se extiende hasta abarcar el concepto que se tenía de la ley, viene a transformar la relación Ejecutivo-Legislativo pasando el Congreso a discutir mayormente leyes que provienen del Ejecutivo, quien se convierte en el principal iniciador de leyes. En otras palabras, en el Estado social y democrático de derecho –incluido por supuesto el mexicano– el Presidente se convierte en líder del Congreso por lo que se refiere a la elaboración de leyes y presupuestos⁽⁷¹⁾. Ahora bien, de conformidad con el principio de división de poderes que la Constitución mexicana vigente recoge en su artículo 49, pero interpretando éste precepto en liga con lo dispuesto en el artículo 41 que reconoce a los partidos políticos como eje de la gobernación democrática de México, *el liderazgo del Presidente mexicano sobre el Congreso se produce a través de la relación con su partido político, así como con todos los demás partidos políticos con representación en las cámaras del Congreso de la Unión*

La Constitución mexicana configura una *democracia presidencial y de partidos* en la cual la interacción del Presidente con el Congreso se encuentra mediatizada por los partidos políticos⁽⁷²⁾ organizados en grupos parlamentarios. La democra-

(71) Como sugiere Luis López Guerra, quizá por no entender del todo dicha mutación del Estado, que se proyecta en el esquema de división de poderes, algunos académicos han entendido incorrectamente el hecho de que el Parlamento no sea el promotor del mayor número de leyes como una “crisis del parlamento”. Cfr. López Guerra, Luis. “Organización y funcionamiento del Parlamento del futuro”; en Francesc Pau i Vall (coord.) *El Parlamento del Siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid, Tecnos, 2002; pp. 31-33.

(72) La Constitución federal mexicana es muy clara al respecto, pues le señala a los partidos “promover la participación del pueblo en la vida democrática”, siendo vehículo de los ciudadanos para formar gobierno, “de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan” y por medio del sufragio, de donde se infiere –en vinculación con el principio electoral de RP–, que otros ciudadanos que no hayan logrado ser mayoría habrán de formar la oposición al gobierno y le controlarán también como representantes del pueblo o de los estados “de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan” (CF Art. 41).

cia presidencial y de partidos es una síntesis intergeneracional que fue construida en la Constitución mexicana en diferentes momentos de la historia nacional. El sistema presidencial fue un primer consenso operacional expresado en la Constitución desde 1917, mientras que los partidos políticos como *integradores* de la voluntad popular ha sido un consenso operacional más reciente pues data del año de 1977. La conjunción de ambos consensos operacionales produjo lo que llamamos, para efectos descriptivos, “democracia presidencial y de partidos” (73).

Bajo el arquetipo institucional de la democracia presidencial y de partidos, el Presidente imprime dirección política a través de los representantes de su partido en el Congreso, y es controlado *en* el Congreso pero no *por* el Congreso (74). Quien debe controlar al Presidente *en el Congreso*, son los partidos de oposición, no el suyo. El partido político del Presidente lo debe apoyar para que juntos promuevan el programa legislativo y presupuestal que ofrecieron al electorado como propuesta de partido político (75). Uno es partido en el gobierno con la responsabilidad de gobernar —o coalición de partidos en el gobierno—, y otros son los partidos en la oposición con la función de controlar al gobierno (76). Siguiendo a Solozábal Echavarría, la función de gobierno cabe concebirla como “la realización de un proyecto articulado de decisiones o actuaciones políticas (*policies*), congruente

(73) Para encajar doctrinalmente la democracia presidencial y de partidos en el esquema de la división de poderes, debemos por necesidad reformular la teoría de la división de poderes de Montesquieu. La tarea no es fácil. Al respecto dice Karl Loewenstein en forma elocuente: “Es difícil desalojar un esquema mental que está profundamente enraizado, y el dogma de la separación de poderes es el más sagrado de la práctica y la teoría constitucional. El iconoclasta no puede sentirse satisfecho con sólo remover de su pedestal al ídolo de la triple separación del orden del dominio en los <<poderes>> legislativo, ejecutivo y judicial; en su lugar estará obligado a colocar otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo. A continuación se expone una nueva división tripartita: la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*); la ejecución de la decisión (*policy execution*) y el control político (*policy control*)” Cfr. Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución* (traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed). Barcelona, Ariel, 1970; p. 62.

(74) La sutil diferencia de lenguaje, que expresa justamente la transformación de fondo de la función del Parlamento en el marco de una democracia de partidos, la he tomado de Manuel Aragón Reyes, “Gobierno y forma de gobierno. Problemas actuales”; en la obra coordinada por el mismo autor conjuntamente con Ángel J. Gómez Montoro, *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; p. 60.

(75) Cfr. Ortiz Arana, Fernando y; Trejo Cerda, Onosandro. *El procedimiento legislativo mexicano*. México, Sista, 2005; pp. 59-74.

(76) Cfr. Vergottini, Giuseppe de. “La forma de gobierno de oposición garantizada” (traducción al español de Faustino González); en *Revista de Estudios Políticos*, vol. I, n° 9, 1979; pp. 5 y ss.

con una determinada cosmovisión política, según una determinada estrategia, disponiéndose al efecto de un conjunto de instrumentos cuya actividad se coordina e inspecciona con vista a la ejecución de objetivos propuestos⁽⁷⁷⁾. Complementariamente, la función de control del gobierno se entiende, en palabras de Aragón Reyes, como “toda actividad de las Cámaras destinada a fiscalizar la acción (normativa y no normativa) del Gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de sanción o de exigencia de responsabilidad política inmediata”⁽⁷⁸⁾.

Es importante advertir que la dirección por el Presidente de la República de los grupos parlamentarios *del partido en el gobierno* en ambas Cámaras del Congreso de la Unión, no es impuesta sino que es producto del poder de persuasión del Presidente, de su capacidad de negociación. Como agudamente aprecia Diego Valadés, *en el sistema presidencial la necesidad de negociar del Presidente con los legisladores de su propio partido en las cámaras se deja sentir aún con mayor intensidad que en los sistemas parlamentarios*. “En los sistemas presidenciales, donde la permanencia del gobierno no está relacionada con la aprobación legislativa de todas sus propuestas, los representantes tienen un ámbito más amplio de acción. La situación de los legisladores que no se encuentran sujetos a la obligación política de apoyar a su partido como condición para que conserve una mayoría que le permita gobernar, también les otorga márgenes mayores de libertad para promover iniciativas” o para negociar con el presidente las que éste presenta⁽⁷⁹⁾.

Contar con mayorías holgadas de su mismo partido político en el Congreso le otorga al Presidente una capacidad mayor para impulsar el paquete legislativo y presupuestal de su programa de gobierno. Sin embargo, para el Presidente la negociación con los partidos de oposición es importante siempre, incluso cuando cuenta con números que favorecen ampliamente al partido en el gobierno en la representación bicameral. Pero dicha negociación se torna crítica cuando el partido en el gobierno no cuenta con mayoría en una o en las dos Cámaras del Congreso de la Unión⁽⁸⁰⁾.

Con respecto a la dirección política interior cabe advertir para concluir que no todas las decisiones políticas deben estar orientadas por ideologías de partido. Hay cuestiones de interés público nacional que requieren para su debido trata-

(77) Cfr. Solozábal Echavarría, “El Gobierno como órgano constitucional”; en Manuel Aragón Reyes y Ángel J. Gómez Montoro, *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 71-72.

(78) Cfr. Aragón Reyes, “Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales”, op. cit., p. 57.

(79) Cfr. Valadés, *El control del poder*, op. cit., p. 369.

(80) Cfr. Lujambio, Alonso. “Del autoritarismo mayoritario a la democracia consensual”; en *Hacia una nueva constitucionalidad*. México, IJUNAM, 2000; pp. 255-258.

miento dejar de lado precisamente tales diferencias ideológicas entre el Presidente y los partidos de oposición en el Congreso para ser impulsadas de común acuerdo como dirección política de Estado. Bajo esta misma óptica de decisión de Estado se ubican igualmente algunas tareas comunes a emprender por el gobierno federal y los gobiernos de los estados. Los estados operan inevitablemente en forma fragmentada debido a su status constitucional como estados iguales que ejercen su respectiva soberanía conduciendo sus asuntos públicos en forma independiente. Ello hace necesario que la orientación e impulso de dirección política de conjunto, deba recaer en el Presidente de la República federal⁽⁸¹⁾. Pero la dirección política en el Estado federal no puede ser impuesta por el Presidente, a pesar de que el federalismo mexicano se haya equipado con mecanismos verticales de cooperación y coordinación establecidos con rango constitucional⁽⁸²⁾. La colaboración y la coordinación en el Estado federal sólo es posible si se respeta el principio de lealtad federal, siendo el Presidente el garante de este principio por lo que se refiere al gobierno federal.

El principio de lealtad federal se conoce por diferentes nombres en todas las democracias federales consolidadas; en Estados Unidos dicho principio se conoce como “cortesía federal”. El principio de lealtad federal se activa cuando se produce una divergencia de intereses entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados. Inspirados en la doctrina alemana, es posible sugerir que el “principio de lealtad federal” del Estado mexicano consiste, de una parte, en obligaciones concretas del gobierno federal hacia los gobiernos de los estados y de éstos últimos hacia el gobierno federal, *que superan las obligaciones expresamente establecidas en la Constitución*; de otra parte, dicho principio impone limitaciones concretas en el ejercicio de las competencias que la Constitución le confiere a los diversos órdenes de gobierno. Ello significa que en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Constitución, tanto el gobierno federal como los gobiernos de los estados han de guardar recíprocamente la debida consideración hacia el interés general del Estado federal y hacia los intereses concretos de los estados ⁽⁸³⁾.

(81) Cfr. Valadés, “La función constitucional del control político”, op. cit., p. 312.

(82) Cfr. Serna De La Garza, José María *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico* México, IIJUNAM, 2008; pp. 99-184.

(83) Cfr. Vogel, Juan José. “El régimen federal de la Ley Fundamental”; en Ernesto Benda et. al.; *Manual de Derecho Constitucional Alemán*. Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996; p. 634.

PODER LOCAL, GOBERNABILIDAD Y DESCENTRALIZACIÓN

GERARDO PRADO (*)
(Guatemala)

SUMARIO: 1. Palabras preliminares. 2. Poder local. 3. Gobernabilidad. 4. Descentralización. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Leyes.

1.P ALABRAS PRELIMINARES

Recibí, con beneplácito, una inesperada invitación de los doctores Peter Häberle y Domingo García Belaunde, egregios jurisconsultos, para participar en el homenaje que se le rendirá al doctor Diego Valadés, por su excelsa trayectoria como académico y científico en el campo del Derecho, especialmente en el ámbito del Derecho Público. Sin pensarlo dos veces, le manifesté al doctor García Belaunde contribuir con mi modesta colaboración e incorporarme al grupo de amigos y colegas del distinguido profesional, que bajo la coordinación de los mencionados juristas, prepararán un libro-exaltación con el propósito de festejar de manera adecuada su sexagésimo quinto aniversario, a celebrarse en el mes de mayo de 2010.

Para los efectos de hacer efectiva dicha colaboración, en las siguientes páginas voy a tratar un tema tríptico, es decir, un asunto al que le brindaremos la debida atención desde tres puntos de vista que parecen distintos, pero que a nuestro juicio, mantienen un vínculo que radica en su propia génesis. Me refiero al *poder local, la gobernabilidad y la descentralización*. Permítanme, entonces, completar estas palabras preliminares de la manera siguiente:

(*) Profesor de la Universidad de San Carlos. Guatemala.

Todo pensamiento puro, tiende a representar la idea inquebrantable que el pensador –llamémosle *creador o forjador*– concibe y luego deja impresa materialmente cuando decide compartirla con sus semejantes, ya sea por medio de lo que hace por o frente a sus semejantes, cuando escribe un libro o un artículo de periódico.

Pero, ¿qué deseamos decir con los vocablos *pensamiento puro*? Pues no representarían sino el cauce o la vía para lanzarse a una aventura relacionada con la construcción de una quimera, o sentar las bases de ella, para edificar un mundo en el que la humanidad transitará en una nave que siempre hemos conocido con el nombre *deutopía*, o lo que resulta ser lo mismo: tratar de alcanzar lo “inalcanzable”, es decir, la perfección del ser humano mediante el ejercicio de la libertad, el mantenimiento de la paz y la armonía con sus semejantes, como resultado inequívoco de un auxilio entre sí. De aquí, que el aporte mutuo y colectivo se convertirían en la *ley suprema de la comunidad*, con lo cual sería posible tener un sistema de gobierno dentro del Estado al que podría denominarse *comunocracia*, o poder de la comunidad.

Esta afirmación encuentra una oposición preliminar en el pensamiento de Hermann Heller (*Teoría del Estado*). Digo preliminar porque el tratadista alemán expresa que “Tal solidaridad –para nosotros auxilio entre sí– de una “comunidad” del pueblo del Estado no ha existido nunca ni podrá existir a causa de la estructura necesariamente antagónica de la sociedad. Esa pretendida comunidad de voluntad y valores del Estado en su totalidad es aplicable únicamente a la solidaridad del grupo que constituye el núcleo de poder del Estado”, grupo que se ocupa por ideas políticas e intereses comunes idénticos. Sin embargo, este autor finaliza reconociendo o reforzando nuestra posición al hacer la siguiente reflexión: “Pero desde ese núcleo de poder con sus adherentes, hasta el Estado y su poder hay una gran distancia. Y no sólo porque en esa conexión de actividad que se llama Estado han de incluirse “todos” los miembros, sino también porque el Estado es una conexión social de quehaceres y el poder del Estado una unidad de acción organizada”.

Por naturaleza, en ese gobierno que llamamos comunocracia, imperaría la coparticipación racionalizada del comunócrata en todos los campos del desarrollo humano por medio de la acción gubernamental, con apego estricto al derecho que tendría las características, o sus raíces, a partir de una manifestación o producto de la sociedad –mejor dicho de la comunidad–, con trazas de un equilibrio conciudadano permanente con propensión a proscribir la anarquía y el despotismo, para sostener a toda costa la clásica división de la ciencia jurídica en derecho privado y público pero con la necesaria inclusión de reglas generales vinculadas con la religión, la moral y la costumbre, con el fin de completar un régimen que debe observarse mediante la exteriorización espontánea de la conducta humana. Esto indudablemente implica que no va a influir ninguna heterofuerza que

se imponga en la manifestación de esa conducta, sobreponiéndose como consecuencia el beneficio colectivo. Todo ello es lo que nos puede conducir al establecimiento, sostenimiento y defensa del tipo ideal de derecho que describe Edgar Bodenheimer en su obra *Teoría del Derecho*: “El Derecho en una forma pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno”.

¿Acaso no es posible encontrar la fórmula ideal que, tarde o temprano, le conceda a la comunidad humana la oportunidad de encontrar la armonía total entre sus miembros? ¿No es esa la tarea que se ha impuesto el hombre en el largo recorrido de su historia como “animal político”? ¿O es que el ser humano no es merecedor de la paz social?

Las respuestas a tales interrogantes no están, aún, a la vuelta de la esquina. No obstante, es verdad que múltiples esfuerzos se han llevado a cabo al respecto pero desafortunadamente no han llegado a cuajar con la dimensión en que esos esfuerzos fueron concebidos o soñados. A uno de ellos podemos referirnos con cierta propiedad: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, cuyo contexto tiene, a mi juicio, la característica de perennidad como elemento indispensable que debe regir la conducta de los individuos, para evitar hasta donde sea posible la desgracia de subvertir el orden establecido por el derecho natural, incorporado o regulado posteriormente mediante la positivación de sus normas y principios, como oficio que ha recaído en manos del Estado para conseguir su finalidad, según lo expresado en el artículo 2º. de la citada declaración: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

En los tiempos contemporáneos, el debate social y político afronta el desafío de equilibrar distintos puntos de vista, los que se trata de conjugar para que haya un ambiente confiable, cooperativo y de entendimiento entre los diversos sectores de la sociedad. Las propuestas que surgen se basan en superar la confrontación y que, en su lugar, se imponga la concertación. Se trata de nuevos estilos de acción y reacción, cuyos fines consisten en que la cosa pública sea manejada con acierto y responsabilidad, tanto por parte del Estado, es decir, sus representantes, los partidos políticos y la sociedad misma, por medio de una participación plena de ésta. Con ello, se desea llegar a la toma de decisiones que trasciendan para la consolidación del ejercicio del poder, específicamente en el ámbito local, se dé efectivamente la gobernabilidad y se afiance la descentralización.

Pero ahora, ¿qué está sucediendo en el proceso de cambio que el Estado está sufriendo para realizar de mejor manera su papel en cuanto a su esencial finalidad?

Nuestro buen sentido de la realidad, nos encamina hacia la búsqueda y consecución del fenómeno tríptico con que hemos bautizado este trabajo: **poder local, gobernabilidad y descentralización**, como paso que guarda relación con el período de transición y consolidación democrática y constitucional que se vive en Latinoamérica. Guatemala, por supuesto, no es la excepción.

En las líneas que siguen, tomando como base ese fenómeno tríptico, proponemos las ideas que, a nuestro criterio, se combinan para formar un solo cuerpo de suyo complejo, que puede servir de canal o cauce que permita llegar a la meta que se fijó la declaración francesa mencionada, que alcanza ya más de dos siglos de existencia.

2.P ODER LOCAL

Previo a examinar el *poder local* como primer punto de vista del tríptico señalado, vamos a relatar algunos pormenores sobre los orígenes o procedencia de ese fenómeno tan singular y atrayente que se llama *poder*, conscientes que de sobra sabemos que ese vocablo acepta un sinnúmero de conceptos e interpretaciones de acuerdo con el uso que se le dé, ya que se utiliza como verbo, o para señalar que se tiene una facultad o potencia, o tener una oportunidad, o establecer una relación, etc.

Entonces, yendo directamente al punto esencial que nos interesa en cuanto a ese fenómeno como control socio-político, procedemos a hacer un breve repaso o recordatorio de las circunstancias históricas que se dieron en el pensamiento de los hombres, tomando en cuenta el período que, individualmente o en grupo, les tocó vivir y experimentar. Con esa idea como fundamento, definitivamente es hacer referencia y concordar con el punto que trata Edgar Bodenheimer (*Teoría del Derecho*) en relación al impulso del poder, tratadista que escribe lo siguiente: “En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”, práctica que tiene y ha tenido lugar por medio de la fuerza física, la psicológica y la intelectual.

En ese orden de ideas, y para determinar si el poder consiste en un *hecho* o en un *derecho*, haremos mención del *pensamiento teocrático*, *la teoría de la fuerza*, *la escuela contractualista* y *la concepción estructuralista*.

Con la corriente del pensamiento teocrático, etapa primigenia relacionada con el ejercicio del mando como sinónimo de poder, se combinaron dos aspectos: una forma de gobierno –*la teocracia*– y una serie de conjeturas filosóficas, en las que se sostenía y se excusaba la presencia de los sacerdotes, porque éstos eran quienes ejercitaban la autoridad política como consecuencia de un mandato divino que provenía de uno o varios dioses.

Este aspecto lo comenta Rodrigo Borja (*Enciclopedia de la Política*), y dice que la cuestión filosófica “sólo justifica moralmente en la medida en que sirva a *la mayor gloria de Dios en la Tierra*. Se funda en las palabras del apóstol san Pablo: “no hay potestad que no provenga de Dios”, y se integra después con las opiniones que sobre la sociedad y los fenómenos políticos enunciaron, principalmente en la Edad Media, los teólogos y doctores de la Iglesia católica”. No obstante, merece la pena señalar que en el gobierno teocrático había dos tipos: uno, en el que el soberano representaba el poder divino, lo cual significaba que su voluntad era semejante a la voluntad de la divinidad; dos, el poder del soberano estaba subordinado al poder divino, lo cual significó que el mismo se expresaba por medio de la clase sacerdotal. El Estado, si es que se nos permite la expresión, era un medio o instrumento para cumplir finalidades eminentemente religiosas.

Con la teoría de la fuerza, según Borja, el fenómeno del poder se considera históricamente como una manifestación que “afirmó que el fuerte debe gobernar al débil porque ésa es la ley natural. Explicó el hecho y el derecho del mandato social con la tesis de que siempre los poderosos dominaron a los débiles y les colocaron bajo su autoridad, en acatamiento de una especie de dictado de la naturaleza”. Este texto lo conjugamos con lo que significa la palabra *fuerza*, que no es sino la misma capacidad de obrar, de producir algo, capacidad de acción, potencia activa, de conformidad con lo que expresa Walter Brugger (*Diccionario de Filosofía*), pues capacidad y potencia resultan ser dones inherentes de ciertos individuos, quienes los ponen a funcionar obrando y actuando para producir algo que les conviene, cuando tienen la oportunidad que les brinda su mismo destino.

Desafortunadamente, en esta teoría sale a luz algo desagradable; en otras palabras, quiero decir que esta corriente tiene su base en que afloran, en cualquier momento, la coerción y la amenaza como instrumentos de dominación por parte de los que mandan, lo que hace permanente la sensación de miedo en los que obedecen. El ex presidente ecuatoriano pone como ejemplo el fascismo, corriente política en la que predomina el autoritarismo y que en la república italiana encabezó Benito Mussolini, casi inmediatamente después de haber finalizado la segunda guerra mundial, cuyos antecedentes podemos hallar en el deterioro del desarrollo económico. Sin embargo, se considera que el grado extremo de esta corriente habría sido alcanzado durante el régimen impuesto por Adolfo Hitler en la Alemania nazi.

La escuela del contractualismo, aunque cuenta con antecedentes antiquísimos en Grecia con las enseñanzas de los sofistas, los epicúreos, los estoicos y de Sócrates, tuvo sus más notables representantes –Thomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau– en la época moderna del desarrollo histórico del Estado, apoyándose en detalles que tenían relación con la racionalización del origen del poder. Tal racionalización tendría como base, según Borja, “que el poder legítimo

sólo puede surgir de la voluntad libremente expresada de los miembros de la comunidad”. Se abandonan, entonces, todas las teorías precedentes ligadas al nacimiento del poder o autoridad, desde lo teocrático hasta lo defendido en el sentido de que este fenómeno tuviere su sostén en la naturaleza para ejercitarlo, pasando por los efectos que, de hecho, se dan cuando un hombre impone su voluntad sobre otros hombres, ya sea física o psicológicamente, o por su intelectualidad, por medio de la fuerza.

Expone Borja que ese raciocinio es capital para la sustentación del contractualismo, ya que los estudios metafísicos no tienen ese asidero, lo natural no otorga ese mando ni la fuerza es medio para acreditarlo. Por ello, “la autoridad política sólo puede provenir legítimamente del consenso” de los que integran el grupo humano para que surja “un poder social y se someten a él bajo ciertos límites y condiciones”, lo cual nos lleva a hacer consideraciones sobre ideas relacionadas con los campos del *estado de naturaleza* y el *estado de sociedad o contrato social*. En el primero, era inexistente esa cualidad organizativa del hombre como tampoco se conocían la licitud de la autoridad, la justicia ni las leyes. En el segundo, dice Juan Jacobo Rousseau (*El Contrato Social*) es “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.

Finalmente, se plantea una corriente llamada *concepción estructuralista*, la que tiene como base, según Borja, el pensamiento marxista que “sostiene que los procesos políticos y culturales de un país están determinados por sus *estructuras económicas*”, y sus seguidores expresan que el poder responde a sistemas propiamente socio-económicos que imperan en la sociedad y sus efectos inciden en el subdesarrollo, en la pobreza, en la injusticia económica, la marginación, las desigualdades y en privilegios especiales. En esas condiciones, concluye el autor ecuatoriano, el remedio resultó peor que la enfermedad.

A manera de resumen, y para fijar una posición tendente a contestar la pregunta: el poder, *¿es un hecho o un derecho?*, nos atrevemos a decir que dicho fenómeno se puede conceptualizar en uno u otro sentido, partiendo de una preocupación ligada a la tarea de realizar un análisis metodológico de carácter histórico-sociológico.

Encaminándonos en ese sentido, creemos que con la corriente teocrática se institucionalizó el mandato divino como un hecho que se aceptaba sin reservas, y al mismo tiempo, constituyó un derecho que se ejercitaba con base en la revelación, que implicaba ejercer el poder por voluntad celestial en forma directa o de manera subordinada a esa voluntad. Con la corriente o teoría de la fuerza, ya esta última palabra nos da la pauta concreta sobre la manera en que se va a ejercer el

poder, utilizándola como virtud o don natural de un hombre para imponer su voluntad a otros hombres, partiendo de un hecho representado por la coerción que, a la postre, se va convirtiendo en derecho que es establecido por el más fuerte –llamémosle *soberano*– al dictar medidas o disposiciones de gobierno despótico que, al fin y al cabo, es gobierno. Con la escuela contractualista, doctrina eminentemente racionalista que refutó lo natural y la fuerza como fenómenos originarios del poder y sentó las bases para señalar que éste es el resultado del consentimiento o la aquiescencia del grupo; como hecho, el contractualismo es una especie de compromiso moral que obliga a someterse a reglas comunes que configuran el derecho observable en una sociedad bastante definida y organizada. Y la corriente estructuralista, viene influenciada esencialmente por el hecho económico y social que se acepta en el conglomerado, el cual acepta el funcionamiento de las leyes –*derecho*– cuyo basamento está precisamente en la componenda que manejan sectores poderosos para satisfacer sus propios intereses.

Expuestas las ideas anteriores, consideramos oportuno sustentar un concepto que englobe el ejercicio del poder político como una práctica que, inicialmente, estimamos realizable en un territorio que identifique al elemento físico del Estado desde un punto de vista integral, poniendo como ejemplo al *estado simple* o *unitario* –caso de mi país, Guatemala– como una de las formas que identifican a la organización política por excelencia, que se caracteriza porque la soberanía recae directamente sobre un solo pueblo y por tener un solo centro de expresión en cuanto a la producción de las leyes, a cargo de un cuerpo legislativo unicameral, otro que cumple con la actividad administrativa, cuya responsabilidad recae en los órganos administrativos con la Presidencia de la República a la cabeza, y uno más, vinculado con la administración de justicia, tarea que está encomendada a los tribunales ordinarios y extraordinarios, con la cualidad de que éstos actúan independientemente entre sí. Lo anterior significa que se aplican los principios de *centralización política*, que tiene que ver con la unidad en las leyes, unidad de mando y unidad en la justicia, y de *centralización administrativa*, que guarda estrecha relación con que el órgano superior mantiene sin limitación ni disminución la competencia de dirección, comando y control sobre el resto de órganos que forman parte de la administración pública, con el propósito de lograr la consecución del bien común.

Pero a estas alturas, se nos vienen a la mente las dos interrogaciones siguientes: ¿acaso es posible que en la práctica, en la realidad que se vive socio-políticamente, el Estado en su forma simple o unitaria se encuentre en condiciones de cumplir efectivamente un papel apropiado para la satisfacción de las necesidades de su población? ¿O no será que *el que mucho abarca poco aprieta*? A nuestro juicio, la respuesta a la primera pregunta puede resultar negativa, y en cuanto a la segunda, se nos ocurre, no antojadizamente, una respuesta afirmativa. A esto se

refiere precisamente Leslie Lipson (*Los grandes problemas de la política*), al hablar de zonas y gobierno e indica que “Algunas de las mismas causas que han llevado al partido y al servicio civil en el estado moderno a cambiar las relaciones entre las tres ramas tradicionales han afectado también profundamente la elección entre la concentración de poder en un lugar o su descentralización”. Continúa diciendo que “Ningún gobierno moderno, ni siquiera el más pequeño, puede llevar a cabo la solución de sus asuntos en un solo lugar”, afirmación que refuerza cuando hace referencia al espacio territorial del Estado, el cual debe ser *coextenso* con el de la comunidad, es decir, donde sea que se produzcan relaciones sociales que ameritan la regulación gubernamental en el propio lugar de los hechos, acentuando su afirmación con que deben tomarse “disposiciones para la administración local”.

Agreguemos lo siguiente. Percibimos, dentro del marco de una teoría política, que el poder y el territorio acusan una estrecha relación que induce a considerar la importancia de que uno y otro sean susceptibles de una división, aunque no en el sentido en que lo concibió Montesquieu con respecto al primero, ni como está planteada esa situación en los estados llamados corporativos o federales. Insistimos en esto, pues nuestra atención está puesta precisamente en el estado simple o unitario, que es la forma que ha adoptado la mayoría de países, especialmente en América Latina. En ese marco teórico, la división o repartición del poder y del territorio tenderían hacia una acción social más directa y poner a prueba una capacidad de efectuar cambios tangibles en la comunidad, aspecto que contempla Luis Sánchez Agesta (*Principios de Teoría Política*) cuando escribe que “El territorio, por último, sirve de base a la organización del poder”, la cual puede ser *jerárquica* y, por ende, “realiza la distribución de competencias en razón de criterios espaciales”, donde se aprecia que “La jerarquía territorial distingue los órganos centrales y locales”, concluyendo el tratadista español con una sentencia interesante, que “Esta organización territorial del poder puede servir de base a una forma de *división del poder*, asignando competencias limitadas por el territorio”.

Esas competencias, observadas desde un ángulo propiamente político-administrativo, constituyen la agrupación de facultades y atribuciones que están legalmente determinadas para que el órgano actúe, y su actuación no sea más que la voluntad, en cierto modo políticamente restringida, del ente estatal, por el hecho de que esa manifestación está a cargo del órgano autónomo que denominamos *municipio*, al que la Constitución Política de Guatemala le asigna la función del gobierno municipal por medio de un cuerpo colegiado llamado *concejo municipal*, cuyos miembros son electos popularmente mediante sufragio directo, siendo por lo tanto los garantes del ejercicio del *poder local*.

Este concepto de poder local lo regula la constitución guatemalteca, pues

contiene un capítulo dentro de la estructura y la organización del Estado denominado *régimen administrativo*, en el que específicamente (artículo 224) hace referencia a la división administrativa, entendiéndose como tal que “El territorio de la República se divide para su administración en departamentos y éstos en municipios”. Estos últimos, según el mismo texto constitucional, se tienen como instituciones autónomas y se les asignan las funciones de “elegir a sus propias autoridades, obtener y disponer de sus recursos y atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios”. Sin embargo, advertimos que la autonomía concedida es *relativa*, ya que si esa autonomía fuere total vendríamos a caer en una situación extraordinaria en la que *un estado existiría dentro del Estado*.

Decimos que dicha autonomía es relativa porque la ley que rige en el municipio, el Código Municipal, surge de la función soberana con características de potestad legislativa que cumple el Congreso de la República; esa ley, calificada como *ley orgánica*, tiene el carácter de normativa ordinaria pero con un grado de distinción con respecto a las demás leyes ordinarias, por el hecho de que la misma es aprobada, no con la mayoría absoluta sino con una *mayoría calificada*, es decir, con el voto de las dos terceras partes de los diputados que integran ese organismo de representación política por excelencia. El referido código, en el artículo 1, establece que tiene por objeto “desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, gobierno, administración y funcionamiento de los municipios y demás entidades locales determinadas en este Código, y el contenido de las competencias que correspondan a los municipios ...”, y en artículo 2, al referirse a la naturaleza del ayuntamiento, preceptúa que “es la unidad básica de la organización territorial del Estado y espacio inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos. Se caracteriza primordialmente por sus relaciones permanentes de vecindad, ..., organizado para realizar el bien común de todos los habitantes de su distrito”.

Pero regirse por un conjunto de normas jurídicas cuyo origen hemos citado, no es la única limitación que afecta al municipio como ente autónomo, sino que también está sujeto económicamente al gobierno central guatemalteco, es decir, al Organismo Ejecutivo, porque un precepto constitucional (artículo 257) prevé que este organismo “incluirlá anualmente en el Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado, un diez por ciento del mismo para las municipalidades del país”, medida que permite engrosar la capacidad económica o los recursos que cada una de ellas pueda obtener; asimismo, esos fondos, por su carácter de públicos, no son manejados discrecionalmente sino que son objeto de fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas, que es una institución técnica descentralizada responsable de fiscalizar todo interés hacendario, en forma previa o posteriormente a la ejecución del presupuestos asignados a cada corporación municipal.

Independientemente de las limitaciones que se han expuesto, la verdad es que el poder local ha venido consolidando su institucionalidad. Ya se le conoce con el apelativo de *sexto poder*, relacionando su ejercicio con el poder territorial que llevan a cabo las comunidades autónomas en España, como si se tratara de un agregado o de una atomización de la división clásica del poder que propugnó el Barón de Montesquieu.

Pero es preciso señalar que el poder local, por su misma índole, tiene estrecha relación con el poder político, que no es sino el poder del Estado y en tal caso, se le llama también poder público, al cual identifica la constitución guatemalteca diciendo que “El poder proviene del pueblo” (artículo 152). Este poder político, dentro de las distintas manifestaciones o sentidos de la palabra *poder*, tiene una significativa expresión que se hace presente en la capacidad de emplear la fuerza para apoyar medidas gubernativas que llevan aparejado el uso de esa fuerza, como natural justificación para obtener obediencia o sumisión. Diciéndolo de otra manera, el poder político es la forma de poder que lleva implícito la utilización de la violencia legítima, conforme a un discernimiento con fundamento netamente político, a diferencia de lo que sucede en la administración de justicia, la cual tiene su base en los textos legales, o lo que se conoce como capacidad reglada, en que impera la aplicación del principio de legalidad.

Como referencia oportuna o ligada a lo expuesto en el párrafo precedente, hacemos alusión al tratadista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa (*Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*), quien se apoya en André Hauriou para tratar las características del poder en el Estado de Derecho, y anota que este autor, entre otros caracteres específicos, denota que ese poder es un poder político porque en esencia “no proviene necesariamente del dominio económico” sino “decimos que el poder del Estado es esencialmente poder *político*, por tres razones principales: es un poder de arbitraje, es un poder que no es patrimonial y es un poder cuya obediencia está asegurada por sanciones impuestas al individuo y no a sus bienes”.

En seguida, recordando lo que en otra parte de este trabajo se dijo sobre el origen del poder, vamos a plantear una hipótesis que, a nuestro juicio, tiene una relativa semejanza con el punto que trata el doctor Diego Valadés (*El control del Poder*) sobre la lucha por el poder, contra el poder y en el poder, situación en la que involucra “tres modalidades básicas: el predominio del más viejo; el predominio del más fuerte; y el predominio del más hábil”.

Es esta última modalidad en la que los actores son los partidos políticos, con su cualidad de organizaciones que se forman con el propósito de alcanzar el poder político, a la que debemos ponerle mucha atención con la finalidad de comprobar el supuesto o hipótesis que se menciona y obtener un resultado apropiado.

Con esa idea en mente, es decir, tratar de encontrar una explicación racional a la dispersión del poder por medio de expresiones explícitamente ciudadanas, nos vamos a encaminar por un sendero que lleve en forma directa a localizar la fuente del poder local, por lo menos en mi país, tomando en cuenta la tipología de organizaciones políticas que contempla la normativa electoral guatemalteca. Efectivamente, la Ley Electoral y de Partidos Políticos, decreto emitido por la Asamblea Nacional Constituyente elegida popularmente en el año 1984, regula la estructuración y el funcionamiento de tres clases de organizaciones políticas:

- a) Partidos políticos y los comités para su Constitución.
- b) Comités cívicos electorales.
- c) Asociaciones con fines políticos.

De las tres, despierta una inquietud muy particular la agrupación que citamos en segundo lugar, o sea el comité cívico electoral, y las razones de esa inquietud serán expuestas en seguida. Sin embargo, una breve referencia a las otras dos no está de más, si consideramos que dicha ley se encarga de darnos una definición, tanto de partido político como de asociación con fines políticos. Del primero, el artículo 18 establece que “son instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y de duración indefinida”, y de la segunda, el artículo 115 preceptúa que abarcan “son organizaciones de duración indefinida, que sin ser partido político o comité cívico electoral, tienen como finalidad esencial el conocimiento, estudio y análisis de la problemática nacional”.

Pero, por qué esa inquietud sobre los comités cívicos electorales? Diríamos al respecto que intentamos adentrarnos y escudriñar en el pensamiento innovador y desarrollista del legislador constituyente guatemalteco, que acorde con las nuevas ideas contenidas en la constitución política aprobada en 1985, buscó y encontró el mejor medio para propugnar el ejercicio de los derechos políticos en un campo difuso y más abierto –la comunidad local– para la irradiación de la participación ciudadana, en la que el aspecto o la influencia de corte partidista se pueda hacer a un lado, con el propósito de someter a prueba la manifestación de la gente que experimenta relaciones de vecindad que surgen, en principio, por el hecho de la inmediatez de las casas que habitan, bajo el amparo de las buenas costumbres, la moral y otros fenómenos ligados al derecho natural.

El mejor medio a que hemos hecho alusión, o sea el que buscó y encontró el legislador extraordinario, es un tipo de agrupación que fue incorporado a la Ley Electoral y de Partidos Políticos con la sugestiva denominación de *comité cívico electoral*, ley en la que se le define como “organizaciones políticas, de carácter temporal, que postulan candidatos a cargos de elección popular, para integrar

corporaciones municipales” (artículo 97), a las que se les atribuye “la función de representar corrientes de opinión pública, en procesos electorales correspondientes a gobiernos municipales” (artículo 98).

De la definición anotada, desprendemos cuales son las características de esta clase de agrupación: 1) es una *organización política*, porque la van a integrar individuos que de ninguna manera perderán o se desvestirán de su natural idiosincrasia, o sea aquella cualidad del ser humano que señaló Aristóteles al decir que el hombre es un *animal político*; 2) la identifica también su temporalidad o período de vigencia, aspecto que vamos a explicar más adelante; y 3) que solamente están facultados, para proponer candidatos que se desempeñarán como miembros del concejo municipal.

A tal vigencia, es decir, a su temporalidad directamente, se refiere el artículo 114 de la ley electoral, cuando manda que los comités cívicos electorales “quedarán disueltos automáticamente, sin necesidad de declaración o resolución alguna, al quedar firme la adjudicación de cargos en la elección en que hayan participado”. Es importante señalar que en la citada elección, se aplica el sistema electoral de *mayoría relativa*, aplicable a los puestos de alcalde y síndicos (los de concejales se asignan con base en el sistema de representación proporcional de mayorías), lo que significa que sale victorioso el comité cívico que obtenga el mayor número de votos válidos.

En cuanto a la designación de la función indicada, es decir, representar corrientes de opinión pública, inferimos que el diputado constituyente pretendió atender la franca determinación potestativa del vecino que, sin tener grandes conocimientos de la política ni como arte ni como ciencia, desea hacer patente su vocación cívico-política para inquirir con respecto a la solución de los problemas que afectan a su comunidad. Con esta vocación, pareciera que los miembros de la comunidad local, como agentes de esa corriente, anhelan hacer realidad lo que Hermann Heller anota sobre la opinión pública: “La doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la relativización del Estado al pueblo y de la identificación del poder del Estado con la voluntad del pueblo. La importancia política de la opinión pública aparece en la sociedad civil, ...”.

A la concepción del autor alemán de opinión pública, a todas luces original y vinculada con un pensamiento netamente filosófico, le vamos a adicionar las ideas que sobre la misma han imaginado Sánchez Agesta y Borja, que a nuestro juicio resultan complementarias de aquella pero semejantes entre sí en virtud de que perfilan un sujeto común, *el pueblo*, o lo que resulta como consecuencia de su participación, es decir, *lo popular*. El primero de dichos autores declara que la opinión pública “no supone esa presencia directa del público, pero sí la formación por éste de juicios que *se manifiestan* exteriormente por los medios de comunica-

ción social o se articulan en asociaciones o buscan su cauce en el sufragio”. El segundo menciona dos métodos de participación popular en un Estado democrático, uno como *acción política directa* y el otro como *acción política indirecta*.

En el método de acción popular directa incluye las diversas formas del sufragio, y en el segundo, señala que realmente la opinión pública su da por medio de los *partidos políticos*, los *grupos de presión* y los *grupos de tensión*, división en la que nos interesa especialmente la primera expresión, pues las otras dos no participan de la naturaleza de lo político en sentido estricto.

Por nuestro lado, nos atrevemos a disentir con el pensamiento de Rodrigo Borja en relación con la fuente de donde tiende a brotar la opinión pública, ya que pensamos que tanto en la acción política directa como en la acción política indirecta, está implícita en la voluntad popular la figura del sufragio, el cual no es ni más ni menos que la expresión libre y espontánea para la implantación del poder local, cuya delicada misión recae en los afiliados a las organizaciones políticas reguladas en la ley guatemalteca como “comités cívicos electorales”, toda vez que estos grupos, que no son ni pueden ser de presión ni de tensión, propenden a aglomerar o llamar la atención de personas que no tienen inclinaciones políticas sectarias, por creencia en algo que sea distinto a las pasiones que se ponen de manifiesto cuando los individuos únicamente piensan en alcanzar el poder político por la vía tradicional, o sea su ingreso y posterior actividad, eventual u obligada, como afiliados a un partido con ideología particular, que puede ser de izquierda, centro, derecha o de otra índole, tomando en consideración qué clase de intereses son los que representan o defienden.

Esa creencia distinta, a nuestro juicio, está respaldada por una convicción ciudadana que persigue el ejercicio del gobierno municipal desde una perspectiva real de lo que está a la vista, en forma inmediata en tiempo y espacio, cuyos efectos serán el resultado de imponerse un trabajo que ha sido encomendado por la *vox populi*, sólo que reducida a la voz de los vecinos del municipio, de quienes se presume que conocen y entienden los anhelos del conglomerado local y cuáles son las personas que poseen la capacidad de dirigir para resolver las necesidades de la comunidad vecinal.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos, de conformidad con lo dispuesto por sus creadores, prevé un aspecto de suma importancia que constituye una característica del Estado moderno. Esta característica es la que tiene que ver con la *representación*, fenómeno que está ligado a la forma de gobierno republicano, el cual se refleja de manera evidente en lo que conocemos como *representación política*, “merced a la cual –escribe Rodrigo Borja– se considera que los gobernantes ocupan el lugar del pueblo y ejercen sus derechos, de manera que los actos de aquellos se reputan ejecutados directamente por éste”.

Seguidamente, veamos cómo se determina ese fenómeno de la representación en la ley electoral.

El artículo 99 de esa ley, se refiere a los requisitos que son necesarios para que se constituya un comité cívico electoral. En primer lugar, encontramos el número de afiliados, que en efecto y por esencia, constituye la formalidad fundamental para que se instituya la representatividad, o dicho en otras palabras, el medio idóneo de manifestación de la voluntad colectiva que autoriza o faculta el ejercicio del poder local, al depositar su confianza y otorgar un mandato a los funcionarios ediles responsables del gobierno municipal, que en su orden son el *alcalde*, los *síndicos* y los *concejales*. Resumidamente, agregamos que el número de afiliados de cada comité cívico electoral, se da en relación con la cantidad de ciudadanos que estén debidamente empadronados en el municipio. En ese orden de ideas, encontramos siete “categorías”; los comités que ocupan la primera deberán inscribir cien afiliados, por el hecho de tener entre 5,000 a 10,000 ciudadanos inscritos en el padrón electoral, y la séptima categoría, agrupa a comités de municipios que cuenten con más de 100,000 empadronados, lo que obliga a inscribir un mil quinientos afiliados en cada comité cívico electoral.

Según la ley, a cada comité se le reconoce personalidad jurídica para actuar debidamente en el ejercicio de sus derechos, que consisten en postular candidatos para los puestos que forman la corporación municipal, fiscalizar el proceso electoral por medio de fiscales y denunciar hechos que riñen con la legislación correspondiente. Por otro lado, también deben cumplir con ciertas obligaciones como la de inscribirse en el Departamento de Organizaciones Políticas, o en las respectivas delegaciones municipales o departamentales del Registro de Ciudadanos, según el caso, y al mismo tiempo, anotar a su junta directiva.

3.G OBERNABILIDAD

Principio esta parte del tríptico relacionado, refiriéndome en general a la palabra *gobierno*, cuyo significado acoplamos a un régimen que está destinado a dirigir los destinos de una nación, considerando que ésta, como agrupación de personas, constituye uno de los elementos principales del Estado, que se halla asentada en un territorio determinado.

Por su particular y especial importancia, incluimos en este concepto amplio de gobierno a los tres poderes u organismos que existen en un orden democrático, en el que uno legisla, otro administra y el tercero imparte justicia, sin injerencia entre ellos de ninguna clase, como asunto integral que vemos ligado de manera estricta a la consecución del bien común. Resulta, pues, que la no injerencia es punto de partida básico para evitar, precisamente desde su fuente inicial, que la gobernabilidad se manifieste o surta sus efectos a partir de una concepción

institucional neta. Pero es preciso añadir que hacemos énfasis en la idea de esta pareja de elementos –población y territorio– de acuerdo con el pensamiento de Dabin, citado por Francisco Porrúa Pérez (*Teoría del Estado*), quien los considera como componentes anteriores al Estado, y que para nuestro propósito, los mismos sustentan el fondo de este apartado –la gobernabilidad– y también en el subsiguiente del presente trabajo –la descentralización–, ya que entre ambos existe un ligamen que creemos natural por cuestiones socio-políticas y geográficas.

Seguidamente, es obligado que entremos a considerar qué se entiende por gobernabilidad, pues el término ha sido objeto de múltiples y diversas interpretaciones. Para algunos autores, entre ellos Rodrigo Borja, es la razonable capacidad de mando, de conducción política y de disciplina democrática que puede alcanzar una sociedad. Este concepto, de enormes alcances, nos ubica con exactitud dentro de un régimen de corte democrático, pues, a contrario sensu, en las dictaduras o regímenes despóticos la gobernabilidad no existe como problema, ya que la voluntad omnímoda de una persona, elimina cualquier dificultad. Por su lado, Andrea Costafreda dice que la gobernabilidad democrática es “una cualidad propia de una sociedad, según la cual ésta se estructura sociopolíticamente de tal modo que todos los actores estratégicos se interrelacionan para tomar decisiones colectivas y resolver sus conflictos conforme a un sistema de reglas y de procedimientos democráticos”.

Tomando el asunto de una manera más simple, y por lo tanto de más fácil entendimiento, nos parece adecuado decir que gobernabilidad no es sino la capacidad de un gobierno, es decir, la autoridad pública, para la recepción, el encausamiento y la satisfacción de las demandas o necesidades que le presenta la población. Es, ni más ni menos, la relación que se establece entre gobernantes y gobernados, ya que unos actúan para cumplir el mandato otorgado por los otros, a través de un proceso eleccionario democrático. Cada gobierno que es elegido en tal forma, tiende a generar un nuevo clima de confianza, cooperación y concertación, para afrontar la difícil tarea de administrar correctamente la cosa pública, tanto a nivel nacional como local. Se trata, pues, de manejar un asunto cuya solución consiste en funcionar con un mínimo de orden, evitar situaciones caóticas dentro de la sociedad y conflictos severos con respecto a la pérdida del control de los negocios públicos, o sea caer en la denominada ingobernabilidad.

Este primer acercamiento al planteamiento del problema, nos sirve para afirmar que la palabra “gobierno” o “autoridad pública”, en sentido amplio, está dirigida a identificar al gobierno nacional, representado principalmente por el Organismo Ejecutivo, ya que son sus agencias denominadas Ministerios o Secretarías, con el Presidente de la República a la cabeza, los órganos responsables de la recepción, el encauzamiento y la satisfacción de las demandas a que hemos aludido anteriormente, trátese de asuntos de seguridad, salud, educación u otros derechos que la

Constitución Política del país reconoce como fundamentales, para la conservación y desarrollo integral de los miembros de la comunidad.

Lo anterior quiere decir que se debe producir una actividad que abarque, necesariamente, a todos los habitantes que se encuentran en el territorio nacional, lo cual implica un esfuerzo “macro”, muy extenso y complicado, el cual puede representar un serio obstáculo en la prestación de los servicios públicos, no sólo por cuestiones de geografía –distancia territorial– sino que también por la escasez o insuficiencia de los recursos humanos y de la infraestructura física de que se disponga. El usuario de esos servicios estaría, pues, muy distante en el ámbito nacional para beneficiarse adecuadamente de los mismos, factor que también incide en la exposición y presentación de las respectivas demandas, porque la autoridad se encuentra “en un plano muy elevado”, o sea fuera del alcance del ciudadano común y corriente. Esto provocaría como resultado, un decrecimiento en los aspectos relacionados con la eficacia y la eficiencia de esa autoridad en la toma de decisiones, así como también en lo cualitativo.

Al extendernos en la explicación de lo que significa gobernabilidad, mencionamos al maestro Antonio Camou (*Gobernabilidad y Democracia*), quien expone que hay tres componentes básicos para que la misma se dé: a) *eficacia*, ligada a los sistemas políticos para alcanzar objetivos prefijados; b) *legitimidad*, relacionada con el buen gobierno que respeta los derechos humanos; y c) *estabilidad*, tomada como la mayor capacidad de adaptación y mayor flexibilidad institucional en el ejercicio del poder político y de la gestión gubernamental. Por ello, es dable hablar de gobernabilidad y eficacia, gobernabilidad y legitimidad y de gobernabilidad y estabilidad, concluyendo este autor que se entenderá por gobernabilidad “un estado de equilibrio dinámico entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental”.

Pero el campo de acción de la gobernabilidad, con el fin de obtener óptimos resultados, se va a reducir al ámbito del gobierno provincial, entendiendo estos vocablos en el sentido de *gobierno municipal*, con el fin de acoplarlos a la forma de estado unitario que ostenta Guatemala. Esta idea encaja con lo sucedido en otro país con la misma forma de estado, Colombia, durante el período presidencial de Belisario Betancur, citado por el relator Marcos Kaplan (obra colectiva *Agenda para la Consolidación de la Democracia en América Latina*) en su artículo llamado “La gobernabilidad del Estado democrático”, en el que encontramos que se produjo una reforma municipal que “significó el comienzo de un reencuentro por los caminos de la gobernabilidad”, al elegirse popularmente los alcaldes y hacer a un lado el centralismo anacrónico en boga; se recuperó el liderazgo local y “La inversión pública municipal y departamental permite superar la mala prestación de servicios públicos”.

4.D DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización constituye, según lo hemos anotado, el tercer elemento de la fórmula tríptica de nuestro trabajo.

Veamos en seguida que, según la doctrina, existen dos tipos de descentralización:

- a) La administrativa, que está relacionada con la forma cómo se van a prestar los servicios públicos en una sociedad determinada, operación que tiene lugar mediante un desprendimiento de esa responsabilidad del gobierno central para delegarla en órganos que se conocen como “unidades periféricas”. Ejemplo típico de esos órganos es el municipio. Este tipo de descentralización, se pone de manifiesto fundamentalmente en los Estados llamado unitarios.
- b) La política, que significa un fraccionamiento de las funciones primarias del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, las cuales son ejercidas en regiones territorialmente definidas en la geografía de un país, ya sea que se les llame provincias o Estados.

En este sentido, cabe dictar constituciones “secundarias” que rigen en un ámbito territorial dependiente o incorporado a una organización estatal más compleja que se conoce con el nombre de Estado compuesto, corporativo o federal. También habrá rama ejecutiva restringida o limitada al territorio estadual o ente corporativo, que está a cargo de un gobernador u otro funcionario con distinto nombre, que es el responsable de la función gubernamental de carácter local o estatal. Y por último, habrá órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia dentro de su correspondiente contorno espacial.

De los dos tipos de descentralización indicados, vamos a dedicar nuestra atención a la administrativa, en virtud de que la referencia concreta que tenemos en mente, que es el Estado de Guatemala, unitario por excelencia, en el que sucede lo que Rodrigo Borja menciona, al expresar que algunos autores sostienen que la administrativa, como primer grado de descentralización, no afecta ese unitarismo pues la desconcentración que se produce no afecta la centralización política.

En seguida, viene al caso hacer mención de lo que contemporáneamente ha prescrito el legislador guatemalteco, en cuanto al concepto de descentralización. Efectivamente, el Artículo 2 de la Ley General de Descentralización (Decreto 14-2002 del Congreso de la República), en forma textual establece: “Se entiende por descentralización el proceso mediante el cual se trasfiere desde el Organismo Ejecutivo a las municipalidades y demás instituciones del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, el poder de decisión, la titularidad de la competencia, las funciones, los recursos de financiamiento para la aplicación de las políticas públicas nacionales, a través de

la implementación de políticas municipales y locales en el marco de la más amplia participación de los ciudadanos, en la administración pública, priorización y ejecución de obras, organización y prestación de servicios públicos, así como el ejercicio del control social sobre la gestión gubernamental y el uso de los recursos del Estado”.

Ese pensamiento, extenso en extremo, habría tenido su fundamento en lo considerado por el legislador, con respecto a la concentración del poder de decisión que tradicionalmente ha tenido el Organismo Ejecutivo, cuyas consecuencias han sido la ineficiencia administrativa, la no equidad en la distribución de los fondos públicos e incidir en la escasa o inexistente participación ciudadana, a través del gobierno local y de las comunidades.

A la espera de que, paulatinamente se vayan produciendo resultados halagüeños con esta nueva perspectiva de la descentralización, en cuanto a su influencia en el desarrollo integral de la población de los 334 municipios en que se divide el país, nos inclinamos a afirmar:

1. Que se ha planteado, a través de ese concepto de descentralización, una atomización del poder de decisión, para combatir la función “macro” que, centralizadamente ha venido ejerciendo el gobierno nacional. Dicha operación descentralizadora, afectará directamente en forma positiva, el concepto de gobernabilidad que hemos venido manejando como relación entre gobernantes y gobernados, para que se dé el equilibrio entre las exigencias de los segundos y la capacidad de respuesta de los primeros.
2. Que la respuesta gubernamental, hoy tardía e ineficiente, podrá convertirse en un real y efectivo conducto de satisfacción de necesidades, una vez la responsabilidad esté en manos de órganos de gobierno local que se encuentran más próximos de la población meta, no sólo por su cercanía física sino que también por la facilidad de relación interpersonal del vecino con las autoridades municipales.
3. Que el proceso de auditoría social se realizará con menor dificultad, si tomamos en cuenta que las comunidades organizadas conforme le ley, podrán velar por la optimización de la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, basándose para ello en la supervisión y fiscalización del trabajo que se ejecuta.

La forma de Gobierno. Medidas para mejorarla.

El Estado de Guatemala, insistimos, es un Estado unitario. La Constitución Política que rige su existencia y funcionamiento contempla en el Título V –Estructura y Organización del Estado– una serie de regímenes que se combinan entre una administración centralizada y una administración descentralizada.

Dichos regímenes se refieren, entre otros, a lo político-electoral, a lo administrativo, al control y fiscalización, a lo financiero y al municipio.

En el régimen administrativo, por ejemplo, el artículo 224 de la carta magna explica que el territorio de la república se divide en departamentos y éstos en municipios. Asimismo, agrega que la administración será descentralizada mediante regiones de desarrollo no sólo económico sino también social y cultural, con el fin de conseguir un impulso racionalizado e integral del país. Con ese propósito, otros artículos de la ley están destinados a crear Consejos de Desarrollo, en una línea de ordenación en línea, no jerárquica, yendo, podríamos decir, en secuencia sistemática, desde un Consejo Nacional, varios Consejos Regionales que se crean por regiones según una ley específica, y un Consejo Departamental, razón por la cual existen veintidós consejos de este tercer tipo, según el número de circunscripciones departamentales en que está dividido el país.

La ley a que hemos hecho referencia, denominada “Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural”, fue emitida por el Congreso de la República el 12 de marzo de 2002, con fundamento en los artículos 224 ya mencionado, y en el 119, inciso b), de la misma constitución, ya que este texto constituye una obligación fundamental del Estado guatemalteco con respecto a “promover en forma sistemática la descentralización económica-administrativa, para lograr un adecuado desarrollo regional del país”. Con esta medida, se consideró propicia la oportunidad de poner al alcance de la población el medio de priorizar sus necesidades y encontrar soluciones para satisfacerlas adecuadamente, en congruencia con disposiciones internas como el Código Municipal y con diversos tratados internacionales vinculados con los derechos humanos.

La ley anterior, se ha visto reforzada con la aprobación de la “Ley General de Descentralización”, Decreto número 14-2002 del Congreso de la República, cuyos propósitos, de acuerdo con el legislador ordinario, consisten en erradicar en forma sistemática la inoperante concentración de decisiones en el Organismo Ejecutivo, pues esa concentración significa un control y manejo arbitrario de los recursos y de las fuentes de financiamiento que no facilita una eficiente administración, una equitativa distribución de los fondos públicos ni mucho menos, un efectivo ejercicio de participación de los gobiernos locales y de la comunidad en general.

En este caso, merece la pena hacer énfasis que la ley que anotamos en segundo lugar, no se circunscribe al proceso de descentralización en que estarían incluidos solamente órganos estatales, sino que establece una apertura democrática tan amplia que se permite la incorporación de comunidades organizadas legalmente –comités y asociaciones de vecinos– con participación de las municipalidades, a quienes se les trasladará gradualmente y en forma progresiva, los recursos

técnicos y financieros que les permitan realizar obras, programas y servicios públicos a favor de la comunidad. También es oportuno señalar, que el legislador priorizó las áreas de trabajo en las que se reflejen las competencias administrativas, económicas, políticas y sociales, tales como educación, salud y asistencia social, seguridad ciudadana, ambiente y recursos naturales, agricultura, comunicaciones, infraestructura y vivienda, economía y, finalmente, cultura, recreación y deporte.

La Ley General de Descentralización, al señalar que su objeto es promover en forma sistemática la descentralización, se apoya en los principios siguientes:

1. La autonomía de los municipios.
2. La eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.
3. La solidaridad social.
4. El respeto a la realidad multiétnica, pluricultural y multilingüe de Guatemala.
5. El diálogo, la negociación y la concertación de los aspectos sustantivos del proceso.
6. La equidad económica, social y el desarrollo humano integral.
7. El combate y la erradicación de la exclusión social, la discriminación y la pobreza.
8. El restablecimiento y conservación del equilibrio ambiental y el desarrollo humano.
9. La participación ciudadana.

Incluso, si el objeto de la ley, o sea su materia de conocimiento, es desarrollar la descentralización, ese objeto queda explícitamente desenvuelto en el artículo 5 (OBJETIVOS), con lo siguiente:

- a) Mejorar la eficiencia y eficacia de la Administración Pública.
- b) Determinar las competencias y recursos que corresponden al Organismo Ejecutivo que se transferirán a las municipalidades y demás instituciones del Estado.
- c) Universalizar la cobertura y mejorar la calidad de los servicios básicos que se prestan a la población.
- d) Facilitar la participación y control social en la gestión pública.
- e) Fortalecer la capacidad de los órganos locales para el manejo sustentable del medio ambiente.
- f) Reforzar la identidad de las organizaciones comunales, municipales, departamentales, regionales y nacionales.

- g) Promover el desarrollo económico local para mejorar la calidad de vida y erradicar la pobreza.
- h) Asegurar que las municipalidades y demás instituciones del Estado, cuenten con los recursos materiales, técnicos y financieros correspondientes, para el eficaz y eficiente desempeño de la competencia en ellos transferida.

Queda pues, hasta cierto punto, satisfecha la expectativa que prevé la misma constitución guatemalteca en su contexto, que no es otra sino alcanzar llanamente el gran fin del Estado contemporáneo: la realización del bien público, o dicho de otra manera, el bien común, que es la razón de ser de la sociedad política, siempre que dependa de un enfoque ideológico que vaya en pos del crecimiento económico que se identifica con la expansión de la producción y la productividad de un país; del desarrollo económico, como aspecto de orden cualitativo que tiene que ver con la calidad de vida de los habitantes; del desarrollo humano, relacionado con el conjunto de bienes tangibles e intangibles que sustentan esa calidad de vida; y la justicia social, como elemento último y sustancial dentro del grupo societario para organizar la sociedad con criterios equitativos en cuanto a la repartición de los bienes, es decir, que todos tengan libre y justo acceso a ellos.

En una publicación de la Oficina del Comisionado Presidencial para la Modernización y Descentralización del Estado (COMODES), se comenta que el proceso de descentralización en Guatemala tiene ya una larga historia, la cual empieza en 1945, época en la que se empezó con la práctica de elecciones democráticas a nivel municipal, se modernizan los partidos políticos, se amplía el derecho de ciudadanía de la mujer, se reconoce la autonomía del municipio y de la universidad nacional (San Carlos), todo como producto de la Revolución de Octubre de 1944.

Hoy, ese proceso se acentúa y trata de arraigarse con carta de naturaleza, como necesidad nacional sentida y reclamada por distintos sectores de la sociedad, cuya respuesta parece encontrarse en la Constitución Política aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, y en los Acuerdos de Paz de 1996, que constituyen una mutación constitucional relacionada con la aspiración de construir un proyecto de nación multiétnica, pluricultural y multilingüe, con lo cual se habría llenado un vacío institucional que se retoma como política pública para llevar a cabo una repartición del poder, tanto político como administrativo.

Si el sistema de gobierno ya está definido, tal y como lo establece el artículo 140 de la constitución guatemalteca: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es Republicano, democrático y representativo”, y ha funcionado más o menos bien, es una situación que, a

mi modo de ver las cosas, ha sufrido una modificación, porque poco a poco, y en cada período gubernamental, se ha ido creando conciencia en la voluntad política de los que ejercen el poder público, especialmente en el ámbito de trabajo que le corresponde cubrir al Organismo Ejecutivo, que luego se refleja en el campo de acción del Organismo Legislativo, al responder afirmativamente a las iniciativas de ley que, a la postre, se convierte en parte del ordenamiento jurídico del país.

Se ha contemplado que la descentralización es un proceso gradual, global e integral, progresivo y participativo, un imperativo lógico que produzca o ponga en vigor instrumentos que viabilicen y hagan efectiva la participación ciudadana y la construcción de una ciudadanía consecuente, ya que ambos aspectos son la sustancia del fenómeno real, no formal. En concordancia con ello, el artículo 6 de la Ley General de Descentralización, establece que “Para llevar a cabo el proceso de descentralización, el Organismo Ejecutivo, previo acuerdo con las Municipalidades y demás instituciones del Estado, y a las comunidades organizadas legalmente, con participación de las municipalidades, les trasladará **gradual y progresivamente** los recursos técnicos y financieros para atender las competencias administrativas, económicas, políticas y sociales reguladas en otras leyes. Con estricto apego al respeto de la autonomía municipal, cada municipalidad, cuando lo estime conveniente, solicitará su incorporación al proceso de descentralización del Organismo Ejecutivo, y ésta deberá atenderse sin demora”.

En párrafos anteriores, expusimos que Guatemala es un Estado que sigue al unitarismo con su forma de organización, circunstancia por la cual se ha identificado con la centralización, y la soberanía se ejercita de manera directa sobre un solo pueblo, que habita un mismo territorio y con un solo centro de impulsión política y administrativa; por ello, hablamos de centralización administrativa y centralización política, identificadas con las características que tradicionalmente ha conocido la historia del desarrollo del Estado.

La descentralización que se ha venido generando en mi país, abarca lo genérico en cuanto a lo económico, y también lo técnico-jurídico, debido a que se está produciendo un traslado de competencias de índole administrativa a manos de entidades locales, que no son únicamente de carácter estatal sino que, como se dijo antes, se incorporan comunidades que estén organizadas conforme la ley.

Con estas medidas, estimamos que la forma de gobierno –aplicado el término al gobierno nacional y al gobierno local– se está institucionalizando, ya que el sistema político implantado en Guatemala, que es republicano, democrático y representativo, se hace extensivo o se dispersa territorial e institucionalmente, sin afectar lo unitario del Estado. Es decir que, de manera simple y sencilla, se está abriendo la brecha relacionada con la prestación de los servicios públicos, ya que la proximidad de los entes responsables permite el descongestionamiento en la

realización de las tareas correspondientes, y se acercan a la población para la materialización de sus aspiraciones, demandas y necesidades, lo cual establece nuevos espacios de participación como condición “sine qua non” para el desarrollo y el fortalecimiento del referido sistema democrático. Sin embargo, no podrá darse una total exención en el actuar de las entidades a las que se les traslada el poder de decisión política y administrativa, sino que habrá un límite que está fijado por el Congreso de la República. No se trata, pues, de una autodeterminación sino de hacer un ajuste favorable a la autonomía que la Constitución Política guatemalteca le reconoce al municipio, para que elija a sus propias autoridades, obtenga y disponga de sus recursos y atienda los servicios públicos locales.

5.C CONCLUSIONES

Con relación al poder local:

La inclusión de los comités cívicos electorales en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, a los que considero como organizaciones políticas de un género muy propio –*sui generis*–, no es, a mi juicio, nada más ni nada menos, que una latente intención del legislador constituyente de poner al alcance de la población un medio idóneo, que sirva para apostar a que el ciudadano común y corriente discorra en el sistema democrático y se involucre activamente en la transformación relacionada con la conducción de la cosa pública, como método de desdén y de sustitución de la manera tradicional impuesta al respecto por los partidos políticos, cuyo juego salpicado del “interés personal” de sus dirigentes en esa práctica, ha entrado en un total descrédito que se perfila como factor determinante que influye en la apatía de los miembros de la comunidad. Sin embargo, esa indiferencia es susceptible de cambio sustancial si a los individuos –lo digo a propósito en plural– se les envuelve en la idea de cerrar filas y se les conduzca a una real y verdadera participación ciudadana, con el propósito de “conquistar” el poder en el ámbito municipal, como ejemplo de “contrapartida” del ejercicio del poder político, pues éste se iguala al abuso y a la arbitrariedad que caracterizan al dominio y a la fuerza que provienen de la centralización. Diríamos entonces, que tal conquista es la conquista a que tienden esas corrientes de opinión pública a que se refiere la ley electoral guatemalteca, opinión que de ninguna manera podrá separar del ser humano aquel componente natural que lo define o lo caracteriza como *zoon politikón*, según la terminología aristotélica.

No obstante, estimo que debemos consentir, o estar de acuerdo, apoyar e incentivar la acción política del ciudadano, la que vislumbro desde dos puntos de vista distintos: a) cuando se afilia a los *partidos políticos*, que tienen su razón fundamental de ser en que constituyen organizaciones permanentes intermedia-

rias entre la sociedad y el alcance del ejercicio del *gobierno nacional*, y que esa acción tenga como fin manejar los negocios del Estado por medio de los tres poderes clásicos, es decir, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. En este caso, el individuo adquiere el deber y el derecho de participar en la elección de autoridades nacionales –Presidente de la República, Diputados al Congreso de la República (en forma directa)– y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (en forma indirecta). Y b) cuando el ciudadano integra esas organizaciones políticas temporales que se denominan *comités cívicos electorales*, donde el papel a jugar lleva implícita una actitud más y de mayor profundidad, que consiste en que su compromiso –siempre con el significado de deber y derecho en lo político– es poner de manifiesto su condición de miembro de un conglomerado provincial, y que por ello, está totalmente persuadido de la importancia de ser *vecino* de una circunscripción municipal determinada en la que tiene su asiento permanente, con la cual contribuye con cargas económicas, locales o nacionales. Pero ese papel a que nos referimos, estará primordialmente conectado con elegir autoridades cuyo cometido es ejercer el gobierno local, tarea que recaerá en sujetos *plenamente conocidos* en el medio por su vocación de *vecinos-ciudadanos*.

Con relación a la gobernabilidad:

El fenómeno de la gobernabilidad es, a nuestro juicio, una situación *sostenible*, siempre que venga respaldada por la legitimidad que se presume como elemento adherido a un sistema democrático y estable, en el que se ponga en evidencia la confianza y el respeto entre gobernantes y gobernados. Sin embargo, hablar de *gobernabilidad nacional* y mantenerla vigente afrontaría, y de hecho afronta, serios obstáculos materiales si tomamos en cuenta la cuestión territorial, pues el esfuerzo tiene que ser *macro* para satisfacer las necesidades de la población mediante acciones gubernamentales de órganos centralizados que, quiérase o no, carecen de instrumentos de medición para detectar de manera inmediata las necesidades de la población. En ese orden de ideas, también acusan *natural* desconocimiento o desinterés por los ingentes problemas socio-políticos y económicos de las comunidades en general. En cambio, si se produce un acercamiento en la relación *autoridad-vecino*, por medio del vínculo de solidaridad y correspondencia que se presume como característica existente entre los habitantes del municipio, se abre un canal de comunicación más directo para establecer el diálogo que, hoy o mañana, sea la herramienta *ad hoc* que se constituya en la clave de una real gobernabilidad, ya que el morador local obtendrá respuestas inmediatas al plantear directamente las demandas y una pronta satisfacción de sus necesidades.

Con relación a la descentralización:

De la descentralización no vamos a decir, como es lo usual, que se erige como la segunda forma de organización del Estado posterior o a la par de la centralización, sino que representa, por la índole de nuestra ponencia, la manera sobresaliente, ecuánime, adecuada y razonable de diligenciar los intereses ciudadanos, a los que en este caso identificamos como vecinos de un municipio, porque orientamos nuestra atención al ámbito comarcal, considerándolo como el campo de acción en que esta unidad periférica, mediante el ejercicio del poder local a cargo de las corporaciones municipales, estará en capacidad de atender los requerimientos de una población racionalmente distribuida en un territorio cuya extensión facilitará un mejor control de las referidas necesidad, y una necesaria aproximación del vecino a sus representantes popularmente electos.

Como lo hemos admitido, el enfoque del tema nos obliga a agregarle un calificativo al vocablo descentralización y le llamamos *descentralización administrativa*, porque enderezamos nuestra atención al *Estado unitario*, en el que este asunto deviene como punto peculiar con el propósito de descentralizar la prestación de los servicios públicos, función que se asigna constitucionalmente y en la ley, así está establecido en Guatemala, a antes autónomos, entre ellos el municipio.

Tal autonomía no tendrá los extremos ni el significado de un rompimiento absoluto con los órganos centrales, pues se mantienen ciertas limitaciones que impiden el funcionamiento de una entidad –el municipio– que podría conceptuarse como *autárquica*, toda vez que no se tienen facultades legislativas ni de administración de justicia propiamente dichas, sino que se apegan al centralismo que caracterizan a esas funciones, en virtud de que las mismas son parte de un sistema único proveniente de una sola fuente, o sea, el Congreso de la República y el Organismo Judicial, respectivamente.

6.B BIBLIOGRAFÍA

1. Botja, Rodrigo: *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
2. Brugger, Walter: *Diccionario de Filosofía*. Editorial Herder, Barcelona, España, 1975.
3. Cabanellas, Guillermo: *Diccionario de Derecho Usual*. 6ª. edición, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, Argentina, 1968.
4. Camou, Antonio: *Gobernabilidad y Democracia*. Instituto Federal Electoral, México, 1995.

5. Heller, Hermann: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
6. Lipson, Leslie: *Los Grandes Problemas de la Política* Editorial Limusa-Wiley, S.A., México. 1964.
7. Naranjo Mesa, Vladimiro: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 4ª edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
8. Nikken, Pedro (editor general): *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*. IIDH-CAPEL-Friedrich-Naumann Stiftung, 1990.
9. Porrúa Pérez, Francisco: *Teoría del Estado*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.
10. Rojas Amandi, Víctor Manuel: *Filosofía del Derecho*. 2ª edición, Oxford University Press, México, 2005.
11. Valadés, Diego: *El Control del Poder*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

7.L EYES

1. Constitución Política de la República de Guatemala (1985).
2. Código Municipal (2002).
3. Ley General de Descentralización (2002).

LA FUNCIÓN CONTRALORA Y SU VIGENCIA EN LAS DISTINTAS EXPRESIONES DE LO PÚBLICO⁽¹⁾

GRACIELA SORIANO DE GARCÍA-PELAYO
(Venezuela)

SUMARIO: 1. Los significados de lo público. 2. El Estado. 3. En el origen: personalismo e institucionalización. 4. La sociedad y «lo privado». 5. Entrando en el problema. 6. Un proceso multiseccular. 7. Los comisionados, los oficiales y el rey. 8. Control recíproco y personificación del poder. 9. La responsabilidad. 10. La función, la norma y el control. 11. Norma, responsabilidad y procedimientos. 12. Crisis y retroceso de la función contralora. 13. Lealtad vs calificación. 14. La debilidad de la función contralora. 15. Gómez institucionalizador: el Estado y la Contraloría. 16. Otra vez ¿lealtad o calificación? ¿personalismo o institucionalización? 17. Hacia tiempos más recientes. 18. En tiempos muy recientes.

1.1. LOS SIGNIFICADOS DE LO PÚBLICO⁽²⁾

La noción de “lo público” se ha especificado y definido históricamente en el mundo occidental por una triple referencia: 1) **la transparencia** o externalidad espontáneas, porque no hubiera razón ni interés en ocultar nada; 2) a la **es-**

(1) Puede verse una primera aproximación al tema con el mismo título, en *Contraloría y Gobierno, una relación difícil* (Caracas, Contraloría General de la República, 1996).

(2) Para una aproximación más completa y precisa a la noción de “lo público” véase mi “Aproximación a lo público y lo privado...”, en *Lo Público y lo Privado* (Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1996), vol. I.

pectacularidad o a la notoriedad por la repercusión o resonancia natural de aquello que por su importancia no se puede ocultar; 3) a **la dimensión política** de la vida en todo tiempo, hoy se diría a lo relativo al Estado y a la vigencia operativa de la democracia y de la libertad. Pero la nota que en términos generales conjuga estas visiones y caracteriza propia y definitivamente lo público está dada por su 4) referencia a **la dimensión más general** de la vida de las sociedades, a la totalidad de la población de una república entendida como entidad política jurídicamente ordenada signada en los contextos democráticos de hoy por la “participación de los más”. En este sentido lo público se especifica como lo que atañe a **todos**, afecta a **todos**, beneficia a **todos**, interesa a **todos**. En la medida en que la configuración de “lo público” en ese sentido lo ha vinculado al Estado, al derecho y a la libertad, ha sido objeto, expresión y resultado de un proceso histórico durante el cual se han ido especificando y fortaleciendo las notas que, en las respectivas entidades políticas han involucrado a la dimensión pública con la configuración institucional de la vida dentro del Estado. Es clara pues, la relación estrecha entre la institucionalidad, “lo público” y el Estado.

2.E L ESTADO

Es necesario insistir en que, cuando se hace referencia al Estado, no se hace en los términos generales en que por lo común se toma en consideración a cualquier entidad política de cualquier tiempo y lugar, sino al Estado entendido como una realidad específica del mundo moderno occidental que –distinta y discernible de la sociedad– se estructura en un aparato político-administrativo despersonalizado indisolublemente vinculado a dos pilares esenciales que bien pudieran ser tres: ejército y burocracia, a los cuales se uniría el tercero, el fisco, pues ejército y burocracia son impensables sin los ingresos fiscales que nutren las bases de sustentación de los pilares estatales de la hacienda y del presupuesto militar⁽³⁾.

La significación del Estado como “tipo” histórico implica entender a su vez que, en la medida en que se trata de una realidad con vigencia en el tiempo, no se ha conservado idéntica a sí misma a lo largo de los siglos, sino que se ha desplegado en múltiples formas (Estado “estamental”, Estado absoluto, Estado liberal, Estado democrático-liberal, Estado social, Estado social y democrático de derecho, Estado de partidos, Estado de derecho y de justicia) a través de las cuales ha conservado, no obstante, las notas esenciales que lo constituyen como entidad diferenciada de la sociedad; suficiente y eficaz para encarnar “lo público” en virtud

⁽³⁾ No estamos olvidando los componentes clásicos referidos al territorio, la gente y el poder, clásicas referencias del Estado.

de su cuota en la actualización –para todas las épocas– del orden, de la paz social, del bien común y la justicia en la sociedad.

3.E EN EL ORIGEN: PERSONALISMO E INSTITUCIONALIZACIÓN

Lo dicho significa, en términos de Weber⁽⁴⁾ que en la historia occidental, el proceso de estructuración del Estado supone la sustitución de formas personales y patrimoniales de ejercicio del poder (y la conservación del orden en las sociedades en las cuales privaban el parentesco, el favor, la lealtad, la personalización y la cosificación del cargo –aún no– público), por formas administrativas abstractas, es decir, racional-burocráticas, en las que dichos cargos se definen –por el contrario– como instancias especializadas, objetivas y reguladas por el derecho que se proveen mediante exigencias de conocimiento y experiencia a los “medios personales de gestión del poder público”, es decir, a los funcionarios que los cubren en virtud de su idoneidad, en una palabra, de su responsabilidad, calificación y competencia para el ejercicio.

Pero lo que resulta tan fácil de decir en sólo un párrafo, no fue tan sencillo de lograr en el desarrollo histórico occidental efectivo a través de los siglos XIII y siguientes. Un vistazo a la historia muestra que este proceso tomó aparte de mucho tiempo, mucho esfuerzo, y que, a la vez que se distinguían y perfilaban las distintas *funciones* y *competencias* (cargos *temporales* o *permanentes*, entendidos respectivamente como *comisiones* o como *oficios*) que hicieran efectivo, eficiente y eficaz el funcionamiento y la existencia de la entidad política⁽⁵⁾, se producía, a su vez, el tímido desarrollo y diferenciación concomitantes de “la sociedad”.

4.L A SOCIEDAD Y “LO PRIVADO”

En este sentido, la especificación de uno de los significados de “lo público”, lo relativo al Estado con el cual hemos comenzado, tuvo como contrapartida el desarrollo y especificación de “lo privado” como noción referida a la sociedad; a sus dimensiones específicas como lo doméstico, el interés particular, la actividad económica, la conciencia religiosa. Sin este correlato, es imposible entender el esfuerzo histórico que supuso el proceso de especificación tanto de “lo público” como de

(4) *Economía y Sociedad* (México, FCE, 1972) vol. I.

(5) Hintze, Otto, *Historia de las formas políticas* (Madrid, Revista de Occidente, 1968), *passim*; Schmitt, Carl, *La dictadura* (Madrid, Revista de Occidente, 1968); un clásico sobre el tema lo constituye Loyseau, Charles, *Traicté des Offices* (Paris, 1614).

“lo privado” cual dicotomías actuantes en la estructuración del Estado y de la sociedad y, sobre todo, en sus especificidad y diferenciación mutuas. La conciencia de esta tensa relación entre lo público y lo privado a lo largo de su desarrollo va a permitir a su vez entender la presencia, la significación y el sentido de la función contralora como coadyuvante en esa especificación de lo público en el Estado (que mencioné al principio)⁽⁶⁾, no menos que al desarrollo de la noción de “libertad”.

5.E NTRANDO EN EL PROBLEMA

A los efectos de esta comunicación, en un sentido amplio que comprende diversas dimensiones del *control* es necesario advertir, antes de entrar propiamente en el tema, que desde una perspectiva histórica general, dicha función contralora se ha entendido, 1) como **control político** difuso pero perceptible en su origen, susceptible de presentarse espontáneamente como expresión de las tensiones políticas entre individuos y/o grupos por el poder y que llega a tener su expresión institucionalizada en la noción de “oposición” que se configura ya en el siglo XVIII⁽⁷⁾. Es un control ciertamente efectivo, pero variablemente disperso o concentrado, según las épocas y las circunstancias. En segundo lugar, 2) como **control administrativo**, o de la idoneidad en el cumplimiento de la función pública, en relación con el cual se manifiesta el celo por la exigencia de responsabilidades y de calificación para el cumplimiento de dicha función. Por último, 3) como **control económico-fiscal** referido a los ingresos y egresos del Estado, a la percepción y a la buena o a la mala versación de los dineros públicos. Retomando el hilo de este discurso diré que en el triple proceso de configuración del Estado, de la sociedad y de la función contralora como expresiva de la vigencia de “lo público” en el mundo hispánico, es difícil –aunque no imposible– percibir sucesivos momentos en cada uno de los cuales se va desarrollando una lógica conducente al perfil de la *función* y de la *institución*. Intentaré explicitarlos y descubrirlos para tipificar el caso y facilitar la comprensión.

6.U N PROCESO MULTISECULAR

Los inicios tienen lugar en la realeza peninsular de la Edad Media, donde priva la concepción personal y patrimonial del ejercicio del poder y donde el “gobierno” –ejercido desde la pluralidad de centros relativamente autónomos pero mutuamente interrelacionados horizontal y jerárquicamente, característicos del

⁽⁶⁾ Véase p. 1.

⁽⁷⁾ Véase mi “La noción de oposición como expresión histórica de la disconformidad política”. en *Politeia* (Caracas 1998, Instituto de Estudios Políticos, no. 21) pp. 165-189.

mundo señorial y/o feudal— se entiende como administración de justicia⁽⁸⁾. No existe aún una noción clara de lo público —ni de su distinción de lo privado— ni por tanto la diferenciación entre Estado y sociedad; dominan los intereses particulares y/o comunitarios, y el mundo político (más bien gubernamental, porque el uso de la palabra “política” sólo se generaliza en el siglo XIII⁽⁹⁾), efectivamente estructurado sobre múltiples relaciones de dependencia, bien comunitarias, bien interpersonales, presididas por coordenadas universales (Iglesia e Imperio), no se diferencia —en principio— de “lo social”. El régimen de tenencia de la tierra (“bien económico” éste, por excelencia, pero no único en la medida en que el dinero va penetrando en todas las dimensiones de la vida) resulta indispensable para la actualización de relaciones de poder en las que sea necesario o pertinente el reconocimiento de alguna prestación o contraprestación material. En todo caso, aún no hay especificación precisa 1) del “cargo” como instancia impersonal abstracta, 2) de su cobertura profesional especializada y 3) de la previsión presupuestaria para cubrir el desempeño efectivo de la función. Por tanto, la **función pública** no existe, en esta primera etapa, como propiamente pública. Existen los **cargos domésticos** del emperador o del rey (cada vez más dispuesto a sentirse y a saberse *imperator in regno suo*) y sus portadores, unidos a la jefatura o cabeza por relaciones de parentesco o amistad. En tiempos turbulentos y, como éstos, de escaso desarrollo administrativo e institucional, la *calificación o destreza* es —en todo caso— menos importante que la *lealtad*⁽¹⁰⁾.

7.L OS COMISIONADOS, LOS OFICIALES Y EL REY

En un segundo momento, el rey amplía sus horizontes y expande el ámbito del ejercicio de su poder, comenzando a cubrir un haz de cometidos de carácter más general que empiezan a cumplirse por los miembros de su casa en un principio, luego por *comisionados* u *oficiales* adscritos a un cometido⁽¹¹⁾. La recurrencia de necesidades y la reiteración de las soluciones por vía de la *comisión* (temporal) o del *oficio* (permanente), están, pues, en el origen de la burocracia. Comisionados y oficiales van constituyendo una especie de red de agentes al servicio del rey, preocupada por/ o encarnación de/ un interés más general —en ese trance de pasar de lo común a lo público— que se vincula a/ o se personifica en/ la figura del monarca. Pero eso no hace desaparecer los intereses particulares; en cierto modo

(8) Véase Ullmann, Walter, *Principios de Gobierno y de Política en la Edad Media* (1961) (Madrid, Revista de Occidente, 1971).

(9) *Ibidem*.

(10) Véanse Weber y Hintze, en notas 4 y 5.

los potencia, porque se fortalecen y benefician de la situación, en virtud de lo cual se produce entonces un curioso sistema de tensiones y presiones particulares entre los eventuales portadores de los cargos y el rey sobre un paradójico telón de fondo sobre el que imperceptiblemente avanzan las notas de “lo público”. Desde la perspectiva real, la necesidad de *gente* que asuma esas funciones que aumentan día tras día a medida que se expande el poder real, lleva a tener que contar con más personas a las cuales hacer más de una concesión, reconocimiento o contraprestación. Desde la perspectiva de los particulares, participar en la empresa del rey es darle apoyo a sus políticas, sí, pero también es ganar para sí cuotas de confianza, de bienestar y de poder⁽¹²⁾ por las cuales es posible que, incluso el rey se beneficie económicamente si, como contrapartida vende los oficios y nutre sus ingresos fiscales. Este embrión de lo público configura, así, un tercer momento (que ruego recordar, igual que el anterior, en la medida en que aludiré a él en relación con nuestra época), en un juego de intereses particulares del rey y de sus servidores.

8.C CONTROL RECÍPROCO Y PERSONIFICACIÓN DEL PODER

Y cabe preguntarse: en el juego descrito ¿existe algún control?, ¿qué es lo que se controla?, ¿quién controla a quién? En un esquema de Constitución estamental⁽¹³⁾ en el que el poder se ejerce por los dos polos del binomio *Rex-Regnum*; en el que los estamentos políticos proveen los ingresos para el funcionamiento de la realeza como germen anticipado de “lo público”, los particulares ex-céntricos al círculo del rey, desde las Cortes, **controlan** el ejercicio del poder por esos otros particulares que, junto al rey actúan en su nombre, bien directamente como instrumentos reales efectivos, bien como instrumentos cuyo cargo ha sido enajenado por el rey mediante la concesión de “mercedes” a cambio de dinero. Así, el control sobre las actuaciones del rey y sus instrumentos obedece al interés de los ex-céntricos en la defensa de sus *libertades y derechos estamentales* frente a los actos que emanan de la *prerrogativa real*. Por eso es incluso posible que el mundo de los particulares en Cortes se haga más fuerte y que pretenda y logre **controlar** las acciones gubernati-

(11) Hintze, *op cit.*; Schmitt, *op. cit.*

(12) Tomás y Valiente, “Origen bajomedieval de la patrimonialización y de la enajenación de oficios públicos en Castilla”, en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración* (Madrid, I.E.A., 1970), 138 y ss.

(13) Véase García-Pelayo, Manuel, *La Constitución estamental* (Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2006).

(14) Se trata de una versión *avant la lettre* del principio suscrito en el XVIII según el cual “*le pouvoir arrête le pouvoir*”.

vas del rey en propia defensa de su *status* jurídico estamental.⁽¹⁴⁾ De hecho hubo procedimientos expresivos de la institucionalización de esta **acción contralora** de la comunidad sobre los agentes del poder del rey. Figuras como el “contrafuero” o la “contrafacción”, el *procés de dubta*, fueron procedimientos extraordinarios a través de los cuales la comunidad –en aquella sociedad juscéntrica– exigía el cumplimiento de las normas. El “recurso de agravios”, además, exigía responsabilidades por una actuación concreta que hubiera ocasionado un perjuicio no menos concreto.⁽¹⁵⁾ Expresiones de tensiones de este tipo son constantes entre el rey y los agentes particulares de su gestión; también constante la tendencia a dirimir las en las Cortes. Como el rey no tiene medios suficientes de gestión (comisionados y oficiales, y dinero) para cubrir toda la gama de necesidades de interés *general* que su voluntad real desea satisfacer, se ve obligado a seguir contando con sus particulares y a ceder ante ellos: sigue vendiendo los oficios y, por esta vía, los enajena: en cierto modo los privatiza en sus portadores a cambio de los ingresos que le hacen falta para su hacienda. Pero la función se cumple y se cubre la necesidad; puede pensarse que el rey pierde la libre disponibilidad de los cargos (sucede, por ejemplo, en tiempos de Enrique IV de Castilla, menos en los de Juan II), pero conserva el **control del sistema** que posibilita tal régimen de cosas, reservándose la potestad de vender los cargos o de concederlos “por merced”. Se establece así, en términos particulares de aquella sociedad (porque no siempre resguarda intereses precisamente públicos) una especie de amplio y **mutuo control** de intereses en tensión de todo tipo; especie de control político que puede tomar muchas formas y fundamentarse en muchas más razones, dentro de un esquema en el que la última palabra va a tenerla el rey, quien a la vez que encarna la entidad política de la que dependen los cargos cuya existencia produce la tensión, actúa como árbitro y particular en el juego descrito.

9.L A RESPONSABILIDAD

Existe otra clase de controles posteriormente presentes tanto en España como en sus Indias, que se remonta –igual que el desarrollo al que acabo de referirme–, a la Edad Media. Se remiten fundamentalmente a la exigencia de responsabilidad en el cumplimiento de esas funciones. Desde los siglos XIII y XIV se proyectan hacia la época moderna cuatro elementos indispensables para la vigencia de la función contralora en el segundo y tercer sentido anotados (administrativo, y económico o hacendístico fiscal) que, en un principio, no estaban discriminados claramente. En principal y único lugar, la contemplación del **oficio en la norma**:

⁽¹⁵⁾ Lalinde Abadía, Jesús, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española* (Madrid, EA, 1950), 185.

expresa especificación de sus características; de las condiciones e impedimentos para su ejercicio; de su duración en un mismo titular, etc. etc. Quedan así contemplados en la norma, 1) **las causas** que sustentan la puesta en marcha de la función contralora; 2) **los instrumentos burocráticos** (medios personales de gestión) que posibilitan el control, y 3) **los procedimientos** mediante los cuales se hace efectivo dicho control. Sin olvidar las formas de control de los propios controladores.

10.L A FUNCIÓN, LA NORMA Y EL CONTROL

Desde la **perspectiva de la norma**, en el momento en que se especifican en ella i) las necesidades político-administrativas; ii) los medios con que se cuenta para cubrir las; iii) las condiciones que deben cumplirse por parte de quienes están llamados a ello, y iv) las responsabilidades que pueden exigirse al funcionario en razón de su *status*, se configura el punto de referencia institucional firme sobre el cual es posible exigir cabalmente el cumplimiento, tanto de la función como de su control. Huelga expresar que esto sólo ha sido posible en la historia cuando se ha alcanzado un nivel dado de desarrollo (objetivación) de la estructura político-administrativa (es decir, del Estado) sin el cual estas condiciones no están presentes.

No puede haber exigencia de responsabilidad sin especificación de causas justas para ello, las que en principio se reducen a la *negligencia en el oficio* y a la *insuficiencia en el ejercicio*. Históricamente, las causas han variado, porque según las épocas, varían los criterios que configuran la responsabilidad. Pero en términos generales, pueden señalarse para los tiempos que estoy reseñando: i) la comisión de daños corporales y económicos; ii) la desobediencia; iii) el incumplimiento de deberes y iv) la inmoralidad económica⁽¹⁶⁾. La pluralidad de las causas remitiría a la tipificación de las faltas y a la especificación de las sanciones. No entraré en este tema que llevaría por los interminables caminos relacionados con la diferenciación y especialización de las ramas del derecho a lo largo de la historia.

11.N NORMA, RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTOS

Desde la perspectiva de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades a los funcionarios existió lo que se ha calificado como procedimientos nominados y procedimientos innominados⁽¹⁷⁾. Los más pertinentes al objeto de esta ponencia son los primeros. Entran dentro de este grupo 1) la pesquisa; 2) la inquisición; 3) la residencia; 4) la purga de *taula*; 5) la visita, y 6) el expediente. Me detendré en ellos, porque tuvieron vigencia continuada en América hasta la

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 195.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem* p. 181.

Independencia. El origen de los dos primeros se remonta al siglo XIII; la residencia tiene orígenes más remotos y curiosos: parece datar de una constitución del emperador Zenón del siglo V, incluida el siglo siguiente en el Código y en las Novelas de Justiniano, rescatada en la Sicilia de Federico II (s. XIII), recogida en las Partidas de Alfonso el Sabio el mismo siglo XIII, practicada en Castilla durante el siglo XV. Reglamentada definitivamente por los Reyes Católicos al alba del s. XVI (Pragmática de 9 de junio de 1500, Nov. Rec. III, 7, 8-21), pasa a las Indias en 1501. La visita es más moderna, y coexiste con la purga de *taula* y otros procedimientos ordinarios con algunos de los cuales se confunde. El “expediente” es procedimiento aún más actual.

Estos procedimientos se conocieron y se practicaron durante tres siglos en todo el mundo hispánico –Venezuela incluida– e involucraron la actuación de un tipo de funcionario específico del que dependía en principio el cumplimiento de esta función: el *fiscal*, origen del ministerio público en el que estuvieron unidas responsabilidades que se fueron especificando con el correr del tiempo en un proceso de siglos que conduce muy recientemente a las figuras del *procurador*, del *contralor* y del *fiscal* propiamente dicho. La institución se perfila nítidamente con las Ordenanzas de 1571, con las cuales “...se echan las bases y definen los perfiles del ministerio público indiano...”⁽¹⁸⁾, atribuyendo al fiscal, entre otras cosas “...averiguar en qué medida los funcionarios de allende el Atlántico cumplen con sus oficios y cargos...”⁽¹⁹⁾. Huelga decir que este control del funcionario de la administración por el fiscal (había fiscales del Consejo de Indias y de las Audiencias) tiene su propia historia hasta el siglo XVIII, de la cual sólo recordaré la importancia que tuvo la institución en la época borbónica, como instrumento para abatir la estructura de gobierno conciliar de la monarquía de los Austrias; en el caso concreto americano para abatir los poderes del Consejo de Indias.

En el control del erario público también tuvo importancia el fiscal. Sin entrar en el desarrollo histórico de las instituciones de Hacienda para el mundo americano, es pertinente recordar el papel del “promotor fiscal” de la Casa de Contratación desde 1546 ⁽²⁰⁾, no menos que el juicio que cien años después sentaría en 1647 Gaspar Escalona y Agüero al expresar que el fiscal era:

“...el celador de los que administran ...[la Hacienda del Rey]...,”

⁽¹⁸⁾ Suárez, Santiago Gerardo, *Los fiscales indianos, origen y evolución del Ministerio Público* (Caracas, A.N.H., 1995) p. 60.

⁽¹⁹⁾ *Idem*.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, 92.

sobrestante de los que la ordenan y reducen a cálculo; inquisidor de los que la defraudan; procurador de lo que conduce a su beneficio y, finalmente, protector y abogado del soberano señor, con ardimiento lícito y sin ánimo calumnioso⁽²¹⁾.

Puede recordarse, no obstante, que la función contralora en este ámbito se cumple –contando con los antecedentes indicados del caso– desde el momento del Descubrimiento en la Casa de Contratación de Sevilla. Luego se transfiere a las Reales Audiencias, pero en el siglo XVIII fue de la competencia mucho más directa de las Intendencias, de reciente creación borbónica, las cuales asumieron todo lo relativo al control del gasto público. No es sino hasta 1751 que se crea en Cuba –donde no existía Audiencia– ...“un fiscal de hacienda con definidos cometidos judiciales”...⁽²²⁾, dado que la jurisdicción de Hacienda se desprendió de la ordinaria⁽²³⁾ sólo cuando se crearon tribunales de cuentas competentes e idóneos para conocer judicialmente de estos temas.

12.C RISIS Y RETROCESO DE LA FUNCIÓN CONTRALORA

La Independencia significó una ruptura en el proceso institucionalizador de estos controles de la función pública. Los condujo por otros derroteros y los volvió –desde ciertas perspectivas– a un punto de partida desde el cual la función contralora del Estado, manifestación –como se ha visto a lo largo de estas páginas– de la emergencia y desarrollo de lo público, se hizo tan débil como las propias estructuras estatales liberales de las que en esta parte del mundo pretendía ser expresión. Era lógico que se proscribiera la función contralora en los términos que se la había entendido desde la perspectiva del Estado absoluto del antiguo régimen. Pero, si bien se pretendía evitar abusos y malos usos por parte de la incipiente y todavía imprecisa, débil y frecuentemente improvisada administración republicana, se carecía de estabilidad civil, de instituciones arraigadas, de experiencia republicana en el manejo de lo público, de calificación y de experiencia liberal y cívica y ello, no sólo por parte de los funcionarios, sino de toda la sociedad. En cierto modo se volvía al medioevo en la medida en que la inestabilidad social y política, la debilidad institucional y la heterogeneidad y complejidad de las sociedades americanas independientes retrotraían o devolvían al sistema polí-

(21) *Gazophilatium*, cit. por Sánchez Bella en Suárez 1995, p. 422.

(22) Suárez, *op cit.*, p. 418.

(23) *Ibidem*, p. 409.

tico a las formas personales y patrimoniales del ejercicio del poder en las que la lealtad era más importante que la calificación y la experiencia.

En tiempos anteriores la responsabilidad del funcionario había supuesto varias cosas: 1) un orden administrativo *objetivo* en el que el cumplimiento de las funciones se hubiera establecido previamente en una norma; 2) la exigencia de *capacidad* para el ejercicio del cargo; 3) *incentivos* anejos a la provisión del mismo (económicos, profesionales, de ascenso y prestigio social etc.) y 4) un *sistema de controles* en el que se contaban –como hemos visto– la especificación de las causas, los procedimientos, y los instrumentos que lo hicieran efectivo. En el proceso inestable de desinstitucionalización y reinstitucionalización que se iniciaba con la república, se habían roto aquellos moldes y era difícil encontrar los nuevos.

13.L LEALTAD VS CALIFICACIÓN

Por lo pronto, la función contralora se reduce. Cuando la lealtad se considera más necesaria que la calificación –en cierto modo, en épocas turbulentas, de aquélla depende la existencia del orden civil posible– tienden a difuminarse las responsabilidades de la administración, porque tienden a su vez a confundirse el *sujeto activo* (el que controla) y el *sujeto pasivo* (el que es eventualmente controlado) de la función contralora. Como se trata de épocas inestables, de tránsito institucional, en las que los recursos económicos del fisco son indispensables para hacer efectiva la gestión gubernamental, se cuida preferentemente de los fondos públicos; pero frecuentemente tiende a confundirse la bolsa pública con la bolsa privada, en la medida en que se entienda que el cargo público puede considerarse como botín o como compensación por servicios o favores políticos. Por eso las medidas contraloras que se actualizan desde el gobierno⁽²⁴⁾ tienden a ser terribles, draconianas, cuidando la honestidad en el manejo de los fondos a base de reiteradas penas de muerte por la transgresión.

Pero el curso histórico, con todo, no impidió ni frenó el planteamiento normativo, incluso exagerado –el decreto promulgado por Bolívar para el caso consta de 237 artículos– sin la contrapartida efectiva, real, que le diera sustento y realidad. Era, por eso, un craso error regular tan exhaustivamente la función contralora. Era no hacerla efectiva sino complicarla y, a fin de cuentas, dejar

(24) En Cabrera E. (*et alia*), *Historia de la Contraloría General de la República* (Caracas, Ediciones de la C.G.R., 1988) 2 vols., I, p. 146.

(25) *Ibidem*, I, p. 83.

amplios márgenes a la discrecionalidad o a la arbitrariedad. La función contralora se plasmaría reiteradamente en la norma (8-3-1827; 14-10-1830; 28-5-1837; 15-10-1856; 24-6-1858; 6-6-1860; 1873; 1884; 1899); ⁽²⁵⁾ mucho menos se instalaría en la realidad, aunque se vinculara siempre con el seguimiento de los ingresos, la administración y gastos de los recursos económicos del “Estado”.

14.L A DEBILIDAD DE LA FUNCIÓN CONTRALORA

Lo expresado significa que la Independencia trajo consigo un desajuste de la vida institucional que se traducía en alteración política, ineficiencia administrativa y debilidad de lo público. Sus protagonistas –demasiado preocupados y ocupados en conservar y preservar el incipiente orden– no estaban en condiciones de entenderlo así y carecían de los instrumentos, del saber y de la experiencia liberal que les hacía falta para impulsarlo con acierto. Eso es algo que no se está aún –por cierto–, en actitud y condiciones de saber, aceptar y comprender. La alteración institucional que produjo el tránsito de un régimen a otro (del Estado absoluto al Estado liberal) se expresaba en el rechazo de las viejas instituciones contrarias a los postulados ideológicos de la libertad y de la igualdad entendidas en los nuevos términos que acuñaran la experiencia norteamericana y la Ilustración. Pero rechazo implicaba sustitución, y no se estaba preparado para sustituir. El antiguo régimen podía, así, seguir vivo en muchas manifestaciones, pero en aquellas en las que su presencia era rechazada, pero –con todo– insustituible, no perduraron las prácticas y se instalaron los formalismos. Fue lo que ocurrió con la función contralora.

Mantenerla en la norma era alimentar el formalismo jurídico: creer que *porque lo dice el derecho, existe*. Muchos de nuestros historiadores también se lo han creído, y por eso se han conformado y no han ido más allá. Lo cierto es que en aquella situación, ese formalismo jurídico cuyos márgenes de discrecionalidad –con seguridad amplios– todavía no se han calculado con seriedad, coexistía con formas personalistas del ejercicio del poder, y la última palabra en relación con el ejercicio de dicha función contralora se remitía, en la norma, al ejecutivo. Quedaba totalmente desvirtuada la función, y los gobernantes, a su arbitrio como controladores controlados, podían seguir teniendo la última palabra.

⁽²⁶⁾ Según la expresión de José Rafael Pocaterra, *La tyrannie au Vénézuéla: Gómez, La honte de l'Amérique* (Paris, A. Delpeuch, 1928) El aporte de Gómez a la construcción del Estado necesita revisión profunda y responsable a la luz de los conceptos de “voluntarismo” (personalista e institucionalizador) que acuñé en 1987 (*Hispanoamérica: historia, desarrollo discrónico e historia política* (Caracas, IEP-UCV, 1987).

15.G GÓMEZ INSTITUCIONALIZADOR: EL ESTADO Y LA CONTRALORÍA

Hoy se está de acuerdo en que, entrado el siglo XX, el régimen de Juan Vicente Gómez (*la honte de l'Amérique*)⁽²⁶⁾ contribuyó paradójicamente a la institucionalización de la entidad política venezolana y a la creación de las condiciones de existencia del Estado y de “lo público”. De hecho, la hacienda pública y el ejército le deben demasiado. En 1912 se aprobaba un Código de Hacienda; en 1918, la Ley Orgánica de Hacienda Nacional. Correcciones hechas en 1926 y 1928 anteceden a la Ley Orgánica de Hacienda Nacional de 1934. La Contaduría General de Hacienda perdura principal, aunque no exclusivamente, como organismo de control fiscal durante todos estos años.⁽²⁷⁾ Pero no es sino hasta 1938 –bajo la presidencia de Eleazar López Contreras– que se aprueba nueva Ley Orgánica de Hacienda Nacional en cuyo título VI se contempla la creación de la Contraloría General de la Nación. La legislación sobre Hacienda prepara, en cierto modo, el advenimiento de esta institución como organismo con funciones de ...” fiscalización suprema de todos los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, así como la centralización, el examen y el control de todas las cuentas y operaciones fiscales y de bienes nacionales...⁽²⁸⁾. En 1947 la Contraloría General de la Nación obtiene reconocimiento de rango constitucional en virtud de la reforma del texto fundamental de ese año⁽²⁹⁾. Habían pasado diez años en que el principal logro público había estado –a casi siglo y medio de la Independencia– en la re-creación o restitución de la diferencia entre *controlado* y *contralor*.

No vamos a entrar en la historia de la institución. Alguno ya lo ha hecho y más pueden hacerlo mejor que yo. Pero quiero expresar, en la línea temática que ha guiado la elaboración de esta reflexión, que entre 1974 –fecha en que se reconoce la autonomía plena de la institución mediante Ley Orgánica– y la actualidad, a pesar de que alguna opinión sostenga que “el prestigio de la Contraloría General de la República ha permanecido incólume ante la opinión pública”...⁽³⁰⁾ por la calidad, la seriedad y la imparcialidad de la gestión, hay que reconocer –además–, que en la segunda mitad del siglo XX la joven institución fue rebasada por los hechos (ingresos fiscales espectaculares, crecimiento de la deuda externa, aumento exponencial de la corrupción, concomitante con el debilitamiento, no sólo

(27) Yépez G. en Cabrera, 1998, 114.

(28) En Cabrera Elery, *Historia de la Contraloría General de la República* (Fondo Editorial 60 años de la CGR) 1998 II, 20.

(29) *Ibidem*, II, 43.

(30) Acosta, en *Ibidem*, II, 129.

de la envergadura moral del país, sino del propio espíritu público —que ya era escaso— ante la fuerza avasallante de la avidez pública y privada de una riqueza obscena que estaba demasiado al alcance de cualquier mano). Complejo el ejercicio de la función contralora en estas circunstancias. En ellas, la versión venezolana del Estado se muestra con notas⁽³¹⁾ que por analogía la acercan estructural y dramáticamente, al período de enajenación de las funciones públicas que —como he rogado antes recordar—, sufrió la monarquía durante los siglos anteriores a los Reyes Católicos. Así como las “mercedes” del rey habían llevado a enajenar las funciones públicas en manos de los particulares, así el opulento “Estado” venezolano de las últimas décadas del XX fue privatizado —feudalizado—⁽³²⁾ por los estamentos (llámeselos sindicatos, colegios, gremios) en aras de los intereses particulares de los partidos y de sus miembros. Igual que el rey encarnaba la vida pública en los siglos a que aludimos, pero privatizaba los oficios vendiéndolos o concediéndolos “por merced” en una etapa del desarrollo político en la que la expansión de su poder tenía que contar con los particulares aunque fuera a costa de la propia cosa pública, así los partidos políticos venezolanos de fines del siglo XX fueron enajenando la función pública por la vía del “don populista”⁽³³⁾ como lo hacía el rey de modo equivalente “por merced real” a cambio de apoyos y lealtades para seguir teniendo los hilos del poder y el poder mismo.

16.O TRA VEZ ¿LEALTAD O CALIFICACIÓN? ¿PERSONALISMO O INSTITUCIONALIZACIÓN?

En ambos casos, *la exigencia de lealtad* se ha colocado por encima de *la capacidad y la calificación*. La Monarquía pudo superar la etapa e institucionalizar la función pública para crear el Estado mediante la experiencia acumulada que, en la etapa liberal impulsó con fuerza inusitada el desarrollo de la administración. La crisis y retroceso de “lo público” que supuso la Independencia desde esta perspectiva se hizo patente cuando la opción a la función pública volvió a fundamentarse en la lealtad más que en la capacitación. Se confundía —por inexperiencia y por temor a perder la independencia o necesidad histórica de conservar el logro— la función pública con el “cargo político” mientras el temor generaba la desconfianza en instancias impersonales. La novedad de las situaciones, su ines-

(31) Socorro, Nelson, “Corporatización y feudalización de la administración pública venezolana” 1996, 263 ss.; Capriles, Ruth, “La ética pública de la democracia venezolana: el don populista 1996, 203 ss. Ambos trabajos en *Lo público y lo privado* (Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 1996) 2 vols.

(32) Socorro, *op. cit.*

(33) Capriles Ruth, *op. cit.*

tabilidad y violencia, la inexperiencia, y la constante necesidad de conservar algún orden para subsistir como nación, impedían –paradójicamente– la toma de conciencia ponderada por los sectores intelectuales o pensantes para saber y entender lo que pasaba. Mucho menos para exigir y controlar la calificación o competencia de aquellos en cuyas manos iban a dar las funciones públicas dentro de aquella nefasta concepción del XIX de la cosa pública como botín igual que en la Edad Media. Botín, sí, primero de los personalismos en boga; luego, de las facciones o incipientes partidos para acabar como botín de las *créatures* del que estuviera en situación de mantener el logro frente a la inexperiencia, la improvisación, la novedad y movilidad de las situaciones y, lo que es más grave, del desconocimiento teórico del significado de lo que ocurría. El sentido y la dignidad de la función contralora se habían perdido en aquella contingencia.

17.H ACIA TIEMPOS MÁS RECIENTES

Así el retroceso de lo público⁽³⁴⁾ que había provocado la Independencia produjo como consecuencia el atraso que en la historia nacional de los últimos años ha supuesto ese atavismo –hasta ahora insuperable– de la fundamentación de la **función pública** (no del **cargo político**, entiéndase bien) en la lealtad más que en la capacitación. Algún rescate había, sin embargo comenzado –y continuado hasta el advenimiento del régimen actual en 1999– dentro y desde la propia Contraloría⁽³⁵⁾. Pero tenía que sustentarse, además, en una toma de conciencia sana, honesta y profunda de todos los sectores dirigentes del país –públicos y privados– en relación con el cumplimiento de la función contralora con *calificación y competencia*. En términos más populares y vulgares (pero en el buen sentido del término), el “control de la calidad” del funcionario –lo único capaz de animar y dar presencia al Estado–⁽³⁶⁾ se unió a la concepción –ya denunciada– de la cosa pública como el botín de los partidos que acceden al poder para premiar apoyos y lealtades de quienes vivían –recordando a Weber⁽³⁷⁾– más de la política que **para** la política. En tiempos signados por el inmediatismo materialista y consumista que presidió todos los ámbitos de la vida en los tiempos recientes la democracia representativa terminó naufragando sin remedio. Esa re-potenciación

(34) *Vid supra*.

(35) De hecho, era el espíritu que reinaba cuando el Contralor entonces, Dr. Eduardo Roche Lander me invitó a participar en las Jornadas que dieron a la luz una versión arcaica de este trabajo el año 1997.

(36) Njaim, Humberto “¿Evolución o desaparición del Estado social de derecho? en *Lo público y lo privado* 1996, 141 ss.

(37) *El político y el científico* (Madrid, Alianza Editorial, 1969).

momentánea de la función contralora –sobre cuya necesidad había menos dudas que acuerdo–, no fue pues, sostenida. Resultó lamentablemente breve. Pero mereció tantos parabienes y aplauso sincero en su momento, como lamento, náusea y tristeza provocan hoy la nueva etapa de descomposición y el deliberado desastre institucional. Retomar el buen rumbo será ineludible en el futuro si se quiere que la civilidad y lo público subsistan con dignidad y provecho en los tiempos de complejidad global que se avecinan. Esa reorientación no será, no podría ser la función contralora del antiguo régimen; tampoco la de países desarrollados y estables. Tendrá que ser aquella que hoy piense, quiera y pruebe como conveniente la *pars sana* y pensante del país. Porque de cualquier manera, tendrá que acompañar a la racionalidad funcional (las cosas **no andan bien** si los que las manejan **no las conocen** y **no saben** hacerlo) y la correspondiente legitimidad que necesariamente se imponga en tiempos de interdependencias complejas y de proyección global.

18.E N TIEMPOS MUY RECIENTES⁽³⁸⁾

Del tímido desarrollo-rescate de la función en los últimos años del siglo XX, “el propósito”⁽³⁹⁾ revolucionario se ha montado, proyectado y materializado sobre una estrategia de abatimiento institucional de la que no se ha librado –aunque tenga reconocimiento formal en la Constitución– la Contraloría General de la República. A su vez, el personalismo exacerbado del “líder del proceso” (como se oye llamar a Chávez) cabalga sobre una ética revolucionaria provocadora de una distorsión de la *necesidad* de control en la vida pública conducente a la disolución o desintegración trágica, tanto de la *función* como de la *institución*.

Formalmente, la Contraloría forma parte, junto con la Procuraduría General de la República, la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo, del “poder moral”⁽⁴⁰⁾. Pero cuando el presidente fue electo en aquellos comicios de 1998, se abrieron las puertas de

⁽³⁸⁾ Remito a algunas fuentes útiles en relación al tema reveladoras de casos interesantes en la web: www.proaceso.org.ve; www.transparencia.org; www.anticorrupcion.et.ve.

⁽³⁹⁾ Suscribo la idea propuesta por Germán Carrera Damas, para quien esta “revolución” no persigue la realización de un proyecto, sino de un “propósito” personalista escondido tras un cometido revolucionario. Expresado en el Programa de William Echeverría (Globovisión) *En la mañana*, el martes 2 de septiembre de 2008.

⁽⁴⁰⁾ Uno de los cinco poderes que reconoce la Constitución. Véanse Arts. 136 y 273 a 279; 287 a 290 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

⁽⁴¹⁾ Es el caso, entre otros, del actual Ministro de Energía y Minas, simultáneamente Presidente de PDVSA. O de la Ministra de Comunicación e Información, a la vez Presidenta de la CANTV. Se confunden en la misma persona los rangos de los cargos, distorsionando la respectiva *accountability*. (En la prensa diaria).

un siniestro “juego de la oca” que ha conducido a una regresión institucional sin precedentes. La función contralora resultó afectada y sorprendida por el frenazo y marcha atrás que supuso desconocer la letra de la norma y volver a confundir en nefasta *praxis* revolucionaria al contralor y al controlado en beneficio político del primero.⁽⁴¹⁾ En este punto del discurso es pertinente recordar y aclarar varias cosas. En primer lugar, tener claras las cuatro acepciones o significados de “lo público” que fueron expuestas al principio: lo relativo i. a “la transparencia”; ii. a “la notoriedad”; iii. “la dimensión política de la vida vinculada al Estado⁽⁴²⁾ y iv. “a lo pertinente a todos” los sujetos de una sociedad nacional dada.⁽⁴³⁾ La descomposición de la función contralora que ha tenido lugar y tiene curso en los tiempos que corren se caracteriza por una humillante situación de subordinación al designio y voluntad del Presidente que la esteriliza y desvirtúa de su razón de ser originaria. En esta situación, el ciudadano ha perdido su confianza y respeto hacia una institución instrumentalizada por el ejecutivo. Pero curiosamente, el curso de las cosas muestra que en la vida pública se produce lo mismo que en la naturaleza cuando los ríos desvían su curso por donde pueden cuando encuentran obstáculos. Como en toda comunidad políticamente ordenada existe una necesidad de control⁽⁴⁴⁾ que implica a su vez el ejercicio de una función contralora⁽⁴⁵⁾, cuando el órgano o institución llamado a ello ha perdido el sentido de su existencia, aquella se escapa hacia las otras significaciones y cauces de lo público. En la situación actual, no habiendo desaparecido la necesidad de control para conservar el orden en la sociedad, la función contralora se ha escapado del nicho institucional y público que la albergaba, para ir a refugiarse “en la calle” y en los medios de comunicación (prensa, radio, tv), para refugiarse allí en los dos sentidos de “lo público” que reconocíamos al principio: “la transparencia” y “la notoriedad”.⁽⁴⁶⁾

En consecuencia, la función contralora está hoy con la gente en la calle y en los *media*, instrumentos de la opinión pública que precisamente por no estar ocultos, ofrecen a los muchos que disienten campo de solidaridad y –por ser tantos– mayor seguridad. Eso no impide que desde la Contraloría, órgano formalmente reconocido para el cumplimiento de la función contralora, el “Estado”⁽⁴⁷⁾ preten-

(42) Donde precisamente se ha albergado naturalmente la Contraloría.

(43) Véase p. 1.

(44) Político, administrativo y económico fiscal.

(45) A lo que se ha dedicado gran parte de esta exposición.

(46) *Vid supra* pp.1 y 2.

(47) De hecho, el gobernante.

da controlar esos espacios “públicos” que todavía (no se sabe hasta cuándo) se pueda sentir a salvo de la influencia (y aquí la paradoja) del arbitrario poder ejecutivo que vio con beneplácito las inhabilitaciones decididas por la Contraloría en 2003 y 2007, luego convalidadas por el Tribunal Supremo de Justicia en julio-agosto 2008⁽⁴⁸⁾ contra un número notable de ciudadanos con opción de poder y –¿por qué no?– de triunfo a cargos estatales y municipales a los que por

(48) Agradezco las notas que siguen en nota 46 en relación con la visión actual de la Contraloría, mi colega Dr. Enrique Sánchez Falcón, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central.

(49) El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (GORBV N° 37.347 del 17/12/2001), es la disposición legal que sirve de fundamento a las decisiones de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, dictadas por el Contralor General de la República.

- En lo esencial el cuestionamiento de dichas inhabilitaciones debe hacerse en dos sentidos. De un lado, debe destacarse que el citado artículo 105 es inconstitucional, por:
 - Permitir la aplicación de la sanción “sin ningún procedimiento”, lo que de suyo es violatorio del debido proceso y el derecho a la defensa –garantías previstas en el artículo 49.1 constitucional–, al permitirle al Contralor apreciar la entidad del ilícito cometido, discrecionalmente y sin ningún tipo de control por parte del afectado.
 - Establecer una sanción accesoria de mayor gravedad que la sanción principal, lo cual es contrario al principio de la proporcionalidad entre sanciones y faltas, derivado natural del principio de la legalidad sancionatoria, previsto en el artículo 49.6 constitucional.
- Pero, de otra parte, debe también cuestionarse la aplicabilidad que el Contralor hace del citado artículo 105, al extenderla a los funcionarios electos o a las personas que aspiren u opten por un cargo de elección popular, pues esto:
 - Es violatorio de la previsión del artículo 42 de la Constitución, en el cual el constituyente estatuyó, sin lugar a dudas, que “el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos *sólo* puede ser suspendido por *sentencia judicial firme*”, previsión esta reforzada por el artículo 65 *ejusdem*, el cual, también sin lugar a dudas prescribe que “no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”.
 - Es violatorio de lo dispuesto en el mismo artículo 105, desde luego que de la estructura de esta norma legal es claro que ella tiene como únicos destinatarios a los funcionarios designados.
 - Aplicarla a los funcionarios electos representa una sustitución de la función jurisdiccional, lo cual configura, a no dudar, una usurpación de funciones.
 - Dado que su aplicación, tiene por objetivo impedir la participación política de sectores adversos al oficialismo, configura también una evidente desviación de poder.

esta razón se les impide ser electos el próximo noviembre, violando sus derechos civiles y políticos. Máximo y emblemático caso de agresión a la libertad y derechos de los individuos desde la viciada función contralora⁽⁴⁹⁾. ahora despojada vilmente de todas sus virtudes.

La situación venezolana viene a ser hoy, por eso, paradójica: alojada en esas dos acepciones de “lo público” que son “lo transparente” y “lo notorio”, la función contralora ha logrado escaparse como expresión de la vida pública en libertad y democracia, para sobrevivir por otros medios en la *public opinion* cuyos antecedentes, en el XVIII, permitieron por primera vez en la historia occidental las expresiones o manifestaciones sociales de lo público ⁽⁵⁰⁾. Eso no garantiza ni la supervivencia de la función ni el respeto al estado de derecho, a la Libertad y al debido proceso, pero lo expuesto refleja las dificultades que padece la función para sobrevivir, tanto más amenazada por el peligro de que los recursos y posibilidades electrónicas e informáticas que han hecho posible en gran medida la solidaridad ciudadana de la resistencia al régimen, se vuelvan amenazantes contra la sociedad⁽⁵¹⁾ en una situación totalitaria opulenta y subordinada del todo a la voluntad del mandamás.

-
- Aunque es cierto que la potestad del Contralor General de la República para dictar inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública, es una vieja previsión de la legislación de la materia, debe entenderse que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, con normas tan claras como las que citamos anteriormente, dicha potestad no le es aplicable a funcionarios electos o a quienes aspiren u opten por un cargo de elección popular.

⁽⁵⁰⁾ Véase mi trabajo cit. en nota 2.

⁽⁵¹⁾ Véase www.eluniversal.com del 27-8-08; www.noticias24.com del 14-9-08 en relación con las amenazas del régimen sobre los medios electrónicos y el control de Internet.

O PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CORRETIVO EXERCITÁVEL PELO PARLAMENTO BRASILEIRO

ANDRÉ RAMOS TAVARES^(*)
(Brasil)

SUMARIO: 1. Previsão e Limites do Poder Regulamentar no Brasil. 2. Sentido da Dualidade de Controle (Político e Jurídico) de Atos Normativos Secundários. 3. Formas de Controle do Poder Regulamentar. 4. O Controle Pelo Parlamento e seu Reconhecimento Pelo Judiciário. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1.P REVISÃO E LIMITES DO PODER REGULAMENTAR NO BRASIL

É imperioso distinguir, na atualidade, entre *função de governo* e *função meramente administrativa*. Nesse sentido, consoante a clássica lição de CARRÉ DE MALBERG, o que caracteriza o ato de governo é a circunstância de que, ao contrário dos atos administrativos, “encontra-se livre da necessidade de habilitações legislativas e se cumpre pela autoridade com um poder de livre iniciativa, em virtude de uma potestade que lhe é própria e decorre de uma origem distinta da lei”⁽¹⁾. O Presidente da República, disse WOODROW WILSON⁽²⁾, tem a confiança da nação na condução do Governo.

Essa importante distinção não pode deixar de ser reconhecida no caso brasileiro. Dela poderia derivar a falsa proposição de que a preocupação com o

(*) Professor Dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

(1) *Teoría General del Estado*, p. 483.

(2) *Apud*, Edward S. Corwin, *Presidential Powers and the Constitution*, p. 40.

controle do poder envolveria apenas a função de governo, estando a função meramente administrativa já devidamente conformada pelo âmbito do Direito. Não é, contudo, assim. No Estado Constitucional de Direito não se pode conceber função ou “poder” que não encontre balizas mínimas, que esteja imune a qualquer forma de controle ou verificação de legitimidade. Recolho, aqui, a preciosa lição de Diego Valadés⁽³⁾, para quem, no sistema constitucional democrático, o poder deve “a) estar distribuído; b) ser regulado; c) estar limitado; d) ser accesible; e) ser predecible; f) ser eficaz, y g) estar controlado”.

A atribuição, concedida ao Presidente, de expedir regulamentos para a fiel execução da lei (prevista na Constituição brasileira de 1988 em seu art. 84, IV), o chamado poder regulamentar⁽⁴⁾, não está entre as prerrogativas inerentes à função de governo. É preciso insistir que não se trata de uma função legislativa, mas antes de uma “verdadeira atividade administrativa de caráter normativo”.

Mesmo assim, é possível classificá-la entre as funções primordiais⁽⁵⁾ do Chefe do Poder Executivo, e será objeto deste estudo.

A forte vinculação à lei, deste poder regulamentar, é incontestável. Contudo, é um mecanismo importante para o desenvolvimento das funções propriamente administrativas. E seu uso, embora circunscrito, pode acabar por superar as barreiras da legitimidade.

O poder regulamentar responde pela edição de um ato normativo secundário, por pressupor lei anterior e decorrer da existência dessa lei e da correspondente previsão constitucional. Por ser uma prerrogativa que permite ao Presidente o exercício de uma competência *normativa*, seu exercício é extremamente delicado, porque qualquer intensificação dessa prerrogativa resultará na diminuição ou desconsideração do Parlamento em sua função primária de ditar as leis do país, com significativo impacto na garantia básica do Estado de Direito e da legalidade.

Como resposta, poder-se-ia cogitar de a lei impedir sua regulamentação por meio de regulamentos posteriores, resolvendo em parte o problema assinalado acima, de atrito potencial constante entre os “Poderes”. A proposta é inconsistente com a partilha funcional desenhada constitucionalmente. Não se compreende como uma lei possa intitular-se não regulamentável, sob pena de incidir na inconstitucionalidade por violação da cláusula constitucional de “separação de

(3) *El Control del Poder*, p. 9.

(4) Para um estudo do poder regulamentar em diversos ordenamentos jurídicos, v. a obra coletiva organizada por Paolo de Siervo.

(5) Como já havia assinalado em: André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1177. Nesse mesmo sentido: Diego Valadés, *El Control del Poder*, p. 398.

poderes”, a ser controlada, agora sim, pelas vias usuais do controle judicial-jurídico da constitucionalidade. Esta é uma cláusula implícita: quando se define o poder regulamentar como limitado à execução “fiel” da lei, está-se a um só momento criando uma função e limitando-a. Esse poder regulamentar é estabelecido em prol do Presidente, e não está à disposição do Congresso. A este não cabe indicar quando e como o Poder Executivo exercitará esse “poder”. Cabe-lhe, sim, o controle de um exercício regular dessa atribuição.

2.S ENTIDO DA DUALIDADE DE CONTROLE (POLÍTICO E JURÍDICO) DE ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS

É amplamente conhecida e referida a distinção entre controle político e controle jurídico *da constitucionalidade* dos atos normativos (leis ordinárias, leis reforçadas, atos normativos secundários, etc.). Contudo, essa já clássica leitura apresenta algumas dificuldades teóricas para se firmar plenamente sem maiores esclarecimentos.

Uma primeira objeção é a de que qualquer órgão da República é político, no sentido de que goza de autonomia em relação aos demais e, outrossim, por exercer alguma das funções consideradas essenciais (teoria da separação orgânica dos poderes) dentro de um Estado, com certo grau de discricionariedade. A partir dessa idéia ter-se-ia que todo o controle da constitucionalidade reverteria em controle político, porque exercido por um órgão politicamente relevante, que maneja, sempre, algum grau de discricionariedade. “Esse reducionismo, contudo, não se presta a qualquer esclarecimento sobre a correta natureza das diversas formas com que os órgãos do poder exercem a verificação da constitucionalidade dos atos e atividades, privados e públicos, incluindo os seus próprios”⁽⁶⁾.

Mas a presente classificação enfrenta outro óbice teórico. É que poderia levar ao entendimento equivocado de que o controle político, assim descrito, significa um controle realizado conforme critérios políticos (conveniência e oportunidade). O que se passa, em realidade, é que o critério classificatório, presente em praticamente todos estudos que se dedicam ao assunto, significa um critério quanto ao tipo de órgão, exclusivamente quanto ao tipo de órgão, e não quanto ao tipo de fundamento utilizado para o controle em si, quando se trata de referência ao controle de constitucionalidade. Em outras palavras, o controle continua sendo técnico, e só por isso pode ser controle de constitucionalidade. O órgão que o realiza, porém, é considerado político. Daí a sua classificação em controle político. Assim, se os motivos do controle fossem políticos, ele não poderia

⁽⁶⁾ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 221.

ser um controle de constitucionalidade. Este é sempre técnico-jurídico. Daí a idéia de que a revogação de leis seja um ato tipicamente político, ainda que oculte um sentido jurídico (como o de substituir ou mesmo apenas eliminar uma lei considerada inconstitucional).

Um exemplo poderá elucidar melhor essa ressalva: o veto ou poder de bloqueio⁽⁷⁾ do Presidente da República aos projetos de lei já aprovados pelo Parlamento, como ocorre no modelo norte-americano e similares, é uma forma de controle do poder. Esse controle, contudo, poderá ter uma matriz jurídica ou não. No primeiro caso (controle de índole jurídica), será um veto por motivos de inconstitucionalidade. No segundo (controle de matriz política), tem-se o veto político, que é a oposição ao projeto de lei por motivos de conveniência e oportunidade assim considerados pelo Presidente. O veto jurídico é um veto técnico, apoiado na suposta inconstitucionalidade do projeto de lei. O veto político é um *controle meramente político*, jamais um controle de constitucionalidade. O primeiro é exemplo do que aqui se chama de controle político, porque realizado por órgão político, o Chefe do Executivo. O segundo tipo não representa nenhum controle de constitucionalidade (apenas uma forma de controle do poder sem intervenção de aspectos técnicos de inconstitucionalidade).

Em resumo, o veto jurídico do Presidente da República ao projeto de lei é um veto baseado na inconstitucionalidade desse projeto. Ou seja, apresenta motivação técnico-jurídica. Mas é, consoante a classificação aqui apresentada, um controle político, porque realizado por órgão de natureza política, e não pelo Judiciário.

Na hipótese que se estudará adiante, os decretos normativos emanados do Presidente serão controlados pelo Parlamento, ambos órgãos tipicamente considerados como políticos. Contudo, o fundamento do controle será apresentado discursivamente como sendo jurídico (elemento formal necessário para a validade do próprio controle assim desenvolvido, como se verificará adiante).

Apesar de calcado em algum “tecnicismo”, o controle assim desenvolvido tem um forte componente político na sua pré-formulação. É que enquanto os órgãos judiciais são obrigados a decidirem sobre a existência de uma inconstitucionalidade, os órgãos políticos, mesmo que estejam convictos da inconstitucionalidade, podem deixar de desenvolvê-la.

Uma vez que seja decidido usar esse poder, sua legitimidade exige, como se verificará adiante, a fundamentação constitucional. Porém, nem mesmo aqui se pode exigir um grau de fundamentação idêntico àquele próprio dos órgãos judiciais.

(7) Na terminologia de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Os Poderes do Presidente da República*, p. 53.

3.F FORMAS DE CONTROLE DO PODER REGULAMENTAR

Embora seja correto afirmar que a Justiça Constitucional cumpre uma importante função arbitral entre os “Poderes”, defendendo o desenho institucional constitucionalmente previsto, e que há instrumentos judiciais próprios para isso, a Constituição também emprestou ao Parlamento o “poder” de velar pela sua própria competência. Na Constituição brasileira, essa possibilidade vem grafada no art. 49, V:

“V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que *exorbitem do poder regulamentar (...)*”.

É dizer, poderá o próprio Legislativo impor e buscar a preservação de sua competência. Trata-se de controle “político”, incidente sobre ato normativo expedido pelo Presidente da República, na sua tarefa constitucional de regulamentar o disposto nas leis⁽⁸⁾.

Mas para o exercício de uma atribuição dessa natureza pelo Parlamento, há dificuldades decorrentes do próprio “jogo político” a que está submetido o Parlamento. Há, como anteriormente afirmado, uma pré-formação política que não pode ser desconsiderada. Embora tecnicamente possa ser verificada o exercício irregular do poder regulamentar, mesmo assim poderá o Parlamento deixar de exercer sua atribuição.

Olvidar-se o Parlamento da tutela de suas próprias prerrogativas é anular-se enquanto “Poder”, embora interesses secundários possam suplantar, lamentavelmente, os interesses institucionais.

Na sua eventual “falha” por parte do controle exercitável pelo Parlamento, déficit que pode advir de contingências políticas (a)diversas, apresenta-se a Justiça Constitucional como órgão de calibração final do uso indevido do “poder”.

No Brasil, os atos normativos são passíveis de controle de constitucionalidade. Essa é a regra geral. E desde 1965, o Brasil adota tanto o modelo de controle judicial difuso-concreto (de forte inspiração norte-americana) como o modelo de controle abstrato-concentrado, por meio de ações diretas que podem ser apresentadas originariamente à Corte Suprema do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) que, nesses termos, faz o papel de um Tribunal Constitucional.

⁽⁸⁾ A esse controle político a doutrina brasileira e estrangeira dedicam uma preocupação muito escassa, talvez pela primazia que o controle jurídico-judicial tem desempenhado nas hipóteses de abuso no exercício do poder regulamentar.

Trata-se de uma conjugação de modelos históricos externos, que faz coexistir modelos distintos em sua singularidade, ao que chamei de modelo combinado⁽⁹⁾ que, como observa García Belaunde⁽¹⁰⁾, é um modelo que seria equivocadamente considerado como um modelo misto. O Brasil adota um modelo dual ou paralelo, para usar a terminologia de García Belaunde, embora nos últimos anos tenhamos assistido a uma intensa troca e contaminação entre esses dois modelos, sem contudo, desnaturar suas matrizes.

Tradicionalmente, o modelo concentrado-abstrato, no Brasil, desenvolve-se por meio da chamada ação direta de inconstitucionalidade. A jurisprudência da Corte Suprema, ao longo das décadas, têm sido restritiva quanto ao cabimento desta ação. Uma das exigências, por exemplo, é que se trate de lei ou ato normativo primário. Nesse sentido, decretos inconstitucionais não puderam ser combatidos por ação direta (restando, contudo, aberta, a ampla via do controle difuso-concreto, pelo interessado, a partir das instâncias judiciais inferiores).

Mas dentro do controle abstrato-concentrado brasileiro foi criado um mecanismo novo, denominado de “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Criado com a Constituição de 1988 (art. 102, atual parágrafo primeiro) só foi disciplinado por lei em 1999 (Lei n. 9882, em vigor). E uma das hipóteses de cabimento desta novel ação é justamente o ato normativo secundário (decretos regulamentares) que sejam considerados violadores da Constituição e de seus limites. É assim que se passou a ter, no Brasil, a Justiça Constitucional abstrata, como mais uma alternativa para o controle do “poder” regulamentar, o que era, até bem pouco tempo, absolutamente impossível.

4.0 CONTROLE PELO PARLAMENTO E SEU RECONHECIMENTO PELO JUDICIÁRIO

Não deixa de ser curioso que um processo de controle político do “poder” tenha, muitas vezes, recebido reconhecimento expresso por parte da Suprema Corte brasileira, responsável pela função de Justiça Constitucional definitiva no Brasil. Nesse sentido:

“O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere

⁽⁹⁾ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 226.

⁽¹⁰⁾ *Derecho Procesal Constitucional*, p. 132-3.

o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (Recurso Extraordinário 318.873-9AgR/SC, Min. rel. CELSO DE MELLO, DJ de 19/12/2002)”.

Algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade funcional de o Parlamento atuar na suspensão dos decretos inconstitucionais aconteceu por meio de ação direta de inconstitucionalidade –ADIn– em uma época na qual não caberia propor a referida ação em face do decreto presidencial em si, pois, como visto, a jurisprudência da Corte excluía essa possibilidade. Mesmo assim, foi possível ao STF afirmar a competência do Parlamento brasileiro para editar decreto legislativo com essa finalidade funcional.

O decreto legislativo de sustação, neste caso, consiste “na imposição, ao seu destinatário, do dever de não realizar o ato paralisado em sua eficácia jurídico-normativa” (Supremo Tribunal Federal, ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. CELSO DE MELLO, DJ de 06/11/1992). Ou seja, o Parlamento, na visão da Corte, ao editar um ato que visa a atacar o decreto presidencial, deve mirar os destinatários daquele decreto, determinando que este não seja cumprido. O Ministro CELSO DE MELLO, na ADIn-MC n. 748-3/RS, em voto monográfico, bem apresentou o delicado mecanismo que, assim compreendido, o art. 49, V, da Constituição do Brasil introduziu:

“A análise do preceito inscrito no art. 49, V, da Carta Federal, permite que nele se vislumbre –a partir da excepcionalidade de que se reveste a sua aplicação – nítida cláusula derogatória do princípio da divisão funcional do poder. Na realidade, a própria teleologia da norma em questão objetiva, em última análise, viabilizar a possibilidade jurídico-constitucional de ingerência de um Poder (o Legislativo, no caso) na ambiência e no espaço de atuação institucional de outro (o Executivo)” (ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. CELSO DE MELLO, DJ de 06/11/1992).

Não é só. O decreto legislativo, nestes casos, afigurar-se-ia como instrumento profícuo para *manter* a higidez do modelo de “separação de poderes” assegurado na Constituição. Portanto, o art. 49, V, e seu respectivo instrumento paralisador, servem para suspender aqueles atos que estão fora dos limites do desenho constitucional de competências, mantendo, assim, o modelo democrático acolhido pela Constituição, e que impõe a subordinação do Chefe do Executivo às leis em vigor e à Constituição.

Frise-se que este, o decreto legislativo, é o único instrumento idôneo, por parte do Legislativo brasileiro, para controlar os excessos do Presidente da República, em seu poder regulamentar (cf. ADIn-MC n. 748-3/RS, Min. rel. CELSO DE MELLO, DJ de 06/11/1992). Eventual revogação da lei (que teria dado suporte ao decreto) por lei posterior acaba, como observado anteriormente, não sendo considerada como uma hipótese de controle político-jurídico, nos termos aqui alinhavados, embora possa ser considerada uma forma mais ampla de controle.

5.C ONCLUSOES

O modelo de controle do “poder” regulamentar próprio do Chefe do Executivo, por meio de ato posterior do Parlamento, apesar de seu fundo técnico-constitucional, não deixa de apresentar algumas daquelas “facilitações” formais às quais se refere Diego Valadés em seu monumental trabalho acerca do controle do poder. Na realidade, há sempre algum hibridismo ou inter-penetração, porque a Justiça Constitucional pode estar sempre intercedendo seja para assegurar que os controles externos do poder tenham condições de prosperar autonomamente (em parte, coincide com o papel minimalista da Justiça Constitucional, assinalado por Habermas e Ely, e pelos defensores da democracia deliberativa, como Amy Gutmann, dentre outros), seja para verificar sua extrapolação ou até mesmo, como no caso, para confirmar sua existência. Em muitas hipóteses, a Justiça Constitucional pode ser chamada para discutir, em última instância, sobre um atrito decorrente do uso de um controle não-jurídico do poder. Isso não retira, por óbvio, a grande importância, assinalada por Valadés, aos controles políticos, por serem menos formais e muito mais dinâmicos. Mas também estes podem acabar sendo abraçados pela formalização, se e quando levados à discussão perante a Justiça Constitucional. Mas isto não é nem uma regra nem uma ocorrência prática freqüente. Daí a especial atenção que se deve oferecer ao controle político do poder, como alternativas especiais de limitação e, em muitos casos, participação no “poder”.

No caso estudado neste breve ensaio, a realidade distanciou-se do modelo desejável. O sistema menos formal (ainda que amarrado na base pela idéia jurídica da inconstitucionalidade) tem se mostrado ineficiente. A razão está nas dificuldades políticas e na indiferença do Parlamento brasileiro para com os decretos do Presidente que extrapolam de sua função de mero “executor⁽¹¹⁾”. A Justiça

(11) O mesmo não pode ser dito quanto às medidas provisórias editadas pelo Presidente (capacidade normativa primária e extraordinária), que sofrem severas críticas do Parlamento devido ao abuso. O Parlamento tem procurado melhorar o modelo, seja por meio de emenda constitucional (como a EC 32) seja por meio de novas propostas, formação de comissões de

Constitucional é que tem desempenhado, aqui, o papel preponderante e decisivo, no clássico modelo de controle jurídico, formal e muitas vezes custoso e demorado.

6.R REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Canotilho, J. J. Gomes, Moreira, Vital. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra ed., 1991.
- Clève, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2^a ed. São Paulo: RT, 2000.
- Corwin, Edward S.. *Presidential Power and the Constitution : essays*. London: Cornell University, 1976.
- Ely, J. Hart. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard Uni. Press, 1980.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001.
- Gutmann, Amy, Thompson, Dennis. *Democracy and Disagreement: why moral conflict cannot be avoided in politics, and what should be done about it*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard Univ. Press., 1996.
- . *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton Univ. Press, 2004.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*. México: Fondo de cultura económica, 2001.
- Siervo, Paolo e Ugo Caretti. *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*. Bolonha: Il Mulino, 1991.
- Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Valadés, Diego. *El Control del Poder*. 2^a ed. México: Editorial Porrúa, 2000.

estudos e até procedimentos não previstos pelo Direito Constitucional, como a recente suspensão de votação das medidas provisórias.

CONTROL DEL PODER, SUPREMA CORTE Y JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

A Diego Valadés con admiración y afecto.

ARTURO ZALDÍVAR (*)
(México)

Es un honor participar en este merecido homenaje a uno de los juristas más destacados de Iberoamérica y un muy apreciado amigo como lo es Diego Valadés. Celebro que la temática de esta obra sea el control del poder, problemática que ha preocupado a nuestro homenajeado desde hace tiempo, y sobre la cual ha desarrollado importantes estudios académicos.

El control del poder presenta muy variadas vertientes, todas ellas de gran complejidad e importancia. Este breve estudio no tiene por objeto dar una visión de conjunto del tema, ni siquiera de un sector controlador. Me limitaré a compartir algunas ideas sobre un tema específico pero de urgente solución en el ámbito de derecho procesal constitucional mexicano, y que tiene que ver una deficiente defensa de los derechos fundamentales ante el *olvido* del instrumento idóneo para su protección y desarrollo *i.e.* el juicio de amparo en sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como es sabido, en enero de 1995 entró en vigor una importante reforma constitucional que, en lo que nos ocupa, reestructuró, en primer término, la Suprema Corte. Antes de la reforma la Corte estaba integrada por 21 ministros numerarios y hasta cinco supernumerarios. Estos últimos formaba la sala auxiliar, mientras que los numerarios se distribuían en cuatro salas e integraban el Pleno de la Corte. Con la reforma se reduce el tamaño de la Corte para quedar con once ministros, los cuales trabajan en Pleno y en dos salas.

(*) Vicepresidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor en la Escuela Libre de Derecho.

Por otro lado, estableció el Consejo de la Judicatura Federal para administrar y vigilar al Poder Judicial de la Federación, funciones de las que anteriormente se encargaba la Suprema Corte. La institución del Consejo de la Judicatura si bien obedeció a plausibles razones, requiere de un sereno análisis a la luz de la experiencia de estos años, respecto de su integración, de su enorme estructura administrativa, de sus relaciones con la Suprema Corte, así como del alcance de sus facultades de vigilancia respecto de magistrados y jueces federales, ya que en la práctica cotidiana se generan diversos problemas derivados de los aspectos indicados, cuyo análisis excede los propósitos de este estudio.

La reforma no fue meramente orgánica, sino que puso énfasis en el perfeccionamiento de los instrumentos de derecho procesal constitucional. En ese sentido, amplía los presupuestos de procedencia de las controversias constitucionales y crea las acciones de inconstitucionalidad. Posteriormente, dicha reforma se ve complementada con la reforma constitucional de 1996, la cual incorpora el Tribunal Electoral a la estructura del Poder Judicial Federal, constituyéndose así en un tribunal de constitucionalidad y de legalidad en materia electoral.

Debe destacarse que los autores de la llamada *reforma judicial* no se ocuparon del juicio de amparo, no hubo una reflexión sobre su urgente modernización y sobre la forma en la que el amparo debía insertarse en el nuevo derecho procesal constitucional mexicano.

Esto llama la atención y resulta una grave omisión de la reforma que comentamos, por lo menos por dos razones: la primera es que hasta antes de la reforma que entró en vigor en 1995, el juicio de amparo era el único instrumento de derecho procesal constitucional con real operatividad en México. Las controversias constitucionales eran más bien la excepción y no tenían gran relevancia. Por lo que el debate sobre la justicia constitucional en México iniciaba y concluía con el juicio de amparo.

La segunda, es que el juicio de amparo es el instrumento encargado de la protección de los derechos fundamentales, la parte más relevante de la justicia constitucional. Olvidar el amparo es ignorar la defensa de los derechos fundamentales.

Las únicas modificaciones que sufrió el juicio de amparo, fueron para facilitar el cumplimiento de las sentencias de amparo, prever el cumplimiento sustituto y, lamentablemente, para establecer la caducidad de la instancia en el procedimiento de ejecución de las sentencias de amparo. Ninguno de estos puntos es garantista, ni pone el acento en el perfeccionamiento del amparo en mérito de una mejor protección de los derechos fundamentales.

El haber excluido de la reforma al juicio de amparo generó, como lo hemos venido sosteniendo desde hace años, una distorsión procesal en el sistema que agudizó la crisis del amparo y perjudicó la defensa de los derechos fundamentales.

A partir de ese momento, se han considerado como de menor jerarquía los problemas de los que se ocupa el amparo, frente a los asuntos que llegan a la Corte vía controversias o acciones. Esta situación ha impedido no sólo el perfeccionamiento y modernización del juicio de amparo, sino que ha provocado su involución y una muy deficiente protección de los derechos fundamentales.

No conocemos las razones, si es que las hubo, para no ignorar el amparo en la reforma constitucional que entró en vigor en 1995, pero podemos afirmar que el juicio de amparo es el gran olvidado de esa reforma. Quizás, en algún momento se consideró, de manera inconsciente, y se tomó como una verdad irrefutable, que la labor principal si no es que única de los tribunales constitucionales (y la Corte ha insistido que ésta es su naturaleza) era la de resolver conflictos entre órganos de poder a través de las controversias y las acciones, el amparo era una molesta antigüedad de la cual había que desprenderse a la brevedad posible.

A partir de esta distorsión procesal, se ha venido construyendo una justicia constitucional que privilegia la solución de conflictos entre órganos del poder, la llamada por el ilustre comparatista italiano Mauro Cappelletti, justicia constitucional orgánica, frente al derecho procesal constitucional que se ocupa del desarrollo y protección de los derechos fundamentales, la denominada justicia constitucional de la libertad o de las libertades. Se ha preferido el derecho procesal constitucional del poder frente el derecho procesal constitucional de los derechos.

Hasta cierto punto puede entenderse que durante los primeros años de la reestructuración de la Corte se otorgara mayor atención a las controversias entre poderes, tanto por su novedad, como por el momento de acomodo político que acompañó a esa etapa. Pero no hay justificación alguna para que siga considerándose una cuestión secundaria la defensa de los derechos fundamentales. Máxime si, como hemos sostenido en otra ocasión, “reducir la misión del Tribunal Constitucional a la de árbitro de conflictos entre actores políticos es desconocer su real poder, es decir, su posibilidad de impactar en la construcción de una democracia sustantiva”⁽¹⁾. La mayor trascendencia en la labor de los tribunales constitucionales se da en la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales, ahí radica la mayor riqueza interpretativa, la posibilidad de impactar en la vida de los ciudadanos, de hacer de la Constitución un texto vivo.

La distorsión de origen *i.e.* el olvido del juicio de amparo en la llamada reforma judicial, ha provocado que, si bien contamos con un complejo sistema de

(1) Magaloni, Ana Laura y Arturo Zaldívar: “El ciudadano olvidado”, en *Nexos*, número 342, México, junio de 2006, p. 35.

derecho procesal constitucional que ha traído innegables beneficios⁽²⁾, a partir de la labor de la Suprema Corte como controlador de los conflictos constitucionales entre órganos de poder, también ha provocado una justicia constitucional desequilibrada, poco favorable para el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales. Los derechos siguen siendo la agenda pendiente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Todo parece indicar que la Corte sigue respondiendo a un viejo paradigma del juicio de amparo, merced al cual se concibe al amparo como un simple instrumento protector de un interés particular; se piensa que resolver un juicio de amparo y determinar la inconstitucionalidad de una norma general o un acto de autoridad es algo que interesa en exclusiva al individuo particular quejoso, similar a lo que ocurre al dictar sentencia, por ejemplo, en un juicio de índole mercantil. Aunque dicha comprensión del amparo tiene diversas explicaciones, ello no justifica su olvido como instrumento idóneo para la defensa de los derechos fundamentales, a través de los llamados acuerdos generales, mediante los cuales se ha delegado casi por completo la resolución de los juicios de amparo a los Tribunales Colegiados de Circuito⁽³⁾.

Generar un nuevo paradigma del amparo exige verlo como un instrumento que protege y desarrolla la norma constitucional (y los derechos que ella protege) a partir del caso concreto; que no sólo resuelve sobre el pasado, sino que orienta hacia el futuro. Hoy en día, el juicio de amparo no puede verse tan sólo como un juicio que resuelve un interés de un particular en específico, es necesario comprender que el amparo es el único instrumento con que el gobernado cuenta para defender sus derechos constitucionales, y a través de él, se puede ir desarrollando toda una jurisprudencia respecto al contenido, desarrollo y protección de los derechos fundamentales. Así la sentencia de amparo no sólo resuelve sobre el pasado, sino orienta hacia el futuro. El nuevo paradigma del amparo exige entender que a partir del caso concreto, se protege el *interés* de la propia Constitución y del sistema democrático que ella garantiza y desarrolla. Esta idea, tomada en serio, modificaría radicalmente no sólo la actuación de la Suprema Corte sino del Poder Judicial en su conjunto. Un nuevo paradigma exige un actuar diferente del juzgador y un modo distinto (más garantista) de entender el proceso de amparo.

(2) Al respecto véase nuestro estudio: “La trascendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a diez años de su reestructuración”, *Décimo aniversario de la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

(3) Salvo amparos contra leyes de naturaleza fiscal es muy difícil que llegue otro tipo de juicios de amparo en revisión a la Corte.

Si aceptamos que el juicio de amparo es el instrumento procesal por excelencia para la defensa de los derechos fundamentales, resulta obvio que la eficacia del amparo está íntimamente relacionada con la eficacia de los derechos, o, al menos de la eficacia del desarrollo y protección jurisdiccional de dichos derechos. Un juicio de amparo rígido, anacrónico y relegado a la decisión de una diversidad de órganos judiciales implica necesariamente una deficiente protección de los derechos fundamentales. Puede afirmarse que el amparo y los derechos fundamentales forman un binomio indisoluble, por propia naturaleza. En gran medida, el desarrollo y evolución de éstos depende del dinamismo y eficacia de aquél.

Son muchas las inercias del sistema judicial que impiden el desarrollo de los derechos fundamentales a través del juicio de amparo, baste con señalar la falta de modernización de los criterios conforme a los cuales se aplica el amparo, derivada de la delegación casi absoluta de los juicios de amparo a los Tribunales Colegiados de Circuito.

Una de las peculiaridades del juicio de amparo mexicano es que éste no puede comprenderse si no es a través de la lectura de un número impresionante de precedentes, tanto de la Suprema Corte como de los Tribunales Colegiados de Circuito. La simple lectura de la Ley de Amparo sería insuficiente para plantear y tramitar adecuadamente un juicio constitucional. El amparo es producto de una amplia y antigua tradición jurisprudencial, ya que hasta antes de la reforma de 1995, la actividad primordial de la Suprema Corte era la de resolver juicios de amparo, así como contradicciones de tesis generadas en y sobre los procesos de amparo. Esto generó una intensa y extensa *doctrina amparista* en el seno de la Corte. Si bien, con el paso del tiempo los Tribunales Colegiados fueron fijando su propia jurisprudencia⁽⁴⁾, casi la totalidad de los tribunales se ceñían a los criterios de la Corte y evitaban innovar en sus resoluciones ⁽⁵⁾. La interpretación y reinterpretación del amparo se dio en sede de la Suprema Corte.

(4) Nunca sobra la referencia a los criterios de vanguardia que fijó como magistrado de circuito don Guillermo Guzmán Orozco, uno de los mejores jueces mexicanos de todos los tiempos, quien como es sabido, después fue ministro de la Sala Auxiliar, pero su independencia de criterio y sus interpretaciones modernas y garantistas le impidieron llegar al Pleno de la Suprema Corte, atento la realidad política que se vivía en aquella época.

(5) Otro caso que merece citarse es el del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuando lo integraba quien hoy es ministro Presidente de la Suprema Corte, don Guillermo Ortiz Mayagoitia. El actual ministro estableció el criterio de que los casos de afectaciones al orden público y el interés social a que se refiere el segundo párrafo de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo eran susceptibles de ser valorados en cada caso concreto por los juzgadores, cuando a su juicio se afectaran bienes de mayor jerarquía con la negativa de la suspensión (Queja 456/86). Este criterio pronto fue *corregido* por la Suprema Corte: Segunda Sala, tesis 2ª/J 6/92, octava época, *SJF*, t. 56, agosto d 1992, p. 18.

Por ello, los elementos principales del juicio de amparo encontraron su definición en conceptualizaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte. Como ejemplos podemos citar al interés jurídico entendido como derecho subjetivo, el concepto de autoridad para efectos del amparo, el de leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, la suspensión con efectos meramente conservativos y no restitutorios, etcétera. No queda duda que la evolución y la *involución* del amparo se produjo a través de los criterios de la Suprema Corte.

La autoexclusión de la Corte en el análisis cotidiano de los problemas procesales del amparo, ha impedido la modernización jurisprudencial de dicho instrumento procesal. Esto es así, porque el amparo sigue tramitándose, en gran medida, a partir de criterios que respondían a una realidad distinta, de interpretaciones antigarantistas, formalistas y anacrónicas.

Particularmente grave es la delegación por parte de la Corte a los tribunales colegiados de circuito de lo concerniente a la materia de improcedencia en amparo contra leyes. De conformidad con los acuerdos generales de la Suprema Corte⁽⁶⁾, en los amparos indirectos en contra de leyes *i.e.* normas generales cuando el juez de distrito sobresee respecto de algunos preceptos o de toda la ley impugnada, el recurso de revisión que se interponga tendrá que ser remitido al tribunal colegiado de circuito que corresponda para que resuelva lo relativo al sobreseimiento decretado por el juez de distrito.

No debemos perder de vista que la Suprema Corte desde tiempos añosos y a través de sus diversas integraciones, desarrolló un complejo sistema del amparo contra leyes, que fue abriendo una amplia gama de opciones impugnativas para los particulares, privilegiando el control contra las normas generales. Un sistema impugnativo dinámico, que se fue adaptando a las cambiantes circunstancias sociales y que requiere, como es obvio, revisarse y actualizarse continuamente.

El hecho de que la Suprema Corte delegue los temas de improcedencia en amparo contra leyes a los tribunales colegiados tiene serios inconvenientes. En primer término, *congela* los criterios de la Corte sobre el tema, se pierde la oportunidad de su actualización y perfeccionamiento. Por otro lado, se presta a que los criterios tradicionales de la Corte sean interpretados incorrectamente o de manera más rígida y antigarantista por parte de los tribunales colegiados sin remedio posible, pues la Corte ha sostenido que lo resuelto por el tribunal colegiado en materia de improcedencia no puede ser modificado por la propia Corte⁽⁷⁾. La evolu-

(6) Acuerdo 5/2001, véase también los acuerdos 14/2005, 3/2006, 4/2006, 7/2006 y 12/2007.

(7) Novena Época, Pleno, *SJF*, XVIII, Diciembre de 2003, Tesis: P. XVII/2003, p. 18. REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN LA SEGUNDA INSTANCIA, CONFORME AL ACUER-

ción del amparo en contra de normas generales es trascendente para el desarrollo de la justicia constitucional, es la puerta de entrada a la justicia, si ésta se cierra por anacronismos o falta de visión garantista se frustra una de las mayores virtudes del juicio de amparo, producto de muchas generaciones de integrantes de la Suprema Corte.

En resumen, la delegación de los temas de amparo en los tribunales colegiados impide la modernización de los aspectos que, paradójicamente, la Suprema Corte impulsó en el proyecto de nueva ley de amparo elaborado por la comisión especial designada por el Pleno, como son, entre otros, la protección de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, la superación del interés jurídico como derecho subjetivo para dar paso al interés legítimo, ampliar el concepto de autoridad para los efectos del amparo, lograr una suspensión más moderna y eficaz, resolver los problemas de los mal llamados *samparos para efectos*, etcétera.

Asimismo, es imprescindible el liderazgo de la Suprema Corte en el tema de los derechos fundamentales, que imprima coherencia a los criterios interpretativos, que dé luz a la labor de los tribunales colegiados y jueces de distrito y que dote de contenido a los derechos, principios y valores constitucionales.

Ante este escenario, resultó positiva la reforma constitucional de septiembre de 2006 que legitima como actores en las acciones de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución; y a los organismos de protección de los derechos humanos de los estados y del Distrito Federal en contra de leyes estatales y del Distrito Federal. Lo que, como es previsible, llevará a la Suprema Corte asuntos relevantes en materia de derechos fundamentales.

DO PLENARIO 5/2001, CONSTITUYE UNA DECISIÓN INMUTABLE E INATACABLE.

De conformidad con lo dispuesto en los puntos quinto, décimo, décimo primero y décimo segundo del Acuerdo General Plenario 5/2001, de 21 de junio de 2001, los recursos de revisión en amparo indirecto, competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, serán enviados por los Jueces de Distrito y, en su caso, por los Tribunales Unitarios de Circuito a los Tribunales Colegiados de Circuito para que verifiquen su procedencia y resuelvan, en su caso, sobre la caducidad, el desistimiento o la reposición del procedimiento, así como sobre la inconstitucionalidad de leyes locales o federales respecto de las cuales exista jurisprudencia aplicable de este Alto Tribunal, y que de resultar procedente el juicio, cuando el asunto no quede comprendido en tales hipótesis, dejarán a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia y le remitirán los autos sin analizar los temas de su exclusiva competencia. En ese sentido, la resolución dictada en segunda instancia por el Tribunal Colegiado de Circuito constituye una decisión emitida por un tribunal terminal y, por tanto, adquiere características de inatacabilidad e inmutabilidad, de manera que ni siquiera el Máximo Tribunal de la República está jurídicamente facultado para modificarla.

En este sentido, la reforma referida podría ser un parteaguas en la historia reciente de la justicia constitucional en México; pues un instrumento (las acciones de inconstitucionalidad) diseñado originalmente como una vía de derecho procesal constitucional del poder *i.e.* como defensa, principalmente, de las minorías parlamentarias⁽⁸⁾ y de los intereses que defiende la Procuraduría General de la República, participa ahora del derecho procesal constitucional de los derechos. Pero será trascendente, sobre todo, si el desarrollo de la reforma provoca un mayor desarrollo de los derechos humanos por parte de la Suprema Corte de Justicia. Dependerá, en gran medida, de que los nuevos órganos legitimados presenten casos relevantes en materia de derechos fundamentales.

De entrada nos parece que se hará necesario que la Corte se enfrente a dos problemas que permitirían una gran riqueza en su labor interpretativa, a propósito de las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos protectores de derechos humanos.

La primera se refiere a la inconstitucionalidad por omisión parcial. Problema que se presentará, por ejemplo, en aquellos casos en que la legislación secundaria que reglamente un derecho fundamental vulnere el núcleo central del derecho por insuficiencia en el desarrollo de dicho derecho. La Corte tendrá que analizar, por un lado, la procedencia de la acción en casos de este tipo, para después acometer el método para el análisis del problema, y, por último, los efectos de una sentencia estimatoria de este tipo. Sin la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión parcial, la utilidad práctica de las acciones intentadas por las comisiones de derechos humanos se vería seriamente limitada⁽⁹⁾.

El otro tema tiene que ver con una mayor utilización de la interpretación conforme para salvar la constitucionalidad de la ley, al tiempo que se impone una interpretación obligatoria que defiende y desarrolla los derechos.

Sin embargo, la reforma que venimos comentado no resuelve de manera completa el problema de la protección de los derechos fundamentales, pues tiene las limitaciones de estar encomendada a entidades públicas, que si bien tienen por objeto defender los derechos humanos no pueden abarcar la protección completa de un asunto tan complejo; y las que se derivan del propio tipo de control, y que se refieren a la temporalidad en que estas acciones tienen que ser ejercitadas, así como a que el control abstracto en no pocas ocasiones es inepto para prever la

(8) En el mismo concepto de interés de las minorías ubicamos a los partidos políticos como actores en contra de leyes electorales.

(9) La tendencia en la Suprema Corte, hasta este momento, es contraria al control de la inconstitucionalidad por omisión parcial lo que limita la riqueza de su intervención en el desarrollo de los derechos fundamentales.

totalidad del espectro que en la vida cotidiana despliega la vulneración de los derechos fundamentales.

Es importante que los distintos operadores jurídicos tomen conciencia que el juicio de amparo es el instrumento procesal por excelencia para la protección de los derechos y que su evolución y perfeccionamiento implica una mejor defensa de los derechos fundamentales, en beneficio de los cuales encuentra sentido toda la ingeniería constitucional. No podremos alcanzar un estadio satisfactorio en la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales si el instrumento procesal encargado de su defensa sigue respondiendo a ideas superadas por las mejores prácticas de los tribunales constitucionales y por la doctrina más autorizada.

Lo ideal sería la aprobación del proyecto de nueva ley de amparo, elaborado por la comisión especial creada por el Pleno de la Suprema Corte, y convertido en iniciativa por un grupo plural de senadores⁽¹⁰⁾. Sin embargo, esto no se ve viable, al menos en el corto plazo. Por ello, es importante que la Suprema Corte asuma el liderazgo en la protección de los derechos fundamentales y en la modernización del juicio de amparo.

En este sentido, consideramos urgente que la Suprema Corte asuma las siguientes líneas de actuación:

1. Un ejercicio selectivo de la facultad de atracción que permita la detección de asuntos que presenten la oportunidad de un desarrollo de los derechos humanos, a partir de los cuales se vaya construyendo una doctrina constitucional por parte de la Corte en este tema. Esta primera propuesta parte del presupuesto de una filosofía garantista por parte de los ministros; de lo contrario, los efectos del análisis de la Corte serían abiertamente contraproducentes.
2. La evolución del juicio de amparo, a través de la modificación de los criterios tradicionales en materias como interés jurídico, suspensión, improcedencia, autoridad para los efectos del amparo, *amparos para efectos*, entre otros temas de importancia.
3. Revisión de la jurisprudencia que en materia de *garantías individuales i.e.* derechos fundamentales se estableció durante el anterior régimen y que no se compadecen con una sociedad más democrática, abierta y plural.
4. La modificación de las *prácticas judiciales*, a partir del establecimiento de nuevos criterios jurisdiccionales. Parece que pasa inadvertido para la Corte la posibilidad de generar a partir de ahí una *gran reforma judicial*, sin necesidad de modificación legal alguna.

⁽¹⁰⁾ Para un estudio amplio sobre el tema, véase: Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo: *Hacia una nueva ley de amparo*; UNAM-Porrúa, México, 2004.

Pero ante todo, lo que resulta esencial es un cambio de mentalidad en la Suprema Corte, que haga suyo el nuevo paradigma del juicio de amparo y que demuestre con su actividad cotidiana que su misión más trascendente es la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales. Requerimos de una justicia constitucional menos mediática y más efectiva; que privilegie el drama de los derechos frente a los reflectores de la televisión; que ponga el énfasis en la fuerza del precedente para cambiar la realidad; que asuma la trascendente misión a la que esta llamada en estos tiempos particularmente dramáticos que vive el país, sin importar los riesgos que esto implique.

EL CONTROL DEL PODER EN PROCESOS DE TRANSICIÓN

DIETER NOHLEN (*)
(Alemania)

SUMARIO: 1. Dedicatoria. 2. Consideraciones preliminares. 3. Alemania. 4. España. 5. México. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía selecta.

1.D DEDICATORIA

Contribuir en un libro-homenaje a Diego Valadés con un tema relacionado con el control del poder parece ser como llevar leña al monte. El ilustre homenajeado ha hecho este *topos* el suyo, enfocándole con renovado ímpetu a través de su brillante carrera científica. Si me atrevo, sin embargo, a escoger el tema del control del poder en mi aporte a este libro-homenaje, lo hago por transmitir primero mi consideración de que el tema es de gran relevancia, segundo que comparto muchas de las ideas y conclusiones que Diego Valadés ha generado, y tercero que me complace enormemente poder entablar otro diálogo con él a través de mis modestas consideraciones vertidas en este ensayo. Son consideraciones sueltas en relación a experiencias históricas de Alemania, España y México en procesos de transición de regímenes no democráticos de diferente índole a democracias constitucionales representativas. Llaman la atención a un uso múltiple del concepto de control, conforme a su significado distinto a partir de lo lingüístico y a la necesaria diferenciación según dimensiones políticas, sociales y jurídicas al observar situaciones históricas específicas.

(*) Universidad de Heidelberg.

2.C CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El control del poder es, sin lugar a duda, un tema clásico de la teoría política. Sin embargo, no conviene en esta oportunidad citar a todos los autores de prestigio que han contribuido al debate, desde la antigua Grecia pasando por los grandes teóricos de la separación de poderes hasta los pensadores de hoy en día, iluminando el papel crucial que desempeña el control del poder en el concepto del buen gobierno y de la democracia constitucional, así como tampoco su relación con uno de los más altos valores de la política: la libertad.

Mi atención se dirige a procesos históricos concretos, para ver cómo se desenvuelve el *topos* del control del poder en situaciones cambiantes. Me interesan las tres dimensiones de comparación: en primer lugar obviamente la diacrónica o vertical, pues quisiera comparar situaciones diferentes en un mismo país, en segundo lugar la comparación sincrónica o horizontal entre países, para ver las similitudes y diferencias en el desarrollo del concepto estudiado, y también cómo influyó el contexto en su significado y actualidad histórica, en tercer lugar la comparación diferida en el tiempo, un tipo de comparación mixta entre las dos primeras comparaciones, cuando los casos se distinguen mucho en el tiempo, aunque tengan similitudes que propician la comparación (el caso de los *comparable cases*). Escogí Alemania, España y México. Confieso que esta selección tiene un trasfondo personal. Sin embargo, respecto al proceso de transición hacia la democracia, representan tipos diferentes: Alemania un caso de ruptura y refundación de la democracia, después de haber sido liberada de un régimen totalitario; España un caso de transición pactada de contenido rupturista, después de la muerte del dictador y de haberse demostrado la inviabilidad del continuismo; México un caso de transición lenta y continua hacia el pluralismo político, de continuidad respecto a la constitución escrita, estableciendo finalmente nuevas reglas e instituciones electorales que permitieron primero el libre acceso al poder de las alternativas políticas y segundo como efecto novedoso que la constitución “se realizara” (Konrad Hesse).

Desde una perspectiva histórica, el control del poder surge como anhelo y proyecto en situaciones de transición de un régimen monocrático, totalitario o autoritario hacia algo diferente, en especial hacia un Estado constitucional. Así, en Europa del siglo XIX se vislumbra primeramente en procesos de transición de una monarquía absoluta a otra de tipo constitucional, y últimamente en América Latina a finales del siglo XX de un régimen autoritario a una democracia constitucional representativa. Como objetivo y concepto guía en la organización de los poderes públicos, está especialmente presente en los procesos fundacionales de un Estado constitucional, cuya propia identidad parece depender del grado del control del poder que se establece primero en la Carta Magna, segundo en el

ejercicio efectivo del poder conforme a los preceptos constitucionales. Estos procesos fundacionales parecen formar momentos claves en la concretización práctica de la teoría del control del poder (véase desde una perspectiva jurídica, Del Refugio González/López Ayllón 1999). Sin embargo, el diseño constitucional en función de la limitación de poderes y el grado de vigencia que ellas alcanzan por los mecanismos de control, dependen no sólo de la buena teoría y su aplicación en la práctica, sino de manera crucial del contexto histórico.

3.A LEMANIA

En Alemania, en los años de postguerra, o sea después del totalitarismo nazi, el control del poder cobró enorme importancia como objetivo político en el sentido de impedir que tal exceso de poder –más allá del desastre humano que implicaba– no se repitiera *nunca más*. De este modo, el tema del control del poder no implicaba sólo la absoluta negación como nefasta experiencia el régimen anterior, sino también una relativa negación del régimen pre-totalitario de la República de Weimar que constituyó de alguna manera el marco constitucional en el que Hitler subió al poder. Se puso en cuestión el ordenamiento constitucional de Weimar, su sistema de gobierno, su sistema electoral, la estructura del Estado con predominio prusiano, etc. por parte de los investigadores que ubicaron las causas del derrumbe de la primera democracia alemana en este ámbito. En tal sentido, la constitución de la República Federal puede leerse en parte como un respuesta al diagnóstico crítico de la anterior constitución, por ejemplo su carácter netamente representativo (eliminando elementos plebiscitarios), parlamentario (reduciendo las funciones del Presidente a meras funciones representativas) y federal (rediseñando los Estados miembro, dotándoles con una fuerte participación en la formulación de las políticas nacionales). Especialmente el federalismo fue pensado como fuerte elemento contra el poder concentrado en la Federación –idea y diseño sobre todo promovido por las fuerzas ocupantes de Alemania Occidental en aquel entonces, pues ellos intervinieron en el proceso constituyente de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*)–. Sin embargo, la renovación institucional que fortalecía el carácter representativo y parlamentario del sistema político, suscitó algunas dudas acerca de su idoneidad para mejorar el control político del poder. Se restringía la participación del pueblo sólo a actos eleccionarios y se concentraba el poder político en el gobierno, emanado de las elecciones parlamentarias, o sea se limitaba el control del poder institucionalizado al abolir plebiscito y referendo como mecanismos de control político vertical así como al disminuir las anteriores competencias del presidente de las que disfrutaba en el modelo de Weimar, reduciendo de esta manera el control político horizontal. Con estas tendencias, el tema del control del poder en el nuevo ordenamiento constitucional no terminó con la aprobación del *Grundgesetz* (hecha no por el pueblo en un referéndum, sino por

los Estados miembro de la Federación), sino cobró importancia *ex post* en el debate de constitucionalistas y politólogos. Especialmente el tipo de gobierno parlamentario con voto de censura constructivo y posibilidades muy restringidas de disolución del parlamento recibió mucha crítica. Ella se reflejó, por ejemplo, en el muy conocido estudio de Karl Loewenstein titulado *Teoría de la Constitución* (2ª edición 1976). En la versión alemana (*Verfassungslehre*) de 1958, Loewenstein añadió al original inglés de la obra, publicado en 1957, un capítulo sobre el "parlamentarismo controlado" de la entonces "República de Bonn", en el que el famoso autor denuncia incluso el carácter demo-autoritario del parlamentarismo alemán por desequilibrar la relación del poder en el triángulo formado entre gobierno, parlamento y electorado. En términos acordes con nuestro tema, destacó el control del poder constitucional del parlamento para controlar el poder. Sin embargo, con el tiempo, aunque el *topos* del control del poder siguió vigente, la evaluación cambió fundamentalmente hacia una de mayor sensibilidad de contexto. Dolf Sternberger (1964), seis años más tarde, también cuestionó la vigencia del control del poder (parlamentario) en el gobierno de gabinete para llegar, ya, a una defensa del sistema parlamentario en general adhiriéndose a la teoría británica, expuesta por Walter Bagehot en su famoso estudio *The English Constitution* (primera edición 1867). Según Sternberger, el control político del poder (parlamentario) había pasado del parlamento a la oposición parlamentaria, dado que la mayoría parlamentaria era llamada a gobernar. En términos del tipo de control de poder, en esta nueva distribución de funciones de control en el ámbito del sistema político, se confiaba en el control del poder vertical, cuyo ejercicio consistiría en sancionar la gestión de los gobernantes, en la posibilidad de alternancia en el gobierno. El control del poder (político) pasaría a manos de los votantes. Su tesis central, según la cual se había abolido la separación de poderes sin perder la libertad, revela todavía algo de la preocupación que había impulsado a Sternberger a defender la nueva estructura del poder en el sistema parlamentario. En resumen: este sistema era compatible con el control del poder para garantizar el libre ejercicio de la libertad. Como se apreció más tarde, en el nuevo constitucionalismo el control del poder se había establecido como principio constitucional (Meyn 1982). En este sentido, conviene añadir que varias otras instancias de control del poder se constituyeron en el mismo proceso fundacional o pronto empezaron a desarrollarse para completar el escenario de mecanismos de control, instancias como el federalismo, el Tribunal Constitucional Federal, el Banco Federal (hoy Banco Central Europeo), el Ombudsman, el Ombudsman Militar, etc., todos de tipo institucionalizado que hacen que hoy en día, en términos comparativos, la República Federal de Alemania cuente con la mayor cantidad de entes de control, en la terminología reciente de *veto players* (Tsebelis 2002). Lo interesante del debate de aquel entonces se ubica, sin embargo, en dos aspectos: primero que el tema del

control del poder se vinculó, desde un principio, con el de cuidar el funcionamiento del sistema político. El totalitarismo fue visto no tanto como resultado de falta de control del poder, sino de falta de capacidad funcional de la institucionalidad política de la democracia de Weimar. Conforme a este diagnóstico, se profesó un concepto integrado de control, control *ex ante*, haciendo depender el gobierno de la mayoría parlamentaria, estabilizando este gobierno en caso de que perdiera la mayoría parlamentaria, y control *ex post* por el propio electorado, confirmando a los gobernantes o retirando su confianza en ellos según la evaluación de su gestión por parte de los gobernados. Segundo, por confiar en las elecciones como principal medio de control del poder político.

4.E ESPAÑA

En España, durante el franquismo mismo, el concepto de control del poder tenía una connotación muy diferente, pues se refería más bien al aspecto de qué grupo en el campo del franquismo mismo controlaba el poder, qué grupo mandaba. El franquismo nunca ha sido un movimiento homogéneo, y Franco mismo pudo bien aprovechar las diferencias internas para establecer y mantener su propio mando por encima de los grupos. Así, por ejemplo, en una época, los hombres del Opus Dei controlaban el poder, en otra época sectores modernizantes. Esta tendencia de lucha interna aumentó cuando el franquismo después de Franco perdió buena parte de sus perspectivas de futuro con la muerte (en atentado de la ETA) de Luis Carrero Blanco a finales de 1973. A pesar de la diferenciación interna creciente dentro de la elite política sustentadora del régimen, generando sectores que favorecieron una cierta apertura (véase Nohlen/Huneeus 1984), el ejercicio del poder siguió férreamente autoritario, como demostraron los procesos de Burgos contra miembros de la ETA y la constante persecución de la oposición al régimen. La oposición democrática, sin embargo, no luchó bajo el lema del control del poder que hubiera significado pedirle al franquismo una reforma interna, sino por la ruptura con el franquismo, por un cambio de sistema, por un régimen democrático y socialista (véase Vilar 1971), en cuyo marco se establecería el control del poder. Más allá de este objetivo, sus demandas eran más concretas, referidas sobre todo a la amnistía, la “amnistía de nunca acabar” para emplear el slogan de la época, para los tantos presos políticos (pues como se decía, la oposición vivía –pero en la cárcel–), cuyo logro fue visto como el de una primera parcela de libertad. En términos más generales, se postularon las libertades de expresión, reunión y asociación así como al respeto de la cultura de las nacionalidades periféricas. Aunque muerto Franco en 1975, el régimen autoritario quedaba vivo, pero como resultado de la propia modernización de la economía y de la sociedad se aumentaron los síntomas de crisis y de inviabilidad del continuismo. Después del respectivo experimento fallido de Carlos Arias Navarro, el Rey Juan

Carlos I, entronizado por Franco, escogió a Adolfo Suárez de una terna de propuestas para conducir un gobierno de apertura. Su proyecto era reformista en términos de no quebrar con la legitimidad franquista, lo que significaba conseguir el apoyo de las Cortes franquistas, y pactista en términos de entablar contactos con la oposición democrática e integrar demandas suyas en su plan de reforma y de operación. En este sentido, fue clave la aprobación de la Ley para la Reforma Política por parte de las Cortes el día 18 de noviembre de 1976, porque incluía como efecto el desmantelamiento del régimen franquista. Esta Ley constaba de dos artículos y decía en el primero: “La democracia en el Estado español se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo. Los derechos de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado”. Así, la propia reforma integró el tema del control del poder en su seno por declarar que el futuro sistema político descansaría en el principio democrático (soberanía popular, elecciones, referéndum) y en el Estado de derecho (los derechos de la persona como límites de la acción del poder político). Se expresó sobre las bases de legitimidad del futuro orden constitucional por establecerse, obviamente sin entrar en temas de diseño específico que hubiera sido incluso contraproducente por la falta de legitimación de las Cortes franquistas, denunciada por la oposición democrática de organizar el poder de la futura democracia española. Sin embargo, en el segundo artículo, la Ley para la Reforma procuró el sistema electoral para elegir el Congreso de los Diputados y la forma de composición del Senado. Respecto a lo primero, conviene recordar que en el diseño del sistema electoral, el gobierno tomó muy en serio criterios de la oposición democrática que estaba reunida masivamente –por primera vez sin intervención de la policía– en el Hotel Eurobuilding de Madrid para debatir el tema electoral. Lo recuerdo vivamente por haber sido junto a Maurice Duverger el invitado extranjero para intervenir en los debates (véase CITEP 1977). A pesar de estas señales de apertura, la oposición postuló votar “No” en el referéndum sobre la Ley para la Reforma Política, pero que aun así fue aprobada por una mayoría abrumadora, decisión popular que legitimó la continuación del proceso de transición.

Aquí tampoco conviene seguir narrando cómo cambió España, historia que por lo demás es bien conocida, dado que ha sido considerada como modelo de transición en América Latina y en otras partes del mundo. En este proceso hacia el establecimiento de una monarquía parlamentaria, destaca en primer lugar el sentido de reconciliación, concertación y consenso reinante entre los actores políticos de la transición que incluía un pensamiento en términos de participación y control. Por ejemplo, Adolfo Suárez, antes de institucionalizarse constitucionalmente el sistema parlamentario, declaró gobernar conforme al gobierno parlamentario, o sea, hacer depender su política del apoyo parlamentario. La constitución resultó como obra de todas las fuerzas integrantes de las primeras Cortes

elegidas por sufragio universal, y con ella se estableció el control de poder como concepto inseparable de una democracia constitucional (véase Aragón 1995). Como en Alemania Federal –que sirvió algo de modelo–, las limitaciones y el control del poder se organizaron bajo la denominación de “Estado de Derecho democrático y social” e incluían también instancias de control más allá del sistema de gobierno. En segundo lugar, destaca la importancia que han tenido los electores en la transición y la consolidación de la democracia. Aprobaron la Ley de Reforma Política, apoyaron al partido UCD –de alguna manera un partido instrumental que conducía el proceso desde el gobierno– en las elecciones parlamentarias, aprobaron la Constitución de 1978, volvieron a apoyar al partido mayoritario en las elecciones de 1979 para abrir, en 1982, el camino hacia una alternancia en el gobierno, hecho interpretado como definitivo para el fin de la transición y la consolidación de la democracia (véase Nohlen/Hildenbrand 2005).

5.M MÉXICO

En México, el autoritarismo ha tenido una trayectoria muy diferente. Su desmantelamiento ha sido un proceso largo, vinculado con espacios cada vez más amplios por parte de sectores disidentes para formar alternativas al poder hegemónico, ejercido por un solo partido. La Constitución establecía reglas de separación de poderes, pero los poderes metaconstitucionales (Jorge Carpizo) no permitieron gobernar conforme a los preceptos de la Carta Magna. O sea, existían las disposiciones constitucionales, pero faltó la voluntad política de la clase dirigente de ponerlas en práctica. El poder era concentrado en el Presidente, y este poder institucional era ejercido a través del partido hegemónico, conducido por él, y renovado en elecciones periódicas, desiguales, en su caso fraudulentas, si hubiera sido necesario para lograr el resultado deseado. En estas condiciones, el clamor por el control del poder era en buena parte idéntico con el de abrir el sistema, hacer valer la normativa constitucional, permitir el pluralismo político, organizar un poder electoral independiente, celebrar elecciones limpias y honestas y entregar al electorado la decisión política sobre quién debe gobernar el país.

No conviene aquí tampoco seguir describiendo los acontecimientos de la transición mexicana. Quisiera destacar –en nuestro contexto– tres aspectos. El primero consiste en la importancia del *topos* del control en el ámbito del derecho público y en el debate político en general con sus propias características. En el ámbito constitucional, el tema se marcó por la existencia de una “constitución” y su falta de “realización”. Más allá de considerar los mecanismos constitucionales de control, la pregunta era, cómo obligar a los gobernantes a actuar exclusivamente en los términos que las leyes lo permitan (Huerta Ochoa 2001), en otras palabras, cómo hacer efectivas las limitaciones del poder por un pertinente control.

De esta manera, el *topos* pasó a un ámbito más allá de lo constitucional, a la estructura del poder real y a la tradición autoritaria de su ejercicio por parte de la clase política. El *topos* se transformó en el del control de los políticos, no tanto en el sentido que José María Maravall (2003) le daba al tratar el tema de la democracia interna de los partidos, sino en el sentido de un control social, o sea –frente a los límites del control político– por parte de grupos civiles, movimientos sociales fuera de los canales institucionalizados de control del poder. Esta tendencia por cierto no se restringe a México, sino engloba a América Latina en general, lo que hace pensar que es un fenómeno no tanto relacionado con una cierta estructura institucional del poder sino con la cultura política de la región (Nohlen 2008). Ha generado toda una tendencia a favorecer mecanismos de participación y control del poder que confluyen en el concepto de democracia participativa, aunque este es un concepto muy vago e incluye mecanismos de control institucionalizados (referendo, plebiscito, revocación de mandato) y no institucionalizados (protestas en la calle, bloqueo de acceso a lugares estratégicos, etc.) Lo importante es que las acciones de control no institucionalizado no se entienden como sumándose a los mecanismos de control institucionalizado, sino a menudo como dirigidas en contra de lo institucional en general.

El segundo aspecto consiste en la importancia de las elecciones en el desarrollo de la cuestión del control del poder. Por un lado, la reforma electoral de 1996, creando instituciones independientes de organización y control jurídico de las elecciones, ha sido esencial para cambiar el carácter (de semi-competitivo a competitivo) y el alcance (el efecto sobre el sistema político) de las elecciones en México. Por otro lado, los resultados de las elecciones, primero de las parlamentarias en 1997, después las presidenciales en 2000, han cambiado todo el escenario del control del poder en México hasta invertir el problema. Sus resultados han devuelto a la Constitución su carácter de tal, o sea su sentido como instrumento de limitación y control de poder. Han revalorizado los preceptos constitucionales en favor de un Congreso que se ha vuelto fuerte en ejercicio de sus competencias de control y en detrimento del Presidente, ahora mucho más débil, desprovisto de sus competencias metaconstitucionales. Así, la pérdida de mayorías parlamentarias en apoyo al presidente, fenómeno estructural debido al tipo tripartito del sistema de partidos políticos generado en el proceso de transición, ha puesto en cuestión el propio funcionamiento del sistema democrático en México.

El tercer aspecto reside, como consecuencia de lo anterior, en el debate sobre la institucionalidad y su reforma; se impuso como tema al lado del tópico heredado del tiempo del autoritarismo, el control del poder, el del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática. Así han entrado en debate las relaciones entre el Presidente y las Cámaras, su flexibilización, y reformas institucionales que procuran mayorías parlamentarias al Presidente en el ejercicio de su mandato. Me parece

que los últimos escritos de Diego Valadés (2000, 2002, 2003, 2005, 2007) son los más llamativos para demostrar el rumbo hacia donde se dirigen sus análisis. Aunque permanece en su pensamiento todavía una preocupación por la concentración del poder en una sola persona, como se puede constatar en su fundamentación de su propuesta de un “gobierno de gabinete” (2005), visualiza cada vez con mayor ímpetu los problemas de gobernabilidad democrática que llaman a “parlamentarizar el presidencialismo” (2007). Conviene añadir que en el largo proceso de transición en México se han introducido otras instancias de control de poder como el Ombudsman, el tribunal constitucional (como función de la Suprema Corte de Justicia), el mencionado Tribunal Electoral (como ente del Poder Judicial de la Federación), etc., a nivel nacional y también a nivel de los Estados miembro.

6.C CONSIDERACIONES FINALES

El concepto de control atraviesa en este pequeño estudio comparativo, diferido en el tiempo, casi todo el campo de significados distintos: control del poder por parte de los gobernados, control del poder por parte de los gobernantes, control político, social, jurídico, control institucionalizado, control no institucionalizado. A pesar del objetivo común de los procesos de transición en los tres países observados, el tipo de régimen anterior y el tipo de transición han influido mucho en el significado y en la incidencia del control de poder resultantes. En Alemania y España, la ruptura y la ruptura pactada (o la reforma de sentido rupturista) han dado paso hacia una refundación de la democracia como negación del régimen anterior y también en parte al régimen predictatorial (véase González Encinar et al. 1992). En la nueva Constitución el control del poder iba a albergarse en el concepto de Estado de Derecho democrático y social. Aunque se recordaba la relación de la separación de poderes con el valor de la libertad, el *topos* del control del poder perdió importancia en el discurso constitucional y político casi simétricamente con la superación de esta doctrina clásica, sin que se pusiera en cuestión la protección de la libertad. En los debates acerca de la relación de los poderes en el sistema parlamentario, se impuso la cuestión de cómo gobernar, de cómo estabilizar el gobierno en consideración del necesario y existente pluralismo político. Al mismo tiempo crecieron otras instancias de control de poder que completaron –desde una perspectiva politológica (Helms 2006)– el panorama de los *veto players*.

En México, se han podido observar algunas tendencias similares, por ejemplo en la expansión o diseminación de las instancias de control, pero destacan las diferencias, ya en la ocurrencia de los distintos tipos de control del poder –algunas aún en estado embrional (por ejemplo el federalismo)– y el marcado conflicto entre formas institucionalizadas y no institucionalizadas del control del poder. El proceso de transición fue largo, no adicto a una refundación del sistema constitu-

cional, pero dirigido a poner en vigencia los preceptos materiales y las reglas procedimentales de la Constitución. El ímpetu se expresó en la demanda por el control del poder presidencial, ejercido casi sin límites en el marco de un sistema presidencial, en el que la separación de poderes como concepto fundamental de organización de los poderes del Estado asuma un papel mucho más importante. Sin embargo, cuando el proceso de transición pasa a posibilitar elecciones libres y generar una alternancia en el gobierno, la Constitución empieza a realizarse y –dado el tripartidismo como estructura del sistema de partidos emanada de la propia transición– a volver complicada la generación de un gobierno eficaz en el marco del presidencialismo tradicional. Es en este contexto que se reorienta el debate hacia el *topos* de cómo gobernar, cómo renovar el sistema presidencial en función de un gobierno eficaz (véanse Nohlen/Fernández 1998, Valadés 2003, Carpizo 2007). Es interesante observar que las ideas de reforma se nutren en parte de conceptos europeos, especialmente de los casos aquí referidos: la parlamentarización del sistema político, o sea la sustitución del sistema presidencial por un sistema parlamentario, o la parlamentarización del sistema presidencial, es decir, la introducción de prácticas de origen parlamentario (como el gobierno de gabinete) en un sistema presidencial.

7.B BIBLIOGRAFÍA SELECTA

- Aragón Manuel. *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- Carpizo, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007.
- CITEP (Centro de Investigación y Técnicas Políticas). *Ley electoral y consecuencias políticas*, Ediciones CITEP, Madrid 1977.
- Del Refugio González, María/ López Ayllón, Sergio (Eds.). *Transiciones y diseños institucionales*, UNAM, México, 1999.
- González Encinar, José Juan/Lamounier, Bolívar/Miranda, Jorge/Nohlen, Dieter. El proceso constituyente. Enseñanzas a partir de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile, *Iberamerikanisches Archiv*, Neue Folge 18, 1992, pp.151-179.
- Helms, Ludger. “Control político”. Nohlen, Dieter et al. *Diccionario de Ciencia Política*, Porrúa, México, 2006, Primer tomo, pp. 284-285.
- Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder*, segunda edición, UNAM, México, 2001.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, segunda edición, Ariel, Barcelona, 1970.

- Meyn, Karl U. *Kontrolle als Verfassungsprinzip* (Control como principio constitucional), Nomos. Baden-Baden, 1982.
- Maravall, José María. *El control de los políticos*, Taurus, Madrid, 2003.
- Nohlen, Dieter. Instituciones y cultura política. Ibidem. *Derecho y política en su contexto*, UNAM etc., México 2008, pp. 79-104.
- Nohlen, Dieter/ Hildenbrand, Andreas. *Spanien. Wirtschaft, Gesellschaft, Politik* (España: Economía, sociedad, política), Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005.
- Nohlen, Dieter/Huneus, Carlos. Elitenwettbewerb in der Spätphase des Franco-Regimes (Competencia de élites en la fase tardía del régimen de Franco). Waldmann, Peter et al. (Eds.). *Sozialer Wandel und Herrschaft im Spanien Francos* (Cambio social y dominación en la España de Franco), Schöningh-Verlag, Paderborn, pp. 350-369.
- Sternberger, Dolf. Parlamentarische Regierung und parlamentarische Kontrolle (Sistema parlamentario y control parlamentario), *Politische Vierteljahresschrift*, 5, 1964, pp. 6-19.
- Tsebelis, George. *Veto Players*, Princeton University Press, Princeton, 2002.
- Valadés, Diego. *Constitución y democracia*, UNAM, México, 2000.
- Valadés, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, UNAM, México, 2002.
- Valadés, Diego. *El control del poder*, UNAM, México, 2003.
- Valadés, Diego (Ed.). *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, UNAM, México, 2005.
- Valadés, Diego. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, UNAM, México, 2007.
- Vilar, Sergio. *Die spanische Opposition (La oposición española)*, Pahl-Rugenstein, Köln, 1971.

ANTEJUICIO Y JUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI (*)
(Perú)

SUMILLA: **1.** Consideraciones generales. **2.** El Antejjuicio en la Constitución de 1979. **3.** El Antejjuicio o Juicio Político en la Constitución de 1993. **4.** El procedimiento de Acusación Constitucional en el Reglamento del Congreso. **5.** La posibilidad de revisión judicial de las sanciones impuestas por el Congreso en el Antejjuicio o Juicio Político: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional destituidos por el Congreso. **6.** La diferenciación entre Antejjuicio y Juicio Político establecida por el Tribunal Constitucional. **6.1.** El Antejjuicio Político. **6.2.** La potestad del Congreso de aplicar sanciones por los delitos de función declarados por el Poder Judicial. **6.3.** El Juicio Político por infracción constitucional. **7.** ¿Hay realmente diferencia entre Juicio Político y Antejjuicio en la Constitución de 1993? **8.** Las infracciones de la Constitución: el problema de su tipificación y sanción en el Juicio Político. **9.** Algunas conclusiones y reflexiones finales. **10.** Bibliografía básica.

1.C CONSIDERACIONES GENERALES

La posibilidad de exigir responsabilidad a los gobernantes y autoridades estatales por los actos realizados en el ejercicio de su cargo o gestión, es una forma de

(*) Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Jefe del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

reforzar los mecanismos de limitación y control del poder que prevé la Constitución y de efectivizar la sanción ante el abuso o arbitrariedad en el desempeño de sus funciones. Esta exigencia de responsabilidad, sea en el ámbito político, penal o constitucional, contribuye al afianzamiento del Estado de derecho, la vigencia de la Constitución y del régimen democrático. Es por ello que tanto en los regímenes políticos de tipo parlamentario o presidencial se contemplan, aunque de distinta manera, la responsabilidad de los gobernantes y altas autoridades, así como los procedimientos para hacerla efectiva.

El *impeachment* británico suele señalarse, en el Derecho Constitucional Comparado, como el antecedente más importante entre los procedimientos para la imputación y exigencia de responsabilidad a las altas autoridades gubernamentales por los actos realizados en el ejercicio de su cargo. Su surgimiento se dio en tiempos donde aún el monarca era la máxima autoridad y carecía de toda responsabilidad, dirigiéndose entonces contra la actuación de los altos funcionarios del reino.

Si bien en sus orígenes no se distinguía con nitidez la procedencia del *impeachment* respecto a delitos (responsabilidad penal) o a actos políticos propios de la gestión, paulatinamente se configuró como un mecanismo de control y sanción a aplicar por actos delictivos o de infracciones de la Constitución cometidas en el ejercicio de la función o cargo. La finalidad del *impeachment* era lograr que el parlamento pueda disponer la destitución del alto funcionario y su inhabilitación para el desempeño de la función pública.

Aunque el *impeachment* subsiste actualmente en el régimen británico, desde la consolidación del régimen parlamentario y del establecimiento de la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento, exigible mediante el voto de censura o la negación de confianza, dicha institución ha perdido bastante relevancia y aplicación. En el régimen presidencial de los Estados Unidos de Norteamérica, en cambio, la opción por una rígida separación de poderes entre el Presidente y el Congreso (Poderes Ejecutivo y Legislativo) y la ausencia de responsabilidad política del Presidente, y de los propios Secretarios, que son una especie de ministros, ha hecho importante el *impeachment* como mecanismo de exigencia de responsabilidad a los gobernantes y autoridades, aplicada fundamentalmente en casos de conducta penal o criminal.

En el caso Latinoamericano, las nuevas repúblicas, tras obtener su independencia de la dominación colonial, adoptaron como forma de gobierno el régimen presidencial, de inspiración norteamericana, donde el Presidente de la República ejerce simultáneamente las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, careciendo de responsabilidad política ante el Congreso. El Juicio de Residencia, aplicable al Virrey y otras altas autoridades durante la etapa colonial española, también fue mantenido algún tiempo en algunos Estados latinoamericanos. La insti-

tución del *impeachment*, adoptada mayormente con la denominación de «Juicio Político» aparece presente en muchos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, siendo aplicable al Presidente de la República y a determinados altos funcionarios (ministros, parlamentarios, magistrados de altos tribunales, etcétera) por los actos delictivos o infracciones constitucionales cometidos en el desempeño del cargo, con miras a lograr su destitución o la inhabilitación (temporal o definitiva) para el desempeño de funciones o cargos públicos.

No obstante, en algunos Estados Latinoamericanos de corte presidencial, como Perú, Colombia, Argentina, Costa Rica, Bolivia, Uruguay, Paraguay y Venezuela; paulatinamente se han ido configurando regímenes políticos «híbridos» o «mixtos», al adoptarse la figura de la responsabilidad política de los ministros ante el Congreso (institución típicamente parlamentaria), como respuesta a la inexistencia de responsabilidad política del Presidente de la República. De este modo, en dichos regímenes coexisten tanto el Juicio Político para el Presidente y determinados altos funcionarios gubernamentales y públicos, como la responsabilidad política de los ministros ante el Congreso, exigible mediante el voto de censura o la negación de confianza.

Puede señalarse que, en general, en Latinoamérica se ha adoptado el denominado Juicio Político recogiendo elementos propios del *impeachment*, que está referido a la acusación ante el Congreso al Presidente y altas autoridades estatales por los delitos y graves infracciones a la Constitución cometidos en el ejercicio de la función pública. Solo en el caso de la Argentina, tras la reforma constitucional de 1994, se alude además (aunque de manera ambigua o abierta) a una responsabilidad por «mal desempeño del cargo». La finalidad de este Juicio Político es someter ante el Congreso al Presidente o altos funcionarios, a quienes se imputa alguna responsabilidad penal o constitucional derivada de los actos propios del ejercicio del cargo, para que el parlamento determine si existe mérito para la acusación e imponga, de ser aprobada, la sanción de destitución y la inhabilitación para el ejercicio de toda función pública o cargo de elección popular.

2.E L ANTEJUICIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979

Conforme señala Valentín Paniagua, hasta la Constitución de 1979 el tratamiento de la responsabilidad penal y constitucional del Presidente de la República y de los altos funcionarios había seguido una línea bastante similar. El Antejjuicio por delitos de función o infracciones a la Constitución, partía del reconocimiento de prerrogativas funcionales, la participación de una jurisdicción privilegiada para el necesario desafuero y un procedimiento penal sujeto a normas específicas⁽¹⁾.

(1) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. 1995. p. 131.

El artículo 183° de la Constitución de 1979 dispuso que correspondía a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los ministros, a los magistrados de la Corte Suprema y el Tribunal de Garantías Constitucionales, así como a los altos funcionarios que señala la ley, por las infracciones de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en estas. A su vez, correspondía al Senado determinar si hay o no lugar a la formación de causa por la acusación formulada; de ser esta aprobada, el acusado quedará suspendido en sus funciones y sujeto a juicio (artículo 184°).

La Constitución de 1979 mantuvo el mismo esquema básico del Antejudio, adoptado en el Perú desde nuestras primeras constituciones, para la imputación de responsabilidad penal o constitucional al Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, por los delitos o infracciones a la Constitución cometidas en el ejercicio de sus funciones. Es decir, un procedimiento parlamentario bicameral, en el que la Cámara de Diputados acusa y el Senado determina si hay mérito para aprobar la acusación, correspondiendo a la Corte Suprema realizar el juzgamiento penal e imponer la eventual sanción. Los motivos para la acusación seguían siendo las infracciones de la Constitución y los delitos cometidos en el ejercicio de la función. Si la decisión del Senado era favorable a la acusación, el acusado quedaba privado de sus privilegios funcionales, suspendido en el cargo y sometido a juzgamiento penal ante la Corte Suprema. No obstante, conforme anota García Belaunde, se introducen algunas innovaciones que, si bien no alteran el esquema básico de la institución ni su desenvolvimiento tradicional en el Perú, sí incorporaron ciertas variaciones, a saber:

- Aunque se repite un listado con la enumeración de los altos funcionarios que gozan del privilegio de Antejudio, que son básicamente los mismos de antes, con el agregado de los magistrados del entonces recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales; se confiere expresamente al legislador la posibilidad de incluir dentro de este privilegio a otros altos funcionarios por medio de la ley. La enumeración dejó así de ser cerrada o taxativa, lo que permitió ampliar esta prerrogativa a otros altos funcionarios.
- Se establece que el privilegio de Antejudio se mantiene aunque el funcionario haya cesado en el cargo, siempre que la acusación se refiera a infracciones de la Constitución y a delitos cometidos en el ejercicio de las funciones. De este modo, el Antejudio se convierte en un privilegio de duración indefinida o ilimitada⁽²⁾.

(2) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. 2005. pp. 174-175.

Respecto a la responsabilidad penal y constitucional del Presidente de la República, el artículo 210° de esta Constitución reiteró que, durante el ejercicio de su mandato, solo podía ser acusado por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso –salvo el supuesto previsto en la Constitución– y por impedir la reunión o el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones o del Tribunal de Garantías Constitucionales.

3.E L ANTEJUICIO O JUICIO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 se ocupa del Antejjuicio o Juicio Político en sus artículos 99° y 100°. Introduce algunas modificaciones importantes respecto del régimen tradicional del Antejjuicio peruano, a la par de ciertos cambios a propósito de lo dispuesto por la Constitución de 1979. Según explica Paniagua, estas modificaciones y algunas confusiones se dan, entre otros motivos, por el menosprecio del denominado Congreso Constituyente Democrático ante la Constitución histórica peruana, por la ignorancia de las instituciones constitucionales, por el afán de establecer «innovaciones» sobre el texto constitucional y, principalmente, por el interés por la impunidad de quienes quebraron el orden constitucional en 1992⁽³⁾.

Considero también que algunas de las modificaciones introducidas en el tradicional Antejjuicio, estuvieron bastante influenciadas por la reacción del fujimorismo frente a lo sucedido poco antes, en el Ministerio Público y la Corte Suprema, con una acusación constitucional aprobada en el Congreso contra el ex Presidente Alan García. En efecto, el contenido de la imputación penal aprobada por el Congreso sufrió algunas modificaciones en la Fiscalía; luego, la Corte Suprema resolvió la falta de mérito para la continuidad de la acusación penal formulada contra el ex Presidente Alan García. Sin duda que ello influyó en los cambios introducidos por el artículo 100° de la Carta de 1993, como veremos más adelante.

Dado que la Constitución de 1993 estableció un Congreso unicameral, ello obligó a introducir modificaciones en el procedimiento parlamentario de acusación. Así, corresponde a la Comisión Permanente actuar como ente acusador ante el Congreso, a quien compete decidir si hay o no mérito para la formación de causa, mediante votación sin la participación de los miembros de la Comisión Permanente. El artículo 99° dispone lo siguiente:

(3) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. 1995. p. 125.

“Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas”.

Se aprecian dos importantes modificaciones respecto a la Constitución de 1979:

- En cuanto a los altos funcionarios dotados de la prerrogativa de Antejucio, por delitos cometidos en el ejercicio de su función o infracción de la Constitución, se trata de un listado más extenso que el existente hasta antes de la Carta de 1979, justificado por la creación de nuevos órganos constitucionales autónomos en la Constitución de 1993. No obstante, se retorna a la enumeración taxativa y el carácter cerrado del listado de los altos funcionarios que gozan del privilegio de Antejucio; queda eliminada así la posibilidad de extenderlo a otros funcionarios por vía legal, como disponía la Carta de 1979.
- Si bien se mantiene lo dispuesto acerca de que el derecho a Antejucio se extiende incluso después de que el alto funcionario haya cesado en el cargo, se le fija un límite temporal de cinco años. De modo que, transcurridos cinco años de haber dejado la función, ya no se requerirá de Antejucio parlamentario para habilitar la denuncia o el enjuiciamiento del ex alto funcionario, con lo cual queda eliminado el plazo indefinido que establecía la Constitución de 1979.

Pero es el artículo 100° de la Carta de 1993 aquel que introduce algunos cambios realmente relevantes, a la par de controversiales. Según dicha norma:

“Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.”

Las principales innovaciones que podemos observar en este precepto, respecto del tratamiento tradicional del Antejudio en el Perú y a la Constitución de 1979, son las siguientes:

- El Antejudio peruano disponía que, de aprobarse la acusación, el acusado quedaba automáticamente suspendido en su cargo o función y sujeto a juicio ante la Corte Suprema. En cambio, ahora el artículo 100° de la Constitución deja a discreción del Congreso, al aprobar la acusación, decidir si suspende o no al acusado. Encuentro esta disposición incongruente con la racionalidad de la institución del Antejudio o Juicio Político y del todo contraproducente pues, si el Congreso aprueba la acusación, no resulta comprensible ni justificado que el acusado siga desempeñando la función hasta las resultas del juicio o la imposición de alguna sanción penal o política.
- El Antejudio peruano no tenía otro propósito que, de aprobarse la acusación parlamentaria, someter al acusado al juzgamiento ante la Corte Suprema. En cambio, el clásico *impeachment* o Juicio Político tiene por objeto la eventual destitución e inhabilitación del funcionario acusado. La Carta de 1993 recoge estas dos características del Juicio Político, que constituye la imposición de sanciones políticas por el Congreso, ausentes en nuestro tradicional Antejudio, que no contemplaba sanciones parlamentarias.
- La acusación de contenido penal aprobada por el Congreso resulta mandataria para el Fiscal, el vocal supremo instructor, quienes tienen que acusar y abrir proceso penal, respectivamente, en los mismos términos de tal acusación parlamentaria, sin capacidad para realizar su evaluación y calificación penal ni alterar sus términos, sea para extenderlos o reducirlos.
- Cuando el precepto constitucional señala que la sentencia penal absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos, estaría reafirmando que la sanción política de inhabilitación, e incluso las de destitución y suspensión, pueden ser impuestas directamente por el Congreso al aprobar la acusación, sin esperar a las resultas del proceso penal.

Valentín Paniagua es particularmente crítico ante esta inclusión constitucional de la potestad de aplicación de sanciones políticas por el Congreso en el Antejudio. Señala así que:

“Esa posibilidad conspira contra la más elemental racionalidad y legalidad. ¿Con qué criterio y en qué casos se impondrán las sanciones? ¿Con qué criterio político, ético o jurídico? ¿Con absoluta discreción, por no decir, arbitrariedad? El Congreso no juzga en el Antejjuicio conductas delictivas, habilita a los jueces para que ellos impongan las sanciones. Si ello es así, ¿por qué permitirle que prejuzgue y anticipe unas sanciones que deberían ser la consecuencia del juicio penal? La atribución reconocida al Congreso es por cierto incompatible con la prerrogativa funcional y con elementales derechos inherentes al debido proceso legal. Solo servirá para fomentar el abuso y prepotencia del Congreso; hay además razones de principio que hacen criticable tan absurda competencia. La inmunidad funcional protege al funcionario, no lo despoja de las garantías del debido proceso. En eso radica la diferencia del Antejjuicio con el Juicio Político”⁽⁴⁾.

Enrique Bernal es reconoce que la incorporación de la posibilidad de que el Congreso imponga al acusado sanciones políticas, como su destitución o inhabilitación, típicas del *impeachment*, sin perjuicio de otras responsabilidades que le puedan corresponder, constituye una innovación con respecto al Antejjuicio; al margen de ello, no parecería encontrarlo cuestionable:

“¿Significa esta potestad una limitación de inocencia, dado que el Parlamento no sustituye ni puede asumir funciones que solo corresponden al Poder Judicial? La inhabilitación o la destitución son sanciones de carácter político, que solo pueden ser acordadas en el Parlamento y, en este extremo, no existiría interferencia en la acción de la justicia. Por otro lado, el mismo artículo bajo comentario señala en otro párrafo que ‘la sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos’. Una rigurosa interpretación del texto constitucional significaría que por aplicación de este extremo, la inhabilitación queda sin efecto. Más aún, podría inclusive sostenerse que el destituido tendría fundamentos para accionar a favor de los derechos adquiridos legítima y legalmente”⁽⁵⁾.

Analizando esta norma, Marcial Rubio formula la siguiente reflexión:

“Cabe plantearse si se puede o no hacer Antejjuicio y establecer sanciones por el Congreso, en el caso de infracciones a la Cons-

(4) *Ibidem*, p. 135.

(5) BERNAL BALLESTEROS, Enrique, 1996, p. 406.

titución que no son delito y en las cuales, por lo tanto, la Corte Suprema nunca asumirá competencia, con lo cual tampoco podrá absolver ni en consecuencia retirar la sanción del Congreso. Como ya opinamos, si ello ocurriera de esa manera, sería inconstitucional porque atentaría contra el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional establecidos en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución.

El otro asunto consiste en si el Congreso puede tomar alguna de las tres decisiones indicadas antes (suspender, destituir o inhabilitar) sin acusar aunque pudiera hacerlo. Consideramos que no puede actuar así y fundamos esta opinión en lo ya dicho: Las sanciones que impondrá el Congreso tendrán como base un voto político porque dicho órgano no ejerce función jurisdiccional. Las personas deberán tener siempre derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional según el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Por consiguiente, no podrá haber una privación de derechos por decisión política que no pueda ser discutida en la vía jurisdiccional. Si el Congreso, pudiendo acusar no lo hace, dicha vía no existiría y no habría forma de contestar judicialmente la sanción. Aquí, como ya sostuvimos, se produce una inconstitucionalidad y se podría interponer un amparo que restituya los derechos que el Congreso haya retirado [...].

Por ello pensamos que el Congreso no puede suspender, inhabilitar o destituir al funcionario sin acusarlo penalmente. Es un tema de elemental consecuencia frente a los derechos fundamentales de la persona a la participación, a la igualdad y al honor y buena reputación⁽⁶⁾.

Por mi parte, considero que los artículos 99° y 100° de la Carta de 1993 corresponden a un mismo proceso, el Antejudio o Juicio Político, por lo que deben leerse e interpretarse de manera integrada y conjunta. Ello quiere decir que solo si el Congreso aprueba la acusación constitucional, puede proceder a imponer las sanciones políticas de suspensión, destitución o inhabilitación del funcionario. Pero esta acusación no está restringida a un contenido penal por delitos cometidos en el ejercicio de la función, sino que también puede sustentarse en infracciones de la Constitución que no tienen contenido penal pero que sí son de índole política. Puede ocurrir que la acusación verse sobre alguno de estos ámbitos o sobre ambos, pero en cualquiera de los casos puede ser procedente la imposición de las sanciones políticas por el Congreso.

(6) RUBIO CORREA, Marcial. 1999. Tomo 4, p. 141.

Recordemos el caso de los tres magistrados del Tribunal Constitucional que fueron destituidos por el Congreso dominado por el fujimorismo, de manera arbitraria e injustificada, a quienes finalmente se imputó (inexistentes) infracciones constitucionales y se excluyó la imputación de delito, por lo que no estuvieron sometidos a un ulterior proceso penal ante la Corte Suprema. Pero, a pesar de ello, fueron destituidos del cargo, aunque sin imponerles la inhabilitación política.

Finalmente, es conveniente tener presente que esta Constitución mantiene el régimen especial que limita la procedencia del Antejudio o Juicio Político contra el Presidente de la República mientras ejerce su mandato. Así, el artículo 117° de la Carta de 1993 establece que el Presidente, durante el ejercicio del cargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo el supuesto previsto en la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros órganos del sistema electoral.

Otro aspecto que ha sido bastante cuestionado del artículo 100° de la Carta de 1993, es la disposición que «obliga», por un lado, al Fiscal de la Nación a acusar en los mismos términos aprobados por el Congreso; y, por otro, al vocal supremo instructor a abrir proceso en similares términos. Conforme señala Marcial Rubio, citando también a Valentín Paniagua, estos órganos autónomos son convertidos en una suerte de «mesa de partes» del Congreso, al negarles autonomía funcional y competencia para revisar y calificar la pertinencia de la tipificación e imputación penal realizadas por el Congreso, a pesar de ser ello parte esencial de su función como órganos constitucionales autónomos. Ello lleva a que Rubio proponga que sería preferible que la acusación aprobada por el Congreso pase directamente a la Corte Suprema, obviando la intervención del Ministerio Público en esta etapa; y que luego la Corte Suprema y el propio Fiscal intervengan en el proceso para determinar, con autonomía, la pertinencia de su continuidad y de la imputación penal⁽⁷⁾.

Si bien –como ya se indicó– esta disposición fue incluida en la Carta para impedir que se repitiera lo sucedido con una acusación aprobada por el Congreso contra el ex Presidente Alan García, caso en el que el Fiscal modificó y redujo los términos de la denuncia penal del Congreso y una Sala Penal de la Corte Suprema dispuso la improcedencia y archivo de la causa, tales estipulaciones de la Constitución resultaban vulneratorias de la separación de poderes, del ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal y de la autonomía y la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público. Así lo entendió el propio Tribunal Constitucional (expe-

(7) *Ibidem*, pp.142-144.

diente 0006-2003-AI/TC), en cuya sentencia se cuestionó dicha norma y exhortó al Congreso a que efectuase la reforma constitucional y su modificación.

También es importante entender el sentido de la estipulación del artículo 100°, respecto a que la aprobación de la acusación por el Congreso lo facultaba a imponer sanciones políticas al acusado (suspensión, destitución del cargo o inhabilitación hasta por diez años para el desempeño de toda función pública), sin esperar a los resultados del ulterior proceso penal. Con esta inhabilitación se podía impedir el accionar político del acusado, posibilidad seguramente pensada para aplicar a Alan García en otra futura acusación, que nunca se dio. En cambio, paradójicamente, años después esta norma fue utilizada por el Congreso al aprobar una acusación constitucional contra el destituido y prófugo ex Presidente Fujimori, imponiéndole la inhabilitación política de diez años para el ejercicio de todo cargo o función pública, lo que le impidió postular, como intentaba, en las elecciones presidenciales del año 2006.

4.E L PROCEDIMIENTO DE ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL REGLAMENTO DEL CONGRESO

El Reglamento del Congreso regula el denominado procedimiento de Acusación Constitucional en un único artículo, el 89°, cuyo contenido resulta particularmente extenso y detallado. Nos interesa resaltar solo algunos aspectos específicos de esta norma, contenidos en el inciso i) del artículo, por su implicancia para la aplicación de la institución del Antejjuicio o Juicio Político. Uno se refiere al que establece los efectos jurídicos y políticos de la votación en el Pleno del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, respecto a la acusación, dada su incidencia en el desenlace del procedimiento y la suerte del acusado. El Reglamento del Congreso señala expresamente que, de aprobarse una acusación de contenido penal, el acusado queda suspendido en sus funciones y sujeto a juicio. Con ello se retoma nuestro tradicional Antejjuicio y se disipa la ambigüedad del artículo 100° de la Constitución, según el que, como ya dijimos, quedaría sujeto al criterio discrecional del Congreso la decisión de suspender o no de su cargo al funcionario acusado.

También se señala que esta medida se aprueba con el voto favorable de la mitad más uno de los congresistas, sin participar los integrantes de la Comisión Permanente, por ser el órgano acusador. Cabe precisar que esta votación calificada no se encontraba en la versión original del Reglamento, por lo que se aplicaba la exigencia de una mayoría simple. El cambio ha sido producto de la incorporación de lo dispuesto por una sentencia del Tribunal Constitucional, que analizaremos en detalle más adelante.

Otro aspecto está referido a la aprobación de una acusación por infracciones de la Constitución, es decir, sin contenido penal ni ulterior juicio. La norma comentada del Reglamento del Congreso dispone que la aprobación de las medidas de suspensión, destitución o inhabilitación estará sujeta a que se obtenga el voto favorable de dos tercios de los congresistas, sin participación de la Comisión Permanente. Esta votación especial también fue incorporada al Reglamento del Congreso en aplicación de la referida sentencia del Tribunal Constitucional.

No obstante, considero errado sujetar la aprobación de estas tres medidas a la misma votación calificada, pues mientras que la destitución y la inhabilitación resultan, en rigor, verdaderas sanciones políticas efectivas, la suspensión es una mera medida provisional o «cautelar», hasta que se adopte una decisión judicial de absolución o condena, evitando que quien cuenta con una acusación aprobada por el Congreso continúe desempeñando el cargo o función pública mientras está sometido a juicio penal. Por esta misma razón, tratándose de la imputación de una infracción constitucional, en la que no habrá ulterior proceso judicial ni una sanción penal, la suspensión, que tiene una vigencia temporal, carece de sentido, ya que de aprobarse la acusación procedería la imposición directa de las sanciones políticas por parte del Congreso.

5.L A POSIBILIDAD DE REVISIÓN JUDICIAL DE LAS SANCIONES IMPUESTAS POR EL CONGRESO EN EL ANTEJUICIO O JUICIO POLÍTICO: LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESTITUIDOS POR EL CONGRESO

Los magistrados del Tribunal Constitucional peruano Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, fueron destituidos por el Congreso controlado por el fujimorismo, tras emitir un voto que declaraba inconstitucional la ley que habilitaba a una nueva postulación del Presidente Fujimori para la reelección a un tercer período presidencial consecutivo. Este caso fue sometido a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió sentencia el 31 de enero de 2001. En dicha sentencia trascendental, la Corte sentó posición sobre la exigibilidad del respeto al debido proceso legal en todo tipo de procesos, incluido el parlamentario, y no solo en los que se desarrollan en sede judicial. Asimismo, acerca de la justiciabilidad de las sanciones impuestas por el Congreso en el Juicio Político. En este sentido, respecto al significado y los alcances del Juicio Político a cargo del Congreso dentro de un Estado de derecho, la Corte sostuvo:

“63. Esta Corte considera también oportuno referirse a la institución del Juicio Político en razón de su aplicación al caso concreto y por las exigencias establecidas en la Convención Americana en

cuanto a los derechos fundamentales de las supuestas víctimas en este caso. En un Estado de derecho, el Juicio Político es una forma de control que ejerce el Poder Legislativo con respecto a los funcionarios superiores tanto del Poder Ejecutivo como de otros órganos estatales. No obstante, este control no significa que exista una relación de subordinación entre el órgano controlador –en este caso el Poder Legislativo– y el controlado –en el caso el Tribunal Constitucional–, sino que la finalidad de esta institución es someter a los altos funcionarios a un examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular”.

La Corte también precisó que el respeto de los derechos fundamentales es una obligación impuesta a todo órgano o autoridad del Estado, por lo que el derecho a las garantías judiciales, consagrado en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, no está circunscrito a los procesos ante el Poder Judicial, sino que también debe ser respetado en los procedimientos administrativos, parlamentarios o de otra índole, por lo que el derecho a un debido proceso debe ser garantizado incluso en los procesos de Juicio Político ante el Congreso. Así, señaló la CIDH:

“68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

69. Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se

aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.

71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”.

Posteriormente, la Corte procede a resaltar la importancia de garantizar la independencia de los jueces, señalando las pautas que deben respetarse cuando una autoridad estatal competente evalúa la destitución de un magistrado judicial. En tal sentido, consideró que, en el procedimiento de Juicio Político al que fueron sometidos los magistrados del Tribunal Constitucional ante el Congreso, se produjeron diversas violaciones al debido proceso, lo cual afectó el derecho a la defensa y evidenció la falta de imparcialidad del ente acusador y sancionador. Por todo ello concluyó que el Estado peruano había violado el derecho a las garantías judiciales de los tres magistrados destituidos, señalando:

“72. En lo relativo a la independencia de que deben gozar los magistrados constitucionales, baste con resaltar que tanto el artículo 201° de la Constitución peruana vigente como el artículo 1° de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, establecen que el Tribunal Constitucional, como órgano de control de la Constitución, sea autónomo e independiente.

73. Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que:

La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

74. En cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, los mismos Principios disponen:

Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa.

75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.

76. En el mismo sentido los artículos 93° y 201° de la Constitución peruana vigente (supra 42.C.b) y, particularmente, el artículo 13° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecen que los miembros de dicho Tribunal «no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad».

77. En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un Juicio Político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

78. Está probado en la presente causa que en el desarrollo del proceso destitutorio llevado a cabo por el Congreso peruano se presentaron, entre otras, las siguientes situaciones: a) que 40 congresistas enviaron una Carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o no de la Ley 26657,

relativa a la reelección presidencial; b) que algunos de los congresistas que enviaron dicha comunicación luego participaron en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso en estudio; c) que la «segunda sentencia» emitida por los magistrados García Marcelo y Acosta Sánchez, de 16 de enero de 1997, no fue objeto de análisis, pese a que fue publicada irregularmente como un pronunciamiento aparte del emitido por el Tribunal; y d) que pese a la prohibición expresa del artículo 88°, j) del Reglamento del Congreso algunos miembros de la Comisión Permanente participaron en la votación sobre la destitución constitucional. En razón de lo anterior, esta Corte concluye que el Congreso, en el procedimiento del Juicio Político, no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8°.1 de la Convención Americana.

79. La Constitución Política del Perú establece el derecho de defensa de manera general en su artículo 2°, inciso 23 y, específicamente, para el caso de la destitución de los magistrados, señala en su artículo 100°, párrafo 2, que «el acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso».

80. Tal como ha quedado demostrado, se dieron las siguientes actuaciones en el procedimiento de destitución de las supuestas víctimas: a) la Comisión de Investigación fue nombrada por el pleno del Congreso para esclarecer la denuncia de la señora Delia Revoredo Marsano sobre una eventual sustracción de documentos tanto de propiedad de esta como del Tribunal, que se estaban dando en el seno del organismo, y con respecto a las amenazas que sufriera dicha señora. A la Comisión se le dio el mandato expreso de que no podía conocer de ningún asunto relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional, y dicha Comisión en su informe hizo caso omiso a este mandato y señaló que hubo irregularidades durante la adopción de diferentes actos jurisdiccionales de dicho Tribunal, concluyendo que tres de los magistrados «usurparon» funciones del Tribunal Constitucional en pleno, con la venia del Presidente de dicho cuerpo colegiado; b) que luego de las declaraciones rendidas por los magistrados Acosta Sánchez y García Marcelo ante la Comisión de Investigación, los tres magistrados, supuestas víctimas en este caso, no fueron citados nuevamente ante esta Comisión, con lo cual cuando esta rindió su informe dio por cierto lo afirmado por los dos magistrados mencionados, sin brindar la oportunidad a las supuestas víctimas para que ejercieran su derecho a presentar pruebas de descargo; c) que el 7 de mayo de 1997, una vez que las supuestas víctimas tuvieron conocimiento de la acusación constitucional en su contra, la Sub-

comisión Evaluadora les otorgó un plazo de 48 horas para ejercer su defensa, plazo que a pedido de los magistrados fue extendido hasta el 14 de mayo siguiente, fecha en que dicha Subcomisión emitió su informe y lo remitió a la Comisión Permanente recomendando la acusación constitucional (supra 56.21 y 56.22); y d) que la resolución mediante la cual se aprobó la destitución no tenía fundamentación alguna.

81. Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el artículo 8º de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos. En el caso sub iudice sucedieron los vicios apuntados (supra 80), lo cual no permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención. Con ello en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso.

82. En cuanto al cambio en el objeto de la indagatoria de la Comisión de Investigación, ello no solo transgredió el mandato expreso y la prohibición de revisar las actuaciones jurisdiccionales del tribunal de garantías establecidas por el Congreso, sino que además su actuación supuso que se violentaran las mismas normas de procedimiento interno que garantizaban el derecho de defensa de las supuestas víctimas. En cuanto a este último punto, el artículo 88º inciso d) del Reglamento del Congreso establece que «[quienes] comparezcan ante las Comisiones de Investigación tienen el derecho de ser informados con anticipación sobre el asunto que motiva su concurrencia. Pueden acudir a ellas en compañía de un [abogado]». Evidentemente, cuando los magistrados comparecieron ante la Comisión de Investigación, su intervención respondía a las denuncias hechas por la magistrada Revoredo y no a las supuestas anomalías que se produjeron en el Tribunal Constitucional con ocasión de la adopción de la decisión y aclaración sobre la reelección presidencial, razón por la cual los magistrados no pudieron hacer conocer su postura con respecto a este punto.

83. Lo antedicho produjo la consiguiente restricción del derecho de defensa de los magistrados para presentar los descargos correspondientes a las imputaciones que se presentaban en su contra. Por una parte, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio. El plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cual-

quier imputado. Por otra parte, a los magistrados inculcados no se les permitió contra interrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución.

84. De conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, es evidente que el procedimiento de Juicio Político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos no aseguró a éstos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador. Además, la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el Juicio Político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional.

85. Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales, en perjuicio de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, consagrado en el artículo 8° de la Convención Americana”.

La Corte también consideró que en el procedimiento de Juicio Político a los magistrados, se violó el artículo 25° de la Convención, referido a la protección judicial, que garantiza a las personas el derecho a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección de sus derechos, que podía ser satisfecho mediante el proceso de amparo. En tal sentido, consideró que cabía someter a amparo el examen judicial de las sanciones impuestas por el Congreso en el Juicio Político, no para valorar los aspectos políticos, pero sí para verificar el respeto al debido proceso. Señaló que ello había sido reconocido incluso por el Tribunal Constitucional peruano, pero que, debido a su composición –al estar integrado por magistrados que habían participado de los actos que culminaron con la destitución de los tres ex magistrados–, dicho órgano había carecido de imparcialidad para el juzgamiento del caso y protección de los derechos vulnerados.

6.L A DIFERENCIACIÓN ENTRE ANTEJUICIO Y JUICIO POLÍTICO ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ya con una composición diferente, tanto por la reincorporación de los magistrados arbitrariamente destituidos como, luego, por la renovación de varios de sus integrantes, tuvo ocasión de pronunciarse respecto del Antejudio y el Juicio Político, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, interpuesta por 65 congresistas, el 1° de diciembre de 2003 (expediente 0006-2003-AI/TC). En

esta demanda se sostiene que dicho inciso «supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° y 100° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo»⁽⁸⁾.

En lo esencial, esta sentencia del TC retoma y profundiza lo anteriormente señalado, en los amparos interpuestos por los tres magistrados destituidos, en el sentido que los artículos 99° y 100° de la Constitución de 1993 han recogido dos procedimientos de acusación constitucional de distinta naturaleza, alcance y finalidad: el Antejjuicio y el Juicio Político. Respecto de cada uno de estos procedimientos, el Tribunal Constitucional ha señalado en dicha sentencia lo que sigue.

6.1.El Antejjuicio Político

Sostiene el Tribunal Constitucional que el Presidente de la República y los altos funcionarios taxativamente señalados en el artículo 99° de la Constitución de 1993, tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria sin haber sido sometidos previamente a un procedimiento, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el parlamento debe determinar la verosimilitud de los hechos materia de acusación, así como su subsunción en el tipo penal correspondiente a delitos de función establecidos en la ley.

En el Antejjuicio solo cabe formular acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales y no políticas, por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones. Así, una vez que el parlamento ha sometido a investigación la denuncia y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, suspende al acusado en el ejercicio de sus funciones y lo pone a disposición de la jurisdicción penal, para que ésta aplique las sanciones jurídico-penales. En ese sentido, «el Antejjuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo»⁽⁹⁾.

El TC, a fin de establecer cuál es el número de votos parlamentarios requerido para aprobar la acusación constitucional de Antejjuicio, recurrió a una compa-

⁽⁸⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0006-2003-AI/TC. Antecedentes.

⁽⁹⁾ *Ibidem*. Fundamentos. El Antejjuicio Político.

ración con lo dispuesto en el Reglamento del Congreso para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Sostuvo que tanto el Antejjuicio como el levantamiento de la inmunidad parlamentaria tienen un objeto sustancialmente análogo: la proscripción de ser procesado penalmente sin haber sido previamente despojado de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Congreso. No obstante, mientras que para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria el Reglamento del Congreso exigía expresamente la votación conforme de la mitad más uno del número legal de congresistas (último párrafo del artículo 16° del Reglamento), en el inciso j) del artículo 89° no se hacía mención expresa sobre cuál es el número de votos necesarios para aprobar la acusación en el Antejjuicio Político. El Tribunal Constitucional consideró que el hecho de que el artículo 99° de la Constitución no precise cuál es el número mínimo de votos congresales necesarios para acusar constitucionalmente a los funcionarios, no implica que la regulación legal de esta institución pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad.

Para el Tribunal Constitucional, el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso vulneraba el principio de razonabilidad, dado que no establecía el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el Antejjuicio Político. Considera también que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una «sentencia interpretativa ‘integrativa’». De modo que es posible encontrar la norma impugnada en el artículo 16° del Reglamento, que regula una materia sustancialmente análoga.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Sostiene que esta es la interpretación que debe darse al inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, dado que el Congreso declara haber o no lugar a la formación de causa sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del número de congresistas, sin contar en tal cómputo a los miembros de la referida comisión.

6.2.La potestad del Congreso de aplicar sanciones por los delitos de función declarados por el Poder Judicial

Sostiene el Tribunal Constitucional que el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución faculta al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, para imponer al funcionario público cuya acusación ha sido aprobada las sanciones

de suspensión, destitución y/o inhabilitación hasta por diez años para ejercer cualquier función pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que dichas sanciones no pueden imponerse sin que la responsabilidad por dichos delitos haya sido previamente declarada por el Poder Judicial. Si así no ocurriera, se quebrarían los principios de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución) y de presunción de inocencia (párrafo e, inciso 24, de su artículo 2°).

Por ello, la referida frase del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso debe ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que es titular el Congreso, para imponer las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, es decir, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, «siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial», con lo cual queda proscrita toda interpretación contraria⁽¹⁰⁾.

En consecuencia, sostiene el TC, a los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, le son aplicables tanto una sanción penal por parte del Poder Judicial como una ulterior sanción política –las previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución–. La sanción política impuesta ulteriormente por el Congreso en estos casos, luego de producida una sentencia penal condenatoria, ya no requiere de una votación calificada, sino que basta una mayoría simple para aplicar las sanciones de destitución o inhabilitación, dado que la responsabilidad penal ya fue acreditada y declarada judicialmente.

6.3.El Juicio Político por infracción constitucional

El Tribunal Constitucional considera que la función sancionadora del Congreso no solo puede ser ejercida en caso de sentencia condenatoria del Poder Judicial, por delitos funcionales en los que incurran los funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito.

Según el criterio del Tribunal Constitucional, ello quiere decir que en la Constitución también se ha incorporado el Juicio Político, aplicable a los altos funcionarios enumerados en su artículo 99° en razón de las «faltas políticas» cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de “retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro” [...]. Al respecto, Bidart Campos refiere que “se lo denomina juicio político [...] porque

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0006-2003-AI/TC, fundamento 15.

no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado [...]”⁽¹¹⁾.

En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta. De esta manera, en el Juicio Político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas⁽¹²⁾. El Tribunal Constitucional, no obstante, considera que, aunque no se ha previsto en la Constitución la votación necesaria para aplicar las sanciones en los casos de juicios políticos, dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos, por lo que no cabe recurrir a una sentencia integrativa.

Para ello, tomando en cuenta una interpretación razonable, al momento de aprobarse un reglamento, deberá tenerse en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que, para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo, se requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso. Por lo tanto, es necesario que, para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o para inhabilitarlos hasta por diez años en el ejercicio de la función pública por infracción de la Constitución, el número de votos no sea menor a los dos tercios del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

De lo expuesto, puede concluirse que el Tribunal Constitucional considera, dado que el Antejudio debe versar sobre materia estrictamente jurídico-penal, que el Congreso solo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario para que sea sometido a juicio sin poder sancionarlo. La acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de congresistas, sin considerar a los miembros de la Comisión Permanente, ya que ésta es el ente acusador. Una vez declarada judicialmente la responsabilidad penal del funcionario, entonces el Congreso puede aplicar las sanciones políticas de destitución o inhabilitación a que se refiere el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución; al existir una sentencia judicial condenatoria, bastará para ello la votación favorable de una mayoría simple.

En cambio, para el TC el Juicio Político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la Repúbli-

(11) *Ibidem*, fundamento 19.

(12) *Ibidem*, fundamentos 20 y 21.

ca, en el que éste tiene la potestad de sancionar al alto funcionario por la comisión de infracciones de la Constitución que no constituyen delitos de función. En tal supuesto, es imperativo que la aprobación de la sanción requiera el voto favorable de por lo menos dos tercios del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente.

7.¿HAY REALMENTE DIFERENCIA ENTRE JUICIO POLÍTICO Y ANTEJUICIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993?

Como ya hemos señalado, el *impeachment* es una institución de origen inglés, adaptada por el sistema norteamericano y luego acogida en diversos ordenamientos constitucionales, denominada mayormente «Juicio Político» en la doctrina jurídica en castellano. El *impeachment* pretende proteger al Estado y a la ciudadanía frente a los comportamientos ilícitos, arbitrarios o indebidos en la gestión pública de las altas autoridades; como consecuencia, despoja al responsable de su cargo o le impone la inhabilitación política. Conforme señala Valentín Paniagua, este procedimiento parlamentario no busca la sanción penal de la persona acusada ni de sus bienes. En ese sentido, es materia de *impeachment* toda conducta que deshonor la función, se trate o no de un delito o infracción de la Constitución. La resolución final busca únicamente bien la destitución del funcionario o forzarlo a dimitir. Los objetivos del *impeachment* se agotan cuando el funcionario deja de estar en el cargo, sin que importe una sanción penal⁽¹³⁾.

A su vez, Domingo García Belaunde anota que el *impeachment* perdió toda aplicación práctica en el Reino Unido y el constitucionalismo británico desde 1805. Sostiene que ello ocurrió a consecuencia de que «a principios del siglo XIX empezó a asentarse en definitiva el régimen parlamentario en Inglaterra (en especial, en 1832 con las reformas de ese año), quedando el Rey tan limitado y tan sujeto al control parlamentario, que encontraron otros medios más rápidos y más eficaces para hacer efectiva la responsabilidad política, sin perjuicio de los delitos que pudieran cometerse en el cargo, que en este caso, lo llevarían los tribunales comunes»⁽¹⁴⁾.

Explicando la recepción del *impeachment* en los Estados Unidos de Norteamérica y su ulterior traducción en Latinoamérica, el profesor García Belaunde, apoyándose en el importante tratado de Joseph Story, quien fuera juez de la Suprema Corte, comenta respecto de dicha institución lo siguiente:

(13) PANIAGUA CORAZAO, Valentín, 1995, p. 127.

(14) GARCÍA BELAUNDE, Domingo, 2005, p. 173.

“[el *impeachment*] es un proceso político, que sin embargo, podía acabar en el Poder Judicial [...]. Y tiempo más tarde, la obra se traduce al castellano en forma casi simultánea: en Argentina en 1860 y en México en 1879, ambas traducciones con varias ediciones. Y en ambos casos, los dos traductores al ver la palabra *impeachment*, la traducen como «Juicio Político», haciendo caso de la indicación de Story de que esa era la naturaleza del instituto. Un gran estadista brasileño, Ruy Barbosa, a poco de inaugurarse la República en 1891, introdujo el mismo vocabulario, conjuntamente con la literatura jurídica norteamericana. En el Uruguay, un eminente constitucionalista de fines del siglo XIX, Justino Jiménez de Aréchaga, en su célebre estudio sobre el Poder Legislativo, lo traduce de igual manera. Y en el Perú, lo hacen varios de esa época, como Luís Felipe Villarán. Sin embargo, tiempo después hubo algunos comentaristas que optaron por traducir *impeachment* por «acusación», lo cual era una traducción casi literal. Y otros lo llamaron Antejudio, precisamente porque era la antesala de un proceso en forma. Esto es, una sola palabra dio lugar a tres traducciones distintas, que en el fondo significan lo mismo. La doctrina peruana la ha usado como equivalentes, pero con preferencia por el último, o sea, por Juicio Político, que es la traducción más englobante. Y que es de uso pacífico en la doctrina constitucional latinoamericana”⁽¹⁵⁾.

Por ello Domingo García Belaunde discrepa de quienes, como el Tribunal Constitucional, interpretan el artículo 100° de la Constitución de 1993 y las variaciones que introduce a nuestro tradicional Antejudio Político, en el sentido de establecer una diferencia o distinción entre Antejudio y Juicio Político. Para el distinguido maestro peruano, ambos términos se refieren a lo mismo y tampoco cabe asumir que existen dos instituciones diferentes en la referida norma de la Carta de 1993. Así señala:

“Sin embargo, hay algunas voces en nuestro medio que sostienen que se trata de tres cosas distintas, sobre la base de una lectura sesgada de la Constitución peruana de 1993. Y esto, en realidad, me parece discutible. Lo que ha hecho la Carta de 1993, es modificar nuestro tradicional Antejudio o Juicio Político, deformándolo, ampliándolo, mejorándolo o como queramos llamarlo (aquí no vamos a hacer un juicio de valor), pero en el fondo, sigue siendo el mismo, si bien con variantes importantes y diría que

(15) *Ibidem*, p. 174.

potencialmente peligrosas. Pero eso no autoriza, pienso yo, a distinguir donde no hay ningún respaldo doctrinario ni histórico”⁽¹⁶⁾.

En suma, Domingo García Belaunde considera que en el Perú Antejuicio y Juicio Político siempre han sido lo mismo y que, a pesar de que la Carta de 1993 haya modificado el esquema tradicional del Antejuicio e incorporado las sanciones políticas de destitución e inhabilitación, al margen de la eventual sanción penal, ello no autoriza a sostener que esta Constitución establece dos instituciones «diferentes» o que se pueda distinguir estas. Por ello, al preguntarse si el modelo de la Carta de 1993 es el del Juicio Político «de siempre», responde:

“Pues claro que sí. Que no haya seguido el modelo histórico, y más aun que haya aislado la facultad de la inhabilitación, abriendo la puerta a eventuales excesos, no nos autoriza a cambiarle de nombre, que es el de siempre. Pretender decir que uno es el Antejuicio y otro es el Juicio Político, es un ingenioso juego de palabras que no se compadece con la naturaleza de la institución, ni con su desarrollo histórico. El *impeachment* se tradujo siempre así, no obstante que existen varios modelos de Juicio Político. Y no existe ninguna razón valedera para distinguir donde ni la doctrina, ni la legislación, ni la historia, han distinguido.

Si el modelo nos parece arbitrario, llamémoslo así; un Juicio Político autoritario, antidemocrático o como queramos llamarlo. Pero no le cambiemos de nombre, porque en derecho no es saludable jugar con las palabras ni darles un sentido distinto a lo que siempre fueron. Por lo menos, mientras no cambie la situación actual de aceptación generalizada en el Derecho comparado” ⁽¹⁷⁾.

En opinión de Valentín Paniagua, esta innovación no puede asimilarse al Juicio Político por las siguientes razones⁽¹⁸⁾. En el caso del Antejuicio peruano se busca hacer efectivas, políticamente, responsabilidades que son de naturaleza jurídica. En el Antejuicio no se juzga ni se sanciona. Se cumple, más bien, con una suerte de función de Ministerio Público, con el propósito de levantar la inmunidad para que los órganos jurisdiccionales procesen la conducta. La suspensión del

(16) Loc. cit.

(17) GARCÍA BELAUNDE, Domingo, 2005, p. 178.

(18) PANIAGUA CORAZAO, Valentín, 1995, p. 128.

cargo se justifica, pues el acusado no puede cargar consigo la dignidad del cargo, ni entorpecer, por la posición que ocupa, el desarrollo del proceso⁽¹⁹⁾.

A diferencia de García Belaunde y Paniagua, para el Tribunal Constitucional la inclusión en el artículo 100° de la Carta de 1993 de esta sanción política de destitución del cargo o inhabilitación, figura típica del *impeachment* y distinta de la mera aprobación por el Congreso de una autorización para que el acusado sea sometido a juicio («Antejuicio»), sirve de fundamento para sostener que, a partir de entonces, cabe en el Perú diferenciar el Antejuicio y el Juicio Político como dos procedimientos con distinto resultado emanados de la misma norma constitucional.

En realidad, considero que el problema es complejo. El tradicional Antejuicio peruano solo suponía que el Congreso aprobase la procedencia de juicio penal, ante la Corte Suprema, contra el alto funcionario acusado de cometer delitos en el ejercicio de sus funciones o infracciones de la Constitución. Era, pues, una habilitación o autorización para el juzgamiento, y el Congreso actuaba como acusador, pero no podía imponer sanción jurídica o política alguna; solamente el acusado quedaba suspendido en el cargo hasta que concluya el proceso penal.

Debe reconocerse que este Antejuicio peruano no coincide plenamente con el clásico *impeachment* británico y el Juicio Político adoptado en la mayoría de ordenamientos latinoamericanos, pues no contempla la posibilidad de que el Congreso imponga al acusado las sanciones políticas de destitución o inhabilitación. El artículo 100° de la Carta peruana de 1993 introdujo así una novedad importante: Además de disponer que, de aprobarse la acusación por delitos o infracciones de la Constitución cometidos en el ejercicio de la función, el acusado será sometido a juicio ante la Corte Suprema y podrá ser suspendido del cargo –el tradicional Antejuicio–, permite también ahora que el Congreso pueda imponer la sanción de destitución del cargo o de inhabilitación para el desempeño de toda función pública hasta por diez años. Es esto último lo que configuraría, en opinión de algunos, la incorporación del Juicio Político y de una figura similar *impeachment*, distinta y adicional a nuestro tradicional Antejuicio.

Considero, pues, que existe en el artículo 100° de la Constitución de 1993 un cambio sustantivo en el tradicional Antejuicio. ¿Habilita ello a señalar que ahora existen dos instituciones distintas, el Antejuicio y el Juicio Político, que deben someterse a requisitos y consecuencias diferentes? El Tribunal Constitucional ha considerado que sí, y así lo ha establecido en una sentencia interpretativa e «integrativa», ordenando que, en adelante, se adopte esta interpretación de la Cons-

(19) *Ibidem*, p. 129.

titución y las votaciones que establece. Como ya hemos visto, el Reglamento del Congreso incorporó lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional en cuanto a las distintas votaciones calificadas requeridas para aprobar el Antejudio y el Juicio Político, así como respecto a las condiciones para la procedencia de la aplicación de sanciones.

También es verdad que el Tribunal Constitucional realizó una interpretación que reformula sustancialmente el sentido con que se venía entendiendo y aplicando el artículo 100° de la Constitución, lo que ha hecho que algunos consideren que excedió sus atribuciones al efectuar una reforma de la norma constitucional, a pesar de no declarar inconstitucional el precepto del Reglamento del Congreso. Aunque se trata de una decisión controvertida, considero que el Tribunal Constitucional buscó «racionalizar» la aplicación del Antejudio o Juicio Político, ante las reformas que introdujo el constituyente de 1993 y algunos excesos parlamentarios observados en el uso del instituto, que creaban el riesgo de que pudieran proliferar por su utilización y manipulación política. El establecimiento de mayorías calificadas más elevadas, extraídas del tratamiento dado por la propia Constitución a otras instituciones afines, fue una forma de fijar ciertos frenos o «candados» preventivos y racionalizadores frente a la actuación de las mayorías políticas en el Congreso, exigiéndoles obtener niveles más altos de consenso o aprobación para poder imponer sanciones.

Si bien es cierto que la ausencia de norma sobre el número de votos exigidos para aprobar la acusación constitucional, tanto en la Constitución como en el texto original del Reglamento del Congreso, puede dar pie a sostener que resultaría aplicable la regla de la simple mayoría de votos, como se venía interpretando antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, encuentro razonable y equitativa la exigencia de una mayoría calificada de votos de los congresistas, la mitad más uno, para la aprobación de la acusación y el Antejudio, por ser esta la misma mayoría exigida para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, que no supone sanción alguna, sino solo la autorización para habilitar un juzgamiento.

Cierto es también que una interpretación literal del artículo 100° de la Constitución llevaría a admitir que las sanciones de destitución o inhabilitación –y, obviamente, la medida de suspensión del cargo– podían ser adoptadas por el Congreso inmediata y directamente tras la aprobación de la acusación. Ello es distinto a lo establecido e «interpretado» por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, tratándose de una acusación de contenido penal, tales sanciones políticas solo podrían imponerse luego de producida una sentencia penal condenatoria por delitos cometidos en el ejercicio de la función. Y si bien la exigencia de una votación favorable de dos tercios de congresistas, para imponer las sanciones de destitución o inhabilitación por infracciones de la Constitución, o para vacar al Presidente de la República por incapacidad moral, recoge esta cifra de la propia

Constitución, que la contempla para remover a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura o al Defensor del Pueblo, introduce una distinción que, aunque pueda parecer «razonable», es verdad que «no está escrita» en el texto del artículo 100° de la Constitución, como tampoco lo está la propia existencia de un Juicio Político con características propias, distintas al tradicional Antejudio, aplicable cuando no habrá ulterior juicio penal.

Por lo expuesto, forzoso es reconocer que el artículo 100° de la Constitución de 1993 introdujo una modificación sustancial de nuestro tradicional Antejudio, y que el Tribunal Constitucional, mediante su sentencia, reformuló íntegramente la interpretación y la aplicación del precepto constitucional. Buscó, así, racionalizar el uso de la institución, aunque dándole un alcance y sentido bastante distinto del que fluye a partir del texto literal de la norma. Es para justificar esta «reingeniería» de la norma constitucional que el Tribunal Constitucional introduce la diferencia entre Antejudio y Juicio Político; finalmente, arriba a un resultado positivo en cuanto modera los posibles excesos que propicia la norma, sin que por ello pueda soslayarse que esta tarea interpretativa va bastante más allá de lo que «dice» la Constitución.

Finalmente, creo necesario establecer una precisión respecto a una cierta insinuación o afirmación de la sentencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de que el Juicio Político habilita también al Congreso a imponer sanciones por responsabilidades políticas propias de la gestión del alto funcionario. Si bien las sanciones previstas para el Juicio Político son, precisamente, políticas y no penales, pues tales infracciones no están tipificadas penalmente, no puede perderse de vista que nuestra Constitución, al igual que sus antecesoras, alude expresamente a conductas que configuren infracciones de la Constitución, lo que supone una falta o trasgresión de alguna norma constitucional. En consecuencia, de no haberse producido tal infracción, no habrá mérito para impulsar el Juicio Político ni para imponer sanción política alguna. Nuestra Constitución no faculta ni autoriza a utilizar el Juicio Político para imputar responsabilidades meramente políticas o cuestionar el desempeño político del funcionario o ex funcionario, sin que medie también una infracción constitucional.

8.L LAS INFRACCIONES DE LA CONSTITUCIÓN: EL PROBLEMA DE SU TIPIFICACIÓN Y SANCIÓN EN EL JUICIO POLÍTICO

Nuestra tradición constitucional siempre ha incluido como materia de acusación constitucional y Antejudio o Juicio Político, además de los delitos cometidos en el ejercicio de la función, la imputación de infracciones de la Constitución. Según Víctorhugo Montoya, la infracción constitucional es todo supuesto establecido dentro de una norma constitucional que afecta el Estado de derecho y ante el cual se imputan sanciones determinadas. Por lo general, la infracción constitu-

cional ha sido tomada en los textos constitucionales como una figura abierta. En la Constitución gaditana de 1812 se estableció el juicio de acusación parlamentaria para sancionar la infracción surgida de la inobservancia de la Constitución. Como ésta no establecía claramente los supuestos de infracción, el desarrollo debía ser jurisprudencial. Sin embargo, las Cortes fueron reacias a intervenir⁽²⁰⁾.

En el Perú, la Ley de Acusación Constitucional de 1834 sancionaba al Presidente y ministros de manera «abierta» con la destitución del cargo por «la afectación del Estado, la vulneración de los derechos de las personas y por incumplimiento de los deberes de función o las limitaciones del poder»⁽²¹⁾. Ninguna de nuestras constituciones ni la legislación, incluso actualmente, han realizado una especificación precisa de los supuestos en que se configura la infracción constitucional, lo que hace que se pueda caer en supuestos creados por el Congreso. Se permite juzgar sobre la base de una afectación genérica a la Constitución, sin definir cuándo se produce un supuesto de infracción.

Se ha comentado que, hasta antes de la Constitución de 1993, al no estar tipificadas las infracciones constitucionales, ni prevista una sanción específica para ellas, si en un Antejuicio se aprobaba una acusación constitucional sin contenido penal, el asunto quedaba trunco y sin sanción, una suerte de «saludo a la bandera», pues no correspondía pasar al proceso judicial, ante la falta de imputación de delito, ni se contemplaba alguna otra sanción política para el acusado. Incluso el término Antejuicio no era verdaderamente apropiado, pues no era la antesala de autorización de un juicio penal. Pero con el artículo 100° de la Constitución de 1993 aparentemente se superó este vacío, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, al prever sanciones políticas, como la destitución o la inhabilitación del funcionario o ex funcionario, que podían imponerse por el Congreso al aprobar una acusación sin contenido penal por medio del Juicio Político, imputando una infracción de la Constitución.

Pero ello ha llevado a preguntarse si resulta factible actualmente, y conforme a la Constitución, que se pueda sancionar las infracciones constitucionales, sin que éstas se hayan tipificado en forma específica. Considero que una infracción constitucional es aquella conducta del alto funcionario o ex funcionario que configura una trasgresión manifiesta de un precepto constitucional que impone un mandato, un deber de función o actuación, sin que ello se encuentre tipificado penalmente como delito. De modo que no procederá por tal conducta inconstitucional el procesamiento judicial o sanción penal del infractor, pero sí su sanción

⁽²⁰⁾ MONTROYA CHÁVEZ, Víctorhugo, 2005, p. 241.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 243.

política por el Congreso de este accionar reprobable, consistente en la destitución del cargo o la inhabilitación para el desempeño de toda función pública hasta por diez años.

Por esta misma razón, encuentro innecesario e incongruente proponer la tipificación específica de las conductas que configuran una infracción de la Constitución y su sanción respectiva. Con ello se incurre en el error de querer «penalizar» o criminalizar tales infracciones, con lo que se convertirían en una suerte de delitos, quedando sujetas a las reglas del Derecho Penal. La razón de ser de extender el Juicio Político a las infracciones de la Constitución es, precisamente, imponer una sanción política a quienes han actuado de manera contraria a mandatos emanados de la Constitución, a pesar que este proceder no esté calificado como un delito. Si lo estuviera, obviamente dejaría de ser una mera infracción constitucional para convertirse en un ilícito penal, lo que tornaría innecesaria la diferenciación. Por ello no cabe considerar dentro del rubro infracciones de la Constitución aquellas conductas que ya reciben tipificación penal específica. Ciertamente es que el criterio que propongo se presta a una interpretación amplia y flexible en la calificación por el Congreso de las conductas del funcionario que configuran una infracción de la Constitución. Pero esa es la naturaleza y el sentido del Juicio Político, riesgos que se modulan entendiendo que la conducta a sancionar tiene que suponer una violación manifiesta o un desacato directo de lo establecido por un precepto constitucional.

Tampoco estimo necesario que se tengan que tipificar las sanciones específicas para cada infracción constitucional. La Constitución de 1993, en su artículo 100°, independientemente de la consideración y valoración que nos merezca el contenido de la norma, prevé la sanción genérica que corresponde a cualquier infracción constitucional. Esta es de tipo estrictamente político y consiste en la destitución del cargo o la inhabilitación para el desempeño de la función pública hasta por un término de diez años. Corresponderá al Congreso evaluar la gravedad de la infracción constitucional cometida y del caso concreto, para graduar y determinar, dentro de estos límites, la sanción a imponer al acusado. Por lo demás, la elevada votación de dos tercios de los congresistas, fijada por el Tribunal Constitucional para imponer estas sanciones en el Juicio Político, ahora incorporada expresamente en el Reglamento del Congreso, es otro mecanismo que morigerará el riesgo de su utilización arbitraria.

9.A LGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En el Perú, desde nuestras primeras constituciones, el denominado Antejjuicio Político tuvo algunas características propias y distintas respecto al *impeachment* y Juicio Político imperante en los otros países latinoamericanos. En el Antejjuicio

tradicionalmente regulado en las constituciones peruanas, la acusación constitucional ante el Congreso, formulada contra el Presidente de la República o los altos funcionarios dotados de esta prerrogativa, por la imputación de delitos cometidos en el ejercicio de la función o infracciones constitucionales, solo tenía por objeto que el Congreso apruebe o no la procedencia de la acusación y, en caso afirmativo, que el acusado quede automáticamente suspendido en el cargo y sometido a juicio penal ante la Corte Suprema. No existía, pues, ni la destitución o la inhabilitación impuestas por el Congreso, características del *impeachment* y del Juicio Político latinoamericano, medidas que quedaban supeditadas a lo dispuesto por la sentencia judicial respecto a la responsabilidad penal o constitucional. Así, un órgano político, el Congreso, decidía si procedería el juzgamiento del acusado ante la Corte Suprema, actuando como ulterior acusador o denunciante, pero sin realizar propiamente un «juzgamiento» ni imponer sanciones. Lo que sí fue una constante en nuestras constituciones es que, una vez aprobada la acusación por el Congreso, el acusado quedaba suspendido en sus funciones y sometido a juicio.

Este tradicional Antejudio peruano experimentó una modificación importante, aunque insuficientemente explicitada y regulada, en la Constitución de 1993, cuyo artículo 100° contempla la posibilidad de que el Congreso imponga al acusado las sanciones políticas de destitución del cargo y la inhabilitación para el desempeño de la función pública hasta por diez años. Con ello se asemeja más al Juicio Político latinoamericano, aunque conserva ciertas características propias, careciéndose de una adecuada regulación constitucional del cambio introducido. La modificación de nuestro tradicional Antejudio ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina nacional, por los riesgos que puede suponer la imposición de sanciones al acusado por el Congreso, dada la naturaleza esencialmente política de este órgano, que incide en que sus decisiones se adopten en base a consideraciones políticas antes que jurídicas, según la correlación de fuerzas existentes a su interior.

Si bien la Constitución de 1993 no hace mención expresa a la incorporación del Juicio Político ni una distinción entre éste y el tradicional Antejudio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad 006-2003-AI/TC, ha interpretado y establecido que actualmente coexisten (en el procedimiento de acusación constitucional contemplado en los artículos 99° y 100° de la Carta) ambas instituciones, procediendo a diferenciarlas, recurriendo a una «sentencia integrativa» para llenar los vacíos que estima existentes. Con este fundamento, el TC ha desarrollado en su sentencia una regulación especial y con ciertas distinciones para el caso del Antejudio y del Juicio Político.

De un lado, el TC considera que cuando se acusa al Presidente de la República o alguno de los altos funcionarios, taxativamente señalados en el artículo 99° de

la Constitución, por la comisión de algún delito en el ejercicio de sus funciones, nos encontramos en el Antejudio. La aprobación de la acusación (de contenido penal) por el Congreso deberá realizarse por la mitad más uno del número legal de congresistas, sin considerar a los miembros de la Comisión Permanente, por ser el órgano acusador. La exigencia de esta mayoría calificada, no señalada en la Constitución ni en la versión original del Reglamento del Congreso, fue establecida por el TC aplicando la misma mayoría que se exige en la Carta para aprobar el voto de censura contra los ministros y en el Reglamento del Congreso para autorizar el levantamiento de la inmunidad de un parlamentario.

En este Antejudio, el Congreso se limita a aprobar la procedencia o no de la acusación y, en caso afirmativo, el acusado queda sometido a juicio penal ante la Corte Suprema. Solo si ulteriormente la sentencia de la Corte Suprema es condenatoria, el Congreso podrá imponer al acusado las sanciones previstas en el artículo 100° de la Constitución, es decir la destitución del cargo o la inhabilitación política para el desempeño de cualquier cargo o función pública hasta por diez años. La aplicación de dicha sanción, por estar sustentada en la sentencia penal condenatoria previa, solo requerirá para ser aprobada por el Congreso de la votación de una mayoría simple de parlamentarios.

De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que nos encontramos ante la figura del Juicio Político cuando la acusación al Presidente o los altos funcionarios señalados en el artículo 99° de la Constitución se refiere a las faltas políticas o infracciones constitucionales cometidas en el ejercicio de las funciones, sin necesidad de que éstas constituyan un delito. Su finalidad es retirar del cargo a quien lo ejerce inadecuadamente o sancionar políticamente a quien incurrió en estas infracciones cuando lo ejerció. En estos casos, la aprobación de la acusación no supondrá el ulterior sometimiento del acusado a un proceso penal ante la Corte Suprema, pero si habilita al Congreso para aplicarle directamente las sanciones políticas de destitución del cargo o inhabilitación para el desempeño de toda función pública hasta por diez años. El TC ha establecido que estas sanciones tendrán que ser aprobadas con el voto favorable de dos tercios del número legal de congresistas (excluidos los miembros de la Comisión Permanente) aplicando la misma mayoría calificada que la Constitución exige para que el Congreso pueda remover del cargo, por falta grave, al Defensor del Pueblo o a los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura.

El TC aprovechó este caso para pronunciarse también en su sentencia respecto al número de votos requeridos para que el Congreso pueda declarar la vacancia de la Presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral (artículo 113°, inciso 2), votación tampoco consignada en la Constitución ni en la versión entonces vigente del Reglamento del Congreso. En este sentido, el TC estableció la necesidad de que esta medida cuente también con el voto favorable

de dos tercios del número legal de congresistas. Cabe indicar que las mayorías calificadas estipuladas por el TC en la referida sentencia, ya han sido incorporadas expresamente al Reglamento del Congreso.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional ha sido objeto de severo cuestionamiento por parte de algunos destacados constitucionalistas nacionales, como el profesor Domingo García Belaunde. Señala el gran maestro peruano que en la doctrina constitucional latinoamericana, la institución del *impeachment* ha sido conocida mayormente como Juicio Político, aunque se ha utilizado indistintamente las denominaciones Juicio Político, Antejudio Político o Acusación Constitucional, sin que ello implique el reconocimiento de diferencias entre éstas. Igualmente se cuestiona que la sentencia del TC, mediante una interpretación, haya «creado» y distinguido la existencia de dos instituciones diferentes, el Antejudio y el Juicio Político, a pesar que ello no está previsto en el texto de la Constitución ni en nuestra tradición constitucional. Asimismo se cuestiona que el TC haya diferenciado procedimientos para ambas instituciones, y la exigencia de distintas mayorías calificadas para aprobar la acusación en cada caso, a pesar que ello no aparece ni en la Constitución ni existía originalmente en el Reglamento del Congreso.

Considero que con esta sentencia el Tribunal Constitucional ciertamente ha realizado una interpretación bastante extensa y creativa, con la intención explícita de «llenar vacíos» en aspectos importantes de la institución del Antejudio o Juicio Político, apreciados en la regulación deficiente que actualmente les brinda la Constitución de 1993 en su artículo 100° y evidenciados en su aplicación en casos concretos. Creemos que, con ello, el TC ha buscado dar una interpretación previsoras que racionalice el uso de la institución, especialmente en cuanto a la imposición de sanciones políticas por el Congreso, corrigiendo situaciones del pasado, como cuando se destituyó a tres magistrados del propio TC por la imputación de una supuesta infracción constitucional, intentando evitar que se incurra en arbitrariedades políticas. Esta racionalización se consigue estipulando tanto el momento en que corresponde imponer la sanción, como la exigencia de mayorías calificadas en la votación parlamentaria requerida para la aprobación de la acusación y sanciones, aplicando para esta materia las mayorías calificadas exigidas en la Constitución y el Reglamento del Congreso para otras situaciones parecidas.

La sentencia del TC también ha permitido desnudar diversas deficiencias y aspectos inconvenientes existentes en el actual artículo 100° de la Constitución, que ameritan su revisión y reforma. Así, se cuestiona con fundamento que dicha norma constitucional impida al Ministerio Público efectuar una evaluación y calificación autónoma de los delitos imputados al acusado por el Congreso, quedando obligado a reproducir sin alteraciones los términos de la acusación parlamentaria y a realizar la acusación penal, aun cuando el Fiscal pudiera discrepar de la tipificación efectuada por el parlamento o de la existencia de conductas punibles.

Para el TC, la tradicional denominación de Antejudio Político alude a que el Congreso, un órgano político, efectúa la calificación previa de la acusación y determina si aprueba o no el ulterior sometimiento a juicio del acusado. En cambio, en el Juicio Político es el propio Congreso quien puede imponer al acusado las sanciones políticas de destitución del cargo o la inhabilitación para el desempeño de toda función o cargo público. Considero que es evidente que la Carta de 1993, en su artículo 100°, introdujo (con una formulación ciertamente defectuosa) una innovación relevante en nuestro tradicional Antejudio, al incorporar la posibilidad de aplicación de sanciones políticas por el Congreso, anteriormente inexistentes en nuestra experiencia constitucional aunque comunes al Juicio Político contemplado en otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos. A partir de la forma en que se empezaba a utilizar dicha institución y de los riesgos políticos que conllevaba su deficiente regulación, encuentro que la interpretación establecida por el Tribunal Constitucional, si bien va bastante más allá de lo que «dice» la norma constitucional e incluso introduce aspectos y distinguos que el texto de ésta «no dice», cumple un positivo papel previsor y racionalizador que busca moderar su uso y someter la aplicación de sanciones políticas a la verificación judicial previa de responsabilidad penal, cuando se imputa la comisión de delitos en el ejercicio de la función, o el logro de altas votaciones calificadas que expresen un significativo grado de consenso en el Congreso, cuando se impondrán sanciones políticas por infracciones constitucionales que no constituyen delitos ni serán juzgadas por los tribunales.

No comparto las aseveraciones que realiza, en algún momento, la sentencia del TC respecto a que en este «‘nuevo’ Juicio Político» también se pueden imponer sanciones por la conducta política del acusado. Nuestra Constitución es bastante clara, y lo han sido todas las constituciones precedentes, en el sentido de que los únicos supuestos que habilitan la formulación de una acusación constitucional (se le llame Antejudio o Juicio Político) son la imputación de delitos o infracciones constitucionales cometidas en el ejercicio de la función o cargo. En el Perú resulta improcedente acudir al Juicio Político para pretender imponer sanciones al Presidente o altos funcionarios por sus actos o conductas meramente políticas; salvo cuando ellas conllevan, a su vez, la comisión de un delito o de una infracción de la Constitución, perpetrados con motivo del ejercicio del cargo o la función.

Tampoco comparto la propuesta de que para que las infracciones constitucionales puedan ser sancionadas, en el marco de un procedimiento de acusación constitucional, se requiere previamente que éstas sean tipificadas y se señale la sanción que les corresponde a cada una. Considero que ello supone una confusión, pues pretende dar a las infracciones constitucionales un tratamiento similar o equiparable al que corresponde a las conductas tipificadas penalmente como

delitos, que se originan en la imputación de delitos cometidos en el ejercicio de la función o el cargo. En realidad, la infracción constitucional se produce cuando el alto funcionario viola o trasgrede cualquier precepto o mandato contenido en la Constitución. En algunos casos, tal conducta puede también encontrarse contemplada y tipificada como delito en el Código Penal, lo que hará aplicable el supuesto de delito cometido en el ejercicio de la función. En cambio, el supuesto de la imputación de una infracción constitucional es totalmente distinto, pues obedece a que tal conducta arbitraria e indebida, que vulnera la Constitución, no está tipificada como delito, por lo que la acusación y la eventual sanción no responden a una finalidad penal sino política.

Por ello, tampoco considero que se requiere ni sea necesario establecer la sanción específica que corresponde a cada posible infracción constitucional, pues tal sanción, de tipo político, ya está prevista de manera genérica en la propia Constitución, no siendo otra que la destitución del cargo y la inhabilitación para el desempeño de la función pública hasta por diez años. Corresponderá al Congreso evaluar y graduar la sanción política que, dentro de dichos límites, resuelva imponer al alto funcionario contra quien se apruebe la acusación constitucional, atendiendo a la gravedad de la infracción y al caso concreto.

Finalmente, es frecuente que se señale que los delitos susceptibles de acusación constitucional, contra el Presidente de la República o los altos funcionarios con derecho a Antejudio, son los «delitos de función». Ello nos vincularía, de alguna manera, solo a aquellas conductas ilícitas tipificadas en el Título XVIII del Código Penal, «Delitos contra la Administración Pública», más específicamente a su Capítulo II, «Delitos cometidos por funcionarios públicos». Se trata de figuras como el abuso de autoridad, la concusión, el peculado y la corrupción. Ello supone una postura restrictiva que no comparto. Y es que no puede olvidarse que la Constitución, en su artículo 99°, se refiere a la posibilidad de acusación constitucional por todo delito que se cometa en el ejercicio de las funciones públicas, lo que no es lo mismo y resulta mucho más amplio. De modo que si el alto funcionario, en el ejercicio de la función o cargo, incurre en otras conductas tipificadas penalmente como delitos, con motivo del desempeño de su función (como violaciones a determinados derechos constitucionales, por ejemplo), también éstas serán susceptibles de acusación constitucional.

10.B BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS

1993 «Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento». En *Serie Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 2. Lima: CAJ.

COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2004 *Informe de calificación de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Denuncia 110 Contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y otros, por presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad omisión de cumplimiento de funciones, peculado y destrucción u ocultamiento de documentos*. Segunda legislatura ordinaria, del 17 de marzo.

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979

1979 Tomos IV y VII. Lima, Perú.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José

1993 «Las relaciones entre gobierno y parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú». En *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo – Parlamento*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

2002 «El Congreso, el Gobierno y sus relaciones en la propuesta de reforma constitucional». En *Socialismo y Participación*. N° 94. Lima: CEDEP.

2005 «Diseño constitucional, régimen político y gobernabilidad en el Perú: Los problemas que las normas no bastan para resolver». En Diego Valadés (editor). *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1991 «Forma de gobierno en la Constitución Peruana». En *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios, N° 2. Lima.

2005 *¿Antejudio, acusación constitucional, juicio político?* En Ponencias Desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa, Perú.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO; y RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE

1992 *Los sistemas constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson.

LANDA ARROYO, César

2004 *Antejudio Político*. Congreso Internacional sobre culturas y sistemas jurídicos comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo

2005 «La infracción Constitucional». *Tesis y Monografías* N° 10. Lima: Palestra.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín

s.a. *¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?* En *La Constitución de 1993: análisis y comentarios II*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 11.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA PÚBLICA

JORGE REINALDO VANOSI (*)
(Argentina)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Control de la administración financiera. 3. “Superpoderes”: ¿un estado de sitio económico y social de carácter permanente? 4. El control es la antesala de la responsabilidad. 5. Conclusión: la falla comienza por el régimen fiscal caótico y confuso.

1.1 INTRODUCCIÓN

– I –

Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1853-1860 el Congreso Nacional contaba entre sus atribuciones (Art. 67) las de sancionar anualmente el presupuesto de la Nación (“la ley de las leyes”, al decir de Alberdi) con la paralela y correspondiente estimación de los recursos, más la ulterior y pertinente consideración de la “cuenta de inversión” a los efectos de su aprobación o de su fundada objeción (inc. 7º). Tales disposiciones de la Ley Suprema no sufrieron modificaciones sustanciales, aún bajo la vigencia efímera del cuerpo vigente a partir de 1949 (y hasta el 30 de Abril de 1956, en que fue decretada su nulidad y restablecida la llamada “Constitución Histórica” de los argentinos). Asimismo, en el marco de la distribución de los poderes de gobierno, siempre se entendió y practicó que la incumbencia de la preparación del proyecto de ley presupuestaria correspondía al Poder Ejecutivo, como también quedaba a su cargo y responsabilidad la aplicación de las partidas a las previsiones y destinos establecidos en la ley anual. Sólo la “Enmienda” precaria de 1972 innovó en la materia, al contemplar la posibilidad de la sanción de leyes presupuestarias plurianuales, de duración equivalente al período presidencial y al de los mandatos legislativos (4 años); pero tal

cláusula no se puso en vigor y, además, caducó junto con el resto de la reforma de facto al consumarse el nuevo *de facto* de 1976.

Durante el tiempo institucional transcurrido entre 1853 y 1994, muchos actos y hechos tuvieron lugar en torno a la normativa presupuestaria, aunque ello no será materia ni comentario de los contenidos de esta breve comunicación. Sí, podemos recordar –entre otros episodios– las demoras en que incurrió el Ejecutivo en el envío del proyecto anual, las reiteradas “tardanzas” del Legislativo en discutirlo y aprobarlo con antelación al inicio del “año fiscal”; el retiro del proyecto presentado en sesiones extraordinarias del Congreso ante el boicot de los opositores al Presidente Figueroa Alcorta; el voto negativo por parte de la Cámara de Diputados rechazando el texto proyectado y remitido por el Presidente Arturo Illia; las “auto-sanciones” de presupuestos gestados por los regímenes que disolvieron al órgano legislativo nacional y bicameral; y demás deformaciones ya cometidas y convertidas en patología de la progresiva “desconstitucionalización” que hemos padecido y que sufrimos los argentinos, a veces por *consentimiento* expreso del pueblo y otras veces con el *asentimiento* pasivo de una ciudadanía resignada. Por una vía o por otra, el hecho es que nos han conducido a una versión institucional de la “necrosis” (muerte de las células) y que por ese camino hemos arribado a una “memoria necropsada”, o sea que –constitucionalmente hablando– padecemos “necropsia” y somos “necrópticos” (*sic*).

– II –

Puede decirse que, en líneas generales, hasta la llegada de las modificaciones (o cambios) producidos a raíz de acuerdos parlamentarios “consensuados” (a medias) en los albores de la década del 90 (del siglo XX), se había estructurado en forma paulatina –y con reformas sucesivas– un régimen de control que a pesar de todas sus imperfecciones permitía atender a la corrección o a las irregularidades que se pudieran cometer en el complejo trayecto de la administración financiera del Estado, tanto de la “central” como de los organismos descentralizados y de las numerosa “autarquías” y las no menos cuantiosas empresas del Estado que se fueron creando a tenor de una proliferación de preceptos normativos y reglamentarios que regaron el terreno de los nuevos y mayores roles asumidos o atribuidos a la estatalidad. Todo ello sin olvidar la consuetudinaria dilación del Honorable Congreso de la Nación en el análisis, debate y tratamiento de la “rendición de cuentas” que el departamento Ejecutivo debía someter anualmente a su consideración bajo el rótulo de “cuenta de inversión”. La antología folklórica al respecto registra hasta casos de ex-ministros del P.E.N. que, años más tardes y siendo legisladores en ejercicio, no se abstuvieron en la votación de marras correspondiente al período de su gestión ministerial (*sic*), aunque hubo excepciones por pudor y

decoro. Desde nuestro punto de vista, en una posición que vale para hacer observaciones (el llamado “observatorio”) tales posturas son “políticamente incorrectas”.

Con antelación a la reforma constitucional (¿o electoral?) del año 1994, el Congreso aprobó un nuevo régimen de control que, por la euforia de los discursos de los miembros informantes en las Cámaras, sancionaba la “parición” de un giro copernicano en un sistema al que se estimaba como una “pieza de museo” en el amoblamiento de las etapas de la función de control, al que se aspiraba a dotar de un mobiliario cuyas piezas componentes conjugaran en armonía y funcionalidad las notas de la eficacia, la eficiencia, la gobernabilidad, el no bloqueo de los poderes, la transparencia de la gestión y la efectiva aplicación del principio republicano de la responsabilidad de los gobernantes y de los administradores. Y si bien era sabido el intríngulis de “¿quién controla al control?”, no era tan consabido que se fuera a tener acierto en la fórmula pergeñada e instrumentada. El tiempo lo iría demostrando y la reforma constitucional “pactada” en Olivos durante esa misma década, se encargaría de ofrecer nuevos testimonios en la ya legendaria dificultad de concebir y aplicar los resortes del *control* como una antesala de la puesta en marcha de los mecanismos *de responsabilidad*. Todo ello sin olvidar que la regla de oro –inserta en nuestro Código Civil, pero con sustancia constitucional– señala inequívocamente que a mayores jerarquías correspondan más acentuadas responsabilidades (Art. 902: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”). ¿Se aplica esa “norma de oro” en la vida constitucional? Si practicáramos un cuidadoso examen de las anomalías y monstruosidades consumadas, lo que sería un estudio “teratológico”, nos graduaríamos en la disciplina que lleva el nombre de TERATOLOGÍA (*sic*).

– III –

El viejo sistema que reposaba en los roles protagónicos de la “Contaduría General de la Nación” y del “Tribunal de Cuentas de la Nación” (que generalmente se reproducía en el nivel del derecho público provincial, recogido en sus respectivas Constituciones locales y en “leyes orgánicas”, que en muchos casos se proyectaban en menor dimensión al plano municipal) tenía algunos rasgos que –aunque sea a vuelo de pájaro o con mirada “en escorzo”– conviene traer a colación en esta oportunidad.

2.C CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA

Para simplificar y resumir los antecedentes del régimen vigente en la actualidad (Ley N° 24.156), nos limitaremos a señalar los lineamientos generales del que

lo precedió, o sea, el de la Ley de Contabilidad de la Administración Central y Descentralizada, establecido por el Decreto-Ley 23.354 del año 1956, convalidado por la Ley 14.467 dos años después. De acuerdo a ese cuerpo normativo, actuaban dos órganos: la “Contaduría General de la Nación” y el “Tribunal de Cuentas de la Nación”. La primera entendía del *control interno* de la hacienda pública, consistente en un monitoreo de la regularidad contable (tal como su nombre lo indica y las precisiones del decreto reglamentario respectivo, N° 5506/58); tratándose, pues, de un tipo de *control previo*.

Por su parte, el segundo (Tribunal de Cuentas) tenía a su cargo el *control externo*, que se asumía con *posterioridad* al acto (en principio); no obstante lo cual ese órgano –en la práctica– fue extendiendo sus incumbencias más allá del espacio de la “hacienda pública” en sentido estricto y, asimismo, ejerció facultades “previas” en materia de libramientos de fondos provenientes del Tesoro Nacional, basándose para ello en el Art. 46 de la Ley correspondiente.

Aparte de las imperfecciones de ese sistema y de las confusiones que podía presentar, ofrecía en cambio la distinción que hacía posible la práctica de un *control previo*; lo que no se da en la práctica del régimen actualmente vigente, habida cuenta que la SIGEN no puede escapar de su condición de pertenencia al ámbito genérico del Poder Ejecutivo (v.gr., decreto reglamentario N° 253).

Con el argumento de incentivar el “control de gestión” como nudo esencial de la cuestión, el acontecimiento del cambio ha derivado hacia un decaimiento (sic) del “control de legitimidad”, al situar a aquél en el altar del eficientismo, pero en manos operativas de un control “interno” y propio del mismo Poder Ejecutivo. ¿Dónde está la independencia del controlante respecto del controlado? Con una relación así (“cordón umbilical” de la Administración) todo queda reducido a *recetas o recomendaciones correctivas* y a eventuales segregaciones de los agentes por su ineficacia en la gestión. Queda así planteado el interrogante acerca de que el dato decisivo y decisorio para resolver la suerte del agente reposa –en definitiva– en el logro de “resultados” o en el cumplimiento pleno o cabal de los “objetivos” trazados; lo que equivale a borrar del mapa jurídico la vieja diferenciación –nacida en el derecho privado romano– entre las “obligaciones de medio” y las “obligaciones de resultado”.

Por encima del palabrerío engolosinante de la apología del cambio, está en pie la necesidad de correr el velo y poner en evidencia la debilidad de un mecanismo que trata –a la postre y como propósito deliberado– de opacar los roles del *control previo*, sin que –tampoco– queden aseguradas las instancias reales y efectivas de un tardío *control posterior*, a cargo de la intervención de una Auditoría (con jerarquía constitucional) y de un (siempre) moroso trámite parlamentario de

la aprobación o rechazo de la “cuenta de inversión”. En definitiva, el control interno es un monitoreo de sí mismo (el PEN), más allá de la sutileza de un engranaje que prolonga o dilata el quehacer del “tronco” de la SIGEN (Sindicatura General de la Nación) a las “ramas” de las UAI (Unidades de auditoría interna) que fungen en cada órgano, entidad o jurisdicción administrativa del PEN. Pero así como “*Roma locuta, causa finita*”, en este régimen “jerárquico” la palabra final la tiene la SIGEN (Art. 100 y normas afines). La única verdad es la realidad (así lo afirmaron los griegos); y si de ello se trata es deber reconocer que el “entusiasmo” que acompañó al debate de la Ley 24.156 nos resulta hoy –a la luz de la experiencia– un discurso “mistagógico”, dado que más allá de su pretensión modernizadora escondía una postura o doctrina –entonces oculta– que se presentaba como “maravillosa”. Pero no todo lo que reluce es oro. En efecto: que la Auditoría General de la Nación reporte en la órbita del Congreso Nacional, no está mal; pero es necesario resaltar que el único límite establecido para su composición es que su Presidente sea designado “a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso” (Art. 85, Constitución Nacional). O sea, que el titular no es un *primus inter pares*, sino el “mascarón de proa” de la nave que otros capitanes conducen mayoritariamente en el citado cuerpo. El Art. 85 no pone recaudos al respecto. Veamos su texto, producto de la reforma constitucional de 1994:

Art. 85: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción o inversión de los fondos públicos”.

Cabe entonces preguntarnos: ¿qué puede esperarse de la activación de los mecanismos de *responsabilidad*, tan necesarios para la etapa posterior al control? ¿Es la Auditoría un garante confiable y seguro, cuando resulta que de sus seis miembros la mayoría de ellos comulga con el oficialismo del PEN? Es cierto que la SIGEN puede proceder concomitantemente y en simultaneidad con los actos a verificar, pero ese organismo pertenece a la “zona de influencia” del mismísimo Poder Ejecutivo. En el caso de una empresa “fantasma” como ENARSA, no sólo “zafa” de los filtros de la SIGEN (por su carácter atípico o hermafrodito, de ser a la vez mixtura de ente privado y empresa estatal), sino que “escapa” al control de la AGN (la Auditoría General) desde el momento que ENARSA ha “privatizado” o “tercerizado” su control externo a una auditoría particular. Al respecto, “La Nación” del 15 de septiembre del corriente año (2008), dedica un editorial bajo el siguiente título: “Enarsa, una empresa sin controles”, en el que afirma contundentemente:

“La ausencia o ineficacia de controles en una empresa constituye un hecho grave, pues esa vulnerabilidad posibilita que puedan cometerse fraudes o actos de corrupción que terminen perjudicando a sus accionistas o a los contribuyentes, según se trate de compañías privadas o públicas.

Un informe de la Sindicatura General de la Nación (Sigen) ha dejado en evidencia que la empresa Energía Argentina Sociedad Anónima (Enarsa) no cumple con la ley de administración financiera ni tampoco con la de sociedades comerciales, por lo que se enciende una alarma que no debe desatenderse...”.

“...durante el trámite de aprobación en el Senado fue objeto de cuestionamientos por parte de la oposición. En dicha oportunidad, se señaló que la creación de Enarsa bajo la figura de sociedad anónima intentaba evitar los controles que establece la ley de administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional. En definitiva, se creó una sociedad comercial como si fuera privada, pero con capital estatal...”.

“...Un adecuado sistema de controles jamás podría interpretarse como un mecanismo que retarde decisiones o entorpezca las relaciones comerciales de una empresa. Por el contrario, dichos recaudos garantizan el desarrollo de su actividad en un marco de legalidad y de transparencia. Es de esperar, por eso, que las autoridades correspondientes adopten las medidas pertinentes para subsanar las deficiencias halladas en Enarsa por la Sigen, con el fin de evitar nuevos desvíos o conductas indebidas por parte de quienes tienen la responsabilidad de conducirla y administrarla”.

Es por esta razón que compartimos las objeciones formuladas en torno a un par de cuestiones atinentes a este intrincado y confuso régimen de control en vigencia, cuya pretendida superioridad no queda demostrada, pues lo único cierto es –a la sazón– la virtual desaparición del control previo, acusado de dilaciones o de obstrucciones que no eran tales pues no existía ese designio. Hemos asistido, en cambio, a una demostración (no artística) de “bovarismo”, expresión tomada de la famosa novela de Gustave Flaubert y que se aplica al mal que padece “quien da valor de realidad a lo imaginario” (RAE).

Veamos pues las objeciones mentadas:

- 1º) la del Académico Dr. Horacio García Belsunce, acerca de la inconstitucionalidad del Decreto 1344/07, por el que se extendían las facultades de la SIGEN al contralor del Poder Legislativo y del Poder Judicial; y
- 2º) la de los medios de prensa, cuando advirtieron que si bien la SIGEN controla “en el momento”, pero sólo rinde cuentas al PEN: “...Pueden hacer *recomendaciones*, aunque *no tienen la capacidad sancionatoria que era característica de los desaparecidos Tribunales de Cuentas* . O sea, no pueden frenar licitaciones ni castigar a los funcionarios responsables de irregularidades. Y sus informes, casi crípticos, apenas se conocen” (confr., Clarín, 26/5/08, pág. 14, nota de Alfredo Gutiérrez).

Entonces: ¿qué materia queda sometida a un real y efectivo control y a eventuales emplazamientos por responsabilidades? Si sólo queda el remanente de lo nimio, pues cabe concluir que el control es una sombra que acecha pero no llega a convertirse en una luz que ilumine y señale el camino de las sanciones por irregularidades cometidas y comprobadas. Entonces, más vale hablar, en vez de “control” propiamente dicho, de una suerte de “soniquete”, o sea, de un son que se percibe poco (RAE).

Un Estado sin control de la gestión financiera y con serias obstrucciones o dificultades para ejercer el derecho de acceso a la información pública, no condice con la forma republicana de gobierno.

En resumen:

¿Era superior el régimen anterior? Contemplaba dos etapas, con sus respectivos órganos y procedimientos, a saber:

Control previo: CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Control posterior o ulterior: TRIBUNAL DE CUENTAS

¿Mejóro el control a partir de la década del 90?

Es fundamental el control previo; y, básicamente, que recaiga sobre las cuestiones *importantes*.

Existen 3 reglas fundamentales de la teoría y práctica del control:

- independencia del controlante respecto del controlado.
- acceso a la información (¿qué pasa con la Ley que nunca se termina de sancionar por el Congreso?).
- que el control recaiga sobre lo significativo y no lo nimio o baladí.

Por lo tanto –y es lo fundamental– lo siguiente: que es necesario un control sobre “issues” trascendentes.

Como la Constitución Nacional de 1994 innovó en el tema, hay que tener en cuenta sus disposiciones.

- Reorganizar (por leyes) la SIGEN y la AUDITORÍA para que cumplan las funciones asignadas por la Constitución Nacional.

El Art. 85 categoriza a la Auditoría General de la Nación.

Pero a través de “correcciones” legislativas se puede:

- Destinar Unidades de Auditoría Interna (UAI) en cada una de las dependencias o reparticiones.
- Dotar de tres (3) Auditores en cada uno.
- Establecer el principio y la aplicación efectiva de la “responsabilidad personal” de los Auditores.

Y también es dable acentuar la responsabilidad de los *gobernantes*.

Síntesis: si se quiere recuperar el centro de gravedad (el “baricentro”) del régimen constitucional, habría que acentuar algunas nociones y datos elementales, tales como los que ejemplificamos a continuación, antes de pasar a un modelo que ofrece –en el derecho comparado– el caso alemán.

- A mayores jerarquías, mayores responsabilidades (Art. 902 del Código Civil, cuya “sustancia” es de índole constitucional: es un “principio” general del Derecho, tanto público como privado).
- Responsabilidad versus impunidad.
- Que nadie tenga “coronita”.

Recordemos que Al Gore tuvo que pagar las llamadas telefónicas hechas desde su despacho cuando fue candidato presidencial en USA.

En su momento, Madame Cecilia Sarkozy sufrió el retiro de una tarjeta ofi-

cial de crédito por haberla utilizado para pagar un almuerzo de amigas.

- En la Argentina se confunde el “ERARIO público” con el “PECULIO privado”: los aviones de Presidencia viajan alegremente por doquier.

Por lo tanto, cabe inferir que muchos gobernantes no son “incorregibles”, son IRRECUPERABLES. La experiencia vernácula ofrece un panorama de “eversión”, ya que parecería que todos los engranajes están puestos al revés. Para una versión ortodoxa del derecho constitucional, podría afirmarse que asistimos a una “contracepción” (una anticoncepción).

Hay que tomar en cuenta el sistema de *ALEMANIA* cuya “Ley Fundamental de Bonn” (la Constitución de 1949, que hoy rige) expresa en su Art. 114, sobre “Rendición y revisión de Cuentas”, en sus dos incisos, que:

“(1) Acerca de todos los ingresos y gastos así como de los bienes y las deudas correspondientes a cada ejercicio económico, el Ministerio Federal de Hacienda rendirá cuentas ante el Bundestag y el Bundesrat en el transcurso del ejercicio económico siguiente, para la exoneración del Gobierno Federal.

(2) *El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de independencia judicial*, revisará las cuentas, así como la economía y legalidad de la gestión presupuestaria y económica. Deberá informar directamente todos los años, además de al Gobierno Federal, también al Bundestag y al Bundesrat. Por lo demás, las atribuciones del Tribunal Federal de Cuentas serán reguladas por la ley federal”.

Es un Estado Federal, con algunas semejanzas con el modelo por nosotros adoptado; que apunta a un control *real y efectivo*. Esas notas “calificadas” (porque aprecian, acreditan y determinan sus notas y calidades positivas) permiten entonces “cualificar” a ese régimen por el respeto que merece y la autoridad que exhibe ante los ojos de los administrados.

Podría hacerse un paralelismo con los recaudos distintivos que las Convenciones internacionales de derechos humanos exigen para el fiel cumplimiento de la “*judicial review*”, al indicar que las acciones expeditas y a disposición de las personas deben procurar la pronta reparación, real y efectivamente (véase el Art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, al que la República Argentina adhirió oportunamente).

3. “SUPERPODERES”: ¿UN ESTADO DE SITIO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CARÁCTER PERMANENTE?

Art. 37, Ley 24156: “La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada Ley de Presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades.

El colmo del escándalo ha sido –por el daño causado a las reglas del régimen republicano– la concesión de facultades extraordinarias. Para ello, hay que repechar y tratar de señalar (muy telegráficamente) algunas coordenadas que plantea el problema de la reforma del artículo 37 de la ley vigente, N° 24.156.

No vamos a emplear los vocablos usuales. Es costumbre de “mandones” pedir superpoderes o la suma del poder, pero como estamos en una república, no puede haberlos, pues dejaríamos de ser una república.

Por lo tanto, hay que buscar qué figura se asemeja a lo que pretendió y consiguió la iniciativa del Poder Ejecutivo. En la Constitución, lo único que puede tener analogía con esta norma es el estado de sitio, que está previsto por razones políticas en las hipótesis de una conmoción interior o de un ataque exterior (Art.23). Por supuesto que no es permanente ni eterno. Además, puede ser reglamentado y está sujeto a diversos controles, entre ellos el judicial.

Aquí se trata de una suerte de estado de sitio económico y social de carácter permanente; es decir, *sine die*. Esta es una grave anomalía, porque todo estado de sitio implica un potenciamiento de las facultades del Poder Ejecutivo y, correlativamente, un decaimiento de ciertas garantías, que en este caso serán básicamente las de orden económico y social.

Con ese acto de delegación no sólo se fueron demoliendo el sentido y alcance de la que siempre se ha llamado la “ley de leyes”, sino que, peor aun, el Congreso estuvo declarando el estado de sitio económico en forma permanente y a perpetuidad. Viene al caso recordar la palabras del Dr. José A. Terry (cuyo nombre designa a unos de los sitiales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires que me honro en ocupar) al inaugurar la cátedra de Finanzas Públicas de la UBA, en 1896: “Después de la ley fundamental de nuestro país, que es la Constitución, la más importante es la del Presupuesto; porque sus partidas nos revelan el estado de cultura moral e intelectual del pueblo, sus adelantos o retrocesos materiales y su situación económica y financiera”. No me-

nos rotundo era el gran Alberdi cuando decía: “El presupuesto es el barómetro que señala el grado de buen sentido y de civilización de un país. La ley de gastos nos enseña a punto fijo si el país se halla en poder de explotadores o está regido por hombres de honor; si marcha a la barbarie o camina a su engrandecimiento; si sabe donde está y adonde va, o se encuentra a ciegas sobre su destino y posición.”.

Es obvio reconocer en consonancia con Terry, que el presupuesto sirve de programa para la marcha del país y que, sin él, el gobierno actuaría sin rumbo; pero, no obstante, debemos reconocer que el mismo es una autorización del mandante: es decir, que el contribuyente, o sea el pueblo por medio de sus representantes, le hace al mandatario, o sea el gobierno, indicándole lo que ha de gastar y lo que no debe gastar. Pero esta sencilla ecuación ha sido trastocada ¡Pavada de monstruo ha visto la luz!. Y con los resultados y efectos a la vista, viene a colación la “leyenda del aprendiz de brujo”, que crea al monstruo pensando que le permitirá dominar todo, pero el monstruo termina devorándose al propio brujo. A esto sólo faltaría agregar la música del compositor francés Paul Dukas, dada la peligrosa cercanía que con tantos “superpoderes” media entre la Constitución y un “tanatorio” (el depósito de los cadáveres antes de su inhumación o cremación (RAE).

Otra coordenada que se puede mencionar consiste en que este tipo de leyes especiales pueden tener justificación cuando ha estallado una crisis, pero no cuando está terminando la situación de emergencia.

¿Se va a quebrar la regla de que después de la tormenta sale el sol? Nos preguntamos si se pretende instalar una pseudo calma que anuncia otra vez la tempestad.

Por eso, aunque la contradicción sea evidente, es obvio que si bien se sostiene que la crisis fue superada, sin embargo se solicitan más y más poderes cuando ella ya no existe (esta reiteración artesanal de la “excepcionalidad”, convertida en práctica rutinaria, nos recuerda la figura del “pespunteado”, consistente en la hábil labor de costura con “puntadas” unidas que se hacen volviendo la aguja hacia atrás después de cada punto, *para meter la hebra en el mismo sitio por donde pasó antes* (RAE).

Así, una emergencia desplaza a otra, con lo que se configura una suerte de espectáculo surrealista. Pero una cosa es la *excepcionalidad*; otra, la *habitualidad* y, peor aun, otra muy distinta, la *perpetuidad*. La separación de poderes se va degradando: ya sea porque lo exige la ideología, en el caso de los totalitarismos; o porque conviene que sea un eufemismo, en el caso de los regímenes autoritarios; o, finalmente, porque favorece a cierto sector político que detenta el poder circunstancialmente, en el caso de los populismos.

Otra coordenada –la tercera– es que el jefe de Gabinete no es el Poder Ejecutivo. Si ya es de muy dudosa constitucionalidad una delegación de este tipo a un

órgano primario, como lo es el presidente de la República –es decir, el Poder Ejecutivo propiamente dicho–, no cabe ninguna duda que está viciada de inconstitucionalidad una tamaña delegación en un órgano secundario como es la Jefatura de Gabinete, que ni siquiera ha sido reglamentada por ley (ya que ha sido reglada por un decreto, que puede ser modificado por otro decreto) y aquí hay un vacío legal que algún día habría que llenar. En esto vale la pena leer la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales del 27 de julio del año 2006, que por sesuda y valiente merece su recordación (véase *ut infra*).

Una cuarta coordinada es el atentado a la igualdad ante la ley, porque a partir de los “superpoderes” hay dos tipos de funcionarios: los que eventualmente pueden incurrir en el delito de malversación de caudales públicos –artículo 260 y siguientes del Código Penal– si desvían el destino de una partida a una jurisdicción o finalidad distinta de la que fue prevista, y al margen de ello, un funcionario que queda eximido de la posibilidad de cometer ese delito: el jefe de Gabinete, quien va a estar anticipadamente “amnistiado” por esta norma desde el momento en que no va a tener límite alguno para poder hacer todos los cambios de destino de las partidas que dentro de la ley de presupuesto se puedan incluir. Esto es sumamente grave porque afecta a la forma republicana de gobierno, en la cual el principio de igualdad ante la ley es un “*prius*” fundamental, algo así como un postulado “empíreo” (divino, celestial, paradisíaco) del derecho constitucional demo-liberal.

Una quinta coordinada es que en esta norma no hay límites, siendo esto muy peligroso. ¿Qué resguardo mínimo podría acompañar a esta delegación para que tuviera algún tipo de límites?

En Brasil, por los artículos 165 a 167 de su Constitución, está prevista una comisión mixta bicameral para que ejerza ese control. Esto es lo que – como mínimo resguardo– correspondería caucionar: es decir, que una comisión de ese tipo, siempre que sea permanente y deba expedirse en un plazo perentorio, pueda ejercer tan siquiera un mínimo de control. Así lo ha sugerido también la Asociación Argentina de Presupuesto y Administración Fiscal Pública, pero su reclamo no ha sido escuchado.

Tenemos necesidad de instalar pesos y contrapesos. Perú lo ha hecho por una ley del año 2007: la 28.411 (Art. 26 inc. 2 y Art. 38) y conviene aclarar que en Paraguay el Congreso interviene necesariamente cuando no se trate de transferencias dentro de la misma jurisdicción (Arts. 202, 238, y 283 de la Constitución).

De modo que en todos los países donde se ha aceptado algún tipo de transferencias, está previsto algún tipo de control. Si el Congreso abdica o declina su función de control ¿Qué otro órgano, suficientemente independiente, lo va a asumir? Y en ese caso ¿Quién controla al control? Este interrogante constituye, casi,

un regreso al infinito.

Una sexta coordenada es que asistimos al vaciamiento de la forma y sustancia republicana de gobierno a través de una paulatina erosión o degradación de sus notas esenciales. Recordemos cuáles son: *soberanía popular*, que reside en el Congreso pero que está delegando; *separación de poderes*, que queda anulada sustancialmente; *igualdad ante la ley*, pero en este sentido acabamos de señalar que algunos funcionarios se sitúan por encima de la igualdad ante la ley; *responsabilidad*, pero ya sea por “anomia” o por “anemia” no hay ninguna; y así sucesivamente con el resto de las notas (publicidad y periodicidad), a tenor de las memorables definiciones conceptuales de Madison y de nuestro gran Aristóbulo del Valle, ambos personajes “omniscios” de sus respectivas nacionalidades, por la magnitud de su sabiduría y la notable extensión de sus conocimientos.

Por eso, como dicen los maritimistas, si “el pabellón cubre la mercadería”, esta norma de delegación de poder viene a decir lo que los chicos, con gran ingenuidad, nos preguntan a los mayores: “Papá, ¿es cierto que todo vale?” Y vamos a tener que decirles que sí, que “todo vale”, con lo que estamos rondando entre proferir un “dicterio” (denigración que provoca) o emitir un apóstrofe (vehementemente) que suena a una “pifia” (del verbo pifiar: un descuidado error o desacierto, que puede erigirse en broma pesada –que escarnece– o en mera burla, según el RAE).

Por eso, seamos conscientes de que esta norma va a ser llamada por algún humorista o por alguien que quiera cargar las tintas como “la ley del todo vale”, y no creo que ningún ciudadano se va a sentir orgulloso o pletórico por haber consentido una ley que es descalificada de tal manera.

Para justificar esta delegación de facultades se invocó un “estado de necesidad”. Pero esto también es un sofisma: era falso por la base. Porque entonces podríamos preguntar: si antes delegamos esto: ¿otro día no le van a sustraer a los jueces su jurisdicción, declarando que también por “necesidad” las sentencias pueden dictarse más rápida y eficazmente por tribunales administrativos? Ahondando aun más la radiografía: ¿Tendremos que sospechar de la intencionalidad política de esta delegación? ¿Tendremos que temer del uso de estos poderes con propósitos “electoraleros”? ¿U otro tipo de “desviación de poder”? La cruda verdad se vio muy pronto.

La experiencia es suficientemente conocida: cuando se sustituye al Congreso, ¿cuál será el próximo paso? Cuidado: que pongan las barbas en remojo los demás poderes.

La tendencia es peligrosa. Por ahora se siguen tirando serpentinas y papel picado; esto parece una fiesta, pero nos preguntamos si alguno no se está dando cuenta de que están bailando a bordo del Titanic. Por lo pronto, ya tenemos un invitado más “a bordo” de la nave: la inflación.

Lo único que está claro es que mientras van desapareciendo los resortes del control, el Poder Ejecutivo se vuelve soberano. Es un caso de acrecentamiento “paroxismal” de poderes y facultades, al límite de la exacerbación (*sic*).

Nuestra historia es aleccionadora. No sólo hemos conocido golpes de Estado, sino que también hemos soportado los garrotes de golpes desde el Estado. Va a costar muchísimo reconstruir la idea de legalidad como muro de contención frente a los avances del derecho “emergencial” permanente. Esta ley de “superpoderes” no construye; esta ley demuele, destruye. Es oportuno recordar aquí las ideas de Chantal Millon-Desol: “Todas las concepciones políticas del siglo XX han querido ser revolucionarias, salvo el pensamiento del Estado de Derecho. Pero todas fracasan en su empresa de restauración social. Y, finalmente, es sin duda el Estado de Derecho el que ha cumplido la verdadera revolución (citado por Pedro J. Frías en “La Biblioteca de un político ilustrado”, La Ley del 29 de octubre de 1981). En este punto viene a colación el vigoroso contenido doctrinario del editorial de “La Nación” del 27/VIII/08, que bajo el título de “Muerte a los Superpoderes”, concluye su condena con los siguientes párrafos: “Los superpoderes tal como hoy los conocemos se originaron en una medida provisional y extraordinaria durante el período de emergencia económica que signó el gobierno de Fernando de la Rúa, que tenía a Domingo Cavallo como ministro de Economía. Tales facultades se fueron prorrogando y fueron una constante durante los últimos años, aun cuando la situación de emergencia parecía haber dejado de existir. El afán por concentrar el poder pudo así más que el propio texto constitucional.

Esta delegación legislativa al Poder Ejecutivo se complementó tradicionalmente con una subestimación de las metas de recaudación en la ley de presupuesto, lo cual le confería al jefe de Gabinete la posibilidad de disponer, sin el concurso del Congreso, el destino de los abundantes fondos excedentes.

Ni el hiperpresidencialismo ni la discrecionalidad y la falta de transparencia en la asignación de recursos públicos se compadecen con la calidad institucional que tanto ha pregonado la propia primera mandataria. Es de esperar que se confirme la decisión de desterrar los superpoderes y que, en adelante, se cumplan cabalmente las disposiciones constitucionales, que jamás pueden ser vistas como un obstáculo burocrático a la tarea de gobernar.”

4.E L CONTROL ES LA ANTESALA DE LA RESPONSABILIDAD

Trataré de dar una visión testimonial de lo que he observado respecto del tratamiento anual del presupuesto y las conclusiones a las que voy a arribar como consecuencia del análisis de esa percepción, habida cuenta que en catorce oportunidades estuve presente en la sanción de la Ley de Presupuesto y de otras leyes afines relacionadas con el gasto público y la cuenta de inversión.

Creo que cabe aplicarle al caso la afirmación del escritor colombiano García Márquez, cuando afirma que en muchas partes del mundo, pero esencialmente en Latinoamérica, la realidad supera a la más febril de las imaginaciones. Lo que es una fina ironía de este escritor, ocurre en materia legislativa y también, concretamente, en materia presupuestaria. Asistimos a una evolución –¿o involución?– en el concepto de presupuesto y a una transformación en la forma de instrumentarlo legislativamente, que ni el más audaz de los pensadores que profundizó sobre la teoría del presupuesto pudo haber concebido. El extinto Académico Rafael Bielsa, gran profesor de Derecho Administrativo en la UBA, hacía del tema del presupuesto un capítulo muy especial en la enseñanza del Derecho Público, partiendo de la base de aquella vieja afirmación, aún hoy válida y valedera, que el Congreso sanciona muchas leyes, pero la “Ley de leyes” es la Ley de Presupuesto, por lo abarcadora y por sus implicancias, desde el punto de vista que debe reflejar toda una concepción general en torno a lo que ha de ser la administración de los recursos con que cuentan el Tesoro nacional y los Tesoros provinciales.

El cuestionamiento actual esta circunscrito al tema de los “superpoderes” y a las “delegaciones”. Ya ha habido debates de esa índole, pero no vinculados con la deformación patológica que estamos percibiendo como una profundización cada vez mayor de la parte negativa de aquello que puede quedar incluido en una Ley de Presupuesto como norma válida y aplicable. Lo que se discutía anteriormente eran delegaciones que, dentro del Poder Ejecutivo, autoridades de mayor rango podían hacer en organismos de menor jerarquía, pero teniendo siempre presente que el delegante puede revocar lo que ha concedido al delegado, que debe controlar y tener límites en el tiempo y que debe estar limitado en el *quantum* y con partidas muy ceñidas. Recuerdo que en 1987 tuvo lugar un debate muy interesante y fructífero en torno a este tema, pero nadie soñaba en esa época con una delegación como la que hoy se conoce popularmente con el nombre de “superpoderes”, que es en apariencia una inocente reforma a un artículo de la Ley de Administración Financiera, pero que tiene implicancias verdaderamente gigantescas (véase: Vanossi, J. R., “Límites constitucionales a la delegación de facultades”, en el “Boletín” de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año 198 (Nº 36) e inserción en el “Diario de Sesiones” de la H. Cámara de Diputados de la Nación”, sesión del 30 de Abril de 1987, págs. 9099 a 9102).

El tema de fondo, cuando se habla de la “ley de leyes”, es determinar quién tiene incumbencia en fijar la orientación del gasto e inversión de los recursos con los que el pueblo contribuye a la formación del Tesoro nacional. Si eso es una facultad de los representantes del pueblo en la Cámara de Diputados y los representantes de las autonomías provinciales en el Senado, o es algo que se puede delegar como poder total en el Poder Ejecutivo que, por la Constitución Nacional, ejecuta el presupuesto; puesto que eso está dicho en cláusulas cuyo sentido se

quiere tergiversar ahora: que “ejecutar” quiere decir hacer lo que se quiera, y no es así. No se puede jugar con las palabras que emplea la Constitución, porque una cosa es “epitomizar” (repetir para mayor claridad), otra distinta es “transmutar” (mudar o convertir una cosa en otra) y también es diferente el “carientismo”, que consiste en disfrazar ingeniosamente la ironía o la burla (RAE).

Las doctrinas tradicionales: la doctrina de la separación de los poderes, la doctrina presupuestarista clásica, la doctrina de la concepción de lo que es un gobierno representativo, la doctrina democrática (para resumirlo en una sola palabra) o para ser más preciso, republicana y democrática, sostiene que las grandes orientaciones, y, por lo tanto, decidir en qué se debe gastar, corresponde al Poder Legislativo. Si se va a gastar más en educación que en publicidad de gobierno, si se va a gastar más en salud y vivienda que en rubros suntuarios: todo eso lo tiene que decidir el Legislativo, y eso es lo que debe cumplir (es decir ejecutar) el poder administrador, que existe justamente para dar fiel cumplimiento a las leyes que sanciona el Congreso.

Esto va unido con una carga, pero también al reconocimiento de que el Congreso tiene (así como el Ejecutivo) que cumplir el Presupuesto. El Congreso tiene que sancionar en tiempo oportuno una Ley de Presupuesto, que sea viable, que pueda realmente ponerse en práctica. Es por eso que se han tratado de evitar los dos extremos: por un lado, que el silencio del Congreso signifique la no existencia de un presupuesto y, por otro lado, tener que repetir el anterior Presupuesto hasta tanto el Congreso sancione el nuevo. Veamos el caso de la Quinta República francesa.

En este tema, De Gaulle fue muy coherente, no improvisó; pues ya estaba casi todo dicho en su discurso de Bayeux en 1946, es decir, doce años antes, cuando él se retira por primera vez del poder. Hay escritos del general De Gaulle, por entonces coronel, de la década del 30': se trata de unos sesudos estudios sobre la necesidad de la reforma constitucional del sistema parlamentario francés de la Tercera República. Y cuando publica sus “Memorias” hay un volumen entero dedicado a las Instituciones (memorias tan o mejor escritas que las de Churchill, al que le dieron el Premio Nobel de Literatura como “premio consuelo” porque no le habían dado el Premio Nobel de la Paz; y en cambio De Gaulle, que tenía un lenguaje mucho más decantado, no le dieron ningún Premio Nobel, pero fue uno de los grandes estadistas del siglo XX).

En la Constitución de 1958 hay una cláusula por la que el silencio del legislador autoriza la aprobación por el Ejecutivo. Esa cláusula se aplica a una serie de normas, para evitar la discontinuidad del Estado y poder asegurar la normal administración; y, luego, el Parlamento puede ratificar o rectificar, pero si no dice nada, no puede el Estado quedarse sin presupuesto. El extremo opuesto es el rechazo (liso y llano) del presupuesto: la Argentina tiene un no muy feliz antecede-

dente que es lo que se produjo entre 1965 y 1966 con el Presidente Illia, por el rechazo del proyecto del Ejecutivo y una maniobra parlamentaria que provocó una aceleración del movimiento conspirativo que terminó con el derribamiento del gobierno constitucional: fue el desplazamiento liso y llano de un proyecto de presupuesto y la sanción de otra norma sustitutiva.

Ha habido otras oportunidades en las que el presupuesto no ha contemplado gastos que excepcionalmente y por situación de estado de necesidad hay que afrontar, y donde la falta de apoyo parlamentario ponía en figurillas al presidente de turno a efectos de cumplir con la ley, sin tener los recursos suficientes para hacerlo. Citaré un caso muy famoso que vale la pena traerlo a colación para ver cómo la Argentina era creíble y había confiabilidad en el país en ciertos momentos de la historia, lo que demuestra que no siempre se nos vio en forma recalcitrante como gente incumplidora que altera las reglas del juego, que viola los compromisos preexistentes y la continuidad jurídica. Hubo momentos en que la Argentina gozaba de alta confiabilidad. Durante la presidencia de Alvear, el Ministro de Hacienda lo visita al presidente y le dice que hay un desfasaje en el presupuesto y que no se puede afrontar un gasto imprevisto que había tenido lugar. Antes de ocurrir eso, el presidente había “sacado plata de su bolsillo” con motivo de la visita al país del Príncipe de Gales, y no había partidas presupuestarias para un protocolo tan costoso como ese; y el exceso lo pagó de su bolsillo (también hubo presidentes que donaron su sueldo entero, completo, a sociedades de beneficencia, como fue el caso de Yrigoyen). Entonces, el presidente Alvear le pregunta al Ministro: ¿Qué hacemos si no hay partida y no hay posibilidad que el Congreso modifique el presupuesto porque no tenemos mayoría en el Congreso? El Ministro le sugiere: acudir a un préstamo temporario, un empréstito temporario. El Presidente medita un instante y le dice: bueno, mande un cable a la banca a ver en qué condiciones y por cuánto tiempo nos darían un empréstito, hasta que el Congreso, en el período siguiente pueda modificar esa situación. El Ministro va a su despacho (en esa época no había fax ni e-mail) y manda el cable. La banca en ese entonces era Londres (naturalmente). La respuesta es instantánea. Para la Argentina: *ilimitadamente*, punto. No teníamos que ponernos de rodillas, la Argentina tenía crédito y se pudo superar esa situación. Entonces, la pregunta, para ir concretamente al tiempo constitucional presente, es si tiene sentido discutir pormenorizadamente la Ley del Presupuesto, como se ha hecho todos los años, pero últimamente, con el atajo mediante de la mal llamada Ley de superpoderes o de hiperpoderes o de suma del poder público, que permite al Jefe de Gabinete, redistribuir, modificar y cambiar libremente las partidas previstas para asignaciones concretas destinadas a cada Ministerio, a cada rubro, a cada ramo. En rigor de verdad (como hemos dicho reiteradamente) podríamos reducir la Ley de Presupuesto a dos artículos. El Artículo primero se refiere al cálculo, que es lo que la

Constitución indica cuando habla de presupuesto, o sea, la “estimación” de los recursos que ingresarán al Tesoro federal. Allí ya se miente, pues van varios años que se dibuja (sic) una cifra menor de lo que se recauda: ¿Por qué? ¿Por humildad, por modestia? No: es para manejar libremente y disponer discrecionalmente el *súper plus* de lo que se recauda por encima de lo estimado y de lo cual tampoco se rinde cuentas. Y cuando se cumple con ese deber, la aprobación de la *rendición de cuentas* tarda años en llegar, y para esa época la gestión presidencial ya finiquitó o el presidente murió o nadie se acuerda de esto. Pero supongamos que ahí se practica una “estimación” de recursos que ya sabemos todos que va a ser en la realidad mayor y que se va a disponer libremente de eso. Pues entonces, todo el resto del articulado se suprimiría y se reemplazaría por uno que diga: “con todo eso, hágase lo que se quiera”. Lisa y llanamente, así nomás..., aunque viste como poco serio, o más bien tramposo, o, en el mejor de los casos, como un ardid “abracadabrante” por lo muy sorprendente y desconcertante.

¿Qué diferencia hay entre esta delegación y las modestas delegaciones de antaño? Hay una diferencia en el texto de la Constitución y que está escrita con sangre: artículo 29 de la Constitución. Las delegaciones se pueden hacer, se han hecho en la historia argentina, están previstas en la Constitución reformada en 1994 con ciertos límites y requisitos, como están previstos también los requisitos para poder dictar los Decretos de Necesidad y Urgencia, pero que no se cumplen. Ahora existe una Comisión Bicameral Examinadora que, por la composición que tiene, desde ya está visto que se ha transformado en una *estructura de convalidación*, es decir, que dictamina “amen”, haya o no necesidad y urgencia, y haya necesidad o no de una delegación legislativa. Pero el artículo 29 pone el límite: es “la suma del poder”, cuando se delega la totalidad del poder. Eso es nulo, y hay una pena equivalente (no es que sea “traición a la patria” como se suele repetir, sino la penalidad del Código) a la de “traición a la Nación”, que consiste únicamente en alzarse en armas o unirse a los enemigos en caso de guerra. La pena es grave, por supuesto. El artículo 29 traza un límite que es muy claro y muy terminante; y, además, son pasibles de esa pena no sólo los que conceden sino también los que consienten y ejercen esos poderes al extremo de “la suma del poder” público delegado.

Pero hay algo más grave, por el hecho de que tanto poder se concentre en un funcionario, que no es ni siquiera el presidente de la República, ya que no es el titular del Poder Ejecutivo. Nuestro Poder Ejecutivo es unipersonal, tenemos un sistema presidencialista; también existen *los ministros*, a diferencia de otras Constituciones presidencialistas como la de Filadelfia que no los preveía; además existe *el gabinete* y ello está regulado en la Ley de Ministerios. Pero el Poder Ejecutivo es unipersonal: es el presidente de la República, nos guste o no nos guste. Es muy grave que un funcionario, y no el Poder Ejecutivo, pueda disponer

discrecionalmente, como ya se vienen haciendo, con una Ley de Superpoderes que ni se pensó en plena crisis del 2002, puesto que no la hubo en plena fogata, en pleno incendio. Una ley como ésta, tiene otra secuela de muy mala enseñanza desde el punto de vista de la política del país y de la ejemplaridad, es decir, de los paradigmas que se irradian desde el poder, hacia el pueblo, hacia la sociedad. Después no nos quejemos si nos preguntan ¿es cierto que “todo vale”, que todo se puede, que cualquier cosa se puede hacer? Un alto funcionario del país está ya eximido por anticipado del delito de malversación de caudales públicos, pues el Jefe de Gabinete está de *legibus solutus* eximido de toda atadura legal anticipadamente. Equivale a decir: “esta partida de 100 millones la saco acá y la mando para allá”, “estos 200 millones van para ATN”, “van para el gobernador tal, van para el intendente tal”, van para quien sea, el amigo o el no amigo fulano de tal, el organismo “equis”, “i griega” o “zeta”. ¡Esto es terrible!. Podría haber habilitaciones, para prever las emergencias y las contingencias (un siniestro, un terremoto, como el terremoto de San Juan del '44); o lo que se ha hecho por ejemplo en el orden de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (y que también se autoriza en otros países) porque está previsto en la Constitución. Incluso en países limítrofes, de los cuales nos burlamos a veces, porque decimos que no tienen la calidad institucional que tenemos nosotros, nos burlamos de Paraguay, de Perú y otros, pero ellos tienen previsiones y por lo menos dos, a saber: que respeten la pauta de la *razonabilidad*, la que entre nosotros se infiere del artículo 28 de la CN y que es una doctrina que le ha permitido elaborar a la Corte en más de cien años el fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando su contenido no guardan debido respeto con la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido. Si el medio elegido es proporcional al fin que hay que alcanzar, entonces hay razonabilidad; pero si el medio es desproporcionado no hay razonabilidad. Y el segundo recaudo que imponen es: que se puede transferir partidas pero por tiempo determinado y con un límite (un tope de porcentaje dentro del Presupuesto Nacional). Aquí, en la Argentina, no se respeta ni lo uno ni lo otro. Y lo que más llama la atención, lo que nos transporta de la república a la monarquía, es que esta ley es para siempre: la reforma a la ley 24.156 en este artículo 37, es de vigencia permanente. Estamos ante una pretensión monárquica: de aquí a la eternidad, a perpetuidad, se podrá hacer lo que se quiera. Y nos preguntamos entonces si no estamos pasando por alto el artículo 1º de la Constitución Nacional que al enunciar nuestra forma de gobierno habla de la República, que implica las seis famosas características constituyentes de la forma republicana de gobierno en las inmortales definiciones de Aristóbulo del Valle en la Argentina y de Hamilton, Madison y Jay en El Federalista, en los albores de la nacionalidad estadounidenses. Dichas características se colocaron como notas distintivas divisorias entre la República y la monarquía, entre la República y el autoritarismo. ¡Cuidado! Esta ley es para siempre, salvo que el país decida lo contrario y otro Con-

greso vote la derogación, lo que así aguardamos que suceda para bien de la “calidad de vida institucional” y sin que ello implique una “imprecación” o deseo de daño a gobierno alguno.

Señalo dos ideas, que están radicadas en el pueblo y por eso soy un poco pesimista. Primero, creo que hay en la sociedad argentina una tendencia a tolerar que los gobernantes, sea cual sea el signo político al que pertenezcan, confundan el *peculio privado* con el *erario público*, cuando ellos están para cuidar el erario público y no lo pueden manejar como peculio privado; pero el pueblo argentino en su conjunto tiene el deber de tomar conciencia que el erario público no se puede manejar como el peculio privado. El erario del Estado no es lo mismo que el peculio de las personas que pueden ir al casino y gastarse una fortuna, o pueden comprar y vender lo que quieran, ya que son actos privados, que corresponden a la esfera de la autonomía de la voluntad. Los gobernantes no tienen libre albedrío para hacer lo que quieran, pues en el Constitucionalismo hay limitaciones al poder, que son igualmente obligatorias no sólo para los gobernados sino también para los gobernantes. Son normas imperativas, de “orden público” en el sentido más estricto de esa categorización de normas.

Y la segunda meditación es que se trasluce una contradicción muy grande entre dos afirmaciones que se sostienen frívolamente, impudicamente y a diario: salimos de la crisis, ya estamos fuera de la crisis, se va acabando la crisis, se terminó la crisis, pero al mismo tiempo se invocan normas de excepción sobre la base de la crisis. ¿Se va a prorrogar la emergencia de nuevo?.

No estamos en 2001, 2002, 2003; estamos en 2008 llegando al 2009: no se puede invocar la crisis como una habitualidad, porque la crisis da lugar a medidas restrictivas, anormales, temporarias, mientras dure la crisis. Como diría Umberto Eco, a lo mejor estamos incurriendo ya en una falla cultural muy grande: que de tanto hablar de crisis vamos a poner en crisis al concepto mismo de crisis (sic). Creo que es hora de reajustar el concepto de crisis, y reservar el medicamento para la crisis; porque sino el día que se tome una aspirina no calmamos los males o pequeños males que se sienten cuando uno se ve obligado a tomar un antídoto o un calmante frente a una acefalea. Habrá que hacer cirugía, cada vez mayor, y cuanto mayor sea la cirugía y mas graves sean las medidas de emergencia, sólo nos queda un refugio de esperanza: que el intérprete final de la Constitución, el “tribunal de garantías constitucionales”, que es la Corte Suprema, diga que no se puede mentir más, si el legislador puede atreverse a prorrogar una emergencia cuando ya no hay crisis. Si no hay crisis, pues no hay emergencia. ¿Alguna vez lo hizo? Sí, en 1924, en tiempos de plena república, la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Leonardo Mango vs. Ernesto Traba*, dijo que era inconstitucional mantener o prorrogar la ley de emergencia que había

sido sancionada en 1917 en plena guerra mundial –por la crisis habitacional en la Argentina–, y se fulminó la ley porque tal comda Corte lo dijo, se había acabado la crisis (sentencia del 26 de Agosto de 1925).

¿Están dotados los jueces de hoy con *atributos de “energía jurisdiccional” suficiente* para poner sobre la mesa y decir lo mismo? Dejo el interrogante: son ellos los que tienen que hablar. Tengo mis dudas.

5.C ONCLUSIÓN: LA FALLA COMIENZA POR EL RÉGIMEN FISCAL CAÓTICO Y CONFUSO

Un gran hombre de las finanzas y del derecho administrativo y financiero se ocupó con detenimiento de nosotros. Me refiero a *Gastón Jèze*, quizás uno de los más grandes administrativistas de Europa, que estudió a fondo nuestro sistema impositivo y llegó a la conclusión de que la Argentina no tenía sistema fiscal. Una conclusión muy categórica, teniendo en cuenta que nos visita en una época obviamente de “vacas gordas”. Las observaciones de Gastón Jèze se conocen después, en 1923, acá en Buenos Aires, traducidas en un libro que publica la Facultad de Ciencias Económicas bajo el título de *Las finanzas públicas de la República Argentina*. Es la síntesis de sus conferencias y comentarios. Y voy a citar nada más que dos párrafos: “El primer hecho que salta a la vista cuando se estudia la hacienda pública argentina, es que la república no tiene las finanzas que debieran corresponder a su economía nacional. Existe una profunda y radical oposición y contraste entre la “prosperidad” económica de la Argentina y el desarreglo de sus finanzas públicas”.

Y luego agrega: “La riqueza económica nacional crece prodigiosamente y la situación de la hacienda pública es malísima: está en déficit permanente. Económicamente la República Argentina es un país rico, es un pueblo pujante que tiene, no solamente una situación próspera, sino un porvenir económico-financiero y, por consecuencia político, ilimitado” (véase, Vanossi, J. R., en “Los Argentinos ante los ojos de propios y extraños”, en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, año 1994).

Es decir: la conclusión es optimista, la fotografía que él saca de la economía es positiva; pero el desarreglo financiero lo lleva a hacer una afirmación bastante crítica en torno a nosotros. Es que con nuestras finanzas públicas (desarregladas) y la riqueza ostentada en la “bella época”, se daba una trabazón de elementos que recuerdan la ingeniosa confesión del pintor Braque: “yo no creo en las cosas; creo en la combinación *entre* las cosas”.

De tales vientos surgieron y se nutrieron las tempestades que nos azotan. Pero la tormenta se convierte en ciclón; y es así como sin noticia previa ni consul-

ta alguna al propio Banco Central de la República, menos aún al Congreso Nacional reunido en sesiones ordinarias, por decreto presidencial (ni siquiera un DNU) se decidió –al margen de todo debate, ya sea político, o técnico, o jurídico– el pago al “Club de Paris” (en los primeros días del mes de septiembre de 2008) por un monto no acordado ni negociado, con fondos sustraídos a las “reservas de dicho Banco Central, prescindiendo de las diferencias que medían entre el Fondo Monetario Internacional y el mencionado “Club” de acreedores. En efecto, esta última entidad no es un organismo financiero, con lo que pareciera no advertirse que se trata –a diferencia del FMI y del Banco Mundial– de un grupo “informal” de acreedores públicos “bilaterales” (por oposición a los “multilaterales”), sin existencia legal ni estatutos: o sea, que se trata sencillamente de un “Club” (sic), tal como surge de lo dicho en su propia página web en internet. Y el Congreso: ¿para qué está? ¿Para aplaudir esta nueva desprolijidad? ¿Ese pago unilateral no negociado, fue realmente un pago o una consignación de fondos? Quedan muchos interrogantes. Por ejemplo: ¿no hubiera sido más prolijo iniciar antes la “negociación” con los acreedores agrupados en ese “Club” y, simultáneamente, incluir en el proyecto de ley de presupuesto las partidas correspondientes a esos pagos, habida cuenta que el tratamiento parlamentario de la “ley de leyes” es la oportunidad constitucional para el debate y el ejercicio de la atribución prevista en el Art. 75, inc. 7? (véase: Vanossi, J. R., “El marco Constitucional de la deuda pública externa”, en “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, año 2005).

La historia juzgará. Como en tantos otros casos, el problema se asienta en los “prebostes”: la cabeza de algo; el que preside o gobierna; el que tiene una posición de gran poder e importancia (según el Diccionario de la Real Academia Española-RAE).

CONTROL DEL PODER Y TRÁNSITO ENTRE GOBIERNOS: GOBIERNO EN FUNCIONES Y DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS (*)

A Diego Valadés.

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO ()**
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN (*)**
(España)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El despacho ordinario de los asuntos públicos y la diferente naturaleza de los supuestos de cese. **III.** El indulto y la extradición en nuestro ordenamiento. 1. El indulto. 2. La extradición y entrega. **IV.** Dos resoluciones judiciales contradictorias. 1. El Gobierno en funciones de marzo de 2004. 2. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (Sección 6ª de la Sala Tercera). 3. La sentencia “*overruling*” de 2 de diciembre de 2005 (Pleno). 4. La necesaria delimitación casuística del contenido negativo de la *prorogatio* gubernamental no encuentra aquí a nuestro parecer competencias vedadas *per se*, sino supuestos (tanto el indulto como la extradición) que se marcan normalmente en la actividad de estos períodos.

(*) Una versión anterior de este mismo artículo se publicó en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, 2006.

(**) Universidad Complutense de Madrid.

(***) Universidad Nacional de Educación a Distancia.

I.1 INTRODUCCIÓN

El control del poder es la espina dorsal del Derecho mismo, al menos del Derecho público, siendo la “reducción a cero” de las inmunidades de aquél característica esencial de los modernos Estados materiales (y no meramente formales) de Derecho. Es claro que ese control, y su necesario equilibrio con la libertad de acción para imprimir “indirizzo político” a la actividad estatal, alcanza su máxima dificultad en el control de los actos del Gobierno, y muy en particular de los de un Gobierno que se halla “en funciones”, esto es, en trance de cesar. Sobre esta temática justamente versará este trabajo.

La reflexión en torno a la concepción teórica y a la actividad de un Gobierno en *prorrogatio*⁽¹⁾ de funciones se ve estimulada en situaciones conflictivas, derivadas tanto de procesos electorales de lenta resolución⁽²⁾ como de cambios de orientación política que acentúan los recelos sobre la actuación de estos gobiernos en trance de cesar. En este marco, sin temor a equivocarnos podemos afirmar que el supuesto más llamativo en nuestro país en los últimos tiempos lo hemos tenido, en el ámbito autonómico, con ocasión del Gobierno que permaneció *en funciones* en la Comunidad de Madrid tras las elecciones mayo de 2003 en donde, recordemos, su Presidente simultaneó tal cargo con el de Alcalde durante casi seis meses en una más que dudosa compatibilidad; más atrás en el tiempo, quién no recuerda la permanencia *en funciones* en el Gobierno de Cantabria, durante nueve meses, de un Presidente que había sido condenado a penas de prisión e inhabilitación para cargo público por el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad. En otro orden de cosas, con más cercanía en el tiempo, la permanencia *en funciones* del Gobierno de la Xunta de Galicia tras las últimas elecciones sirvió de detonante para que se formularan diversas propuestas de una regulación legal y estatutaria de las limitaciones a un Gobierno en este estado; recordemos que es ésta una de las pocas Comunidades Autónomas en donde no se recoge todavía

(1) La *prorogatio* es un instituto surgido en la Roma Antigua para habilitar la continuidad del magistrado cesado –recordemos que la temporalidad era uno de los caracteres de las magistraturas romanas–, que se utilizó primigeniamente con ocasión de las campañas militares (*imperium militiae*); si bien en un primer momento se trató de una previsión de carácter excepcional, paulatinamente se fue extendiendo el recurso a este instrumento hasta el punto de resultar ordinaria su utilización; en ocasiones, incluso, las necesidades determinaban prórrogas casi continuas, siendo precisamente en el paso de la República al Imperio cuando se verificó con mayor intensidad su uso.

(2) Recientemente en Bélgica se necesitaron nueve meses, como un alumbramiento humano, para la formación de un gobierno tras las elecciones; sobre este proceso, véase, SÁNCHEZ NAVARRO, A.J., “Actualidad política y constitucional belga (2007-2008): Apuntes para entender una crisis”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22, 2008.

limitación expresa alguna a la actuación de un Gobierno cesante, ya que la práctica totalidad de las mismas regulan de forma detallada la posición y las restricciones en el ámbito competencial de los Gobiernos en trance de cesar⁽³⁾.

Pues bien, situaciones como estas dieron lugar a dos interesantes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SSTS de 20 de septiembre –Sección 6ª– y 2 de diciembre de 2005 –Pleno–), luego veremos si contradictorias, en las que se examina la legalidad (e, indirectamente, la constitucionalidad) de sendas decisiones tomadas por el Gobierno que permaneció *en funciones* tras las últimas elecciones generales de marzo de 2004, sentencias que precisamente van a ser objeto central de este comentario.

En virtud de la primera de esas sentencias, el Tribunal Supremo ha anulado la decisión de aquel Gobierno *en funciones* de conceder la extradición de una ciudadana británica a las autoridades italianas, al entender que ello excedería con claridad del “despacho ordinario de los asuntos públicos”, criterio paramétrico básico empleado por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en orden a delimitar la actuación de los gobiernos cesantes (STS de 20 de septiembre de 2005).

Por su parte, justamente por entender lo contrario, se desestima en la segunda sentencia el recurso interpuesto frente a otra decisión del mismo Gobierno *en funciones*, la denegación de una petición de indulto; en este segundo caso, el Tribunal Supremo entendió que la decisión adoptada se encontraba cobijada por dicho manto (STS de 2 de diciembre de 2005).

Previo al estudio de estas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, que giran en torno al ámbito de competencias de un Gobierno *en funciones*, parece preciso recordar que la única previsión de nuestro Constituyente respecto de éste fue la contenida en el actual artículo 101 CE, en donde, tras la determinación de los diferentes supuestos de cese del órgano gubernamental, se señala que el Gobierno cesante continuará *en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Ninguna otra determinación adicional estableció respecto de dicha continuidad, provisional aunque temporalmente indeterminada, y que de hecho puede llegar a prolongarse durante varios meses.

(3) Se han establecido, así, limitaciones de todo tipo en su ámbito de acción, ya de carácter específico (como la imposible presentación de proyectos de ley, ejercicio de delegaciones legislativas, aprobación de presupuestos, nombramiento de altos cargos de la Administración, aprobación de convenios o acuerdos de colaboración y cooperación con el Estado y otras Administraciones Públicas, etc.), ya de carácter genérico (como la reconducción de la actividad de un Gobierno en dicho estado a supuestos de ordinaria administración o urgencia, e incluso a un difuso interés general); la regulación más reglamentista la encontraríamos en la Ley de Gobierno de Extremadura.

Así pues, el único precepto constitucional que regula esta figura se limita a estipular que la actividad del Gobierno cesante debe continuar hasta el acaecimiento de otro suceso, que será la toma de posesión de los nuevos titulares del mismo; este acontecimiento ha de llegar, mas se desconoce el momento exacto en que el mismo se verificará (*certus an incertus quando*): por ello, la actuación del Gobierno *en funciones* es siempre una actuación sujeta a término, y no a mera condición, aunque lo sea “a término incierto”, y en todo caso sólo por el tiempo preciso en cada caso para facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes a éste, idea recogida expresamente por la Ley del Gobierno y que parece poco controvertible en esta formulación tan abstracta.

Hasta la aprobación de esta Ley, la escueta regulación constitucional dio pie a diferentes interpretaciones sobre tal permanencia y las implicaciones que en su actuación se determinarían, así como sobre la posibilidad o no del establecimiento de limitaciones competenciales durante esos períodos, interpretaciones que hoy todavía colea⁽⁴⁾, al igual que ocurre en otros países. Y lo cierto es que la literalidad del art. 101.2 CE, al igual que ocurre con el artículo 69 de la Ley Fundamental de Bonn⁽⁵⁾, no dice nada todavía sobre si ese Gobierno ha de tener, o no, las mismas competencias que un Gobierno que no esté en trance de cesar.

(4) Véase, a título de ejemplo, antes de la aprobación de la Ley del Gobierno, los trabajos de AGUIAR DE LUQUE, L., «La posición del gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español», *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, GARRORENA, A., (Ed.), Asamblea Regional de Murcia / Tecnos, Madrid, 1990, págs. 261 a 270; REVENGA, M., «El Gobierno en funciones», *Gobierno y Administración en la Constitución* (Vol. II), VV.AA., Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, págs. 1501 a 1523; o SATRÚSTEGUI, M., “Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, ALZAGA, O., (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, págs. 213 a 236.

(5) En Alemania, el art. 69 de la Ley Fundamental establece que “A requerimiento del Presidente Federal, el Canciller Federal está obligado a seguir dirigiendo los asuntos hasta el nombramiento del sucesor, y a requerimiento del Canciller o del Presidente Federal, la misma obligación recae sobre un ministro federal”. En la doctrina este tema apenas ha sido abordado en profundidad; el trabajo relativamente más amplio sigue siendo el de R. L. UTZ (*Die Geschäftsregierung nach dem Grundgesetz*, Duncker und Humbolt, Berlín, 1969); otro autor que ha tratado el tema ha sido DREHER, autor de prácticamente la única monografía sobre el Gobierno cesante durante la época de Weimar, quien ya mucho después, en 1982, se refería a cómo se hallaba bastante solo en la doctrina en su posicionamiento, entendiéndolo DREHER, que este Gobierno, por su propia naturaleza y a partir también de la regulación constitucional, no podía tener las mismas funciones que uno apoyado en la confianza parlamentaria, sino sólo la competencia para abordar los asuntos corrientes y urgentes, pues lo que exceda de eso no podría llevarlo a cabo ni el Gobierno en funciones ni ningún otro órgano no responsable ante el Parlamento (“Geschäftsführende Regierungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, pág. 2808), sino que son asuntos que deben esperar hasta que se constituya un nuevo Gobierno “normal”.

Sin embargo, no cabe desconocer que a favor de esas limitaciones existían razones de peso, que podríamos concretar someramente –en una interpretación de conjunto, teleológica y sistemática del texto constitucional– en las razones ligadas al propio concepto y naturaleza (figura transitoria, excepcional y de necesidad), posición (carencia, y falta de necesidad, de una legitimación parlamentaria, con legitimación directa excepcional *ope constitutionis*) y fin (el traspaso de poderes) de un Gobierno *en funciones*, y carente, por tanto, de todo respaldo parlamentario. “Sea como sea, lo que es claro es que no resulta hoy aplicable entre nosotros la imagen dibujada por Tocqueville respecto de los Gobiernos en funciones: “En el mismo momento, es cierto, en que la fortuna ha decidido, ese ardor se disipa, todo se calma y el río, un momento desbordado, vuelve apaciblemente a su cauce. Pero, ¿no es sorprendente que la tormenta haya podido desencadenarse?”⁶⁾.

Pero tampoco cabe desconocer, por otro lado, que en contra de ello, o cuando menos en contra de una restricción *severa* de sus competencias, juega el principio de la necesaria continuidad del funcionamiento de la maquinaria estatal, y en concreto de uno de sus poderes más activos e indisponibles, como es el Ejecutivo. Principio que parece oponerse tanto más a una restricción de las competencias de dicho Gobierno precisamente en la situación en que su legitimación tiende a ser menor, es decir, cuando la situación de interinidad gubernamental se prolonga en el tiempo más de lo inicialmente considerado como razonable, pues, considerado desde ese punto de vista de la necesaria continuidad de las funciones estatales, nos parece claro que cuanto más larga se haga esa interinidad, más difícil será justificar una parálisis gubernamental, aunque sea sólo parcial o fragmentaria, y por ello, más peso adquieren las razones contrarias a una restricción de las com-

La posición dominante hoy en día en Alemania parece seguir siendo la de que el Gobierno en este estado tiene las mismas competencias que uno normal (respecto de la Constitución de Weimar, el Tribunal del Estado para el Imperio Alemán llegó a afirmar incluso que este Gobierno quedaba “obligado a hacer todo lo que exija el bien del Estado” y la prudencia en el ejercicio de sus competencias se vio por autores como ANSCHÜTZ o STIER-SOMLO simplemente como una “cuestión de tacto político”). Cfr. STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (*Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandverfassung*), C.H. Beck, Múnich, 1980, pág. 297.

(6) TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, FCE, México, 1994, págs. 130 y 136. TOCQUEVILLE afirma que, aun cuando se regulase la materia de forma que “la sede del poder ejecutivo no permanezca, por decirlo así, vacante nunca”, al aproximarse las elecciones “la nación entera cae en un estado febril” y, además, “cualquier cosa que se haga, el vacío existe en los espíritus a despecho de los esfuerzos del legislador”, recordando las palabras de Jefferson, seis meses antes de las elecciones, de que no tomaba parte en los asuntos más que expresando su opinión pues le parecía justo dejar a su sucesor “la iniciativa de las medidas cuya ejecución tendrá que seguir, soportando su responsabilidad”.

petencias de ese Gobierno que estará *en funciones*, pero que de hecho tiene en sus manos, durante un período más o menos prolongado, el timón de una Nación necesitada de ser pilotada y que no puede permanecer mucho tiempo sin un rumbo político definido.

Sea como sea, en el marco de esta indeterminación constitucional, la Ley de Gobierno optó por una interpretación que restringía las competencias del Gobierno *en funciones*, y estableció una regulación muy detallada y hasta un tanto reglamentista sobre sus competencias. Esto llevó a algunos autores a manifestar su opinión crítica respecto de la misma y ello tanto por sus inconvenientes funcionales como por “implicar una tendencia a sustraer espacios de libertad de la vida política”, al entender que con ello no hacía sino extenderse “un velo de desconfianza sobre el Gobierno, olvidando su necesidad y su legitimidad democrática”, a lo que se uniría que “el hecho de constituir un caso único en el Derecho comparado democrático es un buen indicio de esta extrañeza al genuino sistema constitucional” (7).

De esta manera, junto a limitaciones específicas de competencias tanto del Gobierno (la aprobación del Proyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado y la presentación de proyectos de ley a cualquiera de las Cámaras) como de su Presidente (la proposición de disolución de alguna de las Cámaras o de las Cortes Generales y de la convocatoria de un referéndum consultivo, así como el planteamiento de la cuestión de confianza), se estableció la acotación genérica de su actividad con base en tres conceptos jurídicos indeterminados: el despacho ordinario de los asuntos públicos –antes referido–, la urgencia y el interés general. Otra limitación adicional específica habría quedado prescrita exclusivamente con relación a un específico supuesto de cese; así habría sucedido, en concreto,

(7) Véase, SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Artículo 101”, *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, F., (Ed.), Cívitas, Madrid, 2001, pág. 1575. ÁLVAREZ CONDE, aunque desde una perspectiva favorable al criterio de la Ley, apuntará que resulta “significativo que ninguna de las democracias clásicas (Reino Unido, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Suecia y Dinamarca) han creído necesario someter a ordenación positiva esta materia”, “El Gobierno en funciones” *Documentación Administrativa*, nº 246/247, 1997, pág. 199. Por nuestra parte, creemos que no puede olvidarse que el Gobierno es un órgano constitucional, que representa además a uno de los tres poderes clásicos del Estado nada menos, y esa naturaleza de órgano constitucional hace problemática la existencia misma de la Ley del Gobierno, ya que “normalmente los órganos constitucionales ven reguladas en la Ley Fundamental su constitución, organización, competencias y procedimiento y en todo lo demás se les da autonomía sin necesidad de la *interpositio legislatoris*” (BRAGE CAMAZANO, J., “Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional Federal y la jurisdicción constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse”, HESSE, K., HÄBERLE, P., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, traducción de J. BRAGE, Porrúa, México, 2005).

con las delegaciones legislativas, que quedarían en suspenso en los casos en que el Gobierno se encontrara *en funciones* por la celebración de elecciones generales, previsión también polémica. La máxima latina *sede vacante nihil innovetur* cobraría aquí completo significado al amparo de una minuciosa reglamentación.

No corresponde ahora valorar todas y cada una de las diferentes limitaciones pergeñadas en aquel cuerpo legal (alguna de las cuales podría llegar a provocar la desnaturalización de los límites genéricos propios de la permanencia *en funciones*⁽⁸⁾); ni siquiera apuntar las dudas de constitucionalidad que la previsión de las mismas suscitó en un sector de la doctrina⁽⁹⁾, y aún sigue suscitando⁽¹⁰⁾. Tampoco nos referiremos a la cuestión de si algunas de tales limitaciones pudieran derivar implícitamente del texto constitucional como exigencias de este, y no como mera posibilidades del legislador. Todo ello escaparía al cometido de estas líneas,

(8) Sobre la apelación al “interés general” véase RREJO, L., “La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia”, *Documentación Administrativa*, nº 246/247, 1997, págs. 38/39.

(9) PÉREZ TREMP, por ejemplo, apuntó –respecto de las previsiones del proyecto que continuarían recogidas en el texto definitivo– su dudosa constitucionalidad por su propia cobertura, o, mejor, ausencia de cobertura, señalando que “no existe en la Norma Fundamental ninguna base normativa que permita restringir legalmente las competencias que la propia Constitución reconoce al Gobierno; es más, la figura del Gobierno cesante está expresamente recogida en el artículo 101.2 CE para señalar que sigue en funciones, pero sin recortar o limitar el alcance de esas funciones”, “Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno: apostillas al Proyecto de Ley del Gobierno”, *Documentación Administrativa*, nº 246/247, 1997, pág. 111. SANTAOLALLA, por su parte, apuntará que “si no hay límites constitucionales no puede haberlos por vía de ley ordinaria. La Ley del Gobierno comete así un exceso de regulación, que se hace inconstitucional”, “Artículo 101”, cit., pág. 1576.

(10) Un claro ejemplo se pone de manifiesto en el detallado voto particular de E. ESPÍN a la STS de 2 de diciembre de 2005, en donde, tras apuntar las serias dudas de constitucionalidad que las previsiones legales le plantean, apuntaba que hubiera sido preciso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad; idea a la que añadiría lo siguiente: “me parece evidente que en lo que respecta a las potestades que derivan directamente del texto constitucional y que se corresponden con las funciones de los poderes del Estado, el legislador sólo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente. Lo contrario es asumir indebidamente una posición cuasi constituyente y afectar de manera irremediable al equilibrio de poderes y al adecuado ejercicio por éstos de sus funciones constitucionales tal y como queda diseñado por la Constitución (...) la limitación que el legislador ha impuesto a la capacidad de actuar del Gobierno en funciones en el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 es dudosamente compatible con la Constitución, ya que ésta no restringe dicha capacidad de actuar de manera genérica ni explícita ni implícitamente, y dicha limitación sustrae al ámbito de la política del sistema democrático parlamentario toda una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales”.

habiendo sido objeto, por otra parte, de diferentes estudios de un tiempo a esta parte, a los cuales no podemos sino remitirnos en este momento⁽¹¹⁾.

Nuestras reflexiones, al hilo del comentario de las sentencias antes referidas, quedarán constreñidas a esa delimitación genérica⁽¹²⁾ de la actividad del Gobierno cesante y a la cuestión de si las dos decisiones discutidas, y objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Supremo, estarían o no cobijadas bajo el manto de actuación de un Gobierno en ese estado conforme a las previsiones legales mencionadas.

II. E L DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS Y LA DIFERENTE NATURALEZA DE LOS SUPUESTOS DE CESE

El despacho ordinario de los asuntos públicos es, como hemos apuntado, uno de los tres conceptos jurídicos indeterminados con los que el legislador quiso acotar y delimitar la actuación de un Gobierno cesante⁽¹³⁾. Ello no es totalmente novedoso, pues ya la Constitución prusiana de 1920 preveía que un Gobierno en este estado tendría a su cargo los “asuntos corrientes”, previsión que, al criterio del Tribunal del Estado de aquella época, no derivaría en limitación alguna.

Sea como fuere, es preciso decir que el criterio del despacho ordinario de los asuntos públicos como elemento de delimitación de la actividad legítima del Gobierno *en funciones*, asumido por nuestra Ley del Gobierno, encajaba perfectamente, *mutatis mutandis*, en la concepción doctrinal dominante respecto de la

(11) Estudios detallados sobre dichas limitaciones pueden encontrarse en: STRÚSTEGUI, M., «El cese del Gobierno y el Gobierno cesante» *Comentarios a la Constitución Española de 1978* Tomo VIII, ALZAGA, O., (Ed.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1998, págs. 359 a 366; REVIRIEGO PICÓN, F., *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 2003, págs. 199 a 281; GILLÉN LÓPEZ, E., *El cese del gobierno y el gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, págs. 61 a 117; GONZÁLEZ ALONSO, A., “El Gobierno en funciones”, *El Gobierno. Problemas constitucionales*, ARAGÓN REYES, M., GÓMEZ MONTOSO, ADJ., CEPC, Madrid, 2005, págs. 544/557; NARANJO DE LA CRUZ, R., “El ámbito funcional del Gobierno cesante”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furriero Perol*, nº 36/37, 2001, págs. 23/48.

(12) Estas previsiones son una de las escasas diferencias de la Ley del 97 con el proyecto de Ley del 95 del que sin duda es directamente tributaria aquella, BOCG, CD V Legislatura. Serie A. 6 de noviembre de 1995. Nº 141-1.

(13) En el ámbito autonómico, la terminología utilizada en este punto es dispar; así, algunas leyes de gobierno optan por servirse de esa misma expresión, “despacho ordinario de los asuntos públicos”, mientras que otras emplean fórmulas alternativas, como “funcionamiento normal de los servicios públicos”, “normal funcionamiento de la Administración” o “gestión ordinaria”.

actuación de un Gobierno en este estado, que, en ausencia de ley, acostumbraba a reconducir su acción a los asuntos corrientes, a la ordinaria administración, etc., dentro de una idea genérica de autorrestricción y de abstención ante la duda⁽¹⁴⁾. Pero aun siendo esto así, una cosa es que los sucesivos Gobiernos, cuando se hallen *en funciones*, restrinjan, o deban restringir según la doctrina predominante, su actividad por razones de Derecho constitucional y otra muy distinta, como destacara Anschütz, es que lo hagan, o deban hacerlo, por puras razones de tacto político. Y es claro que la Ley del Gobierno lo que estableció, como no podía ser de otro modo, son criterios que pretendían ser jurídicamente vinculantes en la fijación de unos contornos a la actividad lícita de un Gobierno *en funciones*. Desde esta perspectiva de su pretensión de vinculatoriedad jurídica estricta debemos analizar el concepto de “despacho ordinario” de los asuntos. Ello nos conduce, ya de entrada, a dos obstáculos con que la tarea tropieza desde su comienzo mismo: la necesidad de una integración casuística del concepto y las densas dosis de politicidad que pueden llegar a darse de modo no infrecuente.

Sobre lo primero, hay que empezar por decir que el análisis de conceptos similares, vinculados a esta actividad del Gobierno cesante, se había emprendido por la doctrina italiana y alemana –también francesa, aunque acotado a un período muy específico– desde mucho tiempo atrás, por más que existirían ciertas diferencias en las que ahora no entraremos, y si bien es claro que no existen “asuntos corrientes” u ordinarios por su misma naturaleza⁽¹⁵⁾ –al ser aquellos que correspondan a la “marcha ordinaria de la vida”⁽¹⁶⁾–, sino que lo que en un momento

(14) M. SATRÚSTEGUI, en un trabajo en el que anticipaba la práctica totalidad de previsiones que una década más tarde recogería la Ley del Gobierno, apuntaba también como criterios generales a aplicar en estos períodos que “cuando surjan dudas sobre si una determinada decisión se mantiene en el ámbito de la conservación y tutela de los intereses generales, o si, por el contrario se encuadra dentro de una política discrecional de ordenación del futuro, el Gobierno cesante debe abstenerse de actuar”, y que “si por razones de urgencia el Gobierno cesante se entiende, sin embargo, legitimado para actuar, en los casos dudosos antes mencionados o incluso en otros en que la decisión implique una valoración todavía más marcadamente política, su línea de conducta debe reflejarse en actos que prejuzguen lo menos posible la solución final del problema”, “Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, cit., págs. 235/236.

(15) BOUYSSOU, F., «L' introuvable notion d' affaires courantes. L' activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République», *Revue Française du Science Politique*, (XX), nº 4, 1970, pág. 669.

(16) Esta sería la expresión utilizada por el Consejero de Estado francés M. Lachaze al hilo de la conocida resolución de 1952 de dicho Consejo sobre el *Syndicat régional des quotidiens d' Algérie*, “L' expedition des affaires courantes en période de crise ministérielle” *Recueil Dalloz, Chronique*, 1952, págs. 66.

puede ser calificado como tal, cabe considerar que excede de tal carácter en otro momento diferenciado, o en otras circunstancias (no sólo temporales), ello no torna justificada la crítica de una disolución del concepto en cuestión en una casuística imprecisa y generadora de una enorme inseguridad jurídica, sino que simplemente implica que el preciso alcance concreto de este concepto sólo podrá fijarse con relación a cada caso particular, pero ello, desde nuestro punto de vista, no impide, sino que más bien presupone, como luego veremos, una cierta generalización de criterios a partir del momento en que exista alguna jurisprudencia consolidada, y precisamente la sentencia de 2 de diciembre de 2005 que luego comentaremos es una buena muestra de hasta qué punto ello es así.

En cuanto a lo segundo, tampoco cabe negar que esa jurisprudencia va a venir necesariamente referida a decisiones adoptadas, en ciertas ocasiones, en un campo minado de apreciaciones políticas⁽¹⁷⁾. De ello resulta la evidente dificultad interpretativa y aplicativa de estos conceptos, nada nuevo en el ámbito del Derecho constitucional, por otro lado⁽¹⁸⁾, sino más bien su caldo de cultivo natural.

El “despacho ordinario de los asuntos públicos” es un concepto jurídico indeterminado empleado por la Ley al que hay que tratar de dotar de unos perfiles lo más nítidos y precisos posibles. La sentencia de 2 de diciembre citada puede considerarse como un primer y significativo esfuerzo pretoriano en esa línea. Esta sentencia aplica la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para la fijación de un sentido más o menos preciso a esa expresión, si bien, como es natural y atinado, analiza la cuestión no desde un punto de vista puramente abstracto, como sería propio de un (muy ambicioso) trabajo académico, sino que lo hace sin perder de vista en ningún momento el caso particular sometido a enjuiciamiento, y en función del mismo, aunque sus consideraciones nos permiten fijar por aproximación los contornos de dicho concepto en unos términos abstractos.

(17) GALIZIA, M., “Crisis di gabinetto”, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Vol. XI, 1962, pág. 392.

(18) Similar problemática a la anterior, aunque en diferente medida, acontecería respecto de los otros conceptos utilizados por la Ley en orden a esa acotación genérica: urgencia e interés general. Este último concepto, como apuntó acertadamente PAREJO, vino en diluir “toda frontera jurídicamente discernible con precisión entre el Gobierno normal y actuante *en funciones*” en tanto que “razones de interés general suficientes debe haber siempre en la acción y decisión de uno y otro”, por lo que hubiera resultado preferible articular un concepto ya acuñado en nuestra Norma suprema: la “extraordinaria y urgente necesidad”; se habrían “desnaturalizado” así los límites genéricos propios de la permanencia *en funciones*, de la *prorogatio* gubernamental. “La regulación del Gobierno y la Administración: continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia”, *Documentación Administrativa* n° 246/247, 1997, pág. 39.

Desde luego, nos parece claro, para empezar, que no es posible aquí, como algunos han apuntado, tratar de hacer un paralelismo respecto de los términos “despacho de asuntos” o “despacho de los expedientes” que podemos encontrar en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, en orden a derivar de ello que el concepto usado en la Ley del Gobierno se acotaría exclusivamente al ámbito puramente administrativo. Derivar del uso de esos términos tal conclusión parece improcedente, a la vista no solo de la tramitación parlamentaria de la Ley del Gobierno, sino asimismo del propio sentido de esta institución, y sobre todo, de la propia realidad social, a cuya luz hay que interpretar siempre cualquier norma jurídica: si al frente del Gobierno de la Nación quedara un Gobierno *en funciones* así concebido, ese “Gobierno” no sería ya ni siquiera un Gobierno para empezar, sino simplemente la cabeza de la Administración, pues lo que define constitucionalmente al Gobierno no es, en absoluto, sólo la dirección de la Administración civil y militar; sino también la circunstancia de que “dirige la política interior y exterior (...) y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Estaríamos, en tal concepción, ante un Gobierno en sentido formal tan capitidismuido que, en la realidad de las cosas, sería un país sin Gobierno, y esto, como acertadamente apunta el Tribunal Supremo, es algo que no puede suceder ni por unas horas, y desde luego es algo que la Constitución no sólo no ha querido, sino que precisamente ha pretendido evitar a toda costa ese considerable vacío en el Poder Ejecutivo del Estado, y para ello justamente preceptúa que el Gobierno cesante “continúa *en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”, por contraste con el mayor “vacío de poder” que la Constitución sí permite, en mayor medida ya, respecto del Poder Legislativo como otro de los poderes estatales (aunque operando las Diputaciones permanentes, en todo caso, entretanto). Otra cosa es que el Gobierno, por hallarse en esta situación, pueda verse restringido en su labor de “dirección política” al “despacho ordinario”, pero sin que, en nuestro criterio, este último concepto excluya la “dirección política” en sí misma, pues un Gobierno, *en funciones* o no, sin “dirección política” no sería ya un Gobierno, simplemente; a ello debe añadirse que, como dice Stern⁽¹⁹⁾, la “dirección del Estado” quede vacante, tanto más –añadiríamos nosotros– cuanto más se prolongue esa vacancia; y por otro lado, en fin, el deslinde entre las actuaciones puramente administrativas y las de dirección política es bien compleja, y en ocasiones sencillamente imposible, ya que, como dijera Friedrich, la política se forma a medida que se va ejecutando y se va ejecutando a medida que se forma. Esta concepción del “despacho ordinario” de los asuntos públicos, que

(19) STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pág. 297.

reduce el mismo a los asuntos puramente administrativos, ha de quedar, así pues, completamente desechada.

Descartada una interpretación tan minimalista y reduccionista de la restricción legal del ámbito de actuación del Gobierno *en funciones* al “despacho ordinario de los asuntos públicos”, son principalmente dos versiones –o, más bien, tendencias– contrapuestas las que pugnan por dar una imagen constitucionalmente adecuada de esta figura, y ambas, como luego veremos, están presentes en el seno del Tribunal Supremo:

Por un lado, una concepción estrecha, que considera, en síntesis, que el Gobierno *en funciones* no debe adoptar ninguna decisión que conlleve una valoración o actuación de contenido político.

Por otro lado, una concepción amplia, que admite que el Gobierno *en funciones* puede llevar a cabo actuaciones políticas, y considera que tiene vedadas únicamente las actuaciones que implican una nueva “dirección” u “orientación” política” o condicionan, comprometen o impiden la actuación del nuevo Gobierno llamado a sustituirle. Se plantea con ello, por un lado, la cuestión de qué se entiende por dirección política. La mejor doctrina ha señalado que la dirección política del Estado es algo que escapa a una definición conceptual concluyente, pues la manifestación de la dirección del Estado cambia, a pesar de ciertas constantes, en el tiempo, depende de ideas y energías políticas y de las personas que intervienen, y desde luego sus contornos jurídicos y su cualidad política lo harán del concreto ordenamiento constitucional⁽²⁰⁾. Nuestro Tribunal Supremo, ante esta cuestión cuyo examen riguroso y abstracto produce verdadero vértigo doctrinal, ha sabido salir bastante airoso, como luego se verá, con un prudente análisis bastante apegado al caso, huyendo de apreciaciones excesivamente abstractas y completamente ajenas a su tarea jurisdiccional. Y, por otro lado, se plantea la problemática de qué ha entenderse por “nueva” orientación política y si este parámetro de lo novedoso es o no atinado y, aun siéndolo, si resulta suficiente.

Luego veremos el apoyo que cada una de estas concepciones ha encontrado en el seno del Tribunal Supremo hasta el momento actual. Por supuesto, sobra decir que estas son interpretaciones sobre lo que ha de entenderse por “despacho ordinario” como actividad a que, *según la Ley del Gobierno*, ha de ceñirse el Gobierno *en funciones*, pero hay también que considerar que esa restricción legal, sea cual sea su significado, plantea dudas de constitucionalidad, cuando menos; y nosotros también dejamos ya apuntado cierto escepticismo acerca de la simple

⁽²⁰⁾ SCHRÖDER, M. “§67, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung”, ISENSEE, J. KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, págs. 501-502.

regulación legal, a falta de toda reserva expresa de ley en el texto constitucional, y tratándose como se trata de un órgano constitucional, y no de uno cualquiera sino precisamente de uno que encarna a uno de los tres poderes clásicos del Estado, y al más fuerte y materialmente imprescindible de ellos.

Sin entrar ahora a analizar cada una de estas concepciones básicas, ni las múltiples variantes que pueden presentar, sí que conviene ahora plantearse la cuestión de sí, para interpretar el alcance de la actuación del Gobierno *en funciones* a partir de la Ley del Gobierno, ha de tener algún juego, como variable en la ecuación, el concreto supuesto de cese en el que nos encontremos en cada caso.

Técnicamente, todos los supuestos de permanencia *en funciones* serían idénticos. Aunque de diverso tenor, subyacente a todos se encontraría una quiebra del vínculo fiduciario. Acaecida una de las causas recogidas constitucionalmente (ya la ordinaria de la celebración de elecciones generales, ya los supuestos de pérdida de la confianza parlamentaria por los procedimientos articulados *ad hoc*, o la dimisión o fallecimiento del Presidente), el Gobierno debe permanecer *en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Más allá de cuestiones evidentes relativas a la composición que huelga explicar, la actuación parece que debería revestir idéntico ámbito de acción sea cual fuere la hipótesis de cese. No obstante, algunos autores han defendido que la desaparición de aquél que personifica el vínculo fiduciario habilitador de la actuación gubernamental, provoca una suerte de “descabezamiento” del Gobierno que implica en todo caso la limitación de determinadas competencias que corresponden al Presidente en exclusividad, por ejemplo, la presentación de recursos de inconstitucionalidad⁽²¹⁾.

Sin embargo, es lo cierto que la única distinción entre supuestos (introducida por la Ley del Gobierno) haría referencia a la suspensión de las delegaciones legislativas otorgadas cuando el Gobierno se encontrare en tal estado por la celebración de elecciones generales. Por más que no nos interesa profundizar en ello, cabe apuntar que sobre esta limitación la doctrina no se habría manifestado de forma unánime, estando así dividida entre los que la consideran una limitación adecuada⁽²²⁾, y los que no verían, por un lado, razones de Derecho Constitucional

(21) En ese sentido, J OVER, P., *Temas de derecho constitucional*, APARICIO, M.A., (Ed.), Barcelona, Cedecs, 1998, pág. 435.

(22) ARAGÓN REYES, M., “Estatuto de los miembros del Gobierno: Acceso y permanencia”, *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno* BOE, Madrid, 1996, págs. 108 y 146, BAR CENDÓN, A., *La disolución de las Cámaras Legislativas en el ordenamiento constitucional español*, cit., pág. 276; GONZÁLEZ ALONSO, A., “El Gobierno en funciones”, cit., págs. 553 a 557.

stricto sensu en la limitación, ni por otro, un criterio distintivo entre la previsión de esta limitación para un supuesto de cese y no para el resto de hipótesis ⁽²³⁾; idea a la que habría que añadir para su reflexión, el dato de que no cabría configurar la legitimidad gubernamental como el elemento determinante de la misma⁽²⁴⁾. Ante esta evidencia, quizá pudiéramos vernos tentados de recurrir al clásico *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Si ni el Constituyente ni tan siquiera el legislador (más allá de la concreta referencia apuntada) han establecido diferencia alguna entre los diversos supuestos de cese, no cabría introducirlo a estos efectos.

Mas lo cierto es que los supuestos de cese son muy dispares entre sí, incluso obedeciendo a una misma causa. Para ilustrar esta idea podríamos acudir a supuestos, todos reales, que nos resultarían ciertamente evidentes. Sin retrotraernos demasiado en el tiempo, nada tendrían que ver los dos últimos Gobiernos cesantes, que permanecieron *en funciones* tras las elecciones generales de 2000 y 2004. En aquéllas, el partido que apoyaba al Gobierno no sólo había mejorado los resultados de las anteriores elecciones que le habían llevado al poder, sino que había obtenido incluso la mayoría absoluta de los votos (pasó de contar con 146 escaños y un 42% de los votos emitidos a obtener 183 y un 52% de los sufragios), con lo que la continuidad (salvo extraño imprevisto –que en todo caso nunca debe descartarse⁽²⁵⁾–) estaba asegurada; al decir de la doctrina, se produciría así un ensanchamiento de su margen de maniobra por la “perpetuación del nexo fiduciario”⁽²⁶⁾. En las elecciones de 2004, por el contrario, su salida del Gobierno era también clara (obtuvo 146 escaños frente a los 164 del Partido Socialista). O qué decir, retomando alguno de los supuestos apuntados antes, del Gobierno cántabro que permaneció *en funciones* durante nueve meses (desde noviembre de 1994 a julio de 1995) bajo la presidencia de una persona que había sido condenada a la pena de seis años y un día de prisión, siete de inhabilitación absoluta y siete de

⁽²³⁾ SATRÚSTEGUI, M., “El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, cit., pág. 366; SANTAOLALLA, F., “Artículo 101”, cit., pág. 1577.

⁽²⁴⁾ Sobre esta cuestión, REVIRIEGO PICÓN, F., *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit., págs. 221 a 233.

⁽²⁵⁾ Recuérdese, por ejemplo, lo acontecido en la Comunidad de Madrid tras las elecciones de mayo de 2003, que terminaron dando lugar a uno de los más sorprendentes períodos de permanencia *en funciones* (véase, REVIRIEGO PICÓN, F., “Un supuesto de Gobierno en funciones. La ubicuidad de Ruíz-Gallardón Alcalde-Presidente” *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n° 13, 2004).

⁽²⁶⁾ REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 68.

inhabilitación especial –comprendiendo la privación del cargo que ostentaba–⁽²⁷⁾; comparemos esta permanencia *en funciones* con otra acontecida en esa misma Comunidad unos años después: así por celebración de elecciones en junio de 1999, donde el Partido que apoyaba al entonces Presidente incrementó en seis el número de diputados en el Parlamento. No parece preciso abundar en esta idea para mostrar la disparidad apuntada.

No obstante lo anterior, la importancia de esta diversa naturaleza, evidente a todas luces, se reconduce esencialmente al ámbito de lo político, en tanto que no cabe trasladar estos planteamientos al ámbito de la revisión jurisdiccional. La jurisdicción contencioso-administrativa debe limitarse, ante un eventual recurso frente a una actuación de un Gobierno cesante, a cotejar que la actuación de este Gobierno –más allá de las limitaciones específicas que por su claridad no precisan puntualización ahora– se ajusta a su finalidad y se encuadra en alguno de los tres conceptos bajo el que la Ley dibuja su competencia. La jurisdicción deberá valorar, así, si la decisión tomada puede considerarse o no un despacho ordinario de los asuntos públicos, y caso de no serlo, si dicha decisión ha obedecido al hecho de encontrarnos ante un supuesto de urgencia debidamente acreditado o una razón de interés general cuya acreditación específica así lo justifique; el hecho de que la *prorrogatio* de funciones fuere aquí formal o material, en la expresión de Revenga⁽²⁸⁾, resultaría, o debiera resultar, indiferente.

Sobre todo ello volveremos al analizar las sentencias de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005 del Tribunal Supremo. Pero antes parece preciso consignar unas reflexiones sobre el indulto y la extradición en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que las actuaciones controvertidas del Gobierno *en funciones* que estarán en el origen de las sentencias a comentar fueron precisamente una extradición, en uno de los casos, y un indulto, en el otro.

III.E L INDULTO Y LA EXTRADICIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1.El indulto

El derecho de gracia –anomalía, cuando menos teórica, en un Estado de Derecho⁽²⁹⁾, pero ardientemente defendido también, entre otros, por Hamilton para

(27) Véase, REVIRIEGO PICÓN, F., “La regulación del Gobierno en funciones en los ordenamientos autonómicos. A propósito del caso cántabro”, *El Gobierno*, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 661 a 702.

(28) *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 68.

(29) Así se refiere a esta institución M. AAGÓN en el “Prólogo” al libro de AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Cívitas, Madrid, 2001,

la República estadounidense⁽³⁰⁾— se encuentra regulado por una Ley que en sus casi ciento cuarenta años de existencia —más allá de su supresión durante unos meses en nuestra I República—⁽³¹⁾, únicamente habría sido modificada en 1988, en orden a agilizar en alguna medida la tramitación de los expedientes de indulto, siendo afectada en todo caso también por la aprobación en 1995 del nuevo Código Penal⁽³²⁾. Esta longeva Ley es en la actualidad objeto de un proyecto de reforma, habiéndose creado a estos efectos un grupo de trabajo dentro del Ministerio de Justicia⁽³³⁾.

Nos encontramos ante un modelo gubernamental de indulto particular (como es sabido, la Constitución prohíbe la autorización de indultos generales) aunque en todo caso estaríamos ante uno de los más judicializados de nuestro entorno⁽³⁴⁾.

Dicho cuerpo legal regula con detalle las clases y los efectos del indulto, las personas que pueden ser indultadas así como, por supuesto, el procedimiento para solicitar y conceder el mismo.

Conforme a esta regulación, podrán ser indultados los reos de toda clase de delitos de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido. Se establecen, no obstante, excepciones en sede legal y asimismo, no olvidemos, en el propio texto constitucional con relación a la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno; esta sería una de las tres previsiones

pág. 17. J.F. LÓPEZ AGUILAR habla, por su parte, de una “pieza residual e incluso extraña en la economía del orden constitucional vigente”, “Prólogo” al libro de GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídicoconstitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 11.

(30) HAMILTON, A., en *El Federalista*, HAMILTON, A., MADISON, A., JAY, J., FCE, 2001, artículo LXXIV (25-3-1788), págs. 317-318.

(31) Una breve reseña histórica sobre esta prerrogativa en nuestra legislación puede verse en LINDE PANIAGUA, E., *Amnistía e Indulto en España*, Tucur, Madrid, 1976, esp. págs. 27 a 42.

(32) Con relación a estas reformas, E. LINDE hace una valoración muy positiva de la última reforma, la de 1995, hablando, por el contrario, de una modificación “irrelevante” al referirse a la reforma de 1988; todo ello dentro de considerar que, en su conjunto, estamos ante una “regulación muy estimable y equilibrada cuya modificación resulta especialmente comprometida”, “La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1823, 1998, pág. 13.

(33) Sobre esta cuestión, véase la intervención del Secretario de Estado de Justicia L. LÓPEZ GUERRA ante la Comisión de Justicia, que tuvo su origen en una pregunta planteada respecto de la política de concesión de indultos llevada a cabo por el Consejo de Ministros, DSCD, nº 386, de 4 de octubre de 2005.

(34) En este punto, LINDE PANIAGUA, E., “El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5, 2000, págs. 161 y ss.

contempladas en nuestra norma suprema respecto de esta prerrogativa, junto con la atribución al Rey del ejercicio de ese derecho y a la prohibición de la iniciativa legislativa popular en esta materia⁽³⁵⁾.

Por lo que aquí interesa es posible distinguir diversas cuestiones atinentes a este instituto.

Por un lado, el procedimiento en sí, que lógicamente puede ser en su caso controlado por la jurisdicción contencioso administrativa; la ausencia de algún elemento reglado podría determinar la anulación del Acuerdo del Gobierno. Como se ha reiterado en múltiples sentencias, el control que la jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer sobre estos actos alcanza a “los aspectos formales de su elaboración, concretamente a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos”, aunque no vinculantes, “de aquí que entre dentro de la libertad estimativa del Consejo de Ministros el aceptar o discrepar de los mismos”, hecho que ya entraría “dentro del ámbito de la política penitenciaria, materia que, por su misma naturaleza, escapa al control de la jurisdicción administrativa”⁽³⁶⁾.

Por otro, la concesión o denegación en sí; estaríamos aquí ante una facultad potestativa que no sería susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de un acto graciable en sentido estricto.

La eventual concesión, no olvidemos, estaría sujeta siempre a la previa aprobación judicial; no habría que olvidar tampoco que la no resolución en un año del expediente de indulto determinaría la tácita desestimación del mismo.

La posible proyección política de este medio de extinción de la responsabilidad criminal resulta evidente en determinados supuestos⁽³⁷⁾. Sin necesidad de apun-

(35) Un interesante estudio sobre la función constitucional del indulto y la acción del gobierno en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho puede verse en GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 207 a 254.

(36) Ver, por todas, las SSTs de 16 y 21 de febrero y de 30 de septiembre de 2005 (Sala 3ª).

(37) JENNINGS, en su clásica obra sobre el *Cabinet Government*, ya apuntaba como no era imposible imaginar circunstancias en que el ejercicio del derecho de gracia sería de gran importancia política en tanto que “el perdón del autor de un crimen político, tal como un asesinato político, traición, rebelión, reunión ilegal, o libelo sedicioso, podría implicar cuestiones políticas de primer orden de magnitud». Ponía de ejemplo para ilustrar tal idea el indulto propuesto de Sir R. Casement, condenado por traición por incitar a los soldados irlandeses a luchar en el lado alemán, que se llevó ante el Gabinete (en contra de la práctica de no llevarlo y dejarlo a la competencia del *Home Secretary*, por implicar «el ejercicio de una función judicial»), por más que finalmente Casement fuera ahorcado; afirmaría así JENNINGS que “el ejercicio de la prerrogativa habría tenido repercusiones políticas”. El propio Gobierno británico haría una declaración donde justificaría la denegación del indulto, y afirmaría, entre otras cosas, que “the only

tar un ejemplo tan espinoso –pero tan obvio– como el terrorismo, tenemos ejemplos mucho más pacíficos, como el que suscitara en su momento la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

No obstante, tal proyección no existiría en la práctica totalidad de los supuestos, respondiendo más el ejercicio de esta prerrogativa a un intento de superar las “indeseables consecuencias a las que puede conducir una condena tardía, desproporcionada, extemporánea o individualizadamente injusta o antisocial⁽³⁸⁾ o respondiendo incluso a cuestiones de mera intendencia penitenciaria⁽³⁹⁾.

Volviendo la mirada atrás, resulta indudable que el supuesto más llamativo en esta materia lo constituyó aquel indulto, cuasi general, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 1 de diciembre de 2000.

En virtud de esta medida de gracia, ampliamente discutida, se llegó a indultar a mil cuatrocientos cuarenta y tres personas, indultos entre los que se contarían los de casi quinientos insumisos al servicio militar obligatorio, así como algunos otros especialmente polémicos por su evidente significación política.

Esa cifra sería similar, *mutatis mutandis*, a los indultos que se aprobarían “como máximo” a lo largo de todo un año, pues como se vino en apuntar desde el Ministerio de Justicia al tiempo que éstos se concedían, tomando como referente la década de los noventa, el número de indultos concedidos oscilaría entre cuatrocientos cincuenta y mil quinientos.

En todo caso, lo cierto es que las cifras actuales serían muy inferiores, acentuando más, si cabe, lo sorprendente de aquella medida; así, por ejemplo, en 2004 y 2005 sólo se habrían concedido poco más de trescientos y cuatrocientos indultos, respectivamente⁽⁴⁰⁾.

ground for a reprieve would be political expediency, a difficult ground to put forward in this country. His country never could strain the law to punish a man for the same reason that it could not strain the law to let one off” (*Source Records of the Great War*, Vol. IV, ed. Ch. F. Horne, National Alumni, 1923).

(38) J.F. LÓPEZ AGUILAR encuentra en estas razones la justificación al mantenimiento de esta institución, apuntando de forma ejemplificativa que “es el caso de quien estando resocializado desde hace años tenga que ingresar en prisión, o de quienes hayan cometido delitos próximos a desaparecer, o de quienes se hayan reinsertado y rehabilitado con carácter previo al ingreso en prisión, o de quienes hayan perdido cualquier asomo de peligrosidad, o de quienes hayan acreditado disposición y capacidad para volverse a reintegrar a la vida en libertad”, *Íbidem*, pág. 14.

(39) Sobre esta cuestión, AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, cit., pág. 17.

(40) Los últimos datos ofrecidos desde el Ministerio de Justicia sobre esta figura apuntan que cada semana se elevan a Consejo de Ministros doscientos diez expedientes de conmutación

La discusión sobre la aprobación de esta medida no se limitó, en todo caso, al número exageradamente elevado de indultos concedidos, sino igualmente a la motivación esgrimida para su concesión, sobre la que huelga hacer comentarios ahora: el cambio de milenio, la petición de la Santa Sede por ser año jubilar, la celebración del vigésimo segundo aniversario del texto constitucional y los veinticinco años de la Monarquía⁽⁴¹⁾.

2. La extradición y entrega

La extradición, instrumento de cooperación en una sociedad interrelacionada y compleja fundamentada en un principio de solidaridad internacional⁽⁴²⁾, es regulada en nuestro ordenamiento por la Ley 4/1985, de 21 de marzo que vino en sustituir a un cuerpo legal que databa de 1958 y que resultaba completamente inadecuado tras la ratificación de diferentes convenios europeos sobre la materia.

Dicha Ley regula detalladamente todas las cuestiones atinentes a la solicitud misma, extradición activa, como a la entrega, extradición pasiva.

Sin entrar ahora en detalle en el estudio de esta institución jurídica de antecedentes muy remotos⁽⁴³⁾, y centrándonos en la segunda de las perspectivas, extradición pasiva, debemos apuntar que la decisión del Gobierno respecto de su concesión o denegación viene determinada, en un caso de forma vinculante y en otro no, por el criterio emitido por el Tribunal competente.

El criterio negativo a la extradición del Tribunal impide al Gobierno su concesión, mientras que, al mismo tiempo, el criterio positivo de aquél permite al Gobierno bien su concesión bien su denegación. Esta posibilidad quedaría abierta atendiendo a criterios de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de nuestro país.

total o parcial de las penas de los que sólo alrededor del 5% obtienen resultado favorable. La actual política del Gobierno excluiría *a priori* de esta conmutación de pena a los condenados por delitos de violencia de género y maltrato familiar, racismo, delitos contra la seguridad en el tráfico y contra la libertad sexual, excluyéndose también esta medida en delitos graves que generen alarma social: tráfico de armas, asesinatos, torturas y genocidio.

(41) Con relación a este indulto, GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico constitucional*, cit., esp. págs. 19 a 21 y 192 a 194; PÉREZ FRANCESCH, J.L., DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., “El indulto como acto del Gobierno: Una perspectiva constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n° 53, 2002, esp. págs. 49 a 66.

(42) MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Valencia, 1999, pág. 969.

(43) Para un estudio de los antecedentes históricos de la extradición véase SEBASTIÁN MONTESINOS, M.A., *La extradición pasiva*, Comares, Granada, 1997, págs. 1 a 22.

Esta última opción que se abre al Gobierno (inspirada en los sistemas francés e italiano y criticada por un sector de la doctrina que apuesta por un procedimiento exclusivamente jurisdiccional⁽⁴⁴⁾) se vino en justificar en la exposición de motivos de dicho cuerpo legal sobre la base del “distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno; técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo”.

Especial interés han revestido en los últimos años la concesión de extradiciones a condenados en rebeldía (recordemos el cambio de criterio de la Audiencia Nacional en esta materia a partir de 1997), dando lugar a numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, sobre la base de la posible vulneración indirecta de derechos fundamentales al reconocer, homologar o dar validez a resoluciones que hubieren sido adoptadas por autoridades extranjeras.

Sería preciso hacer referencia aquí, como auténtico *leading case*, a la STC 91/2000, de 30 de marzo⁽⁴⁵⁾, que determinaría la incompatibilidad con el “contenido absoluto” del derecho a un juicio justo (el que necesariamente ha de proyectarse *ad extra*, sea cual fuere el foro competente) de “la condena *in absentia* por un delito que lleve aparejada una pena grave sin ulterior posibilidad procesal de impugnación de la misma, a fin de subsanar el déficit de garantías que la falta de presencia del condenado en la vista haya podido ocasionar”.

Esta idea llevaría a considerar contraria a las exigencias del artículo 24.2 del texto constitucional la concesión de “la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa”⁽⁴⁶⁾.

(44) A título de ejemplo, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Comares, Granada, 2005.

(45) Más recientemente véase la STC 183/2004, de 2 de noviembre.

(46) Un comentario de esta sentencia en REY MARTÍNEZ, F., “El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5, 2000, págs. 289 a 335.

(47) Sentencia de 18 de julio de 2005, BVEfG 18.07.2005 - 2 BvR 2236/04. Debemos apuntar igualmente que ha sido planteada por un tribunal belga una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede verse CUERDA RIAZU, A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005 que declara inconstitucional la ley alemana sobre la orden europea de detención y entrega” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, págs. 149 y ss, y dentro de la doctrina alemana,

Hablar de este tema nos lleva indefectiblemente a hacer una breve reseña, en el ámbito de la Unión Europea, de los efectos de la adopción por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea en junio de 2002 de la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre Estados Miembros, conocida coloquialmente como “euro-orden”, parcialmente en crisis, como es bien sabido, tras la decisión de julio de 2005 del Tribunal Constitucional Federal Alemán que declaró inconstitucional la ley que desarrolló la decisión marco sobre la euro-orden por vulneración de derechos fundamentales⁽⁴⁷⁾.

Sin querer entrar en un estudio en profundidad de la misma, apuntaremos únicamente que esta orden de detención europea es una “resolución judicial” dictada en el seno de un Estado miembro de la Unión con vistas a la “detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”; una entrega realizada sobre la base del “principio de reconocimiento mutuo” que no hace sino permitir la ejecución prácticamente inmediata de las resoluciones que fueren dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados.

Se trata de un procedimiento puramente judicial (algunos autores critican las previsiones normativas por un excesivo arbitrio judicial⁽⁴⁸⁾), con mínima participación del Ejecutivo, y que agilizará sin duda todas estas cuestiones. No obstante lo anterior, la participación del Ejecutivo sí será determinante, por el contrario, en los supuestos de concurrencia de una “euro-orden” y una solicitud de extradición en tanto que en este último supuesto la autoridad judicial de ejecución española deberá suspender el procedimiento y remitir la documentación al Ministerio de Justicia, que elevará con posterioridad al Consejo de Ministros la decisión de dar preferencia bien a la “euroorden”, bien a la solicitud de extradición.

Como se señaló en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, que pretende hacer efectivas en nuestro ordenamiento las obligaciones derivadas de aquella Decisión marco comunitaria, son tantas y tan sustanciales las modificaciones operadas en el

el trabajo de TOMUSCHAT, C., “Ungereimtes: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl” *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, págs. 453 ss.

(48) En este sentido, CUERDA RIAZU, A., *De la extradición a la “euro-orden” de detención y entrega*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003. En sentido contrario, desde una perspectiva procesal, CALAZA LÓPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Iustel, Madrid, 2005.

clásico procedimiento de extradición que “puede afirmarse sin reservas que éste ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea”; el procedimiento de entrega a aplicar a partir de ahora, sustituyendo a aquél, permitirá que “esta forma de cooperación judicial directa opere de manera eficaz y rápida, entre Estados cuyos valores constitucionales se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos” ⁽⁴⁹⁾.

IV. Dos resoluciones judiciales contradictorias

1. El Gobierno en funciones de marzo de 2004

El traspaso de poderes del año 2004 ha sido indudablemente el más traumático de todos los que se habían verificado hasta la fecha, al quedar marcadas aquellas elecciones y la subsiguiente actuación del Gobierno, ya cesante, por el atentado terrorista más terrible sufrido en nuestro país.

Ello provocó, por ejemplo, que durante su propia permanencia *en funciones* (en todo caso, muy breve, la de menor duración si exceptuamos la que siguió a la dimisión del Presidente Suárez en 1981 ⁽⁵⁰⁾) se tomaran determinadas decisiones que ya en esos momentos se planteó si escapaban al campo de acción de un gobierno en tal estado; recordemos, por ejemplo, la desclasificación de ciertos documentos del Centro Nacional de Inteligencia, previos al día de las elecciones generales del 14 de marzo (manejados desde el propio día de los atentados), que se encontraban directamente relacionados con éste y que se dieron a conocer tras la primera reunión del Consejo de Ministros después de la celebración de las elecciones generales.

En todo caso, más allá de este específico supuesto, no creemos equivocarnos si apuntamos que una de las cuestiones que más revuelo político suscitó, fue el posible nombramiento por parte de este Gobierno cesante (en puridad, propuesta)

⁽⁴⁹⁾ El último país que, hasta la fecha, ha declarado la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega en las relaciones con los Estados miembros ha sido Letonia (enero de 2006), véase la Resolución de 31 de marzo de 2006, de la Secretaría General Técnica, sobre la declaración de Letonia al Convenio Europeo de Extradición (número 24 del Consejo de Europa), hecho París 13 de diciembre de 1957, -BOE de 14 de abril de 2006-.

⁽⁵⁰⁾ Treinta y cuatro días en 2004, frente a treinta en 1981; el período de mayor dilación de la permanencia *en funciones* de un órgano gubernamental se produjo por el contrario tras las elecciones generales de 1996 al mantenerse *en funciones* aquel gobierno durante dos meses (la razón ha de buscarse en el escenario político –desconocido hasta el momento– dibujado tras aquellas elecciones: el principal partido en la oposición había obtenido mejores resultados que el partido que apoyaba al Gobierno pero no alcanzaba la mayoría absoluta de los escaños parlamentarios).

de dos magistrados del Tribunal Constitucional; la correspondiente cuota que por esas fechas correspondía renovar y que probablemente no se había realizado de manera previa a las elecciones por las previas expectativas de voto del partido en el Gobierno. Con buen criterio, finalmente, dicha decisión no fue tomada durante este período de permanencia *en funciones*.

Con ocasión de este específico tema se planteó un interesante debate público sobre la legitimidad o ilegitimidad de un Gobierno en este estado respecto de determinadas cuestiones, su competencia o incompetencia.

Evidentemente, la dialéctica política puso sobre la mesa otra serie de temas sobre la que unos y otros discrepaban a la hora de entender como ámbito de actuación normal, o quizá legítimo, de un gobierno en tal estado.

Especialmente llamativa sería también la decisión de la paralización temporal del relevo de las tropas desplazadas en Irak. No ya por el hecho en sí, que quizá hubiera podido cobijarse sin dificultad bajo esa idea de “abstención ante la duda” con que se configura en ocasiones la actuación de un gobierno en este estado, sino porque se sujetó dicho relevo al hecho de que quien probablemente habría de asumir la jefatura del gobierno manifestara de forma previa su asentimiento respecto de dicho relevo; de alguna forma, esa “excusa para la inacción” que vino en definir Bouyssou⁽⁵¹⁾, unida a una traslación de responsabilidad que se articulaba con dificultad con una decisión de ese tenor. Completamente diferente hubiera sido, por ejemplo, el envío de un mayor número de efectivos o el primer envío de los mismos.

En todo caso, como pudiera parecer previsible *prima facie*, o al menos o así nos parece –aunque vayamos ya anticipando de alguna manera nuestro criterio sobre el contenido de las sentencias objeto de este comentario–, la concesión y denegación de indultos o de extradiciones pasaron completamente desapercibidas sin generar controversia alguna.

No había sido, evidentemente, la primera ocasión en que un Gobierno en este estado se había enfrentado a estas cuestiones. De hecho, haciendo recapitulación, se trata de decisiones habitualmente tomadas por Gobiernos cesantes y, más aún, en un plano exclusivamente numérico, ocupan parte importante de su gestión, lo que no impidió en todo caso que en sede doctrinal se haya planteado, ya con anterioridad al cambio de Gobierno de 2004, ciertas reticencias con relación a

(51) El autor ejemplificaba esta idea apuntando determinadas decisiones/abstenciones (alguna ciertamente llamativa) tomadas por diferentes Gobiernos durante la IV República, “L’introuvable notion d’affaires courantes. L’activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République”, cit., págs. 655 y 663. Véase, también, MASCARENHAS GOMES MONTEIRO, A., “L’expédition des affaires courantes”, *Res Publica*, 1978, págs. 440/441.

alguna de estas competencias (concesión o denegación de indultos) sobre la base, entre otros argumentos, de la discrecionalidad del gobierno en su decisión. Así, Guillén, en unas interesantes reflexiones sobre este punto, apuntaba que “la discrecionalidad, la imposibilidad de alcanzar las más altas consecuencias del control, y la irreparabilidad son argumentos más que suficientes para poner en cuarentena esta función durante el tiempo que el Gobierno esté en funciones”; a esta idea añadía que “los Gobiernos en funciones en España no han ralentizado esta función y que tampoco se les ha requerido, lo que puede dar una falsa idea de apromaticidad que se advierte inmediatamente en cuanto se caiga en la cuenta de la trascendencia pública que pueden tener ciertos indultos”⁽⁵²⁾. Otro sector de la doctrina, por el contrario, y apoyado en esa misma experiencia práctica, apuntaba que el criterio del despacho ordinario de los asuntos públicos debería interpretarse “con amplitud” y que los Gobiernos en este estado podrían “llevar a cabo válidamente una actividad administrativa relativamente extensa en la que pueden incluirse medidas de muy diverso tipo”; en ese sentido, Satrústegui que, haciendo una breve relación de algunas medidas tomadas por el Gobierno cesante el año 1996, apunta específicamente la aprobación de reales decretos de indulto ⁽⁵³⁾.

Cabe recordar que, a la vista de esta práctica de los diferentes Gobiernos cesantes, en el año 2000 (con ocasión de un traspaso de poderes meramente formal en tanto que el partido que sustentaba al Gobierno había obtenido mejores resultados que en los anteriores comicios, alcanzando incluso la mayoría absoluta), ambas competencias se entendieron incluidas de forma expresa como despacho ordinario de los asuntos públicos en la Nota Informativa de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Presidencia que se elevó al estudio del Consejo de Ministros, en su reunión de 17 de marzo de 2000, apenas unos días después de la celebración de las elecciones generales.

Concretamente, dentro de un extenso listado que ahora reproducimos parcialmente por su interés, se apuntó que “tanto por su carácter habitual o común, como por su proliferación durante períodos o etapas precedentes de diferentes ‘Gobiernos en funciones’ –sin que se hayan suscitado, en ningún caso, objeciones o reparos– pueden considerarse comprendidos en la noción de ‘despacho ordinario de los asuntos públicos’ las siguientes decisiones del Consejo de Ministros: *Concesión o denegación de indultos* ; Ascensos del personal militar; Ceses de altos cargos; Concursos y situaciones dentro de la carrera fiscal; Concesión de condecoraciones; Resolución de recursos y reclamaciones; Autorizaciones para

⁽⁵²⁾ *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, cit., pág. 104.

⁽⁵³⁾ “Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, cit., pág. 363.

la celebración de contratos, salvo cuando se extiendan a varias anualidades; *Tramitación de expedientes de extradiciones activas y pasivas*; Autorizaciones para el traslado de personas condenadas; Declaraciones de urgente ocupación de bienes y derechos; Imposición de multas; Tomas de razón en relación con sentencias del Tribunal Supremo; Concesiones de la nacionalidad española; Habilitaciones y dispensas en materia de nacionalidad; Declaración de obras de emergencia; Convalidación de gastos; Autorizaciones a las Comunidades Autónomas para emitir deuda pública, concertar préstamos, emitir bonos u obligaciones, o realizar operaciones en divisas; Concesión de créditos con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo; Reserva, a favor de la Administración General del Estado, de bienes de dominio público; Declaraciones de lesividad a los intereses del Estado en relación con la fijación de justiprecios; Reconocimiento de utilidad pública, a efectos de expropiación forzosa; Concesión de anticipos de tesorería; Cesión o uso gratuito de bienes propiedad del Estado; Acuerdos sobre declaraciones comunes de intenciones, firmas ‘ad re ferendum’, tomas de conocimiento y canje de notas en el ámbito internacional”.

Por lo que a la concesión de indultos se refiere, el Informe se apoyaba en los siguientes datos: los Gobiernos cesantes de 1993 y 1996 habían aprobado en total 538 reales decretos, de los cuales 227 corresponderían a indultos (si hacemos el cálculo, un 42,19% del total); y en el caso de las extradiciones, de 920 acuerdos tomados, 112 habrían correspondido a extradiciones y traslados (12,17%). El siguiente traspaso de poderes correspondiente a año 2000 ofrecería datos similares (de 137 reales decretos, 48 corresponderían a indultos (35,03%).

La concesión de indultos (no así los procedimientos de extradición) se ha abordado en ocasiones, aunque sin profundas reflexiones, en los tratamientos doctrinales sobre el ámbito de acción de los gobiernos durante los traspasos de poderes por razones obvias (especialmente interesantes son las reflexiones de la doctrina italiana y alemana durante el primer tercio del siglo XX). Se señalaba, así, la imposibilidad de concesión de indultos que tuvieran clara significación política durante esos períodos mas admitiéndolos en el resto de supuestos.

La idea resultaba clara, pero evidentemente la concreción resultaría mucho más compleja, especialmente porque, incluso aunque existiera conformidad en la existencia de dicha significación política, habría elementos que podrían modular la posibilidad o necesidad de su adopción. Así, por ejemplo, la salud física o psíquica del candidato al indulto, siendo importante asimismo la valoración de otros elementos, como la iniciativa (particular, judicial, penitenciaria, gubernamental...), la tramitación del expediente, la valoración de los informes que en su caso se exigieren, etc.

La práctica comparada, por otro lado, nos muestra múltiples ejemplos de indultos polémicos durante estos períodos de transición. Dejando de lado el indul-

to del Presidente de los Estados Unidos Gerald Ford a su antecesor en el cargo, Richard Nixon, por el *Watergate*, que se suele considerar el indulto más famoso de todos los tiempos, o la amnistía del Presidente Carter a los desertores de la Guerra de Vietnam, quizá uno de los que más líneas desataron recientemente (en todo caso, la configuración teórica del período revestiría aquí ciertas singularidades en las que ahora no entraremos) aconteció con ocasión de aquel conflictivo traspaso de poderes que en enero de 2000 se produjo en los Estados Unidos, ya que apenas dos horas antes de abandonar la Casa Blanca el entonces Presidente, Bill Clinton, saltándose por otra parte todos los trámites tradicionales al respecto, aprobó 140 indultos y 36 conmutaciones de pena, y entre ellos el indulto del multimillonario Marc Rich –huido de la justicia desde 1983 por evasión de impuestos y comercio con Irán durante el secuestro de la embajada norteamericana por militares iraníes, y de quien se sospechaba que podría haber financiado las campañas políticas de su benefactor y su esposa–, que fue objeto de investigación por parte de la Cámara de Representantes (Comité de Reforma del Gobierno), así como por el Senado (Comité de Asuntos Judiciales) y por la propia Fiscalía de Nueva York. Y es que en los Estados Unidos se habla, así, un tanto hiperbólicamente, de los indultos presidenciales de la “hora 24” o de “last minute pardon”, entendiéndose que es lo que hace el Presidente (o algunos de ellos) en el último momento antes de abandonar la Casa Blanca (y ello impediría, en principio, cualquier *impeachment* que, en la plástica caracterización de Tocqueville, tendría por fin “arrebatar el poder”⁽⁵⁴⁾), tradición que se remontaría ya a George Washington, quien concedió casi tantos indultos en su último día como Presidente como en los siete años juntos de su presidencia o al propio Lincoln, quien concedió en su último año el mayor número de indultos de toda su presidencia, y esto es en realidad una verdadera tendencia general, que se verificó en buena parte de las presidencias, ya sea en su último año (por ejemplo, Bush, Carter, Reagan o Ford), ya sea incluso en sus últimos meses o días (incluyendo aquí a Coolidge, Grant, Wilson, Hayes, Andrew Johnson, Franklin Roosevelt, Truman, Eisenhower, Ford, Carter, Reagan y Bush, quien concedió un indulto incluso a Cox –perteneciente a una familia benefactora de Bush y de su partido y condenado por fraude bancario– dos días antes de dejar la presidencia)⁽⁵⁵⁾.

En el caso de las extradiciones, un examen de las tramitadas en Consejo de Ministros por el último Gobierno *en funciones*, el presidido por José María Aznar entre el 15 de marzo y el 14 de abril de 2004, permite constatar que dicho Gobier-

(54) TOCQUEVILLE, A., *La democracia*, cit., pág. 115.

(55) Véase, RUCKMAN, P.S., “‘Last minute’ pardon Scandals: Fact and Fiction”, accesible en <http://www.rvc.cc.il.us/faclink/pruckman/pardoncharts/Paper2.pdf>, quien habla de una “gran tradición americana”, en contra de lo sostenido por algunos.

no *en funciones*, pese a su brevedad extrema, resolvió sobre cerca de un centenar de extradiciones (activas, pasivas, entregas) en los cuatro Consejos de Ministros celebrados (los de 17, 24 y 31 de marzo y 13 de abril).

Dicho esto, procede entrar ya en el estudio de las sentencias objeto de este comentario, con los mimbres que hasta este momento hemos venido articulando

2. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (Sección 6ª de la Sala Tercera)

Esta sentencia tiene su origen en el recurso presentado frente al Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004 por el que se acordó la entrega de la recurrente a las autoridades italianas de conformidad con providencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de abril de 2004. La recurrente entendía que dicho Acuerdo era una “decisión política internacional”, por implicar “una deliberación sobre el fondo del asunto, en relación a cuestiones bilaterales con el país que reclama la extradición, ya que siendo la extradición un proceso incidental de un proceso sancionador, debe aplicarse el principio *non bis in idem*».

El Tribunal Supremo comienza por rechazar la tesis de la Abogacía del Estado de que sólo un Acuerdo denegatorio (y no de concesión, como el que se impugna) de la extradición excedería del límite impuesto al Gobierno *en funciones* por el art. 21 de la Ley del Gobierno. Recordemos que, de conformidad con las previsiones de la Ley de Extradición Pasiva, la decisión previa del Tribunal declarando procedente la extradición no es vinculante para el Gobierno (en este caso para el Gobierno que permanecía *en funciones*), que podría denegarla (cosa que no hizo aquí) atendiendo tanto a criterios de reciprocidad como a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para

España; en cambio, si la resolución firme del Tribunal fuere denegatoria de la extradición, al Gobierno (*en funciones* o no) les estaría vedada en todo caso su concesión. Este rechazo procedería de que el Tribunal Supremo parte de la concepción de “la extradición pasiva como acto de soberanía del Gobierno en relación con otros Estados”, concepción que parecería encontrar sustento en la propia previsión de la Ley 4/1985 de que el Ejecutivo, una vez declarada procedente la extradición por el Tribunal (no, si se declara improcedente), puede denegar una extradición “en el ejercicio de la soberanía nacional”. Y esta posibilidad del Ejecutivo de denegar la extradición declarada procedente por los Tribunales (desde una perspectiva penal y procesal técnica), a juicio del Tribunal Supremo, “exige al Gobierno hacer un juicio de valor para apreciar si concurren o no alguna de las circunstancias reseñadas para conceder o denegar la extradición pasiva a pesar de que la resolución del Tribunal penal la estimara procedente; en consecuencia, el Gobierno *en funciones*, al pronunciarse sobre la procedencia o no de la extradi-

ción pasiva ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva”.

Ello supone, según la sentencia que comentamos, que, al resolver sobre la extradición, el Gobierno *en funciones* se habría extralimitado en sus facultades y competencias, ya que el Tribunal Supremo interpreta la previsión del “despacho ordinario de los asuntos” recogida por el art. 21 de la Ley del Gobierno de la siguiente forma: “Gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza”.

En esta afirmación se resume la concepción en que reposa la sentencia respecto de lo que ha de entenderse por “despacho ordinario” de los asuntos como competencia general ordinaria (a salvo de lo que exija una situación de urgencia o el interés general) del Gobierno *en funciones*. Y también, como se verá, aquí va a estar la completa discrepancia de fondo del Pleno, en su sentencia de 2 de diciembre de 2005, respecto de la doctrina sentada por la Sección 6ª en esta sentencia.

Desde nuestro punto de vista, la concepción de que partía esta sentencia de 20 de septiembre era una excesivamente restrictiva y limitadora de las previsiones legales en este punto, y de una interpretación excesivamente literalista en lo que se refiere a la naturaleza de la extradición. Es verdad que, en nuestro ordenamiento, el Gobierno *en funciones* puede denegar una extradición informada positivamente por los tribunales “atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses para España” y ello, además, según la propia dicción literal de la Ley de Extradición Pasiva, “en el ejercicio de la soberanía nacional”.

A partir de esta regulación, en nuestro concepto, es aceptable considerar que los Acuerdos del Gobierno sobre extradición son “actos de soberanía”, pero ello es algo compatible con la “gestión ordinaria” de los asuntos como actividad normal de un Gobierno *en funciones*, pues esa “gestión ordinaria” –dejando ahora de lado los casos de urgencia o en que esté en juego el interés general– no excluye el ejercicio de la soberanía nacional; dicho de otro modo, el ejercicio de la soberanía nacional no convierte, en sí mismo, a una actuación del Gobierno *en funciones* en una “gestión extraordinaria”.

Aquí habrá que atender al caso concreto, pero, en todo caso, puede sentarse la regla general de que los Acuerdos del Consejo de Ministros *no denegatorios* de una extradición declarada procedente por los Tribunales, aun siendo ejercicio de

la soberanía nacional, no serán “gestión extraordinaria” de los asuntos, y ello porque en tales casos, si bien hay formalmente un ejercicio de la soberanía nacional de tipo negativo (no se hace uso de la misma para denegar la extradición informada judicialmente de forma positiva), en la práctica simplemente se aprecia que no hay razones vinculadas a dicha soberanía que obsten a la concesión de la extradición, aunque desde luego, habrá que estar a cada caso particular para ver si ha habido o no una gestión extraordinaria. En caso de un Acuerdo del Consejo de Ministros *denegatorio* de una extradición declarada procedente por los Tribunales, hay, por el contrario, un ejercicio positivo de la soberanía nacional (se utiliza para denegar una extradición informada positivamente por los tribunales). Y además hay una separación del criterio del Tribunal (aunque el parámetro de decisión sea totalmente diverso, ya que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Extradición pasiva, mientras los Tribunales actúan con una finalidad técnica, y sobre todo tutelar del derecho a la libertad, el Gobierno actúa en el campo político esencialmente), pero nada de ello hace que el Acuerdo haya de ser considerado en todo caso una “gestión extraordinaria”. Habrá que estar a cada caso concreto, atendiendo a factores tales como la reciprocidad, los criterios seguidos hasta ese momento para extradiciones similares, la singularidad o no de la extradición en curso, la repercusión política de la decisión, su vinculación a los intereses de España en la esfera internacional, el resultado electoral previsiblemente continuista o no, etc.

Por todo ello, desde nuestro punto de vista, no es acertado considerar que un Acuerdo de extradición adoptado por un Gobierno *en funciones* es un acto de gestión extraordinaria. A nuestro entender, la regla general es la contraria, aunque podrá considerarse que no es una “gestión ordinaria” si las circunstancias del caso concreto permiten llegar a esa conclusión, si bien también es preciso consignar que la prudencia por parte de un Gobierno cesante, y la correlativa densidad de control de los Tribunales, han de ser mayores cuando se trata de Acuerdos denegatorios de una extradición que cuando se trata de Acuerdos de concesión (siempre previa declaración judicial de procedencia, pues sin esta el Gobierno no puede hacer otra cosa que denegar la extradición), ya que en el primer caso siempre se ejercita en positivo la soberanía nacional (y no es un mero ejercicio negativo de la misma) y hay una separación del criterio técnico del Tribunal, y estos son factores que, ya en abstracto, restan cierta ordinariedad, al menos, a la actuación gubernamental.

Por otro lado, en cuanto a la concepción general de entender que gestión “ordinaria” es la ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos, nos remitimos a lo que luego comentaremos al hilo de la sentencia de 2 de diciembre, sentencia que parte de una idea completamente opuesta en ese punto, aunque se hayan suavizado las formas de la disonancia, algo nada infrecuente.

Pero permítasenos anticipar que nos parece aquí aplicable la opinión expresada, en la doctrina alemana de la época de Weimar, por Nawiasky en un trabajo sobre el Gobierno *en funciones* de Baviera, en donde apuntará que un Gobierno privado de todo carácter político no sería ya un Gobierno simplemente, sino una mera autoridad por ramos, que como tal no puede ser el órgano supremo del Poder Ejecutivo en el Estado⁽⁵⁶⁾, que se supone que es lo que es un Gobierno, y que sigue siéndolo si está *en funciones*. Y tampoco puede desconocerse, como apunta Lutz, que la actividad de gobierno en un Estado moderno no se puede agotar a largo plazo en planificar medidas particulares de hoy para mañana y hacerlas realidad, sino que exige cada día más una planificación y una adopción de acuerdos con bastante previsión y orientación al futuro, algo de lo que tampoco puede desentenderse un Gobierno *en funciones* si el Estado en su conjunto no quiere sufrir daños muy serios⁽⁵⁷⁾.

3. La sentencia “*overruling*” de 2 de diciembre de 2005 (Pleno)

Al igual que en la sentencia anterior, se plantea también aquí, aunque con resultado completamente diferente, si una determinada actuación (denegación de la concesión de un indulto en este caso) puede o no ser adoptada por un Gobierno *en prorogatio*. Más allá de que un buen orden de señalamientos hubiera debido permitir su resolución simultánea, la circunstancia de que la segunda sentencia haya sido dictada por el Pleno y no por una Sección, como la primera, permite aventurar que la segunda es, en realidad, un *overruling* más o menos disimulado, pero contundente, de la primera⁽⁵⁸⁾.

(56) Nawiasky, “Geschäftsministerium in Bayern”, *Bayerische Verwaltungsblätter*, 80, 1932, pág. 35, cit. por LUTZ, R., *Die Geschäftsregierung nach dem Grundgesetz*, Duncker und Humblot, Berlín, 1969, pág. 73, nota 32.

(57) LUTZ, R., *Die Geschäftsregierung nach dem Grundgesetz*, cit., pág. 73.

(58) La sentencia de 2 de diciembre de 2005 trató de suavizar el abandono de la doctrina de la sentencia de 20 de septiembre, con esta “piadosa” afirmación: “Al resolver ahora de este modo, damos un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto del Gobierno *en funciones*. La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 abrió el camino para precisarlo, afrontando cuestiones antes no resueltas por la jurisprudencia, pues las ha planteado una Ley reciente que utiliza conceptos necesitados de interpretación. Precisamente, por eso, podemos ahora, tras un examen detenido de los problemas y argumentos puestos de manifiesto entonces, así como de los que ahora se han suscitado y de las normas y los principios constitucionales aplicables, avanzar en esa tarea para llegar a las conclusiones que se han explicado”. Pero se ajusta mucho más a la realidad la valoración del Magistrado Sr. Garzón: “Respecto a la hipotética contradicción entre esta sentencia y la dictada por la Sección Sexta el 20 de Septiembre de 2005, no ofrece dudas, para mí, tal contradicción. La afirmación que se hace en la sentencia de la que discrepo en el sentido de que lo que le está

Aunque no utilice literalmente la idea de los conceptos jurídicos indeterminados, al abordar la interpretación de la expresión “despacho ordinario de los asuntos públicos”, salta a la vista que el Tribunal trata de emplear dicha técnica y habla incluso de que estamos ante un “concepto indeterminado necesitado de concreción”. Es sabido que, según doctrina ya tradicional, los conceptos jurídicos indeterminados son una técnica que facilita la aplicación de ciertos conceptos jurídicos de gran vaguedad, ambigüedad (deliberada o no: pueden ser “compromisos apócrifos” en el sentido de Schmitt, pero no tienen por qué serlo) o imprecisión inicial, distinguiendo en su estructura “un núcleo fijo o ‘zona de certeza’ positiva, configurada por datos previos y seguros; una zona intermedia o de incertidumbre, o ‘halo del concepto’, más o menos imprecisa; y, finalmente, una ‘zona de certeza negativa’, también segura en cuanto a la exclusión del concepto”⁽⁵⁹⁾. Los conceptos jurídicos indeterminados no hacen referencia, sin embargo, a la discrecionalidad administrativa, pues mientras cuando se trata de esta, como dice la STS de 1 de julio de 1991, “la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan, pues, todas ellas son igualmente justas”, el concepto jurídico indeterminado, sin embargo, “supone un proceso reglado, en el que el Tribunal habrá de valorar si, tratándose de la interpretación de la norma que ha creado el concepto, la Administración ha adoptado no cualquiera, sino la única de las soluciones justas que la interpretación permite y que no dependen de la voluntad del que interpreta, como concurriría si de un acto discrecional se tratara”. No obstante, los conceptos jurídicos indeterminados *pueden* conllevar la existencia y

vedado al ‘Gobierno *en funciones*’, es la decisión de asuntos que impliquen ‘nuevas orientaciones políticas’ no me parece conciliable con la contenida en la sentencia de 20 de Septiembre de 2005, en la que se afirma que el despacho ordinario es la ‘gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza’. Ciertamente, esta modificación de criterios, en sentencias tan cercanas en el tiempo, y de modo consciente, es preocupante, pero no es infrecuente”. La afirmación de la mayoría parece obedecer, en última instancia, a un intento de hacer lo más pacífica posible la sentencia, pero no puede esconder lo que realmente supone dicha resolución: una interpretación completamente diversa de lo que ha de entenderse por despacho ordinario de los asuntos públicos. A estos efectos, resulta ciertamente significativo que dos de los cinco votos particulares emitidos a esta segunda sentencia vengan avalados por la práctica totalidad de los magistrados que integraron la sección que dictó en su momento la primera de las sentencias; y en todo caso, su lectura pone de relieve la flagrante contradicción entre la doctrina que una y otra sentencia sientan. Estamos, pues, ante un verdadero “*overruling*”, aunque haya que esperar a que se dicte, al menos, otra sentencia análoga para que podamos hablar de *overruling* jurisprudencial en un sentido técnico, que requiere reiteración de doctrina.

(59) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 436.

reconocimiento, no de facultades discrecionales en ningún caso, pero sí de una libertad de apreciación, como reconoce la STS de 12 de diciembre de 2000 (nombramiento de los “candidatos más adecuados” como Fiscales del Tribunal Supremo), libertad de apreciación que, en todo caso, “no se traduce en una libertad omnimoda ni en una ausencia o imposibilidad de control jurisdiccional, sino simplemente en esto: rige la constitucional interdicción de la arbitrariedad; pero incumbe probar, a quien sostenga que fue incumplida, los hechos que permitan apreciar que se obró con evidente error o clara irracionalidad”. Esta libertad de apreciación, sigue diciendo dicha Sentencia, “aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación (...). Ello es lo que explica que en la mayoría de sus manifestaciones no esté establecida la exigencia formal de la motivación. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última”.

Pues bien, creemos que el Tribunal Supremo aplicó *grosso modo*, aun sin declararlo explícitamente, esta técnica en la interpretación de lo que ha de entenderse por “despacho ordinario” de los asuntos públicos en el caso que analizamos:

- a) En primer lugar, no se plantea qué ha de entenderse por “asuntos públicos”, pues no era controvertido en el caso que la resolución de una petición de indulto es un “asunto público”.
- b) En cuanto a lo que sea, o no sea, el “despacho ordinario” de tales asuntos, delimita el Tribunal Supremo el concepto desde una triple dimensión, conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados:
 - i. Por un lado, desde una perspectiva positiva, afirma el Tribunal que “el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse” (*zona de certeza positiva*). Así pues, “despacho ordinario” es toda actuación gubernamental que no establezca orientaciones políticas *nuevas* ni tampoco implique un condicionamiento, compromiso o impedimento para las actuaciones que

pueda querer desarrollar el nuevo Gobierno llamado a sustituir al que ahora sólo está *en funciones*, algo que hay que determinar “caso por caso”.

Frente a este concepto relativamente amplio de “despacho ordinario” de los asuntos públicos formula su voto particular el Magistrado Sr. Bandrés, para quien dicha expresión o concepto ha de interpretarse con criterio no expansivo, sino restrictivo (también lo defienden así, “en el caso de dudas”, el Magistrado Sr. Sieira y otros en su voto particular). Este Magistrado, Sr. Bandrés, comparte la idea de la mayoría de que la restricción de la actividad del Gobierno *en funciones* al “despacho ordinario” de los asuntos públicos priva a este de la capacidad de “dirección de la política interior y exterior”, pero estima “que esta declaración jurídica debe completarse significativamente, porque el círculo que delimita el ámbito de actuación del Gobierno *en funciones* debe trazarse con arreglo al ‘telos’ del precepto enjuiciado, atendiendo, esencialmente, a la posición institucional de *prorrogatio* del gobierno cesante, que sirve de fundamento a la restricción de sus atribuciones y funciones, y que por ello debe acoger, además, otros contenidos reduccionistas derivados de la necesidad de asegurar, exclusivamente, la continuidad de la administración ordinaria de los asuntos públicos del Estado”, todo ello basado en la idea fundamental de que “un Gobierno *en funciones*, que tiene limitados sus poderes y difuminada su responsabilidad parlamentaria, no puede acordar decisiones de trascendencia política al deber limitarse, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, a asegurar, estrictamente, el regular funcionamiento de los asuntos y servicios públicos”. Y en concreto, la resolución de un indulto, con independencia de si es denegatorio o no, sería para él: a) por naturaleza y en abstracto, una decisión inscribible en la categoría de “actos de especial relevancia y trascendencia política”; b) una decisión de “significado esencialmente político” y “carácter excepcional” (conforme a nuestra tradición jurídico-constitucional); y c) en fin, un acto que afecta al principio de división de poderes y supone un desarrollo de una política criminal y de seguridad pública. Todo lo anterior es lo que le permitiría concluir que estamos ante un terreno vedado a un Gobierno cesante, salvo en caso de urgencia o cuando lo exija el interés general o público. Es claro, pues, que dicho Magistrado no sólo alcanza un resultado contrario al de la mayoría, sino que además ello se sustenta en una interpretación del “despacho ordinario” que restringe notablemente la que la mayoría propugna en la sentencia.

Por su parte, el Magistrado Sr. Garzón defiende un concepto del “despa-

cho ordinario” que lo restringe a “los actos típicos (u ordinario) de la función administrativa tales como: autorizar, sancionar, contratar, expropiar, etc”, y cree que el Gobierno *en funciones* no sólo no puede establecer “nuevas orientaciones políticas” ni condicionar al nuevo Gobierno, sino que tampoco siquiera puede llevar a cabo “las viejas políticas” del Gobierno cesado. Y considera que el indulto no es función administrativa, por lo pronto ya desde una perspectiva formal, pero también desde una perspectiva materialontológica: “Es una prerrogativa de hondo calado político y constitucional, esencia que no se pierde por el uso inmoderado y trivialización de esta potestad por parte de los Gobiernos”. Por ello, el Gobierno *en funciones* carece de competencia para resolver sobre un indulto, sea para concederlo o sea para denegarlo.

También el voto particular firmado por los Magistrados Sres. Sieira, Lecumberri, y Robles (esta última inicialmente designada como ponente de la sentencia), al que se adhieren los Magistrados Sres. Peces y Frías, sigue un criterio más restrictivo. Estos Magistrados “se sitúan en la línea de quienes después de precisar que un Gobierno *en funciones* no puede tomar las decisiones políticas o de impulso que tomaría de no haber cesado, razonan que su margen de actuación se conformaría por una serie de atribuciones que podrían encuadrarse dentro del concepto de administración o de ‘continuidad de la actividad pública necesaria’ y siempre con el objetivo último de la consecución, en línea con lo recogido en la Exposición de Motivos de la Ley, de un normal desarrollo del traspaso de poderes al nuevo Gobierno y más cuando el nuevo Ejecutivo va a ser de signo político diferente”. Este voto particular insiste en que el acuerdo sobre el indulto es una facultad regia, “residuo del poder absoluto del Soberano”; un acto siempre de “carácter extraordinario” (y sólo por ello no puede ser gestión “ordinaria”, por frecuente que sea), y una “quiebra” del principio de separación de poderes; que tanto la concesión como la denegación “puede generar efectos irreparables”, así como subraya que “el evidente (*sic*) contenido y relevancia política de la valoración para conceder o denegar un indulto” en ciertos casos en la historia reciente de nuestro país (su concesión y también su denegación “pueden ser utilizadas como instrumento de dirección política con consecuencias importantes tanto en el ámbito nacional, como incluso con proyección internacional”) “deviene patente y manifiesto”, y “hace imposible entender que se trataba de actos de gestión ordinaria ya que además de la motivación política que los presidía, constituyen la clara manifestación de una concreta dirección política en cuestiones referidas a temas tan esenciales como lo son la seguridad del Estado o la defensa nacional”.

- ii. Por otro lado, desde una perspectiva negativa, el Tribunal aprecia que “ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas” (*zona de certeza negativa*). Y es que una concepción distinta, como la sustentada por los recurrentes (pero también, en el fondo, aunque el Tribunal no lo diga, por el propio Tribunal, en concreto por su Sección 6ª, en su sentencia de 20 de septiembre de 2005), “supondría situar al Gobierno en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación”. Tampoco parece suscribible la idea defendida por el Magistrado Sr. Puente Prieto en su voto particular a la sentencia que ahora comentamos, proponiendo seguir la clásica distinción entre los “actos políticos” (concebidos así “por la materia” sobre la que versan: en concreto, según el Consejo de Estado francés, “las relaciones internacionales, las relaciones interconstitucionales del Ejecutivo con los demás poderes y las cuestiones de gracia y amnistía”, también la extradición), que estarían vedados al Gobierno *en funciones*, y los actos administrativos, con relación a los cuales habrá que analizar “caso por caso” si exceden o no del objetivo de la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno, y del “despacho ordinario”, y si condicionan o no la legítima actuación administrativa del nuevo Gobierno. En concreto, para este Magistrado, el indulto, en todo caso, sería un acto político, y no un “auténtico acto administrativo”, por ser un privilegio o prerrogativa de la Corona y de “naturaleza jurídica excepcional” (*sic*), como su propia historia revelaría, y por ello el Gobierno *en funciones* no podría resolver sobre el mismo (salvo que hubiera razones de urgencia, como el transcurso del plazo de desestimación por silencio) y menos todavía sobre un número considerable o inusual de indultos, lo que podría condicionar la política criminal del nuevo Gobierno, argumentación con la que coincide sustancialmente también el Magistrado Sr. Garzón. Desde nuestro punto de vista, el hecho de que formal e históricamente el indulto sea una prerrogativa regia es algo que no ha de tener mayor relevancia desde el momento en que materialmente, y así lo dice la Sentencia con atino, es siempre el Gobierno quien resuelve realmente sobre la concesión o denegación, a lo que podríamos añadir que, dentro de la lógica constitucional, la atribución formal al Monarca del derecho de gracia, como vía por la que puede llegar a dejarse excepcionalmente sin efecto una sentencia penal condenatoria en cuanto a la pena, es el correlativo de la circunstancia

de que tal sentencia siempre se habrá dictado, formalmente, “en nombre del Rey”, como toda la administración de justicia por jueces y tribunales, y tan formal es esa atribución regia del indulto como el mandato de que la justicia se administre “en nombre del Rey” (el Monarca es un puro centro de imputación formal tanto de la sentencia penal condenatoria respecto de la que se solicita el indulto como de la resolución sobre el indulto).

En unas coordenadas similares se sitúa el voto particular suscrito por los Magistrados Sres. Sieira, Lecumberri y otros, en el que se sostiene que “por despacho ordinario habrá de entenderse el conjunto de actos encaminados a la consecución de fines objetivos, generales y permanentes, quedando, por tanto, excluidos los actos políticos que incidan en la línea política del Gobierno y los actos administrativos que puedan tener por su contenido incidencia similar. Se encuadran también en la idea de despacho ordinario las decisiones de pura gestión administrativa, es decir, aquellas que responden a la actividad cotidiana de la Administración y que por tanto están ausentes de análisis o valoración por el Consejo de Ministros que se limita a aprobarlas, así como las decisiones que son consecuencia de otra anterior e improrrogable, para una eficaz gestión del servicio público, es decir funciones de ejecución y administración (...). Es cierto sin embargo, que no cabe identificar la idea de despacho ordinario con la mera administración o ejecución, y por tanto con la de actos administrativos. La multiplicidad de situaciones y contextos que se pueden presentar imposibilita esta identificación, piénsese en la decisión de ejecución de las obras públicas incluidas en un Plan General aprobado por una decisión política del Gobierno anterior no compartida por el partido que ha ganado las elecciones y que se aparta abiertamente del programa político de éste (...). Lo anterior nos lleva a disentir de la afirmación que se contiene en la sentencia de instancia en el sentido de que sólo lo que supone dirección política con mayúsculas esta vedado a un Gobierno *en funciones* y que por tanto no lo están los actos políticos en sentido estricto y los administrativos no susceptibles de ser calificados como de despacho ordinario en cuanto comportan contenido o valor político fruto de una valoración de esa naturaleza, salvo claro está razones de urgencia o interés general debidamente acreditadas. No cabe aceptar que corresponda a un Gobierno *en funciones* aquellas de carácter administrativo que condicionen, limitan o impidan el ejercicio de las mismas al nuevo Gobierno en función de sus propias valoraciones de carácter político, salvo en los mismos supuestos antes excepcionados”.

- iii. En cuanto, en fin, al “halo” del concepto jurídico indeterminado “despacho ordinario”, insiste el Tribunal en “la necesidad de examinar caso por

caso y asunto por asunto los actos que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno *en funciones* de no existir urgencia o demandarlo el interés general”; por ello, cuando surja controversia al respecto, habrá que analizar casuísticamente si el acto discutido es o no un acto que puede considerarse de “dirección política” o un condicionamiento, compromiso o impedimento para las actuaciones del futuro Gobierno, para lo que habrá de atenderse a “la decisión de que se trate”, a “sus consecuencias” y a “las circunstancias en que se deba tomar” (*zona de penumbra o incertidumbre*). A la vista de ello, es claro que, si aceptamos la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados de experiencia y de valor, en el caso del “despacho ordinario” de asuntos públicos nos encontramos ante un concepto jurídico del segundo tipo, fundamentalmente. Y respecto del halo o zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados (de tipo valorativo, en concreto), dice la jurisprudencia (STS de 19 de julio de 2000) “sn hacer, por supuesto, aplicación de la presunción «iuris tantum» de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el «beneficio de la duda» en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso— sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos (cfr. STS 25 mayo 1998)”.

La principal crítica de algunos votos particulares a la sentencia va dirigida precisamente contra el carácter esencialmente casuístico de la interpretación sentada por la mayoría. Así, Espín subraya que la interpretación de la mayoría “conduce a este Tribunal a una difícil posición en el futuro, cual es la necesidad de dilucidar en cada ocasión en que se impugne la legalidad de una decisión de un Gobierno cesante si dicho acto supone o no —al margen, claro está, de los requisitos procedimentales y reglados que puedan existir— poner en juego la dirección política del Estado o, en otros términos, si constituye un acto de dirección de la política interior o exterior del Estado en la dicción del artículo 97 de la Constitución. Y tal criterio no puede formularse en términos de estricta legalidad, puesto que actos de una misma categoría (indultos, extradiciones) pueden constituir en unas ocasiones actos de dirección política del Estado por su significado concreto —por ejemplo, el indulto de una personalidad destacada en función de una decisión política de dar por zanjados hechos del pasado—, y en otras ser más bien actos de gestión o de puro trámite. Y el criterio decisivo, el significado que cada acto en concreto tenga para la dirección política del Estado y para la política y el programa

del Gobierno, no es sino un juicio político *stricto sensu* cuya emisión pertenece plenamente al Gobierno o a las fuerzas políticas y parlamentarias, pero en modo alguno a este Tribunal Supremo”.

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que la interpretación del Tribunal Supremo del “despacho ordinario de los asuntos públicos” en cuanto “contenido natural” del Gobierno *en funciones* como un concepto jurídico indeterminado de tipo valorativo conlleva valoraciones y ponderaciones muy apegadas al caso concreto, y con una atención detallada al supuesto de hecho de que se trate⁽⁶⁰⁾, ello no implica en absoluto una mutación de un juicio jurídico en otro “político *stricto sensu*” por el hecho de que haya que valorar “el significado que cada acto en concreto tenga para la dirección política del Estado y para la política y el programa del Gobierno”. Por otro lado, el carácter casuístico resulta relativizado por el hecho de que la valoración realizada por el Tribunal Supremo permitirá ir sentando una red de precedentes que será cada vez más tupida, y ello posibilitará sentar reglas generales.

Por ejemplo, simplemente la sentencia que comentamos nos permite sentar la pauta de que “un indulto denegado por un Gobierno *en funciones* no es un acto de dirección política del Estado, salvo que concurren circunstancias singulares”. Aunque la sentencia analizada, muy apegada al caso particular *sub judice*, no lo aclara (ni tenía que hacerlo), parece traslucirse que, si el acuerdo sobre el indulto no es denegatorio es probable que tampoco haya de ser considerado, como regla general, un “acto de dirección política del Estado”, si bien en tal caso, al no dejar el acuerdo sobre el indulto “inalterados” los términos de la sentencia judicial firme correspondiente ni impedir la concesión del indulto por un nuevo Gobierno, las probabilidades de que sea así en un caso más o menos singular se incrementan⁽⁶¹⁾. Pero si el indulto, especialmente si no es denegatorio, afecta a un

⁽⁶⁰⁾ Como dice la STS de 9 de julio de 2001 con relación a los conceptos jurídicos indeterminados, “no debe olvidarse que estamos ante un supuesto de interpretación aplicativa y no meramente teórica de la norma, en la que la conexión entre ésta y el presupuesto de hecho determinante de su aplicación, no sólo es necesario, sino también deseable; que no se trata de hacer construcciones jurídicas de tipo abstracto con validez atemporal, sino de descender del plano de la categoría al de la anécdota (y viceversa también, en la fase consecuente de comprobación de que el caso encaja en la medida que aquélla —es decir, la norma— es)”.

⁽⁶¹⁾ No le falta razón al Magistrado Sr. Garzón cuando reprocha a la mayoría que “la cuestión a decidir es si el ‘Gobierno en funciones’ es competente o no para decidir la solicitud de indulto con independencia de su contenido, pues parece evidente que no puede afirmarse que es competente para su denegación y no lo es para la concesión”. En la misma línea, el voto particular suscrito por el Magistrado Sr. Sieira Míguez y otros, apunta que “tampoco es asumible por quienes firmamos este voto particular hacer depender la idea de gestión ordinaria de la concesión o denegación del indulto por entender que esta última no es irreversible. En primer

relevante político (por ejemplo, un ex-ministro condenado por terrorismo de Estado), o a una relevante personalidad (por ejemplo, un juez de la Audiencia Nacional condenado por prevaricación), o concurren otras circunstancias singulares (imaginemos por ejemplo indultos concedidos a miembros de la organización terrorista ETA por causa de la existencia de un proceso de negociación como el ahora abierto), la regla general de que el indulto no es un acto de dirección política puede invertirse, y habrá que atender al caso particular. Si tales singularidades no se dan, la jurisprudencia sentada sólo en esta primera sentencia permite ya de entrada considerar que el Gobierno cesante tenía competencia para resolver sobre el indulto, especialmente si este ha sido denegatorio. Por supuesto, a medida que la jurisprudencia sobre este tema (y los acuerdos de indulto son los más frecuentemente adoptados por un Gobierno *en funciones*) vaya siendo más abundante, los criterios que nos proporcionará serán más seguros, firmes y nos facilitarán afinar el juicio, y también incrementarán la seguridad jurídica, para el Gobierno y para los ciudadanos.

Una jurisprudencia similar podría irse fijando en materia de extradición y entrega europea, subvenciones, etc, de modo tal que no desaparecerá la importancia de la contemplación del caso concreto *sub judice*, pero se irá tejiendo una red cada vez más tupida que nos permita fijar con precisión cada vez mayor los linderos del concepto jurídico indeterminado “despacho ordinario” de los asuntos públicos.

Todo ello, hay que subrayarlo, no es nada nuevo para la jurisdicción contencioso-administrativa, sino un elemento bien característico de la misma, y bien conocido también por cuantos se hallen familiarizados con el Derecho administrativo contemporáneo, por más que el casuismo a que conduce, desde luego bastante relativizado por las razones anteriormente expuestas, haya sido criticado por algunos y ciertamente, pensamos que la propia mayoría del Tribunal

lugar el carácter de ordinario va vinculado a la función, por mucho que circunstancias concurrentes puedan incidir, tales como cual sea la causa de la situación «en funciones» u otras, pero siempre esa incidencia lo será sobre la función en sí y no sobre el contenido de la decisión que se tome, puesto que la denegación implica la valoración de la procedencia de la concesión y es esa valoración la que conlleva la carga que la diferencia de la gestión ordinaria. Por otra parte es también cuestionable la idea de reversibilidad de la denegación ya que al menos en cuanto al mayor tiempo que debe permanecer en prisión el peticionario del indulto la situación es irreversible, siendo evidente que en el caso que nos ocupa, en el que se había acordado la suspensión de la pena de tres años de privación de libertad, la denegación del indulto comporta el ingreso automático del actor en prisión, y atendida la duración de la pena impuesta y la propia tramitación del expediente de indulto, aún cuando aquel pudiera reproducir su solicitud de indulto ante el nuevo Gobierno salido de las urnas, el resultado final podría hacer ilusoria la petición formulada, al haber extinguido ya la pena privativa de libertad”.

Supremo ha contribuido a un cierto alarmismo disidente en su seno sobre este punto al recalcar tanto la necesidad de una ponderación casuística (“caso por caso y asunto por asunto”) y no apuntar a la relatividad de la misma en función de lo que venimos aquí sosteniendo.

También el voto particular firmado por el Magistrado Sr. Sieira y otros parece rechazar una manifestación más concreta del casuismo sobre el indulto en concreto: “No es admisible otorgar o negar competencias a un Gobierno *en funciones* para valorar la conveniencia o inconveniencia de un indulto y pronunciarse finalmente sobre él, según que el solicitante del derecho de gracia fuera alguien con cualquier género de proyección pública o social o careciera de ella, o en función de la naturaleza o relevancia social del propio delito cometido”. Este planteamiento no nos parece suscribible, pues no cabe duda que tales factores, junto a otros muchos eventualmente, son relevantes, no por sí mismos, sino en cuanto que pueden conllevar una transformación o mutación de un indulto “de despacho ordinario” en otro que, por marcar una orientación política novedosa con implicaciones de ese tipo de largo alcance, no pueda considerarse ya como un “despacho ordinario”.

Sea como sea, esta importante construcción jurisprudencial general-abstracta del Tribunal Supremo sobre el “despacho ordinario” de los asuntos públicos, modestamente disimulada en unas simples consideraciones de conjunto, desemboca, fiel a sus propias premisas, en un análisis abstracto-concreto fuertemente ligado al particular caso *sub judice*:

- a) En primer lugar, comienza el Tribunal, en un enfoque abstracto y atendiendo a la regulación constitucional y legal, por “indagar sobre el significado del indulto desde la perspectiva de la dirección política de la que venimos hablando”. Así, de un lado, aprecia que la facultad de indulto, aunque formalmente es una atribución del Rey, materialmente es una función gubernamental; de otro, subraya que se prohíben expresamente los indultos generales, lo que implica que “su significación, en principio, tiene un carácter particular y concreto”. Además, recalca que de la regulación de la Ley de Indulto se desprende, al tratarse siempre de indultos particulares (como exige la Constitución), “la importancia que han de tener (...) los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste”, motivación que deberá contemplar de manera especial “las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre, entre los que

puede estar el mismo Tribunal sentenciador, tal como lo prevén el artículo 20 de esta Ley y el artículo 4.3 del Código Penal”. Las consideraciones abstractas anteriores permiten al Tribunal Supremo alcanzar una conclusión general o abstracta respecto de la competencia del Gobierno *en funciones* para resolver sobre un indulto planteado: “El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos”.

- b) Ahora bien, ni esas consideraciones abstractas ni la conclusión general alcanzada se bastan por sí solas, aun cuando predeterminen el resultado y nos den una orientación global general, sino que el concreto indulto sujeto a examen ha de superar, además, un análisis particular, al menos para comprobar que no se trata de un caso excepcional respecto de la regla general antes sentada. En esta línea, el Tribunal Supremo destaca tres aspectos fundamentales: Por un lado, se trató de una resolución de indulto “que dejó inalterados los efectos de la Sentencia firme de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al recurrente”. Por otro, se trató de una denegación de indulto “que no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno, que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración”, algo no descartable. También se valora, en fin, que “no se pronunció dicho Acuerdo sobre la solicitud del recurrente solamente, sino que también lo hizo, siempre en el mismo sentido denegatorio, sobre las de otros ciento cuarenta y ocho penados, siendo de advertir que la del recurrente, presentada el 25 de julio de 2003, llevaba el número de expediente 86 de ese año. Eso significa, no sólo que resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, sino que difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política como la que hemos dicho que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción de despacho ordinario de los asuntos públicos. Desde luego, nada se aprecia en ese sentido del expediente y de lo que se ha alegado en el presente proceso”. Y es que cualquiera que conozca la práctica forense sabe que la petición de un indulto, y la tramitación del mismo con emisión de informe del tribunal sentenciador, es tarea absolutamente habitual en cualquier juzgado de lo penal, por modesto que sea su número de asuntos, y también es sabido que el indulto se utiliza

con frecuencia como medio de dilatar el cumplimiento de la pena, práctica que es especialmente frecuente en casos de delitos contra la seguridad del tráfico –pese a que en esa materia prácticamente no se concede ningún indulto por ningún Gobierno–, como medio de retrasar simplemente el cumplimiento de la pena de privación del derecho de conducir vehículos de motor y ciclomotores. Quizá no esté de más al hilo de esta idea reseñar que el nuevo Gobierno que tomó posesión con posterioridad a este período de permanencia *en funciones* se enfrentó a un amplio número de indultos pendientes, concretamente 5.089 (al terminar el año los expedientes que todavía se encontraban en fase de tramitación serían 11.450.), lo que da una buena medida del fenómeno al que nos enfrentamos y parece incidir en el dato de que aquél Gobierno cesante se limitó a dar curso ordinario a los indultos que normalmente correspondería aprobar en un Consejo de Ministros cualquiera siguiendo el orden correspondiente.

4. La necesaria delimitación casuística del contenido negativo de la *prorogatio* gubernamental no encuentra aquí a nuestro parecer competencias vedadas *per se*, sino supuestos (tanto el indulto como la extradición) que se enmarcan normalmente en la actividad de estos períodos.

El Tribunal Supremo acaba de iniciar con estas dos sentencias una tarea indudablemente compleja, pero de enorme interés, la determinación, cabría hablar quizá de disección, del verdadero campo de acción de un Gobierno cesante.

La espita de este control judicial ahora abierta, que se irá desmenuzando casuísticamente, será difícil que se cierre, pues no parece aventurado considerar que una vez abierto este camino serán muchas las reclamaciones que puedan producirse con ocasión de las diferentes decisiones que pueda tomar un gobierno en este estado, especialmente en el caso de una *prorogatio* que no fuere meramente formal.

Aunque técnicamente incluso en este supuesto podría procederse a la anulación de determinados acuerdos, no en vano aunque coincidimos con Revenga en que hay supuestos en que cabe defender de que se “ensancha” el margen de maniobra de un Gobierno cesante por la perpetuación del nexo fiduciario⁽⁶²⁾ (de manera similar, López Guerra destaca que, “la situación del Gobierno cesante será muy distinta en supuestos en que se mantenga la misma mayoría en las Cámaras y se prevea una continuidad de orientación y dirección”⁽⁶³⁾), lo cierto es que, como

(62) *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 68.

(63) “Gobierno en funciones”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, (Volumen II), Cívitas, Madrid, 1995, pág. 3266.

apuntamos *supra*, ello podría valer únicamente, y en su caso, para el oportuno control político, pues a estos efectos, y a partir de las sentencias comentadas, es claro que el único momento a tener en cuenta será la toma de posesión del nuevo gobierno como momento *ad quem* de la permanencia *en funciones*. Y, más allá de las previsiones respecto de la celebración de elecciones generales y la suspensión en este supuesto de las delegaciones legislativas concedidas, la Ley nada distingue.

Hubiera sido interesante también que el tema del indulto frente a cuya denegación se presentó el recurso finalmente desestimado, hubiera terminado llegando en amparo al Tribunal Constitucional (la alegación del recurrente artículo 24 CE en conexión con el 17 hubiera podido ser, quizá, una fórmula), en orden a cotejar la final resolución del caso y especialmente la posibilidad de que se hubiera llegado a plantear a partir de aquí una autocuestión de inconstitucionalidad respecto de la posibilidad de establecer o no limitaciones por parte del legislador –las del artículo 21 de la Ley del Gobierno– frente a la actuación de un Gobierno en este estado, cuestión sobre la que la doctrina no se pondría de acuerdo. Tanto durante la tramitación de dicha Ley como tras su aprobación fue esta una cuestión sobre la que existieron diferentes planteamientos que abundarían en una y otra línea.

Las sentencias aquí abordadas nos han permitido acercarnos a un tema que renace de manera intermitente al hilo de aquellos traspasos de poderes en que se produce o presume un cambio de tendencia política, pero que a partir de ahora, y con el precedente abierto, se habrá de extender sin duda a supuestos de *prorogatio* formal como hemos venido apuntando. La delimitación específica, casuística, del concepto del despacho ordinario de los asuntos públicos (discerniendo la esfera de la “duda posible”⁽⁶⁴⁾) y de los otros dos escogidos por el legislador en aras de limitar la actuación de un Gobierno en este estado vendrá sin duda por las futuras resoluciones judiciales que sin duda habrán de dictarse al abordar presuntas “evasiones”⁽⁶⁵⁾ de un Gobierno cesante.

Para cerrar estas breves notas no nos resistimos a recordar, como apuntó Aguiar de Luque, aunque sea una mera anécdota, que la famosa sentencia *Marbury v Madison* que tantos quebraderos de cabeza dio a los constitucionalistas, salvadas las distancias, vino a resolver precisamente el problema planteado por un Ejecutivo *en funciones*. Dicha sentencia, como es sabido, analizó el problema de

(64) JELLINEK, W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen*, Scientia Verlag Aalen, 1964, págs. 37 y ss.

(65) Se sirve de esta expresión, en la doctrina italiana, L. ELIA, apuntando la dificultad de admitir la impugnación de la validez de los actos de un Gobierno dimisionario ante la autoridad judicial ordinaria o ante los órganos de la justicia administrativa, “Amministrazione ordinaria degli organi costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, (II), Giuffrè, Milano, 1958.

la firma por parte del Secretario de Estado del Presidente federalista J. Adams, J. Marshall, de numerosos nombramientos de jueces de ideas federalistas la noche anterior a que el Presidente T. Jefferson, tomara posesión de la Presidencia (durante la última semana del mandato presidencial, y en el seno de una complicada sucesión tras la victoria electoral republicana, se llegaron a nombrar hasta un total de cuarenta y ocho jueces). Entre estos nombramientos se incluía el de W. Marbury como juez de paz del Distrito Federal de Columbia, que fue el que dio origen a esta sentencia clave del constitucionalismo.

LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO EN EUROPA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*)
(España)

I

La justicia administrativa fue una más de las grandes innovaciones institucionales introducidas por la Revolución Francesa, que, como tantas otras, fue puesta a punto por su principal ejecutor testamentario, Napoleón Bonaparte.

Fue una creación jurídica enteramente nueva, que carecía de raíces en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces se había arraigado todo el Derecho europeo (Derecho Romano, Derecho Germánico, *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes). Surge súbitamente en la Revolución Francesa en el mismo año 1789, se afirma y madura a lo largo del Siglo XIX y conoce un espectacular despliegue a lo largo del XX, y se aparece ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo, como una pieza central del orden democrático sustantivo, lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho.

La justicia administrativa aparece como algo novedoso que pone en pie la Revolución Francesa para intentar hacer real, con una sorprendente lucidez y resolución, uno de los principios básicos formulados por Locke y por Rousseau, “*poner a la Ley por encima del hombre*”. Nadie puede ejercer el poder en una sociedad de hombres libres si no es en virtud de la Ley, dijo Rousseau: “Un pueblo libre obedece pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres”.

(*) Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid.

Y concluye Rousseau este pasaje capital de su *Lettres écrites de la Montagne*:

“Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; yo no se nada que sea más cierto”.

Esta idea esencial pasará a la capital Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la que se inaugura brillantemente la obra jurídica de la Revolución Francesa. El art. 5^a de esta Declaración proclama:

“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena”.

Y en el art. 7^o, a propósito del poder punitivo, establece el principio básico de que

“nadie puede ser juzgado ni condenado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe”.

para concluir:

“sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante”.

Todos estos principios producen el impresionante fenómeno histórico, completamente decisivo para entrar en la modernidad, de la legalización general del poder y de la obediencia, lo que será llamado expresivamente “el reino de la Ley” (expresión que se inscribirá en las primeras monedas revolucionarias).

Toda la tradición que había precedido ese momento revolucionario consideraba al aparato administrativo como un simple instrumento personal del monarca, el cual monopolizaba además el poder legislativo, aunque él mismo se proclamaba *legibus solutus*, absuelto, libre de la Ley, que él podía utilizar para quebrantar derechos anteriores y otorgar exenciones, para crear nuevo Derecho, sin límites jurídicos efectivos.

La Revolución opera así uno de sus capitales cambios en el sistema jurídico: la Ley, deja de ser un simple *instrumentum regni*, con el que el Príncipe podía quebrantar cualquier derecho de sus súbditos, según se había entendido hasta

entonces, y pasa a ser ahora precisamente el instrumento que define y delimita la extensión y el contenido del propio poder real o del ejecutivo, en la nueva terminología impuesta por el principio de la división de poderes. La Administración va a pasar ahora a ser, en virtud también de ese capital principio de división de los poderes, que proclamó el art. 16 de la misma Declaración de Derechos del Hombre, una organización llamada a la ejecución de la Ley, la cual previamente ha determinado su organización, su competencia, los objetivos de su actuación, los límites concretos de su poder.

Este sometimiento de la Administración a la Ley para ser efectivo necesitará de una garantía eficaz. El propio Rousseau, después de haber proclamado, como ya hemos visto, el principio básico de sometimiento de toda la actuación del Estado a la legalidad, añade:

“no habrá libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según sus fantasías, pues podría ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas”.

Por ello, la Declaración de Derechos de 1789, que inaugura brillantemente la obra jurídica de la Revolución Francesa, en su art. 15, se ve obligada a establecer rotundamente el capital principio de la responsabilidad política y personal de todos cuantos ejerciesen un poder político, en estos términos:

“La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración”.

El art. 16 de la Declaración subraya el carácter esencial del principio (subrayando su significación con el dogmático y capital principio de división de los poderes):

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

Ese aseguramiento de los derechos exige, pues, una “dación de cuenta” de los agentes, lo que hace que éstos no sean ya más propietarios de sus oficios, como ocurría en el Antiguo Régimen. Pasarán a ser ahora, como explicó Locke, *trustees*, ligados por un *trust* o relación de confianza con el pueblo, ante el cual deberán responder (la palabra “responsabilidad” surge con ese sentido de dación de cuenta, justo en el momento mismo de la Revolución en todas la lenguas).

En la Constitución de 1791, la primera de los revolucionarios franceses, el art. 4º, Sección 2ª, Capítulo IV, Título IV (esta Constitución no enumera sucesivamente su articulado, sino independientemente en cada una de sus partes), dice:

“Pertenece al poder legislativo [esto es, a la Ley] determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones”.

Y en el art. 3º, Sección Primera, capítulo II, título III:

“No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia”.

Se hace aquí visible el momento fundacional del moderno Derecho Público, fundamentado en la resuelta extensión de la Ley, no ya sólo a la organización de la Administración (que eso ya lo había hecho el Antiguo Régimen), sino, y sobre todo, al contenido entero de su competencia y de todas las formas y contenidos del ejercicio del poder que ejerce.

Aunque la propia Constitución ha previsto una sanción penal a la inobservancia por los administradores de esa vinculación a la Ley (art. 8 de la misma Sección 3ª del Capítulo 4º, dedicada a la Administración interior), lo más característico va a ser que el art. 5º de la misma Sección y capítulo establece en favor del Rey como poder formal el “derecho de anular los actos de las Administraciones de Departamento contrarias a las Leyes y a las órdenes que el propio Rey les haya dirigido”.

Sin embargo, esa anulación no podía confiarse al poder judicial porque estaba ya establecido el capital principio de separación entre la Administración y la Justicia con anterioridad a la Constitución, por la básica Ley de 16-24 de agosto de 1790⁽¹⁾, que marcará todo el sistema político francés hasta hoy mismo, 1 y que dispuso:

(1) En realidad esta Ley venía ya exigida por la Administración del Antiguo Régimen. (Vivien, en sus *Etudes administratives*, 3ª ed. de 1845, pág. 20, dice: “*El primer cuidado de la Asamblea Constituyente en el momento en que ella misma fundada del régimen nuevo*” fue declarar que “*las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las funciones administrativas*” y decidió que “*los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, molestar – “troublers” - de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones*”, Ley que no sólo ha sido mantenida en vigor hasta hoy mismo, sino que el *Conseil Constitutionnel* de la V República la ha dotado de rango constitucional en fechas bien recientes.

“Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir [*troubler*, molestar] sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

Este criterio está ya recogido en el propio texto constitucional de 1791 (en particular: art. 3 del capítulo V), lo que determinará que la Constitución defina como una facultad explícita atribuida al mismo Poder ejecutivo —no, pues, a los jueces— la de anular los actos de la Administración “contrarios a la Ley o a las órdenes que la autoridad de ese Poder, el Rey [con el Gobierno], les hubiera dirigido”.

El art. 5 de la misma Sección II, “de la Administración interior”, del Capítulo IV (“del ejercicio del Poder ejecutivo”), estableció por ello:

“El Rey tiene el derecho de anular los actos de los administradores del Departamento contrarias a las Leyes”,

poder que se atribuye a la Administración central respecto de las administraciones de distrito (art. 5) y a éstas últimas sobre los actos de los “subadministradores de distrito” o municipales. Aquí está el primer esbozo de una jurisdicción contencioso administrativa, jurisdicción, evidentemente, “retenida” en las manos de la propia Administración.

Esta jurisdicción, sin embargo, no se formalizará hasta la primera Constitución napoleónica, la del año VIII (1799), que crea en el art. 52 un *Conseil d'Etat*, Consejo de Estado al que se encomienda redactar los proyectos de Ley y los reglamentos de Administración pública y “resolver las dificultades que surjan en materia administrativa”. Es esta última función la que va a hacer del Consejo de Estado desde ese mismo momento, hasta hoy mismo, la pieza esencial que configura para varios siglos el sistema francés de justicia administrativa, que marca el origen del sistema contencioso-administrativo, como comenzará a precisar el Reglamento de ese órgano de 26 de noviembre de 1799, cuyo art. 72 establece el básico principio de responsabilidad de los ministros por los actos que adopten “*si son contrarios a la Constitución, a las Leyes y a los Reglamentos*”, según la básica concepción revolucionaria del principio del sometimiento de los actos a la estricta legalidad.

En desarrollo de esos principios, la Ley napoleónica de 28 pluvioso del año VIII regula los órganos administrativos a los que se va a encomendar el conocimiento de los recursos contra los posibles actos de la Administración, que la ya

mencionada Ley de separación entre la Administración y la Justicia había excluido que pudiesen ser órganos judiciales formalmente tales. Estos dos órganos administrativos serán el *Conseil d'Etat* para los actos de las autoridades centrales de la Administración y los Consejos de Prefectura para los actos emanados de las autoridades del departamento o provincia, autoridades éstas últimas que tenían ya atribuida la facultad de controlar también los actos de los municipios y *arrondissements*; por otra parte, las decisiones de los Consejos de Prefectura serían, a su vez, apelables ante el Consejo de Estado, que aseguraba así un control plenario sobre todos los actos de la Administración, asegurando la unidad de la interpretación y aplicación de las Leyes. Es la primera piedra de la formidable construcción histórica que han sido la jurisdicción contencioso administrativa y el Derecho Administrativo mismo, surgido como un subproducto de la misma.

En 1806 se organiza ya en el seno del Consejo de Estado una *Comisión du contentieux* y se dictan las primera normas de procedimiento para estos asuntos, que quedan ya orgánicamente separadas de las funciones consultivas que eran propias del Consejo en la materia administrativa general, como ha continuado hasta hoy.

Se especializan así en el seno de los órganos consultivos los que asumirán la materia contencioso administrativa. Es el sistema llamado de la justicia retenida, puesto que la decisión final correspondía al Emperador oyendo al Consejo de Estado. Desaparecidos los dos Imperios, se atribuirá en 1872 el poder de decisión al Consejo de Estado mismo, que actuará, a partir de ahora, como jurisdicción delegada asumiendo por sí solo la responsabilidad entera de la decisión. La notable calidad de la jurisprudencia de este órgano técnico da lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará justamente Derecho Administrativo, articulada sobre el principio básico de la sujeción de la Administración a la Ley, Derecho que se desarrolla teóricamente ya desde la tercera década del siglo XIX. Este ordenamiento singularizado alcanza su culminación al jurisdiccionalizarse enteramente el Consejo de Estado en 1872 (sin perjuicio de mantener separada la función consultiva a la que debe su nombre). Lo que, como ya indicamos, dio lugar al sistema de jurisdicción delegada o independiente. El comentario y sistematización de esta jurisprudencia, cada vez más motivada y sutil, da contenido y rigor institucional a esa nueva rama del Derecho, que conocerá un perfeccionamiento y depuración sucesivas. En el origen este sistema estructura y da sentido a los criterios que la jurisprudencia del Consejo de Estado va depurando, cada vez con una substancia institucional más firme.

La justicia administrativa acierta así a poner en pie un sistema jurídico que carecía de precedentes en la larga evolución de los sistemas políticos y jurídicos europeos y que terminará caracterizándose como una pieza esencial del actual Estado de Derecho.

De este sistema de justicia administrativa destacará resueltamente el llamado recurso de anulación, creación nueva enteramente jurisprudencial. El Consejo de Estado comienza a admitir recursos en los que se reprocha a la Administración una actuación groseramente ilegal en sus fundamentos, aunque el recurrente no exhiba un verdadero derecho en la materia. La calidad administrativa del Consejo de Estado le hace sensible a lo que podría considerarse como una mera denuncia de una actuación completamente irregular, de “orden público”, como se dirá en España en el momento de su temprana recepción con el mismo sistema de atribuir el papel central a la misma pieza esencial del Consejo de Estado, creado a esos fines. Terminará por exigirse al recurrente una *qualité pour agir* o legitimación, que es un interés en el recurrente, interés que se concibe ahora como mera “exigencia de seriedad”, y que no tendrá en el fallo del proceso ninguna transcendencia (incluso si el recurrente hubiese desistido de- siste tras haber puesto en marcha el proceso), dando lugar así a un recurso que será calificado de “objetivo”, en el que el recurrente, dirá aún Hauriou ya entrado el siglo XX, actúa al modo de un Ministerio Fiscal. En Francia la consagración de un sistema de jurisdicción contencioso administrativo delegada, esto es, decidiendo ejecutoramente por propia autoridad, y tras un corto período de tiempo en 1849, tiene lugar con la Ley de 5 de mayo de 1872, fecha a partir de la cual el desarrollo del sistema será esencialmente jurisprudencial hasta prácticamente finales del siglo XX, como veremos.

La depuración constante de esta jurisprudencia, matizada y perfeccionada por un Consejo de Estado objeto de un culto y una admiración sin fisuras, hizo del sistema contencioso administrativo francés, y dentro de él del recurso de anulación, el paradigma mismo de la excelencia. En 1929 la gran autoridad de Gaston Jèze decía: “*el excés de pouvoir es la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, la más práctica que existe en el mundo para defender libertades*”, juicio repetido y desarrollado por las sucesivas generaciones de especialistas y de expertos, sin excepción.

II

Pero he aquí que, de una manera súbita e inesperada, el legislador francés irrumpe resueltamente a finales del siglo XX y comienzos del XXI en el sistema contencioso administrativo, rompiendo la tradición de dejar su perfeccionamiento, como venía ocurriendo desde hacía dos siglos, a la *sage lenteur*, la sabia lentitud, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, para pulir cuidadosamente, con una complacencia casi estética, los rasgos de una institución que se tenía por la perfección misma, respetada, admirada y amada por jueces, doctrina, justiciables y políticos.

Abruptamente, he aquí que esa creación jurisprudencial tan bien construida y admirada va a ser ahora abiertamente desautorizada por un legislador que irrumpe inesperadamente para privar, por de pronto, al Consejo de Estado del monopolio con que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de la pieza clave del sistema, el recurso de anulación, que era su carácter puramente declarativo, en el que se quintaesenciaban y sublimaban limitaciones procedentes de los mismos dogmas revolucionarios primigenios. Las Leyes de 1980 y de 8 de febrero de 1995, más tarde sistematizadas y completadas por otras Leyes de 4 de mayo y 30 de junio de 2000, y ordenadas en un espectacular y novedoso *Código de la Justicia Administrativa*, han supuesto, por de pronto, la privación al Consejo de Estado de su protagonismo virtualmente exclusivo sobre la justicia administrativa, procediéndose a una insólita codificación total, absolutamente novedosa, de toda la materia contencioso administrativa.

Pero no se ha tratado de una mera sistematización en una Ley de las creaciones jurisprudenciales de la materia, tan cuidadosamente depurada por el Consejo de Estado, sino de una modificación absolutamente esencial del sistema en dos puntos capitales del mismo, hasta el punto de hacer de él, a partir de ahora, un sistema enteramente nuevo. Esos dos extremos objeto de una transformación sustancial han sido la tutela cautelar y, sobre todo, el valor de las Sentencias estimatorias de los recursos contencioso administrativos, atribuyendo íntegra ahora a la propia jurisdicción contencioso administrativa un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida del que disponen todas las jurisdicciones ordinarias y de la que hasta ahora carecía radicalmente, por virtud del principio básico de la “separación” entre la Administración y la justicia, la de ejecución forzosa de sus propias Sentencias, tanto sobre la Administración misma como sobre los administrados afectados por ellas. Se ha puesto así fin espectacularmente a una serie de principios y criterios que habían venido considerándose durante los casi dos siglos de su existencia como esenciales a la jurisdicción contencioso administrativa y al mismo Derecho Administrativo, para establecer ahora una paridad virtualmente absoluta entre esta jurisdicción y las demás jurisdicciones ordinaria. Es, sin duda, la mayor transformación que la jurisdicción contencioso-administrativa ha experimentado en Francia hasta ahora desde sus mismos orígenes. Toda ella ha pasado a ser ahora una jurisdicción plenaria y efectiva, con el abandono resuelto de su limitación al solo plano declarativo y el explícito reconocimiento de su posibilidad de ejecutar forzosamente sus sentencias frente a una Administración renuente.

III

Toda esa cuidadosa construcción, obra predilecta de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con su *sage lenteur*, su sabia lentitud, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, con una complacencia casi estética, ad-

mirada, elogiada y amada por políticos, jueces, justiciables, doctrina universitaria y forense, todo ese impresionante edificio, cuando apenas si existía una crítica de alguna entidad contra el mismo, acaba de ser desautorizada, en efecto, por un legislador que ha irrumpido inesperadamente en la materia, poniendo fin así al protagonismo prácticamente exclusivo del Consejo de Estado sobre esa nueva especie de justicia que él había imaginado, configurado y perfeccionado paciente y sabiamente durante casi dos siglos completos.

Inesperadamente, súbitamente, ha irrumpido el Legislador, en efecto, en los años finales del siglo XX y comienzos del XXI para reconfigurar enteramente el sistema contencioso administrativo francés.

A partir de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995 se reconfigura resueltamente el sistema, un sistema hasta ahora entregado en exclusiva al Consejo de Estado, poniendo así fin de una manera espectacular el monopolio que éste ha mantenido durante casi dos siglos de la responsabilidad de su concepción y de su desarrollo. Se ha aprobado un insólito *Code de Justice Administrative*, que es una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento del sistema, por cierto con una precisión y un detalle como no existe hoy probablemente en ningún otro Estado. Lo más significativo, sin embargo, no es el hecho mismo de esa codificación, con un pormenor y una extensión desconocida en cualquier otro derecho, sino el hecho simple de que de ese nuevo Código se ha hecho no con una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado, sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia a lo largo de sus dos siglos de existencia. Simplemente dicho, esta innovación legislativa cambia radicalmente los principios mismos del sistema contencioso administrativo, convirtiendo ahora a los Tribunales contencioso administrativos en unos tribunales judiciales plenarios, visibles sobre todo en dos terrenos completamente nuevos, la competencia plena para ejecutar sus propias Sentencias, hasta ahora puramente declarativas, haciéndoles, pues, tribunales de plena jurisdicción, y la disponibilidad de un sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares, que han venido a poner fin al carácter central del principio de ejecutoriedad de las decisiones de la Administración, no afectadas hasta ahora, salvo en excepciones muy señaladas y resueltamente limitadas.

Destaca, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción contencioso administrativa en una jurisdicción “plena”, según la categoría de la bien asentada doctrina procesal francesa. El viejo principio de “separación” entre la Administración y los Tribunales, no obstante su énfasis y su papel central en el origen del contencioso administrativo francés, ha desaparecido, simplemente. Hoy los poderes del juez contencioso administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso han pasado a ser exactamente los mismos que los que tiene el

juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos de a pie: *el juez contencioso administrativo ha dejado de ser pues, un juez limitado y menor*, como, no obstante todo el énfasis puesto en la sutileza y rigor de la doctrina del Consejo de Estado, había venido ocurriendo hasta ahora.

Hay que notar que esta radical transformación del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo ha tenido lugar también en otros sistemas europeos, y por las mismas fechas, por cierto, como si obedeciese a un verdadero acuerdo internacional (que no ha existido, desde luego) o al menos a una conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de un golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa, que debería seguir “separada” también de la justicia administrativa por su propia y enaltecida esencia de poder.

El juez contencioso administrativo ha dejado así de ser un juez limitado y menor, como había ocurrido hasta ahora, no obstante el énfasis puesto en la sutileza y rigor de su jurisprudencia, para adquirir desde ahora la integridad de los poderes de cualquier otro juez sobre sus justiciables. Es una modificación absolutamente sustancial –que, por cierto, ha venido a coincidir, como si de un misterioso “espíritu del tiempo” se tratase, con transformaciones análogas en las jurisdicciones contencioso administrativas de otros Estados europeos, España entre ellos–.

Finalmente, una tercera Ley, la de 30 de junio de 2000, incluyó en el Código de la Justicia Administrativa una regulación completa y circunstanciada de las medidas cautelares que la jurisdicción es ahora capaz de imponer a la Administración demandada, rompiendo otro de los dogmas convencionales del anterior sistema, el de la inexorable ejecutividad de sus actos, como propios de un verdadero poder público frente al cual el ciudadano habría de tener siempre una posición jurídica secundaria y menor. Hoy la posición del ciudadano discrepante ha dejado de ser una simple tolerancia para pasar a ser la de titular de un verdadero derecho subjetivo a una justicia efectiva, en los términos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que exige, también en la esfera contencioso administrativa una tutela efectiva en “igualdad de armas” procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, “con todas las garantías”, como dice expresamente dicho precepto, aplicable a la materia contencioso administrativa. De este modo el nuevo Código de Justicia Administrativa ha pasado a ser una regulación pormenorizada de la tutela cautelar ejercitable contra la Administración, de manera realmente espectacular, hasta el punto de que un autor cualificado como René Chapus ha podido recientemente decir nada menos que esta materia “domina a partir de ahora el Estado de Derecho”.

IV

No tendría interés intentar exponer ahora las soluciones (por cierto, virtualmente análogas) a las que en el mismo momento del cambio del siglo XXXXI han llegado otros países europeos (Italia, Portugal, Alemania, España), sin que ningún convenio o decisión comunitarias o de otro carácter les obligase a ello. Como en pocas ocasiones, el “espíritu del tiempo” parece haber obrado por sí solo para que todos viniesen a coincidir en soluciones similares de fortalecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente en cuanto a la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus sentencias, reconociendo a sus Tribunales las mismas facultades de ejecución forzosa, así como, un poder nuevo de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de sus actos mediante un matizadísimo sistema de medidas cautelares. En Inglaterra, ello está siendo el resultado de su capital *Human Rights Act* de 1998, con vigencia plena a partir del principio del año 2000, que ha convertido en norma interna la totalidad del Convenio Europeo de Derecho Humanos, con su capital art. 6º, al que ya nos hemos referido⁽²⁾.

El ciudadano ha ganado con ello la superación definitiva de su viejo *status* de “administrado” pasivo frente a una Administración superior, de cualidad más alta, armada de sus tradicionales privilegios de poder público. El sistema de la justicia administrativa ha elevado su rango de ciudadano, al ser ya capaz de contender “con igualdad de armas” con la vieja Administración heredera directa del Rey absoluto.

Los derechos que el ciudadano ostenta en la compleja sociedad actual, derechos hoy enriquecidos por el sustancial de no poder ser afectada en los intereses materiales y morales de su existencia, sobre los que se fundamenta su esencial posición jurídica de hombre libre e independiente, si no en virtud de una Ley, han quedado sustancialmente elevados. Hoy el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio de libertad, sólo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal primaria, en su integridad.

(2) Baste notar, aunque sea una simple alusión, que esa revolucionaria innovación está suponiendo la rectificación en bloque de su tradicional sistema de *Administrative Justice*, que partiendo del principio básico del *common law* que exige un derecho subjetivo para cada tipo de acción había dado lugar a ¡más de 2000! *Administrative Tribunals*, verdadera reducción al buscador del sistema.

LAS FUNCIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL PODER EN LATINOAMÉRICA

JORGE SILVERO SALGUEIRO (*)
(Paraguay)

SUMARIO: **I.** El pensamiento de Diego Valadés: el estudio comparado de las culturas jurídicas. **II.** Las reformas estructurales en Chile, México, Paraguay y Perú. 1. Chile. 2. México. 3. Paraguay. 4. Perú **III.** Las transformaciones funcionales de la Jurisdicción Constitucional. **IV.** Elementos para una teoría funcional de la jurisdicción constitucional. El control jurisdiccional funcional.

I. E L PENSAMIENTO DE DIEGO VALADÉS: EL ESTUDIO COMPARADO DE LAS CULTURAS JURÍDICAS

Diego Valadés, en su calidad de Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, propició en diversas ramas del quehacer jurídico una serie de congresos internacionales denominados “*Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*”, los cuales se constituyeron en unos foros académicos de gran trascendencia para el desarrollo comparado de las ciencias jurídicas. En la ceremonia inaugural del primer congreso Valadés expuso su visión de cómo abordar el derecho: “*En 1940, cuando el mundo padecía la incertidumbre de la guerra, fue fundado, como Instituto de Derecho Comparado, el que es hoy de Investigaciones Jurídicas. Durante sesenta y cuatro años el Instituto ha sido fiel a su vocación original: estudiar el derecho para resolver los problemas de la convivencia, de la justicia y de la libertad. Para hacer honor a nuestra*

(*) Investigador del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM (México).

tradición organizamos el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados"⁽¹⁾. Con estas palabras, el connotado jurista mexicano adscribía a una línea de pensamiento kantiano que aborda la teoría en función a la práctica⁽²⁾. Para él y para la tradición institucional de la cual forma parte, el estudio del derecho está en estrecha relación con la realización de las ideas-fuerzas en pro de una comunidad justa y libre.

Ya con anterioridad, Valadés en su magna obra "El control del poder" se ocupó de un tema fundamental de toda convivencia humana: la contención del poder. En su análisis parte de una idea paradójica que se ha venido aplicando en los Estados constitucionales, la de "pluralizar lo que en esencia es unitario: el poder". Resaltó de manera creativa que la división de poderes "no se basa en la disminución de los efectos del poder, sino en su potenciación". Trajo a colación que: "La teoría newtoniana de los equilibrios inspiró el inteligente esquema de la separación de los poderes. Uno de los efectos de esa relación es que los balances y contrapesos opera como fuerzas crecientes, no menguantes. En esa medida, y pensando en un sistema de equilibrios lo más cercano posible a lo ideal, tantas más atribuciones como se confieran a un órgano que ejerce funciones de poder, tantas más las que de manera agregada se irán incorporando progresivamente a otros órganos"⁽³⁾.

Si desde las precisas apreciaciones de Valadés se observara el desarrollo del Estado constitucional en Latinoamérica, entonces se podrá constatar que la organización estatal favoreció en las últimas décadas del siglo XX la creación de Tribunales constitucionales o de instancias judiciales como Salas Constitucionales que asumieron la tarea de ejercer jurisdiccionalmente el control del poder. Esto significó –según Valadés– mejores garantías para la vigencia de los derechos fundamentales y, a la vez, una evolución de paradigmas clásicos. Así lo expresó en un siguiente congreso sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados: "El paradigma adoptado durante la Ilustración asignaba a los jueces un papel menor en la constelación del poder; aquellas tesis han sido superadas por las tareas expansivas de la judicatura en nuestro tiempo. El siglo XX enmarcó la aparición de los tribunales constitucionales y de los tribunales electorales; ambas figuras son ajenas al pacato papel que se les había asignado a los jueces en la

(1) Discurso pronunciado por Diego Valadés en la ceremonia inaugural del Congreso, 9-14 de febrero de 2004, transcripto en: Márquez Romero, Raúl (Coord.), *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2004, p. 97.

(2) Kant, Immanuel, *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2002.

(3) Valadés, Diego, *El control del poder*, 2da. edición, México, 2000, p. 1.

etapa del constitucionalismo clásico. En términos generales, la evolución de los sistemas representativo y judicial ha favorecido un ejercicio razonable del poder y la garantía de los derechos fundamentales”⁽⁴⁾.

Entonces, en el paradigma contemporáneo la incorporación del control jurisdiccional del poder no debería necesariamente menguar las fuerzas de los otros órganos del Estado, sino antes bien potenciar un ejercicio razonable del poder por parte de los mismos. El equilibrio se daría –siguiendo la fórmula de Valadés– en incorporar progresivamente más atribuciones a los órganos que ejercen el control, atribuciones que estén en relación con las que tienen conferidas los órganos que ejercen el poder. El objetivo sería: “*no la de provocar la parálisis de los órganos de poder, sino la de contribuir corresponsablemente a su mejor desempeño*”⁽⁵⁾.

Desde dicho enfoque cabe indagar si en aquellos países de Latinoamérica donde tuvieron lugar reformas constitucionales en las últimas décadas que fortalecieron la jurisdicción constitucional, ya con innovaciones institucionales, ya con aumento de competencias de los Tribunales y Cortes preestablecidos, se han desarrollado una corriente de pensamiento reflexivo, tanto desde el interior del Tribunal o Corte como desde el punto de vista del observador externo especializado, sobre el nuevo papel de la jurisdicción constitucional en el sistema constitucional, y si dichas reflexiones –en caso de comprobarse– presentan un enfoque funcional del derecho tendientes a favorecer “*un ejercicio razonable del poder*”. La pretensión es identificar tendencias que estén presentes en la evolución de los Estados constitucionales en Latinoamérica en lo que respecta a la jurisdicción constitucional.

Dicha problemática a investigar parte de reformas estructurales para llegar a transformaciones funcionales. El cambio de la norma constitucional y las subsecuentes modificaciones institucionales y alteraciones del orden de competencias de los organismos estatales, si bien están insertas en un proceso político determinado, representan por sobre todo cambios sustanciales a la estructura estática del Estado. Sin embargo, una concepción cabal del Estado requiere además una comprensión relacional entre sus instituciones, vale decir un enfoque dinámico. El ente estatal es un organismo político y, en consecuencia, vivo y en movimiento. Es necesario conocer las prestaciones que aquellas instituciones de rango constitucional aportan al orden constitucional a fin de hacer realidad la Constitución y sus mandatos. Lo que estas instituciones pueden aportar está en relación a

(4) “Palabras de Diego Valadés en la Inauguración”, en: D.Valadés / M.Carbonell (Coord.), *El Estado Constitucional Contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*. Tomo I, México, 2006, p. XVII.

(5) Valadés, Diego, *El control del poder*, 2da. edición, México, 2000, p. 150.

lo que ellas mismas entienden sobre cuál es su rol en el ordenamiento constitucional. No se trata de un entendimiento arbitrario, sino sujeto a los mandatos constitucionales. El enfoque funcional estaría en condiciones de mostrarnos cómo la estructura institucional y normativa de rango constitucional se transforma mediante un “proceso de diferenciación”⁽⁶⁾, el cual explica las características singulares del sistema de jurisdicción constitucional en la realidad de un país y no solo desde el mero marco normativo. Las reformas estructurales se caracterizan por sentar las bases, pero la dinámica funcional es la que permite observar el desarrollo institucional y las modalidades de la comprensión racional de la Constitución.

Indudablemente, el enfoque funcional de análisis trasciende el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, con lo cual establece puentes entre el mundo jurídico con otras ramas del saber favoreciendo el intercambio de ideas. Politólogos de fama mundial adscriptos a corrientes metodológicas determinadas han alternado sus usuales métodos de investigación con el funcional. Así, el Profesor de la Universidad de Heidelberg, Dieter Nohlen, en una reciente conferencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, expresó: *“De este programa [de pasos a seguir para la conferencia] se desprende que –aun siendo institucionalista– no me va a interesar hoy el diseño institucional de los tribunales constitucionales (su modelo, su composición, sus competencias, sus reglas procesales, que obviamente difieren según los casos y sin lugar a duda tienen efectos relevantes), sino su relación funcional en el sistema y en el proceso político...El enfoque funcionalista tiene en su centro el papel real de la jurisdicción constitucional en el sistema político. Su aplicación se ve aún más fundamentada por la reciente tendencia en el derecho público de tematizar no tanto al Estado, ni al Estado de Derecho, ni al Estado social, sino al Estado constitucional en sus dimensiones funcionales”*⁽⁷⁾.

II.L AS REFORMAS ESTRUCTURALES EN CHILE, MÉXICO, PARAGUAY Y PERÚ

1.Chile

En el año 2005 se produjo en Chile una reforma constitucional de gran envergadura que preparó al país para entrar al siglo XXI. El Presidente chileno de esa época Ricardo Lagos firmó el nuevo texto constitucional teniendo a su lado las versiones originales de las constituciones de 1833 y de 1925, y en dicha ocasión

(6) Al respecto, véase: Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, 2005, p. 359.

(7) Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, 2008, pp. 5-6.

expresó que mientras la primera Constitución le abrió paso a Chile al siglo XIX, la segunda al siglo XX, y que la actual tendría que conducir los destinos de Chile en el siglo XXI⁽⁸⁾.

A partir de ahí, y teniendo en cuenta que el Capítulo VIII sobre el “Tribunal Constitucional” que comprenden los artículos 92 y 93 se reformularon completamente, se propagó en Chile la idea de una “*refundación del Tribunal Constitucional o de un nuevo Tribunal Constitucional (Lautaro Ríos, Gastón Gómez) para designar la actual tercera etapa en la evolución que esta Judicatura experimente*”⁽⁹⁾. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional chileno “*fue creado en enero de 1971, disuelto por el régimen militar en 1973, restaurado en marzo de 1981 y refundado en agosto de 2005*”⁽¹⁰⁾. Esta tercera y última etapa es calificada por Cea Egaña como “*promisoria*”. Por su parte, la renovación del Tribunal Constitucional concluirían cuando se adecue a la reforma constitucional de 2005 la todavía vigente y desfasada Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 1981.

Siguiendo a Zúñiga Urbina⁽¹¹⁾, las reformas estructurales experimentadas por el Tribunal Constitucional en sus diversas etapas se caracterizan de la siguiente forma:

- La primera etapa corresponde a su creación en 1970. “*Es un Tribunal llamado a ejercer un control de constitucionalidad de normas eminentemente preventivo y abstracto, con dualidad de Judicatura Constitucional al conservar el recurso de inaplicabilidad residenciado en la Corte Suprema.*”
- La segunda etapa corresponde a la de su reposición en 1981. “*El constituyente autoritario conserva el perfil funcional del órgano (control de constitucionalidad de normas preventivo, abstracto y limitado) y la dualidad de Judicatura Constitucional al mantener el recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema*”. Con la misma estructura y competencias al Tribunal Constitucional le cupo actuar bajo dos redimes políticos diferentes.

(8) Silvero Salgueiro, Jorge, El simbolismo constitucional chileno, Diario La Prensa de Panamá, 14/oct/2005: <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/10/14/hoy/perspectiva/368199.html>

(9) Zúñiga Urbina, Francisco, Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Núm. 34, Chile, 2006, p. 9.

(10) Cea Egaña, José Luis, “El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo / Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II, México, 2008, p. 78.

(11) Zúñiga Urbina, Francisco, op. cit., nota 10, pp. 9-13.

Así, “este Tribunal operó en dos contextos: el del autoritarismo (1981-1990) y el de la democracia restaurada (1990-2005)”. En el primero, el Tribunal “cumplió un rol ambivalente”, en referencia a “la persecución de la oposición política de la época”, y en sentido contrario en “hacer posible que el plebiscito del 5 de octubre de 1988 (en que se determinaba la continuidad del régimen autoritario) y las elecciones de 1989 fueren a lo menos semi-competitivas; coadyuvando así a la transición a la democracia política.” En el segundo contexto, “bajo el régimen democrático restaurado (1990-2005), el Tribunal Constitucional fue en buena medida un enclave autoritario y no sólo una institución contramayoritaria, utilizada recurrentemente por la oposición para intentar detener la legislación y las decisiones del Gobierno”.

- La tercera etapa es la de la “refundación” (2005). El Tribunal Constitucional “configura hoy una Jurisdicción Constitucional concentrada y completa al menos en lo relativo al control de constitucionalidad de la ley y de los actos normativos, quedando fuera del objeto de control reglamentos parlamentarios y actos normativos de naturaleza reglamentaria de órganos autónomos como Banco Central, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Gobiernos Regionales y Municipalidades.” Entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional destacan, a saber: “a) un control abstracto, preventivo y obligatorio de normas de tratados internacionales que versen sobre materias propias del dominio del legislador orgánico; b) un control concreto, represivo y facultativo (vía acción de parte o motivado por el juez que conoce del asunto), consistente en la declaración de inaplicabilidad de la ley por la mayoría de sus miembros; c) un control abstracto, represivo y facultativo (de oficio o vía acción pública) consistente en la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sede de cuestión de inconstitucionalidad por la mayoría de los cuatro quintos de sus miembros, cuando el precepto legal impugnado hubiere sido declarado inaplicable; d) heterocomposición de los conflictos de jurisdicción, impropriamente denominadas contiendas de competencia, sean positivas o negativas, que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia que no sean competencia del Senado; e) un control abstracto-concreto, represivo y facultativo (vía acción de órganos legitimados o de parte), a través de la resolución de las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados que fueren dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, y; f) en el ámbito de su competencia miscelánea se pronuncia sobre la renuncia al cargo parlamentario”.

La Constitución chilena dispone que “El Tribunal...fallará de acuerdo a derecho” (art. 92). Su propia vinculación a la Constitución y a las normas fundamentales es expresa.

2. México

La reforma judicial en México se inició en la década de 1980 y continuó de manera vertiginosa en la siguiente. Para Carpizo *“La reforma al Poder Judicial Federal de 1988 fue muy importante...[se] convirtió a la Suprema Corte en un tribunal constitucional...se dieron pasos hacia delante y quedó claro que aún faltaban aspectos trascendentes por dilucidar, los cuales se dejaban para una reforma ulterior como son, entre otros, la reducción del número de ministros de la Suprema Corte [eran 26]; los aspectos de administración y gobierno del Poder Judicial Federal; los efectos erga omnes de la sentencia de amparo y el reforzamiento de los procesos que integran el contenido de la jurisdicción constitucional mexicana”*⁽¹²⁾.

En la reforma de 1995 se redujo a 11 el número de Ministros de la Suprema Corte; se creó el Consejo de la Judicatura Federal como parte del Poder Judicial y como un órgano de gobierno y administrativo salvo respecto a la Suprema Corte y; se revitalizaron los procesos constitucionales (art. 105) al crearse una nueva garantía procesal de defensa constitucional, el recurso de inconstitucionalidad, al reformularse la controversia constitucional, y al reglamentarse de modo más efectivo el juicio de amparo⁽¹³⁾.

La reforma al artículo 105⁽¹⁴⁾ constitucional marcó un antes y un después en el control de constitucionalidad en México Para Huerta Ochoa el control jurídico *“se refiere al establecimiento de mecanismos tendientes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas, tanto en los actos de creación como en los de su aplicación”*⁽¹⁵⁾. En ese sentido, con respecto a la acción de inconstitucionalidad mexicana, la autora citada manifiesta: la misma *“presenta dos peculiaridades, la primera radica en que su resolución permite declarar la invalidez de la norma que se impugna, aun cuando la determinación de los efectos de dicha declaración sea otra cuestión. El otro aspecto que distingue a esta forma de control de las otras previstas en nuestra Constitución es que se trata de una forma de control*

(12) Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 83, 1995, pp. 808-809.

(13) Sobre éstos cambios véase: *Ibidem*, pp. 831-842.

(14) Una posición crítica sobre la acción de inconstitucionalidad en México, véase: Brage Camazano, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 105. Julio-Septiembre 1999, pp. 211-232.

(15) Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, 2003, p. 930.

abstracto, lo cual se percibe tanto en la legitimación para el ejercicio de la acción como en el hecho de que no se requiere de la aplicación de la norma, ni de la existencia de agravios para ejercitarla. Es por ello que se puede considerar como una forma de control de la validez de las normas”⁽¹⁶⁾.

Los cambios continuaron en 1999, cuando “*el Presidente de la Suprema Corte, con el apoyo de los demás Ministros, logró convencer al Presidente de la República y al Congreso de la Unión de la aprobación de una reforma constitucional que revertía algunos aspectos importantes de la reforma judicial de 1994, sometiendo al Consejo de la Judicatura Federal al control de la propia Corte. De este modo, la Suprema Corte recobró parte de la autoridad e influencia dentro del Poder Judicial de la Federación que había perdido a manos del Consejo*”⁽¹⁷⁾.

En la actualidad, el proceso de cambios ha dejado la impresión que el ganador institucional fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así *para todos resulta evidente el nuevo papel que juega la Suprema Corte de Justicia en el entramado institucional del país...este nuevo escenario es resultado de la transición y recomposición de las fuerzas políticas. Pero también es cierto que es producto de un conjunto de cambios en el diseño de las propias instituciones judiciales que iniciaron desde 1987 y continuaron con las reformas de 1994, 1996 y 1999. Detrás de estas reformas hay una clara intención para consolidar la jurisdicción constitucional*”⁽¹⁸⁾.

3. Paraguay

En 1992, una Convención Nacional Constituyente, electa democráticamente, elaboró una nueva Constitución que estableció el marco jurídico fundamental para regir el proceso de apertura democrática iniciado en 1989⁽¹⁹⁾. La Corte Suprema de Justicia sufrió transformaciones institucionales. Se creó la Sala Constitucional, y se hizo funcionar a la Corte en pleno y en salas. El número de Ministros aumentó de 3 a 9.

(16) Ibidem, p. 943.

(17) Fix Fierro, Héctor, “La Reforma Judicial en México: ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va? *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Número 2, 2003, p. 254.

(18) Caballero, José Antonio / López-Ayllón, Sergio / Oñate, Alfonso, “La Suprema Corte y el Sistema Nacional de Impartición de Justicia ¿Adónde va la reforma judicial?”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo / Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II, México, 2008, pp. 39-40.

(19) Silvero Salgueiro, Jorge, “La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 92, México, 1998, p. 503.

El capítulo sobre el Poder Judicial de la Constitución paraguaya de 1992 empieza con el siguiente enunciado: “*El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir*” (artículo 247). Esta declaración tiene un importante impacto sobre el rol de la Corte Suprema de Justicia, en especial, de la Sala Constitucional, en el sistema del control constitucional del poder.

Entre las atribuciones de la Corte se encuentran: a) ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial; b) dictar su propio reglamento interno; c) conocer y resolver los hábeas corpus; d) conocer y resolver en el recurso de casación; e) entender en las contiendas de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios.

Por su parte, la Sala Constitucional tiene atribuciones para: a) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y b) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas e interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte⁽²⁰⁾.

En Paraguay, la reforma de 1992 no introdujo un control abstracto de constitucionalidad sino que mantuvo el sistema de control concreto de las leyes que estaba vigente desde 1967. Sin embargo, una diferencia radical reside en que durante el régimen político autoritario de Stroessner (1954-1989) los mecanismos normativos de control de constitucionalidad no tenían eficacia siendo meramente declarativos. En cambio, luego de la apertura democrática y bajo la nueva Constitución la Corte empezó a ejercer –a petición de parte– un control normativo sobre los actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Las sentencias de la Corte Suprema que declaran la inconstitucionalidad de leyes o decretos del Poder Ejecutivo aunque con el limitado efecto inter partes y solo disponiendo la inaplicabilidad de la norma contraria de la Constitución es hoy una cuestión rutinaria en el foro paraguayo⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Silvero Salgueiro, Jorge, “El rol de la sala constitucional en la democracia paraguaya”, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, 2008, p. 549.

⁽²¹⁾ Silvero Salgueiro, Jorge, Justicia constitucional y amparo en Paraguay, en: Ferrer MacGregor, Eduardo / Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo III, México, 2008, pp. 757-590.

4. Perú

El Tribunal Constitucional de Perú instituido por la Constitución de 1993 no puede entenderse sin referencia al modelo anterior. Fue la Constitución de 1979 la que innovó en el sistema constitucional peruano estableciendo el Tribunal de Garantías Constitucionales. García Belaúnde refiere que era “*fiel reflejo de la experiencia europea, y en rigor, el primer trasplante de este tipo que se hace al continente americano. Además, dicha Carta dio origen a lo que he llamado el modelo dual o paralelo, pues en ese momento coexisten, en forma pacífica, los dos controles, el difuso y el concentrado. Este esquema se ha mantenido y afinado en la vigente Constitución de 1993*”⁽²²⁾.

En la vida institucional del Tribunal Constitucional se distinguen cuatro etapas. “*En primer lugar, una etapa funcional que va desde junio de 1996, fecha en que dicho órgano se instaló, hasta mayo de 1997, con la arbitraria destitución de tres magistrados. Una segunda etapa hasta noviembre del 2000, durante la cual el Tribunal funcionó con solo cuatro magistrados y, por tanto, no podía resolver procesos de inconstitucionalidad. En estas dos primeras etapas el Tribunal funcionó severamente limitado. Una tercera etapa se inicia con la restitución –en noviembre del 2000– de los tres magistrados destituidos, cuando ya había sido vacado del cargo el ingeniero Alberto Fujimori. Y la última empieza en mayo del 2002, cuando se nombran cuatro nuevos magistrados del Tribunal. Desde esa fecha la actuación del Tribunal ha sido muy importante e incluso calificado como un “tribunal activista”*”⁽²³⁾.

Entre las novedades introducidas por la Constitución de 1992 Eguiguren⁽²⁴⁾ resalta que: “*se ampliaron las garantías constitucionales, sumándose al hábeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad, las nuevas acciones de habeas data y de cumplimiento*”. Asimismo, las competencias del Tribunal Constitucional fueron ampliadas. En detalle, siguiendo al citado autor son:

–“Conocer, en instancia única, de la acción de inconstitucionalidad, contra normas de rango legal...cuando, en la forma o el fondo, vulneran la Constitución.”

(22) García Belaunde, Domingo, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Lima, 2003, p. 50.

(23) Abad Yupanqui, Samuel B., *Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2008, pp. 162-163.

(24) Eguiguren, Francisco, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1998, pp. 50-53.

- “Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Con ello el Tribunal Constitucional se convierte en instancia final de fallo en estos procesos y se suprime el inconveniente (y dilatorio) reenvío a la Corte Suprema anteriormente existente”.
- “Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución”.

Eguiguren destaca también que: “la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas”. Sobre los efectos de la sentencia, la reforma constitucional de 1993 estableció que: “La sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley, se publicará en el Diario Oficial, produciendo, al día siguiente de su publicación la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo.” Otras disposiciones de interés son: “La acción popular prosigue bajo competencia exclusiva del Poder Judicial.” “El Poder Judicial, a través de cualquier juez y en todo tipo de procesos, debe preferir la norma constitucional e inaplicar al caso concreto la norma inferior que la vulnere (control difuso)”.

En la opinión de Eguiguren, “las novedades introducidas a nivel constitucional lucían, en general, bastante positiva...”. Sin embargo, “el art. 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26345 (del 10-1-95) dispuso que para declarar inconstitucional una norma se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del Tribunal Constitucional. Bastaba recurrir a la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, recordando los múltiples casos en los que dicho Tribunal no pudo dictar sentencia, para constatar que el imponer un número de votos (incluso superior al anterior) que conlleva poco menos que la unanimidad de los magistrados, tenía el inocultable propósito de dificultar grandemente la expedición de sentencias de inconstitucionalidad”.

La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, califica al Tribunal Constitucional como el “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”. “En otras palabras, en el Perú el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución”⁽²⁵⁾.

En definitiva, al Tribunal Constitucional peruano “le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento de l principio jurídico

(25) Abad Yupanqui, Samuel B., *Precedente y derecho procesal constitucional. La experiencia peruana*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2008, p. 152.

de supremacía de la Constitución, sino también velar por la vigencia y eficacia de los derechos humanos (artículo 2º del Código Procesal Constitucional)⁽²⁶⁾.

III.L AS TRANSFORMACIONES FUNCIONALES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Las reformas constitucionales y los procesos de cambios políticos que tuvieron lugar en los cuatro países en estudio dieron como resultado en común una renovación de la jurisdicción constitucional que se extendió en dos ámbitos: en términos estructurales, se modificó el diseño institucional del Estado a fin de fortalecer al actual titular de la jurisdicción constitucional, sea una Corte, una Sala Constitucional o al propio Tribunal Constitucional; en términos materiales, se ampliaron las atribuciones del titular de la jurisdicción con nuevos o renovados procesos constitucionales que favorecieron un control más intenso de constitucionalidad de las leyes y fijaron mejores mecanismos para salvaguardar la defensa de los derechos fundamentales.

Independientemente de la solución particular, de tipo estructural y material, que adoptó cada país se observa que en tres de ellos (Chile, México y Perú) se introdujo un control abstracto de normas. Paraguay no avanzó hasta dicha fase de control, pero materializó el control concreto de normas jurídicas inferiores a la Constitución. Ahora bien, las modalidades procesales varían, así como los alcances del control de constitucionalidad, pero al final se obtiene un diseño que permite a un juez constitucional pronunciarse sobre la validez de una norma dictada por el Poder Legislativo y, en su caso, por el Poder Ejecutivo.

A partir de esta comprobación en la jurisdicción constitucional, los jueces ya no son más “la boca de la ley” en el sentido expresado por Montesquieu, que aplican la ley sin mayores cuestionamientos, sino que juzgan a la ley en sí misma en relación a una norma suprema y, con la excepción de Paraguay, sin tener un caso concreto. Formas usuales de tomar una decisión judicial, como el típico silogismo jurídico de subsumir el hecho a la norma, pierden vigencia y son de poca ayuda a la hora de resolver “casos abstractos”. Ante esta situación, indudablemente, los jueces y demás operadores del sistema judicial, se preguntan por nuevas formas de tomar decisiones.

Asimismo, las referidas reformas estructurales son diferentes a cualquier otra porque cambian el lugar que corresponde al juez constitucional en el sistema de

(26) Landa, César, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en: Ferrer MacGregor, Eduardo/Zaldívar Lelo de Larrea (Coord.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II, México, 2008, p. 241.

división de poderes y, no pocas veces, producen una crisis sobre la posición de las Cortes y Tribunales Constitucionales en la estructura de poder del Estado. ¿Son parte de la trilogía? ¿Están afuera de la misma? En sus relacionamientos con los otros poderes se cuestiona si el poder jurisdiccional de derogar normas legales sitúa a los jueces constitucionales por encima de los demás poderes y, por tanto, si la clásica idea de equilibrios entre los poderes está superada. Ante un mundo cambiado, y con un sentido pragmático, las Cortes y Tribunales entienden que deben andar con cuidado en la reflexión sobre estos temas, pues las contra reformas constitucionales podrían estar a la vuelta de la esquina.

Por otro lado, las reformas estructurales tienen sus limitaciones. Cuando introducen un nuevo orden de competencias, solo están autorizando un nuevo tipo de atribuciones para los jueces constitucionales, pero no las decisiones en sí mismas, las cuales tienen que ser tomadas por ellos en cada oportunidad. Al juez constitucional le corresponde analizar el caso en abstracto y dictar sentencia fundando su decisión. La *ratio decidendi* en cada oportunidad procesal es exclusiva de su competencia. Es aquí, donde a partir del entendimiento funcional de su tarea que se empezará o no a construir una jurisprudencia constitucional que dé contenido a las escuetas atribuciones constitucionales.

Los jueces constitucionales si bien tienen la atribución de, según el caso, derogar o inaplicar una norma legal, no lo hacen a raja tabla, sino que ejercen dicha atribución en función a salvaguardar un derecho fundamental, a impedir un abuso de poder, o finalmente para resguardar la supremacía constitucional. Los jueces deciden en base al derecho, lo que es o no derecho.

Esta visión hasta aquí descrita de las transformaciones funcionales de hecho están operando en los países de estudio. No es casualidad que el Ministro de la Suprema Corte de Justicia, José Ramón Cossío Díaz⁽²⁷⁾, en una especie de catarsis pública expresara al inicio de una conferencia internacional: “*No es posible seguir entendiendo la división de poderes como la entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones*”. A partir de ahí, y manteniendo a dicho principio como “*una idea rectora del constitucionalismo*” cuestionó la labor de los Tribunales constitucionales desplazándolos de la posición automática de ser “*la boca que pronuncia la palabra de la ley*” a una posición dinámica de “*vinculación con el resto del entramado político*”, no sin advertir “*y en esto debemos ser cuidadosos.*” No satisfecho con esta perspectiva de cambio operacional, Cossío señaló que esta

(27) Cossío Díaz, José Ramón, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de los poderes”, conferencia impartida por el autor en el XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, setiembre de 2006, transcripto en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 103-110.

“condición actual tiene muchos inconvenientes”. Pues, “hemos abandonado la idea de Kelsen de legislador negativo...no somos legisladores negativos porque no solo expulsamos normas, sino que le damos sentido operativo a la Constitución.” “A mi me parece –señaló Cossio– que desde el propio Kelsen, esta figura de legislador negativo nunca operó, nunca tuvo una condición de ejercicio claro. Eso se debe a que los tribunales constitucionales, en la medida que interpretan la Constitución, y en la medida que abren y cancelan opciones, siempre han sido legisladores positivos. Lo que me parece que Kelsen no vio...es el problema central de los tribunales, desde el momento que están interpretando normas jurídicas, y particularmente normas constitucionales, están generando una condición muy importante de reconstitución social, que es lo que al final de cuentas demandamos de la política en cualquier sociedad más o menos racionalizada. Me parece que ahí es donde tenemos una primera tensión. Tenemos una representación en que queremos seguir viéndonos como boca que pronuncia la palabra de la Constitución, cuando en realidad estamos actuando mucho más a fondo: estamos determinando funciones constitutivas o estamos realizando funciones constitutivas del orden jurídico, de la Constitución y, por ende, de la sociedad”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Fix-Fierro⁽²⁸⁾ presentó un trabajo cuyo propósito fue “ofrecer una perspectiva que sitúe a la jurisdicción constitucional en un contexto de explicación tanto de sus funciones políticas como jurídicas en la sociedad contemporánea”. Desde un marco teórico aportado por Niklas Luhmann, Fix-Fierro desarrolló la idea de Constitución “como estructura de acoplamiento entre los sistemas político y jurídico”, lo cual “contribuye a mantener la diferenciación entre los sistemas, especificando su interrelación”. Desde este enfoque, “la función de la Constitución no es sólo negativa o restrictiva, sino también positiva o promocional”.

Para Fix-Fierro, “la función general de un tribunal constitucional en un régimen democrático consiste en una operación de doble transformación: primero, de los intereses sociales y los consensos en directivas y lineamientos para las operaciones internas del sistema jurídico: segundo, de los requerimientos de generalización y congruencia internas del sistema jurídico en valores y lineamientos generales para la política. Ello ocurre bajo la premisa que el tribunal no obstaculice innecesariamente ni las operaciones del sistema político ni las del sistema jurídico. En el primer caso hablamos de judicial self-restraint o de autolimitación judicial, y en el segundo, de especialización en cuestiones

(28) Fix-Fierro, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación de la democracia”, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, 2008, pp. 43-54.

constitucionales. Dicho en otros términos: la efectividad de los tribunales constitucionales está condicionada no sólo por el respeto a la autonomía de la política —es decir, en primer término, a la del legislador—, sino también por el de la autonomía del sistema jurídico.” Asimismo, expresó Fix-Fierro: “Una vez que existen condiciones mínimas de diferenciación y autonomía entre política y derecho, la jurisdicción constitucional puede contribuir...a su propia estabilidad y a la del conjunto de las instituciones”.

En Chile, el propio Tribunal parte de una concepción dinámica y viva de la Constitución como concepto fundamental del Estado de derecho contemporáneo, la cual le permite ejercer sus funciones de cara a la realidad del país. Así, expresó en su Memoria 2006 luego de la reforma constitucional de 2005: *“El principio de la Constitución viva porque es vivida en la práctica por todos los sujetos interesados es, sin duda, un elemento esencial de la democracia efectiva. Esa idea de la Carta Fundamental, unida a su imperatividad directa como fuente, primera y principal, del ordenamiento jurídico vigente en Chile, configuran conceptos básicos del constitucionalismo contemporáneo, cuya consecuencia primordial es la vigencia real del Estado de Derecho en la plenitud de sus exigencias sustantivas y procesales. Al Tribunal incumbe el deber de velar por el respeto del espíritu, el contexto y la letra de cuanto fluye de la Constitución. La hace sometiéndose él mismo, siempre lealmente y con rigor, a los mandatos del Código Político, respetando a los órganos constitucionales en el desempeño de su competencia y buscando siempre hallar la fórmula que concilie el ejercicio de esas potestades con el sentido genuino de sus valores, principios y normas”*⁽²⁹⁾.

En el caso peruano, se observa —según refiere el Presidente del Tribunal Constitucional César Landa Arroyo— que se consideran a los clásicos cánones interpretativos establecidos por Savigny como *“necesarios pero insuficientes”* para la toma de decisiones del tribunal. Por dicho motivo, el propio tribunal desarrolló *“una serie de principios ad hoc”* que *“cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto”*. Entre estos principios se encuentran, el principio de corrección funcional y el de función integradora. El primero *“exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado”* (STC 0020-2005). El segundo entiende que *“el producto de la interpretación sólo podrá ser válido si contribuye a integrar,*

(29) Memoria 2006, Tribunal constitucional chileno: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad” (STC 4596-2006)⁽³⁰⁾.

En el caso paraguayo, la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha identificado como “*Guardián de la Constitución*” sobre todo cuando ha tenido que dilucidar el alcance del control de constitucionalidad referente a actos de gobierno, actos discrecionales, cuestiones no justiciables y cuestiones políticas. En todas ellas, ha negado la posibilidad de que el máximo Tribunal de Justicia quede al margen del tratamiento de dichos temas y ha creído oportuno reiterar que es indispensable la verificación y revisión de cualquier tipo de acto con respecto a las disposiciones constitucionales a fin de corroborar algún tipo de lesión o vulnerabilidad a la Constitución. Desde esta visión, ha transformado las relaciones entre los poderes del Estado, entendiendo que su función es la de salvaguardar la supremacía de la Constitución aun cuando se trate de actos cometidos por los otros poderes.

Así, en el Acuerdo y Sentencia Núm. 184 del 31/07/1995 la Sala Constitucional sostuvo: “*En nuestra opinión no pueden existir cuestiones no judiciales, Ningún acto, proviniera de quien proviniera, puede escapar a la posibilidad de ser sometido al control de constitucionalidad, por parte del órgano encargo del cumplimiento de dicha función por mandato constitucional, En un Estado de Derecho los actos de las autoridades públicas deben estar encuadrados en el marco legal, y en particular, constitucional. La verificación de este hecho, provocado por quien tiene derecho a ello, no puede ser soslayado en ningún caso*”⁽³¹⁾.

En el citado fallo se expresó también: “*En el Estado de Derecho, nada existe fuera de la ley; todos los órganos del Estado están sometidos a ella. Por consecuencia, si todos se hallan sometidos a la ley, está dicho que no puede existir ninguna decisión que no pueda ser confrontada con la ley, a fin de la determinación de su adecuación o no a ella. En otras palabras, en un Estado de Derecho es inconcebible la existencia de cualquier órgano por encima o al margen de la ley. De ahí que todos los actos resulten justiciables, y para el efecto existe una ley Suprema que es la Constitución. Y en ella, de manera intergiversable se estatuye que el Poder Judicial es el custodio de esta Constitución*”.

En el Acuerdo y Sentencia Núm. 415 del 2/12/1998 la Sala Constitucional se pronunció sobre los actos discrecionales y actos de gobierno: “*La administración pública no sería actividad jurídica estatal, si el llamado acto discrecional no*

⁽³⁰⁾ Landa, César, *op. cit.*, nota 26, p. 237.

⁽³¹⁾ Los fallos se encuentran transcritos en: Sapena, Josefina, *Jurisprudencia Constitucional*, Asunción, 2000. También en: Corte Suprema de Justicia, Fallos institucionales, Tomo I y II, Asunción, 2000.

conviviera en el seno del derecho, presupuesto de toda administración. El acto de gobierno es siempre acto estatal, por lo que deberá estar inmerso dentro del orden normativo del Estado. Tanto los actos de gobierno como los discrecionales se manifiestan dentro de un sistema jurídico. Acto jurídico del poder administrador es ejercicio de sus funciones de dirección y acto discrecional es acto jurídico del poder administrador en ejercicio de sus facultades autorizadas. Estos dos aspectos conviven y existen por derecho, y consecuentemente, deben ser revisados toda vez que se alejen de esa sustancia”.

Por otro lado, cuando en dos ocasiones, el 23 de abril de 1996, y posteriormente, el 20 de mayo de 2000 el proceso de transición a la democracia se vio violentamente amenazado por intentos de quiebre institucional la Corte Suprema de Justicia emitió sendos comunicados públicos en los que advertía de “las graves consecuencias de una ruptura de la legalidad democrática”, y se declaró a sí mismo en “custodio de la Constitución” y, condenó “el uso de la fuerza como método de acceso al poder”⁽³²⁾.

Entonces, las transformaciones funcionales de la jurisdicción constitucional en los casos tratados plantean nuevos desafíos al interior del sistema constitucional desechando viejos paradigmas y favoreciendo una nueva visión de la Constitución. Todo ello requiere de una teoría del derecho que funde, legitime, cuestione procesos, elabore perspectivas tanto positivas como negativas y, acompañe críticamente las reformas estructurales y los cambios funcionales. En ese sentido, es halagador que la reflexión académica sobre estos temas ya empezó —como los casos citados más arriba— y, en cierta medida, se estén abordando los temas más urgentes⁽³³⁾.

IV.E ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Habermas expuso las bases de una teoría del derecho del siguiente modo: “*A diferencia de las teorías filosóficas de la justicia, la teoría del derecho se mueve dentro de los límites de los órdenes jurídicos concretos. Sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc. A diferencia de la filosofía, la teoría del derecho no podrá prete-*

(32) Corte Suprema de Justicia, *Fallos Institucionales*, Tomo I, Asunción, 2000, p. 383 y p. 607.

(33) Estas tareas de conocimiento y reflexión aquí mencionadas ya empezaron a ser asumidas en otros países latinoamericanos no tratados en este estudio. Para el caso argentino, véase: Bazán, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 25-62.

rir sobre todo aquellos aspectos que resultan de la interna conexión entre derecho y poder político, y en primera línea la cuestión de la autorización judicial de la utilización estatal de la fuerza legítima. Por otro lado, la teoría del derecho coincide con la dogmática jurídica en privilegiar la perspectiva del juez. Esto se explica por la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto. Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis jurídico. Pero la elección de esta perspectiva de investigación sólo significa una fijación metodológica, no una restricción del análisis al ámbito de la administración de justicia. En lo que a contenido se refiere, la teoría del derecho abarca también al legislador y a la Administración, es decir, a todos los subsistemas ocupados reflexivamente de la generación y reproducción del derecho, como también al sistema jurídico en sentido lato. De la dogmática jurídica se distingue por la pretensión de suministrar una teoría del orden jurídico en conjunto. A tal fin tiene en cuenta las perspectivas de los demás participantes, al incluir en su propia perspectiva explicativa, que no es otra que la del experto en derecho, los papeles del legislador político, de la Administración y del miembro de la comunidad jurídica (tanto del “cliente” de las burocracias estatales como del ciudadano) sin necesidad de abandonar por ello en ningún momento esa perspectiva ... la teoría del derecho es en primera línea teoría de la jurisdicción y de la jurisprudencia y del discurso jurídico”⁽³⁴⁾.

Entonces, una teoría funcional de la jurisdicción constitucional se elabora como una teoría del derecho, cuyo punto de fuga o lugar donde confluyen los elementos de análisis está situado en la fase dinámica de la jurisdicción constitucional, allí donde se transforma funcionalmente el rol institucional. Es aquí donde se pueden observar potencialidades y límites de la reforma estructural. El ámbito de las atribuciones se convierte en un medio para desarrollar una comprensión analítica del sistema constitucional.

Sin duda, las funciones de una jurisdicción constitucional deben guardar una relación de coherencia con las funciones de la Constitución en el Estado constitucional de Derecho. El Estado precede históricamente a la Constitución, pero esta constituye al Estado en un Estado constitucional de Derecho. A partir de este proceso, la constitución inaugura un nuevo orden estatal regido por normas fundamentales y se asegura que los miembros de la sociedad encuentren las condiciones adecuadas para repeler los abusos del poder. En esta racionalidad constitucional es que la jurisdicción constitucional está llamada a cumplir una función garantista. Esta tendencia constitucional es parte del programa por un “*ejercicio razonable del poder*” según lo expresara Valadés.

⁽³⁴⁾ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, 2000, pp. 265-266.

CONTROL DEL PODER JUDICIAL, PONDERACIÓN Y OBJETIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (*)

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (**)
(Brasil)

SUMARIO: 1. Ponderación, objetividad y control. 2. Problema y preguntas. 3. La objetividad posible. 4. Sopesamiento y garantía de objetividad. 4.1. Aspecto metodológico. 4.2. Aspecto teórico. 4.3. Aspecto institucional. 5. Conclusión. 6. Bibliografía citada.

Al hacer una primera clasificación tipológica del control del poder, Diego Valadés distingue, de forma general, entre control *interno* y control *externo*⁽¹⁾. Esta distinción se basa en dos diferentes niveles de acción: «por un lado, los que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana»⁽²⁾. Normalmente, el análisis del control del poder se preocupa más con el primer nivel, con el control interno⁽³⁾.

A esta primera distinción general, podría agregarse otra, entre control *formales* y control *informales*. En el primer caso, se trata de formas de control *prestadas* o por la constitución o por la legislación ordinaria, mientras que el segundo

(*) Algunas de las ideas que desarrollo en este texto han sido discutidas en un coloquio realizado en la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas, en São Paulo. Agradezco a los participantes –Celso Campilongo, José Reinaldo de Lima Lopes, Carlos Ari Sundfeld y Conrado Hübner Mendes–, y al organizador, Ronaldo Porto Macedo Jr.

(**) Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

(1) Cf. Diego Valadés, *El control del poder*, México: UNAM, 1998, pp. 4 y 8-9.

(2) *Idem*, pp. 2-3.

(3) El control externo es analizado normalmente tan sólo en su dimensión electoral.

atañe a controles –especialmente los ejercidos por los ciudadanos– que no tienen forma previamente definida. Al contrario de lo que puede parecer a primera vista, esta dicotomía no se confunde con la vista más arriba, entre otras razones porque no todo control externo es ejercido por los ciudadanos –los medios también pueden ejercerlo⁽⁴⁾– y porque no todo control externo es informal –basta pensar en la dimensión electoral del control externo, minuciosamente disciplinada por la constitución y por la legislación electoral en cada país.

Finalmente, todavía sería posible diferenciar entre control de los poderes *políticos* y control de los poderes *no-políticos*. En la literatura jurídica y política, cuando se habla de control del poder normalmente esto se entiende por «control de los poderes políticos», es decir, el control de los poderes Ejecutivo y Legislativo⁽⁵⁾. Por alguna razón, el Poder Judicial es muchas veces excluido de este debate ⁽⁶⁾.

Uno de los objetivos principales de este texto es, justamente, intentar echar algo de luz sobre los aspectos menos estudiados de los binomios presentados más arriba por medio del análisis de un control de tipo *externo* (porque es ejercido por la comunidad, especialmente la comunidad jurídica), *informal* (porque no está previsto constitucional o legalmente) y sobre un poder *no-político* (el Poder Judicial).

Es posible que una de las razones para la exclusión del Poder Judicial del debate sobre el control de poder sea la existencia de más de una instancia judicial, lo que llevaría a que una decisión del Poder Judicial sea siempre el producto de diversas fases creando así, de cierta forma, un auto-control. Pero esto no constituye una razón suficiente. En primer lugar, porque en el ámbito de los otros poderes también hay formas internas de control y revisión de decisiones anteriores. Y, en segundo lugar– y más importante para los fines de este texto –porque no toda decisión judicial sigue este modelo basado en una especie de cadena de decisiones previas. El principal tipo de decisión que no sigue este modelo –y es justamente este tipo de decisión el que aquí importa– es aquel que se toma en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad.

Las decisiones en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad acostumbran seguir un patrón simple, que las torna adversas a cualquier tipo de control por parte de otros órganos: las mismas son *inales* y *vinculantes*. Aunque este patrón no sea, en general, cuestionado, el mismo acostumbra generar, en

(4) Cf., Diego Valadés, *El control del poder*, p. 7.

(5) En ese sentido, cf. Diego Valadés, «Relación y controles recíprocos entre órganos del poder», in Diego Valadés, *Constitución y democracia*, México: UNAM, 2000, pp. 67 y ss.

(6) Cf., una vez más, Diego Valadés, *El control del poder*, p. 159: «Tal vez esto constituya una seria omisión de la doctrina».

algunos países (mi objeto aquí es la jurisdicción constitucional brasileña) una suerte de postura reverente y a-crítica frente a las decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad del tribunal encargado de esta tarea. Lo que pretendo exponer y defender aquí es, en primer lugar, que esta postura impide el desarrollo de la principal forma de control sobre el Poder Judicial, a la que denominaré aquí *control social*⁽⁷⁾, que será explicado más adelante. Y, en segundo lugar, que esta ausencia de control puede llevar a una inconsistencia jurisprudencial, producto de un insuficiente respeto a los precedentes judiciales. Finalmente, pretendo exponer que también estas variables –ausencia de control e inconsistencia jurisprudencial–, *y no sólo las variables metodológicas*, son las que generan falta de objetividad en la interpretación constitucional basada en la ponderación entre principios. En este sentido, este no es un trabajo específico sobre las formas de control del Poder Judicial sino un trabajo sobre interpretación constitucional y ponderación de principios. Pero lo que se demostrará aquí es que el debate sobre interpretación y ponderación es un debate incompleto si no incluye un aspecto institucional, que atañe justamente al acompañamiento y al control de la actividad judicial.

1.P PONDERACIÓN, OBJETIVIDAD Y CONTROL

En los últimos tiempos, especialmente en el campo de los derechos fundamentales, la principal forma de aplicación del derecho y de solución de colisiones entre normas constitucionales ha sido, sin duda alguna, la *ponderación*. Pero, al mismo tiempo en que crece su utilización, aumentan también las críticas que atacan, sobre todo, un alegado déficit de objetividad y racionalidad en el uso de la ponderación. Para muchos autores, ponderar significa resolver casos concretos de manera enteramente subjetiva, *ad hoc*, y sin ninguna posibilidad de control intersubjetivo lo que llevaría, inevitablemente, a una extrema inseguridad jurídica.

Como ha sido dicho arriba, de forma general, estas críticas pretenden hacer creer que los defectos de la ponderación son, principalmente, defectos *metodológicos*. En otras palabras: la subjetividad y la falta de control en el uso de la ponderación procederían de los insanables defectos inherentes a este método de aplicación del derecho. Lo que pretendo defender aquí es algo muy diferente. Aquí sustentó que la subjetividad, las decisiones *ad hoc*, la irracionalidad y la inseguridad jurídica no son consecuencias del método sino de la *ausencia de control* ejercido sobre la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

Para defender este punto de vista, he dividido el presente análisis en cuatro partes principales. La primera de las mismas pretende presentar el problema, por

(7) Chamá-lo, aqui, de controle social parece ser compatível com a definição que Valadés dá a essa expressão. Cf. Diego Valadés, *El control del poder*, p. 167.

medio de algunas preguntas. La segunda establece un concepto posible de objetividad (como concepto de trabajo para los fines de este artículo). La tercera, y principal, atañe a los aspectos bajo los cuales, en mi opinión, la objetividad en general, y la objetividad del sopesamiento en especial, deben ser evaluadas y garantizadas; es en esta parte que se inserta el aspecto que fue, en la introducción de este texto, denominado como aspecto institucional y que atañe al acompañamiento y al control de la actividad judicial. Finalmente, la última parte consiste en una brevísima conclusión.

2.P PROBLEMA Y PREGUNTAS

Aunque sea menos fuerte en América Latina, existe en el debate europeo, especialmente en Alemania, una fuerte vertiente crítica contra una supuesta hipertrofia del sopesamiento, una hipertrofia de los principios⁽⁸⁾. Según esta vertiente, los derechos fundamentales, comprendidos como principios, valdrían para cualquier cosa y no tendrían ningún contenido determinado. Esta línea de argumentación critica tanto el recurso exagerado a los principios, como así también el recurso exagerado a la ponderación o al sopesamiento en tanto que forma de aplicación del derecho. Y el principal trazo común entre estas críticas es la referencia a una supuesta *subjetividad* y a una supuesta *irracionalidad* del sopesamiento.

En Alemania, tres son los principales autores de esta vertiente crítica, que han sido luego seguidos por varios otros, sus discípulos o no. El primero de ellos es Friedrich Müller quien afirma que el sopesamiento no sería nada más que la expresión de las pre-comprensiones mal-explicadas de aquel que decide y de sus relaciones afectivas con el caso concreto⁽⁹⁾; según él, ponderar sería más una sugerencia que una decisión⁽¹⁰⁾.

En un sentido muy semejante se dirige la crítica del segundo autor, Ernst-Wolfgang Böckenförde, que alía la crítica teórica a la crítica práctica, por haber sido juez del Tribunal Constitucional Federal alemán. Böckenförde afirma que el sopesamiento es una salida fácil para obtener la respuesta que se quiera. Uno de los ejemplos usados por Böckenförde ilustra bien la cuestión. Según él, en las

⁽⁸⁾ Para un ejemplo reciente fuera del debate alemán, cf., entre otros, Juan Antonio García Amado, “Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, in Miguel Carbonell (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid/México: Trotta/UNAM, 2007, pp. 237 ss.

⁽⁹⁾ Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 209.

⁽¹⁰⁾ Idem.

pruebas que les tomaba a sus alumnos, si algún problema tenía que ser resuelto por medio de la máxima de la proporcionalidad, sus alumnos se sentían seguros de haber elaborado una respuesta correcta siempre que llegaban a la tercera etapa –la del sopesamiento–, porque sentían que, en este punto, cualquier respuesta sería justificable⁽¹¹⁾. Además, Böckenförde afirma que con el sopesamiento como forma primordial de aplicación de los derechos fundamentales, la constitución deja de ser una constitución normativa y vinculante siendo rebajada a mero material de sopesamiento del juez⁽¹²⁾.

El tercer autor, también en esta misma línea crítica, es Jürgen Habermas quien afirma que el sopesamiento, además de irracional, implica un enorme riesgo para la garantía de los derechos fundamentales que perderían su carácter vinculante⁽¹³⁾. Según el mismo, los derechos fundamentales perderían su carácter deontológico y pasarían a tener un carácter sobre todo axiológico y teleológico. Las normas dejarían de vehicular lo que debe ser y pasarían a ser un material para decidir lo que es bueno o lo que es malo⁽¹⁴⁾.

Existen varios otros autores que, más recientemente, también han criticado el sopesamiento –como Hain ⁽¹⁵⁾, Jestaedt ⁽¹⁶⁾, Poscher ⁽¹⁷⁾, Ladeur ⁽¹⁸⁾, Fischer-

(11) Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”, in Peter Siller & Bertram Keller (orgs.) *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 85-86.

(12) Cf. el voto vencido de Böckenförde en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre objeción de conciencia (BVerfGE 69, 61 [65]).

(13) Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 311.

(14) Idem. Para un análisis un poco más detallado de la crítica de Habermas, cf. Virgílio Afonso da Silva & Conrado Hübner Mendes, “Habermas e a jurisdição constitucional”, in Marcos Nobre & Ricardo Terra (orgs.) *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas* São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 199 y ss.

(15) Cf. Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

(16) Cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999; del mismo autor, “Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen”, in Otto Depenheuer et al. (orgs.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee* Heidelberg: Müller, 2007, pp. 253-275.

(17) Cf. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen: Mohr, 2003; del mismo autor, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, in Jan-R. Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 59-79.

(18) Cf. Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 2004.

Lescano y Christensen⁽¹⁹⁾– pero los tres mencionados anteriormente ofrecen un buen panorama del problema.

Frente a esta avalancha crítica, siempre basada en el concepto de objetividad, resulta obvia la necesidad de indagar, antes que otra cosa, si existe alguna posibilidad de racionalidad o de objetividad en el derecho, ya sea en el ámbito del sopesamiento o no. ¿Qué significa la objetividad en el derecho? ¿Cómo hacer para que la aplicación de los principios sea algo objetivo y racional? Relacionada a esta indagación está la pregunta sobre la existencia de métodos de interpretación más objetivos que otros. Finalmente, sería necesario indagar si existe una forma de mensurar la objetividad en la interpretación en general y en la interpretación jurídica en particular.

Estas son algunas preguntas que, la mayoría de las veces, no son muy bien resueltas en el debate sobre la racionalidad en la interpretación. Se habla muchas veces de falta de objetividad, de irracionalidad, sin que se defina lo que de hecho sería la objetividad, cuál sería la objetividad posible dentro del derecho y cuáles serían los parámetros para medirlas. Frente a esto, me parece posible comenzar con el siguiente interrogante: en el ámbito jurídico, ¿qué tipo de objetividad es posible?

3.1 A OBJETIVIDAD POSIBLE

El punto de partida para responder esta pregunta, o sea, el punto de partida para cualquier debate sobre la objetividad y la racionalidad en la aplicación y en la interpretación del derecho, es la constatación de que no es posible buscar una racionalidad o una objetividad que excluya por completo cualquier subjetividad en la interpretación y en la aplicación del derecho⁽²⁰⁾. Sería simplemente una ingenuidad imaginar que existe una forma de aplicación que excluya la subjetividad del intérprete. Exigir esto de cualquier método es exigir algo imposible. Pero muchos de aquellos que ven en el sopesamiento un método irracional y subjetivo de aplicación del derecho parecen suponer que otros métodos serían capaces de garantizar una racionalidad casi perfecta.

Mi presupuesto aquí es otro: rechazo esta posibilidad. No existe método totalmente objetivo, en el sentido más fuerte de la palabra, es decir, en un sentido

(19) Cf. Ralph Christensen & Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

(20) Para más detalles sobre la cuestión, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 146 y ss. y Virgílio Afonso da Silva *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 89 y ss.

que presuponga una completa exclusión de la subjetividad en la aplicación del derecho. En el derecho, la objetividad no puede ser sinónimo de demostrabilidad inequívoca, o sinónimo de única respuesta correcta fácticamente demostrable. Por esto, no es posible hablar, en la argumentación jurídica, en una carga que no sea carga *argumentativa*. O sea: no existe carga de *laprueba* en la argumentación (a no ser, claro, en cuestiones fácticas), no existe una carga de *demonstración*, existe una carga *argumentativa*.

De este modo, para intentar escapar de conceptos por demás exigentes (y, tal vez, ingenuos), pretendo desdoblar la idea de objetividad en *dos variables* que abordaré a partir de *tres aspectos*. Este será el hilo conductor de este texto a partir de aquí. Estas dos variables constituyen aquello que, en mi opinión, podría conferirle una mayor objetividad a *cualquier forma* de interpretación del derecho.

La primera de las mismas es la posibilidad de *control intersubjetivo*. La segunda, la posibilidad de *previsibilidad de la decisión*. En el caso de esta última, aunque sea obvio que no se puede imaginar una previsibilidad absoluta, alguna posibilidad de previsibilidad resulta necesaria, y esto aporta ciertas ideas como las de seguridad jurídica, coherencia y consistencia.

En otras palabras: garantizar o aumentar la objetividad en la interpretación del derecho y, también, en el sopesamiento, significaría garantizar o aumentar la realización de estas dos variables, o sea, *garantizar o aumentar la posibilidad de control intersubjetivo y la posibilidad de previsibilidad*.

Me parece que estas dos variables, en el ámbito del sopesamiento (pero tal vez en otros ámbitos también), pueden ser analizadas a partir de tres aspectos: uno *metodológico*, uno *teórico* y uno *institucional*, a los cuales me gustaría abordar a seguir.

4.S OPESAMIENTO Y GARANTÍA DE OBJETIVIDAD

Esta división en dos variables –control intersubjetivo y previsibilidad– a partir de tres enfoques –metodológico, teórico e institucional– es una tentativa de escapar de cierto maniqueísmo que acostumbra permear la discusión sobre la objetividad en la interpretación del derecho que podría ser resumido por la frase «mi método es más objetivo que el tuyo». Parto aquí del supuesto de que –felizmente– esta frase deja de tener sentido cuando se divide el abordaje a partir de estos tres aspectos.

4.1.Aspecto metodológico

El sopesamiento no puede ser comprendido como una relación de preferencia simple y sin calificativos («prefiero esto a aquello»). Resulta claro que los sopesamientos necesariamente implican relaciones de preferencias («algo es

preferible a otra cosa») pero –y esto constituye lo que aquí se llama aspecto *metodológico*– estas relaciones de preferencia tienen que estar fundamentadas, lo que implica la fijación de un escalonamiento en la relación entre la restricción de un derecho y la realización de otro⁽²¹⁾.

Utilizaré dos ejemplos simples de sopesamiento y pienso que los mismos son suficientes para mostrar esa diferencia entre relaciones de preferencias simples y sin calificativos y relaciones de preferencias fundamentadas, escalonadas y condicionadas.

El primer ejemplo no es un sopesamiento realizado por un juez en una decisión judicial sino por un jurista, en un parecer sobre un caso en el STF: el caso del llamado estatuto del desarmamiento. En una de las acciones directas de inconstitucionalidades presentadas contra esa ley, uno de los pareceres presentados es particularmente interesante como ejemplo. En el mismo se leía lo siguiente:

«Se trata de saber, entonces, si a la luz de los valores constitucionales, cabe considerar preferible que los marginales anden armados (como lo hacen a contra corriente de la ley), ofreciendo toda suerte de riesgos para los ciudadanos de bieno *si es preferible* que estos últimos anden desarmados, condenados a la indefensa frente a los bandidos, bajo el argumento de que así se prevendrán los riesgos de vida a la que pueden exponerse en la confrontación con los marginales»⁽²²⁾.

Este supuesto sopesamiento se basa exclusivamente en la pregunta «¿qué prefieres?» Esta forma de argumentar no difiere en nada de la llevada a cabo en el horario gratuito en el momento del referendo sobre el estatuto del desarmamiento. Este debate se basaba, en su esencia, en un maniqueísmo basado en la alternativa «¿prefieres estar indefenso frente al bandido armado o prefieres estar preparado (armado) para reaccionar?» Que la política sea hecha de esta forma, a partir de este tipo de argumentación, no es algo que está aquí en discusión. Pero que el sopesamiento –que, como forma de argumentación y aplicación del derecho, presupone un cierto grado de racionalidad– esté basado en este tipo de argumento es

(21) Cuando se habla de «relación de preferencia», por lo tanto, se quiere hacer mención a este tipo de comparación, es decir, a la comparación entre grados de realización de un lado y grados de restricción del otro. Sobre esta cuestión, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 167 y 593.

(22) Celso Antônio Bandeira de Mello, «Parecer sobre o projeto de lei do Estatuto do Desarmamento», anexado a la ADI 3535, 2003, p. 12 (sem grifos no original).

algo en lo mínimo cuestionable. En este punto, y a partir de este ejemplo, vale la pena mencionar una crítica realizada por Bernhard Schlink. Según él, ya que el sopesamiento es irracional, tal vez sea mejor dejarlo para la esfera de la política⁽²³⁾. Si realizar un sopesamiento es hacer lo que se hace en la transcripción de arriba, esta crítica (y, de cierta forma, las otras tres presentadas anteriormente) es enteramente procedente. Pero veamos antes el segundo ejemplo, extraído de un caso del Tribunal Constitucional Federal alemán⁽²⁴⁾, y que después llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos⁽²⁵⁾.

Este caso involucraba fotos de la princesa Caroline de Mónaco, publicadas en una revista alemana⁽²⁶⁾. En todas las fotos, se trataba de la misma persona, Caroline de Mónaco. También se trataba siempre de la misma revista. Aun así, el tribunal alemán decidió un escalonamiento: de forma resumida, según la decisión, algunas fotos restringían más que otras la privacidad de la princesa. Las fotos que la retrataban andando en bicicleta en el parque serían menos problemáticas y restringirían menos su privacidad (ya que ella estaba en lugar público)⁽²⁷⁾ que la foto sacada con un teleobjetivo cuando la princesa cenaba en la parte reservada de un restaurante, donde se presuponía estar en un lugar privado⁽²⁸⁾. Y un tercer grupo de fotos merecería un tratamiento todavía diferente, porque no sólo involucraba su privacidad sino también la imagen de su hijo⁽²⁹⁾.

De forma resumida, lo que el tribunal hizo fue un escalonamiento. Según el mismo, algunas fotos implicaban una restricción mayor, otras, una menor. De cierta forma, es básicamente a este tipo de situación que Alexy quiere hacer mención cuando propone una clasificación de las restricciones a los derechos fundamentales (y, también, a la realización de estos derechos) en pequeñas, medias y grandes⁽³⁰⁾.

(23) Cf. Bernhard Schlink, «Freiheit durch Eingriffsabwehr», *EuGRZ* (1984), p. 461.

(24) Cf. BVerfGE 101, 361.

(25) Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000.

(26) Para más detalles sobre este caso, cf. Virgílio Afonso da Silva, «Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional», in Marcelo Neves (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo: Quartier Latin, 2009 (en prensa).

(27) Cf. BVerfGE 101, 361 (396).

(28) Cf. BVerfGE 101, 361 (395).

(29) Cf. BVerfGE 101, 361 (396).

(30) Cf. Robert Alexy, «Posfácio», in *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 599 y ss.

Resulta obvio que este escalonamiento y esta clasificación no impiden la discordancia en relación al resultado ni en relación a los propios argumentos. O sea, alguien podría escalonar de forma diferente y afirmar, por ejemplo, que el hecho de que algunas fotos hayan sido hechas con un teleobjetivo no sería suficiente para que fuesen tratadas de forma distinta. Esta razón, desde que esté fundamentada, sería perfectamente posible. La discordancia en relación al escalonamiento y, en este sentido, a la intensidad de la protección es tan plausible que fue exactamente esto lo que ocurrió cuando la Corte Europea de Derechos Humanos reevaluó el caso. Según la CEDH, la forma escogida por el Tribunal Constitucional alemán para tratar las fotos no había sido la más adecuada. En base a diferentes argumentos, la Corte decidió que la privacidad de la princesa Caroline de Mónaco no había sido garantizada de forma suficiente en la decisión del tribunal alemán⁽³¹⁾. Lo que aquí importa es tan sólo una cosa: lo que ocurrió no fue una simple divergencia en relación al resultado de la decisión (un tribunal habría *preferido* la libertad de prensa, el otro habría *preferido* la privacidad) sino una divergencia *en la fundamentación* de algunas relaciones de precedencia en virtud de una serie de variables expuestas por la corte europea⁽³²⁾.

Este ejemplo demuestra, de forma resumida, que el sopesamiento no puede ser una cuestión de «preferir esto a aquello», porque las *simples preferencias son adversas a cualquier tipo de control intersubjetivo*. Y es exactamente el diálogo o control intersubjetivo lo que está aquí en cuestión.

De esta manera, si se hace un escalonamiento –y este escalonamiento puede ser de tipo simple, como el ya mencionado, basado en clasificaciones como pequeño, medio y grande–, es posible comparar el grado de restricción a un derecho fundamental (pequeño, medio o grande) con el grado de realización del derecho que colisiona con el mismo (pequeño, medio o grande). Aunque esto parezca extremadamente trivial, abre la posibilidad de un diálogo intersubjetivo, especialmente si se lo compara con el diálogo posibilitado por la situación «prefiero esto, tú prefieres aquello». A partir de esta constatación, se puede percibir que la objetividad posible no es algo tan distante. Un buen paso inicial es no contentarse con la facilidad del «prefiero esto, prefiero aquello».

En algunos trabajos recientes, Alexy ha usado una serie de fórmulas –a veces complejas– para ilustrar este escalonamiento simple⁽³³⁾. Pero no se puede imaginar

(31) Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000, *passim*.

(32) Cf., por ejemplo, os §§ 53, 60, 63, 65 y 77 de la decisión.

(33) Cf., por ejemplo, Robert Alexy, «Posfácio», in *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 600 y ss.; del mismo autor, «Die Gewichtsformel», in Joachim

—como a veces se hace— que son las fórmulas las que confieren objetividad a la argumentación (como si la objetividad estuviese ligada a la apariencia de proximidad con la lógica o con la matemática). Las fórmulas no brindan objetividad al sopesamiento o posibilidad de diálogo intersubjetivo, las mismas tan sólo ilustran este escalonamiento básico: pequeño, medio y grande. Es el escalonamiento el que es el paso inicial para una mayor objetividad.

O sea, cualquier escalonamiento —ya sea el de la decisión *Caroline de Mónaco* o uno todavía más simple, ya sea alguno un poco más complejo con fórmulas más variables— brinda una mayor objetividad al sopesamiento, porque muestra claramente en la argumentación los pasos decisivos que han fundamentado el sopesamiento y han llevado a aquella determinada decisión. Recurriendo una vez más a la decisión del caso *Caroline de Mónaco*: la decisión del tribunal fue aquella porque el mismo consideró un grupo de fotos como una restricción pequeña a la privacidad de la reclamante; otro grupo, como una restricción media y, todavía otro grupo, como una restricción grande. Como ya ha sido destacado, es perfectamente posible discordar del resultado de la decisión, porque se puede discordar de la corrección de aquel escalonamiento. Pero —y esto es lo que es relevante— lo que importa es tener la oportunidad de saber que aquella determinada apreciación de aquel determinado grupo de fotos fue el que llevó a aquel resultado. Esto crea la posibilidad de diálogo y de control intersubjetivos.

4.2. Aspecto teórico

El segundo aspecto, que denomino aquí aspecto *teórico*, consiste en la explicitación de puntos de partida teóricos en la argumentación jurídica. Los métodos considerados por sí mismos son vacíos, es decir, son instrumentos que tienen que ser rellenados con alguna sustancia⁽³⁴⁾. Y una importante variable que brinda cierta sustancia a este instrumento son los presupuestos teóricos del aplicador e intérprete del derecho que nunca pueden ser escondidos. Es posible decir que difícilmente podrá existir un método de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales sin una teoría de los derechos fundamentales que esté por detrás de este método. Y si esa teoría queda escondida, el método se oscurece.

De este modo, en el aspecto teórico, el problema principal no está relacionado al análisis del caso concreto sino a las premisas teóricas de las que se parte

Jickeli et al. (orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003, pp. 771 y ss.

(34) Cf., en este sentido, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 176.

para solucionarlo. El problema, aquí, surge cuando no se explicita de qué premisas se parte, o cuál es la teoría de los derechos fundamentales que fundamenta la interpretación en cuestión, o, aun, cuando hay falta de honestidad en la exposición de estas premisas.

Utilizaré aquí dos interrogantes como punto de partida para ilustrar lo que quiero decir con «exposición de premisas» en el ámbito de los derechos fundamentales. La primera de las mismas es la pregunta que debe preceder cualquier sopesamiento: ¿cuál es el papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en la aplicación del derecho en general? La segunda atañe a la existencia de cierta jerarquía entre los derechos fundamentales: ¿hay derechos fundamentales más importantes que otros? En caso afirmativo, ¿por qué?

De forma simplificada, estas dos preguntas son la expresión de la necesidad de responder una tercera pregunta, ya mencionada: ¿cuál es la teoría de los derechos fundamentales de la que se parte?

Existe una decisión del STF que, en algunos momentos, resume bien esta falta de disposición para la exposición de las premisas teóricas: la decisión en el caso Ellwanger⁽³⁵⁾. En esta decisión, aunque algunos ministros hayan recurrido al mismo método de aplicación del derecho –la proporcionalidad (y el sopesamiento que la misma implica)– algunos llegan a una conclusión a favor de una mayor libertad de prensa mientras que otros ven algunos valores que, en aquel caso, justificarían una restricción a esa libertad. Esta divergencia –que, en sí, no es un problema– podría simplemente proceder de una discordancia dentro del aspecto metodológico, analizado en el tópico anterior. O sea: podría proceder de una divergencia en relación al problema del escalonamiento. Pero la misma puede también tener razones *teóricas*.

En este caso concreto, esta razón teórica residiría, sobre todo, en el status que se puede o debe brindar a la libertad de expresión y a la libertad de prensa en un Estado Democrático de Derecho y en una teoría de los derechos fundamentales. ¿Gozan estas libertades de precedencia (*prima facie*) en relación a otros derechos?⁽³⁶⁾ ¿O la honra y la dignidad, como derechos subjetivos individuales, deben ejercer una función de bloqueo frente a los derechos de carácter más funcional?

(35) HC 82.424 (RTJ 188, 858).

(36) Para teorías que eventualmente podrían seguir esta idea, cf. la exposición que Böckenförde hace de las teorías por él denominadas «democrático-funcionales». En las mismas, sería posible crear una precedencia de los derechos de libertad de orientación y motivación públicas y políticas delante de los derechos de orientación meramente privada. Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 135.

Si se parte, por ejemplo, del presupuesto de que en un Estado Democrático de Derecho, la libertad de expresión tiene, al menos *prima facie*, un fundamento mayor que otros derechos, y si esta premisa teórica está fundamentada de forma consistente— lo que es perfectamente posible —hay allí un buen comienzo para un sopesamiento y para justificar la decisión en el sentido de que alguien puede publicar lo que quiera, no importa el contenido. Si, como era el caso de los libros escritos o publicados por Ellwanger, la idea era, entre otras, negar el holocausto, se podría concluir que no se debe prohibir esa posibilidad, porque es la propia libertad de expresión y el libre flujo de la comunicación (y no un tribunal) los que deben, eventualmente, mostrar que el autor del libro está equivocado. A partir de esta premisa teórica, cuanto más libre sea el flujo de la comunicación, mejor. De acuerdo con la misma, no es necesario un Estado paternalista que defina lo que puede y lo que no puede ser dicho⁽³⁷⁾.

Esta es una premisa teórica que se ocupa del valor de los derechos fundamentales (en especial del valor de la libertad de expresión y de la libertad de prensa). Es una premisa teórica que se ocupa de un eventual grado de paternalismo asociado a los derechos fundamentales, al derecho en general y al propio Estado.

La necesidad de explicitar una premisa teórica como esta también queda clara en varios ejemplos que involucran los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Todo el debate jurídico sobre programas televisivos conocidos como *reality shows* es un ejemplo de esto. Programas como los mencionados restringen la privacidad, la imagen y la libertad, entre otros derechos fundamentales. A pesar de esto, millares de personas quieren participar en ellos o, al menos, ser espectadoras. ¿Sería tarea de los derechos fundamentales (y del Estado) proteger estas personas contra una supuesta amenaza a su privacidad, a su imagen y a su libertad, partiéndose del presupuesto de que esas personas no conseguirían protegerse por sí solas? Si se parte de esta premisa más paternalista, el sopesamiento tiende a tener un resultado más paternalista y tendería, así, a apuntar hacia una no-admisibilidad de programas como estos.

En sentido opuesto, sería posible presuponer que estos programas no suscitan grandes problemas. Los mismos pueden ser considerados de mal gusto y exponer a las personas a situaciones ridículas, pero si las mismas quieren conscientemente estar expuestas a este tipo de situación, no sería tarea de los derechos fundamentales impedirlos, porque cuanto más paternalista sea una teoría de los derechos fundamentales, menos espacio queda para la autonomía privada. En el límite, mucho paternalismo significa nada de autonomía privada.

⁽³⁷⁾ En cierto sentido, esta fue una de las principales líneas argumentativas del Min. Marco Aurélio Mello.

Estos simples ejemplos tan sólo demuestran cuanto el resultado de un sopesamiento –y, sobre todo, el control intersubjetivo sobre el mismo y su previsibilidad– dependen de la teoría de la que se parte. En consecuencia, cuanto mayor sea la claridad en la exposición de esta teoría, más fácilmente será posible comprender por que el sopesamiento llevó a aquel resultado y no al otro. Esto brinda más objetividad a este método y a la interpretación en general.

Resulta claro que la propia opción por una determinada teoría de los derechos fundamentales puede estar asociada a un cierto grado de subjetivismo. Por más que dependa de cierta fundamentación, esta es una elección subjetiva⁽³⁸⁾. Aun así –y esto es importante–, aunque, en un escenario más pesimista, la elección de esta o de aquella teoría no esté fundamentada satisfactoriamente, la simple explicitación del punto de partida ya le brinda más objetividad al sopesamiento porque conocer los puntos de partidas constituye un paso importante para la posibilidad de diálogo y control intersubjetivos.

4.3. Aspecto institucional

Finalmente, el tercer aspecto, que aquí denominaré *institucional*. Este aspecto no tiene tan sólo importancia en el debate sobre la objetividad del sopesamiento o de la ponderación sino sobre la objetividad de cualquier método. El mismo está, además, más fuertemente ligado a la cuestión de la previsibilidad, en los términos mencionados anteriormente.

Muchas de las líneas críticas al sopesamiento mencionadas anteriormente parten del presupuesto de que, debido a que el sopesamiento sería algo irracional y subjetivo, generaría inseguridad, en la medida en que no existiría ninguna posibilidad de previsibilidad y control. Esto significa, entonces, que la objetividad es algo necesariamente asociado a un cierto grado de previsibilidad (y a un menor grado de inseguridad). Para que esto ocurra, o sea, para que haya más previsibilidad y menos inseguridad, me parece importante distinguir dos aspectos institucionales fundamentales en este ámbito: *respeto a precedentes* y *control social*.

Respeto a precedentes puede ser comprendido de la siguiente forma: cuanto mayor sea el respeto a las decisiones judiciales tomadas en casos semejantes, menor será la libertad subjetiva del aplicador del derecho al realizar un sopesamiento. O sea, cuanto más sean las aplicaciones de una determinada norma a lo largo de la historia de un tribunal, mayor es la carga argumentativa para llegar

(38) Lo que no significa, no obstante, que cualquier teoría de los derechos fundamentales sea compatible con cualquier texto constitucional en cualquier época. Parto, aquí, de cierta compatibilidad entre los presupuestos teóricos y el material constitucional vigente.

a una decisión que se desvíe de las decisiones anteriores. Cuando existe un histórico coherente de decisiones jurisprudenciales, hay una gran carga argumentativa para que este histórico sea contradicho. Con esto se pretende, con todas las letras, dejar claro que, al contrario de una creencia muy difundida en el Brasil, los precedentes judiciales deben ser respetados también en los países de tradición continental europea, e independientemente de que la legislación haga algún tipo de exigencia en este sentido⁽³⁹⁾. O sea, también en el Brasil deben ser tomadas en serio las siguientes reglas de argumentación: «(1) Si es posible utilizar un precedente favorable o contrario a una decisión, el mismo deberá ser utilizado; y (2) Aquel que pretende alejar el precedente debe asumir la debida carga argumentativa»⁽⁴⁰⁾.

En este sentido, la posibilidad de decisiones irracionales y exclusivamente subjetivas en un sopesamiento *disminuye en la proporción en que se aumenta el respeto a precedentes*. No es algo diferente lo que Alexy quiere decir cuando afirma, por ejemplo, que las normas de derechos fundamentales –los llamados principios– no proceden simplemente del texto de los artículos de una constitución. Estas normas proceden también de décadas de jurisprudencia de un tribunal constitucional ⁽⁴¹⁾.

En este punto, la diferencia entre los grados de racionalidad y los de objetividad entre estos dos escenarios (sopesar tan sólo en base a textos vs. tener en consideración los precedentes) queda clara. Sopesar tan sólo en base a textos extremadamente abstractos y, en muchos casos, vagos –como, de un lado, «es garantizada la libre manifestación del pensamiento», y, del otro, «es garantizada la privacidad»; o, aun, entre principios como el de la libre iniciativa y el de la protección del consumidor– inevitablemente lleva a una abertura subjetiva casi incontrolable. La constitución utiliza fórmulas pétreas para garantizar derechos o

⁽³⁹⁾ Cf., de forma clara, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 247: «[en los países de tradición continental europea] el juez tampoco puede simplemente pasar por arriba de los precedentes; sólo puede hacerlo si su discordancia puede estar fundamentada ‘de forma especialmente esmerada y convincente’ (Wolff). Y esto no vale tan sólo para la relación de los tribunales inferiores con las decisiones de tribunales superiores, sino también para la relación de la jurisprudencia de los tribunales superiores con sus propios precedentes. En este sentido, *la relación de los jueces continentales europeos con los precedentes no es, en su esencia, diferente de la de los jueces anglosajones* (sin cursiva en el original). Sobre los precedentes en general, en una perspectiva comparada, cf., por todos, Neil McCormick & Robert Summers, *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot: Ashgate, 1997.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 339 e, del mismo autor, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 556.

⁽⁴¹⁾ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 27.

imponer deberes en cuestiones extremadamente complejas. Por esto, un sopesamiento que tenga en consideración tan sólo el texto constitucional siempre tenderá a ser más subjetivo si se lo compara a un sopesamiento que incluya, como variable fundamental, la historia jurisprudencial y los precedentes judiciales.

Finalmente, el segundo sub-aspecto del aspecto institucional podría ser denominado *control social*. Aunque el mismo sea aquí tratado tan sólo como un sub-aspecto del aspecto institucional, es preciso destacar que esto no significa que el control de la actividad del Poder Judicial sea una variable tan sólo marginal, de importancia menor. Por lo contrario: es posible afirmar que todos los aspectos anteriormente analizados dependen de este control, porque no hay consistencia metodológica ni consistencia teórica sin un acompañamiento atento de las actividades del Poder Judicial. Además, la posibilidad de falta de respeto a los precedentes judiciales –sea dentro de un único tribunal superior, sea verticalmente entre los diferentes niveles judiciales de un país– es tanto mayor cuanto menor sea el control externo ejercido sobre el Poder Judicial. En otras palabras: la coherencia y la consistencia (generadoras de previsibilidad y seguridad) en las decisiones judiciales aumentan si existe control de estas decisiones.

Y cuando hablo aquí de control externo, no quiero hacer mención a un control ejercido por medio de un consejo de la magistratura, en los moldes del creado en 2004 en el Brasil, sino a un control social, *ejercido por todos*, pero sobre todo por juristas y por la prensa.

La imprevisibilidad y la inseguridad jurídica están íntimamente ligadas a la idea de decisión *ad hoc*, algo que sólo es posible cuando no hay control. Cuanto mayor sea el control, cuanto mayor sea la transparencia, cuanto mayor sea la publicidad de las decisiones de un determinado tribunal (en la internet, por ejemplo), tanto menor será la posibilidad de decisiones *ad hoc*. Con esto, se aumenta la seguridad, la previsibilidad y, me parece posible afirmar, la *objetividad*.

Para que esto pueda ocurrir, no obstante, es necesario un acompañamiento libre de la historia y de la actividad de los tribunales superiores, lo que es muy poco frecuente en el Brasil, pero muy común en otros países. En varios países –no importa de que familia jurídica– la relación entre la literatura jurídica (doctrina) y la actividad de los tribunales no es una relación autista. Siempre que una determinada decisión se desvía del histórico de un tribunal, innumerables autores están listos para señalarlo.

Por más banal que esto parezca ser, esta es una forma de control que puede aumentar la previsibilidad de las decisiones judiciales (y de los sopesamientos) y disminuir cada vez más la posibilidad de decisiones *ad hoc*. Con esto, una vez más, se aumenta el grado de objetividad.

5.C CONCLUSIÓN

Como conclusión, y retomando lo que ya ha sido afirmado al inicio de este breve texto, me parece posible afirmar que no existe objetividad absoluta y demostrable, pero que existe, por cierto, la posibilidad de una objetividad en un sentido más débil. Esta «objetividad posible» depende, a mi ver, de la conjugación de los tres aspectos que he intentado brevemente analizar aquí: el metodológico, el teórico y el institucional. Me parece que esta conjugación es imprescindible para escapar del maniqueísmo expresado por la frase «el método *a* es mejor que el método *b*». Si se toman en serio los argumentos desarrollados al momento del análisis de estas tres premisas, me parece que sí resulta posible que el sopesamiento pueda desempeñar un papel preponderante —y, sobre todo, racional y objetivo— en la interpretación constitucional. Aquel que imagine que la objetividad tiene que ser algo más que eso, o que existen métodos más objetivos y racionales que el sopesamiento y que, al mismo tiempo, se muestren adecuados para la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales en un Estado constitucional contemporáneo, deberá asumir la carga que demuestre la viabilidad metodológica, teórica e institucional de esta suposición.

6.B BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alexy, Robert. “Die Gewichtsformel”, in Joachim Jickeli / Peter Kreutz / Dieter Reuter (org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003: 771-792.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. (tradução de Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991: 115-145.

_____. “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”, in Peter Siller / Bertram Keller (org.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999: 83-86.

Christensen, Ralph / Fischer-Lescano, Andreas. *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

- García Amado, Juan Antonio. “Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, in Miguel Carbonell (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid/México: Trotta/UNAM, 2007: 237-264.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- Hain, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- Jestaedt, Matthias. “Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen”, in Otto Depenheuer (org.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C. F. Müller, 2007: 253-275.
- _____. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- Kriele, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- Ladeur, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik* Tübingen: Mohr, 2004.
- MacCormick, Neil / Summers, Robert. *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997.
- Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- Poscher, Ralf. “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, in Jan-R. Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007: 59-79.
- _____. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr, 2003.
- Schlink, Bernhard. “Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* (1984): 457-468.
- Silva, Virgílio Afonso da. “Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional”, in Marcelo Neves (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo: Quartier Latin, 2009 (no prelo).
- _____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* Baden-Baden: Nomos, 2003.

Silva, Virgílio Afonso da / Conrado Hübner Mendes. “Habermas e a jurisdição constitucional”, in Marcos Nobre / Ricardo Terra (orgs.), *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo: Malheiros, 2008: 199-222.

Valadés, Diego. *El control del poder*. México: UNAM, 1998.

_____. «Relación y controles recíprocos entre órganos del poder», in Diego Valadés, *Constitución y democracia*, México: UNAM, 2000: 65-83.

***IV)* CONSTITUCIÓN
Y PODERES DEL
ESTADO**

DIVERSOS ASPECTOS PERSONALES Y SOCIALES EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

JORGE CARPIZO (*)
(México)

SUMARIO: I. Dedicatoria. II. Preocupaciones y propuestas sobre la procuración de justicia. III. La procuración de justicia en el contexto moral del país. IV. El factor personal en la procuración de justicia. V. Tipología de los procuradores. VI. La responsabilidad de la sociedad en la procuración de justicia.**)

I.D DEDICATORIA

Dedico este ensayo a Diego Valadés, al académico, al intelectual, al político. A una existencia consagrada al servicio de México y de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Diego Valadés es hombre culto, de fino hablar, de escritura precisa y elegante, quien ha construido una obra jurídica trascendente, especialmente en el área del Derecho Constitucional.

En los importantes y diversos cargos públicos que ocupó se distinguió por su entrega, responsabilidad, eficiencia y honestidad. De ellos, destaco dos que están íntimamente relacionados con el presente ensayo: Procurador General de la República y Procurador General de Justicia del Distrito Federal. En ambos se distinguió

(*) Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como Director. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

(**) Agradezco a mis colegas Carlos F. Natarén Nandayapa y José Luis Ramos Rivera las sugerencias que realizaron a este ensayo. Los errores que puedan encontrarse en el mismo son responsabilidad exclusiva del autor.

por llevar a la práctica la regla de que una estupenda procuración de justicia es cien por ciento compatible con una estupenda defensa de los derechos humanos. La primera es una parte importante del contenido de los segundos. Más allá de las palabras, un hecho habla por sí solo: la criminalidad durante su responsabilidad estaba controlada, así lo manifiestan los índices respectivos, y la población gozaba de seguridad. Nada más, nada menos.

Como funcionario universitario brilló en las responsabilidades de Director General de Difusión Cultural y Abogado General, pero la cúspide la alcanzó como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en donde sus ocho años se recuerdan como una verdadera época de oro.

Diego Valadés ha sabido formar nuevas generaciones de investigadores. Diego Valadés ha influido positivamente en el desarrollo jurídico y político de México. Diego Valadés es un espíritu inquieto que canaliza sus energías, talento y voluntad al servicio de su país, de su Universidad y de sus semejantes. Sus cosechas son espléndidas, abundantes y generosas.

A Diego Valadés, como muestra de admiración, respeto y cariño fraternal, consagro las páginas siguientes.

II.P REOCUPACIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. La procuración de justicia es una labor extraordinariamente delicada, porque implica a derechos humanos de especial relevancia como la libertad y diversos aspectos de la seguridad jurídica de las personas.

El tema del ministerio público, titular de la procuración de justicia, se centra sobre cuál debe ser su estructura y funciones en un moderno Estado democrático de derecho⁽¹⁾. Entonces, es una cuestión relacionada con los límites del poder y las libertades públicas, así como con garantías individuales e, incluso, sociales.

El ejercicio de la acción penal es demasiado importante para los derechos humanos para dejarlo en las manos del poder ejecutivo⁽²⁾, y que pueda contaminarse por causas políticas o partidistas. La imparcialidad y la objetividad del ministerio público son requisitos indispensables para asegurar la vigencia de *diversos derechos humanos*⁽³⁾.

(1) Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, pp. 12, 17 y 18, 109, 126, 133 y 134.

(2) Hay D. y Snyder F., editores *Policing and prosecution in Britain, 1750-1850*, Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press, 1989, p. 43.

(3) Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 2 y 3.

La averiguación previa reviste especial importancia, en virtud de que puede restringir la libertad de los individuos e, incluso, si no se llega a ejercer la acción penal, dicha averiguación puede traer consigo consecuencias psíquicas, sociales y económicas para el afectado⁽⁴⁾.

A pesar de lo anterior, históricamente el ministerio público forma parte del poder ejecutivo o se encuentra cerca o influido por él. Son muy pocos los países en los cuales el ministerio público goza de real autonomía técnica, más allá de lo que prescriben las Constituciones y las leyes.

2. Por una razón u otra he estado cerca de la procuración de justicia en México, principalmente de la de carácter federal. Me consta que, en términos generales y con honrosas excepciones, los agentes del ministerio público y los de la policía de investigación laboran con incompetencia, falta de preparación, irresponsabilidad, carencia de compromiso jurídico, a base de consignas, a menudo con corrupción y desprecio a los derechos humanos. El panorama no puede ser más desolador y la víctima es la sociedad, la cual contribuye poco o nada a que aquél se modifique, tal y como expongo con posterioridad.

En tal virtud, el tema de la procuración de justicia me preocupa en especial y a él me he referido en varias ocasiones, tanto en mis acciones como en mis ensayos académicos, en mis testimonios e informes públicos al respecto.

En México, en este tema no se avanza, y cuando se logra dar pasos positivos, de inmediato aparece Atila para borrar por completo lo construido.

Las principales ocasiones en que he compartido con la sociedad mis preocupaciones y mis propuestas para superar este inmenso problema, que avasalla varios derechos humanos, primordialmente son las siguientes:

a) En 1990 resalté que la policía de investigación debía depender *en la realidad* del ministerio público, de acuerdo con la disposición constitucional; que la corrupción y la impunidad se podían comenzar a solucionar con medidas ejemplares; que era urgente la aplicación de la ley a quien incurra en actividades delictuosas –me refería en especial al delito de tortura–; que la falta de preparación de los policías era grave y urgía que recibieran ingresos decorosos; que la discusión y la participación de la sociedad en dichos problemas era imperiosa, así como la necesidad de incidir en el terreno moral⁽⁵⁾.

(4) Díez-Picazo, Luis María, obra citada, nota 1, p. 11.

(5) Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa y UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 179-182.

- b) En 1994 recopilé los informes generales y especiales que rendí a la sociedad y al presidente de la República durante el año que tuve la responsabilidad de la Procuraduría General de la República: dos informes semestrales y la edición de informes sobre los casos más importantes que durante el año se habían determinado, los resultados de la lucha contra la corrupción y la impunidad con respeto a los derechos humanos; la creación de la carrera de los agentes del ministerio público y la de la policía judicial federal; la lucha frontal contra el crimen organizado; la creación de sistemas nacionales de información estadística sobre los más diversos aspectos de la procuración de justicia; la capacitación intensa a los agentes del ministerio público y de la policía de investigación; los estímulos económicos y sociales a dichos agentes si se distinguían en sus labores; la coordinación con las procuradurías estatales y las estrategias internacionales; los programas e involucramiento de organizaciones sociales en la prevención del delito, y la expedición de un Código de Ética para los servidores públicos de la dependencia⁽⁶⁾.

Parte de la filosofía con que se actuó en aquel año se sintetiza en el pensamiento de que una magnífica procuración de justicia es cien por ciento compatible con una magnífica protección y defensa de los derechos humanos, y que nadie se encuentra por encima de la ley⁽⁷⁾.

- c) En 1998 insistí en los principios asentados en el párrafo anterior; entre otros aspectos, en el grave problema del aumento de la criminalidad; en la falta de continuidad en las políticas acertadas para combatir aquella; en la preparación de los servidores públicos del área de procuración de justicia; en salarios dignos; en premiar a los agentes que se distinguen por la calidad de su trabajo y honestidad, y en castigar a los incumplidos e infractores de la ley; en la utilización de las técnicas y tecnologías modernas para la investigación; en la importancia de los servicios periciales; en que no hay que perder el control de una corporación policiaca, porque después recuperarlo resulta en extremo complicado; y en la urgencia de que los agentes actúen con legalidad, eficacia, honestidad, responsabilidad y sentido de servicio a la comunidad⁽⁸⁾.
- d) En 2000 escribí sobre el problema de la honestidad en la Procuraduría General de la República (PGR) en una de sus vertientes: el manejo de los bienes

⁽⁶⁾ Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, México, Editorial Porrúa, 1994, pp. 27-100, 117 y 118, 155-162.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 98.

⁽⁸⁾ Carpizo, Jorge, "Derechos humanos y procuración de justicia", en *Nexos*, México, 1998, número 251, pp. 13-15.

asegurados a los presuntos delincuentes; bienes de los cuales antes de 1993 no existía ningún inventario ni a que proceso estaban afectos; se presumía que algunos de esos bienes hubieran desaparecido; y precisé cómo en ese año se superó este inmenso problema, realizándose el inventario y entregándose copia del mismo a las dependencias federales fiscalizadoras, y la manera como se llevaron a cabo subastas públicas de los mismos ante notario público. Asimismo, me referí al deseable involucramiento de la sociedad en la procuración de justicia, y sobre la explicación clara y directa a la propia sociedad de las decisiones que se tienen que tomar dentro de los marcos de la Ley⁹⁾.

- e) En 2002 realicé un diagnóstico del estado de la procuración de justicia en México, y entre otros aspectos, asenté:

La procuración de justicia se encuentra deteriorada y desprestigiada. La corrupción, la impunidad, la ineficacia, la improvisación, la irresponsabilidad y la hipocresía la han carcomido, como un cáncer que se apodera de todo el organismo. Estos males son bien representados por muchos servidores de esa área de la administración pública, y por los grandes delincuentes, pero también por organizaciones y líderes de los más diversos grupos sociales. Los problemas de la procuración de justicia no son únicamente responsabilidad de los servidores públicos –ojalá así fuera–, sino también de amplios sectores de la sociedad. La opinión pública se encuentra confundida, y no ha reaccionado a los pocos esfuerzos serios que se han iniciado para comenzar a suprimir esos males. En muchas ocasiones, se ha otorgado mayor crédito al ladrón que grita que se detenga al ladrón, que al funcionario probo que lucha desesperadamente por mejorar esa delicada e importante función pública.

Así, la procuración de justicia se ha convertido, en nuestro país, más allá de su dimensión jurídica, en una cuestión social y política, e incluso de seguridad nacional, en tanto el crimen organizado ha podido penetrar diversas estructuras del Estado y de la sociedad.

Después del breve diagnóstico sobre el estado de la procuración de justicia en México, dividí las reflexiones en tres apartados: i) los problemas derivados de las autoridades, y los agentes que aplican la ley, en los asuntos de la procuración de justicia; ii) los problemas que surgen por las actividades de

⁹⁾ Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades. Reflexiones sobre la moral pública en México*, México, Aguilar, 2000, pp. 55-58, 67-71.

organizaciones y líderes sociales, y iii) la manera como esos problemas pueden comenzar a superarse con base en experiencias concretas⁽¹⁰⁾.

- f) El deterioro en la procuración federal de justicia durante el sexenio 2000-2006, principalmente durante los dos últimos de esos años, llegó a extremos increíbles, debido a una combinación de corrupción, incompetencia e irresponsabilidad, que es imputable no sólo a algunos de los funcionarios de la PGR, sino a la propia presidencia de la República, que intervino nombrando funcionarios y dando órdenes en esa dependencia.

Ante tal panorama, me percaté de que todas mis propuestas sobre la procuración de justicia continuaban siendo actuales y válidas, pero que eran insuficientes, que resultaba urgente una reforma de fondo.

Después de transcurridos cuatro años del mencionado sexenio, y ante mis preocupaciones e inquietudes que aumentaban ante la profundización de la crisis en la procuración de justicia, en 2004 y 2005 presenté a la consideración pública una propuesta para constituir a las procuradurías en órganos constitucionales autónomos, propuesta que integra una unidad y consta de seis aspectos que se imbrican:

- i) La creación de un órgano constitucional autónomo.
- ii) El nombramiento de los procuradores.
- iii) La creación de los consejos del ministerio público y los de la policía. Las garantías de autonomía técnica a los agentes de esas organizaciones.
- iv) La autonomía presupuestal.
- v) La autonomía interna de los fiscales.
- vi) El juez de control especializado en la averiguación previa⁽¹¹⁾.

Fui claro que esta última propuesta no sustituye a las anteriores que había realizado, sino que las completa, y ésta es la más acabada y precisa de cuantas había hecho. Me referí con frecuencia al Derecho Comparado.

- g) En 2006 examiné la supuesta conversión del ministerio público chiapaneco a un órgano constitucional autónomo para concluir que no es así. El nombre no

⁽¹⁰⁾ Carpizo, Jorge, y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, Aguilar, 2002, pp. 515-537.

⁽¹¹⁾ Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 357-373. Carpizo, Jorge, "El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo" en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, núm. 125, pp. 39-78.

determina la naturaleza de la institución, ni puede calificarse de tal por algunos aspectos aislados como es la intervención del Congreso en el nombramiento del entonces Procurador.

Asimismo, asenté que la propuesta de reforma del presidente Fox tampoco se dirigía en la dirección correcta ni se configuraría un órgano constitucional autónomo. Como ejemplo señalé la idea contenida en el proyecto de que la policía de investigación no dependiera del ministerio público, sino de una Secretaría de Estado⁽¹²⁾. Curiosa concepción de la autonomía del ministerio público al suprimirle un elemento esencial para la investigación respectiva.

La concepción del ministerio público como órgano constitucional autónomo había ganado prestigio y adeptos en los ámbitos jurídicos, políticos y sociales ante la escalada de criminalidad que golpeaba y golpea a la sociedad. Las autoridades quisieron engañar haciendo propuestas que no eran lo que decían que proponían. Afortunadamente, el proyecto Fox se congeló en el Congreso de la Unión. Hubiera sido un retroceso en el campo, ya de por sí erosionado y muy minado, de la procuración de justicia.

III.L A PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL CONTEXTO MORAL DEL PAÍS

1. Bien sabido es que las instituciones las hacen funcionar y las actualizan las personas, éstas son la sangre y la energía de aquéllas. Instituciones correctamente estructuradas no funcionan adecuadamente si en los cargos directivos se encuentran personas no idóneas. Cuando éstas son incompetentes, irresponsables, no comprometidas con su labor o corruptas, o una combinación de algunos o de todos estos aspectos, las mejores instituciones se encaminan al fracaso, el cual puede ser de proporciones mayores, si además se aúnan estructuras mal o débilmente concebidas.

La situación anterior resulta más grave si se inscribe en un clima social de desprecio a la ley, de tolerancia a la corrupción, de impunidad, de pérdida de valores morales laicos y de mentiras.

De esas cuestiones me he ocupado con anterioridad, y hoy regreso a ellas.

2. En mayo del año 2000 dibujé, a grandes trazos, algunos aspectos del sistema político mexicano y el panorama moral del país determinado por una quinteta de graves problemas: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras.

(12) Carpizo, Jorge, “El ministerio público chiapaneco como órgano constitucional autónomo” en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 287-296.

Entonces afirmé, y en esta ocasión sólo recuerdo algunos párrafos, que:

El sistema político mexicano era examinado con curiosidad e interés por propios y extraños, cuando menos de 1940 a 1993, porque parecía un remanso de estabilidad, aunque ya contenía los gérmenes de su deterioro, en una América Latina convulsionada por frecuentes golpes de Estado. Este sistema político giraba alrededor de dos ejes complementarios: un partido político hegemónico, cuyo jefe real era el presidente de la república, lo cual le permitía designar a gobernadores, legisladores federales y principales presidentes municipales. En esta forma, tenía en sus manos al Congreso de la Unión, en donde su partido, por décadas, controló en la Cámara de Diputados más del noventa por ciento de las curules, y en la de Senadores, el cien por ciento. El sistema federal se deterioraba porque los gobernadores eran casi funcionarios de confianza del presidente.

Al no tener ningún contrapeso en el Senado, el presidente nombraba con libertad a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, y éstos aceptaban la sugerencia presidencial acerca de quién los debería encabezar. Sin embargo, el juicio de amparo alcanzó un alto grado de efectividad.

La vida política parecía que estaba cercana a la paz de los sepulcros, salvo cuando surgían fuertes disputas por el poder dentro del partido hegemónico, las cuales en varios sexenios pudieron casi diluirse, especialmente en los años en que el presidencialismo mexicano alcanzó su máximo esplendor.

Existieron brotes sociales de inconformidad, que fueron superados por la negociación, la cooptación o la represión. Fue un sistema astuto que supo cooptar a los opositores y críticos valiosos, encauzar y canalizar las inquietudes sociales; generalmente, con sus excepciones, fue exitoso en ambos aspectos.

Este sistema tuvo elementos positivos, como la estabilidad política, el crecimiento económico, un tinte social representado en aspectos como la educación pública gratuita, los derechos de los trabajadores, la reforma agraria, la seguridad social, la seguridad pública y un margen de libertades. Ese sistema no fue una dictadura ni un régimen totalitario. No obstante, tenía en sí los elementos de su propia destrucción, que se fueron agravando y, como un cáncer, extendiéndose en todo su organismo y en el propio cuerpo social.

La pobreza de amplios sectores no pudo ser superada; al contrario, hubo regresiones cuando la economía comenzó a perder su vigor y las crisis económicas recurrentes asolaron al país. La gran desigualdad social que siempre ha existido se profundizó; cada día los ricos fueron y son menos y más ricos, y los pobres más y más pobres.

La permanencia en el poder de un solo partido y el hecho de que la alternancia política no era una posibilidad cercana trajeron consigo corrupción e impunidad, enfermedades que, como no fueron detenidas, crecieron e invadieron todos los rincones del país. Desde el presidente de un municipio pequeño hasta el de la República, sabían que su sucesor –salvo pocas excepciones– los protegería como salvaguarda del sistema de partido político hegemónico: ésta era una de las reglas.

La corrupción tenía y tiene un amplio margen de tolerancia social. Se robaba del presupuesto, pero más común era la realización de negocios aprovechándose del cargo; al dejar éste se tenía una fortuna chica, mediana o inmensa, según fuera el caso, pero no lícita; y quien lo hacía seguía siendo aceptado socialmente, incluso más, con la adición que otorga el dinero.

Hubo, y no hay duda alguna de ello, políticos honestos dentro del partido hegemónico; a quienes se solía considerar tontos, ya que no aprovechaban la oportunidad que se les presentaba. La corrupción fue permeando a otras capas sociales: los empresarios que hacían negocios con el gobierno, los dueños de los medios de comunicación que recibían “prebendas” y exención de obligaciones fiscales, los comunicadores que se beneficiaban con los conocidos “chayotes”, los ministros de iglesias que recibían “limosnas” de origen dudoso, y todos con la no aplicación de la ley.

En otros niveles, líderes sindicales que aceptaban “regalos” de los patrones o que se convirtieron en grandes contratistas, ciudadanos que preferían dar una “mordida” al policía o al burócrata, que pagar una multa o realizar normalmente un trámite, jueces que fueron comprados por una de las partes en el juicio. La corrupción y la impunidad se fueron extendiendo y haciéndose cada vez más grandes: “puedo aprovechar la oportunidad que se me presenta, y qué, al fin de cuentas nada me pasará”.

La corrupción y la impunidad continuaron avanzando; fueron invadiendo algunos de los estratos más altos de la política, del empresariado, de las finanzas, de los medios de comunicación e incluso de líderes religiosos.

En cualquier país del mundo en que un partido político permanece indefinidamente en el poder, se dan casos –más o menos graves, generalmente muy graves– de corrupción e impunidad. Entre los ejemplos más recientes, en los países desarrollados, encontramos los de Italia, Japón y la Unión Soviética. Luego, la situación de México no era peculiar del país, sino en virtud de que un poder que no posee contrapesos –y no tenía uno de los más importantes: la posibilidad de la alternancia en el poder derivada de la decisión de una elección libre– cae con más facilidad en los graves fenómenos de la corrupción y de la impunidad.

Los niños y los jóvenes nacieron y crecieron en este ambiente político y social, en el cual los dos valores más importantes y relacionados entre sí fueron y son: poder y dinero a como dé lugar y sin importar cómo se obtengan; lo único

valioso es poseerlos, ya que ellos atraen todos los demás aspectos positivos de la existencia: felicidad, prestigio, reconocimiento.

Poder y dinero fueron y son compañeros de un tercer factor: la impunidad; se podía hacer casi de todo para adquirir poder y dinero y las posibilidades de que nada adverso aconteciera eran muy altas; en lugar de castigos, se obtendrían premios; peor ejemplo no podía existir para niños y jóvenes.

Nunca será acertado generalizar, pero la corrupción permeó y se apoderó de gran parte del sistema. Siempre hubo y hay gente honesta. A nadie se exigía responsabilidad alguna –perdón, quizá de vez en cuando al cartero o al oficinista–: la impunidad pura y absoluta, a menos que un funcionario o autoridad importante hubiera caído de la gracia del señor presidente; entonces sí, todo el peso de la ley contra él, pero no como un acto de justicia, sino de venganza y de advertencia para los demás: se puede hacer todo lo que se quiera, menos molestar o disgustar al presidente, porque entonces sí se demostrará cómo se aplica la ley en el país: la espada de Damocles sobre el cuello del funcionario a la discreción del presidente.

El dinero y el poder como “valores supremos”; la mentira, el engaño, la simulación, como sus parientes cercanos o instrumentos necesarios para su obtención, y la impunidad como el manto protector de esos “valores”: éstos eran y son los que han permeado a grandes sectores sociales; éstos son los valores que han sido sembrados en muchos niños y jóvenes, quienes anhelan poseerlos. El éxito reflejado en quienes han obtenido poder y dinero sin importar los medios que han empleado; consideración y prestigio sociales para quienes escalaron la pirámide social y política, y representan esos “valores”, sin importar sus biografías y sus ilícitos.

Esta atmósfera moral se vino a agravar por dos factores: por la impunidad que hizo cada vez más audaces a los delincuentes de cuello blanco –¡al final nada le pasa a nadie!– y por el narcotráfico, el cual implica que pasan ríos de oro –decenas y cientos de millones de dólares– cerca o muy cerca de funcionarios públicos, empresarios, banqueros, comunicadores, jueces, sacerdotes, policías, y ya la opinión pública sabe –los casos aumentan– que muchos no resisten la tentación.

Existía en México –¿existe todavía?–, una regla no escrita según la cual si una persona pertenecía a cierta dependencia y delinquía, había que ocultar el hecho para no desprestigiar a la institución; se le podía hasta separar del cargo, pero nada más; había que alejar a la dependencia del escándalo. Se pensaba que juzgar a un juez desprestigiaba al Poder Judicial, juzgar a un ministerio público deterioraba a la Procuraduría, juzgar a un sacerdote, lesionaba a su iglesia, juzgar a un comunicador erosionaba a toda la profesión y así hasta el infinito, la cultura de la impunidad y de las complicidades en todo su esplendor. Antes que nada, el prestigio de la institución, el prestigio muy mal entendido, pretextos para seguir reforzando la impunidad.

Los casos de corrupción e impunidad llegaron a las más diversas y más prestigiadas instituciones del país; los ejemplos pueden señalarse al infinito, la total impunidad, pero todos se dicen inocentes y hacen gala de ello.

La mentira y el disimulo –¿cinismo?– como parte del sistema. ¡Todos somos inocentes!: políticos, empresarios, banqueros, comunicadores, sacerdotes, líderes sindicales y sociales. ¡Todos somos inocentes! Todos lo pregonan y cada quien defiende su caso. Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras: la quinteta de la muerte para México.

Los partidos políticos de oposición se fueron fortaleciendo. Los escándalos florecen –porque ya es imposible ocultarlos–, la consolidación de una sociedad más crítica, alerta, cansada de tantos abusos, no ha podido detener el fenómeno de la corrupción ni disminuirlo, probablemente en algunos sectores haya aumentado, como todo lo relacionado con el narcotráfico, los contratos públicos y los rescates bancarios y de carreteras. La corrupción, como hidra de un millón de cabezas.

El problema de la corrupción no es un problema exclusivo del gobierno federal ni del entonces partido hegemónico, también ha prosperado en *algunos* gobiernos estatales y municipales a cargo de los más diversos partidos. En algunos casos, parece que la finalidad es: quítate tú para que entre yo, que ya me toca mi rebanada de pastel.

En México no se sabe a quién creer; algunos de los peores delincuentes que conozco quieren ser políticos en diversos partidos, comunicadores o líderes morales: la descomposición política, social y ética en grados inimaginables. El ladrón gritando “agarren al ladrón”, y lo vocifera con tal seguridad, sangre fría y cinismo, que la sociedad ya no sabe a quién creer.

Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes; es el ejemplo que varias generaciones de mexicanos les hemos dado. Los jóvenes y niños quieren alcanzar en su existencia: poder y dinero a como dé lugar; además, y si son hábiles, inteligentes y bien relacionados, gozarán de impunidad. ¿Se puede querer o desear algo más? Empero, no todos sucumbieron a ese canto de sirenas y no se precipitaron contra las rocas de la indecencia y de la inmoralidad⁽¹³⁾.

3. En julio del año 2000, el Partido Acción Nacional ganó las elecciones presidenciales. Las expectativas fueron enormes desde los más diversos ángulos, más que la campaña del candidato presidencial ganador se basó, en gran parte, en la honestidad y en una lucha frontal contra la corrupción y la impunidad.

(13) Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades...*, obra citada, nota 9, pp. 82-92.

Debe asentarse que en ese momento, los entonces partidos políticos de oposición ya gobernaban en buena parte del país. Casi la mitad de la población era gobernada en entidades federativas, Distrito Federal y municipios por partidos diferentes al entonces hegemónico⁽¹⁴⁾. Se escuchaban rumores de corrupción en algunos de esos gobiernos de oposición, pero no se presentaban pruebas. Es probable que la sociedad tampoco lo quisiera creer. Existían esperanzas y anhelos en la alternancia del poder a cualquier nivel de gobierno.

El sexenio del presidente Fox perdió la oportunidad de alcanzar la mayoría de las reformas que México necesita. Respecto a la quinteta apuntada: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras no se avanzó nada o, incluso, se retrocedió. Como ejemplos paradigmáticos se pueden señalar los casos siguientes: Amigos de Fox, Pemexgate y el de sus hijastros⁽¹⁵⁾. Aún no se conoce la profundidad de la corrupción e impunidad de ese sexenio.

Cuando menos en la historia mexicana del siglo XX, nunca se había sorprendido a un presidente de la República mintiendo a todo el país en forma tan burda y que las pruebas no dejaban duda alguna. El presidente Fox declaró que no le había solicitado a Fidel Castro que abandonara la reunión de jefes de Estado de Monterrey. Pocos días después, todo México escuchó en la televisión la grabación en la cual Fox le decía a Castro que comiera y se fuera⁽¹⁶⁾.

Desgraciadamente el panorama moral descrito no responde únicamente al hecho de que un solo partido político haya gobernado el país durante casi setenta años. La enfermedad es más profunda y más difícil de superar, debido a que implica un grave problema social. Un cambio de mentalidad es lo más complicado y prolongado de alcanzarse.

Mi punto de vista debe quedar claro: en el análisis sobre la moral pública y la quinteta de la muerte que expuse en el año 2000, hice énfasis en la existencia del partido predominante. *Hoy, en 2008, y después de contemplar que durante el primer sexenio de la alternancia en el poder, la quinteta de la muerte continuó gozando de la misma o mayor salud y energía que en las décadas anteriores,*

(14) Lujambio, Alonso, *El poder compartido*, México, Océano, 2000, pp. 43-72 y 77-100. Casar, María Amparo, *La reforma política del Estado*, México, Nostra ediciones, 2007, p. 22.

(15) Córdova, Lorenzo y Murayama, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción. Pemexgate y Amigos de Fox*, México, ediciones Cal y Arena, 2006, 236 pp. Córdova, Lorenzo, “2000-2006: Claroscuros del Estado de Derecho”, en *¿Qué país nos deja Fox?*, Sánchez Rebolledo, Adolfo, compilador, México, Grupo editorial Norma, 2006, pp. 51-53.

(16) Debe anotarse que al respecto existe una versión que justifica al presidente Fox, y expone matices para tratar de aminorar la gravedad de este suceso. Véase Aguilar V., Rubén y Castañeda, Jorge G., *La diferencia. Radiografía de un sexenio*, México, Grijalbo, 2007, pp. 161-170.

concluyo que el problema de la moral pública en México es más profundo y grave de lo que había reseñado: en este aspecto los partidos políticos no se diferencian mucho uno del otro, y la sociedad es más tolerante en relación con esa quinteta de la muerte de lo que parecía en los años anteriores. Hasta ahora la alternancia en la presidencia de la República no ha mostrado indicio alguno de que la situación tenga perspectivas de cambiar⁽¹⁷⁾, y lo mismo puede afirmarse en la mayoría de los Estados y municipios. Vuelvo a recordar que nunca será acertado generalizar, pero los casos de corrupción e impunidad que la opinión pública conoce en casi todos los rincones del país son realmente alarmantes.

Ahora bien, en este contexto transcurre la procuración de justicia del país, el cual se agrava con profundidad, cuando es precisamente el ministerio público federal el responsable de investigar y ejercer la acción penal en los delitos relacionados contra el crimen organizado, cuya capacidad de corromper es infinita, y la tolerancia de la sociedad hacia la corrupción es aún casi infinita.

IVE L FACTOR PERSONAL EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. Regreso a los aspectos personales en la procuración de justicia. Dentro de mis preocupaciones por mejorarla, ciertamente que no he descuidado esta cuestión.

Durante 1993 fue una de mis inquietudes constantes: lo que hicimos y los resultados alcanzados se encuentran en la memoria publicada al año siguiente⁽¹⁸⁾.

En 2002 me referí al inmenso problema que resulta encontrar a las personas idóneas para ocupar los cargos altos y medios en la procuración de justicia, que algunos de los mejores funcionarios en esa área han sido asesinados, y muchos de

(17) Aclaro que no me pronuncio todavía respecto al gobierno federal que tomó posesión el 1o. de diciembre de 2006, en virtud de que aún el tiempo transcurrido es corto para hacer un juicio en este aspecto, y porque generalmente, la sociedad se entera de los casos cuando ha transcurrido más tiempo del sexenio, y difícilmente en los dos primeros años. Sólo adelanto que en la actualidad, la lucha contra el narcotráfico tiene una interrogación y es por demás complicado conocer o intuir como va a concluir. Respecto al problema de la impunidad sí destaco una situación que me preocupa: el presidente Felipe Calderón ha manifestado que el crimen organizado ha avanzado e incluso se ha apoderado de territorios en el país. Estoy de acuerdo con él. No obstante, esta situación aconteció y se agravó principalmente durante el sexenio federal 2000-2006, sin negar que este asunto proviene de antes. Pregunto ¿y de tal estado de cosas no hay ningún responsable?, ¿va a continuar el reino de la impunidad?, ¿fue el espíritu santo el que sacó de las cárceles de alta seguridad a criminales peligrosos?, ¿fue ese espíritu el que permitió el fortalecimiento de los cárteles del narcotráfico e incluso los protegió? hasta llegar a la situación que ha descrito el presidente Calderón.

(18) Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, obra citada, nota 6, pp. 27-100.

esos asesinatos continúan impunes ante la indiferencia de la sociedad; la corrupción de muchos altos mandos en las procuradurías y la comisión de probables delitos al ejercerse esa función y el resultado es la impunidad total; mentiras y más mentiras y nada acontece, el litigio de casos judiciales en los medios de comunicación auspiciados o, de plano, inducidos por la autoridad. Asimismo, me referí a los problemas derivados de la actitud de líderes sociales en relación con la procuración de justicia⁽¹⁹⁾.

De varios de estos asuntos me ocupé en 1998 y en 2003⁽²⁰⁾, aunque marginalmente.

No obstante, considero que, aunque en 2002 traté muchos de los principales problemas relacionados con los aspectos personales en la procuración de justicia, debo precisarlos y, en algunos temas, ampliarlos. Es lo que persigo en el presente ensayo desde dos ángulos, uno, una reflexión más integral de los aspectos personales de los servidores públicos en la procuración de justicia y, otro, la influencia negativa de diversas actitudes de líderes sociales y de la propia sociedad en la procuración de justicia.

2. El factor humano en el funcionamiento de las instituciones, específicamente en el campo de la justicia, es una cuestión conocida, aunque en México no abundan los estudios al respecto.

La última reflexión que conozco se debe a Andrés de la Oliva Santos, catedrático español de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, y quien a su inmensa obra escrita une la práctica cotidiana del litigio. El profesor hispano resume sus argumentos en los siguientes puntos:

1. El estado de la justicia no debiera examinarse, evaluarse y ser objeto de reforma sin otorgar la máxima relevancia al “factor humano” (magistrados, fiscales, secretarios judiciales, etcétera).
2. Ese “factor” responde en gran medida al estado de la sociedad.
3. El elemento humano de la justicia estará a la altura de sus cometidos si no nos conformamos con que sólo *refleje* el ambiente social, sino que procuremos que lo *lidere* y lo lidere *ejemplarmente*.

Con posterioridad reitera que:

1. La justicia de un país tiende a padecer los mismos males de la sociedad correspondiente.

(19) Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal...*, obra citada, nota 10, pp. 517-530.

(20) Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y procuración de justicia*, obra citada, nota 8, pp. 13-15. Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y...*, obra citada, nota 3, p. XIV.

2. Cualquier esfuerzo de reforma o de mejora de la justicia no puede hacerse ignorando la crisis de la sociedad, sus raíces y sus efectos.
3. No es razonable pretender que la administración de justicia, en una sociedad, rectifique todas, la mayoría o las principales consecuencias torcidas del desnortamiento social.

Y afirma:

No se trata de un mundo ante el que sólo quepa cruzarse de brazos, a la espera, poco esperanzada, de que otros (“los demás”) reaccionen y de que el “elemento humano” de la justicia mejore milagrosamente⁽²¹⁾.

Andrés de la Oliva se está refiriendo a la situación española de la justicia en sentido amplio, incluyendo a los fiscales, o sea a la procuración de justicia. Sus afirmaciones son válidas para México como para casi todos los países de este planeta. Estoy de acuerdo con su aseveración de que no es posible cruzarse de brazos a esperar que el elemento humano de la justicia mejore milagrosamente. Hay que actuar en esa dirección, y ello no se ha hecho ni se hace en México y, además, hacerlo en el rumbo correcto, en lo que tampoco hemos acertado. Nuestra brújula, en relación con la justicia, se encuentra enloquecida.

3. La procuración de justicia siempre ha sido una labor difícil, complicada y delicada. Es probable que en esta época lo sea más, en virtud de la existencia del crimen organizado. No es lo mismo enfrentar a un delincuente, un grupo o banda de delincuentes, que al crimen organizado que se ha globalizado, que obtiene ganancias que son verdaderos ríos de oro con los cuales participa en diversos sistemas financieros, en grandes empresas y medios de comunicación, que corrompe a servidores públicos, desde policías hasta miembros de gabinetes, altos oficiales de los ejércitos e interviene en campañas presidenciales, de legisladores y otros cargos de elección popular aportando fuertes cantidades de dinero. Los casos que conocemos en el contexto internacional, y que empezamos a vislumbrar en México, confirman las anteriores aseveraciones. En el sistema de justicia se corrompe desde agentes de la policía y del ministerio público hasta procuradores, desde jueces hasta magistrados.

El crimen organizado cuenta con sicarios entrenados militarmente, con armas de fuego de alto poder de las que carecen generalmente las policías, sistemas sofisticados de comunicación, información precisa de y sobre las autoridades y de sus movimientos para combatirlo. Además, amedrentan con su máxima de plata o plomo, que la hacen realidad.

⁽²¹⁾ Oliva Santos, Andrés de la, “El ‘factor humano’ en la justicia (hablando claro sobre el tópico “justicia y sociedad”)” en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, núm. 10, pp. 27 y 28, 34 y 35.

Muchos buenos funcionarios de procuración de justicia y jueces han sido asesinados en diversos países del mundo y en México.

Hoy en día, el crimen organizado se concentra especialmente en el tráfico de estupefacientes, de armas, en redes de prostitución incluidos niños, de migrantes, secuestros y en juegos de azar. Es probable que en México los dos primeros rubros, especialmente el primero, sean el reto más grande para la procuración de justicia, aunque, en diversas y frecuentes ocasiones, aquellos se imbrican.

Entonces, queda claro que las personas responsables en estas funciones deben satisfacer una serie de requisitos. Las guerras no se enfrentan con generales imprevistos, miedosos y vendidos al enemigo.

Los procuradores, subprocuradores, fiscales especiales, directores generales, jefes y comandantes de la policía de investigación no pueden ser improvisados y deben distinguirse por diversas cualidades, que son primordialmente las siguientes: a) preparación profesional, b) honestidad, c) valentía, d) convicción de que están prestando un servicio social al país, y e) equilibrio psicológico.

Entonces ¿se necesitan santos? No, sino mexicanos patriotas que cumplan con su responsabilidad, y quienes deben ser apoyados por la sociedad si desempeñan correctamente sus funciones. En caso contrario, la sociedad organizada debe denunciarlos e imponerle las sanciones que sí están a su alcance como sociedad, a lo cual me refiero con posterioridad.

Desde luego las cualidades que deben poseer los principales responsables de la procuración de justicia, toda proporción guardada, deben engalanar a todos aquellos que laboran en esas dependencias.

Respecto a dichas cualidades, suficiente se ha expresado y suficiente se ha escrito. No hay que agregar nada, únicamente que en la realidad los agentes del ministerio público y de la policía de investigación, en términos generales, se encuentran con una preparación deficiente, a pesar de que la Procuraduría General de la República cuenta con dos dependencias especializadas para su preparación: el Instituto de Capacitación y Profesionalización –paralizado en la actualidad– y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, que hasta doctorados honoris causa confiere y que realiza “labor académica” brillante. ¿Dónde se encuentra la falla? Son cascarones para el oropel externo. Su fracaso se demuestra en que se gastan cantidades millonarias y los resultados positivos para la procuración de justicia son escasos.

Hablo de la cualidad, por ejemplo, de equilibrio psicológico. Se supone que la PGR realiza diversos exámenes antes del nombramiento de su personal, incluidos los altos puestos salvo el de Procurador General, para poder evaluar la personalidad de los candidatos. En 2002, la sociedad escuchó en los medios electrónicos la

grabación de uno de esos exámenes a una candidata a subprocuradora que auspicó, así lo admitió, la tortura de una persona con quien había tenido un problema personal, pero de todas maneras se le designó para el puesto. ¿Han servido para algo los mencionados exámenes? Teatro puro, mentiras al por mayor. ¿Y la sociedad? Algunos sectores hasta compadecieron a la subprocuradora, alegando que se había violado su derecho a la intimidad al darse a conocer públicamente la grabación de ese examen. Incluso algunas personas preparadas y de buena fe la defendieron, sin comprender que un funcionario público tiene derecho a su vida privada, la cual es sagrada, a menos que afecte la función pública que realiza⁽²²⁾. Muchos no se percataron del grave peligro social que implica que un subprocurador sea, por lo menos, cómplice de torturadores. ¿Puede así transitarse a una mejor procuración de justicia? En ese caso, la responsabilidad no sólo fue de la “pareja presidencial” que apoyó y sostuvo a la subprocuradora en el cargo, sino también de amplios sectores sociales, incluidos algunos medios de comunicación.

Como puede contemplarse el problema es por demás delicado. En México, la procuración de justicia se complica en grado alarmante por: a) el contexto de la moral pública del país, al cual ya me referí, b) la corrupción que ha permitido el fortalecimiento del crimen organizado, c) en relación estrecha con lo anterior, las cantidades fabulosas de dinero que maneja dicho crimen organizado, especialmente el dedicado al narcotráfico, d) la impunidad, e) en términos generales los errados nombramientos en los altos cargos de la procuración de justicia, y f) la actitud y tolerancia sociales ante “la quinteta de la muerte” y el inmenso problema de la deficiente procuración de justicia.

V.T IPOLOGÍA DE LOS PROCURADORES

1. En una procuraduría general de justicia los cargos más importantes son: el procurador, los subprocuradores, el oficial mayor, los fiscales especiales, los coordinadores de área de los cuales suelen depender direcciones generales, y el director de la policía de investigación. En ocasiones, y dependiendo de la personalidad del procurador, otros cargos pueden tener relevancia como una específica dirección general, el visitador general o el coordinador de asesores.

De acuerdo con la realidad mexicana, y tomando en cuenta los últimos cuarenta años, intento realizar una tipología de procurador, que incluye tanto el de carácter federal como el local; tipología que puede hacerse extensiva a los princi-

(22) Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica...*, obra citada, nota 11, pp. 73-75 y 95-100. Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública” en *Derecho Comparado de la información*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, núm. 3, pp. 61-71.

pales funcionarios de la dependencia y, toda proporción guardada, en general, a todos los servidores públicos de esa área de la justicia.

El papel del procurador –y, desde luego, el de los subprocuradores– es esencial. Cuando se conoce que el procurador es capaz, honesto, valiente y justo, los colaboradores, por regla general, serán cuidadosos o más cuidadosos de no incurrir en actos de corrupción, de cumplir sus labores con responsabilidad y de evitar arbitrariedades o violaciones legales. Por el contrario, cuando se conoce en la dependencia –y siempre se conoce porque hay formas de conocerse– que el procurador recibe sobornos, que generalmente son millonarios, que es arbitrario, que no tiene respeto a la ley, esas actitudes permean a los funcionarios, agentes y trabajadores de la institución; entonces, la procuración de justicia se convierte en un enjambre de complicidades.

Distingo cinco tipos de procuradores:

a) *Honestos, con capacidad técnica y comprometidos con su responsabilidad.*

La honestidad es de carácter económico, pero también de actitud. No se aceptan regalos. No se utiliza el cargo para hacer relaciones públicas útiles para la persona. No se otorga prebenda alguna, como puede ser, a familiares, amigos o medios de comunicación. El presupuesto y el patrimonio de la institución se manejan correctamente. Hay inventario de los bienes asegurados y si se subastan, es en forma pública y de acuerdo con las normas.

Se trata de un jurista con preparación suficiente, especialmente en las ramas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Penal material y adjetivo. Se rodea de funcionarios capaces y con experiencia en procuración de justicia.

Encontrarse comprometido con su responsabilidad implica laboriosidad, largas jornadas de trabajo, que estudia los principales asuntos y decide de acuerdo con los marcos constitucionales y legales. Para él la única verdad legal es la que se encuentra en las pruebas jurídicas contenidas en el expediente. Es decir, no acepta indicaciones o consignas por razones de Estado o políticas. Si es necesario, está decidido a separarse del cargo antes que cometer una injusticia.

No se deja presionar por amenazas, poderes de hecho como grandes empresas, medios de comunicación o iglesias. Su estrella polar es únicamente la ley.

En la jungla que se han convertido las procuradurías de justicia, pareciera imposible que exista este tipo de procuradores. Pues sí han existido y, con posterioridad, me voy a referir a varios casos que me constan, y conozco otros más, tanto a nivel federal como local.

- b) *Honestos, con capacidad técnica, pero sin compromiso con su responsabilidad.* En este tipo la diferencia con el anterior se encuentra en la tercera característica: el compromiso con la responsabilidad. El procurador decide no enterarse de lo que acontece en el país ni al interior de la procuraduría. Es la filosofía del dejar hacer, dejar pasar. No quiere comprometerse. No desea echarse encima enemigos de calibre ballena, que le harán la vida imposible tanto durante el desempeño del cargo, como puede ser con campañas negativas y constantes en los medios de comunicación, así como después que haya dejado el cargo, cuando incluso su vida corre peligro, tal y como tenemos ejemplos.

En la mayoría de los asuntos, incluso puede cuidar que se aplique la ley puntualmente, pero atiende instrucciones políticas o por razones de Estado y entonces subordina la ley a esas instrucciones. La filosofía de dejar pasar, dejar hacer es especialmente clara en relación con el narcotráfico, el poder político o los poderes de hecho.

En este tipo de procuradores suelen encontrarse personas cultas, agradables, con carisma. Pero han decidido no comprometerse con su labor. ¿Para qué? No existen estímulos sociales. Al contrario, conocen que su prestigio personal y profesional puede hundirse ante la batería constante de los ataques mediáticos, y que la sociedad no pondera ni apoya los esfuerzos por mejorar la procuración de justicia en beneficio de la propia sociedad y los derechos de las personas.

- c) *Honestos, sin capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.*

Este tipo es parecido al anterior; sin embargo, la diferencia se encuentra en que los procuradores carecen de capacidad técnica, son abogados mediocres o menos que mediocres, lo cual los vuelve inseguros en sus decisiones, e incluso en casos cotidianos no impera la ley, principalmente por falta de conocimientos jurídicos. No gozan del respeto profesional de sus subalternos. La procuraduría navega sin capitán.

- d) *Corruptos, con capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.*

La corrupción los lleva de la mano a menospreciar su responsabilidad con la ley y la sociedad.

Un procurador federal corrupto, en razón del narcotráfico, puede llegar a recibir millones de dólares al mes. Para tener una idea clara al respecto, me refiero al caso de un comandante, uno de los más importantes en su época: Guillermo González Calderoni. La DEA (*Drug Enforcement Administration, Agencia Antidrogas*) calculaba su fortuna en cuatrocientos millones de dólares.

Lo que a la Procuraduría General de la República le constaba, cuando lo consignó en 1993, es que sus bienes no correspondían a sus remuneraciones; entre aquellos se encontraban cinco magníficos inmuebles, una compañía de autotransportes, una flotilla de cien trailers o tractocamiones, ranchos, quinientas cabezas de ganado fino.

En varias ocasiones he afirmado que la mano que roba se puede ocultar; no la que gasta. La ostentación principesca en que viven varios ex-procuradores, por decir lo menos, no deja de extrañar.

Como es fácil de entender se puede ser corrupto y sin compromiso con la responsabilidad, pero gozar de capacidad técnica y estar profesionalmente preparado para el cargo.

Así hemos visto casos en que un procurador obtiene triunfos en la lucha contra el narcotráfico, los cuales son reconocidos nacional e internacionalmente. Esos triunfos se deben a que conoce como realizar su trabajo, pero sólo golpea a un cartel y apoya al otro, el cual lo compensa con cataratas de billetes verdes, en virtud de que no sólo los protege sino que debilita a su competencia. Así se cierra un círculo infernal.

e) *Corruptos, sin capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.*

Así han proliferado procuradores, y después del cargo, la impunidad y la red de complicidades los han protegido.

2. ¿Por qué para muchas personas esos cargos son tan apetecibles? Por las siguientes razones, ya sea por una, varias o todas:

- a) El dinero puede llegar con facilidad y en cantidades inimaginables. Recordemos que en la atmósfera moral de México, aquél es uno de los valores más apreciados.
- b) El poder. No cabe duda alguna que quien determina el ejercicio de la acción penal, y más con amplio margen de discrecionalidad, goza de un gran poder, al estar determinando incluso la libertad de las personas. Además, cuenta con fuerza física al ser el jefe último de la policía de investigación, cuyos agentes dependen de él y generalmente no gozan de ninguna garantía de estabilidad en el puesto. En consecuencia, difícilmente encuentra oposición incluso a sus decisiones más arbitrarias y antijurídicas.
- c) Promoción personal. Tiene los reflectores del país o de su Estado sobre él. Dispone de recursos económicos enormes para promoverse en los medios de comunicación, con algunos de los cuales hasta alianzas suele construir. Alguien desconocido puede en unos meses forjarse una personalidad mediática, aunque los resultados de su actividad sean magros. Hay incluso

procuradores que pensaron que el cargo los conduciría a la presidencia de la República, y con tal fin utilizaron todos los instrumentos, y de toda naturaleza, de la dependencia.

- d) Relaciones públicas tanto nacionales como internacionales. En ese cargo puede dedicarse a cultivar relaciones con lo más granado del empresariado, del medio intelectual, académico y religioso, así como con altos funcionarios de Estados Unidos, América Latina y Europa.
- e) El convencimiento, basado en la realidad de que, haga lo que haga, gozará de impunidad. Entonces, el cargo se vuelve más apetecible, jugoso y deseable.

3. ¿Cómo lograr que los funcionarios de la procuración de justicia sean los adecuados? Es decir, que respondan al tipo de procurador honesto, con capacidad técnica y comprometido con su responsabilidad?

Externo unas ideas:

- a) El nombramiento del procurador no lo debe realizar el poder ejecutivo, sino que a nivel federal debe quedar en manos del Senado, órgano que lo designaría, por las dos terceras partes de los legisladores presentes, de una cuarteta, dos nombres los propondría el pleno de la Suprema Corte y dos el pleno del Consejo del Ministerio Público.
- b) Amplio análisis e investigación de los currícula de los cuatro propuestos con la finalidad de cerciorarse de que reúnen las cualidades para el cargo: honestidad, capacidad técnica, responsabilidad, compromiso. La comisión respectiva del Senado llevaría a cabo comparecencias públicas de los candidatos⁽²³⁾.
- c) La creación de los Consejos del Ministerio Público y los de la policía de investigación, que serían órganos con integración y funciones similares a las de los Consejos de la Judicatura. Es decir, su finalidad más importante sería la administración y supervisión tanto de la carrera ministerial como la de la policía, así como la garantía de independencia técnica de esos agentes⁽²⁴⁾.

(23) Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y...*, obra citada, nota 3, pp. 36-37.

(24) *Ibidem*, pp. 37-41. Véanse Giacobbe, Giovanni, "Autogobierno de la Magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la República italiana", en *Justicia y sociedad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 103. Fix-Zamudio, Héctor, "Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos" en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 43-44. Del mismo autor: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37-40.

- d) La creación de una verdadera carrera de agente del ministerio público y de agente de la policía de investigación. Lo que hoy existe es una farsa. El intento serio para crear dicha carrera fue destruido por completo.
- e) Cero impunidad para los servidores públicos de las procuradurías de justicia.
- f) Verdadera capacitación técnica. La actual es deficiente. Hay que acabar con la simulación. México no necesita prioritariamente agentes “con doctorados”, sino bien preparados desde el aspecto técnico.
- g) Seriedad en los exámenes de ingreso, tanto de carácter técnico como psicológico. Los que hoy en día se realizan responden más a razones políticas o de favoritismo. Baste sólo el ejemplo de la subprocuradora, al que ya me referí, que ordenó la tortura de una persona con quien tuvo un pequeño accidente de tránsito, o cuando menos fue cómplice de esa tortura y, sin ningún reparo, fue designada.
- h) Estímulos sociales y económicos a los funcionarios cumplidos, y premios a los que logren resultados sobresalientes.
- i) A los principales funcionarios otorgarles una época de protección al finalizar sus cargos, protección que se puede prorrogar de acuerdo con las circunstancias.

A nadie se le puede exigir que sea un héroe. Si la sociedad y el Estado quieren, y en mi criterio lo necesitan con urgencia, procuradores honestos, con capacidad técnica y comprometidos con su responsabilidad, es indispensable que creen las condiciones para ello, la primera es la seguridad personal para el funcionario y su familia después del cargo. Estas salvaguardias tienen que ser de carácter institucional y no como prebendas otorgadas por los siguientes funcionarios, o que se concedan o no con base en consideraciones políticas.
- j) Como regla general, es preferible que a los altos cargos del ministerio público no asciendan personas muy jóvenes, para que cuenten con amplia experiencia profesional y mejor comprensión de la realidad y de la existencia. Desde luego que existen excepciones. Conozco a jóvenes que desempeñaron su labor muy bien e incluso en forma excelente.

VI.L A RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. En términos generales el fracaso de la procuración de justicia aflige a la sociedad. Estupefacta contempla cómo aumenta el número de asesinatos, secuestros, decapitados, enfrentamientos con armas de alto poder en las vías públicas.

En la cuarta encuesta nacional sobre inseguridad urbana, realizada en 16 zonas de alta incidencia delictiva, durante 2005, el 71.1% de los ciudadanos entrevistados manifestó que se siente inseguro en la entidad federativa en donde

habita, 57% en relación con su municipio y 72.5% en la ciudad en que vive. 46.8% declaró que consideraba que los delitos se habían incrementado en su municipio o delegación durante 2005. 13.5 de cada 100 personas expresaron que la inseguridad había afectado de manera considerable su nivel de vida, 36.6 dijeron que únicamente un poco y 47.1 que nada. Cuando se les interrogó si habían dejado de hacer algo debido al temor de ser agredidos por delincuentes, se contestó en orden decreciente que sí en los siguientes rubros: más del 50% en usar joyas; salir de noche; llevar dinero en efectivo; tomar taxi; visitar parientes o amigos; usar transporte público; traer tarjetas de crédito; ir al cine o al teatro; salir a comer o cenar, hasta ir al estadio en un 18%.

Asimismo, los encuestados han tomado acciones para protegerse de la criminalidad, tales como, de más a menos, colocar cerraduras, poner rejas o bardas, medidas conjuntas con los vecinos, tener perro guardián, aumentar seguridad para auto, vigilancia privada para la calle o la colonia, colocar alarmas o contratar seguro para la casa o el negocio.

En relación con la confianza, satisfacción y calificación que les merecen los cuerpos de seguridad pública, el promedio, en una escala de 0 a 10, fue el siguiente: Agencia Federal de Investigación 5.5, Policía Judicial Estatal 4.1, Agentes del Ministerio Público 4.2, Policía de Tránsito 3.7. Las cifras anteriores indican con claridad la percepción social respecto a este grave problema⁽²⁵⁾.

Veamos algunas cifras sobre seguridad y delincuencia en un lapso de treinta años:

- a) Presuntos delincuentes del fuero común y fuero federal registrados en juzgados de primera instancia en materia penal, por cada 100 mil habitantes. En 1977: 133. En 2006: 200.
- b) Delincuentes sentenciados del fuero común y fuero federal, por cada 100 mil habitantes. En 1977: 96. En 2006: 156.
- c) 3.1 fue la *tasa de crecimiento anual* de presuntos delincuentes del fuero común relacionados con delitos de homicidio, lesiones y robo entre 1977 y 2006.
- d) 3.4 fue la *tasa de crecimiento anual* de delincuentes sentenciados del fuero común relacionados con delitos de homicidio, lesiones y robos entre 1977 y 2006.
- e) 4.7 fue la *tasa de crecimiento anual* de los delincuentes sentenciados del fuero federal por delitos de homicidio, lesiones, robo y delitos contra la salud entre 1977 y 2006.

⁽²⁵⁾ *Cuarta encuesta nacional sobre inseguridad urbana*, México, Instituto ciudadano de estudios sobre la inseguridad, a.c., Instituto Nacional de Salud Pública, 2006 ENSI-4 Urbana, 2007, pp. 53-59.

- f) 5.4 fue la tasa de crecimiento de los delincuentes sentenciados del fuero federal por delitos contra la salud entre 1977 y 2006.
- g) 18.6 pesos se gastaron (a precios de 2007) por habitante por la Procuraduría General de la República en 1980.
- h) 87.8 pesos se gastaron (a precios de 2007) por habitante y por la misma dependencia en 2006. Es decir, más de cuatro veces, ¿y los resultados?⁽²⁶⁾.

De los datos anteriores se desprende con claridad el aumento imparable de la delincuencia, salvo en algunos periodos, que por lo general no han sido prolongados, pero principalmente son en los últimos años cuando los índices delictivos se disparan, que es cuando las procuradurías han contado con más recursos económicos. Como se desprende de los dos párrafos anteriores, sólo en la PGR en esos treinta años, el presupuesto aumentó más de cuatro y media veces. Reitero mi pregunta ¿y los resultados? La inseguridad y la delincuencia en materia federal creció –mi estimación está basada en los anteriores incisos e) y f)–, en el primer caso 397% y en el segundo, 484%, en dicho lapso de 30 años. Acepto que son cálculos que pueden tener márgenes de error.

2. Es obvio que la mayor responsabilidad del desastre nacional en seguridad y en la lucha contra la delincuencia corresponde a los tres niveles de gobierno y, en particular, a la Procuraduría General de la República, a las Procuradurías de las entidades federativas y del Distrito Federal, y a las diversas corporaciones de policía que existen en el país.

No obstante, la responsabilidad que en dicho desastre corresponde a la sociedad no es menor, debido a que, aunque sufre las consecuencias del desastre, no contribuye a superarlo y, en ocasiones, sí a empeorarlo. Esta aseveración la fundamento en argumentos, de los cuales únicamente enuncié unos cuantos:

- a) Algunos de los mejores funcionarios de procuración de justicia han sido asesinados y esos crímenes continúan impunes. La sociedad se muestra desinteresada y apática para exigir que se investiguen. Casi ninguna organización social o persona lo han hecho, lo cual resulta grave porque aleja de esos cargos a gente idónea para ocuparlos.

A Leobardo Larios Guzmán, procurador general de justicia de Jalisco, le correspondió la co-responsabilidad de investigar el asesinato del cardenal Posadas. “La Rana”, uno de los jefes de los sicarios del cartel agresor, le solicitó que integrara mal las averiguaciones previas de ese caso para que los

⁽²⁶⁾ López Portillo, Ernesto, “Seguridad y delincuencia” en *Nexos*, México, 2008, núm. 361, p. 69.

jueces se vieran obligados a decretar la libertad de sus sicarios detenidos. Larios Guzmán se negó. Al término de su gestión como procurador, el gobierno siguiente le suprimió de inmediato la escolta que lo protegía. Poco tiempo después fue asesinado por miembros del grupo de “La Rana”. Tal acto no tuvo ninguna consecuencia política o social para el gobernador y procurador entrantes. Cuando “La Rana” fue detenido años después, personajes de ese Estado como el cardenal Sandoval Iñiguez y el actual Secretario General de Gobierno Fernando Guzmán lo visitaron en varias ocasiones en la cárcel. Ante todo ello no existió ninguna reacción social. Al contrario, ambos visitantes continúan siendo grandes personajes en el Estado, a pesar de que Guadalajara se había convertido en uno de los bastiones del narcotráfico.

Juan Pablo de Tavira fue el responsable de las cárceles de alta seguridad en el país. A él no se le escapó ningún preso de ellas. Con posterioridad se desempeñó como director general de la ex-policía judicial federal. Ocupaba ese cargo cuando se intentó asesinarlo abriendo las llaves del gas de su domicilio. Casi lo logran. Estuvo muy grave y nunca se recuperó por completo. Cuando ya se encontraba separado del cargo, en la cafetería de una Universidad, un sicario se acercó y, con precisión profesional, de un tiro lo ajustició. Muy pocas voces se escuchan solicitando que ese crimen cometido hace años no quede impune. Nada. Voces en el desierto y eso que Tavira es padre de varios nietos de uno de los empresarios más ricos e influyentes del país. El mensaje para los funcionarios honestos, eficaces, responsables y comprometidos del sector no puede ser peor. De nueva cuenta, la sociedad se muestra indiferente ante la impunidad. ¿Es que no comprende que con ello se inflige un daño tremendo a sí misma al propiciar el crecimiento de la inseguridad y del crimen? y que las personas idóneas se alejen de dichas responsabilidades.

Los casos abundan: otro más, el asesinato de Abraham Polo Uscanga, subprocurador en el Distrito Federal. No se supo, no se sabe, nada de nada.

A Francisco Rodolfo Álvarez Farber, ex-procurador de Sinaloa, lo asesinaron por órdenes instruidas desde una cárcel de alta seguridad por un ex-comandante judicial ligado al narcotráfico. Su caso sí fue esclarecido y el autor intelectual así como los materiales fueron consignados. La honestidad de Álvarez Farber, además de la eficacia y compromiso con su responsabilidad, se encuentra a prueba de toda sospecha.

- b) Ex-funcionarios de la procuración de justicia que se enriquecieron en forma increíble y cuyo tren de vida muestra su gran fortuna, son aceptados y bien recibidos en todas partes y pertenecen a la élite social. Son por su dinero y poder grandes señores. Reacción social negativa, cero. Aceptación total, aun de personajes que bien conocen quienes son aquellos y el origen de su fortuna.

La sociedad no tiene memoria o la tiene sólo para honrar a quien acumuló una fortuna, sin importar el origen de ésta.

- c) En los tres últimos sexenios han existido subprocuradores que, además de corruptos, cometieron probables delitos. Uno fue notorio por el ordenamiento de torturas y encubridor de crímenes. Otro, involucró a los dirigentes de un partido político y a su propio jefe, el procurador, sin prueba alguna, en el asesinato de su hermano, y aprovechó la tragedia para obtener beneficios personales. La sociedad y algunos partidos políticos, uno incluso lo designó su asesor jurídico, lo convirtieron en héroe civil hasta que se le descubrió una fortuna inexplicable⁽²⁷⁾, que el gobierno exhibió.

Uno más consignó a un culpable que él fabricó, pagó testigos, inventó pruebas. Cuando entraba a un restaurante, los comensales llegaron a aplaudirlo, su popularidad le hizo creer que incluso podía llegar a la presidencia de la República.

Otro más, siguió el ejemplo, fabricó pruebas, engañó, mintió incluso que sus hijos habían sido amenazados y sufrido accidentes para ganarse el apoyo de la opinión pública, la cual conoció que se trataba de patrañas y, en general, no reaccionó.

En todos estos casos, al principio, la sociedad no sólo los apoyó, sino los impulsó. Con posterioridad, al conocerse la verdad y desilusionarse, se cargó todo el costo a la procuración de justicia, sin que la sociedad aceptara ninguna responsabilidad para ella.

- d) Algunas organizaciones no-gubernamentales, por filias o fobias, otras por corrupción, han mantenido campañas de desprestigio contra funcionarios honestos, probos y eficaces. Las organizaciones no-gubernamentales serias han decidido hacerse a un lado en estos casos. Ninguna denuncia; al contrario, aceptación de la organización fachada.

Un solo ejemplo basta: un periodista de Tamaulipas creó una organización no-gubernamental, cuya finalidad real fue la defensa de narcotraficantes. Cuando el ya mencionado ex-comandante Guillermo González Calderoni, el de la fortuna de los cuatrocientos millones de dólares según la DEA, era prófugo de la justicia mexicana, y residía en Estados Unidos, el periodista tamaulipeco se responsabilizó de la defensa del prófugo con sus colegas, incluso invitándolos, con todos los gastos pagados, claro está, a que escucharan personalmente la versión de González Calderoni sobre “su inocencia”.

(27) Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades...*, obra citada, nota 9, pp. 98-102.

Muchas organizaciones no-gubernamentales serias conocieron esta situación, nunca la denunciaron y continuaron relaciones con el periodista tamaulipeco y su organización como si fueran respetables.

- e) Algunos medios de comunicación se prestan voluntaria o involuntariamente a campañas atroces para desprestigiar al funcionario capaz y probo. La finalidad es hacerlo flaquear en sus principios. Generalmente detrás de estas campañas existen intereses económicos fuertes para las empresas o para algunos comunicadores.

La sociedad, en diversas ocasiones, se percata de que el comunicador miente, hace de la mentira una práctica, y no recibe ninguna sanción por parte de la opinión pública cuando los hechos posteriores muestran y vuelven a mostrar que ha mentado deliberadamente, se le continúa escuchando o leyendo como si se tratara de un comunicador veraz y objetivo⁽²⁸⁾.

Algunos medios de comunicación y algunos comunicadores han sido comprados por diversos cárteles del narcotráfico⁽²⁹⁾; hoy en día, ésta es una afirmación que proviene de los propios medios de comunicación y de comunicadores con alto sentido ético de la existencia y de su profesión, y de los mismos narcotraficantes, como la declaración que hizo Benjamín Arellano Félix, aunque atribuyendo este hecho a “el chapo Guzmán”⁽³⁰⁾, en el sentido de que éste era muy poderoso, porque compraba todo, que incluso pagaba periódicos, y el propio “chapo Guzmán” acusó de lo mismo a los jefes del cártel de Tijuana. Resulta increíble que algunos medios electrónicos concedan espacios privilegiados, y por tiempos prolongados, a verdaderos gánsteres que han ofendido gravemente a la sociedad, les permiten “defenderse” y atacar a quienes les han aplicado la ley; los tiempos que les conceden son especialmente prolongados.

Ahora bien, hay medios de comunicación que no han contribuido a fortalecer una buena procuración de justicia, y están lejos de tener vínculo alguno con el narcotráfico; lo que sucede es que la noticia que se vende es la escandalosa, la que llama la atención, la que tiene contenido morboso, y la competencia entre los

(28) Carpizo, Jorge, y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal...*, obra citada, nota 10, pp. 524-528. Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, obra citada, nota 6, pp. 446-453.

(29) Véase la declaración de Carlos Payán Verver en *El Universal* del 22 de mayo de 2001, p. A8. Consúltense algunos aspectos de la corrupción en los medios, en *La Jornada* del 24 de mayo de 2001, p. 7, y en Trejo Delarbre, Raúl, *Volver a los medios. De la crítica a la ética*, México, Ediciones Cal y Arena, 1997, 389 pp.

(30) Véase *Excelsior* del 28 de julio de 1994, pp. 1 y 28.

medios es muy dura; la lucha por conseguir patrocinadores y clientes no tiene tregua, ni cuartel. Por todo ello, hay que realizar un reconocimiento a los medios y a los comunicadores que actúan con sentido ético de la delicada función que ejercen.

O REFERENDO E O PLEBISCITO: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

JORGE MIRANDA (*)
(Portugal)

SUMARIO: 1. Sobre o referendo em geral. 2. O referendo em Portugal. 3. O Direito referendário português. 4. A singularidade do referendo português. 5. O objecto e as perguntas do referendo. 6. A realização do referendo. 7. A fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade dos referendos. 8. Participação nas campanhas referendárias. 9. Efeitos do referendo nacional. 10. A violação do comando referendário. 11. A prática do referendo nacional. 12. A prática do referendo local.

1.S OBRE O REFERENDO EM GERAL

I.- Quase ao mesmo tempo que o governo representativo se afirmava, surgia ou reaparecia na segunda metade do século XVIII⁽¹⁾ uma figura aparentemente

(*) Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

(1) Em Roma, o *plebiscitum* era uma das *leges rogatae* (leis votadas em assembleias populares) apresentadas pelos tribunos da plebe a deliberação dos *concilia plebis*; e, a partir da *Lex Hortensia de plebiscitis* (de 287 antes de Cristo) passaria a vincular quer plebeus quer patricios. Por seu lado, na Idade Média, os procuradores do povo, quando chamados a participar em deliberações para além dos seus poderes ou instruções, faziam-no sob reserva de confirmação, *ad referendum* (e esta expressão, por sinal, subsiste ainda hoje na conclusão de tratados internacionais).

Embora em contextos completamente distintos, num caso e noutro chamava-se a pronunciar-se os detentores originários do poder ou dos interesses em causa.

fora da sua lógica: o referendo, também por vezes chamado plebiscito. Surgia, contudo, sob inspirações diversas, na França e nos Estados Unidos⁽²⁾ ⁽³⁾.

(2) Cfr., entre tantos, AFONSO COSTA, FILHO, *Parlamentarismo, Dissolução, Referendum*, Lisboa, 1936; GEORGES FERRIÈRE, “Dissolution et référendum”, in *Revue du droit public*, 1946, págs. 411 e segs.; T EMISTOCLE MARTINES, *Il referendum negli ordinamenti particolari*, Milão, 1960; HERVÉ DUVAL, LEBLANC-DECHOISAY e PATRICK MINOU, *Référendum et Plébiscite*, Paris, 1970; EUGENIO DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, Pádua, 1974; JEAN-MARIE DENQUIN, *Référendum et Plébiscite*, Paris, 1976; PETER SALADIN, “Le référendum populaire en Suisse”, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, págs. 331 e segs.; JEAN-FRANÇOIS PRÉVOST, “Le droit référendaire dans l’ordonnancement juridique de la Constitution de 1958”, in *Revue du droit public*, 1977, págs. 5 e segs.; *Referendums – A Comparative Study of Practice and Theory*, obra colectiva, Washington, 1978; ANGELO MATTIONI, “Considerazioni sul referendum nella organizzazione costituzionale”, in *Il Politico*, 1979, págs. 496 e segs.; PEDRO CRUZ VILLALON, “El referendum consultivo como modelo de racionalización constitucional”, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, Janeiro-Fevereiro de 1980, págs. 145 e segs.; MCHÈLE GUILLAUME-HOFNUNG, “L’expérience italienne du référendum abrogatif”, in *Revue internationale de droit comparé*, 1983, págs. 108 e segs.; ACHILLE CHIAPPETTI, “Plebiscito”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, págs. 945 e segs.; ALVARO MARQUES e THOMAS B. SMITH, “Referendums in the Third World”, in *Electoral Studies*, 1984, págs. 85 e segs.; *Référendum*, obra colectiva sob a direcção de Francis Delpérée, Bruxelas, 1985; JEAN-LOUIS QUERMONE, “Le référendum: essai de typologie prospective”, in *Revue du droit public*, 1985, págs. 577 e segs.; *Referendum e Democrazia e Referendum*, obras colectivas, Roma-Bari, 1992 e 1994; FRANCIS HAMON, *Le référendum – Étude comparative*, Paris, 1995; MARIA BENEDITA URBANO, *O referendo*, Coimbra, 1998; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VII, Coimbra, 2007, págs. 26 e segs.

(3) Na doutrina têm sido propostos diferentes formas de contraposição entre referendo e plebiscito:

- a) O referendo, processo de governo realmente democrático, e o plebiscito, processo de governo cesarista ou acto pelo qual o povo delega o poder num homem (DUGUIT);
- b) O referendo, deliberação do povo que acresce à deliberação de um órgão do Estado, formando um acto complexo, e o plebiscito, deliberação do povo só por si, com efeitos imediatos (MAURICE BATELLI);
- c) O referendo, acto normativo ou tendo por objecto um acto normativo, e o plebiscito, acto relativo a determinado facto ou evento, como a anexação de um território ou a escolha de uma forma de governo (SANTI ROMANO, COSTANTINO MORTATI);
- d) O referendo, processo de governo ou de poder constituído, em especial do poder legislativo, e o plebiscito, processo constituinte para que se apela a fim de se decidir uma modificação da Constituição (MARCELLO CAETANO, CLAUDE EMERI);
- e) O referendo, instituto decorrente de normas constitucionais, e o plebiscito, instituto não regulamentado previamente por normas sobre a constituição do ordenamento (ACHILLE CHIAPPETTI).

Simplemente, como o acto do povo é, em si, sempre o mesmo, não divisamos grande interesse na dicotomia. Por isso e porque é este o termo hoje mais divulgado, preferimos falar aqui apenas em referendo.

Aprovada desde logo por referendo, a Constituição francesa de 1793 estabelecia que os projectos aprovados pelo Corpo Legislativo seriam submetidos a votação dos cidadãos se, nos quarenta dias subsequentes ao seu envio às comunas, na maioria dos departamentos, um décimo das assembleias primárias tal reclamasse. Era, de certo modo, uma ficção, embora se pretendesse, no âmbito da forma de governo comissarial, um sucedâneo da representação política.

Diversamente, em alguns Estados e municípios norte-americanos e também na Suíça, não se almejava criar uma alternativa aos poderes próprios dos órgãos electivos; cuidava-se somente de transferir para o povo algumas decisões mais importantes. Seria este entendimento que iria prevalecer, no futuro, nos países com regimes democráticos onde viria a ser consagrado o instituto.

Uma terceira linha de força seria a que, ainda no início do século XIX, resultaria da prática seguida por Napoleão Bonaparte em 1802 e 1804 para consolidar o seu poder: a votação popular com aclamação dos governantes ou dos candidatos a governantes, a utilização de um instrumento democrático para finalidades autocráticas. E essa prática –ditaplebiscitária– seria imitada por muitos outros em condições semelhantes.

Entretanto, no século XIX (tal como já sucedera em finais do século anterior) recorrer-se-ia a votações populares, a plebiscitos, não tanto em nome do princípio democrático quanto em nome do princípio das nacionalidades, para a formalização de mutações territoriais⁽⁴⁾.

II.- Na passagem do século XIX para o século XX, a extensão do sufrágio e algum desencanto perante um sistema representativo com frequentes tendências oligárquicas criam um terreno favorável à introdução de elementos inovadores de democracia e intervenções dos cidadãos. O referendo e a iniciativa popular aparecem então em grande parte dos Estados norte-americanos, na Austrália e em alguns países nórdicos (e é por essa via que a Noruega se separa da Suécia em 1905).

No primeiro pós-guerra, o entusiasmo constitucional e a procura de uma “racionalização do poder” vão no mesmo sentido, na Áustria, na Checoslováquia, nos países bálticos, na Espanha (Constituição de 1931) e na Irlanda. Caso mais paradigmático é o da Constituição alemã de 1919 (Weimar), a qual prevê referendo para a resolução de conflitos no interior do *Reichstag*, entre ele e o *Reichsrat* e

Mas no Brasil, a Constituição ainda distingue (art. 14º-I e II): o referendo, votação popular confirmativa de decisão de órgão competente, e o plebiscito, votação popular antes de decisão de órgão competente.

(4) Assim a anexação das ilhas Jónicas pela Grécia, a do Eslésvigo do Norte pela Prússia e alguns momentos da unificação italiana.

entre as Câmaras e o Presidente do *Reich*, bem como para efectivação da responsabilidade política deste perante o povo a pedido do Parlamento (e importando a recusa de revogação de mandato a dissolução do *Reichstag*). Os resultados não se oferecem, todavia, muito satisfatórios no contexto da época e não são poucos os exemplos de manipulação ou aclamação plebiscitária⁽⁵⁾.

No segundo pós-guerra, o instituto do referendo continua, apesar disso, a difundir-se. Contemplam-no, por exemplo, Constituições como a italiana de 1947 (referendo legislativo resolutivo ou revogatório, referendo sobre modificações das regiões e referendo consultivo regional), a alemã de 1947 (referendo para modificações dos *Länder*), a francesa de 1958 (referendo sobre organização dos poderes públicos e sobre certos tratados e referendo sobre a eventual separação de territórios ultramarinos), a sueca de 1974 ou a espanhola de 1978 (referendo consultivo político). E nos últimos sessenta anos foram muito importantes alguns dos muitos referendos realizados.

Nuns casos, mostra-se o referendo um instrumento adequado ou simplesmente possível para se ultrapassarem difíceis situações políticas. Noutros, não deixa ele próprio de acarretar problemas jurídico-constitucionais (como aconteceu em 1975 na Grã-Bretanha, por causa da sua conjugação com o princípio da soberania do Parlamento). Interessante foi o plebiscito realizado no Brasil em 1993 para decisão entre monarquia e república e entre sistema de governo parlamentar e sistema presidencial.

III.- Alguns autores têm sustentado a incompatibilidade entre o referendo e o sistema representativo. Outros entendem que ele imprime à forma de governo um carácter dualista ou falam em democracia semidirecta ou semi-representativa como *tertium genus* entre a democracia directa e a representativa. Ao invés, há os que consideram que, sem referendo, a democracia representativa fica truncada ou diminuída nas suas virtualidades de desenvolvimento. Parece mais correcta uma interpretação mitigada: não é exacto que o referendo, só por si, dê lugar a uma nova forma de governo, assim como não existe um nexó necessário entre democracia representativa e referendo⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Cfr., sobre o plebiscito no nacional-socialismo alemão, EIC VOEGELIN, *Die politischen Religionen*, 1938, trad. francesa *Les religions politiques*, Paris, 1994, págs. 94 e segs.: o plebiscito como acordo entre a vontade objectiva do povo incarnada no FÜHRER e a vontade subjectiva dos membros do povo.

⁽⁶⁾ Cfr. sobre o problema A. ESMEIN, *Deux formes de gouvernement*, in *Revue du droit public*, 1894, I, págs. 15 e segs.; MRKINE-GUETZÉVITCH, *Le référendum et le système parlementaire* in *Revue politique et parlementaire*, 1931, págs. 304 e segs.; CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum et du parlementarisme*, in *Revue du droit public*, 1931, págs. 225 e segs.; RNST FRAENKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre*

Salvo, porventura, na Suíça o referendo (ou a iniciativa popular) não altera substancialmente a estrutura governamental. Ele enxerta-se, sim, na representação política, umas vezes para inflectir a vontade manifestada pelos órgãos representativos em correspondência com a vontade actual do eleitorado, outras vezes para a corroborar; e porque se realiza esporadicamente, sobre problemas determinados, com maiorias fluidas e sem a ponderação pluralista inerente ao debate parlamentar, não se transforma num mecanismo de direcção permanente da actividade do Estado; é apenas (ou pode ser) mais um contrapeso do aparelho do poder (em especial, do poder dos partidos), uma válvula de segurança em crises políticas ou um factor de integração ou de legitimação.

Tão-pouco a diferença entre o objecto imediato da eleição (designação dos titulares de órgãos representativos) e o do referendo (formulação de providências determinadas) pode obnubilar os numerosos pontos que têm em comum. Ambos repousam no direito de sufrágio dos cidadãos, ambos requerem procedimentos, com muitos elementos em comum e, ao arripio do que supunha a doutrina clássica, a própria eleição é também verdadeira decisão política.

2.0 REFERENDO EM PORTUGAL

I.- Em Portugal, a ideia de referendo de âmbito nacional aparece pela primeira vez em 1872 na secção V do projecto de lei de reforma da Carta Constitucional subscrito por JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, sob a forma de ratificação popular das alterações constitucionais⁽⁷⁾.

Muito mais tarde, durante a discussão do que viria a ser o art. 63º da Constituição de 1911, o deputado GOULART DE MEDEIROS propôs na Assembleia

Komponente im demokratischen Verfassungsstaat, 1958, trad. *Le componente rappresentative e plebiscitaria nello stato costituzionale democratico*, Turim, 1994; MARIA LUÍSA DUARTE, *O referendo e a representação política*, in *Revista Jurídica*, nºs 9 e 10, Janeiro-Junho de 1987, págs. 195 e segs.; RALF DAHRENDORF, *On the concept of the "Living Constitution"*, in *L'idée de philosophie politique*, obra colectiva, Paris, 1965, págs. 141 e segs.; MASSIMO LUCIANI, *Il referendum impossibile*, in *Quaderni Costituzionali*, 1991, págs. 509 e segs. e *Le référendum et la représentation politique. Brèves notes pour uma comparaison entre l'Italie et la France*, in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, obra colectiva, Bruxelas, 2005, págs. 573 e segs.

(7) Esta ideia, segundo o autor, poderia interessar o país na manutenção das suas instituições políticas e daria a estas a força da opinião e o prestígio do sufrágio popular. Seria de admitir a delegação ordinária dos interesses comuns, mas para alterar a Constituição (em virtude da qual existem os poderes do Estado), para rever o pacto fundamental (que estipula os direitos da nação e as atribuições do poder) só pelo expreso consenso da nação se deveria julgar perfeita a reforma. "A soberania popular é inalienável. Deixaria de o ser se por uma delegação especial, e sem ratificação, pudesse ser alterada nestes pontos a sua Constituição política".

Constituinte desse ano a substituição do preceito vindo da comissão que elaborou o projecto da Constituição por este: “O Supremo Tribunal de Justiça, como primeira instância, julgará qualquer reclamação contra a promulgação de leis inconstitucionais. Deste tribunal há recurso para a Nação, que será consultada directamente”. Era uma modalidade algo singular de referendo sobre inconstitucionalidade.

Nenhuma destas sugestões teria seguimento.

II.- Seria a nível local que o referendo viria a obter, primeiro, consagração no Direito português. Numa perspectiva descentralizadora e municipalista, o art. 66º, nº 4, da Constituição de 1911 instituiu-o, embora nos termos que a lei determinasse⁽⁸⁾.

A Constituição de 1933 mantê-lo-ia (art. 126º), conquanto, ao fim de pouco tempo, reduzido a referendo orgânico⁽⁹⁾.

Apenas na vigência da Constituição de 1976, pela revisão de 1982, é que um referendo local verdadeiro e próprio viria a ser introduzido (até 1997, sob o nome algo eufemístico de “consultas directas aos cidadãos eleitores”).

III.- O regime saído da revolução de 1926 não convocou uma assembleia constituinte para a feitura da sua Constituição. Ao invés, foi o Governo que elaborou um projecto e que o apresentou, primeiro, a discussão pública em 1932 e, depois, a “plebiscito nacional” em 1933 (sendo o sufrágio obrigatório e contando-se as abstenções como votos a favor).

Como continuavam, entretanto, as liberdades públicas suspensas ou restringidas, essa situação não poderia deixar de afectar negativamente a democraticidade do processo. Não foi em nome do princípio da soberania popular, mas contra aquilo que seria uma sua consequência – a eleição de uma assembleia livre que interviesse na feitura da Constituição – que se preferiu seguir o caminho do referendo.

(8) O referendo, escreveu então MARNOCO E SOUSA, *Constituição Política da República Portuguesa - Comentário*, Coimbra, 1913, pág. 593, permitiria ao povo disciplinar e orientar a administração local. E, assim, a Lei nº 88, de 7 de Agosto de 1913, previu a intervenção obrigatória dos eleitores da paróquia relativamente a certas deliberações das respectivas juntas e a intervenção facultativa dos eleitores do município a pedido de 1/10 deles para se tornarem executórias certas deliberações das respectivas câmaras; e a Lei nº 621, de 23 de Junho de 1916, estabeleceu o referendo obrigatório para a criação de novas freguesias ou concelhos. Contudo, essa mesma Lei nº 88 e outras, mais restritivas, admitiram igualmente a simples intervenção dos corpos administrativos de escalão inferior para confirmação de actos de outros corpos administrativos.

(9) Se o Código Administrativo de 1936 ainda consagraria o referendo dos chefes de família nas freguesias de 2 e 3ª ordem, após a sua revisão, em 1940, apenas subsistiria o referendo dos conselhos municipais e dos conselhos provinciais (ou, após 1959, conselhos de distrito).

Na Constituição assim aprovada, de 1933, a revisão constitucional, originariamente, competia só à Assembleia Nacional (arts. 133º e 134º). Ora, a Lei nº 1885, de 23 de Março de 1935, aditou uma revisão por referendo, ao conferir ao Presidente da República a faculdade de, quando o bem público imperiosamente o exigisse, ouvido o Conselho de Estado e em decreto assinado por todos os ministros, submeter a plebiscito nacional as alterações da Constituição que se referissem à função legislativa ou seus órgãos (arts. 134º, nº 2, 138º, nº 2, no texto vigente em 1974).

Este referendo nunca foi regulamentado, nem aplicado. Nem houve necessidade de o pôr em prática, no contexto do regime autoritário em que o País viveu.

IV.- O problema do referendo colocar-se-ia logo após 25 de Abril de 1974 não só em relação aos territórios ultramarinos (pois alguns sectores defenderam, sem êxito, que deveria haver referendo para as populações escolherem entre a independência e qualquer forma de ligação a Portugal) mas também em relação ao próprio País (para, igualmente sem resultado favorável, se tentar travar ou inverter o rumo da situação social e política).

Por outro lado, a maior parte dos projectos da Constituição submetidos à Assembleia Constituinte admitia referendo e outras formas de participação popular directa. Tão pouco tiveram seguimento. A Assembleia Constituinte optou, até por causa dos circunstancialismos pós-revolucionários, por uma rigorosa democracia representativa, completada por algumas formas de participação, meramente consultiva, dos cidadãos ou grupos de interessados em procedimentos legislativos e administrativos.

V.- A questão do referendo voltaria a ser discutida – muito mais intensa e dramaticamente – a propósito das alterações a fazer na Constituição de 1976, sobretudo em 1980, no termo da 1ª legislatura e do 1º mandato presidencial.

A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* da sua revisão, tendo cometido o poder de a decretar ao Parlamento, à Assembleia da República [arts. 164º, alínea a), 169º, nº 1, e 286º e segs.], houve quem invocasse a possibilidade de apelar ao povo através do referendo; foram apresentados um projecto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à sua promoção; e a campanha eleitoral para a Presidência da República daquele ano teve-o como assunto primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou, ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia a maioria qualificada exigida no art. 286º para viabilizar a própria revisão. Sendo, embora,

diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático – por o povo, por direito natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação directa e activa dos cidadãos na vida pública (arts. 48º e 112º).

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos e pluralistas sobre os de democracia directa).

No fundo, o que estava em causa era a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar – o que pressupunha a aceitação das suas regras – mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se e de que forma, ruptura da ordem constitucional de 1976. Os resultados da eleição presidencial de Dezembro de 1980 resolveram este problema no sentido da inadmissibilidade do referendo e do respeito das regras constitucionais sobre revisão⁽¹⁰⁾.

Isto tudo explica por que na primeira revisão constitucional foi afastada, categoricamente, qualquer ideia de referendo nacional.

VI – Ter-se-ia de esperar pela segunda revisão constitucional, realizada em 1989, para – agora num contexto de consolidação institucional e de maior serenidade política – se consagrar, aliás em moldes prudentes e restritivos, a figura de um referendo vinculativo nacional (art. 118º, hoje art. 115º, com algumas modificações).

E, finalmente, na revisão de 1997 viriam a ser acrescentado um referendo específico sobre a criação concreta das regiões administrativas (art. 256º); assim como o referendo a nível de regiões autónomas acerca de questões de relevante interesse específico regional (art. 232º, nº 2), este até agora não regulamentado.

3.O D DIREITO REFERENDÁRIO PORTUGUÊS

I.- O referendo vem a par da eleição como forma de exercício do direito de sufrágio.

Por isso, são princípios também de Direito referendário os princípios de Direito eleitoral subjectivo: universalidade, igualdade, individualidade, pessoalidade, liberdade, imediatividade.

E igualmente alguns dos princípios de Direito eleitoral objectivo, com adaptações:

(10) V. *Manual ...*, I, 7ª ed., 2003, págs. 378 e segs.

- A liberdade e a igualdade dos eleitores e agora dos intervenientes (partidos e grupos de cidadãos) na campanha referendária;
- A imparcialidade das entidades públicas;
- A participação na administração, agora referendária;
- A estabilidade da legislação – devendo admitir-se (à semelhança do que sucede com a convocação de eleições) que depois da aprovação da proposta de referendo não possa ser alterada a lei reguladora de convocação e de realização do referendo;
- Jurisdicionalidade – o contencioso referendário cabe aos tribunais.

II.- A estes princípios acrescem princípios específicos:

- 1º) Relevante interesse (nacional, regional ou local) da questão submetida a referendo (arts. 115º, nº 3 e 232º, nº 2 da Constituição);
- 2º) Unicidade da matéria do referendo (art. 115º, nº 6 da Constituição);
- 3º) Dilematicidade ou bipolaridade – as perguntas são formuladas para respostas de sim ou não (art. 115º, nº 6), não se preconizando respostas diferenciadas, intermédias e condicionais⁽¹¹⁾;
- 4º) Separação entre a iniciativa e a convocação – nunca é o mesmo órgão ou uma fracção de titulares de órgão que toma a iniciativa e o que convoca o referendo (art. 115º, nº 1), o que pode considerar-se ainda decorrência do princípio da separação de poderes (arts. 2º e 111º);
- 5º) Vinculatividade condicionada à participação de mais de metade dos cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral (art. 115º, nº 11)⁽¹²⁾.

4.A SINGULARIDADE DO REFERENDO PORTUGUÊS

I.- A mais forte nota singularizadora do regime do referendo em Portugal consiste em que, através dele, o povo não aprova ou rejeita um específico acto

(11) GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 534.

(12) Sobre o referendo em geral no Direito português, v. BARBOSA RODRIGUES, *O referendo político a nível nacional*, Coimbra, 1994; PIERRE BON, *Le référendum dans les Droits ibériques* in *Perspectivas Constitucionais*, II, obra colectiva, Coimbra, 1997, págs. 531 e segs.; VITALINO CANAS, *Referendo nacional – Introdução e regime*, Lisboa, 1998; MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, págs. 172 e segs.; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O referendo político nacional em Portugal* in FRANCISCO PEREIRA COUTINHO *et alii*, *Estudos de Direito Público*, Lisboa, 2006, págs. 25 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual ...*, VII, *cit.*, págs. 306 e segs.

jurídico-público – seja uma convenção internacional, seja uma lei, seja um acto de administração local autárquica – mas sim decide se tal acto deve ser aprovado ou rejeitado.

O referendo não adquire eficácia externa, não produz efeitos (ou efeitos imediatos) fora da estrutura organizativa do poder público; não produz efeitos, só por si, sobre as normas jurídicas reguladoras da matéria sobre que incide. A sua eficácia esgota-se no interior do Estado, da região autónoma ou da autarquia local. Antecedendo a aprovação de um acto de vinculação internacional do Estado, de um acto legislativo ou de um acto de administração local, congrega-se com este, numa espécie de binário ou de acto complexo.

Ou dito de outro modo: não há convenções, leis, actos do poder local aprovados ou rejeitados directamente pelo povo, como sucede na generalidade dos outros ordenamentos jurídicos. Esses actos são sempre aprovados ou não pelos órgãos competentes do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais; o que ficam é dependentes da prévia decisão popular. Donde, dois momentos sucessivos –o da votação popular e o da deliberação do órgão parlamentar, governamental ou de autarquia local–.

Dir-se-ia pretender-se evitar manipulações ou dramatizações de tipo cesarista ou populista em detrimento da democracia representativa, embora elas pareçam pouco plausíveis tendo em conta o cuidadoso sistema de iniciativa, fiscalização e convocação, com interferência sempre de mais de um órgão⁽¹³⁾.

II.- Em qualquer caso, tendo votado o povo em certo sentido, o seu resultado torna-se vinculativo, desde que o número de votantes seja superior a metade dos cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral (citados art. 115º, nºs 1 e 11 da Constituição, quanto ao referendo nacional e ao regional, e arts. 219º, nºs 1 e 2 da Lei Orgânica nº 4/2000, de 8 de Setembro, quanto ao referendo local) ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾. Apenas no referendo sobre as regiões administrativas (art. 256º, nº 2 da Constituição), não parece que seja assim.

(13) PIERRE BON (*op. cit., loc. cit.*, pág. 549) considera, por isso, o regime adoptado inutilmente complicado.

(14) Sobre regras análogas noutros países, v. as referências de Maria Benedita Urbano, *op. cit.*, pág. 247.

(15) Duvidoso é saber se os cidadãos eleitos residentes no estrangeiro, quando chamados a participar (art. 115º, nº 12), contam para esse efeito. Em sentido negativo, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO e MÁRIO JOÃO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, 1999, págs. 331-332.

Esta exigência, introduzida desde a revisão de 1997 poderia, porventura, compreender-se em referendos sobre matérias constitucionais, os quais, de resto, a Constituição não admite [art. 115º, nº 4, alínea *a*)]. Não nos referendos em geral. Ela equivale, no fundo, a uma espécie de veto conferido aos abstencionistas.

III.- Em derrogação à regra do desdobramento, a revisão constitucional de 2005 veio estabelecer que o disposto no nº 3 do art. 115º não prejudica a possibilidade de convocação e de efectivação de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e o aprofundamento da união europeia (novo art. 295º).

Quer dizer: os tratados contemplados no art. 7º, nº 6 da Constituição (aqueles pelos quais Portugal “pode convencionar o exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”) são submetidos directamente ao eleitorado e por este aprovados ou rejeitados. A relevância da matéria justificá-lo-á, porventura, se bem que a norma fique localizada em sede de disposições finais e transitórias.

5.O OBJECTO E AS PERGUNTAS DO REFERENDO

I.- O âmbito do referendo – nacional, regional ou local – define o âmbito das questões que a ele podem ser submetidas (art. 3º, nº 2 da Lei Orgânica nº 4/2000).

A relevância da questão é avaliada em razão desse âmbito – designadamente, é por ser uma questão de relevância nacional, regional ou local que se justifica um referendo nacional, regional ou local, respectivamente.

Assim como nenhum referendo pode versar sobre matérias alheias à competência do órgão de iniciativa ou (quanto ao referendo local) do órgão convocante.

II.- Cada referendo recai sobre uma só matéria (citados art. 115º, nº 6, 1ª parte da Constituição, e art. 6º, nº 1 da Lei Orgânica nº 4/2000).

Não pode haver referendo sobre questões e actos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro [art. 115º, nº 4, alínea *b*) da Constituição, e art. 4º, nº 1, alínea *d*) da Lei Orgânica nº 4/2000).

As matérias excluídas do referendo são-no a título taxativo, seja pela Constituição (referendo nacional), seja pelo estatuto político-administrativo (referendo regional), seja pela lei (referendo local).

As questões suscitadas por actos em procedimentos de decisão, quando não definitivamente aprovadas, podem constituir objecto de referendo (art. 4º, nº 1 da Lei nº 15-A/98, de 3 de Abril, e art. 15º, nº 1 da Lei Orgânica nº 4/2000).

III.- Quanto às perguntas, devem ser elas formuladas com objectividade, precisão e clareza, e para resposta de sim, sem sugerirem, directa ou indirectamente, o sentido da resposta (art. 115º, nº 6, 2ª parte da Constituição) ⁽¹⁶⁾.

6.A REALIZAÇÃO DO REFERENDO

I.- O referendo não é de realização obrigatória. Nenhum acto jurídico-público depende de referendo para ser praticado ou para se tornar eficaz, salvo no referendo relativo às regiões administrativas (conquanto este só se realize se a Assembleia da República o deliberar).

São os órgãos constitucional ou legalmente competentes que, em plena discricionariedade política, promovem a sua realização; mas, em contrapartida, uma vez formulada a proposta ao Presidente da República (nos referendos nacionais e regionais) ou deliberada a convocação (no referendo local), fica precluída a competência para a decisão da questão até o referendo se efectuar.

II.- São vedadas a convocação e a efectivação do referendo entre a data da convocação e a da realização de eleições gerais para os órgãos de soberania, para os órgãos de governo próprio das regiões autónomas e para os órgãos de poder local, bem como para os Deputados ao Parlamento Europeu (art. 115º, nº 7 da Constituição).

É também uma norma de defesa da democracia representativa, contra tentações plebiscitárias, sejam do Presidente da República, sejam de qualquer candidato à Presidência, sejam de dirigente supremo de partido concorrente a eleições parlamentares. E é também —e não menos importante— uma norma de garantia de separação de poder entre os eleitores e os partidos: sendo os partidos os principais protagonistas das campanhas eleitorais, procura-se, assim, salvaguardar a liberdade de escolha dos cidadãos, independentemente das suas opções partidárias.

Em face da *ratio* da norma, seria de considerar, simetricamente, o estabelecimento de um período imediato a eleições gerais em que não pudesse ser praticado nenhum acto relativo à convocação e à realização do referendo ⁽¹⁷⁾.

Decorrente ainda do respeito da liberdade dos cidadãos, o referendo não pode ser convocado, nem efectuar-se na vigência de estado de sítio ou de estado de

⁽¹⁶⁾ Segundo o acórdão nº 288/98, de 17 de Abril do Tribunal Constitucional (*Diário da República*, 1ª série-A, de 18 de Abril de 1998), a *clareza* da pergunta há-de congregar-se com a sua *objectividade e precisão*, o que implica uma maior complexidade e a utilização de terminologia rigorosa, para se evitar, posteriormente, a existência de equívocos quanto às soluções propugnadas por a pergunta abranger situações não pretendidas ou consentir leituras equívocas.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, pág. 218.

emergência (art. 9º, nº 1 da Lei nº 15-A/98 e art. 9º, nº 1 da Lei Orgânica nº 4/2000) por então se acharem suspensas algumas garantias constitucionais. O art. 19º, nº 7 da Constituição, sobre competência e funcionamento do órgão de soberania e das regiões autónomas, deve ser visto como garantia do equilíbrio desses órgãos, e nada mais.

7.A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGALIDADE DOS REFERENDOS

I.- A gravidade das implicações do instituto e a necessidade –comprovada pela experiência histórica de outros países– de evitar desvios justificam a sujeição dos referendos a fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade. E sujeição obrigatória [arts. 115º, nº 8 e 223º, nº 2, alínea *f*)], ao contrário do que sucede com as convenções e os actos legislativos (art. 278º).

Trata-se de apurar a conformidade com as normas constitucionais e legais pertinentes ao procedimento, à pergunta ou às perguntas formuladas e ao sentido das respostas que venha a prevalecer (ou seja, ao resultado, positivo ou negativo do referendo)⁽¹⁸⁾. Quanto ao procedimento e às perguntas, o problema é de constitucionalidade e legalidade formal; quanto ao sentido, de constitucionalidade material.

E trata-se ainda de apreciar os “requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral” [art. 223º, nº 2, alínea *f*), 2ª parte], de apurar quais são os cidadãos aí com direito de sufrágio.

Pelo contrário, não parece que o Tribunal Constitucional possa ocupar-se da qualificação de uma questão como sendo ou não de “relevante interesse” nacional, regional ou local, pois sendo esta qualificação eminentemente política, o único critério atendível vem a ser a do órgão autor da proposta.

II.- Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela não inconstitucionalidade da proposta de referendo, poderá vir a apreciar a constitucionalidade de norma emanada na sequência de resposta positiva? Há que distinguir.

Quanto à fiscalização preventiva, se for apenas essa norma, nada justificará nova intervenção do Tribunal. Mas se o diploma legislativo ou a convenção for para além do objecto da resposta positiva, já nada impedirá o funcionamento dos mecanismos de fiscalização preventiva das convenções internacionais e dos actos legislativos dos arts. 278º e 279º da Constituição.

⁽¹⁸⁾ E também, porventura, a conformidade com normas de Direito internacional, quanto ao sentido das respostas.

Quanto à fiscalização sucessiva, seja concreta ou abstracta, aí o caminho deve entender-se totalmente livre. À semelhança do que sucede na fiscalização prevista naqueles artigos, pode a questão ser sempre vir a ser suscitada subsequentemente. A fiscalização preventiva nunca impossibilita a sucessiva. E o próprio povo também se acha subordinado à Constituição (arts. 3º, nº 1, 10º, nº 1 e 108º).

III – Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de uma proposta de referendo, por contradição entre a norma correspondente a resultado positivo e certa norma constitucional, poderá o órgão proponente depois aprovar aquela norma?

Por coerência, tem de se entender que tal subsequente aprovação seria inadmissível. Aquilo que nem o povo pode aprovar, muito menos pode ser aprovado pelos seus representantes; e é isso também o que decorre da regra da preclusão do poder de decisão relativo a questões submetidas a referendo. Mas com limites: quanto a referendo nacional, até ao termo da sessão legislativa em curso, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou até à demissão do Governo (art. 115º, nº 10 da Constituição) e quanto a referendo local, até ao termo do mandato do órgão autárquico (arts. 222º e 223º da Lei Orgânica nº 4/2000).

8. PARTICIPAÇÃO NAS CAMPANHAS REFERENDÁRIAS

I.- É admitida a participação nas campanhas referendárias não só de partidos mas também de grupos de cidadãos, organizados para o efeito (art. 39º, nºs 2 e 3 da Lei nº 15-A/98, e art. 37º, nºs 2 e 3 da Lei Orgânica nº 4/2000).

Os partidos e as coligações devem declarar que pretendem tomar posição sobre as questões submetidas ao eleitorado. Não têm, automaticamente, direito de participação e, em rigor, *de jure condendo* nem deveriam ter esse direito, deixando aos grupos de cidadãos, livres perante eles, o esclarecimento e a promoção das opções fundamentais suscitadas pelo referendo, insistimos ⁽¹⁹⁾. A declaração é apresentada à Comissão Nacional de Eleições até ao 30º ou ao 15º dia anterior ao da realização do referendo (art. 40º da Lei nº 15-A/98, e art. 38º, nºs 2 e 3 da Lei Orgânica nº 4/2000, respectivamente)⁽²⁰⁾.

(19) Em sentido próximo, MARIA DE FÁTIMA ABRANTES MENDES, *Lei orgânica do referendo actualizada, anotada e comentada*, Lisboa, 2006, pág. 39. Em sentido diverso, MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, págs. 253 e segs.

(20) A Comissão Nacional de Eleições, por deliberações de 9 e 16 de Janeiro de 2007, entendeu o seguinte:

- que, se os partidos participarem nas campanhas referendárias, não poderão financiar grupos de cidadãos – o que deve ter-se por positivo por impedir o desdobramento de campanhas partidárias;

II.- Ainda *de jure condendo* a distribuição dos meios específicos de campanha e, no caso do referendo nacional, dos tempos de antena na rádio e na televisão deveria ser estabelecida de maneira a que houvesse uma divisão igual entre as posições favoráveis à resposta positiva e as favoráveis à resposta negativa às perguntas, como sucede no Brasil.

III.- Finalmente, para além da desejável autocontenção dos partidos, deverá ainda ser lembrada – em nome do princípio da imparcialidade [art. 115.º, n.º 3, alínea c)] – uma ponderada também autocontenção dos titulares dos órgãos de poder (do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais), mormente quando esses órgãos não sejam os autores das propostas de referendo.

9.E FEITOS DO REFERENDO NACIONAL

I.- Se o resultado do referendo for positivo (ou seja, favorável à aprovação do tratado ou da lei ou do tratado ou da lei com tal e tal conteúdo), a Assembleia da República ou o Governo ficará obrigado a aprovar o acto de sentido correspondente (no prazo de 90 dias, para a Assembleia, ou de 60, para o Governo, acrescenta o art. 241.º da Lei n.º 15-A/98).

O normal será que seja o órgão autor da proposta de referendo a desincumbir-se da tarefa. Nada impede, no entanto, que, em caso de matéria de lei não reservada à Assembleia, esta ou o Governo, indiferentemente, pratiquem o acto legislativo devido. O que importa é dar cumprimento à vontade popular.

Pelo contrário se o resultado for negativo, a Constituição pareceria admitir a aprovação do acto a que se refere a matéria em causa logo na sessão legislativa seguinte, à semelhança do que se passa com as propostas recusadas pelo Presidente da República (art. 115.º, n.º 10). Mas, além de serem bem diversas as situações – a decorrente da atitude presidencial e a decorrente do voto popular – esse entendimento brigaria com a *ratio* da instituição; e, por conseguinte, a fórmula constitucional carece de interpretação correctiva – justamente a que dá, e bem, o art. 243.º da Lei n.º 15-A/98, ao dispor que a Assembleia da República e o Governo não podem aprovar acto legislativo correspondente às propostas objecto de resposta negativa de efeito vinculativo, salvo nova eleição da Assembleia ou a realização de novo referendo de resposta afirmativa.

-
- mas que, se não participarem enquanto tais, já os poderão financiar – o que já não é tão positivo, por pôr em causa a transparência das campanhas.

A segunda deliberação foi objecto de recurso para o Tribunal Constitucional, que o rejeitou por razões processuais (v. acórdão n.º 48/2007, de 26 de Fevereiro, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 34, de 16 de Fevereiro).

II.- Tratando-se de lei e sendo a resposta positiva, torna-se patente a aproximação às leis de autorização legislativa: como nestas, há um sentido normativo que se fixa e se impõe ao acto legislativo subsequente⁽²¹⁾. A diferença está em que a autorização tem natureza permissiva e o referendo é um acto imperativo. Em contrapartida, parece ser maior no referendo (por causa da indispensável simplicidade das perguntas) do que na autorização legislativa a liberdade de especificação do legislador.

Tratando-se de resposta negativa, forma-se um comando que, conquanto de vigência temporalmente balizada, se não esgota num certo momento e que se afirma num número potencialmente indefinido de vezes – tantas vezes quantas aquelas em que se pudesse querer aprovar uma lei de conteúdo colidente com o resultado do referendo. É algo diverso da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 282º) e da recusa de cessação de vigência de decretos-leis ou de decretos legislativos regionais (art. 169.º).

O referendo possui, pois, uma força afim da força de lei: uma força material afim, quando dele se depreenda uma obrigação de legislar; e uma força formal negativa afim, quando se traduza em dever de não legislar⁽²²⁾. Não sendo, contudo, uma lei, não pode configurar-se como lei de valor reforçado. E, muito menos, é lei reforçada a lei que se publique em sua obediência, porque o que é objecto de salvaguarda é o sentido referendário e não as normas concretizadoras e até para o mesmo sentido pode haver diversos modos de concretização.

III.- a) Quando a resposta for positiva, o Presidente da República deverá promulgar a lei ou ratificar o tratado aprovado na sequência de referendo e em sua obediência (art. 242.º da Lei n.º 3-A/98); e apenas naquilo em que a lei estiver para além do conteúdo da proposta referendada, ou no tocante a inconstitucionalidade orgânica ou formal, é que o Presidente poderá requerer a fiscalização preventiva ao Tribunal Constitucional ou exercer veto político;

b) Também quando a resposta for positiva e o acto legislativo publicado a seguir for um decreto-lei (se a matéria pertencer à competência concorrente do Parlamento e do Governo ou à reserva relativa daquele e tiver havido autorização legislativa), não poderá haver apreciação parlamentar (art. 169.º da Constituição) por esta se achar dirigida à cessação ou à suspensão da vigência ou à alteração do decreto-lei.

(21) Cfr. *Manual ...*, V, 3ª ed., Coimbra, 2005, págs. 311 e segs.

(22) BARBOSA RODRIGUES qualifica o referendo como acto legislativo atípico de valor reforçado (*op. cit.*, pág. 241). B LANCO DE MORAIS qualifica-o como norma atípica da função política (*As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, pág. 705), M ARIA BENEDITA URBANO, como decisão-norma (*op. cit.*, pág. 293), GOMES CANOTILHO como decisão-regra (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, pág. 866).

c) Quando, diferentemente, a resposta for negativa e, a despeito disso, for aprovado tratado ou lei contra o resultado do referendo, o Presidente da República (por identidade de razão) deverá recusar a ratificação ou a promulgação.

Ali, promulgação obrigatória; aqui veto obrigatório. Se bem que, no segundo caso, não exista expressa cominação constitucional ou legal (somente no art. 242.º da Lei nº 13-A/98 quanto à primeira hipótese) a solução impõe-se.

IV.- Podem suceder-se várias leis sobre a matéria de um referendo, desde que não desconformes com o seu resultado. Ora, quando pode ser decretada uma lei divergente?

Em congruência com o que sustentámos há pouco, só na legislatura seguinte ou após novo referendo do resultado oposto ao primeiro pode o Estado português desvincular-se de tratado sobre o qual o povo se tenha pronunciado formalmente ou emanar lei revogatória de lei de sentido aceite, num momento anterior, pelo povo. Ou vincular-se a tratado ou emanar lei contra a qual o povo haja votado antes⁽²³⁾.

E este entendimento vale também para as leis de revisão constitucional. O respeito pela vontade popular não consente que a Assembleia da República se sirva de uma lei constitucional para fazer aquilo que não lhe é permitido fazer através de uma lei ordinária. E, se isso acontecer, estará ainda o Presidente da República impedido de promulgar o decreto de revisão.

V.- Naturalmente, tudo quanto acaba de se explanar e tudo quanto se vai acrescentar de seguida pressupõe que no referendo tenha participado mais de metade dos cidadãos inscritos.

Se tal não acontecer e, portanto, o referendo não for vinculativo (art. 115º, nº 11, de novo), naturalmente restabelecer-se-á a plena liberdade dos órgãos políticos – Parlamento ou Governo, quanto à aprovação ou não do acto correspondente ao tema do referendo, e Presidente da República, quanto à promulgação e ao veto.

10.A VIOLAÇÃO DO COMANDO REFERENDÁRIO

I.- A violação do comando referendário pode dar-se por acção ou por omissão. Dá-se por acção, quando se aprova ou se deixa subsistir tratado ou lei em conflito com o resultado do referendo. Dá-se por omissão, quando a Assembleia da República não aprova o tratado ou a Assembleia ou o Governo não faz a lei a que havia ficado adstrito.

(23) Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 3ª ed., págs. 537-538. Pelo contrário BARBOSA RODRIGUES (*op. cit.*, págs. 237 e segs.) circunscreve a vinculação à sessão legislativa.

II.- Na primeira hipótese é reconduzível a ilegalidade *sui generis*, originária ou superveniente: originária, se surge nova lei ao arrepio do resultado do referendo; superveniente, se sobre a matéria já existe lei, que agora o povo, por meio de referendo, vem contrariar. Em qualquer caso a consequência não é a invalidade, mas a ineficácia, porquanto a opção popular funciona somente como obstáculo, susceptível de ser removido, verificados os pressupostos constitucionais (e aqui reside, outrossim, uma nota diferenciadora no cotejo das autorizações legislativas).

A fiscalização preventiva do acto por contradição com o referendo está *in limine* excluída, porque a fiscalização preventiva é só de constitucionalidade e nunca de legalidade (arts. 278.º e 279.º); e a fiscalização sucessiva abstracta, por o referendo não ser lei [art. 281.º, n.º 1, alínea b)]. Resta, afóra o veto presidencial, a fiscalização concreta através de todos os tribunais (art. 204.º), com base no poder genérico dos tribunais de conhecimento de todas as manifestações de ilegalidade ou de todos os vícios e deficiências das leis que devam aplicar. Qualquer tribunal, num caso concreto que tenha de decidir, pode e deve recusar-se a não aplicar uma norma que contenda com o sentido de um referendo⁽²⁴⁾, sem que esteja previsto recurso para o Tribunal Constitucional.

III.- Porém, contra o incumprimento da obrigação de aprovar, não existem senão os meios gerais de controlo e de responsabilidade política dos titulares dos órgãos de poder perante o povo (art. 117.º). Embora possa pensar-se numa inconstitucionalidade *indirecta* por omissão, a fiscalização prevista no art. 283º está excluída, por ter como única referência normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (art. 283.º)⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾.

11.A PRÁTICA DO REFERENDO NACIONAL

I.- Introduzido em 1989⁽²⁷⁾, o referendo nacional somente teve até agora três aplicações: em 1998 e em 2007, sobre a interrupção voluntária da gravidez e

(24) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito ...*, cit., pág. 866.

(25) De resto, pode acontecer que já exista lei a dar exequibilidade a norma constitucional e que agora se pretenda substituí-la.

(26) Já se chegou a propor que à omissão das medidas legislativas decorrentes do referendo fosse aplicável, com as necessárias adaptações, o regime de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão do art. 283º. É pena não ter sido a proposta aprovada.

(27) Cfr., além dos autores citados em geral, JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário de Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989, págs. 91 e segs.; JORGE MIRANDA, *Um anteprojecto de proposta de lei do regime do referendo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1991, págs. 517 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 529 e segs.; VITALINO CANAS,

também em 1998 sobre a criação concreta das regiões administrativas. E em nenhum se atingiu o patamar de mais de 50% dos cidadãos inscritos requerido para se tornar vinculativo.

Também em 1998 e em 2004 foram propostos referendos, ambos sobre a União Europeia, o primeiro aquando do tratado de Amesterdão e o segundo aquando do tratado de Roma, dito “tratado que institui uma Constituição para a Europa”. Porém, depois de o Tribunal Constitucional se ter pronunciado pela inconstitucionalidade da pergunta, a Assembleia da República não procedeu à sua reformulação⁽²⁸⁾.

II.- Verifica-se, pois, o pouco êxito do instituto, o que não deixa de ser curioso depois de, nos finais dos anos 70 e nos inícios dos anos 80 do século passado, tanto se ter apreçoado a sua bondade e a sua necessidade.

Não é que não tenha havido questões que pudessem ou merecer ter sido levadas ao voto popular (como sucedeu em 1992 com o primeiro tratado da União Europeia, o de Maastricht); ou que outras, hoje, não pudessem ser submetidas (como algumas respeitantes à economia e ao ambiente). Mas nem o Parlamento, nem os partidos se têm mostrado interessados, nem têm aparecido, com uma única excepção⁽²⁹⁾ projectos de propostas de referendo dos cidadãos.

op. cit.; FERNANDO SUORDEM, *Legislação do referendo anotada*, Coimbra, 1997; ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Os efeitos jurídicos do referendo nacional*, in *Estado e Direito*, 1998-2000, págs. 65 e segs.; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO e MÁRIO JOÃO FERNANDES, *op. cit.*, págs. 329 e segs.; MARIA BENEDITA URBANO, *Do grau zero do referendo ao referendo comunitário*, in *20 anos da Constituição de 1976*, obra colectiva, Coimbra, 2000, págs. 259 e segs., e *Os limites materiais da (ir)realização do referendo de âmbito nacional*, in *Jurisprudência Constitucional*, 4, Out.-Dezembro de 2004, págs. 14 e segs.; MARIA DE FÁTIMA ABRANTES MENDES, *Lei ...*, cit.; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, cit., *loc. cit.*, págs. 11 e segs.

(28) Cfr. acórdão n° 288/98, de 17 de Abril (sobre a interrupção voluntária da gravidez), in *Diário da República*, 1ª série-A, de 18 de Abril de 1998; acórdão n° 531/98 (sobre o tratado de Amesterdão) e o acórdão n° 532/98 (sobre as regiões administrativas), ambos de 29 de Julho, *ibidem*, de 30 de Julho de 1998; acórdão n° 704/2004, de 17 de Dezembro (sobre o tratado “que institui uma Constituição para a Europa”), *ibidem*, de 30 de Dezembro de 2004; e acórdão n° 617/2006, de 15 de Novembro, *ibidem*, de 20 de Novembro de 2004.

Sobre os acórdãos de 1998 e 2004, v. as nossas crónicas in *O Direito*, 1998, págs. 532 e segs., e 2005, págs. 214 e segs. Sobre o acórdão n° 531/98, v. ainda a anotação de MARIA LUÍSA DUARTE, in *Direito e Justiça*, 1998, 2, págs. 59 e segs. E sobre o de 2004, ainda RICARDO DE GOUVEA PINTO, *União Europeia, referendo e deslegitimação ou a renúncia a Antigonã* in *Revista do Ministério Público*, 1º semestre de 2005, n° 19, págs. 79 e segs.

(29) Em 2006 acerca da procriação médica assistida.

12.A PRÁTICA DO REFERENDO LOCAL

I.- A prática do referendo local ainda menos tem correspondido às expectativas – quando bem seria de supor que a experiência referendária começasse e se intensificasse a nível local, perante problemas concretos do quotidiano das pessoas⁽³⁰⁾, antes de se passar ao âmbito nacional⁽³¹⁾.

Com efeito, desde 1982, apesar de Portugal contar com mais de 4.000 freguesias e mais de 300 municípios, só se realizaram dois referendos locais, um numa freguesia do concelho de Viana do Castelo e outro numa freguesia do concelho de Tavira.

Razões de natureza política – menor sentido de participação dos cidadãos e menor vontade de sujeição das suas propostas a votação popular por parte dos titulares de órgãos autárquicos – e uma jurisprudência muito restritiva do Tribunal Constitucional⁽³²⁾ explicam este fenómeno.

II.- Como são autarquias locais as freguesias, os municípios e as regiões administrativas (art. 236º, nº 1), pode haver referendo em qualquer destas categorias (só ficando dependente, quanto às regiões administrativas, da sua criação concreta).

O que não pode é algum referendo abranger mais de uma autarquia do mesmo grau ou autarquias de graus diferentes; ou seja, cumularem-se referendos locais, que incidam sobre a mesma matéria (art. 6º, nº 3, 1ª parte da Lei Orgânica nº 4/2000): trata-se de evitar que, sob a capa de referendos locais, se façam, de facto, referendos regionais ou nacionais.

Por outro lado, naturalmente, não se realizam referendos nas freguesias de população diminuta, onde as assembleias de freguesia sejam substituídas pelos plenários de cidadãos eleitores (art. 245º, nº 2 da Constituição).

(30) Cfr., doutro prisma, GOMES CANOTILHO, *Pode o referendo aperfeiçoar a democracia?*, in *Crise e reforma da democracia*, obra colectiva (coordenada por Vital Moreira), Lisboa, 2005, págs. 91 e segs.

(31) Na doutrina, v. RICARDO LEITE PINTO, *Referendo local e descentralização política*, Coimbra, 1988; MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, págs. 163, nota, e segs.; LUIS BARBOSA RODRIGUES, *Regime do referendo de âmbito local – anteprojecto de proposta de lei orgânica* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, págs. 533 e segs.

(32) Cfr., entre muitos outros, acórdão nº 390/98, de 26 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, de 9 de Novembro de 1998; acórdão nº 495/99, de 15 de Setembro, *ibidem*, de 7 de Novembro de 1999; acórdão nº 93/2000, de 15 de Fevereiro, *ibidem*, de 30 de Março de 2000, todos de sentido negativo.

LA GARANZIA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE NELL'EPOCA DELL'INTERDIPENDENZA DEI BENI COSTITUZIONALI

GUSTAVO ZAGREBELSKY (*)
(Italia)

SUMARIO: 1. Le norme costituzionali indeterminate e lo «spostamento di potere». 2. Sostanza e forma nel giudizio di costituzionalità delle leggi. 3. Impotenza del diritto costituzionale chiuso. 4. Costituzionalismo universale? 5. Comparazione e cooperazione costituzionale. 6. L'ultima parola.

Procederò “classicamente”, prendendo in considerazione anzitutto due aspetti particolari di quella che, indubbiamente, è una delle dottrine fondative del controllo di costituzionalità delle leggi, la dottrina di Hans Kelsen: due aspetti che potevano sembrare addirittura ovvi, in quel tempo, e che oggi, viceversa, ci appaiono superati dall'esperienza. Interrogarci su questo distacco può servire per inoltrarci nell'esame del tema che mi è stato proposto. Si tratta (a) della critica delle norme costituzionali indeterminate e (b) della riduzione del vizio d'incostituzionalità materiale a vizio formale.

1.1. LE NORME COSTITUZIONALI INDETERMINATE E LO “SPOSTAMENTO DI POTERE”

La preoccupazione di Kelsen era di formalizzare il giudizio costituzionale e liberarlo dalle temute interferenze di natura politico-ideologica, per poterlo costruire come “giudizio”, cioè come applicazione di norme, e sottrarsi così alla critica di Schmitt che vi vedeva il mascheramento di decisioni politico-legislative, anzi

(*) Ex-presidente de la Corte Constitucional italiana.

politico-costituzionali, sotto l'aspetto solo esteriore della giurisdizione. La "politicizzazione" non è semplicemente esorcizzata da Kelsen con l'accusa di astratto ideologismo mossa alla concezione schmittiana del giudizio come mera "sussunzione" del fatto nel diritto. È invece affrontata *ex professo* nei termini di un rischio temuto, lo "spostamento di potere". Le corti costituzionali –dice– non devono essere chiamate a decidere in base a qualcosa come i principi di diritto naturale, un diritto nel quale ciascuno è libero di vedere i contenuti che vuole. Ma «la situazione è diversa solo in apparenza quando, come spesso accade, la stessa costituzione si riferisce a questi principi richiamando gli ideali di equità, di giustizia, di libertà, di eguaglianza, di moralità, ecc., senza minimamente precisare di che si tratti. Se queste formule servono solo a coprire l'ideologia politica corrente con la quale ogni ordinamento cerca di rivestirsi, il rinvio all'equità, alla libertà ecc., in mancanza di precisazione significa solo che tanto il legislatore quanto gli organi preposti all'esecuzione della legge sono autorizzati a riempire discrezionalmente lo spazio loro lasciato dalla costituzione». Le concezioni di tali valori «differiscono infatti talmente, a seconda dei punti di vista degli interessati, che, se il diritto positivo non consacra l'uno o l'altro di essi, qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni». Se così avvenisse, però, «la concezione della giustizia della maggioranza dei giudici del tribunale costituzionale potrebbe essere considerata semplicemente intollerabile. La loro concezione della giustizia potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge [...] Per evitare un simile *spostamento di potere* –certamente non voluto e politicamente del tutto controindicato– dal parlamento a un organo estraneo, il quale può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile» (H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione [La giustizia costituzionale]* [1928], in *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 189 s.). «Se si vuole tenere a freno il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione [...] dev'essere il più possibile limitato l'ambito della discrezionalità che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici. In definitiva, il pericolo dello "spostamento di potere" indica l'eventualità che il controllo di costituzionalità, introducendo contenuti giuridici costituzionali che non sono ascrivibili alla costituzione, si estenda discrezionalmente, attentando alle prerogative del legislatore e insidiando la democrazia (H. Kelsen, *Chi deve*

essere il custode della costituzione? [1930-1931], in *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 253-254).

L'auspicio di norme costituzionali determinate, cioè di norme aventi la struttura di regole, era tuttavia destinato a rimanere inascoltato. Le costituzioni del costituzionalismo odierno non sono testi normativi nel senso del positivismo giuridico. Esse sono infatti ricche, precisamente, di quelle proposizioni che Kelsen invitava a evitare, e lo sono non per capriccio o insipienza degli autori delle costituzioni stesse, ma per necessità costituzionali materiali. Le norme costituzionali aperte sono infatti caratteristiche inevitabili delle Costituzioni, in quanto documenti normativi "comprensivi", adatti a situazioni costituzionali pluraliste, destinati valere nel tempo e inserite in un movimento ideale che travalica i limiti degli stati nazionali. Queste norme sono tali da richiedere necessariamente un'opera di concretizzazione storico-concreta, non interamente pre-determinata nei suoi contenuti. Dobbiamo allora, da questa constatazione, trarre la conseguenza che i caratteri inevitabili della "giurisdizione costituzionale" del tempo attuale danno ragione piuttosto a Schmitt che a Kelsen, poiché essa rappresenta proprio ciò che il primo denunciava come irresistibile travisamento giudiziario di una funzione politica e che il secondo improduttivamente invitava a evitare? Dobbiamo dunque concludere che la giustizia costituzionale è una contraddizione in termini, perché la "applicazione" della costituzione –della costituzione quale essa è e non può non essere nel nostro tempo– è necessariamente politica costituzionale, non giurisdizione costituzionale? La domanda è capitale e, al tempo stesso, paradossale, di fronte alla quasi universale sua accettazione, come elemento del costituzionalismo attuale. Possibile che ciò sia avvenuto al costo di un indebito "spostamento di potere"?

Per quanto Kelsen critichi l'idea della giurisdizione come attività di mera "sussunzione" del fatto nel diritto e assegni alla giurisdizione il compito di risolvere, oltre alle questioni di fatto, anche i "dubbi interpretativi" circa il diritto, egli, se avesse considerato gli sviluppi effettivamente presi dal diritto costituzionale odierno, avrebbe finito, volente o nolente, per essere condotto alle stesse conclusioni del suo critico. Per l'uno, si trattava di ragioni teoriche (la definizione di giurisdizione), per l'altro pratiche (la discrezionalità come dato di fatto), ma la conclusione avrebbe dovuto coincidere.

Il postulato comune di questo contrasto è la concezione positivista del diritto, come prodotto integralmente legislativo (ordinario o costituzionale), oltre il quale c'è solo il campo del "non giuridico", cioè dell'arbitrarietà (o "discrezionalità") e, in definitiva, delle scelte politiche che non competono ai giudici. È in base a questo postulato che può parlarsi di spostamento di potere politico, o di appropriazione indebita di potere del legislatore da parte del giudice.

Ma tutto ciò sta e cade con la premessa monista, cioè con la pretesa della legge di essere, essa sola, diritto. Il dualismo giuridico, il diritto a due lati, formale e materiale, distinti ma interdipendenti, apre a un diverso modo di vedere. Questa concezione duale del diritto può essere solo accennata. A essa ha dedicato un lavoro, di prossima pubblicazione, dal titolo *La legge e la sua giustizia*, in cui cerco di mostrare come la nostra epoca vede la rinascita dell'antica e mai spenta tensione tra *ius* e *lex* e che lo *ius* si manifesta, per l'appunto, attraverso le norme costituzionali indeterminate, alle quali non si addice la struttura del "se ... allora", che è quella in base alla quale si può parlare di "applicazione" come "sussunzione", né si addice il vincolo esclusivo a una volontà legislatrice, rispetto al quale si può parlare di spostamento di potere. Se oltre la legge vi è altro diritto, la convinzione positivista, secondo la quale dove non c'è legge (o dove la legge è vaga, imprecisa, indeterminata) c'è solo politica, cade necessariamente. Dove manca la legge ci può essere politica, la politica che, fisiologicamente, è destinata a elaborarsi in legge, ma ci può anche essere diritto non legislativo, cioè diritto materiale. Questo diritto materiale trova oggi espressione nella costituzione la quale, a sua volta, è un insieme di principi che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale prepositivo. A questo ci porta il dualismo del diritto, il doppio suo lato. Se si conviene sul fatto che il legislatore padroneggia solo il lato legislativo e non quello non legislativo, la difficoltà denunciata con l'espressione "spostamento di potere" perde di consistenza. Le norme costituzionali indeterminate non "spostano" nulla, non aprono impropriamente alla politica, all'ispirazione soggettiva, all'arbitrio dell'interprete, ma chiedono al giudice di confrontarsi col diritto, non amputato della sua dimensione materiale. Che, poi, il modo di trattare il diritto materiale sia diverso da quello di trattare il diritto legislativo; che il primo sia formalizzabile in procedimenti logici (la "tecnica giuridica" sviluppata dal positivismo) e il secondo si debba avvalere di strumenti culturali non formalizzabili; che il diritto legislativo possa essere oggetto di una "scienza" mentre il diritto non legislativo richieda piuttosto "prudenza", come consapevolezza del senso del proprio compito che si riflette nell'interpretazione: tutto ciò è semplicemente la conseguenza della doppia natura del diritto, il diritto come forma della forza (*lex*) e il diritto come sostanza (*ius*), tenuti insieme da un rapporto di ragionevole compatibilità.

2.S OSTANZA E FORMA NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

Il riduzionismo legalista kelseniano si traduce, nella sua nomodinamica e nella sua teoria della giustizia costituzionale, nell'esigenza di rispetto delle forme, cioè delle procedure. Un aspetto di questa impostazione è la riduzione dei vizi delle leggi "materiali" (cioè per ragioni di contenuto) a vizi "formali" (cioè per ragioni di procedimento). I vizi materiali si risolverebbero nei secondi, poiché solo questi ultimi avrebbero consistenza, nella teoria dell'incostituzionalità della legge.

Gettando uno sguardo sui presupposti di questa concezione, possiamo mettere in luce la distanza dai nostri, in base ai quali la riduzione della sostanza alla forma ci appare una alquanto stravagante forzatura. Eppure, essa è argomentata impeccabilmente. Gli ordinamenti a costituzione rigida, basati cioè su un rapporto di gerarchia tra costituzione e legge, risultano da questi due elementi: (a) ogni “grado normativo”, si caratterizza per una forma corrispondente: così, al “grado costituzionale” corrisponde una “forma” o procedura costituzionale, e analogamente al “grado legislativo” corrisponde una “forma” legislativa; (b) le norme poste in basso devono rispettare i contenuti di quelle poste in alto; (c) una norma legislativa avente un contenuto in contrasto con una norma Costituzionale è invalida se adottata in forma legislativa, ma sarebbe valida (in quanto abrogatrice o derogatoria) se adottata in forma costituzionale. L’incostituzionalità deriverebbe, quindi, non dal contrasto di contenuti ma dall’erronea scelta della forma di normazione. Con le parole di Kelsen: «spesso si distingue tra incostituzionalità formale e incostituzionalità materiale delle leggi. Tale distinzione è però ammissibile solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch’essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in definitiva, di sapere se dev’essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale» (*La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., p. 155). Il compito della Corte costituzionale sarebbe quindi quello di garantire la giusta scelta delle forme, sarebbe quello di un “manovratore di scambi” (L. Favoreu).

Noi comprendiamo il significato di questa riduzione della sostanza alla forma. Si trattava di salvaguardare l’integrità della democrazia, intesa come onnipotenza della legge prodotta secondo le giuste procedure; si trattava cioè di mantenere intatto il “diritto all’ultima parola”, a favore del legislatore democratico. Tuttavia, la riduzione della sostanza a forma corrisponde a una comprensione della giustizia costituzionale intimamente formalistica e antistorica che paradossalmente ignora, o nasconde, il fatto che le costituzioni nascono con l’intento opposto, un intento sostanziale: l’intento di circondare determinati contenuti normativi di particolari protezioni rispetto ai tentativi di cambiamento. Non è per nulla la stessa cosa, dal punto di vista della comprensione, dire la costituzione è sempre e in ogni sua parte modificabile, purché con la procedura adatta, oppure che la costituzione è immodificabile, a meno che si attivi la procedura eccezionale della revisione costituzionale. Sembrano speculari ed equivalenti affermazioni ma, dal punto di vista culturale, non lo sono. Le procedure aggravate previste per la revisione costituzionale possono sì essere concepite come una variante di procedura legislativa, ma possono essere intese anche e soprattutto come *garanzia materiale attraverso mezzi procedurali* dei contenuti della costituzione.

La Costituzione italiana, ad esempio, colloca il suo art. 138 sulla revisione costituzionale non nella “sezione” dedicata alla *Formazione delle leggi* (artt. 70 ss.), ma nel “titolo” che prevede le *Garanzie costituzionali*, tra le quali è compreso anche il controllo di costituzionalità delle leggi (artt. 134-137). Si può esprimere il medesimo concetto anche in altro modo, che mette in luce un aspetto molto rilevante di questa riduzione della sostanza alla forma. La forma, nelle concezioni positivistiche del diritto è “forma della forza” o “forza messa in forma”. Ridurre la costituzionalità a rispetto della forma significa ridurre l’esperienza costituzionale a una questione di “modo d’esercizio” della forza, contro la convinzione che il costituzionalismo è una dottrina che contiene aspirazioni di forma, certamente, ma anche di sostanza: è essenzialmente una dottrina di contenimento della forza in vista di valori sostanziali della convivenza civile.

Soprattutto, però, la tesi: ogni contenuto è lecito, purché deliberato nella debita forma, è smentita dall’esistenza di norme costituzionali che le Costituzioni stesse dichiarano irriducibili, per la modifica delle quali non è dunque prevista alcuna “debita forma”. Si tratta di principi fondamentali, essenziali, irrinunciabili o supremi: indicati dalle stesse costituzioni o elaborati dalle giurisprudenze costituzionali, ad esempio in occasione dell’adesione a organizzazioni internazionali dotate di potere normativo, come l’Unione Europea, per stabilire limiti alla “ingerenza” negli ordinamenti nazionali e preservarne un nucleo di principi intangibili. L’esistenza di norme costituzionali di questa categoria è altamente significativa: esse, impedendo interferenze esterne, confermano l’esistenza di una sostanza forte di sovranità statale, che resiste pur in presenza della formazione di istanze politiche sovrastatali. Ma questa difesa di sovranità non si traduce affatto nell’esaltazione della sovranità politica dei legislatori statali, cui tutto, secondo Kelsen, sarebbe concesso, purché nel rispetto delle forme. Quella difesa si traduce, per così dire, nella sovranità della costituzione, il cui nucleo essenziale, come è sottratto agli attacchi esterni, così è protetto dagli attacchi interni: è, in breve, contenuto costituzionale imm modificabile per definizione. “L’ultima parola”, quando si tratti di queste norme, appartiene al diritto e ai giudici, non alla legge e ai legislatori.

Qui si richiede un approfondimento. L’esistenza di principi contenuti nella costituzione non modificabili attraverso i procedimenti legislativi previsti per la sua modificazione presuppone che tale imm modificabilità abbia un fondamento autonomo, in una “norma” (non nel senso del positivismo) “sulla costituzione” che vale “prima” di essa, che sia cioè “pre-costituzionale”, nel senso della costituzione positiva. Se questa norma appartenesse alla costituzione positiva, si dovrebbe infatti ammettere che, cambiandola o sopprimendola, si possa rendere modificabile ciò che essa stessa ha previsto come imm modificabile. Per poter affermare l’imm modificabilità assoluta della costituzione o di sue singole parti occorre fare riferimento a una dimensione materiale di diritto costituzionale che

non dipende dalla volontà di alcuna autorità costituzionale fondata sulla costituzione stessa, cioè non derivante da alcuna statuizione autorizzata da norme costituzionali positive. Siamo qui in una dimensione di diritto costituzionale pre-positiva che –essendo la costituzione la più alta norma positiva– appartiene alla sfera non della forma, cioè della forza messa in forma di *lex*, ma della sostanza, cioè dello *ius*, cioè di un diritto materiale indipendente da una sua forma definita positivamente.

3.I IMPOTENZA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE CHIUSO

Il diritto posto, e quindi anche la costituzione come atto positivo, non controlla i condizionamenti del suo valere come diritto, condizioni che mutano sotto la pressione di fattori storici indipendenti, ai quali anche la giurisprudenza, cioè la teoria e la pratica del diritto, finisce per adeguarsi, prendendone atto. Questo spiega perché le tesi discusse nei due paragrafi precedenti –circa lo “spostamento di potere” come conseguenza delle norme costituzionali indeterminate e la riduzione della sostanza alla forma– possano non convincere oggi, mentre potevano convincere ieri. Sono cambiati i presupposti entro i quali quelle tesi furono avanzate, tesi che possono essere espressi in sintesi, prendendo a prestito l'espressione fichtiana, con la formula “diritto costituzionale chiuso”. Oggi, il diritto costituzionale è soggetto a fenomeni storici di ampia portata, che lo spingono a trasformarsi in “diritto costituzionale aperto”.

In che senso possiamo parlare di concezione chiusa del diritto costituzionale? La critica alle norme costituzionali indeterminate e la riduzione dell'incostituzionalità sostanziale a formale possono sembrare due aspetti marginali di una concezione del giudizio sulle leggi. Non è così. Ne viene illuminato il concetto di diritto costituzionale chiuso e, per converso, aperto. (a) La critica alle norme costituzionali indeterminate protegge l'integrità del diritto, in quanto diritto esclusivamente positivo, da “ingressi” di sostanza eterogenea e indesiderata. (b) La riduzione dell'incostituzionalità materiale a quella formale, a sua volta, garantisce il monopolio legislativo del diritto. Dunque: chiusura del diritto sul solo “positivo” e chiusura del positivo sul solo “legislativo”. Considerati congiuntamente, questi due elementi della dottrina kelseniana convergono in un unico significato: la garanzia dell'assolutezza del diritto legislativo attraverso la coerenza delle sue manifestazioni. Con una specie di apparente gioco di prestigio concettuale, il controllo di costituzionalità della legge viene così a rappresentarsi non come garanzia dell'esistenza di un limite alla forza in nome di qualche cosa d'altro, che forza non è, ma come garanzia di onnipotenza (delle diverse manifestazioni) della forza stessa, cioè come garanzia di sovranità.

Che la sovranità sia concepita come prerogativa dello Stato, in quanto forma storica di soggetti politici concreti (un principe, una classe, un popolo, una nazione),

oppure che sia identificata, attraverso una spersonalizzazione, nell'ordinamento giuridico, non cambia ciò che qui conta: la legge sovrana è tale nell'ambito personale e territoriale su cui l'ordinamento riesce a imporsi. Parallelamente, quanto accade di là di questo ambito è come inesistente, rientrando sotto il controllo di altre sovranità. *Riduzione di tutto il diritto alla legge sovrana; rilevanza per il diritto di tutto ciò che è interno all'ambito della sovranità e irrilevanza di tutto ciò che è esterno*: così possiamo tradurre ciò che intendiamo per particolarismo costituzionale o diritto costituzionale chiuso.

“Delle costituzioni si può parlare solo storicamente”, ha scritto Hegel, e questa espressione può accogliersi anche indipendentemente da ogni bardatura storicistica. Oggi, di costituzione deve parlarsi diversamente da come se ne poteva parlare al tempo in cui la giustizia costituzionale e il controllo di costituzionalità sulle leggi furono concepiti. I presupposti non sono più esattamente quelli di allora. La distanza che ci separa dal tempo della fondazione può essere misurata sui due punti cruciali (di cui le tesi kelseniane sono il rispecchiamento) della chiusura degli ordinamenti costituzionali su loro stessi, di cui è corollario la natura esclusivamente legislativo-positiva di tali ordinamenti. La crisi di questi due aspetti delle costituzioni moderne è ciò che ci spinge verso un diritto costituzionale aperto.

La costituzione definisce dunque, per prima cosa, l'ambito territoriale e personale della sua validità ed efficacia. Per ambito di validità ed efficacia possiamo intendere qui l'insieme degli accadimenti che, per così dire, *hanno risonanza* per la costituzione, l'interrogano e in essa cercano risposta. L'ambito costituzionale coincide a sua volta con quello dello Stato sovrano: le Costituzioni sono nate e sono operanti in questo ambito. Ma questa coincidenza è ormai rotta. La costituzione si sta affrancando. Non è più funzione dello Stato. I confini delle risonanze si sono allargate. La realtà costituzionale si prende una rivincita sulla rappresentazione che ne è fatta dalle costituzioni, intese come leggi messe in forma costituzionale.

Il mondo giuridico odierno, in molti campi, va affrancandosi vistosamente dal territorio, lo spazio circondato da confini cui il diritto pubblico ha per secoli assegnato il compito di specificare le collettività umane, i loro governi e i loro sistemi giuridici. Questo elemento dello Stato ha rappresentato per secoli la dimensione in cui i fatti sociali assumevano senso e valore e, di conseguenza, la dimensione delle loro ripercussioni giuridiche. Ciò che accadeva fuori o era indifferente o, se non lo era, poteva diventare oggetto di diritto internazionale, un diritto che superava bensì i confini ma, essendo la sua matrice pur sempre statale-territoriale, nel superarli, li ribadiva come presupposti. Il diritto costituzionale chiuso à la Kelsen non era incompatibile con la creazione di un diritto internazionale, ma come proiezione del diritto tra stati (il diritto dei trattati) o

come dimensione giuridica indipendente dal diritto degli stati (il diritto internazionale generale, nell'ambito del quale Kelsen stesso ha elaborato la sua dottrina monista dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti statali). Oggi non è più solo così. Le dimensioni del diritto costituzionale si sono allargate e, per indicare questo allargamento, si parla, con quello che un tempo sarebbe apparso un ossimoro, di "diritto costituzionale internazionale". "La terra appartiene ai viventi" o, forse, i viventi appartengono alla terra: terra, in ogni caso, non più territori.

La sovranità di un tempo è cambiata in dipendenza o interdipendenza. Il controllo di molti fattori condizionanti le singole esistenze costituzionali sfugge alle costituzioni chiuse. Atti ed accadimenti di natura politica, culturale, economica e tecnologica, ambientale in altre parti del mondo risuonano direttamente nel patrimonio dei beni costituzionali locali, che sono quelli di cui si occupano le costituzioni nazionali. D'altro lato, i principi costituzionali, per quanto scritti in costituzioni particolari, nell'essenziale hanno portata universale ed esprimono aspirazioni non certo circoscritte nei confini che la storia ha dato agli stati: la vita, la dignità, l'uguaglianza, i diritti umani e le libertà collettive e individuale, la pace, la giustizia ecc. La loro violazione rileva in qualunque luogo della terra essa avvenga. In breve: le distanze e le separazioni su cui potevano poggiare costituzioni particolari si stanno accorciando o superando. Aumentano le implicazioni costituzionali che prescindono dalla divisione della terra in territori, dalla divisione dei popoli della terra in popolazioni soggette a sovranità distinte.

Con queste considerazioni, ci affacciamo su quella nebulosa di confuse realtà e intricati problemi che denominiamo "globalizzazione", di cui avvertiamo la presenza minacciosa nelle nostre esistenze, senza riuscire per ora a intenderne l'essenziale, a comprenderne la morfologia e a dominarne le forze. Per quanto, come giuristi, "preferiamo lavorare con concetti chiari, piuttosto che andare a tentoni nella nebbia" (E. Denninger), non possiamo sottrarci al compito di adeguare i nostri strumenti alle nuove condizioni in cui il diritto è chiamato a operare.

In generale, ciò che denominiamo con quella pluricomprendiva parola è un fenomeno di *connessione causale*, tale che situazioni di un luogo sono influenzate da accadimenti in altri luoghi, dove la distanza supera, anzi ignora, i confini degli Stati, delle società, delle nazioni, e delle loro organizzazioni politiche, sociali e giuridiche. Altri parleranno, ciascuno dal punto di vista della loro disciplina, di mercati; di circolazione di capitali, tecnologie, informazioni; di mescolamento di etnie, culture, o anche, passando ad altro, di diffusione di malattie, di epidemie, di pandemie, ecc. Per quel che riguarda la costituzione, la globalizzazione può essere definita come la *condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali* e viceversa: come la condizione per la quale la disciplina locale (o

l'assenza di disciplina) di beni costituzionali in un luogo produce conseguenze in altri luoghi lontani. "Lontani" significa di là del confine di validità e di efficacia della costituzione e fuori della portata dei poteri regolatori di cui dispongono le società che li subiscono. Dal punto di vista dell'ordinamento che subisce, quegli eventi lontani sono meri fatti, non fatti giuridici, perché sottoposti a regole dettate in ordinamenti diversi. Cause ed effetti sono così dislocati diversamente e coloro che subiscono gli effetti sono impotenti rispetto alle cause, essendo collocati in un luogo privo di potere negli ambiti in cui si determinano le cause. Questo dislivello di cause ed effetti può avere un effetto di vanificazione del diritto che, come quello costituzionale, è originariamente legato ai confini che definiscono le dimensioni delle sovranità statali. Il compito attuale di chi opera per il diritto costituzionale attuale è di tentare di riavvicinare gli ambiti e ricostruire un ambiente di principi fondamentali in cui gli effetti e le loro cause siano ugualmente sottoposti al diritto. In mancanza, si ha un bel regolare diritti e situazioni nel proprio ambito costituzionale, se le condizioni di efficacia di tale regolazione si determinano altrove.

La globalizzazione non è dunque soltanto un fatto di ampliamento delle dimensioni dei fenomeni sociali, che tendono a superare ogni confine territoriale e ad abbracciare in un'unica dinamica di interdipendenze i popoli della terra. È soprattutto, per ora, una dislocazione di cause ed effetti che crea frustrazione e impotenza. Anthony Giddens è ricorso all'immagine del carro di Dschagannath che, secondo una tradizione hindu, una volta all'anno trasporta l'immagine del dio Krishna, muovendosi da sé senza meta apparente e travolgendo inevitabilmente la gente che, in preda all'accecamento dell'estasi religiosa, cerca di guidarlo, rallentarlo, arrestarlo.

Non c'è bisogno di molti esempi. Sappiamo tutti ciò che accade in conseguenza della circolazione dei capitali nella dimensione mondiale, del libero mercato delle merci prodotte in condizioni non comparabili di costo del lavoro e di protezione dei diritti dei lavoratori; in conseguenza degli sviluppi delle tecnologie applicate a sempre nuovi ambiti della vita; in conseguenza della carenza di protezione di beni indispensabili alla vita su tutta la terra e dell'insufficiente precauzione nei confronti di esiti catastrofici di disastri ambientali; in conseguenza della tolleranza nei confronti della criminalità organizzata, terroristica e comune. Ciascuno di noi saprebbe allungare la lista di situazioni di questo genere, i cui effetti si ripercuotono pesantemente su beni costituzionali, come i diritti fondamentali, disciplinati in ordinamenti costituzionali diversi da quelli nei quali si sono prodotte. Ma va formandosi, sia pure lentamente, faticosamente e parzialmente, anche una dimensione costituzionale morale. Fatti lontani ci concernono e ci colpiscono, pur senza che sia concreta questione di *nostri* diritti, quando avvertiamo che standard morali essenziali sono violati nei confronti *d'altri*, diversi da noi. La "indivisibilità

dei diritti” che, in generale, è solo un’espressione retorica, lo è meno con riguardo a beni essenziali, come per esempio la vita, la pace, il rispetto delle identità culturali collettive, la libertà e l’autodeterminazione dei popoli, violati dall’esecuzione di sentenze capitali, da interventi bellici, guerre e “pulizie etniche”, repressioni di movimenti di liberazione. Nello spazio che si apre tra i fatti specifici e la loro riprovazione morale generale possono inserirsi speculazioni ideologiche e strumentalizzazioni politiche, perfino l’uso della forza in guerre dall’ambiguo significato. È un pericolo. Ma non è questo un motivo per negare, anche in questi casi, l’esistenza di uno scarto che deve essere colmato, di un vuoto di diritto costituzionale, una volta che di questo diritto si abbia una concezione chiusa.

4.C COSTITUZIONALISMO UNIVERSALE?

Filosofi, teologi, politologi, sociologi, economisti, ciascuno per la sua parte, si sono esercitati a mettere in luce pericoli e ineluttabilità di questo Moloch, la globalizzazione, che pervade e condiziona ogni ambito della vita, proponendo analisi, concettualizzazioni, linee di riflessione critica e prospettive di azione pratica. E la scienza giuridica? In particolare, la scienza costituzionale? La scienza costituzionale ha da sempre avuto il compito di organizzare giuridicamente la dimensione dei fatti e dei poteri costituzionali. E anche oggi il compito, nell’essenziale, non è diverso, pur non potendosi più riferire e appoggiare integralmente sull’unità di un soggetto sovrano, nella forma dello Stato costituzionale chiuso. Non si devono sottovalutare, anzi si devono sostenere, i tentativi di ricomporre quella discrasia tra condizioni e conseguenze di diritto costituzionale tramite strumenti politici, cioè attraverso l’azione degli Stati che, con i mezzi del diritto internazionale, creano organizzazioni sopranazionali dotate di poteri normativi, amministrativi e giudiziari sovranazionali. C’è però un compito che riguarda non la politica internazionale ma il diritto costituzionale, cioè i costituzionalisti e i tribunali che hanno a che fare con materia costituzionale e norme costituzionali.

A questo riguardo è rilevante il superamento dell’originaria concezione costituzionale chiusa, di cui s’è detto. La concezione materiale dell’incostituzionalità affranca il cuore della costituzione dalla supremazia legislativa dello Stato; la struttura indeterminata delle norme costituzionali di principio, sulle quali si esercita con più profitto la comparazione, permette connessioni orizzontali. Esiste ormai un patrimonio di contenuti fondamentali che si riscontrano con notevole ricorrenza nelle Costituzioni statali oggi vigenti: per esempio, l’uguaglianza e la non discriminazione degli esseri umani, la loro dignità e il divieto di trattamenti degradanti, la protezione delle minoranze, i diritti di libertà classici e i diritti sociali, la democrazia e il diritto all’autogoverno delle comunità locali, la protezione delle identità culturali, ecc., principi che operano nel quadro dei meta-principi

della ragionevolezza e della proporzionalità della legge. Dall'interpretazione di questi principi, quando la giurisprudenza si ispiri a comuni orientamenti, può progressivamente andar formandosi un minimo comune denominatore costituzionale ultrastatale, "amministrato" da giurisdizioni costituzionali locali, dove si possano trovare risposte comuni a questioni aventi ripercussioni generali.

La costruzione di questo patrimonio di diritto costituzionale comune sembra essere il compito attuale della scienza e della giurisprudenza costituzionali. Consapevoli o no, mosse da comuni esigenze, esse operano nell'alveo di ciò che possiamo definire il "costituzionalismo attuale", una nozione presente ormai nell'*ethos* del nostro tempo, che nessun legislatore (nemmeno un legislatore costituzionale), nessuna giurisprudenza, nessuna dottrina può permettersi di contraddire, senza essere per ciò stesso cadere nell'illegittimità e scontare una condanna non solo morale ma anche densa di potenziali conseguenze sul piano pratico: esclusione da consessi internazionali, sanzioni dirette e indirette, stasi (nel senso greco-classico) della vita politica interna. Si dirà: ma, le costituzioni positive, facendo valere la sovranità su cui ancora si fondano, non possono forse andare per conto loro? Il costituzionalismo del nostro tempo non è forse una fragile ideologia o una vaga aspirazione? La risposta sta in quest'altra domanda che rinvia alla "formula di Radbruch" (di recente riportata in onore da R. Alexy): è anche solo lontanamente immaginabile una costituzione che esordisca dicendo la dignità umana non è rispettata, la discriminazione tra gli esseri umani è ammessa, la libertà è proscritta, l'ingiustizia è elevata a valore?

Con riguardo a questo strato di diritto costituzionale posto di là della sovranità statale, si è parlato di *supra-costituzionalità*, una nozione controversa, eterogenea, risultante da principi di *ius gentium* (il diritto internazionale non patrio), da convenzioni internazionali patrizie multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto diritto umanitario, da motivi di giustizia iscritti nel diritto naturale, eccetera.

Questa nozione di supra-costituzionalità è divenuta oggetto di dibattito negli ultimi due decenni, in concomitanza con l'apertura degli ordinamenti giuridici nazionali a dimensioni costituzionali più vaste. Il fatto stesso che sia stata proposta e abbia trovato un fertile terreno di discussione, è, per ora, più significativo di quel tanto di consenso che ha riscosso. L'idea stessa di un livello di norme che valgono più della costituzione è considerata una contraddizione in termini, una volta che si ritenga che il diritto costituzionale coincide con la costituzione positiva e che questa costituzione è norma suprema. Questo "positivismo della costituzione" rifiuta come contraddittoria l'idea che la costituzione possa essere vincolata a qualche cosa di diverso da sé e di superiore; nega conseguentemente

che possano esistere limiti materiali alla revisione costituzionale; afferma che anche i limiti che la costituzione stessa eventualmente pone alla propria modifica possono essere rimossi attraverso la revisione delle norme costituzionali che li prevedono; concepisce le obbligazioni derivanti dal diritto internazionale come auto-obbligazioni, fondate sulla costituzione e pertanto revocabili con la modifica delle norme che ne sono a fondamento. Al contrario, l'idea di una dimensione del diritto costituzionale non formale, che affianca, entrando in rapporto con quella formale (un rapporto per sua natura non formalizzabile) è coerente con la visione complessa del diritto a due lati, cui si è fatto cenno in precedenza. Se si ammette che il diritto non è solo volontà formalizzata in legge e che la legge è parte e non tutto, non vi sono difficoltà per le giurisprudenze costituzionali ad aprirsi alla considerazione agli elementi costituzionali materiali del costituzionalismo attuale, non contro, ma attraverso le norme costituzionali di principio che esse devono interpretare e applicare. Questo tipo di norme, formulate con il ricorso a concetti che, per valere, devono essere concettualizzati per mezzo di concezioni, sono il lasciapassare per la circolazione delle esperienze costituzionali tra ordinamenti distinti e per la loro ricezione in giudicati costituzionali.

In questo quadro si colloca la propensione attuale, sempre più accentuata, della pratica e della scienza del diritto costituzionale a “guardare al di là”. Oggi, a differenza del passato, un costituzionalismo esclusivamente nazionale si condannerebbe progressivamente all'impotenza e all'emarginazione di una scienza che perde progressivamente il controllo della propria materia. L'atteggiamento aperto non è un lusso, un accessorio; è una necessità vitale. Gli organi della giustizia costituzionale sono venuti costruendo una cerchia di relazioni consolidate e talora a istituzionalizzate in associazioni, conferenze, scambi di esperienze tra Tribunali costituzionali, Corti supreme, Alte Autorità di garanzia costituzionale. Da tempo è all'opera una generazione di costituzionalisti dallo stile di vita cosmopolitico, che fanno della comparazione l'essenza delle loro ricerche. Centri accademici di ricerca in tutto il mondo contribuiscono efficacemente a un dialogo che, fra tutti quelli che si svolgono sui grandi temi del diritto pubblico, è certamente tra i più fruttuosi. Tutto ciò è un dato di fatto pieno di significato, per la facilità della reciproca comprensione, la spontaneità delle discussioni e la molto frequente concordanza d'intenti. Eppure, in origine, vi sono rilevanti distanze tra i sistemi di garanzia giurisdizionale della costituzione: *judicial review* o giustizia costituzionale; tradizioni di *common* o *civil law*; controllo astratto o concreto, preventivo o successivo; tutela dei diritti costituzionali o controllo delle leggi, ecc.. Lo *Stato di diritto* non è sempre la stessa cosa in quanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La nozione di *Stato costituzionale*, di conseguenza, non coincide dappertutto. La stessa costituzione non è norma suprema nell'identica misura, onde mutano i rapporti tra Corti e poteri legislativi. Sono differenze

rilevanti. Ma proprio per ciò risaltano le tendenze comuni che si riscontrano nel “giudicare in diritto costituzionale”. Lo Stato costituzionale, che deriva dalle diverse nozioni di Stato di diritto, sembra diventare una prospettiva comune.

5.C OMPARAZIONE E COOPERAZIONE COSTITUZIONALE

I compiti della comparazione giuridica odierna si sono arricchiti. Nello Stato costituzionale chiuso, ci si domandava che significato pratico, di là della conoscenza dell’esperienza umana nella sua ricchezza, potesse avere la comparazione, dato l’assioma che le istituzioni costituzionali erano riserva naturale della sovranità statale. La risposta poteva essere varia. Poteva trattarsi della *propria* identità costituzionale, da definire per differenza o per analogia rispetto ad *altre*, diverse; oppure, di confronti in vista di eventuali trasferimenti o imitazioni di istituzioni o prassi dall’una all’altra costituzione. Ora, si tratta d’altro e, precisamente, del confronto cooperativo delle esperienze *particolari* in vista di un orizzonte costituzionale *comune* nel quale convivano e interagiscano unità e pluralità.

Tra queste esperienze costituzionali comuni, posto rilevante occupa quella giurisprudenziale. Essa, salvi i casi di organizzazioni internazionali l’adesione alle quali implica l’assunzione di un’obbligazione, ha valore non cogente ma persuasiva. Le altrui giurisprudenze non sono fonti del diritto costituzionale per le altre. Ma nemmeno richiedono, per essere adottate, atti di sovranità costituzionale statale, come ricezioni attraverso revisioni costituzionali. Possono essere elementi ostensivi del costituzionalismo odierno che si diffondono non a partire da un centro di produzione giuridica formalmente abilitato, ma dall’interno delle costituzioni nazionali, attraverso l’apertura che è implicita nelle loro disposizioni di principio. Le giurisprudenze costituzionali cooperative, che attirano sempre di più l’attenzione degli studiosi e alimentano accanite discussioni, sono un segno dei tempi.

Negli ultimi tempi, questo interscambio di esperienze tra ordinamenti è stato focalizzato come problema di diritto costituzionale generale, nella forma di controversia circa l’utilizzazione e la citazione da parte delle Corti di materiali normativi e giurisprudenziali “esterni”. I due poli nella discussione possono rappresentarsi così: da un lato, l’art. 39 (del *Bill of Rights*) della costituzione della Repubblica del Sud-Africa del 1996, secondo il quale, nell’interpretare il catalogo dei diritti, le Corti “devono prendere in considerazione il diritto internazionale e possono prendere in considerazione il diritto straniero”; all’opposto, la radicale contestazione di questa pratica, nel segno della difesa dei caratteri originari della costituzione, contro gli “incroci bastardi” con esperienze non indigene e contro l’appannamento del diritto costituzionale in un generico “costituzionalismo senza confini e senza carattere” (R. Posner). Il rifiuto di “guardare oltre” significa il

rifiuto della prospettiva universalistica del costituzionalismo, in nome della dell'identità costituzionale nazionale. I critici della tendenza a una "giustizia costituzionale cosmopolitica" —una *meretricious practice* (ancora Posner) che corrisponderebbe a un *concetto di natura arrogante* (sen. J. Sessions nella *Confirm Hearing* sulla nomina di J.G. Roberts a *Chief Justice* degli S.U.)— la sovraccaricano di ideologia, quando la collegano all'idea di un diritto naturale universale o con l'idea di una "incombente legge morale", e parlano di "avanguardismo morale". Esso si nutrirebbe dell'idea di progresso giuridico che, a partire dalle divisioni, tenderebbe all'unificazione delle società nel nome dei diritti umani. In effetti, il terreno sul quale più naturalmente si è sviluppata questa discussione è quello dei diritti fondamentali; anzi, sugli aspetti fondamentali dei diritti fondamentali: la pena di morte, l'età e le condizioni psichiche dei condannati, le modalità anche temporali delle esecuzioni capitali; i diritti degli omosessuali; le "azioni positive" a favore della partecipazione politica delle donne o contro storiche discriminazioni razziali nell'accesso al lavoro e all'istruzione; la limitazione dei diritti per motivi di sicurezza nazionale; la regolamentazione dell'aborto e, in generale, i problemi posti dalle applicazioni tecniche delle scienze biologiche a numerosi aspetti dell'esistenza umana; la libertà di coscienza rispetto alle religioni dominanti e alle politiche pubbliche nei confronti di scuole e confessioni religiose; i diritti degli individui entro le relazioni familiari e similari. E' a partire da problemi come questi che la discussione ha preso avvio ed è a questo livello che la comparazione e la cooperazione delle esperienze giurisprudenziali sono auspiccate od osteggiate.

La discussione ha assunto toni accesi soprattutto negli Stati Uniti. Ha suscitato scalpore il riferimento da parte di un giudice della Corte Suprema (giudice Breyer, *dissenting opinion* in *Knight v. Florida* [1999]), oltre che al *Privy Council* britannico e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a una decisione della Corte Suprema dello Zimbabwe che, dopo avere a sua volta consultato decisioni straniere, aveva stabilito che l'esecuzione di una sentenza capitale a lunga distanza di tempo dalla condanna è da considerare una forma di tortura, o un trattamento inumano e degradante. La reazione al "nascente cosmopolitismo giudiziario" risultante da alcune basilari pronunce della Corte Suprema del 2003, a partire da *Lawrence v. Texas* in tema di sodomia, è bene rappresentata dal titolo di una proposta di legge (peraltro non giunta all'approvazione) al Congresso degli Stati Uniti dell'anno dopo —*Constitution Restoration Act* (si noti il termine "restoration", restaurazione)— con la quale si sarebbe voluto inibire ai giudici di interpretare la costituzione prendendo in considerazione documenti giuridici diversi da quelli nazionali, comprese le decisioni di Corti costituzionali o Supreme di altri Stati o di Tribunali internazionali dei diritti umani. L'atmosfera di eccitazione che accompagna queste discussioni ha raggiunto l'apice con la minaccia di *impeachment*, oltre che con minacce all'incolumità fisica.

In realtà, non c'è alcun bisogno di arrivare a queste esagerazioni. Basta un atteggiamento di modestia nei confronti delle altrui esperienze, rispetto ai nostri medesimi problemi. Basta non credere di essere soli nel proprio cammino e non presumere, come invece fanno gli sciovinisti della costituzione, di essere i migliori. Il presupposto non è necessariamente il diritto naturale né l'illusione del progresso. Può essere la prudenza dell'empirista che vuole imparare, oltre che dai propri, anche dagli altrui successi ed errori. Basta riconoscere che molte norme fondamentali della costituzione aspirano all'universalità, e che la loro interpretazione, già a prima vista, non è l'interpretazione di un contratto, o di un provvedimento amministrativo, e nemmeno di una legge, scaturita da volontà politiche particolari e contingenti. L'interpretazione costituzionale è un atto di adesione o di rottura rispetto a tradizioni storico-culturali comprensive, di cui le singole Costituzioni sono parti.

Il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sopranazionali non presuppone dunque affatto l'umiliazione delle costituzionali nazionali. Si sta parlando non di un cavallo di Troia per affermare una "dittatura universalistica dei diritti", ma di uno strumento per intendere le nostre proprie costituzioni nazionali, dando loro un senso attraverso il quadro di sfondo nel quale esse possono assumere un preciso significato, in relazione a un determinato momento storico (giudici Breyer e Stevens in *Jay Printz v. United States* [1977]). La controversia circa l'interpretazione della propria costituzione con l'ausilio di quelle altrui è dunque una controversia sul proprio senso storico. I cittadini di un ordinamento a diritto costituzionale aperto non sono dunque chiamati a subire "inclinazioni, entusiasmi o mode straniere" (giudice Scalia in *Lawrence v. Texas* [2003]). Il fine è pur sempre quello di intendere il proprio diritto costituzionale. E' come ricorrere, per risolvere un problema difficile, a "un amico ricco di esperienza", che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati: "il diritto comparato mi serve come uno specchio, mi consente di osservarmi e comprendermi meglio" (A. Barak). La circolazione delle giurisprudenze non compromette l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione.

Ripensiamo però all'immagine dello specchio. Essa ci parla di rifrazioni in uno spazio in cui ciascuno può guardare se stesso attraverso l'altro. Ci dice che la comunicabilità delle giurisprudenze coincide con la partecipazione a un rapporto paritario ed esclude pregiudiziali complessi costituzionali di superiorità (oggi, degli Stati Uniti d'America rispetto allo Zimbabwe; domani –chi può sapere– dello Zimbabwe rispetto agli Stati Uniti d'America). Ma ci dice anche –e questo è

il punto decisivo per la comprensione dello Stato del diritto costituzionale odierno— che il guardare se stesso attraverso l'altro presuppone che entrambi si sentano parti di un medesimo movimento storico. Se non fosse così, se si fosse l'uno l'altro estranei o, peggio, avversari o, peggio ancora, nemici, sia pure potenziali, che senso avrebbe questo rispecchiarsi? Il presupposto della comparazione, non fine a se stessa, ma in vista dell'apprendere reciproco, rinvia necessariamente a una dimensione di meta-diritto costituzionale, quello che abbiamo denominato il costituzionalismo del nostro tempo.

Si sbaglia direzione, quando si criticano gli sviluppi cosmopolitici della giurisprudenza costituzionale, in nome di un preteso strapotere del diritto e dei giudici: la “giuristocrazia” (R. Hirschl). In genere, critiche di questo genere sono motivate con il rispetto dell'autonomia del “politico”, ciò che, ai nostri giorni, significa spazi liberi di decisione democratica. Questa esigenza, che ha le sue fondatissime buone ragioni, si risolve nella critica all'attivismo giudiziario, alla tendenza a usare estensivamente le norme costituzionali indeterminate, ecc. Ma qui nulla di tutto ciò è in questione. Si tratta solo del “senso” da dare all'attività giudiziaria. La prospettiva di un diritto costituzionale aperto non è affatto, in linea di principio, più pericolosa per la discrezionalità del legislatore democratico, della prospettiva contraria. Gli abusi sono ugualmente possibili nell'uno e nell'altro caso. La prospettiva del costituzionalismo cosmopolitico, cercando di incanalare il flusso delle interpretazioni in una prospettiva convergente, vorrebbe promuoverne, semmai, l'ancoraggio a tendenze obbiettive e sottrarla al soggettivismo decisionista del caso per caso.

6.L' ULTIMA PAROLA

L'idea di un diritto costituzionale aperto presuppone, se non il superamento, almeno l'allentamento del suo *imprinting*: la sovranità statale. Sovranità dello Stato e diritto costituzionale sovrastatale o cosmopolitico sono in contraddizione. Il diritto internazionale soltanto è il diritto che può andare al di là dello Stato, compatibile con la sua sovranità. Questo punto è chiaro, ma non è chiaro quale sia il destino della sovranità e, soprattutto, se sia un *destino comune*. Fino a qualche tempo fa si facevano affermazioni come: “l'epoca della sovranità si è definitivamente conclusa. E con essa è uscita definitivamente di scena la versione ‘continentale’ della statualità: la storica formazione burocratica centralistica di esercizio del potere, fondata sul monopolio della potestà di comando e dotata del dominio esclusivo e indiscusso sulle competenze decisionali” (A. Bolaffi). Di questo Stato, Carl Schmitt ha recitato l'epitaffio con parole che volevano essere profetiche: “L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa viene meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto statale e internazionale

eurocentrica, nel corso di un lavoro concettuale durato quattro secoli. Lo Stato come modello dell'unità politica, lo Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, questa fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, sta per essere detronizzato". Ma, queste certezze non sono forse precipitose? Queste affermazioni, forse troppo categoriche e generiche?

Sotto certi aspetti, la sovranità statale, innanzitutto nei suoi aspetti esterni, ci appare addirittura ribadita e in termini così scoperti e aggressivi da non lasciare dubbi. La discussione sulla possibilità di apertura alle influenze esterne ha come posta in gioco la sovranità della costituzione. Altrettanto significativo, questa volta sotto l'aspetto della forza nelle relazioni internazionali, il rifiuto di alcune tra le principali potenze della terra (Stati Uniti d'America, Federazione russa, Repubblica cinese, oltre che Stato d'Israele e diversi Stati arabi) di aderire alla Convenzione del 1998 che istituisce il Tribunale penale internazionale permanente, competente in caso di crimini di guerra e di "atti di aggressione", oltre che di crimini contro l'umanità e di genocidio. Infine, ancor più significativo, infine, è l'atteggiamento ostile a ogni proposta di riforma nel senso della "democratizzazione" (cioè della uguaglianza del peso decisionale) relativamente a istituzioni, organismi internazionali e organizzazioni interstatali regionali, aventi poteri politici, economici, ecologici e militari.

Ciò che abbiamo di fronte, più probabilmente, non è la fine della sovranità ma la sua concentrazione in capo ad alcuni Stati, a danno degli altri, come è sempre stato, ma oggi si manifesta addirittura con maggior forza e maggiore evidenza. Dunque, una disuguaglianza delle sovranità, un'asimmetria nei rapporti tra gli Stati, non solo di fatto ma rispecchiata anche giuridicamente, una concentrazione della statualità di fronte alla quale le interpretazioni nel senso "post-moderno" o, addirittura "neo-medievale" dell'ordine (o disordine) tra i popoli appaiono "visioni", più che interpretazioni.

Se è vero che il diritto costituzionale chiuso e sovranità degli stati si tengono insieme, come due lati della medesima medaglia, si comprende come il costituzionalismo globale rappresenti una sfida agli stati forti, cioè agli oligopolisti della sovranità, e sia nell'interesse di un riequilibrio a favore degli stati deboli. Si comprende così anche che a questa prospettiva sia destinata a essere patrocinata particolarmente dalla scienza costituzionale consapevole di questi ultimi. Tra costituzionalismo globale e sovranità il confronto è aperto e l'ultima parola non è detta. Per gli Stati-guida del mondo vale semmai la propensione a farsi esportatori di diritto costituzionale, a porsi come modelli da imitare, a influenzare ma a non farsi influenzare. Il molto citato monito che Guido Calabresi rivolge alla giurisprudenza degli Stati Uniti d'America – "Altri paesi sono nostri 'discendenti

costituzionali' e il modo in cui essi hanno affrontato problemi analoghi ai nostri potrebbe essere molto di aiuto per noi, quando siamo di fronte a questioni costituzionali difficili. Genitori saggi non hanno esitazione a imparare dai loro figli"– esprime un'insoddisfazione e un'aspirazione, e quindi una critica verso una tendenza imperialistica nel diritto costituzionale, in corrispondenza a una sostanza politica.

L'utilizzazione transnazionale delle giurisprudenze costituzionali –ha scritto recentemente Alessandro Pizzorusso– non appare esente da pericoli anche gravi, ma non si può negare che il fenomeno costituisca motivo d'impegno per i giuristi del nostro tempo, in vista del ritorno all'unità del diritto. Noi non sappiamo, perché nessuno ha titoli di profeta, che ne sarà di questa tendenza e delle resistenze ch'essa incontra. Ma, in una tale situazione dilemmatica, affinché il lavoro della scienza e della giurisprudenza costituzionali non proceda alla cieca e nell'incoscienza dei suoi fini, è necessario prendere una decisione e operare conseguentemente. In quanto movimento di natura culturale, il costituzionalismo del nostro tempo mira a un "ordinamento degli ordinamenti". Il suo orizzonte non è una costituzione mondiale politica, quale che ne sia la causa efficiente: la forza che si impone o l'accordo secondo il diritto internazionale, cioè una costituzione che sia fonte di validità delle Costituzioni statali. In questo senso non ha a che vedere con il monismo internazionalistico nel senso kelseniano. È la formazione di un patrimonio comune di principi costituzionali materiali, prodotti nel concorso delle molteplici sedi dove si elabora diritto costituzionale. Si potrebbe parlare, a questo proposito, di "federalismo delle costituzioni", una variante del progetto cosmopolitico kantiano, i cui elementi formativi sono non gli Stati né i popoli rappresentati dagli Stati, ma gli ordinamenti costituzionali che si esprimono attraverso gli organi che li interpretano. La prospettiva è, più che un'unità che incombe, una convergenza da cercare.

Nelle parole di Pizzorusso, troviamo l'allusione a pericoli. Si può e temere un governo mondiale dei giudici? Questo timore è un'esagerazione, considerando che si tratta pur sempre di convergenze interpretative e non creative di diritto. In altre parole, i giudici che esercitano funzioni costituzionali hanno come punto di riferimento i testi normativi per la cui interpretazione e applicazione sono istituiti. Non si tratta di svincolarsi da questi testi, ma di orientarne l'interpretazione in un senso piuttosto che in un altro, secondo i margini che l'interpretazione comunque consente. Si può temere, poi, un pericolo di imperialismo giuridico, attraverso la preponderanza di giurisprudenze forti su giurisprudenze deboli che finisca per omologare le seconde alle prime? A questo dubbio può contrapporsi l'osservazione che proprio la matrice culturale, e non politica, della convergenza interpretativa mischia le carte, aprendo la possibilità ai "piccoli" politicamente di essere "grandi" culturalmente e viceversa. Se, infine, le riserve riguardano l'esigenza di proteggere

da inopportune assimilazioni e allineamenti, vale ancora l'osservazione che, alla base, c'è pur sempre l'interpretazione, da parte delle Corti, del *proprio* testo costituzionale. La difesa del pluralismo culturale, in cui rientrano le diverse esperienze costituzionali, è, del resto, parte integrante della stessa idea odierna del costituzionalismo.

Se la decisione, di cui si è detto poco sopra, è per un diritto costituzionale aperto al costituzionalismo cosmopolitico, il compito dei giudici costituzionali è di essere contemporaneamente organi della loro costituzione e del "federalismo delle costituzioni", essendo tenuti a una doppia fedeltà, verso l'una e verso l'altro. La loro responsabilità è nel promuovere uno sviluppo che, senza tradire la loro natura di giudici, non di legislatori, concili le differenze degli elementi nella convergenza del movimento. Questa è, in sintesi, la difficile vocazione che i giudici costituzionali degnamente possono assumono come la loro, nel tempo presente.

A CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA DE PODERES^(*)

JOSÉ AFONSO DA SILVA ⁽¹⁾
(Brasil)

SUMARIO: 1. O sentido da Constituição de 1988. 2. A organização do poder. 3. O sistema representativo. 4. O sistema eleitoral. 5. Votação distrital e eleição proporcional. 6. O sistema de governo. 7. As reformas e o sentido da Constituição. 8. O funcionamento do Estado. 9. Conclusão.

1 .O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. A Constituição de 1988 instituiu uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado (*O Estado Democrático de Direito*), que se fundamentam em princípios e valores que incorporam um componente de transformação da situação existente, que as elites não aceitam e repudiam. Esse conteúdo ideológico de transformações sociais provoca ataques e críticas que assumiram uma dimensão política total, na medida em que aparece como o resultado da negação prévia de toda a concepção que lhe serve de fundamento.

2. Mais de uma vez tenho dito que a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional. Mas o é ainda menos para as chamadas classes superiores, que sabem que a sua eficaz aplicação importa em retirar-lhes privilégios em benefício da população excluída. Ela muda o eixo do constitucionalismo brasileiro com inovações de relevante importância voltadas para a realização de uma democracia preocupada com o destino do povo, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade.

(*) Este texto, em homenagem ao meu querido amigo, Dr. Diego Valadès, é uma versão desse tema recorrente que é o do valor, eficácia e funcionamento da Constituição de 1988, que foi objeto de diversas palestras que proferi em homenagem a seus aniversários.

(1) Prof. tit. aposentado da Faculdade de Direito (USP).

3. Aqui é que se situa a questão. Até que ponto se tem realizado. Por certo que quinze anos de uma Constituição é tempo razoável para o seu julgamento e para dizer se ela está ou não sendo eficaz, mormente se levarmos em conta que a história constitucional do País revela que nossas constituições têm vida curta e geralmente atormentada.

4. Fatores de variada natureza, contudo, interferem com a eficaz vigência da Constituição de 1988. Talvez se possa dizer, como resumo de tudo, que a sua parte velha embaraça a aplicação da parte nova. Ela deixou praticamente intacta a estrutura de poderes. Enfim não concluiu a reforma do Estado. Esse aspecto merece alguma consideração, porque o exame dos quinze anos de vigência da Constituição deve ter a finalidade de suscitar reflexões para que interpretação construtiva lhe corrija os defeitos e a aperfeiçoem.

2.A ORGANIZAÇÃO DO PODER

5. Ela falhou na organização do poder. Um dos arraigados elementos da cultura política brasileira consiste na primazia do Poder Executivo e na tradicional desconfiança no Poder Legislativo. Larga camada do povo mais carente acalenta a cultura paternalista, que vem do coronelismo, e espera do Chefe do Poder Executivo, em todos os níveis de governo, a solução de seus problemas e dificuldades pessoais. Daí decorre um presidencialismo monárquico e personalista, que, não raro, tende a governar por cima dos demais Poderes. Esse centralismo presidencial assumiu feições exacerbadas no regime militar, em detrimento de um equilíbrio mais eficaz com os Poderes Legislativo e Judiciário⁽²⁾.

6. Aspásia Camargo lembra que, durante o regime militar, a tendência crônica, já secular, do neo-patrimonialismo não só coexistiu pacificamente com o clientelismo mas até “exacerbou-se, tendo em vista a decisão estratégica de manter o Congresso inoperante, mas em funcionamento, ao lado de um Poder Executivo (com exceções das prefeituras menores) nomeado pelo poder militar. Sendo o Congresso a única arena competitiva e, além do mais, vital para garantir legitimidade formal a certas decisões políticas de cunho autoritário, a tendência natural foi a de negociar, manter e até exacerbar a mediação clientelística da classe política, favorecendo o fluxo de distribuição de benesses em favor de elites regionais influentes através do acesso fácil à contratação para postos públicos”⁽³⁾.

(2) Sobre isso, cf. Aspásia Camargo “As dimensões da crise”, em Aspásia Camargo e Eli Diniz (Orgs.), *Continuidade e Mudança no Brasil da Nova República* São Paulo, Vértice, 1989, p. 29.

(3) Idem, p. 29.

7. Essa foi a situação que a Constituinte encontrou. Desde logo, conscientizou-se de que uma de suas tarefas importantes seria reformar o sistema de poder. Ninguém se iludia, pretendendo instituir um Executivo fraco. Se não se estava construindo um “Estado mínimo”, segundo o figurino liberal, mas se da Constituição sairia um Estado forte, por certo que um tal Estado requereria um Executivo forte, embora sujeito a freios que o contivessem nos limites da legalidade constitucional. Não se aceitou a posição de que o Estado forte seja incompatível com a modernidade; antes compreendeu-se que a modernização brasileira não prescinde do Estado. O equilíbrio de poderes não estará no enfraquecimento do Executivo, retirando dele o que só a ele deve corresponder. Estará no aparelhamento do Legislativo para o exercício de suas funções com eficiência e presteza.

8. Já se sabe a esta altura que a Constituição de 1988 não conseguiu realizar o equilíbrio de poderes, porque a hegemonia do Poder Executivo é notória. É certo que o Poder Legislativo foi prestigiado pelo novo texto constitucional. De fato, o Congresso Nacional foi sendo plasmado, durante o processo constituinte, para exercer as funções de Parlamento num sistema parlamentarista de governo, que também foi sendo construído durante a elaboração constitucional. No final, contudo, por diversos tipos de pressão do Presidente da República e de Governadores de Estado, foi aprovada uma emenda presidencialista, mal adaptada ao texto já aprovado, sem os ajustamentos necessários, pelo que certos instrumentos, aceitáveis e convenientes num sistema parlamentarista, acabaram perdurando, de sorte a dar ao Executivo presidencialista mais poderes. O exemplo característico disso se tem nas famigeradas *medidas provisórias*.

3.O SISTEMA REPRESENTATIVO

9. Reflitamos um pouco sobre o funcionamento do Poder Legislativo. Para tanto é necessário dizer algo sobre a *questão da representação no Brasil*. O duplo centralismo do regime militar gerou distorções no funcionamento do Congresso Nacional. Por um lado, o Poder Executivo centralizava a formulação e as decisões da política nacional. O Congresso Nacional foi posto à margem desse processo. De outro lado, o centralismo financeiros da União, em detrimento de Estados e Municípios, criava uma dependência econômico-financeira destes àquela.

10. A consequência disso, como observou certa vez Nelson Jobim, é que Estados e Municípios se deram conta de que não havia necessidade de mandar para o Congresso Nacional formuladores de política nacional. Não havia necessidade alguma de se ter lá gente que pudesse ter visão nacional. Precisavam ter lá gente competente para negociar com Ministros de Estado as transferências de recursos para seus Estados e Municípios, que foi a base do modelo. A partir daí, modelou-se o parlamentar de representação federal como agente de interesses

regionais e isto era condição de sua reeleição. O importante era conseguir dinheiro para a construção de pontes, de estádio de futebol, para asfaltamento de estrada, não a formulação de política nacional, de interesse geral. Se ele não tinha esse perfil, não se reelegeria, porque não contaria com o apoio do Governador e de Prefeitos. O âmbito e o universo de trabalho do parlamentar não eram o plenário do Congresso Nacional, mas a ante-sala dos Ministérios: é ali que ele desempenhava a função para a qual foi eleito: *agenciar interesses regionais*. Assim, como o parlamentar não estava no plenário, tornou-se necessário criar um mecanismo que possibilitasse o funcionamento das Casas do Congresso. Daí o *voto de liderança*, modo de decisão em que os líderes partidários decidem por suas bancadas, como se estas estivessem presentes e votando. A falta de *quorum*, para votação da matéria, tão criticada pela imprensa, decorre desse fenômeno⁽⁴⁾.

11. A Constituição de 1988 modificou esse panorama, porque elevou o Congresso Nacional à condição de partícipe relevante do processo de tomada de decisões nacionais, especialmente porque fora modelado para o exercício das funções de Parlamento num sistema parlamentaristas. Por outro lado, a nova discriminação de rendas tributárias entre as unidades federativas fortaleceu as finanças estaduais e municipais, o que não mais seria necessário negociação parlamentar de transferência de recursos. Não é certo, contudo, que isso, por si, importe em romper com a cultura política de representação regionalizada, que, embora exacerbada no regime militar, tem raízes mais remotas. Mas o Congresso, após a Constituição, não assumiu o papel que ela lhe reservou, especialmente porque a má qualidade da representação gerada no regime militar perdura. Por isso, o Poder Legislativo continua suscetível ao poder centralizador do Presidente da República, como temos visto com o desenvolvimento de um processo de reformas constitucionais, dominadas por ele, numa concepção estranha que busca subordinar o sistema constitucional a serviço do detentor do Poder. Assim, cada Presidente acabará querendo mudar a Constituição ao seu talante, sob a suave aceitação de um Congresso dócil. O sistema de negociação se transformou em sistema de corrupção. Verdade que as instituições democráticas vêm combatendo com denúncias, investigações e inquéritos. E é aí que se revela a importância das instituições parlamentares, com todos os seus defeitos: assegurar o debate, a crítica, a denúncia, a investigação que propiciam o aperfeiçoamento das práticas políticas.

Na verdade, o Congresso mantém uma estrutura e um modo de ser arcaicos, plasmados ainda no século XIX, em sintonia com o Estado liberal, para o exercício de funções puramente formais. Não renovou suas práticas para o exercício das

(4) Cf. Nelson Jobim, “Os partidos políticos e a modernização política nacional”, em *Fórum Nacional*, ob. cit., pp. 229 e ss.

funções de um Estado moderno, atuante e dinâmico. Por isso não tem respondido à exigências de uma Constituição voltada para o futuro.

4.O SISTEMA ELEITORAL

12. Aí entra a questão do *sistema eleitoral*. Sobre isso, cumpre observar que a Constituição manteve o sistema eleitoral de representação proporcional (art. 45), que, na experiência brasileira, tem tido um efeito peculiar, diverso da sua característica de sistema que busca a representação de todas as correntes de opinião. O sistema tem tido um efeito corporativo, que distorce inteiramente sua finalidade. Assim é que corporações religiosas, profissionais, culturais ou de defesa de interesses específicos fazem inscrever, nos vários partidos políticos, candidatos comprometidos com seus interesses, e lutam por sua eleição, em detrimento da representação partidária de interesses da coletividade como um todo⁽⁵⁾. A propósito, Luís Virgílio Afonso da Silva observa com inteira propriedade:

“A fragilidade de nosso quadro partidário provoca outro fenômeno cada vez mais corriqueiro em nossa representação política. Já vimos acima que a representação política deve ser uma representação partidária, como a própria Constituição preceitua (art. 14, §3º, V). Mas a inexistência de uma coesão partidária acabou gerando uma coesão suprapartidária de caráter corporativo. Não é difícil perceber uma nítida tendência à formação de bancadas, compostas por deputados de diversos partidos, com o intuito de defender opiniões de seu grupo profissional ou religioso. E isso não é uma tendência acobertada, pois os próprios membros dessa nova modalidade de bancada parlamentar não vêem problemas em se identificar como membros de bancada evangélica, de bancada ruralista etc.

“É preciso deixar claro que o que aqui se aponta como problema não é a simples existência de deputados oriundos de diversos setores da sociedade e que, por isso, tendam, em várias circunstâncias, a votar em favor de sua classe. Isso é normal. O problema reside no incentivo à consolidação de grupos de deputados que, independente dos partidos a que pertençam e, conseqüentemente, do programa partidário que deveriam defender, pautam suas decisões apenas e tão somente por princípios corporativos, o que colabora ainda mais para perpetuar o caótico quadro parlamentar brasileiro”⁽⁶⁾.

(5) Cf. José Afonso da Silva, “Representación proporcional: efectos corporativos em Brasil”, em Dieter Coniecki (ed.), *Sistemas electorales y representación política em Latinoamérica*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, p. 371.

(6) Cf. *Sistemas eleitorais, tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pp. 166 e 167, citando José Afonso da Silva, ob. cit., p. 371.

13. Quer dizer, o sistema de representação proporcional está assumindo, cada vez mais entre nós, as características de uma representação de interesse, de feição corporativa. Por essas e outras razões, é que se esperava que um processo de mudança constitucional começasse pela reforma política, em especial por uma profunda reflexão sobre o sistema representativo que informa nossa democracia representativa, porque os desvios indicados estão transformando-a num regime de representação de interesses corporativos. A modernização do Estado brasileiro passa também por aí. A tendência é a de adotar o sistema distrital misto de tipo alemão, mas corre-se o risco de se acumularem nele os defeitos do sistema distrital e dos sistema de representação proporcional. O sistema distrital puro afasta os defeitos apontados acima, reduzirá o volume despropositado de candidatos, por não possibilitar a aventura fácil, mas tem os seus próprios defeitos. Enfim, é necessário empreender um amplo debate sobre essa questão crucial para a democracia e para o funcionamento do Estado. Afastar pura e simplesmente o sistema de representação proporcional significa afastar um instrumento importante para a consecução de uma democracia social, porque esse sistema é o único que possibilita a democratização da representação parlamentar, com a eleição de representantes mais afinados com os interesses populares. O que é preciso é corrigir-lhe os defeitos, inclusive a da desproporção da representação dos Estados. Luís Virgílio Afonso da Silva dá sua contribuição a esse debate, em termos que merece reflexão pelo que me permito transcrever aqui suas conclusões a respeito. Depois de sintetizar os principais problemas causados pelas peculiaridades de nosso sistema, apresenta ele as soluções que entende apropriadas, quais sejam: “(a) adoção de listas bloqueadas, com a ordem dos candidatos previamente definida por votação na convenção partidária. (b) estabelecimento de uma circunscrição nacional única, para que não haja mais sobre-representação de alguns Estados às custas de outros; (c) vedação das coligações partidárias”⁽⁷⁾.

Há certamente duas dificuldades a considerar na proposta do autor citado. Uma é que a adoção de listas bloqueadas segundo a ordem dos candidatos previamente definidas por votação na convenção partidária, para ser correta e democrática, requer profundas transformações na estrutura partidária; sabe-se que as convenções são órgãos formados por delegados escolhidos um pouco de cima para baixo, na mais das vezes por indicação irrefutável de donos de partido ou, no mínimo, por lideranças expressivas que, por esse sistema, exerce forte domínio sobre o partido; talvez se possa escolher os candidatos não por votação das convenções, mas por votação de todos os filiados do partido e a ordem de votação definiria a ordem dos candidatos na lista; é certo que, no sistema alemão, em relação à metade a ser eleita pelo sistema proporcional, se costuma encabeçar a

(7) Cf. ob. cit., p. 181, conclusões 14 e 15.

lista com nomes de grande expressão política, exatamente para puxar a votação em favor dos candidatos do partido. Outra dificuldade é a representação nacional única, porque, além de sua complexidade, dada a extensão do território nacional e a desigualdade de condições geográficas e demográficas, há ainda o risco de Estados mais populosos e mais ricos dominarem a representação parlamentar. Se a representação nacional pode ser uma idéia sedutora, é necessário verificar como viabilizá-la sem criar outros problemas não menos graves, sobretudo porque pode ser ruim para populações mais pobres. Não quero fechar esse tópico sem lembrar proposta que fiz no trabalho há pouco citado de sistema proporcional de votação distrital de que o espaço aqui não permite pormenores.

14. Quero reafirmar nesta oportunidade manifestação que fiz num velho texto de 1980: “o sistema de representação proporcional é o único sistema eleitoral capaz de instrumentar a formação de um regime democrático autêntico em oposição a sistemas oligárquicos dominantes; a experiência brasileira dos anos recentes demonstra isso com veemência impressionante, a ponto de os teóricos do sistema de dominação vigente [ou seja, do regime militar] ficarem alertados e passarem a postular a aplicação do sistema majoritário por distritos eleitorais, com o que se tornar possível o controle a nível eleitoral da representação partidária e, portanto, da efetiva representatividade dos partidos e, assim, da participação popular, de base, no processo político e na organização do poder governamental”. De fato, o sistema de representação proporcional é que possibilitou a sobrevivência das oposições concentradas no MDB e até a sua expansão. O sistema distrital não o possibilitaria.

15. No entanto, o meu apego ao sistema de representação proporcional não exclui minha convicção de que ele precisa de profunda reformulação, pela adoção, não de sistema estrangeiro, mas da criação de algo novo, capaz de manter o sistema em sua essência com a eliminação dos seus defeitos.

Há diversas propostas no sentido da mudança do sistema eleitoral.

16. Uma é a da *representação proporcional a nível nacional*, mediante a formação do quociente eleitoral pela soma do total dos votos obtidos nos diferentes Estados, como propõe Osny Duarte Pereira: “Se os Partidos são nacionais, ... para que não fosse falseada e nem diminuída a representatividade democrática, como ocorre atualmente, a contagem de votos recebidos em diferentes Estados, qualquer que fosse o seu número, deveria ser creditada à legenda nacional do Partido. O número de seus representantes contar-se-ia pelo total dos votos obtidos em todos os Estados. Isto seria real democracia”^(7 bis).

^(7 bis) Cf. Osny Duarte Pereira, *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*, p. 40, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1987.

A proposta de Virgílio Afonso da Silva vai na mesma direção, nos termos seguintes:

“A proposta a ser feita neste trabalho é também pouco ortodoxa, porquanto rompe com a ligação entre circunscrição e unidades federativas, mas além disso, aponta firmemente na direção de uma proporcionalidade real. A solução definitiva para o problema do *malapportionment* é a definição de todo o território nacional como apenas uma circunscrição, a chamada circunscrição nacional única, adotada nos Países Baixos e em Israel. É fora de dúvida que esse tipo de circunscrição é o que maior proporcionalidade garante, além de evitar o *gerrymandering*”⁽⁸⁾.

Se fosse adotado tal sistema, a sistemática da representação proporcional sofreria aí profunda alteração e um princípio federativo – o da representação por Estado em função da respectiva população – cederia lugar a uma consideração unitária do território nacional para fins eleitorais.

17. Bastante diferente, e também diverso do alemão, é o sistema misto proposto no Anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (dita Comissão Afonso Arinos). Aí se diz no seu art.169 que o sistema eleitoral será misto, elegendo-se metade da representação pelo critério majoritário, em distritos uninominais, concorrendo um candidato por partido, e metade através de listas partidárias. A soma dos votos obtidos, em todos os distritos, pelos candidatos de cada partido servirá de base para a distribuição das cadeiras, de modo a assegurar, quando possível, a representação proporcional das legendas. Os votos que cada partido obtiver, em cada distrito por seu candidato majoritário, é que são somados para formar o quociente eleitoral e o quociente partidário e assim designar os eleitos pelas listas partidárias. Não ficou expresso quem seria considerado eleito em cada lista até completar o quociente partidário. Reservou-se à lei complementar definir esse aspecto do sistema, mas parece implícito que deverão reputar-se eleitos os candidatos classificados na lista partidária em face da votação que tenham tido dos filiados para sua inscrição nela. Devemos reconhecer que o sistema elimina um grave inconveniente da representação proporcional, qual seja a guerra entre correligionários na disputa pelos votos eleitorais. Bolívar Lamounier, que propôs o sistema, ponderou, que, ao contrário, ele iria fazer com que todos os candidatos do mesmo partido trabalhassem harmonicamente no sentido da vitória do candidato pelo critério majoritário, porque, quanto mais votos obtivesse, mais

(8) Cf. ob. cit., pp. 172 e 173.

eleitos faria na lista. Isso é certo apenas em relação aos candidatos bem colocados na lista partidária, não, porém, quanto aos candidatos mal colocados nas listas, porque, por não terem oportunidade de eleger-se, por certo, não se empenhariam na luta eleitoral.

18. Outra proposta que está em discussão é exatamente a do chamado *voto de legenda* ou *voto de lista*. Há três formas de listas partidárias: a) *lista aberta*, em que se permite ao eleitor reordenar a ordem dos candidatos, como lhe é facultado escolher diversos candidatos; b) *lista fechada e não-hierarquizada*, que não contém uma ordem definida de candidatos e o eleitor pode votar num dos candidatos de sua escolha ou votar apenas na lista (voto de legenda); c) *lista bloqueada e hierarquizada*, é uma lista fechada, com todos os candidatos do partido em uma ordem previamente definida na convenção partidária; o eleitor não pode modificá-la, por meio de votação nominal, porque só lhe cabe votar na lista como um todo (voto de legenda), considerando-se eleitos os candidatos na ordem estabelecida até onde alcançar o quociente partidário⁽⁹⁾. Esta é a forma que está em discussão no Congresso Nacional. A questão é precisamente a da formação da lista, que, no sistema vigente, é da competência das convenções partidárias que ainda têm que respeitar a regra de que os exercentes de mandatos terão lugar reservado na lista. O sistema só seria democrático se a lista e a ordem dos candidatos nela inseridos decorrem de eleições dos filiados ao partido, no mínimo. Demais, a cultura política brasileira é muito nominalista, de modo que não é fácil o eleitor se conformar em votar em algo que, para ele, se revela uma abstração: a legenda partidária. Se, além disso, se adotar, como também se propõe, o voto facultativo, por certo que vamos ter enorme abstenção, pela ausência dos eleitores, o que será grave prejuízo à representatividade, por mais que o sistema possa fortalecer os partidos políticos.

5.V OTAÇÃO DISTRITAL E ELEIÇÃO PROPORCIONAL

19. Não me parece que essas propostas sejam satisfatórias. Por isso, vou me permitir apresentar proposta diferente, retomando idéias de um velho *Projeto de Edgar Costa* (então Ministro do Supremo Tribunal Federal), para construir um sistema de representação proporcional nosso, capaz de solucionar os problemas que o sistema vigente tem gerado, observando que o sistema aqui proposto pode ser implementado por lei, sem necessidade de mudança constitucional.

Como se trata de representação proporcional, tal como previsto no art. 45 da Constituição, podemos aproveitar um de seus elementos que é o da apresentação de candidatos em número superior ao das cadeiras a serem preenchidas. A regra

⁽⁹⁾ Cf. pormenores em Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., pp. 45.

está no art. 10 da Lei 9.504/1997, segundo o qual *cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmara Municipais, até cento e cinqüenta por cento do número de lugares a preencher e, no caso de unidade da federação em que o número de lugares a preencher for abaixo de vinte, até o dobro dos lugares.*

20. Digamos que cada Estado seja dividido em tantos distritos quanto for o triplo de sua representação na Câmara dos Deputados. Isso significa que vamos ter candidatos em cada partido na quantidade de três vezes mais ao número de lugares na Câmara dos Deputados. Esses mesmos distritos serão usados para a eleição para a Assembléia Legislativa do Estado. Nos Estados cuja representação na Câmara dos Deputados seja de até doze representantes, também o número de candidatos corresponderá ao triplo dos lugares a serem preenchidos na respectiva Assembléia Legislativa. Em outros, o número será, no mínimo, mais que o dobro. Assim, a representação de São Paulo, na Câmara dos Deputados, é de setenta lugares, setenta Deputados; no sistema proposto, será, portanto, dividido em duzentos e dez (210) distritos, nos quais os candidatos dos partidos disputarão os votos dos eleitores.

A homogeneidade dos distritos neste sistema também é conveniente, mas não é uma exigência tão rigorosa como no sistema majoritário. O maior número de distritos favorece a busca da homogeneidade e gera distritos menores que propiciarão eleições menos custosas, de modo que candidatos menos abonados possam concorrer em igualdade de condições com os abonados.

21. O sistema funcionará do seguinte modo: cada partido poderá apresentar um candidato por distrito. Esses candidatos vão disputar os votos dos eleitores do distrito, para os respectivos partidos. Pode-se também votar só na legenda. Terminada a eleição, computados os votos válidos, processa-se tudo tal como está em vigor para a eleição proporcional. Ou seja, apuram-se o número de votos válidos obtidos por todos os partidos nos distritos, divide-os pelo número de lugares a serem preenchidos, obtendo-se assim o *quociente eleitoral*. Tomam-se, depois, votos obtidos por cada partido, através da votação distrital, divide-os pelo quociente eleitoral para se ter o *quociente partidário* de cada partido, ou seja, o número de candidatos que cada qual elegeu. Para a distribuição dos restos, usar-se-á a mesma técnica da *maior média* prevista no Código Eleitoral.

22. Fica o problema sério de quem será *eleito* por este sistema. Há diversas soluções possíveis. Uma dela pode ser a formação de lista partidária bloqueada e hierarquizada de tantos candidatos quantos sejam os distritos, de sorte que eleitos serão os primeiros candidatos da lista até o limite do quociente partidário. Mas essa técnica terá uma dificuldade praticamente insuperável, qual seja a de que os candidatos em posições desfavoráveis na lista não fazerem esforço para a captação de votos. Então, é necessário estruturar um sistema que importe em estimular os

candidatos de cada partido a lutar para obter o maior número de votos possível como se estivesse disputando eleição num sistema distrital majoritário. O sistema não é distrital. Portanto, o fato de o candidato ter a maioria dos votos do distrito só por si não lhe dará a eleição.

Então, como fazer?

O caminho, entre outros a ser mais bem pensado, pode ser este. Serão eleitos, em cada partido, até alcançar o quociente partidário, os candidatos que tiverem alcançado as melhores proporções de votos na votação distrital. Isso tem a vantagem de estimular os candidatos a lutar bravamente para alcançar o melhor resultado possível na disputa com os candidatos dos partidos adversários, sem luta intestina, sem disputa ferrenha, como hoje, entre candidatos do mesmo partido, em princípio sem efeitos corporativos.

23. Enfim, não encontraremos sistema perfeito. Teremos que buscar combinações que reúnam o maior número de vantagens possíveis, mantendo o sistema de representação proporcional, ainda que seja com profundas modificações técnicas, porque ele parece ser ainda o mais adequado à realidade brasileira.

6.0 SISTEMA DE GOVERNO

24. Em suma, o *sistema de governo* não sofreu mudança alguma com a nova Constituição. O presidencialismo perdura fortalecido, ainda que um pouco contrabalançado pelo fortalecimento do Poder Legislativo. Restaram, no entanto, todos os elementos potenciais de conflito de poderes. A Constituinte recusou a instituição de uma Corte Constitucional que seria, nos moldes europeus, um elemento moderador nos conflitos de poder. O Poder Judiciário, como um todo, permaneceu praticamente intacto. Desdobrou um dos tribunais em cinco outros, regionalizados, e criou outro— o Superior Tribunal de Justiça —a que se conferiu parte da competência que cabia ao Supremo Tribunal Federal. Este teve suas atribuições reduzidas à matéria constitucional, considerado guarda da Constituição, e com competência exclusiva para julgar ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais (art. 102, I, “a”), sem que isso signifique convertê-lo em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema continua fundado no critério difuso, que autoriza a qualquer juiz ou tribunal a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade por via de exceção. Segundo porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda é, do recurso extraordinário, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, é a de dar primazia à solução do caso, se possível sem declarar inconstitucionalidades.

Não quero, com isso, dizer que não tenha sido positiva a alteração da competência do STF. Fora e muito, mas se esperava que a mudança viesse possibilitar profundas transformações na visão do Colendo Tribunal, como efetivo guardião dos valores constitucionais. A prática vem demonstrando, infelizmente, que isso não está acontecendo ainda, mas sua jurisprudência, assim mesmo, é de suma importância para a compreensão de várias questões constitucionais.

A ampliação da legitimação para propor a ação de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição, e seu efetivo exercício pelas entidades ali indicadas constituem um fator de primordial importância para conduzir o Grande Tribunal ao exercício da elevada missão que a Constituição lhe reservou, qual seja o de assumir a *jurisdição constitucional*, no seu sentido mais moderno e atual, compreendido pelas Cortes Constitucionais européias e até mesmo pela Corte Suprema dos EAU, como contrapeso efetivo entre o Poder Executivo cada vez mais forte e um Poder Legislativo ainda ambíguo em sua estrutura e funcionamento, vindo a constituir-se no instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e o melhor mecanismo de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado⁽¹⁰⁾. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados e alguns Partidos Políticos já assumiram o seu papel nessa história, com resultados, às vezes, frustrantes, dada a resistência do arcaico diante do novo, mas, de vez em quando, também com êxitos e sinais de novos tempos. São perspectivas de avanços que a Constituição propicia.

25. Tudo isso significa que a Constituição não foi fundo na reestruturação do sistema de poderes. Houve reajustes, é certo, mas não a transformação que a sociedade brasileira requeria. Os pressupostos institucionais das crises continuam potencialmente existentes. Todas as propostas de mudanças substanciais no presidencialismo foram recusadas.

26. Não nos parece, contudo, que as crises brasileiras se devam ao presidencialismo, como às vezes se afirma. Elas têm, na mais das vezes, causas mais profundas. O que é plausível sustentar é que a rigidez e deformações do sistema as agravam ou, no mínimo, dificultam sua solução. De fato, o sistema presidencial não é institucionalmente apto para enfrentar graves situações de crise, para promover um consenso a partir de conflitos sociais ou políticos sérios, para controlar o exercício do poder sem obstáculo e para assegurar eficiência na tomada de decisões, conseqüentemente, nem para assegurar a estabilidade, a continuidade e a eficácia de uma democracia pluralista, como a que foi instituída na Constituição. Tem sido notoriamente incapaz de canalizar soluções de crises.

(10) Cf. Conclusões Finais do II Colóquio de Direito Constitucional de Sochagota, Colômbia, nov.-1977.

A concentração de poder no Presidente atrai as graves crises para a sua pessoa, com profundo desgaste pessoal, especialmente porque dele se espera a salvação nacional, que nunca ele pode oferecer. O resultado tem sido fatal.

O parlamentarismo dispõe de maleabilidade que ajuda a solucionar crise de poder. Não apresenta, claro está, solução de problemas substanciais, mas um processo prático para encontrar e facilitar soluções.

7.0 FUNCIONAMENTO DO ESTADO

27. Finalmente, maior empecilho da eficácia e aplicabilidade da Constituição está no fato de que o Estado brasileiro funciona mal. Agigantou-se desmesuradamente, não como aparelho destinado a desenvolver políticas públicas no interesse geral da coletividade. “As práticas cartoriais –ou seja a concessão de privilégios a grupos corporativos, empresariais ou de categorias sociais– arraigadas nos três níveis do sistema federativo brasileiro e em cada nível nos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário)) encontram correspondência na política clientelística que incha a máquina estatal, às expensas dos cofres públicos, dos padrões de idoneidade dos servidores e de um regime democrático de nomeações dos funcionários, através de concursos públicos”⁽¹¹⁾. Esse agigantamento produziu a hipertrofia burocrática, o excesso de regulamentação, a tendência a colocar interesses corporativos em lugar dos interesses de usuários e da sociedade em geral etc. Vale dizer: a modernização do Estado brasileiro passa, pois, pela redefinição das relações da máquina administrativa com o conjunto da sociedade e da redefinição das atividades do Estado em relação a entidades privadas, para que não sejam exercidas senão no interesse público, rompendo com as práticas de apropriação privada do Estado.

8.A S REFORMAS E O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

28. Voltemos um pouco ao início desta exposição, quando ficou expresso que a Constituição de 1988 nunca agradou às elites. Tanto que mal ela entrou em vigor, essas elites que foram derrotadas no processo de sua formação empreenderam um movimento a que se tem dado o nome de reforma constitucional, mas temos que modificar esse enunciado, porque isso que vem sendo assim denominado não passa de uma *contra-reforma neoliberal*. De fato, movimentos sociais, nos anos 80, propiciaram um amplo processo de *reformas democráticas*, que foram muito além de meras mudanças institucionais de inspiração liberal. A Constituinte, com todos os seus defeitos, foi um momento decisivo desse movimento, porque, então,

(11) Comissão Executiva Nacional do PSDB, *Os Desafios do Brasil e o PSDB*, Brasília, 1989, p. 47.

estava em jogo a consolidação de uma democracia de conteúdo social e não apenas a reorganização institucional de um regime liberal⁽¹²⁾. A Constituição de 1988 foi o instrumento desse processo democrático. Mas não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizam a contra-reforma. Contudo, apesar de suas imperfeições, reflete ela os ideais de justiça social, porque o princípio popular teve importante papel em sua elaboração. Não é por outra razão que é combatida pelas elites. Ela assume a condição de instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem. Feita com alguma influência das Constituições portuguesa e espanhola, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, mera constituição emprestada ou outorgada. Não tem cheiro de constituição estrangeira como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costa virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada em ideologia plasmada no interesse de outros povos como foi a doutrina de segurança nacional, princípio basilar das Constituições de 1967-1969. Aí está a grande diferença da Constituição de 1988 no constitucionalismo pátrio que fora sempre dominado por uma elite intelectual que sempre ignorou profundamente o povo, intelectuais esses cujos ideais, como dizia Oliveira Vianna, não recendiam o doce perfume da nossa terra natal porque traziam sempre à nossa lembrança uma evocação de estranhas terras, de outros climas, de outros sóis, de outras pátrias ⁽¹³⁾. Essa seiva estranha não poderia fecundar constituições com cheiro de povo, abertas para a realização das aspirações populares e a modificação do eixo do ordenamento jurídico nacional.

29. Apesar de suas imperfeições, não se pode negar que ela está conseguindo construir um equilíbrio político que nenhuma outra de nossas constituições tinha possibilitado. A República nunca viveu quinze anos pacíficos de funcionamento democrático. Viveu ela em constantes conflitos constitucionais, alguns trágicos. A democracia política parece consolidada sob sua égide, embora a promessa de democracia social ainda não tenha sido cumprida. É que esta não sai diretamente da Constituição. Esta oferece o instrumental à sua realização por via de políticas públicas. Mas os pressupostos de sua efetivação estão presentes. A própria democracia política é um deles, porque, sem ela, não se constrói a democracia social. As recentes eleições o mostram com palmar expressividade, e demonstram que as transformações prometidas são realizáveis.

(12) Nesse sentido, cf. José Corrêa Leite, “Reformas democráticas e contra-reformas neoliberais”, em *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, Revista da Fundação SEAD, vol. 10/n 4/out.-dez/1996, p. 30.

(13) Cf. *Instituições políticas brasileiras*, v. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Record Cultural, 1974, p. 21.

30. Não descuidemos, porém. Há sempre a perspectiva de reformas deformantes da concepção básica da Constituição. É contra isso que temos que lutar. Qual é o sentido da Constituição, qual a sua concepção básica? O preâmbulo das constituições costumam indicar elementos importantes dessa concepção básica, a idéia fundante do texto constitucional. Assim é que, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, o povo brasileiro por seus representantes procurou instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Mas são os princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania do art. 1º e os objetivos fundamentais constantes do art. 3º, especialmente o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, que oferecem a idéia síntese da concepção básica da Constituição que há de orientar a compreensão de todas as suas partes e normas.

31. A hermenêutica do sentido busca definir a Constituição como um objeto que está no mundo, assim como a tensão do mundo sobre ela. Aqui a interpretação envolve a busca de um fator *externo*, que se acha no contexto extra-texto, para designar o sentido da Constituição e de suas normas. Só na presença deste fator é que os textos constitucionais se tornam significativos. Isso sugere que o sentido tem sempre a ver com o contexto.

Entendo, porém, que, para o fim que temos em vista nesta exposição, a jurisprudência dos valores é a que mais se aconselha na busca do sentido da Constituição, porque se trata de um método de interpretação que encontra base no seu texto, precisamente porque ela incorpora um sistema de valores essenciais à convivência democrática que informa todo o ordenamento jurídico. Todas as suas normas e princípios são suscetíveis de serem interpretados em função dos valores que neles se encarnam ⁽¹⁴⁾, especialmente porque todas as normas e princípios constitucionais têm uma única direção qual seja a de garantir o primado da dignidade da pessoa humana, que, por seu lado, resume todas as manifestações dos direitos humanos. A *dignidade da pessoa humana*, inscrito no art. 1º, III, da Constituição, não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um

(14) Sobre essa temática, Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 277 e ss.

dos *fundamentos* do Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional⁽¹⁵⁾.

A dignidade da pessoa humana [*como já escrevi de outra feita*] constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza. Por conseguinte, a interpretação constitucional não tem outra missão senão a de prestigiá-la, com o que se estará dando primazia a todos os direitos fundamentais do homem. Nessa perspectiva, não terá cabimento a crítica que certa corrente faz à jurisprudência dos valores no sentido de que ela propicia a atuação subjetiva do juiz. Ora, no que tange à proteção dos direitos fundamentais não há que ter limites. A força expansiva dos direitos fundamentais impõe o dever de interpretar a normatividade vigente no sentido mais favorável à sua efetividade⁽¹⁶⁾. Esse princípio de efetividade se impõe até mesmo no caso de colidência entre direitos, pois um deles há de ser aplicado, e é a mesma concepção interpretativa que oferece a solução por meio da técnica da ponderação dos direitos, para saber qual deve prevalecer no caso concreto. Aí se encontra o núcleo básico que dá sentido à Constituição de 1988, resumido nas normas dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais e culturais, que não foram ainda atingidos pela reforma, embora alguns aspectos da ordem econômica importantes para a vigência desses direitos o tenha sido. A luta pela Constituição se situa aqui: impedir que os direitos fundamentais e a ordem social sejam atingidos.

9.C CONCLUSÃO

Não é só uma tarefa constitucional a reforma do Estado, mas é sobretudo uma missão política, uma conscientização ética. A Constituição oferece as bases, os pressupostos e os instrumentos de modernização, a prática política é que tem que coordenar os meios oferecidos para a consecução dos fins apontados na obra do constituinte.

Os vinte anos de vigência da Constituição, em meu sentir, não a desmerecem. À sua promulgação seguiram sete eleições livres, três delas para Presidente da

(15) Cf. José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 146 e 147.

(16) Cf. Enrique Alonso García, *ob. cit.*, p. 362.

República, com reeleições, sem transtornos. A liberdade, nela assegurada, é plena. As garantias constitucionais básicas desenvolvem-se normalmente, e devem aperfeiçoar-se no correr do tempo. A democracia, enfim, ao menos no seu aspecto político, está funcionando. As perspectivas, nesse sentido, são alentadoras. Podemos mesmo afirmar que estamos vivendo um momento histórico de amplas liberdades políticas, mas ainda não conseguimos aparelhar os meios adequados à efetivação da promessa da Constituição, quando, no preâmbulo, se propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao contrário, em lugar de se construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social, para a realização de uma autêntica e real dignidade da pessoa humana, instaura-se um processo de reforma constitucional que está afastando a Constituição daquela concepção de Ulysses Guimarães de *Constituição cidadã* para, com as mais de sessenta emendas já aprovadas, algumas bastante amplas, transformá-la numa Constituição de feição neoliberal. É bem verdade que a Constituição, nesses vinte anos, resistiu a crises econômicas profundas, sem se abalar. Arranhões tem ela sofrido, mas isso é da natureza das normas jurídicas. Pior que isso, são as referidas mudanças por via de emendas que a vem retalhando e desfigurando. Por outro lado, contudo, é alentador reconhecer, e é justo proclamar, que seus vinte anos têm propiciado enorme desenvolvimento da cidadania. Essa consciência cidadã, conforme já escrevemos de outra feita, é a melhor garantia de que os direitos humanos passaram a ter consideração popular, a fazer parte do cotidiano das pessoas, o que é o melhor instrumento de sua eficácia, mais cedo ou mais tarde, com repulsa conseqüente do arbítrio e do autoritarismo. Por isso, reações, fundadas em instrumentos por ela mesma conferidos, mostraram certa eficácia. Parece possível, pois, concluir que *Constitutionem habemos*, um pouco maltratada já, é verdade, mas a temos, ainda.

EL CONCEPTO SOCIOLOGICO DE CONSTITUCIÓN: RELEVANCIA PARA EL SISTEMA POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL

HUMBERTO NJAIM (*)
(Venezuela)

SUMARIO: **I.** La tipología de García-Pelayo sobre los conceptos de Constitución, especialmente el concepto sociológico: sentido y aplicabilidad. **II.** Repercusión de la tipología en la doctrina y la enseñanza. **III.** El paradigma sentado por Lasalle. **IV.** La presencia de los conceptos de Constitución en una específica, la venezolana de 1999. **V.** El tipo sociológico en la interpretación constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **VI.** La concepción sociológica en el ámbito político venezolano. **VII.** Reflexiones provisionales aunque finales.

Uno de los temas de la teoría del Derecho Constitucional, comúnmente agrupados en lo que se designa como Derecho Constitucional general, es la clasificación de la variedad constitucional. En este trabajo se examinará una de esas clasificaciones: la concepción de García-Pelayo⁽¹⁾ sobre los conceptos de constitución⁽²⁾; con el objetivo de abordar la aplicación y vigencia de la tipología en el caso constitucional y político venezolano, especialmente del concepto o tipo sociológico.

(*) Profesor jubilado de la Universidad Central de Venezuela.

(1) Manuel García-Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado*. Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, Editorial Ex Libris. (edición 2002: 33-54).

(2) En esta disertación se hablará indistintamente de tipos y conceptos puesto que lo que desarrolla García-Pelayo son tipos ideales de Constitución.

I.L A TIPOLOGÍA DE GARCÍA-PELAYO SOBRE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN, ESPECIALMENTE EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO: SENTIDO Y APLICABILIDAD

Cuando se habla de “Constitución” ya no se acepta referirse simplemente al orden que toda sociedad posee de una forma u otra, sea cuál fuere su contextura, sino, más bien, al orden jurídico formalizado de una constitución escrita. Pese a ello así como todo cuerpo tiene una complejidad cabría decir que, en tal sentido, toda sociedad tiene una constitución y que la significación del concepto va más allá de un texto escrito lo que remite a otra idea fundamental de García-Pelayo: la distinción entre “organización” y “ordenación”, entre orden artificial y espontáneo. Probablemente, sin embargo, en las sociedades occidentales actuales y, ciertamente, en la Venezuela de comienzos del siglo XXI, dadas las condiciones de su peculiar circunstancia política, ya existe una asociación ineludible entre la idea de orden y la de constitución escrita.

Es necesario insistir, sin embargo que la constitución es algo más que el escrito Constitucional propiamente dicho y que la tipología de los conceptos de Constitución de García-Pelayo apunta a que puede haber formas constitucionales diferentes pero la hipótesis que aquí se sostendrá es que la referida tipología es, más bien, un instrumento metodológico para estudiar una realidad conformada por la normativa escrita y otros aspectos tan importantes como ella que componen el complejo fenómeno constitucional.

Para captar más precisamente el argumento se presenta a continuación el siguiente cuadro que busca sintetizar la elaboración conceptual de García-Pelayo sobre los tres conceptos de constitución ahorrando así mayores explicaciones que pueden ser consultadas en la obra del autor pero, sobre todo, ir directamente a los asuntos que interesan en esta exposición.

Conceptos de Constitución según García-Pelayo

Concepto histórico tradicional	Concepto sociológico	Concepto racional normativo
<p>Ordenación formalizada normativamente a través de la tradición.</p> <p>Acento puesto en la legitimidad. Tendencia al conservadurismo.</p>	<p>Ordenación cambiante: el derecho (la constitución formal) siempre está en retraso respecto de ella; por lo tanto cualquier formalización normativa es precaria y hasta indeseable.</p> <p>Acento puesto en una suerte de vigencia mutante. Promoción del cambio.</p>	<p>Organización que posee una lógica y fuerza propias que se imponen a lo histórico tradicional y a lo sociológico.</p> <p>Acento puesto en la validez. Intento de equilibrio entre conservación y cambio.</p>

En el cuadro se intenta captar lo que quizá sea el núcleo diferenciador de las 3 especies que componen la tipología, por una parte, en los dos primeros conceptos, los hechos adquieren valor normativo, (“fuerza normativa de lo fáctico”, concepto de Jellinek a menudo mencionado por García-Pelayo en su obra, pese a lo que se les oponga, mientras que en el tercero lo normativo tiene entidad por sí mismo en forma autónoma respecto de los hechos los cuales sólo a su a través la adquieren.

Es necesario aclarar, además, dos cuestiones por su importancia para las subsiguientes partes de esta exposición: la concepción sociológica se centra sobre los fenómenos fácticos que afectan el complejo constitucional pero en su versión predominante estos fenómenos se refieren fundamentalmente a la división en clases antagónicas basadas en la posesión desigual de recursos económicos por lo que el término sociológico, si no se aclara este alcance, puede inducir a algún tipo de confusión; aunque vistas bien las cosas habría que hablar, más ampliamente, de concepción política de la constitución para abarcar la influencia de una serie de fenómenos, tanto sociales, como económicos, como propiamente políticos, que el derecho intenta domeñar pero que, a menudo, terminan domeñándolo.

Por otra parte hay que destacar que la concepción racional normativa, como apunta García-Pelayo en nota al pie de página, tiende a la inmutabilidad pues si se ha descubierto la ordenación racional de las cosas ¿cómo se la va a estar cambiando? Sin embargo dado que el ideal estático es insostenible se supera la dificultad mediante la figura del poder constituyente que, a su vez, suscita una nueva dificultad: la incorporación de lo voluntarista a lo racional, elemento necesario para producir el cambio; y de esta manera y en forma paradójica la constitución racional normativa está asociada a un momento que puede llegar a ser revolucionario pero, al mismo tiempo, resultaría contradictorio que se quedara sólo en tal fase. A su vez, las otras dos concepciones son flexibles al cambio en virtud de poderes tradicionales o de la mutabilidad de las condiciones sociales sin que requieran una ruptura tan acentuada entre el momento del cambio y el producto del cambio.

Ahora bien mientras que en el concepto histórico tradicional habría un elemento de estabilidad que viene dado por la tradición, en el sociológico es, supuestamente, el presente de la realidad social cambiante lo que cuenta a despecho de cualquier tradición. En consecuencia podría pensarse que el punto de vista sociológico conduciría si se lo pensará consecuentemente a considerar absurda la pretensión de alcanzar alguna vez una constitución formalizada y estable; justamente este es uno de los problemas con los que tiene que lidiar tal concepción como se verá más adelante.

Para utilizar estas ideas no basta con el esfuerzo tipológico es necesario complementarlo teniendo en cuenta la relación entre las tres concepciones e indagando

sobre su significación a la altura del momento constitucional presente. Desde este punto de vista se encuentra que hay dos aspectos que es necesario resaltar.

Por una parte que, pese a su carácter abstracto, la tipología tiene un contenido histórico. Es decir, en los inicios del constitucionalismo hubo constituciones predominantemente histórico tradicionales y fueron surgiendo las constituciones que pretendían ser racional-normativas, en lucha para eliminar las primeras o cambiar las segundas. Ahora, en cambio, aparentemente sólo existen constituciones racional normativas porque incluso las poquísimas que todavía pudieran calificarse de histórico tradicionales llevan superpuestas una serie de elementos racional normativos incluso más allá del propio derecho interno si se tienen en cuenta los diferentes ordenamientos internacionales establecido por los tratados de integración y, sobre todo, los de derechos humanos.

Este predominio de la constitución racional normativa, escrita y rígida, conduce a preguntarse qué sentido tiene, entonces, plantearse tres tipos de constituciones que parecieran estar cada una al lado de la otra en pie de igualdad lo cual resultaría absurdo. No obstante la objeción se supera si se considera, como ya ha sido apuntado que en lugar de tres tipos sustantivos se trata, más bien, de instrumentos de análisis para determinar en las constituciones vigentes cuánto de ellas tiene contenidos histórico tradicionales, cuánto es maleable o resistente a los inevitables cambios sociales y cuánto es susceptible a una sistematización puramente lógico-racional.

II.R PERCUSIÓN DE LA TIPOLOGÍA EN LA DOCTRINA Y LA ENSEÑANZA

La idea de los conceptos de constitución (presentada aquí en forma sumaria) tuvo una gran influencia en la doctrina y en la docencia del Derecho Constitucional en el mundo hispánico. En lo que se refiere a Venezuela afirma Planchart⁽³⁾ que “ha sido acogida en una forma u otra en toda obra de Derecho Constitucional en nuestro idioma español”; a lo que habría que agregar su influjo en la docencia como lo testimonian, entre otros, los textos de Álvarez⁽⁴⁾ quien llega a afirmar que “una larga tradición académica...ha aceptado la clasificación casi como un dogma”, Sánchez Falcón⁽⁵⁾

(3) García-Pelayo, “El descubrimiento venezolano del Derecho Constitucional Comparado”. Introducción *ibidem*: x.

(4) Tulio A. Álvarez: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, vol. I, Caracas, Editora Anexo. 1998: 263.

(5) Enrique J. Sánchez Falcón: *Derecho constitucional. Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad. Para uso interno de la Facultad*. Caracas, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. 1987.

y Arismendi⁽⁶⁾ la emplean en sus materiales para la enseñanza; y a quien esto escribe le fue impartida con especial énfasis cuando cursó Derecho Constitucional Sin embargo, una revisión más completa de apuntes de Derecho Constitucional y Derecho Público empleados como material para los estudiantes de universidades de Caracas hacia los años 60 y 70 del siglo XX no confirma que el predominio de la tipología haya sido tan absoluto⁽⁷⁾. En todo caso, actualmente da la impresión que el constructo de García-Pelayo parece haber perdido impacto quizá por múltiples razones unas más fundamentales que otras.

Una primera razón consiste, probablemente, en que el autor trabaja con la metodología de los tipos ideales de la sociología comprensiva (*verstehen*) alemana especialmente en la versión de Max Weber la cual a pesar de su gran utilidad presenta dos problemas. Uno es que quienes no conozcan suficientemente este recurso metodológico lleguen, precisamente, a confundir los tipos con la realidad; como esta ciertamente no coincide con los conceptos sino que, desde la pureza de los tipos, aparece como un híbrido de todos ellos se termina por abandonarlos; otro es que quienes forjen la tipología se dediquen más a defenderla que a aplicarla pero más importante que estas dos razones aunque estrechamente relacionada con ellas es que ha terminado imponiéndose la distinción entre constitución formal y material que no es, como a veces se piensa la contraposición entre constitución puramente retórica y otra real o, dicho en términos del mismo García-Pelayo, Constitución válida y Constitución vigente e incluso más legítima que la retórica, sino entre Constitución racional normativa y el complejo constitucional formado por la primera y las aportaciones, complementos e, incluso, modificaciones que efectúan en la primera los factores histórico tradicionales, los sociológicos o, simplemente, los crudos imperativos de la lucha por el poder, a pesar de la supuestas formalidades que deben cumplirse para reformar la Constitución.

A su vez esta distinción, aunque haga justicia a la realidad constitucional, al prescindir de mayores sutilezas analíticas hace perder de vista la medida en que el plexo constitucional está compuesto por todos esos elementos para lo cual es fructífera la tipología del autor aquí discutido. Por supuesto, esta contraposición entre Constitución material y formal tiene diversas interpretaciones según se consideren

(6) Alfredo A. Arismendi: *Derecho Constitucional. Materiales para su estudio*. (Segunda edición corregida y actualizada), vol. I. Caracas, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. 2002.

(7) Por ejemplo, no la utiliza José Guillermo Andueza: *Apuntes de Principios de Derecho Público (segunda edición)*, tomo II. Caracas Movimiento Universitario Católico de la Universidad Católica Andrés Bello. s.a. sf. *Derecho Constitucional. Todo el programa de la materia en base a explicaciones de clase*. Manuales universitarios. Serie jurídica No. 3. 1963.

válidos otros tipos fuera del racional normativo. Si se adopta sólo este último como válido la distinción no tiene razón de ser; es ineludible, en cambio, si no se lo considera suficiente. Cuando García-Pelayo, después de haber delineado la tipología, inicia el tercer capítulo de su *Derecho Constitucional Comparado* constata que la Ciencia del Derecho Constitucional sólo se ha basado en el concepto racional normativo y que los otros dos apenas han tenido un valor polémico político; quizá, sin embargo, sería posible avanzar más allá de tal conclusión como se intenta delinear más adelante, pero hay que llamar la atención que no obstante lo dicho en ese pasaje podría decirse que toda la obra académica del autor es un esfuerzo por tratar de comprender el Derecho Constitucional desde una perspectiva menos restringida.

Sin embargo, en el mundo de la técnica jurídica quizá haya sido más importante, para explicar el segundo plano al que ha pasado la tipología, el paso que se ha dado desde la idea de la Constitución como una norma que para adquirir aplicación efectiva necesita ser complementada con las leyes a la idea de que la Constitución tiene valor normativo inmediato sin necesidad de mediación de ley, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos. Este giro parece conducir a pensar que con él culmina la concepción racional normativa porque ¿qué otra cosa quiere decir que la norma constitucional no es “cualquier norma, sino precisamente la primera, la que prevalece sobre todas las demás, la que domina a todas, las articula, les da su sentido, dirige su interpretación, las sitúa en su lugar propio en el seno del ordenamiento: una *norma normorum*”⁽⁸⁾. Es tan deslumbrante la fuerza que así adquiere la norma constitucional, susceptible ahora de ser aplicada en las controversias que alcanzan hasta los tribunales y también de las elaboraciones técnico jurídicas de los abogados, que se oscurecen los aspectos sociológicos y filosófico jurídicos cuya consideración no permitiría tan gran entusiasmo.

En efecto, los elementos histórico tradicionales o sociológicos que puedan existir en una Constitución conducen a una interminable discusión que nunca termina por zanjarse mientras que si las normas constitucionales se aplican en forma inmediata deben existir autoridades, tribunales, constitucionales, que lo decidan y una vez tomada la decisión puede entrar a funcionar la dogmática jurídica con sus técnicas consagradas. En consecuencia, lo no propiamente dogmático jurídico pasa a un segundo plano si no al olvido, y la teoría del Derecho Constitucional es sustituida por los instrumentos y garantías que aseguran eficacia procesal a las normas constitucionales. Este resultado es, sin embargo, desafortu-

(8) Eduardo García de Enterría: “El valor normativo de la Constitución española de 1978”. *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, Editorial Ex Libris. 2000: 65-92. 2000: 67-68.

nado porque la Constitución plasma, de un modo u otro, una lucha histórica; expresa diversas aspiraciones sociales en forma más o menos afortunada y contiene una no menos apreciable carga simbólica y mítica y esta carga de significaciones altera, a menudo lo que, de no tenerlo presente, parece una estructura técnica jurídica inmune a las profundas corrientes ideológicas y sociales que a ella subyacen. Antes bien, una Constitución, especialmente si es de larga vigencia, ineludiblemente acoge diversos elementos consuetudinarios –histórico-tradicionales– por otra parte, la misma idea democrática obliga a flexibilizar la Constitución y abrirla a las transformaciones sociales –concepto sociológico–.

Por lo tanto lo histórico tradicional y lo social no son jurídicamente irrelevantes y sólo importantes desde otras perspectivas y disciplinas–. Antes, por el contrario, hay que preguntarse ¿qué aspectos de la normatividad constitucional tienen su fuente en el imperativo racional normativo o en el histórico tradicional o en el sociológico? pero es necesario dar un paso más allá: no sólo se trata de constatar la “impureza” de la realidad patentizada por la “pureza” de los tipos sino, también, determinar en qué medida estos distintos elementos han logrado una síntesis estable o sólo coexisten en forma precaria o, incluso, puede pronosticarse el colapso de la respectiva forma constitucional porque albergan entre sí tal contradictoriedad que esta no puede sostenerse.

De esta manera, cabría distinguir dos criterios metodológicos rectores en la aplicación de la tipología a la realidad empírica que se podrían llamar el principio del predominio y el de coherencia. En virtud del primero es necesario reconocer que en el constitucionalismo actual predomina la lógica del tipo racional normativo a la cual deben adaptarse los elementos de origen histórico y social sin que, por ello, desaparezca su influencia; en virtud del segundo la operación de los tres tipos debe guardar cierta coherencia entre sí y una posibilidad de equilibrio porque de lo contrario conducirían a una forma Constitucional inestable.

III.E L PARADIGMA SENTADO POR LASALLE

Para el momento en que García-Pelayo escribe, y todavía en la actualidad, el autor de referencia obligada como representativo si no creador, del concepto sociológico de Constitución era Ferdinand Lasalle⁽⁹⁾ para quien los poderes reales de una sociedad son “fragmentos” de Constitución que al ser extendidos en una hoja de papel no se confiesan a sí mismos como tales sino que adoptan una forma que podríamos decir hipócrita aun cuando el autor no emplea este término. Ahora bien, la cuestión es si este “extender” es meramente inocuo, si de alguna forma al

(9) Ferdinand Lasalle: *¿Qué es una Constitución?* Ariel. 1984.

hacerse público no adquiere una modalidad diferente que podría decirse que es la significación propiamente jurídica; el sentido mismo del derecho.

Su crítica estaba dirigida a la forma cómo había evolucionado el orden constitucional alemán después de 1848 y específicamente a la Constitución prusiana, que era la relevante no sólo en ese período cuando no se había alcanzado la unificación alemana sino también una vez alcanzada pues Prusia era el Estado hegemónico de esa unificación y frente a esa realidad la constelación de poderes prusiana y su misma Constitución convertían a la del *Reich* en una mera “hoja de papel”.

Frente a esta situación, no se encuentra en el autor la proclama como deseable de una constante variabilidad sino habría que inferir más bien que una Constitución puede ser duradera si refleja los verdaderos factores de poder evolucionando, como expresamente lo dice, ya sea hacia la derecha o hacia la izquierda; aunque, desde luego, habría que esperar que será mejor aquella que fuera verdaderamente democrática es decir reflejara el ascenso de las fuerzas populares; esta, una vez establecida, sería digna del respeto jurídico que injustificadamente reclamaba la Constitución que Lasalle sometía a crítica. Él ve que la Constitución alemana de su tiempo que en un momento reflejó los factores de poder ya dejó de hacerlo como se reveló en la revolución europea de 1848. De manera que el derecho no tiene porque ser sólo una fuerza de conservación ¿pero cómo se lograría que fuera una de cambio? Esta es una importante y decisiva cuestión sobre la que van a girar interpretaciones posteriores alguna de las cuales serán mencionadas a lo largo de este artículo.

En todo caso, si Lasalle propicia combatir la Constitución cuyos factores de poder se adversan para establecer la Constitución que exprese los factores de poder que se propician no parece que niegue los valores del Estado de Derecho llamado liberal burgués. Sin embargo, la cuestión de si los nuevos factores de poder estarían limitados por dichos valores no podía estar dilucidada en la disertación de Lasalle, sino que tocaría enfrentarla a la posteridad.

Pero otra idea lasalliana es altamente sugerente al dar pie a una interpretación más radical que la acercaría a lo que aquí se ha considerado la versión actual del concepto sociológico, al mismo tiempo que muestra por dónde podrían encontrar una vía todos aquellos permanentemente ansiosos de revolución para hacer del derecho un instrumento de transformación. Se trata de que el movimiento para establecer la verdadera Constitución radica en hacer que el poder desorganizado y cuantitativamente extenso se imponga al poder organizado y cualitativamente más fuerte. Ahora bien, es evidente que una vez constitucionalizado el que otrora fuera “poder desorganizado y cuantitativamente extenso” se convierte en “organizado y cualitativamente más fuerte” frente al cual surgiría otro “desorganizado y cuantitativamente extenso” con vocación de pasar a un estadio más elevado, y así

sucesivamente. En suma, hay aquí una tendencia conceptual que subyace tanto a la versión originaria del concepto sociológico como a las ulteriores. Pero, por otra parte, ello significaría también que el derecho puede ser un factor de cambio al convertir en organizado al poder desorganizado por más que ante este se origine otro nuevo.

Habiendo, pues, explicado los conceptos de Constitución elaborados por García-Pelayo, con especial énfasis en el sociológico y teniendo en cuenta la célebre conferencia de Ferdinand Lasalle, se demostrará en la sección siguiente la vigencia de las ideas de García-Pelayo sobre los tres conceptos de Constitución en lo que se refiere al sistema político y constitucional venezolano.

IVL A PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN EN UNA ESPECÍFICA, LA VENEZOLANA DE 1999

Para comprobar la vigencia enunciada examínese el caso de la oficialmente denominada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ya su sólo nombre indica la presencia de elementos histórico tradicionales. En efecto, expresa García-Pelayo que una de las características del concepto histórico tradicional es que del ser de ayer se ha extraer el ser de hoy y el de mañana. Aplicado a la Constitución de 1999 esto querría decir que del ser bolivariano se debería extraer el ser de hoy y el de mañana; interpretación que se confirma si examinamos la Exposición de motivos de dicha Constitución donde se dice:

La condición libre e independiente de la República Bolivariana de Venezuela es permanente e irrenunciable y se fundamenta en el ideal de Simón Bolívar, el Libertador, su patrimonio moral y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional.

De esta manera se **rescata** el legado histórico de la generación emancipadora, que en la gesta heroica de la independencia de Venezuela luchó para forjarnos una patria libre soberana e independiente de toda potencia extranjera. Al mencionar la figura paradigmática de esa revolución inicial se recoge el sentimiento popular que lo distingue como símbolo de la unidad nacional y de lucha incesante y abnegada por la libertad, la justicia, la moral pública y el bienestar del pueblo, **en virtud de lo cual se establece que la Nación venezolana, organizada en Estado se denomina República Bolivariana de Venezuela** (destacados propios, no del texto).

No se trata de una declaración que se pueda banalizar: el cambio de nombre de la República fue impuesto en una de las últimas sesiones de la Constituyente, después que inicialmente había sido rechazado. Se basa en una lectura de

la historia que contrapone a Bolívar con todos aquellos que rechazaron o “traicionaron” su legado comenzando por otras figuras de la generación emancipadora lo cual resulta explicable si tal legado anteriormente estaba secuestrado o perdido pues si no ¿por qué habría que “rescatarlo” como formula la cita?

El asunto, por otra parte, no se queda en una mera manipulación retórica sino que tiene concretas repercusiones jurídicas, específicamente el curioso empeño de superar la división tripartita de poderes que se remonta al mismo Bolívar y que racionalmente resulta absurda pues si la intención, en el fondo, era implantar una autocracia revolucionaria cómo se pretende, entonces, exacerbar la división del poder. Obsérvese, además en el texto citado la combinación del concepto sociológico con el histórico tradicional ya que aunque la historia es una sucesión de revoluciones, sin embargo la primera sienta el modelo de todas las ulteriores.

Dice también García-Pelayo que en el tipo histórico tradicional “la unidad del Estado, la Constitución, no es posible sin la existencia de “una autoridad dada superior y real”, sin una superioridad que existe antes que el pueblo y que está por encima del pueblo y en la que éste es, políticamente, uno” y así no cabe una despersonalización de la soberanía. En este nivel ya aflora una aguda dificultad pues la Constitución venezolana proclama que la democracia es “participativa y protagónica”; radicada, por lo tanto en la impersonal colectividad popular que gobierna directamente sin embargo, confiésese o no la soberanía en alguna forma se personaliza. Realmente se tropieza aquí con una disociación tanto normativa como fáctica que resulta difícil de explicar.

Por supuesto que esta disociación no se la encontrará en la superficie normativa de la Constitución sino en los acontecimientos y en el discurso político. En este último es significativo el empleo del cognomento de “la bicha” para calificar al libro constitucional, un término que habría que interpretar no tanto como despectivo cuanto como expresivo de la insólita familiaridad del gobernante con ella y de la consustancial identidad entre ambos porque de lo contrario ¿cómo se permitiría la licencia de calificarla en tal forma?

Existe, además, un documento, la “Carta del presidente Hugo Chávez a la Corte Suprema de Justicia” expedida al comienzo mismo de su gobierno (11-4-1999) la cual ha sido objeto de burla por su carácter singular y hasta conceptualmente disparatado pero que es digna de la mayor atención dado todo lo ocurrido posteriormente puesto que reivindica ante la entonces Corte Suprema de Justicia al proceso constituyente y la autoridad que este ha conferido al Presidente y termina abruptamente con el siguiente párrafo:

Inmerso en un peligroso escenario de Causas Generales que dominan el planeta (Montesquieu; Darwin), debo confirmar ante la

Honorabilísima Corte Suprema de Justicia *el Principio de la exclusividad presidencial en la conducción del Estado* ⁽¹⁰⁾.

Cabe relacionar, esta idea, con lo señalado anteriormente sobre la personalización de la soberanía. En efecto, la soberanía es un atributo exclusivo del Estado que le es conferida por el pueblo pero, en la concepción insinuada en la carta, existe una instancia prioritaria en la conducción del Estado, fuertemente personalizada, como es la presidencia de la República. Por supuesto esta instancia no hace más que ser instrumento de la voluntad popular pero dada su posición predominante frente a los demás órganos del Estado, verbigracia el máximo tribunal, va a resultar muy difícil en los hechos que no se identifique al uno con la otra o, al menos, va a existir la tentación constante de hacerlo.

En cuanto a la concepción sociológica en general, sería necesario distinguir en ella dos etapas: el momento polémico y el momento en que triunfa. En el momento polémico predomina la crítica a la Constitución existente y el afán de desenmascararla presentando, en términos lasallianos, la contraposición entre la verdadera Constitución y la de papel con aspiración de alcanzar una que refleje genuinamente los nuevos poderes surgidos de la sociedad.

Así, en Venezuela la Constitución del 61, ante la crítica radical, no era sino un parapeto para la dominación partidocrática (*cogollérica*) y oligárquica. Sin embargo, incluso triunfante la crítica y alcanzado ese estadio no se aquieta la agitación si se interpreta la Constitución como proyecto revolucionario destinado a implantar la igualdad sobre la tierra (o, en términos de la Exposición de Motivos del proyecto de reforma de 2007, “Reino Dios (*sic*) en la tierra”)⁽¹¹⁾, por lo tanto, la Constitución estará permanentemente rehaciéndose de manera que refleje la nueva estructura de poder y pese a haber sido proclamada “la mejor del mundo” se convierte, al cabo, en mera Constitución de papel.

Finalmente, quedaría hablar de los rasgos de Constitución racional normativa, asunto que no ofrece mayor dificultad pues, como no podía menos que esperarse, es la configuración misma de la forma y el contenido mismos del texto constitucional al cual aportaron muchas ideas un conjunto de juristas críticos al sistema anterior. El problema aquí es, más bien, que la racionalización, objetivación y despersonalización del poder que, siguiendo a García-Pelayo, caracteriza el tipo se aviene mal y forma una mezcla combustible con los otros elementos señalados

⁽¹⁰⁾ Hugo Chávez Frías: *Carta del Presidente a la Corte Suprema de Justicia*, http://www.analitica.com/bitbliblioteca/hchavez/carta_csj.asp vis 08/07/2008.

⁽¹¹⁾ *Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional ¡Llegó la Hora Bicentenario! Ahora... ¡Rumbo al Socialismo!* Agosto 22 de 2007.

anteriormente. En consecuencia, se produce una situación precaria para la garantía de los derechos individuales, la división de poderes aparentemente exacerbada y la distinción entre poder constituyente y poder constituido. La pregunta que inevitablemente surge es si este paradigma es válido y deseable.

El caso venezolano es extremo; por lo cual de él no se puede extraer la conclusión de que para toda formación constitucional la presencia de los tres elementos tiene que ser tan inarmónica; lo que si es seguro es que de alguna manera más o menos feliz en todo sistema constitucional se va a dar alguna combinación de los tres ingredientes; es decir el predominio de los criterios racional normativos no significa que sean suficientes en sí mismos para el crucial objetivo de ordenar la sociedad.

Así, lo histórico y lo sociológico no están por fuera de la Constitución sino que ejercen una constante presión ya sea hacia el cambio o ya sea hacia la estabilidad constitucional, pero aparte de este aspecto es necesario constatar que pretender que el predominio de la concepción normativa de la Constitución sea absoluto conduciría al pensamiento jurídico a una paradoja. Consiste esta en que si la Constitución tiene aplicación inmediata no será posible lograrla sin recurrir a medios y métodos que llenen sus lagunas que mostrará por más detallada y reglamentaria que sea, es decir, habrá que interpretarla y en esa interpretación se recurrirá a elementos jurídicos pero también a elementos históricos y sociológicos. La doctrina de la Constitución normativa y del Estado constitucional supera la dificultad mediante los tribunales constitucionales que determinan el sentido de la Constitución e incluso la complementan pero los tribunales constitucionales, a su vez, recurren, en esta labor toda una serie de elementos interpretativos que rebasan lo racional normativo.

VE EL TIPO SOCIOLÓGICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO

Un ejemplo extremo es el del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que ha consagrado en su Sala Constitucional la doctrina de que la interpretación constitucional debe ajustarse a la mejor concepción política y que esta subyace a la Constitución. Esta idea fue desarrollada en sucesivas sentencias por el magistrado José Delgado Ocando. El pensamiento que allí expresa resulta difícil de aprehender por lo que el lector deberá contrastar las glosas que aquí se hacen con los textos originales en las notas al pie.

La formulación inicial y explícita de la doctrina parece encontrarse en una sentencia del 28 del mes de marzo 2000⁽¹²⁾. En ella alega el ponente que en los

(12) Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de la Sala Constitucional sobre acción de amparo contra el Estatuto Electoral del Poder Público. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando, <http://www.tsj.gov.ve>.

casos de producción originaria de normas, con lo que refiere al proceso constituyente venezolano, no es posible una interpretación que no esté “enlazada con la axiología política”. En este sentido, la dimensión política de la interpretación constitucional no puede estigmatizarse sino, según entiende el lector, lo que hay que hacer es constatar cuando esa interpretación “transforma los problemas políticos en problemas legales o, viceversa, los problemas legales en políticos”. Esto no significa “poner la interpretación al servicio de determinados intereses políticos, sino en (*sic*) reconocer objetivamente que, a nivel de la Constitución y, más aún, en el caso de la producción originaria, el trabajo hermenéutico, aunque vinculado con opciones políticas, debe decidirse en forma justificada y razonable”. En términos más sencillos se diría que la motivación política debe existir pero ha de ser fundamentada.

En sentencia de 19 de julio de 2001⁽¹³⁾ se afirma que es necesario distinguir dos tipos de justificación de la decisión judicial: “la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la **mejor teoría política que subyazca tras el sistema**” (destacados propios, no del texto). De la cita se deduciría, que podría no haber una sola sino varias ideologías políticas que subyazcan a la Constitución venezolana pero que hay una que es mejor. Desde el punto de vista del objetivo de este trabajo se suscita, por lo tanto la cuestión de que, por una parte, esto parece una muestra de teoría sociológica de la Constitución pero, por la otra, si hay efectivamente una mejor teoría, si es que existe una sola que representa mejor que ninguna otra el dinamismo de los acontecimientos que pretende reflejar el tipo sociológico de Constitución entonces este tipo no sería tan variable en sus resultados como podría pensarse o, por el contrario, nos encontraríamos ante un tipo sociológico no consecuente con sus fundamentos. Estas cuestiones son de la mayor importancia y surgirán nuevamente a lo largo de esta investigación.

La siguiente cita, de la misma sentencia, es tan importante que será necesario incluirla aquí y no el pie de página y se expresa así:

(13) Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de la Sala Constitucional sobre acción de interpretación Constitucional, respecto a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando, <http://www.tsj.gov.ve>. “El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (Stufenbau) y de contextualidad jurídica-política”.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Se vuelve a encontrar, pues, la idea del derecho como “una teoría normativa puesta al servicio de una política” pero, además, empieza a resultar claro que “la mejor teoría política” no es simplemente la del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”, noción compleja y como tal susceptible de diversas interpretaciones, sino sólo una de tales interpretaciones: la que no privilegia a ultranza los derechos individuales o que acoja “la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

A ello habría que comentar que resulta discutible que la eminente pléyade de juristas que asesoraron la Constitución del 99 animados por un ferviente espíritu de defensa de los derechos humanos, no solamente los individuales, a los cuales querían asegurar protección internacional, expresaran una posición racional indi-

vidualista o que la primacía del derecho internacional tenga únicamente una vertiente de “interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”. Pero aparte de estas consideraciones la reflexión sobre la doctrina expuesta lleva a aclarar un poco más las relaciones entre el tipo sociológico y el tipo racional normativo. Esta aclaratoria consiste en que ciertamente lo político no puede ignorarse en la interpretación jurídica pero esto es sólo en ciertos casos extremos. No puede decretarse como norma porque de lo contrario caeríamos en el absurdo de juridificar lo que no es de por sí juridificable, convertirlo en un elemento integrante del derecho cotidiano y establecer, en el caso de los tribunales constitucionales una determinada doctrina política como la mejor por parte de jueces que deberían estar más distanciados del trajinar político. No se trata de la mejor doctrina política sino de aquella que en la lucha por el poder, guiada por otra lógica diferente a la del derecho, se impone en forma cuasi ineludible; unas veces será una de ellas, otras veces será otra. La que en el momento predomine estará sujeta a crítica como cualquier otra pero si se pretende que hay una privilegiada que ha de imperar en todo momento y a toda costa se puede llegar, como ha ocurrido, a una contradicción permanente y escandalosa entre la norma y su interpretación a favor de la “mejor doctrina política”. Tal cosa no es una interpretación “a favor de la Constitución”, sino a favor de un proyecto político hegemónico que, paradójicamente, contradice por su rigidez la apertura de la Constitución a las influencias provenientes de un proceso político democrático y pluralista. En suma, si lo político irrumpe en lo jurídico una cosa es considerar excepcional a tal irrupción y otra admitirla como regla y, además, para favorecer sistemáticamente a una sola concepción.

Sin embargo, para comprender adecuadamente tal concepción es necesario ubicarla en el contexto más amplio de la doctrina desarrollada por el magistrado en relación con el proceso constituyente venezolano como tal. Esta doctrina, conocida como de la “supraconstitucionalidad” causó escándalo en el foro si se quiere tradicional porque postuló que el proceso constituyente no sólo estaba por encima de la Constitución del 61 contra la cual manifiestamente se erigía sino también de la misma nueva Constitución que creaba.

El fundamento jurídico de esta situación se encontraría en las Bases del referendo aprobatorio para una nueva Constitución las cuales habían establecido el mandato a la Asamblea Constituyente de crear un nuevo ordenamiento jurídico. No sería la Asamblea como tal, por lo tanto, la supraconstitucional (como criticaba la disidencia por votos salvados en el seno del alto tribunal, en su época como Corte Suprema, y dio lugar a numerosos recursos en contra de notables abogados) sino la voluntad popular y, por lo tanto, lejos de haber una contradicción con la soberanía popular más bien se la estaba acatando; ni tampoco había una contradicción con la nueva constitución puesto que esta se encontraba subordinada a las bases del referendo.

Lo que interesa aquí es que el lector comprenda cómo de esta manera se encontró una vía para dar rienda suelta a una serie de cambios acelerados muy compatibles con el tipo sociológico. El magistrado, en efecto, se muestra orgulloso de haber mostrado como el derecho no tiene que ser un obstáculo al cambio progresista sino, por el contrario, puede convertirse en su agente. Se verá más adelante como este es un giro del pensamiento marxista, y Delgado Ocando se ha confesado siempre de tal orientación. El giro es notable si se compara con la versión más rígidamente ortodoxa expresada en obras anteriores. Allí sostiene:

“Ética de la revolución significa en este contexto que el Estado debe ajustarse al programa de la nueva hegemonía, el cual a su vez requiere el cumplimiento de las condiciones materiales que lo hacen posible. La tesis de la condicionalidad material de la revolución parece hallarse en contradicción con la violencia revolucionaria indiscriminada y excesiva. **No obstante el contexto internacional hegemónico ha conseguido un grado tan grande de organización y eficacia que el hecho revolucionario requiere muchas veces un uso sobranero de la violencia política. La Dictadura progresiva** suele ser, pues, forzada por la estrategia contrarrevolucionaria al uso de métodos incompatibles con el programa antihegemónico. En todo caso, el nuevo orden no puede retroceder en el uso de la fuerza política, so pena de que la revolución fracase. La “revolución” peruana, por ejemplo, es un caso dramático de un nuevo orden que retrocedió en el uso de su fuerza política. Y es también un caso que demuestra que **no es posible poner el aparato policiaco-militar del establecimiento al servicio de la causa antihegemónica**”⁽¹⁴⁾.

En otro escrito afirma:

“El cambio socialista tiene que ser un cambio estructural: no puede tener entre sus planes la conservación de los valores tradicionales ni puede intentar realizar la acción política antihegemónica dentro de los marcos del Estado Capitalista. Por eso la construcción del socialismo tiene que ser solución de continuidad axiológica dentro de

(14) José M. Delgado Ocando, “Revolución y Derecho”. *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo IV. Caracas. 1979: 2595-2600; publicado después en *Problemas de Filosofía del Derecho y el Estado. Hipótesis para una filosofía antihegemónica del Derecho y del Estado*. Caracas, Vadell. Tercera edición. 2004: 111-118.

la sociedad civil burguesa, es decir, **dictadura para el proletariado** [destacado que no es del texto original]. Cualquier eufemismo “melódico” como el respeto a la libertad y dignidad burguesas es *esquizomanía* política o infiltración judeo-cristiana en la estrategia antihegemónica. La lucha por la síntesis de la sociedad civil nueva debe ser, no obstante, inteligente y calculada” ⁽¹⁵⁾.

Así, pues, Delgado Ocando parece considerar inevitable, en ese momento, la violencia revolucionaria en contraste con su discurso de orden al inaugurarse el año judicial⁽¹⁶⁾. En términos de Lasalle (véase sus consideraciones de por qué fracasó la revolución de 1848) esta evolución teórica simplemente reconoce que el desarrollo de los eventos en Venezuela ha conducido a un control de los factores de poder, entre ellos el del estamento militar haciendo posible una revolución “pacífica” e incorporando a ella a un sector que se suponía estructuralmente adverso.

Ahora bien para completar la relación de este notable fenómeno es necesario referir también a cómo paradójicamente en la base de la crítica a la Constitución del 61 subyace toda una argumentación que cabría calificar de racional normativa, en cuanto que lo racional es lógico y si en ese mismo proceso lógico se tropieza con paradojas se crea una seria perturbación de la que hay que salir en alguna forma.

En este caso se trata de lo que se ha llamado el problema de la autoreferencia y que es aplicado a la constitución del 61 para demostrar que la vía propuesta por muchos de permitir una Asamblea Constituyente mediante la reforma de esa misma Constitución resultaba ilógico y, por lo tanto, el cambio tenía que provenir de fuera de ella misma. Lo que ocurrió, y esta es la razón, del orgullo de Delgado Ocando es que el factor exógeno de cambio fue un ente jurídico, el máximo tribunal, y no una revolución. La referencia esta doctrina se realiza en forma no muy clara mediante la sentencia de sentencia de 14 de octubre de 1999 y el razonamiento que la fundamenta es el siguiente:

- 1.- La Constitución del 61 no establecía una Asamblea Constituyente como forma de modificarla,
- 2.-Una cláusula que establece como se realiza el cambio constitucional no puede lógicamente, a su vez, cambiarse a sí misma,

(15) José M. Delgado Ocando. 2004: 158-159.

(16) José M. Delgado Ocando, “Discurso de orden”. En *Tribunal Supremo de Justicia: Bases jurisprudenciales de la supraconstitucionalidad*. Caracas, Editorial Texto, segunda edición revisada. 2002.

3. Nos encontramos por lo tanto, desde los supuestos de la Constitución del 61, en un callejón sin salida y no se la puede encontrar sino fuera del sistema mismo.

El problema del desenlace que se ideó es que la reforma se produjo por órgano de un ente creado por la Constitución del 61 sometido, por lo tanto, a la misma prohibición lógica.

La resonancia de esta idea se encuentra en la cita de Alf Ross empleada en la mencionada sentencia pronunciada por la Sala Plena de la todavía Corte Suprema de Justicia:

“... que una cierta autoridad es suprema y las normas que constituyen esta autoridad no pueden, por lo tanto, haber sido sancionadas por ninguna otra autoridad, sino que tiene que existir como una ideología presupuesta. Esto significa que no existe norma superior que determine las condiciones para su sanción y reforma válida. Desde un punto de vista jurídico, por ende, es imposible emitir juicio alguno acerca del modo como puede ser cambiada la ideología constituyente superior presupuesta. Sin embargo, ésta cambia, ya por revolución o por evolución. Pero en uno y otro caso **el fenómeno del cambio es un puro hecho socio-psicológico, que se encuentra fuera del ámbito del procedimiento jurídico**»(destacados nuestros). (*vid.* Alf Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires).

Puede verse, entonces, que la Corte Suprema de Justicia se erige, paradójicamente, en el instrumento mediante el cual se valida jurídicamente el cambio. En las palabras de Ross se encuentra, además, una confirmación de la operación, en un caso Concreto y muy real, de lo que aquí se ha considerado concepto sociológico de constitución. Con esto lo que se quiere señalar es que, hasta cierto punto, Ross tiene razón; lo que no se ve claro es cómo y por qué la Corte se asigna ese papel. Se considera esto un progreso jurídico pero más bien habría que pensar que constituye un retroceso en cuanto que la controversia se zanja a través de una entidad que congela y sacraliza el proceso político mediante una juridificación que habría que considerar abusiva.

VI.L A CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA EN EL ÁMBITO POLÍTICO VENEZOLANO

Fuera del escenario del foro en el ámbito político cultural encontramos también la huella de la idea sociológica de la Constitución. En el campo de la reforma constitucional sirve de fundamento al proyecto de reforma constitucional de 2007, a través de una determinada versión. Lo reveló el presidente venezolano Hugo

Chávez en el discurso de presentación de su proyecto de reforma de 2007⁽¹⁷⁾ ante la Asamblea Nacional. De allí provienen las dos siguientes citas que fundamentan lo que aquí se afirma.

La primera expresa:

El poder constituyente de Toni Negri, filósofo italiano, revolucionario y pensador sobre lo que es el poder constituyente, su naturaleza, sus contradicciones, su potencia. El poder constituyente es una gran potencia, no le tengamos miedo, sólo decía Montesquieu, “hay que navegar sobre la ola de los acontecimientos”, así como cuando a uno se lo lleva una ola, navega con ella. No le tengas miedo al poder constituyente originario, no tratemos de encerrarlo en leyes rígidas, en constituciones rígidas, no tratemos de congelarlo, poniéndolo a depender del poder constituido, no. El poder constituyente debe ser el rey de la República, para tomar una frase de Bolívar: “La reina de las virtudes republicanas”. El poder constituyente originario, sólo ese poder puede continuar impulsando la Revolución Bolivariana, no nosotros en lo individual ni nosotros desde estos espacios. Nosotros debemos ayudar oyendo el clamor del poder constituyente, pulseando con él, abrazándonos con él, alimentándonos con él, vibrando con él, ayudar con nuestras posturas que él nos dio a seguir abriendo puertas y derribando barreras que le impiden la realización del sueño supremo de una patria libre, independiente, grande y próspera.

Y la segunda:

La Constitución –dice Negri– es un proceso de creación permanente, sólo si ella es producto y bandera de un pueblo, del poder constituyente, si no, es una “letra muerta”; que fue lo que pasó aquí durante mucho tiempo, nadie la conocía. Esta Constitución no, ésta la conoce, la quiere, la carga, la lucha nuestro pueblo. Por aquí estaba el tema de biopolítica, es un proceso de transición que libera poder constituyente; un proceso para que de verdad sea transi-

(17) *Discurso de Orden* pronunciado por el ciudadano Comandante Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela en ocasión de entregar la propuesta de Reforma Constitucional en la Asamblea Nacional en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro y el Tercer Aniversario del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional Servicio y Atención Legislativa Asamblea Nacional - www.aporrea.org 15 de agosto de 2007.

ción, debe liberar permanentemente poder constituyente, esa es una ley natural, si no, no cambia, retrograda, es energía, el poder constituyente es pura energía creadora, es como si usted va a transformar el agua de sólido a gaseoso o de sólido a líquido, para no ponerla en los extremos. Usted puede comenzar a derretir un bloque de hielo incrementando temperatura y la transición comienza a darse, pero si cesa de generar energía en un momento determinado, vuelve atrás y no hay transición exitosa, eso es algo científico. Esa energía nuestra debe continuar siendo liberada y nosotros debemos ser sólo facilitadores de su liberación, está en las calles, en las ciudades, es el poder constituyente. Toni Negri, cada día entiendo más la tesis de Negri y la comparto; la energía del poder constituyente en permanente liberación es lo único que puede permitir transiciones históricas exitosas, más aún cuando éstas se inscriben en una línea revolucionaria. No olvidemos eso jamás.

No se presentará aquí una semblanza de Toni Negri. Más significativo resulta revelar por ahora su pensamiento a través de las siguientes tres citas⁽¹⁸⁾

“El único concepto posible de constitución es el de revolución” (p. 45).

“En el mismo momento en que la potencia se instituye, deja de ser potencia, declara pues no haberlo sido nunca” (p. 42).

“El concepto de democracia no es una subespecie del liberalismo o del constitucionalismo sino una “forma de gobernabilidad” que tiende a la extinción del poder constituido, un proceso de transición que libera poder constituyente, un proceso de racionalización que “devela el enigma de todas las constituciones” (p. 52)

Así, pues, interpreta bien Chávez al autor que lo inspira al presentar el poder constituido como una energía siempre activa mientras el sentido del poder constituido y de la constitución es sólo de entidades que le están meramente sometidas; es decir entidades fugaces frente al movimiento incesante del poder constituyente, que por cierto también por ese movimiento es fugaz. Hay una Constitución pero si no es “producto y bandera de un pueblo, del poder constituyente”; será letra muerta; partiendo de tal premisa se comprende que el poder constituido no puede servir para hacer depender de él al poder constituyente, será, más bien, una

(18) Espigadas de Antonio Negri: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Barcelona, Libertarias / Prodhufi. 1994.

cristalización precaria que sometida a la energía del poder constituyente estará en una transición permanente como la transición de estados del agua bajo el efecto de una energía constantemente aplicada.

En la estructura conceptual de la concepción sociológica destaca, pues, la existencia de un elemento subordinante –poder constituyente– y un elemento subordinado –poder constituido– y, al menos, dos preguntas. Una respecto de la suerte de la estabilidad de ambos; es decir qué elementos constantes habrá en el poder constituyente, y qué vale la pena de mantener en el poder constituido o si todo se disuelve en fugacidad incesante. Y otra sobre cuál es el papel de quienes dicen apoyarse en el poder constituyente ¿son realmente “sólo facilitadores de su liberación.

Dicho sea de pasada, no se comprendía en su momento y sigue sin comprenderse que en el caso de la Constitución venezolana siendo que, como decía el gobernante que la propulsó tan enérgicamente, “la conoce, la quiere, la carga, la lucha nuestro pueblo” y, por lo tanto, “es producto y bandera de un pueblo” y al serlo no sería, ciertamente, “una letra muerta” hubiera que cambiarla. Pero aquí nuevamente resulta esclarecedor el instrumental conceptual lasalliano puesto que, a partir de él, se podría replicar que era necesario reformar la Constitución de 1999 ya que nunca expresó realmente los factores de poder de la nueva situación política o, por lo menos, dejó de expresarlos; se había convertido, así, si no en letra muerta en un obstáculo. En todo caso consagrar una constitución como la mejor del mundo, expresión presidencial muy repetida, no era ser muy consecuente con las premisas del concepto sociológico.

VII. REFLEXIONES PROVISIONALES AUNQUE FINALES

El nombre “concepción sociológica de la Constitución” hasta cierto punto es un eufemismo. Quizá lo que quiera decirse, como se apuntó anteriormente, es que el Derecho Constitucional consta de un núcleo fundamental que, de una u otra forma se ve sometido a presiones avasalladoras que terminan imponiéndose sobre la mera juridicidad y que, sin embargo, excluir estos factores de la teorización jurídica lejos de contribuir a superar las crisis que el fenómeno genera, termina paradójicamente en el más crudo positivismo por parte de los juristas. Pero, por otra parte, tampoco es aceptable la nuda afirmación sobre la imposibilidad de desconocer los factores políticos sociales, económicos, etc. Cómo se puede avanzar hacia una concepción más rigurosa y específica en sus asertos constituye un arduo desafío que, sin embargo, no habría que eludir aunque en cada intento sea poco lo que se avance y la claridad conceptual necesaria deje que desear.

Por de pronto parece que si bien no es posible evadir lo que aquí se ha llamado la irrupción de la política sería necesario preguntarse más acuciosamente ¿qué signi-

fica tal irrupción, en qué medida es aceptable y en qué medida le deben ser establecidos límites? Un punto de partida sería esclarecer el alcance de la afirmación según la cual la interpretación constitucional debe basarse en “la mejor teoría política que subyazca tras el sistema”. El problema que aquí se presenta es que en el proceso político venezolano a partir de 1999 “la mejor doctrina política” no es simplemente aquella que en un proceso democrático ha obtenido en forma temporal la aprobación de la mayoría (esto sería lo que operacionalmente habría que entender como “la mejor concepción política disponible”) ni siquiera el “Estado social y democrático de derecho y justicia” (concepto complejo sobre el cual, sin embargo, se puede discutir) sino una concepción total del mundo que pretende tener respuesta a todo y que sus respuestas son siempre las mejores por lo que deben imponerse a las otras las que, por lo tanto, sólo pueden considerarse obstáculos interesados a lo que se pretende definitivamente verdadero. En verdad la mayoría tiene derecho a que se realice el proyecto político que ha aprobado y esta es una de las que se ha llamado aquí presiones avasalladoras sobre los tribunales constitucionales pero la realización de este derecho debería estar sometido a ciertas restricciones que no por formales dejan de ser importantes. Entre ellas cabría enumerar las siguientes:

- El predominio democráticamente alcanzado no puede ser logrado a costa de la eliminación de toda instancia deliberativa y de cuestionamiento al rumbo tomado. Concretamente, las instituciones representativas no deben ser eliminadas en gracia a una supuesta democracia participativa; ni tampoco en virtud de una delegación legislativa al gobierno que pierde su carácter de excepcionalidad convirtiéndose en norma. La importancia de esto salta a la vista respecto del papel de los parlamentos.
- Debe haber cierto grado de igual oportunidad para las fuerzas políticas y posiciones contrapuestas a la dominante a fin de que presenten sus puntos de vista y las instituciones no deben estar estructuradas para frustrar sistemáticamente que dichos puntos de vista en alguna medida sean tomados en cuenta.
- Finalmente, lo más importante de todo es que la “mejor doctrina política subyacente” no se pretenda como la que posee la verdad absoluta y conciba su triunfo como permanente. De lo contrario la sociedad queda condenada a un exasperante y permanente enfrentamiento porque ningún adversario admite que su causa sea reducida a cuestión de torvas malas intenciones e intereses rastreros.

En Venezuela, en cambio, la interpretación basada en “la mejor doctrina política subyacente” ha conducido a poner a la instancia judicial constitucional al servicio de un poder político que se concibe como revolucionario, y en virtud de

ello, en posesión indefinida del poder. En virtud de esa interpretación se ha perturbado la competitividad de los procesos electorales y se ha deformado el proceso de deliberación democrática hasta el punto de desaparecer o quedar confinado a inocuas expresiones en los medios o en manifestaciones de calle cada vez más controladas y difíciles.

Los anteriores razonamientos son un esfuerzo por establecer un paradigma ideal de relaciones entre política y derecho pero han desviado un tanto de la simple constatación de cómo funciona en la realidad el llamado concepto sociológico. En este sentido es necesario precisar lo siguiente:

1. Aparentemente, el concepto sociológico significaría la mayor apertura posible de la Constitución a los cambios en la estructura del poder social, dar cabida a la plena espontaneidad social en clave de una constante variabilidad constitucional, lo que sería característico, según podría entenderse, de una verdadera concepción sociológica. En la realidad, sin embargo, al menos en su versión venezolana, esta apertura es sólo al cambio revolucionario.
2. Una vez implantadas en el poder las fuerzas revolucionarias o supuestamente revolucionarias defenderán sus posiciones en la misma forma o más ferozmente incluso que cualesquiera otros poseedores del poder.
3. En esta defensa se incurrirá en las mismas flagrantes contradicciones que cualquier otra doctrina de poder y se habrá desnaturalizado el derecho pues este lejos de estar al servicio de una política debe neutralizar la política creando en torno a ella un ámbito de criterios objetivos independientes e imparciales.

Para comprobarlo examínese nuevamente el caso venezolano en uno de los tantos desarrollos de la teoría de «la mejor doctrina política subyacente».

Se trata de aquel aspecto que se refiere a determinar el carácter predominantemente participativo o representativo del régimen venezolano. Este es un orden de ideas que no se ha mencionado hasta aquí pero evidentemente está relacionado con la temática del concepto sociológico en cuanto a que este propiciaría lo participativo por sobre lo representativo. En efecto, lo primero significa una intervención directamente configuradora de lo político por lo popular; mientras que lo representativo se desarrolla en condiciones inmunizadas del influjo inmediato de la mayor o menor volubilidad de la opinión popular.

Pues bien la jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana ha atravesado tres fases, por lo menos, en cuanto a este asunto.

En una primera que podemos llamar fase participacionista y que tiene su génesis en la sentencia que se convirtió en una partición de aguas entre el

anterior sistema político y el que se pretendía implantar la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de ese año⁽¹⁹⁾ estableció lo que puede considerarse como el principio fundamental de la democracia participativa a la venezolana es decir que cuando se solicita el criterio del pueblo este, en tanto que Soberano, debe ser obedecido y no hay tal cosa como que se le consulta para luego evaluar si se le acata o no; criterio que parecía, a su vez, ser ratificado por sentencia esta vez de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la cual formuló en noviembre de 2000, que era procedente un referendo consultivo sobre el status de los sindicatos que de consultivo sólo tenía el nombre pues llevaba a la reestructuración y nuevas elecciones de la Central sindical.

La fase representacionista se produce en un momento ulterior cuando lo importante no es ya modificar el estado de cosas sino defender el poder alcanzado. En sentencia pronunciada contra la posibilidad de un referendo consultivo para revocar al Presidente⁽²⁰⁾, la Sala entre otras cosas dice que:

“...el derecho a la participación en los asuntos públicos se ejercita, fundamentalmente, a través de los mecanismos de la llamada “democracia representativa” y excepcionalmente por medio de las formas de intervención directa de los ciudadanos”.

Además “el derecho a la participación en los asuntos públicos es de configuración legal, por lo que la regulación de su régimen electoral y efectos jurídicos, aparte la determinación de las materias que pueden ser objeto de consulta, corresponden a la ley.

Sin embargo, la Sala no fue consecuente con esa doctrina cuando sentenció que era válida una reforma del Reglamento de la Asamblea Nacional destinada a permitir el llamado “parlamentarismo de calle” y, en consecuencia, cualquier sesión del Parlamento realizada en plena vía pública, bajo la presión de la turba es decir bajo condiciones contrarias al ejercicio de una verdadera deliberación representativa. Para ello empleó un argumento aparentemente contradictorio que figura en la siguiente cita:

⁽¹⁹⁾ Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala Político – Administrativa sobre procedencia de referendo para convocar una Asamblea Constituyente. Magistrado ponente: Humberto J. La Roche. En Tribunal Supremo de Justicia, *op. cit.*, nota 17.

⁽²⁰⁾ Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional referida a recurso de interpretación constitucional sobre el alcance del referendo consultivo. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando, 22 de enero de 2003, <http://www.tsj.gov.ve>.

*En efecto, hoy día es indiscutible que el principio mayoritario no se identifica con el dominio absoluto de la mayoría, o de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, ya que, por razones de estricta lógica, toda mayoría presupone siempre la existencia efectiva de una minoría, en tal sentido, el denominado principio mayoritario, también denominado regla de la mayoría, solamente se respeta en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, sin que se menoscabe dicho principio por el hecho de que el contenido de tal orden jurídico resulte determinado por la voluntad del mayor número, salvo que, para lograr tal determinación, se haya impedido ilegítimamente a una minoría con derecho a ello la posibilidad de participar en la creación de dicho orden jurídico, dado que, tal circunstancia, supondría la violación del principio democrático y del principio mayoritario, así como un menoscabo –grave para un régimen democrático de libertades– al principio de pluralismo, no obstante que la misma cuenta con el voto de la mayoría: “ la existencia de una mayoría, presupone la existencia de una minoría, y mayoría y minoría están obligadas a entenderse. Si no, no habría tolerancia en el Parlamento”. (María Luisa Balaguer Callejón, *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid CEPC, 2001, p. 35) ⁽²¹⁾.*

El argumento parece contradictorio en cuanto a que si “el principio mayoritario no se identifica con el dominio absoluto de la mayoría, o de la dictadura de la mayoría sobre la minoría” ¿cómo es que no se considera tal cosa imponer circunstancias tan adversas a la deliberación? No lo es, sin embargo, si se concibe que la cuestión de mayorías y minorías no se circunscribe al ámbito parlamentario sino que incorpora también el predominio que supuestamente se tendría en la calle donde también supuestamente la minoría tendría derecho a defenderse. Se configuró así una tercera fase que podría llamarse de representacionismo sui generis y acomodaticio.

4. Finalmente es claro que el concepto sociológico remite a una idea clave la del poder constituyente que es la vía por donde se articulan al derecho y superan las reservas que le tienen una serie de corrientes sociologizantes especialmente las marxistas y elaboraciones como la del mencionado Negri, cuyo esclarecimiento queda pendiente para etapas posteriores del desarrollo de esta investigación cuya primera parte queda aquí consignada.

(21) Tribunal Supremo de Justicia: Sentencia de la Sala Constitucional sobre el recurso de un grupo de parlamentarios por inconstitucionalidad contra la Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando, Gaceta Oficial N° 37.601, 2 de enero de 2003.

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

PABLO LUIS MANILI^(*)
(ARGENTINA)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El concepto de Constitución y el Derecho Internacional Público. **III.** El concepto de Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario. **IV.** El concepto de Constitución y la Filosofía del Derecho. **V.** El concepto de Constitución y la Ciencia Política. **VI.** El concepto de Constitución y la Sociología. **VII.** Constitución y Cultura. **VIII.** El concepto de Constitución y la Historia. **IX.** La Constitución Formal y la Material. **X.** El Bloque de Constitucionalidad. **XI.** Conclusiones.

I.1 INTRODUCCIÓN

La riqueza del término “constitución” se debe no solo a que alude a varias circunstancias y realidades distintas, que varían de país en país, sino al hecho de que además, los abordajes para su estudio son variados: podemos intentar definirla desde *fuera* de las fronteras del país, es decir desde el derecho internacional, para determinar qué es una constitución y qué no lo es; o desde *dentro*, para explicar a qué llamamos constitución. A su vez, ese segundo análisis puede hacerse desde la teoría política, desde la sociología, desde la historia, etc. Y según cuál sea el abordaje, la definición que se intente será también distinta.

En el presente trabajo intentaremos recorrer algunos de esos enfoques, sin la pretensión de agotar el análisis de cada uno (en atención a que ello excedería los límites impuestos), ni la de arribar a un concepto acabado, único o final de cons-

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Argentina

titución, sino al solo efecto de mostrar la riqueza que ofrece el término y las dificultades existentes a la hora de definirlo.

II.E L CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Desde el punto de vista de esa rama del derecho puede definirse a la constitución como el instrumento jurídico político que da origen a un estado. La constitución es lo que diferencia a un *pueblo* de un *estado* y lo que otorga a aquél su partida de nacimiento como estado, ya que es la que lo organiza políticamente.

La existencia de una constitución es inherente, pues, al concepto de “estado” que se utiliza desde comienzos del siglo veinte en derecho internacional público, especialmente a partir de la organización de la comunidad internacional, es decir, a partir del surgimiento de organismos internacionales con tendencia a la universalidad y creados a fin de mantener la paz internacional, como la Sociedad de las Naciones (1919) y la Organización de las Naciones Unidas (1945).

Ello es radicalmente distinto del viejo concepto de “estado” que comenzó a utilizarse a partir de 1648: la doctrina internacionalista mayoritaria fija el momento del nacimiento del derecho internacional público en ese año, fecha en que se celebró el tratado conocido como La Paz de Westfalia que puso fin a la Guerra de los Treinta Años y tras el cual comenzó la reorganización política de Europa a través del surgimiento de los estados nacionales, con la caída del predominio de los Habsburgo⁽¹⁾.

El concepto de “estado” era, por entonces, el de una simple delimitación territorial del poder, es decir: estado por oposición a feudalismo. Pero no se le exigía a ese ente que el poder que allí se ejercía estuviera regido por norma alguna, en hubiera un gobierno que tuviera el dominio sobre una porción de territorio, y mucho menos que se condujera de determinada manera, ni hacia adentro, ni hacia fuera de sus fronteras. No solo no se le exigía, sino que no había forma de hacerlo; y tampoco era común que en los estados hubiera normas referidas al ejercicio del poder, más allá de algunas cartas que eran otorgadas por los monarcas, en algunos casos en contra de su voluntad, como la Carta Magna inglesa de 1215, que fue impuesta por los barones y el clero al rey Juan Sin Tierra⁽²⁾.

(1) Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, De Zavalia, 1985, pág. 31.

(2) La Carta Magna contiene el reconocimiento escrito de ciertos derechos esenciales de las personas, a los efectos de evitar sus constantes abusos de poder, pero, asimismo, consagra los mecanismos necesarios para la garantía de esos derechos y una forma –bien embrionaria– de división del poder y de control al gobernante. Recién después de cuatro siglos se producen, también en Inglaterra, nuevos documentos referidos a la limitación del poder: la *Petition of*

Según el derecho internacional moderno se denomina “estado” a todo ente que cuenta con los tres elementos necesarios para que la comunidad internacional lo reconozca como tal: una comunidad que tiene asiento sobre una determinada porción de territorio y que se encuentra organizada políticamente. Territorio, población y gobierno son pues, los tres elementos que caracterizan al estado; y dentro del concepto de gobierno se encuentra implícita la idea de constitución. Pero las cartas constitutivas de los organismos internacionales agregan algún requisito a esa lista, a fin de que el estado sea aceptado en su seno: por ejemplo, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas exige que sea amante de la paz y que esté en condiciones de cumplir con las obligaciones que la carta impone (art. 4).

En otras palabras: desde el punto de vista del derecho internacional actual no se puede llamar “gobierno” a cualquier autoridad por el sólo hecho de que ejerza el poder, si éste no es ejercido de acuerdo a algún tipo de reglas, aún cuando esas reglas no contengan los elementos básicos que caracterizan a las constituciones y que fueron definidos sabiamente por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. XVI): “*Un pueblo que no tiene dividido el poder y consagrados los derechos no tiene constitución*”. Bastaría, entonces, con que el estado se muestre organizado *hacia afuera*.

Llegamos así a un concepto mínimo de constitución, según el cual ésta sería solamente un conjunto de reglas que rigen el ejercicio del poder y otorgan al estado algún tipo de organización. ¿Es satisfactorio ese concepto mínimo de constitución? Claramente no, pero sí creemos que es necesario partir de él para edificar un concepto completo de constitución. El derecho internacional público exige, entonces, que el estado tenga una constitución, a la que denominamos “mínima”, pero ese concepto de constitución no es el mismo al que aludimos en derecho constitucional, es sólo un comienzo o un primer esbozo de ella.

Carlos Nino alude también al concepto “mínimo” de constitución, pero en un sentido distinto, dado que no lo hace derivar del derecho internacional sino que lo analiza como un punto de partida para llegar a otro concepto más acabado, al que denomina “pleno” y que encierra ciertos mandatos sobre los que se edifica una democracia liberal. Pero su contenido coincide con el que aquí proponemos.

Rights (Petición de Derechos) de 1628, que ratifica la Carta Magna y agrega el principio de que el rey no podrá establecer impuestos sin el consentimiento de la Asamblea. Le siguió, medio siglo después, el *Habeas Corpus Amendment Act* (Ley de Enmienda de Habeas Corpus) de 1679 que perfecciona ese mecanismo procesal en defensa de la libertad ambulatoria como método de obtener su inmediata restitución en caso de violación; y el *Bill of Rights* (Lista de Derechos) de 1689, que concede mayores atribuciones a la Asamblea y reglamenta la elección de sus miembros, con lo cual podemos hablar ya de una verdadera organización del poder, además de su mera limitación

Respecto de él Nino agrega que con ese concepto mínimo, es imposible negar que en la Unión Soviética de Stalin, en la Argentina de Videla y en el Chile de Pinochet, había constituciones⁽³⁾.

III. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COMUNITARIO

Resulta interesante cuestionarse si el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, verificado –en líneas generales– a partir de 1945, influyó en el concepto de constitución. Sabemos que sí influyó en el texto de muchas constituciones de iberoamérica, que, a partir de 1976 comenzaron a incorporar cláusulas que, con mayor o menor amplitud, daban recepción al derecho internacional de los derechos humanos (Portugal en 1976, España en 1978, Perú en 1979 y 1993, Chile en 1980, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987; Brasil de 1988, etc.)⁽⁴⁾. Pero el concepto de constitución no ha sufrido, a nuestro criterio, modificaciones.

En efecto; aún en los países en que reconocen la máxima jerarquía a los instrumentos internacionales, el concepto de constitución, su supremacía en el derecho interno y su rigidez permanecen incólumes. En ninguno de esos países puede afirmarse que la jerarquización de esas normas provocó cambio alguno, valgan como ejemplo de ello las siguientes normas:

La carta magna peruana, en su art. 57: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

La constitución nicaragüense, pese a mencionar expresamente una serie de instrumentos internacionales y reconocerles el carácter de fuente autónoma de derechos y obligaciones, agrega la siguiente norma (art. 182): “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.

La constitución argentina, luego de enumerar once instrumentos internacionales de derechos humanos, a los que reconoce jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22), aclara que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución”.

(3) Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 5.

(4) Puede verse el desarrollo de esas normas y otras en nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 105.

En cuanto al derecho comunitario, si bien los tratados constitutivos de los órganos comunitarios (Unión Europea o Comunidad Andina) o de integración supranacional (MERCOSUR) consagran derechos para los habitantes y delegaciones de facultades en órganos supranacionales, ello no afecta el concepto de constitución, dado que las leyes fundamentales de los distintos países han comenzado a incluir referencias a la integración supranacional, como mecanismo para englobar y ordenar esa nueva realidad en el mundo constitucional (por ejemplo, art. 75 inciso 24 de la constitución argentina⁽⁵⁾, art. 4 de la constitución de Brasil⁽⁶⁾ y art. 145 de la constitución de Paraguay⁽⁷⁾).

En otras palabras, si bien el derecho internacional de los derechos humanos enriquece a las constituciones y las completa, por cuanto añade derechos nuevos, recicla derechos ya reconocidos o torna explícitos derechos que antes eran implícitos, no apreciamos que se haya producido una mutación del concepto de constitución, ni siquiera en aquéllas que reconocen jerarquía constitucional a todo o parte del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco ocurre algo similar con el derecho comunitario.

IV E L CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El constitucionalismo ha resultado atractivo para muchos iusfilósofos, que han consagrado obras enteras al análisis de los problemas que el éste plantea. Hans Kelsen es tal vez quien más ha incursionado en ese terreno. El maestro austríaco concibe a la constitución como el escalón más alto en la pirámide jurídica con que describe a todo sistema jurídico⁽⁸⁾. En su teoría pura del derecho, don-

(5) «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 su consecuencia tienen jerarquía superior 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 ... ».

(6) «La República Federativa de Brasil procurara la integración económica política, social y cultural de los pueblos de América Latina, proponiéndose la formación de una comunidad latinoamericana de naciones».

(7) «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».

(8) Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 17ª Edición, 1981, pág. 100 y ss.; “El Control de Constitucionalidad de las Leyes”, trad. de

de hace abstracción de toda consideración sociológica, política, económica, etc., la constitución pasa a ser solamente una norma que determina los mecanismos válidos para la creación de otras normas. Su carácter de norma fundamental se debe a esa circunstancia y es independiente de que la propia constitución establezca o no, en alguna de sus cláusulas, su carácter supremo. Es suprema no por una cuestión valorativa, ni histórica, ni de reconocimiento social, sino justamente porque es la que establece cómo se generan las demás normas que componen el sistema jurídico. Entre otras definiciones similares, citaremos la de Guastini, quien desde el positivismo normativista, define a la constitución como “ *el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político*”⁽⁹⁾. En ambas concepciones, la validez de las normas infraconstitucionales no dependerá de su justicia, ni de su bondad, sino solamente de su correspondencia o adecuación con la norma superior.

Carlos Nino, por su parte, sostiene que la constitución, desde un punto de vista filosófico, es un conjunto de reglas de reconocimiento que permiten individualizar al sistema jurídico⁽¹⁰⁾. De ese modo, la constitución también queda despojada de valoraciones, al igual que en la obra de Kelsen, motivo por el cual Nino construye, en otras partes de su obra, un concepto más acabado de constitución. Pero, a los fines de nuestro análisis, nos quedaremos, por el momento, con este concepto.

Se advierte entonces, que desde la filosofía del derecho hay dos abordajes del concepto de constitución: uno resulta un poco más sustantivo (Kelsen, Guastini y otros) y otro con un matiz más instrumental que sustantivo (Nino). El primero pone el acento en lo que la constitución *es* (una norma sobre la cual se asientan otras), mientras que el segundo pone el énfasis en aquello para lo que la constitución *sirve* (regla de reconocimiento del sistema jurídico).

VE L CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA CIENCIA POLÍTICA

El solo hecho de que sea la constitución la encargada de crear (constituir) los poderes del estado y de que, por lo tanto, todo poder dependa de ella, la coloca en el centro del estudio de la ciencia política. No obstante, como es sabido, la ciencia política es más antigua que el derecho constitucional. En efecto, desde *La República y las Leyes* de Platón, *La Política* de Aristóteles y *Las Leyes y la República* de Cicerón (por nombrar sólo algunas obras clásicas) en adelante, el ser humano se dedicó al estudio científico de la realidad política y a la explicación del fenó-

Domingo García Belaunde, en *El Derecho*, 156:793; *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pág. 111.

(9) Guastini, Ricardo, *Teoria e Dogmatica Delle Fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 311.

(10) Nino, C., ob. cit., pág 25.

meno del poder en la sociedad. Si bien en la antigüedad esta rama del saber aparecía mezclada con la filosofía, luego fue ganando autonomía y su existencia es varios siglos anterior a la existencia de las constituciones escritas y al estudio de éstas.

Según Germán Bidart Campos, el orden político se encauza a través de lo jurídico y a ese orden jurídico se le denomina derecho constitucional o constitución material⁽¹¹⁾. Y sobre esa base agrega: “*El derecho impregna organizacionalmente al estado, a esa realidad social con estructura política que, juridizada, se llama estado... “Cuando decimos “constitución” solemos pensar en normas jurídicas; acaso en la codificación formal de las mismas. En cambio, deberíamos pensar primariamente en una realidad. Realidad social, realidad política, realidad jurídica, pero realidad ante todo*”. Creemos que en esa afirmación está contenida una definición de lo que es la constitución, apreciada desde la ciencia política.

Por su parte, Domingo García Belaunde afirma que la constitución puede ser definida desde la ciencia política como “*Una manera de ser que hace que las instituciones del Estado estén vertebradas y respondan de determinada manera a la colectividad a la cual pretenden conducir*”⁽¹²⁾. Es decir, el énfasis está puesto en el ser y no en el deber ser, a diferencia de las definiciones elaboradas desde el derecho constitucional.

Josep Aguiló se refiere al concepto de “*la constitución del constitucionalismo político*”, a la cual define como una “*ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos, y en este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política ...*”⁽¹³⁾.

Carl Schmitt, por su parte, elabora una definición de constitución relacionada, no ya con la ciencia política, sino con la política, puesto que, para diferenciarla de las leyes constitucionales, la caracteriza como: “*una decisión consciente sobre el modo de existencia de una unidad política, realizada por el poder constituyente*”⁽¹⁴⁾.

Como se advierte, la ciencia política pone el acento en el estudio de hechos y realidades, y las normas son, para los politólogos, un hecho más; mientras que

(11) Bidart Campos Germán J., *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional ¿Unidad o Dualidad?*, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 79.

(12) García Belaunde, Domingo, *Constitución y Política*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1981, pág. 25.

(13) Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, pág. 38.

(14) Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Ayala, F., Madrid, 1982, pág. 45.

para el derecho constitucional son el objeto principal de estudio, y los hechos solo son estudiados en cuanto influyen sobre las normas (revoluciones, golpes de estado, emergencias, conflictos armados, etc.). Además, como se adelantó más arriba, quienes definen al derecho constitucional desde la óptica de la ciencia política, ponen el acento en el ser, y no en el deber ser, o mejor dicho, en el derecho que se aplica más que en el derecho que está positivizado. Ese énfasis en lo fáctico nos conduce a un tema directamente relacionado con éste, como es la distinción entre constitución formal y constitución material, al que nos referiremos más abajo.

VI.E EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA SOCIOLOGÍA

Dos aspectos resultan interesantes desde este punto de vista: el concepto de constitución y la vigencia sociológica de la constitución, aunque –como veremos– ambos están relacionados.

En cuanto al primero, Emile Durkheim, en su obra La División del Trabajo Social, la definió como un símbolo de cohesión social, lo cual implica que la constitución es una especie de representación colectiva o de imaginario popular respecto de aquello que se relaciona con el poder. Cuanto mayor sea el grado de avance en la educación y cultura de un pueblo, más sofisticada será esa imagen respecto de qué es la constitución y cuáles son las realidades que ella regula (que, en verdad, son todas las realidades políticas y sociales), por el contrario, cuanto menor sea ese avance, más rudimentario será el concepto de constitución, ésta será entendida como “eso que manejan los políticos” y se la considerará aplicable sólo al funcionamiento de los órganos de gobierno, sin apreciar su utilidad como factor de ordenación social.

Rudolf Smend, al definir al estado como una integración, esboza un concepto de constitución que también consideramos influido por la sociología, en este sentido: para Smend el estado es un “ entramado de sentido de las relaciones humanas ”⁽¹⁵⁾, es un concepto prejurídico basado en el sentimiento de comunidad presente entre los miembros de una colectividad y que él nomina “integración”. Con base en ello, la constitución sería, al mismo tiempo, un resultado y un cauce de esa integración, y si no fuera por ese contexto de sentimientos que identifican a una comunidad, la constitución, como mero texto jurídico, carecería de la relevancia que hoy tiene⁽¹⁶⁾. Ese concepto de constitución se contrapone al concepto

(15) Smend, Rudolf, “Staat” en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2ª edición, Berlín, Duncker & Humblot, 1968, pág. 520 y ss.

(16) Conf. García Amado, Juan A., “Estudio Preliminar” en Kelsen, Hans *El Estado Como Integración. Una Controversia de Principio*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. XI.

formalista de Kelsen y, con base en él, el autor construye lo que denomina una “teoría material del estado”, dado que en su opinión, una teoría puramente normativa del estado sería una teoría del estado sin estado.

Eliás Díaz define a la constitución como un puente entre el derecho y la justicia, entre la realidad y la idealidad, y agrega: ‘La Constitución, el puente, es algo que ha de estar siempre abierto a la sociedad de la que procede, a sus problemas y aspiraciones, al juicio de la moral crítica y de la moral social, a razones de legitimidad, a las exigencias de la justicia; desde ahí se expresará institucionalmente en la legalidad, en el derecho y, en ese marco, también después en el trabajo de los operadores jurídicos, de los profesionales, de los jueces’⁽¹⁷⁾. Nos resulta atractiva la permeabilidad que el autor le reconoce a la carta magna, especialmente a los “problemas y aspiraciones” de la sociedad. Ello implica reconocer a la constitución escrita un carácter evolutivo más allá de lo textual; de alguna manera, una permanente influencia del “ser” sobre el “deber ser”, pero ello debe ser interpretado cuidadosamente para no tergiversarlo: hablamos del “ser” social y no del “ser” de los gobernantes de turno.

En ese sentido, la opinión de Díaz puede ser interpretada como continuación de las ideas de Dau Lin, que en 1932 la definía como “el status de un determinado Estado o una forma especial de orden social o, finalmente, el principio de un devenir dinámico”⁽¹⁸⁾. Comentando la opinión de Dau Lin, Estévez Araujo sostiene que “(p)or “constitución”, en este sentido, se entiende algo “fáctico” es decir, una determinada realidad, un modo de ser las cosas y no una regulación jurídica de las mismas. Generalmente suele calificarse de “material” a este tipo de concepción de la Constitución como hecho...”⁽¹⁹⁾.

Advertimos pues, que el concepto de constitución, abordado desde la sociología, pone el énfasis en las aspiraciones, representaciones y consensos que se presentan en la comunidad a la cual ella rige, descuidando los contenidos jurídicos y la influencia política.

VII.C ONSTITUCIÓN Y CULTURA

Peter Häberle construye un concepto de constitución vinculado a la cultura

(17) Díaz, Eliás, “El Puente de la Constitución” en el diario *El País*, columna de opinión, Madrid, 4 de diciembre de 1999, pág. 15.

(18) Dau Lin, Hsü, “Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXII/1 (1932).

(19) Estévez Araujo, José A., *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Madrid, Trotta, 1994, pág. 41.

de los pueblos. Comienza por criticar las definiciones formalistas de constitución, como la de Jellinek, quien sostiene que la constitución es “una ley con una más elevada fuerza de validez formal” que solo puede ser reformada con mayorías calificadas y mediante procedimientos especiales⁽²⁰⁾. Su crítica se basa en que, desde el punto de vista de su objeto y funciones, la constitución significa mucho más. Según Häberle, debe formularse una concepción combinada de constitución, en la que se recojan las distintas funciones que ésta cumple: la constitución es: (i) en cuanto a las metas estatales y a la división de poderes: un motor y un freno, y en forma simultánea, una norma y una tarea; (ii) en relación con el principio de estado de derecho y a la fijación de valores fundamentales: una limitación al poder, pero a la vez su fundamento y legitimación; (iii) la constitución crea procedimientos para la resolución de conflictos (por ejemplo en el parlamento); (iv) organiza competencias e instituciones para la identificación y concreción de determinadas tareas (las tres funciones estatales: administrar, legislar y juzgar); (v) funda el estado abierto hacia el mundo; (vi) constituye una sociedad frente a terceros, generando posibilidades de identificación y de consenso para los ciudadanos y para los grupos; (vii) prescribe valores que fundamentan culturalmente a la sociedad; (viii) desde el punto de vista temporal, la constitución es un proceso abierto⁽²¹⁾. Häberle culmina esa enumeración de funciones de la constitución con su tesis según la cual la constitución es una cultura, que no está dirigida solamente a los juristas, sino fundamentalmente a los ciudadanos, a modo de hilo conductor de una sociedad; no es solo un texto jurídico “sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”, y agrega que la constitución es la expresión de una cultura, un marco de referencia cultural⁽²²⁾.

El énfasis está puesto, como vemos, en lo que la constitución es, pero más allá de lo jurídico y lo político. Esos dos elementos solo aparecen al momento de enumerar las funciones que la constitución desempeña, pero a la hora de definirla, parecen ser dejados de lado por el maestro alemán.

VIII.E EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA HISTORIA

Juan Bautista Alberdi, el máximo ideólogo de la constitución argentina de 1853, sostenía que ésta era un pacto político fundacional. Se trata de una defini-

⁽²⁰⁾ Häberle, Peter, *Constitución como Cultura*, trad. de Ana María Montoya, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pág. 51.

⁽²¹⁾ Häberle, P., ob. cit., pág. 54.

⁽²²⁾ Häberle, P., ob. cit., págs. 71 y 72.

ción que pone el énfasis en el rol histórico de la constitución y en su importancia en la evolución jurídico-política de un pueblo, más que en su papel de orientadora de las conductas de los poderes y de los individuos. Además, este concepto traza implícitamente una clara línea divisoria entre las cartas medievales, que eran otorgadas por los monarcas, y el concepto moderno de constitución (posterior a 1787) que implica necesariamente la intervención del pueblo en su sanción, con base en las doctrinas contractualistas (Rousseau, Hobbes y otros).

Pero también existe otro concepto de constitución desde la óptica de la historia, al que se denomina concepción historicista de la constitución⁽²³⁾, que es aquél según el cual, al ser la constitución un producto de la historia de un determinado pueblo, no puede existir un modelo de constitución válido para todo tiempo y lugar. Esta concepción difiere de la idea de los revolucionarios franceses, para los cuales una constitución era la sumatoria de: derechos fundamentales más división del poder (según expresamos más arriba). Para esta postura, la constitución tendría algunos contenidos esenciales o necesarios y muchos contenidos contingentes, dependientes de los momentos históricos y variables de país en país.

Hay un modo de conciliar lo analizado en este punto y en el anterior: Nino sostiene que la constitución, “si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social, y si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua”⁽²⁴⁾. La constitución como evento es la descrita por la historia y la constitución como proceso es la descrita por la sociología,

IX.L A CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA MATERIAL

El antecedente más remoto en cuanto a distinguir los conceptos de constitución formal y material se remonta a la conferencia dictada por Ferdinand de Lasalle en 1862 titulada *¿Qué es una Constitución?*⁽²⁵⁾ donde afirma que más allá de los conceptos formalistas que utilizan los juristas y que se aplican a *hojas de papel* firmadas por reyes o por naciones, existe otro concepto de constitución, que es la *suma de los factores reales de poder* que rigen en un país⁽²⁶⁾. Se encuentran allí delineados los dos conceptos de referencia: la “hoja de papel” de Lasalle es lo que la doctrina constitucional en general ha denominado *constitución formal, o textual* mientras que el otro sentido es más realista y pragmático; apunta a la aplicación práctica de la constitución, con todo el entorno que la rodea. Ello es lo que se

(23) Estévez Araujo, José A., *La Constitución...* cit., pág. 44.

(24) Nino, Carlos S., ob. cit., pág. 47.

(25) De Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1980, *passim*.

(26) Ob. cit., págs. 37 y 48.

denomina *constitución material*.

Bidart Campos, por su parte, aplicando la filosofía tripartita (según la cual el mundo jurídico puede ser analizado desde tres dimensiones: normológica, psicológica y sociológica), se refiere a la constitución en estos términos: “Cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un Estado no se conforma con leer su constitución escrita o formal... (a)mbiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple... se preocupa por indagar qué otros contenidos... han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia”⁽²⁷⁾. Y en otra obra completa la idea: “La constitución en sentido material es también una realidad. Realidad social y jurídica. Es el derecho constitucional vigente y un derecho es vigente no porque esté formulado en normas expresas, sino porque funciona. El derecho escrito que no se aplica carece de positividad, no es derecho positivo. La constitución material es siempre... derecho vigente, positivo, actual, presente. Funciona, se aplica, ordena... Es el orden constitucional real”⁽²⁸⁾.”

García Belaunde aporta una definición interesante de constitución material, linderada con la ciencia política: “conjunto de fuerzas que canalizan la dinámica política del Estado”⁽²⁹⁾.

A nuestro entender el problema que presenta el concepto de constitución material es que no todo el contenido de lo que así se denomina tiene jerarquía constitucional, ni puede ser utilizado como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Es decir, el hecho de que existan elementos de materia constitucional por fuera de la constitución escrita no implica necesariamente que todos esos elementos compartan con ella su máxima jerarquía, ya que el criterio para agruparlos en el concepto de constitución material es simplemente *rationae materiae*, pero no implica un juicio de valor acerca de su jerarquía.

En el orden de ideas encontramos que Sagüés⁽³⁰⁾ clasifica a las fuentes del derecho constitucional, según tengan o no jerarquía constitucional, en:

a) Formal primario (el texto escrito de la constitución y los instrumentos que, en algunas constituciones, poseen su misma jerarquía, como analizaremos

(27) Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 289.

(28) Bidart Campos, G., *Ciencia Política...* cit., pág. 82.

(29) García Belaunde, D., ob. cit., pág. 25.

(30) Sagüés Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 197.

más abajo);

- b) Informal primario (costumbres con jerarquía constitucional),
- c) Formal secundario (leyes y demás normas de materia constitucional); y
- d) Informal secundario (costumbres sin jerarquía constitucional).

En definitiva, lo que generalmente se denomina constitución material es la sumatoria de la constitución *formal* (escrita) con todo aquello que está fuera de ella, pero que tiene *materia* constitucional. Dentro de ese conglomerado se incluyen: la costumbre, la jurisprudencia, las leyes de desarrollo constitucional y hasta ciertos principios y valores que se consideran superiores. Es de destacar que en los estados de constitución no escrita, como el Reino Unido, ambos conceptos se identifican. Por ello es que el tema de las fuentes del derecho constitucional debe ocupar un capítulo importante en el estudio del concepto de constitución, ya que ellas no se agotan en el texto escrito de la carta magna, sino que incluyen –junto a ella– todo aquello que conforma la constitución material.

X.E L BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Paralelamente al concepto de constitución, varios países utilizan el concepto de bloque de constitucionalidad, el cual designa realidades muy distintas según el país de que se trate, y generalmente no se identifica con el concepto de constitución material.

a) Francia fue el país en el que se creó este concepto, a partir de la existencia de normas fuera de la constitución formal pero que comparten con ella su máxima jerarquía y que sirven conjuntamente como parámetros de la constitucionalidad de las normas inferiores. En ese país el bloque de constitucionalidad nace por la expresa remisión de la constitución vigente a otros textos normativos, la mayoría de ellos ya ostentaba jerarquía constitucional antes de la sanción de la constitución de 1958, como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽³¹⁾ y el preámbulo de la constitución de 1946; mientras que otras tenían valor supralegal: los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los objetivos de valor constitucional⁽³²⁾. Por lo tanto, las primeras quedan ratificadas en su vigencia y

⁽³¹⁾ Vedel, Georges, “La Place de la Déclaration de 1789 dans le Bloc de Constitutionnalité” en la obra colectiva *La Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen et la Jurisprudence*, París, PUF, 1989, pág. 44.

⁽³²⁾ Favoreu, Louis, “Le Principe de Constitutionnalité: Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, en la obra colectiva *Mélanges Eisenman I*, Paris, Cujas, 1975, pág. 33.

las segundas son jerarquizadas a través de su inclusión en el bloque.

Otra característica del bloque francés es que todas las normas que lo integran son de derecho interno, y que no se consideran incluidas en él –hasta ahora– normas internacionales, ni siquiera las de derechos humanos, que serían las más factibles de ingresar al bloque por estar exentas de la contingencia que a las demás normas internacionales les impone el principio de reciprocidad contenido en el art. 55 de la constitución francesa. No obstante, no se puede descartar que en futuro se incorporen al bloque francés algunas normas internacionales de derechos humanos.

Por último señalaremos que todas las normas que ingresan al bloque, reciben el mismo tratamiento y gozan de la misma jerarquía, es decir que no existen gradaciones intra-jerárquicas en su seno. Puede concluirse entonces que la idea de asimilar ciertas normas a la misma jerarquía de la constitución nacional tuvo su origen en el derecho francés y fue aplicada para rescatar ciertas reliquias de su pasado constitucional y mantenerlas vigentes, como una manera de no renegar de su historia, sino de sumar y edificar el futuro a partir de él.

- b) En **España**, la doctrina y la jurisprudencia tomaron la expresión “bloque de constitucionalidad” del derecho francés porque les era útil como común denominador para referirse a las normas que están dentro y fuera de la constitución pero que sirven por igual para el reparto competencial entre el estado central y las Comunidades Autónomas. En palabras de Rubio Llorente: “*La heterogeneidad de las normas que lo integran impide incluirlas en el concepto de constitución, que, como concepto jurídico formal sólo en parte las engloba, pero su común naturaleza materialmente constitucional hace imposible regatearles, al menos, el adjetivo...*”⁽³³⁾. En otra obra, el mismo autor agregó: “*El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la constitución del estado español*”⁽³⁴⁾. Es en este último sentido –formalista si se quiere– que se asemeja al bloque francés (y también, como veremos más abajo, al panameño y al argentino), al menos en el sentido mínimo de tratarse de normas de distinto tipo (es decir, no sólo las de la constitución formal) y de distinta fuente, pero que comparten con la constitución el papel de parámetro de la constitucionalidad de otras normas. Las normas que principalmente componen el bloque español son los Estatutos de Autonomía san-

(33) Rubio Llorente, Francisco, “El Bloque de Constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, n° 27, Septiembre-Diciembre de 1989, pág. 9 y ss., esp. pág. 25.

(34) Rubio Llorente, F., op. cit., pág. 24.

cionados por las comunidades autónomas. Resulta muy interesante el hecho de que esas comunidades participen del dictado de la constitución nacional, a posteriori de la sanción de ésta, por la vía de limitar los poderes centrales al delimitar sus propias competencias. De algún modo se produce una confusión o superposición del poder constituyente primario (nacional) con el poder constituyente secundario (local), el cual debe ejercerse según las pautas y condicionamientos de la constitución nacional⁽³⁵⁾.

En España no está definido con exactitud cuál es el contenido del bloque ya que la lista de normas que lo integran no parece estar cerrada, ni tener contornos claros, sino que las distintas normas ingresan –o salen– del bloque según la función o la finalidad que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma: también se consideran integrantes de él ciertas leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. La tarea del tribunal constitucional español ha sido prolífica en lo atinente a la delimitación de los contornos del bloque⁽³⁶⁾.

Otro detalle interesante es el relativo a la jerarquía normativa, que es fundamental en otros bloques (como el francés o el argentino) pero que es extraño al bloque español, el cual se basa en el sistema de delimitación de competencias. En consecuencia de ello, en el caso español queda la duda acerca de si existen gradaciones intrajerárquicas dentro del bloque, y en consecuencia no existe certeza sobre si cabe o no el control de constitucionalidad de las normas de jerarquía inferior a la constitución pero que integran el bloque⁽³⁷⁾. Este interrogante lleva a poner en duda si –luego de la creación del bloque por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– aún se mantiene el principio de división de competencias para decidir la legalidad o constitucionalidad de las normas, o si ha sido reemplazado por el de jerarquía.

c) En el caso de **Panamá**, la doctrina del bloque fue presentada en 1990 por

(35) Cfr., por ejemplo, Sagüés, N., ob. cit., pág. 110.

(36) Puede verse la reseña de las decisiones de ese tribunal que fueron perfilando el bloque en nuestro libro *El Bloque...* cit., pág. 303.

(37) Conf. Rubio Llorente, F., op. cit., pág. 30, nota al pie n° 63. Por su parte, Ignacio de Otto (ob. cit. pág. 95) sostiene que “no hay... relación jerárquica entre las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad y las restantes y por ello (el art. 28 LOTC) introduce el bloque de la constitucionalidad como criterio para apreciar la conformidad o disconformidad **con la Constitución**, lo que no tendría sentido si existiese superioridad jerárquica del bloque..., pues la infracción de la jerarquía no es infracción directa de la constitución” (destacado en original).

(38) *El Panamá América*, ediciones del 20 de marzo y 2 de mayo de ese año.

(39) *Gaceta Oficial* n° 21.726 del 8-2-91.

Arturo Hoyos. Lo hizo en dos artículos⁽³⁸⁾, y luego fue acogida por el máximo tribunal –que él mismo integraba– en una sentencia del 30 de julio de 1990⁽³⁹⁾ y otras subsiguientes. El autor define al bloque como “*el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos sujetos al control judicial de esta institución*”⁽⁴⁰⁾. En ese país estaría integrado por las siguientes normas:

- (i) La constitución formal,
 - (ii) La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional: En la sentencia ya referida, de julio de 1990⁽⁴¹⁾, la corte sostuvo: “...*la doctrina constitucional sentada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales, al ser declarada como de carácter definitivo y obligatorio por el art. 203 de la Constitución Política, es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad, siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello*”.
 - (iii) La Costumbre Constitucional: Si bien se asume el carácter secundario de la costumbre como fuente de derecho –como ocurre en todos los sistemas de derecho escrito– se reconoce valor constitucional a las costumbres siempre que no sean ‘*contra legem*’.
 - (iv) El Reglamento de la Asamblea Legislativa: En la sentencia de 16 de Octubre de 1991, la Corte sostuvo que ‘*ciertas normas del Reglamento de la Asamblea Legislativa pueden integrar parte del bloque de constitucionalidad de Panamá. Tales normas son las que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea*’ por lo cual si una ley es aprobada “*en violación del procedimiento previsto en ese reglamento, la consecuencia es que aquélla puede ser declarada inconstitucional por el vicio de forma que presenta*”.
 - (v) El Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional (dictada luego de la intervención norteamericana de Octubre de 1989).
- d)** En **Colombia**, la Constitución de 1991 expresa en su art. 93 que: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno**. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacio-*

⁽⁴⁰⁾ Hoyos, Arturo, *La Interpretación Constitucional*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1993, pág. 98.

⁽⁴¹⁾ El caso se refería a la constitucionalidad de una norma del Código Judicial.

nales sobre derechos humanos ratificados por Colombia'.

En el seno de la convención constituyente que sancionó estas normas, según refiere Nieto Navia ⁽⁴²⁾, varios convencionales coincidieron en que el derecho internacional de los derechos humanos debía tener primacía sobre todo el derecho interno ⁽⁴³⁾, incluida la constitución nacional; algunos de ellos, inclusive propusieron la primacía de todo el derecho internacional sobre el interno, con una fórmula muy interesante *‘debemos hacer... el examen previo de constitucionalidad de los tratados, pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos’*⁽⁴⁴⁾. Queda en claro cuál es el sentido que el constituyente quiso darle a la norma en cuestión, y queda en claro también que ello fue una transacción de mínima ya que hubo planteos superadores del que finalmente se volcó al texto de la ley fundamental.

Sin embargo, en contraposición a la doctrina colacionada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un primer momento⁽⁴⁵⁾ declaró la inconstitucionalidad de tratados que contemplan la obligación de indemnizar en caso de expropiación por considerarlos contrarios a la norma constitucional que establece la posibilidad, en ciertos casos, de expropiar bienes sin abonar suma alguna (art. 58, in fine, de la constitución). Pero luego dictó un fallo trascendental⁽⁴⁶⁾, en el que debió evaluar la jerarquía normativa y la aplicabilidad en el ámbito interno del Protocolo II de 1977, de derecho internacional humanitario, referido a las víctimas de conflictos armados no internacionales. Bajo el título *“La Integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad”* la Corte se expidió, en primer lugar,

(42) Nieto Navia, Rafael, “Los Derechos a la Igualdad y a la Propiedad y la Expropiación sin Indemnización” en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, cit., pág. 893 y ss., esp. 924.

(43) Constituyentes Diego Uribe Vargas y Alfredo Vázquez Carrizosa, citados por Nieto Navia en op. cit.

(44) Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, citado por Nieto Navia en op. cit.

(45) Sentencias 106/95, 178/95.

(46) Sentencia n° 225, del 18 de Mayo de 1995, titulada: *“ Revisión constitucional del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo”* (Expte. N°: L.A.T. 040). El fallo ha sido publicado íntegramente en Argentina en *El Derecho* 164:439, con nota al pie de Germán Bidart Campos (“El Derecho Internacional Humanitario en Colombia”).

a favor de la integración del derecho internacional humanitario en el marco del derecho internacional de los derechos humanos⁽⁴⁷⁾ “*puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana*”⁽⁴⁸⁾. A continuación analizó el juego de los artículos 4 y 93 de la constitución, ya que por el primero la constitución es suprema y por el segundo los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción. A tal efecto sostuvo que la referida prevalencia, que es también avalada por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puede ser válida desde la perspectiva del derecho internacional pero entiende que desde la óptica del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, por lo cual descarta la supraconstitucionalidad pregonada por cierta parte de la doctrina, y se inclina por la adopción del concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “*La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad” proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta*”⁽⁴⁹⁾. Luego analizó la práctica del Consejo Constitucional Francés y el modo en que la doctrina de ese país interpreta el bloque, como parámetro del control de constitucionalidad, concluyendo que “*el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado stricto sensu... de esa manera se armonizan plenamente el principio de supremacía de la Constitución... con la praevalencia de los tratados... que reconocen los derechos humanos..*”⁽⁵⁰⁾. Este párrafo es aplicable íntegramente al caso argentino, como analizaremos más abajo.

(47) En nuestro artículo “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: Su Interrelación” defendimos la postura de que el segundo es una especialización del primero, aplicable a los casos de conflicto armado (vea *La Ley*, Buenos Aires, 20 de Agosto de 1998).

(48) Fundamento jurídico n° 11.

(49) Fundamento jurídico n° 12.

(50) *Idem*.

En conclusión, la corte constitucional de Colombia adoptó expresamente el concepto de bloque de constitucionalidad como expresión de la comunidad normativa que se forma por la carta magna y ciertos tratados de derechos humanos, en el caso, los de derecho internacional humanitario. Ello sirvió como fórmula de armonización de dos principios en tensión: la supremacía constitucional y la prevalencia de esos tratados sobre el derecho interno. Frente a esa tensión, al decir de Bidart Campos⁽⁵¹⁾, la Corte no se amilana frente a las concepciones clásicas, y hoy vetustas, de la supremacía constitucional, del poder constituyente y de la soberanía del Estado.

- e) En **Argentina**, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 75 inciso 22 de la constitución, el cual, luego de enumerar once instrumentos internacionales de derechos humanos, establece que “*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...*”. Es decir que el constituyente eligió ciertos instrumentos internacionales (nueve tratados y dos declaraciones⁽⁵²⁾) y los colocó en pie de igualdad con la constitución misma, conformando lo que se ha denominado *Bloque de Constitucionalidad*. Quien lo introdujo en la doctrina nacional fue Germán Bidart Campos en 1995, que fue luego seguido por diversos autores⁽⁵³⁾.

Esos instrumentos internacionales de derechos humanos no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, pero directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El bloque de constitucionalidad argentino, en su conjunto, y sin diferencias jerárquicas dentro de él es el nuevo parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad, tal como ha reconocido la Corte Suprema en cantidad de sentencias. En el fallo “*Giroldi*” de 1995, ese tribunal sostuvo que la frase “*en las condiciones de su vigencia*” significaba que los tratados deben ser

(51) Bidart Campos, Germán, “El Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, en *El Derecho*, 164:437.

(52) Ese número ha sido ampliado a trece, en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003.

(53) Bidart Campos, Germán en *Tratado Elemental...* cit., pág. 271 y ss.; en *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa* Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 264; y en *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 123; y por Moncayo, Guillermo en la obra colectiva *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pág. 89. También puede verse nuestro libro *El Bloque...*, cit., pág. 196 y ss.

aplicados tal como rigen en el orden internacional, es decir tal como son interpretados por los órganos internacionales encargados de su aplicación⁽⁵⁴⁾. En 1996, en los fallos “*Chocobar, Sixto c/ ANSSES*”⁽⁵⁵⁾ y “*Monges, Analía*”⁽⁵⁶⁾ sentenció que la frase “*no derogan artículo alguno de la primera partè*” de la constitución “*indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir*”.

La diferencia con los demás bloques analizados está en el tipo de normas que se incorporan al bloque: en Francia, España y Panamá ingresan al bloque distintas normas de derecho interno, mientras que en Argentina, al igual que en Colombia, ingresan al bloque ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. Y las similitudes son las siguientes:

- (i) *El objetivo de la conformación del bloque es completar y perfeccionar un sistema: en Francia, Colombia y Argentina, el sistema de derechos; en España el sistema de repartición de competencias estatales y en Panamá el sistema constitucional en su totalidad.*
- (ii) Asimismo, salvo en el caso español (en el cual no se habla de jerarquías) en los otros tres todas las normas que integran el bloque ostentan la misma jerarquía normativa.
- (iii) *En el bloque de constitucionalidad argentino los instrumentos internacionales incorporados al bloque son parámetros de la constitucionalidad de las normas inferiores al igual que la constitución formal; su elevación al rango constitucional respondió al objetivo de completar y perfeccionar el sistema de derechos de la persona humana, y todas las normas que lo componen gozan de la misma jerarquía.*

Las diferencias entre el concepto de constitución material –analizado más arriba– y el de bloque de constitucionalidad son notorias:

- (i) El concepto de constitución material excede lo jurídico, y se traslada a lo político (Lasalle), a lo sociológico (Bidart Campos) y a lo pragmático (Sagüés), mientras que el concepto de bloque es estrictamente jurídico.

⁽⁵⁴⁾ Fallos 318:514.

⁽⁵⁵⁾ Fallos 319:3241, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López, considerando n° 12.

⁽⁵⁶⁾ Fallos 319:3148, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, López y Boggiano, considerandos n° 20 y 21.

- (ii) El bloque de constitucionalidad se forma por mandato expreso o tácito (según el país de que se trate) de la Constitución. Es, por lo tanto, un concepto objetivo y de contornos perfectamente determinados. Mientras que la constitución material es una idea vaga y con contornos difusos, ya que cada intérprete va a tener una idea distinta acerca de qué elementos lo integran, acerca de si una determinada costumbre ingresa a él o no, o si determinada jurisprudencia conforma o no una doctrina constitucional establecida. Es por lo tanto un concepto subjetivo.
- (iii) La constitución material es un corolario, una abstracción doctrinaria que se extrae de la letra y de la vida constitucional de un país (por eso decimos que es subjetiva), tiene por lo tanto su origen en un acto intelectual exterior a la carta magna. Por su parte, el bloque está contenido en la propia constitución, más las normas que en cada país ingresan en él, por lo cual no es una abstracción, sino que tiene su origen en la constitución.

XI.C ONCLUSIONES:

El concepto de Constitución que se esboza desde el Derecho Internacional Público es un concepto mínimo que poco o nada aporta para elaborar una definición de constitución.

Cuando se aborda la tarea desde dentro de las fronteras del Estado, encontramos que ni la filosofía, ni la sociología, ni la historia, ni ninguna otra ciencia alcanzan por sí solas para abarcar el cúmulo de realidades, aspiraciones, declaraciones, mandatos, prohibiciones, permisiones, estructuras y funciones de que una constitución contiene, regula y representa.

Cada una de esas ciencias solo aporta un grano de arena en la elaboración de un concepto acabado de constitución, pero –afortunadamente para los constitucionalistas– la Constitución es mucho más que lo que cada una de ellas puede aportar aisladamente para su definición. De ahí, quizás, la magia que las constituciones encierran y que tanto nos atrae a quienes nos dedicamos a su estudio. Es necesario, pues, combinar las enseñanzas que aporta cada uno de esos enfoques para arribar a un concepto “completo” de constitución. Pero aún así, por completo que sea el concepto que elaboremos, lo será solo para el intérprete que lo formula, dado que siempre habrá algún otro intérprete que pueda agregar elementos que lo enriquezcan. De alguna manera, el concepto pareciera ser, o inasible o tan evolutivo que cualquier definición que se elabore quedará desactualizada en breve plazo.

Paralelamente a ello, es dable constatar que, con el tiempo, han surgido:

- (i) *Conceptos paralelos al de constitución: como el de Constitución viviente, de la doctrina norteamericana (“the living constitution”), destinado a explicar y justificar las interpretaciones aggiornadas de su texto;*
- (ii) disecciones del concepto de Constitución: dividiéndolo en Constitución formal y material;
- (iii) sistemas jurídicos que, proviniendo de otra fuente, regulan realidades que se superponen parcialmente con las reguladas por el Derecho Constitucional, como ocurre con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario; y
- (iv) conceptos superadores del de Constitución, como el de bloque de constitucionalidad.

Esas realidades novedosas no hacen sino reavivar el debate acerca de su definición, a la vez que demuestran lo inasible de un concepto que encierra, en definitiva, la vida misma de un país y de sus habitantes.

A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA: O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ^(*) ^(**)

En homenaje al Prof. Dr. Diego Valadés.

RUY SAMUEL ESPÍNDOLA^(*)**
(Brasil)

“Lo central (...) de las nuevas democracias, está en la edificación de una nueva estructura de derechos fundamentales, cuya garantía es el sistema democrático que también han adoptado”.

Diego Valadés (2002, p. 57)

(*) *Con grand beneplácito nos sumamos a la feliz iniciativa del Prof. Dr. Domingo García Belaunde (con el Prof. Dr. Peter Häberle) en punto a coordinar un volumen colectivo en merecido homenaje al Prof. Dr. Diego Valadés, apreciado y generoso amigo y, sin duda, uno de los más encumbrados exponentes del Derecho Público Iberoamericano.*

(**) Este trabalho, atualizado e alterado, relativamente a versão original, é fruto de estudo publicado na *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte (Brasil), Del Rey, número 04, jul./dez. 2004, p. 485/499 e na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo (Brasil), n. 44, jul./set 2003, p. 75/86. Também publicado em apêndice da segunda edição de nosso livro *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. O escolhemos para esta obra, pois sabemos da preferência do Mestre Diego Valadés pelo tema “Constituição e Democracia”, como nos demonstra seu instigante livro *Constitución y Democracia*, Unam, 2002. Estamos preparando, no Brasil, com a tradução da ilustrada Bacharel em Letras Espanhol e Direito, Srta. Sibelli Dagostini, também pesquisadora em Direito Constitucional, tradução para o português de estudos de Diego Valadés, em livro que, no prelo, se intitula *Constituição, Poder e Estado de Direito: quatro estudos contemporâneos de Direito Constitucional*, cuja publicação se dará pela Editora Del Rey.

(***) Professor de Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina - Brasil. Ex-Professor de Direito Processual Constitucional e de Direito Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí (2000/2007). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina.

“Muchas son las formas de entender lo que es una Constitución. (...) aceptaremos que la Constitución es el estatuto jurídico del Poder. Desde esta perspectiva, la Constitución regula cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y control del poder”.

Diego Valadés (2002, p. 25)

A Teoria da Constituição ⁽¹⁾, basicamente, tem relacionado “democracia e constituição” em duas importantes perspectivas: a primeira, colocando a democracia como princípio legitimador da Constituição; noutra, abordando a democracia como princípio jurídico integrante da Constituição, ou seja, como princípio constitucional encartado na ordem jurídica.

Avalia-se, pela primeira perspectiva, se a feitura do texto constitucional, o processo constituinte, o texto como resultado deste processo, a “criatura” do “criador” poder constituinte, são ou não democráticos, ou se correspondem a níveis de democraticidade esperáveis segundo as circunstâncias de cada jogo político armado pelas comunidades organizadas em Estados.

Pela segunda, tenta-se compreender as conseqüências normativas, teóricas e dogmáticas de se ter a Democracia como norma jurídica ordenadora da vida do Estado, da Sociedade e dos cidadãos; questionam-se as conseqüências práticas de

(1) Interessante ressaltar que os estudos sobre Teoria da Constituição, com trabalhos que aprofundam temáticas em torno de seu problemas, foram intensificados, ultimamente, no Brasil. Registros significativos desta tendência constituem as seguintes obras: Britto, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p; Baracho, José Alfredo de Oliveira. “Teoria da Constituição”. In: - Martins, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267/305; Bercovici, Gilberto. “Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição.” in: - Souza Neto, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 75-150.; Souza Neto, Cláudio Pereira de. “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade.” in: - Souza Neto, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p. p. 01-73.; Moreira, Vital. “O Futuro da Constituição.” in: - Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336; Vieira, José Ribas. “Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos.” In: - Veira, José Ribas (Org.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01-09. 230 p.; Peña, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 356 p.

se ter a Democracia como princípio constitucional informando a compreensão, produção e aplicação do Direito Positivo – como princípio normativo heterodeterminante da ordem jurídica globalmente considerada. Exemplo de norma constitucional com tal conteúdo, se deduz da cabeça do artigo 1º da Constituição da República brasileira, sendo que ao longo do texto encontraremos os subprincípios e regras densificadores do princípio democrático (*e. g.*, preâmbulo, artigos 1º, V, 5º, VIII, 7º, XI, última parte, 10, 11, 14, 17, 23, I, 27, 29, I, 34, VII, letra “a”, 45, 46, 47, 58, § 1º, 77, 81, 90, II, 96, I, letra “a”, primeira parte, 103, 127, *caput*, 206, II, III, primeira parte e VI).

Na esteira desta última perspectiva, a teoria do Direito Público também se ocupa da Democracia e com seus enraizamentos constitucionais. A juspublicística preocupa-se em reconhecer na Democracia um princípio reconstrutor do Direito Público; princípio em torno do qual se encabeçam e se estruturam todas as normas atinentes a este grande ramo do Direito Positivo⁽²⁾.

Essas perspectivas teóricas oferecem interessantes aportes à análise de nossa Lei fundamental.

Todavia, outra é a nossa perspectiva neste trabalho, pois queremos demonstrar que, apartado da idéia de Constituição e da juridicidade superior dos princípios constitucionais, o conceito de democracia e sua práxis é incompleto e inseguro. Nossa tese parte da premissa que a realizabilidade da Democracia tem como exigência necessária e inarredável a efetividade da Constituição, o respeito à Constituição, o acato da força normativa de suas regras e princípios.

Assim, à luz deste foco de análise, queremos desenvolver a seguinte questão: qual a relação necessária entre “Princípios Constitucionais”, “Constituição” e “Democracia”; qual a possível resultante de uma problematização desses conceitos em face de problemas colocados pela realidade institucional e social; realidade composta por diversificados dados, entre os quais avultam os da compreensão e pré-compreensão hermenêuticas que a sociedade civil, os cidadãos e os operadores jurídicos têm a respeito das idéias-conceito “Constituição”, “Democracia” e “Princípios Constitucionais”, e o que essas idéias tem a ver com a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, através de uma postura que preze a força normativa da Constituição.

(2) Postura com este matiz já foi bem exposta no Brasil, só que com ênfase no princípio republicano, no livro de Geraldo Ataliba, intitulado *República e Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998. Exemplo das primeiras preocupações, são as expostas na obra de Manuel Aragón, constitucionalista espanhol, intitulada *Constitucion y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.

De outro modo: como a incompreensão, a irrealização desses conceitos no plano da vida, frustrando a força normativa da Constituição, podem fragilizar a defesa dos direitos e interesses das pessoas humanas em face das realidades arreadas às normativas principiológicas e regrísticas da ordem constitucional.

A tomada de rumo neste sentido implica que passemos a discorrer sobre os conceitos chaves que compõem o título de nosso trabalho, ou seja, analisemos a idéia de *Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais*.

Por necessidade de bom método didático, comecemos pela idéia de democracia, de democracia contemporânea. Dela enfatizaremos o aspecto que mais nos interessa, para os fins deste trabalho.

De há muito a idéia de democracia não é mais tomada somente como a regra da maioria, o governo do maior número. Uma tal idéia, levada a extremos, poderia fazer com que uma maioria circunstancial revogasse a própria regra da maioria, e colocasse o poder decisório na mão de um único homem, ou de um restritíssimo grupo de homens. A história é repleta de tais exemplos, sendo desnecessário aqui retomá-los.

Uma concepção mais dilatada que entende a regra da maioria como um elemento importante do conceito de democracia mas não o preponderante, advoga a tese de que para um adequado conceito de democracia é necessário um mínimo de regras institucionalizadas que estabeleçam *quem* está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais *procedimentos*. É a idéia de democracia como um mínimo de regras do jogo político para o exercício do poder. Essa é a concepção profligada por Norberto Bobbio⁽³⁾. Todavia, entende esse mesmo autor, que só essa idéia ainda não é capaz de fomentar uma tendencial convivência democrática.

Hoje se firma no pensamento político a idéia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração de valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas. A democracia como um conjunto de idéias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos), ordena a vida do povo e os fins da ação pública do estado.

É a democracia fundada na idéia do consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e autovinculação do consenso em torno do razoável; do razoável como o racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação, em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.

(3) Ver seu livro *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo* *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, trad. Marco Aurélio Nogueira, 4^a ed., São Paulo, Paz e Terra, 1989.

E essa idéia do razoável fundando o consenso instituinte da democracia, contempla a idéia da democracia justa, da democracia edificada e vivida sob a égide dos direitos humanos; direitos humanos cujo fundamento seria a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas humanas (segundo o pensamento de Fábio Konder Comparato⁽⁴⁾).

Assim, para a este trabalho, importa afirmar que a democracia, ou o seu aspecto que aqui mais deve grassar, é a de que ela representa uma convivência comunitária fundada à luz dos direitos humanos, na perspectiva de assegurá-los, com real eficácia a todos os homens em suas dignidades de pessoas humanas. Democracia constitucional, que para consecução destes fins, serve-se, sobremaneira, dos princípios jurídicos assentados nas Constituições; dos princípios constitucionais integrantes da ordem jurídica.

Os valores éticos, políticos e jurídicos aludidos, vêm expressos preponderantemente em normas jurídicas, principalmente normas constitucionais; e por esse viés normativo, fartam a democracia de valores e fins éticos, políticos e jurídicos a serem perseguidos por governantes e governados. E o Direito, mormente o Constitucional, tem procurado oferecer instrumentos jurídicos aptos a proteger esses valores.

Assim, basta dizer que a democracia aqui tratada é a democracia que deve ser vivida sob a égide de valores que dirijam o agir concreto dos homens; democracia que preserva a dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e vindouras, com absoluta igualdade de consideração dos elementos mínimos asseguradores desta dignidade.

Feito esse exercício sobre o conceito de democracia, analisemos a idéia de Constituição.

A Constituição há muito deixou de ser entendida como mero documento de belas e boas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos; apostila de recomendações aos gestores da coisa pública; epístola de aspirações realizáveis ao sabor das contingências do momento político, e do fígado dos ocupantes temporais do poder. Há muito morreu a idéia de carta política sem força de direito.

Também, a idéia da Constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais, e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou opinião da história das idéias político-constitucionais do século XX.

(4) Cf. "Variações sobre o conceito de povo no regime democrático" *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, nº 16, 1996, p. 05-14.

A Constituição não é mais vista apenas como definidora de competências dos órgãos político-estatais, em consagração ao princípio da separação de poderes, nem só como a declaradora dos núcleos de direitos de defesa inderrogáveis do indivíduo, funcionando somente como Carta alheia aos interesses sociais em evolução e amoldada ao bom trato do *status quo* político e jurídico.

Essa função de garantia da Constituição hoje é ladeada pela função programadora da atividade futura do estado e da sociedade; é acompanhada pela idéia de programação conformadora da ação estatal e social. Assim, a normatividade constitucional não se endereça somente aos órgãos do Estado, exigindo-lhe abstenções, inações e não interferências; ela também vincula os órgãos estatais a ações positivas, à produção de políticas públicas tendentes a realizar os fins constitucionais plasmados na ordem jurídica. Políticas públicas realizáveis por meio de atos, processos e medidas administrativas; de leis e sentenças, através do Judiciário, do Legislativo e do Executivo.

Além do Estado, as Constituições contemporâneas (como as produzidas a partir do terceiro quartel do século XX) também vinculam os particulares, numa normatividade constritora inclusive do Direito Privado, como antes nunca visto ⁽⁵⁾.

Ao lado desta mudança revolucionária de função do texto constitucional, outra se destaca. A mudança de seu sentido ontológico: de carta política, a norma de direito. Hoje a Constituição é vista como um todo normativo, como um todo legal, como bloco de normas que constituem leis, valem como leis, como lei de todas as leis, heterodeterminando a produção, a interpretação e aplicação de todas as partes da ordem jurídica.

Essas novas concepções potencializam a força normativa da Constituição (Konrad Hesse⁽⁶⁾), e lhe garantem a inescusável qualidade de norma jurídica – é a

(5) Ver, e. g., José Joaquim Gome Canotilho, “Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no contexto do Direito Pós-Moderno”, in: - Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115; Gilmar Ferreira Mendes, “Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”, in: - -. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998, p. 207-225; Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*[*Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*], São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, 613 p.

(6) Ver seu livro *Força Normativa da Constituição*[*Die normative Kraft der Verfassung*], trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991.

idéia de Constituição como norma (García de Enterría⁽⁷⁾). A força normativa da Constituição, hoje, indica a força de lei, força de direito, força de norma jurídica. E para esse rico raciocínio, se o todo é lei, suas partes também o são; e se o todo é norma, as regras e princípios que o compõem também o são.

A Constituição, então, como um grande Código da vida comunitária de uma nação, estabelece os principais valores de organização da vida em sociedade; fixa as formas de organização, investidura e exercício do poder; determina as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos, dos grupos e movimentos organizados.

E esses valores éticos, políticos e jurídicos, vem mediados em forma de princípios e regras constitucionais, que são espécies do gênero norma constitucional.

Esses valores são captados pelos três níveis de racionalidade da Constituição (segundo o magistério de Gomes Canotilho)⁽⁸⁾ – níveis estes componentes do consenso geral da comunidade sobre o que seja razoável em termos de proteção dos direitos humanos: o nível da racionalidade ética; o da racionalidade política; e o da racionalidade jurídica.

O primeiro – da racionalidade ética – consagra os principais valores éticos da convivência humana, como a vida, a dignidade da pessoa humana etc (artigos 1º, III, 5º, *caput*, da Constituição da República).

O segundo nível – o da racionalidade política –, nos revela quem pode exercer o poder, como poderá conquistá-lo, como deverá exercê-lo e que fins deverá prosseguir no desencadear de seus instrumentos e formas (*e. g.*, artigos 14, 37, *caput*, 3º, da CR).

O terceiro – da racionalidade jurídica –, estabelece os instrumentos de proteção dos direitos e interesses das pessoas humanas, assegurando o acesso à jurisdição, através do processo judicial, e o acesso aos outros direitos, via processo administrativo, ou a realização de atos negociais, pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos (*e.g.*, artigos 5º, II, XXXIV, XXXV, LIII, LIV, LV, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 102, I, letra “a”, § 1º, 103, § 2º). Estatui, ainda, quais os limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo (*e.g.*, artigos 5º, XXXVI, 34, VI, 35, IV, 51, III, 52, XII, 5º, 61, 93, IX, primeira parte, 96, I, letra “a”, 92, 97), como já salientado.

(7) Ver seu livro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

(8) Ver seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*; Coimbra, Almedina, 1982.

Esses níveis de racionalidade se revelam através das normas constitucionais, que por sua vez tanto se manifestam na forma de regras quanto na forma de princípios⁽⁹⁾.

Aliás, essa distinção entre regras e princípios é por demais importante no centro da teoria jurídica contemporânea, e muito auxilia na compreensão da Constituição como um sistema jurídico aberto de regras e princípios constitucionais. Sistema jurídico aberto à realidade social e política da comunidade dos cidadãos.

O que realmente vale ficar da idéia da Constituição, para os objetivos deste discurso, é que ela, de certa forma, é documento orientador da ação do Estado e da Sociedade; ela tem algo de utopia positivada; ela tem o que se aposta no futuro através da força revolucionadora das normas constitucionais. Ela é, no dizer de Canotilho, uma Constituição dirigente.

Sublinhados as linhas importantes do atual conceito de Constituição, adentremos, agora, no conceito de Princípios Constitucionais.

Os princípios jurídicos como princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Isto fez com a antiquíssima postura que conferia aos princípios a mera posição subsidiária em face dos atos de integração da ordem jurídica, fosse superada; ou seja, antes, os princípios gerais do direito eram apenas elementos de colmatação de lacunas do sistema jurídico, segundo o enunciado do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 126, do Código de Processo Civil.

Todavia, hoje constituem verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico; fazem dos princípios normas preche de direitos; fazem dos princípios os principais sentidos hermenêuticos da ordem jurídica; resumiam as estruturas básicas de justiça, que estabelecidas na Constituição, pelos princípios constitucionais, ganham vigor e materialidade.

Na antiga e superada postura positivista os princípios só assumiam importância quando houvesse lacunas na ordem jurídica. Hoje esta posição não mais procede. Contemporaneamente, houve uma completa revolução nas concepções principialistas no Direito.

Os princípios jurídicos, como afirma Paulo Bonavides, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa

⁽⁹⁾ Conforme Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ps. 61/64, 219/231, 247 e 249.

mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico⁽¹⁰⁾.

Através dos princípios constitucionais se positivaram os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da Sociedade e do Estado; dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, podemos extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea.

Como exemplo de valores éticos, positivados em princípios constitucionais, que conformam os objetivos a serem realizados pela democracia brasileira, podemos destacar o conhecido princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III; o princípio constitucional garantidor da vida, como valor supremo do homem, estabelecido no *caput*, do artigo 5º; o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, artigo 4º, IX.

Como exemplo de valor político, positivado em norma constitucional, podemos citar o próprio princípio democrático (art. 1º); o princípio do pluralismo político (art. 1º, V); o princípio federativo (art. 1º c/c c18) e princípio presidencialista (art. 75, *caput*).

Por sua vez, como exemplo de valores jurídicos, as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, em sua quase totalidade, ratificam princípios, como os do devido processo legal, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa; da motivação dos atos administrativos, etc.

É claro que essa classificação não é estanque, cada uma das normas citadas, de per si, guardam valores éticos, políticos e jurídicos. Sendo apenas de destacar o caráter axiológico predominante de cada uma delas.

A concepção de Democracia antes enunciada bem se amolda ao atual estágio da Ciência Constitucional, no que tange a sua concepção de Constituição e de Princípios Jurídicos como princípios constitucionais. E aí é que começa a relação mais imediata, em termos constitucionais, da idéia de democracia com a de princípios constitucionais.

Com efeito, não basta a regra da maioria e regras procedimentais para conceituar democracia. Ainda mais: não bastam essas idéias para um povo bem conviver democraticamente. É preciso a ação de valores, de princípios postos como fins a serem perseguidos pelos agentes da democracia, pelos governantes e pelos governados. Mais: é preciso que esses valores possam valer, possam ter

(10) Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 228-266.

eficácia imperativa, possam ter efetividade vinculante; possam ser reclamados frente a órgãos que garantam a sua aplicabilidade e respeitabilidade; possam ser defendidos contra atos que queiram contradizer seus comandos. Mais: é preciso que esses valores tenham dignidade tal, que não lhe resistam negativas de sua autoridade por quem quer que seja, trate-se de autoridades de qualquer nível ou particulares de qualquer condição, intestinos à Nação ou exteriores a ela.

Nessa perspectiva coloca-se a inegável contribuição do Direito Constitucional⁽¹¹⁾ para o conceito, a prática, a crítica e a vivência da idéia de Democracia.

Neste norte os princípios constitucionais como diretivas normativas e hermenêuticas conferem e dão autoridade aos grandes valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea, da democracia brasileira planejada em termos jurídicos pela vigente Constituição.

Vejamos alguns exemplos concretos da bondade dos princípios constitucionais em prol da democracia brasileira e do reconhecimento da força normativa da Constituição.

Pelos núcleos de princípios constitucionais enunciados nos primeiros artigos da Constituição, como os especificadores da ordem de garantia do desenvolvimento nacional; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalidade e da redução das desigualdades sociais, podemos fazer não só críticas políticas às práticas atuais da atual gestão da República brasileira, mas poderemos, também, inclusive, questionar a constitucionalidade de atos integrantes de políticas públicas realizadas pela Chefia do Poder Executivo e seus Ministérios.

Esta idéia mais ousada foi defendida por Fábio Konder Comparat⁽¹²⁾, embora afirme que este questionamento seja algo para produzir direito futuro e não tanto para aplicar sob as diretivas da ordem vigente; ou seja, seria um problema mais de *lege ferenda* do que de *lege lata*.

(11) Nessa perspectiva do Direito Constitucional, importante salientar os seguintes trabalhos: o organizado por Antonio G. Moreira Maués, que reúne quinze textos de juristas brasileiros e estrangeiros, intitulado *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, 290 p. e os escritos de Paulo Bonavides, reunidos no livro *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito de Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, Malheiros, 2001, 280 p.

(12) Cf. “Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas”, in Celso Antônio Bandeira de Mello (org.), *Direito Administrativo e Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, V. 2*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 343-359.

No entanto, embora as políticas constituam conjunto de medidas veiculadas por leis e atos administrativos, não nos esqueçamos que as leis sujeitam-se à perquirição via ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), bem como à argüição incidental nas vias processuais ordinárias (controle difuso); e mais, os atos administrativos, via ação popular, mandado de segurança, ação civil pública e vias processuais comuns (artigo 271 do Código de Processo Civil brasileiro), podem ser contrastados com os princípios constitucionais, para análise da validade de suas expedições.

O que queremos dizer é que os princípios constitucionais são paramétricos tanto em relação às leis, quanto aos atos administrativos, e mesmo quanto às sentenças, sujeitando estas últimas a recursos extraordinários, ordinários e comuns, quando violarem seus comandos generalíssimos ou suas densificações regrísticas (e. g., artigos 102, II, III, 121, § 4º, I 5º, LV).

Questionar a validade de atos praticados por maiorias congressuais “oportunisticamente submissas”, ou monocracias executivas “exasperadas”, ou mesmo aristocracias judiciárias “coniventes ou omissas”, é exigência necessária e inarredável da atual democracia constitucional brasileira (luzes nos artigos 2º, 5º, II, XXXV e LIV).

Assim, é fácil concluir, que não é só democrático integrar a vontade da maioria ou submeter-se aos seus efeitos; não é só democrático que governantes decidam de acordo com regras procedimentais de formação da vontade política; é também democrático e democratizante servir-se a cidadania de instrumentos jurídicos hábeis a impugnar atos praticados em ofensa aos princípios e regras constitucionais orientadores da ação de autoridades e poderes instituídos pela ordem jurídica: legisladores, juizes, administradores e particulares produtores de atos negociais.

Para tornar o poder mais diáfano, mais controlável pela cidadania, como exigência dos rumos democráticos contemporâneos, ninguém negará a bondade dos princípios da legalidade da ação administrativa, da moralidade administrativa, da impessoalidade da ação estatal, da legitimidade das despesas públicas, da economicidade nos gastos do erário, princípios assentados nos artigos 37 e 70 da Constituição da República.

Ninguém negará a bondade do princípio da publicidade dos atos públicos (e. g., artigos 31, § 3º, 37, *caput*, 93, IX, segunda parte), da motivação dos atos de decisão, sejam atos judiciais ou atos administrativos (93, IX, primeira parte e X).

Ninguém negará as exigências principiológicas advindas do contraditório e da ampla defesa (5º, LV), do devido processo legal (5º, LIV); ninguém refutará a bondade do princípio da reserva penal (5º, XXXIX c/c XL) e da legalidade tributária (155, I); do princípio da proporcionalidade (implícito no artigo 5º, LIV) e outros

mais, garantidores da ação do Estado em prol dos Direitos Fundamentais da pessoa humana (4º, II e 5º, § 2º), ao tutelar não só seus direitos de defesa, mais também seus direitos à prestações.

Nestes termos, democraticidade e legalidade, democraticidade e constitucionalidade, democracia e principiologia, democrático e jurídico quase se confundem de forma indivisível.

E assim se firma a idéia de que a Democracia é impensável sem uma Constituição que a garanta, ordene e estructure seus desenvolvimentos e regule suas realizações presentes e futuras.

Não é possível realizar a Democracia apartada da realização e efetividade dos princípios constitucionais. Não há Democracia sem respeito à Constituição, sem acato a sua principiologia constitucional.

A Democracia brasileira será mera democracia formal, se os valores éticos, políticos e jurídicos mediados pelos princípios constitucionais não obtiverem força de direito.

E para a efetividade dessa força é preciso que a nossa vontade de Constituição, que o nosso sentimento constitucional, que nossa vontade de democracia, que o nosso sentimento democrático, estejam juntos, cultivando esses valores em nossos espíritos, enquanto pessoas que somos e enquanto povo que constituímos.

É preciso que em cada petição, em cada arrazoado, em cada parecer, em cada sentença, em cada discussão parlamentar, em cada conjunto de intenções político-administrativas, em cada aula, em cada discurso público, em cada momento da vida política individual e comunitária, os Princípios Constitucionais e a Constituição sejam compreendidos como as grandes trincheiras (e espadas) históricas construídas para a salvaguarda dos grandes valores éticos, políticos e jurídicos que protegem o Homem e a Sociedade contra a ação antidemocrática e inconstitucional de poderes arbitrários, autoritários e pseudo-legitimados pelas circunstâncias e interesses políticos que nem sempre se amoldam aos fins e valores constitucionais.

É preciso eleger a Constituição e seus princípios como grandes defensores dos mais altos valores da civilidade que desejamos, e ainda não alcançamos em concretude.

É preciso compreender que tanto quanto a estabilidade de moeda, o pleno emprego e a justa distribuição de renda, precisamos de estabilidade constitucional, de pleno acato e respeito aos comandos constitucionais para um justo governo, e para uma justa distribuição do direito e da justiça de acordo com a *vontade de constituição* (Hesse).

O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, já que desrespeitar a constituição, é desrespeitar a democracia; ferir a constituição é ferir a democracia, de modo tal, que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, é um ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em democracia.

Diante dessas considerações, concluímos que o maior dos deveres cívicos, políticos, profissionais, éticos e humanitários, aplicáveis a todos os operadores do Direito, é o de bem defender a força normativa e o respeito a nossa Constituição do Estado Democrático de Direito; é o de compreender o valor, a importância e a força do Direito Constitucional no cotidiano de nossas vidas, no cotidiano de nossos Países latino-americanos, para podermos levar a concretude o sonho de uma verdadeira democracia constitucional.

Urge defendermos a Democracia e a Constituição com o melhor de nossas forças, seu maior penhor de garantia! O Brasil e os brasileiros, a América latina e os latino-americanos de ontem, de hoje e de amanhã precisam desta defesa. Unamos nesta batalha!

BIBLIOGRAFÍA

Aragon, Manuel. *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnos, 1990.

Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. In: Martins, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267/305.

Bercovici, Gilberto. *Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição n: – Souza Neto, Cláudio Pereira de et alli. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p., p. 75-150.

Bobbio, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo [Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco]* . trad. Marco Aurélio Nogueira. 4^a. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

Bonavides, Paulo. –. *Constituição Aberta (temas políticos e constitucionais da atualidade)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

–. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- . *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)* . São Paulo: Malheiros, 1999.
 - . *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito de Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.* São Paulo: Malheiros, 2001.
- Britto, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Coimbra: Almedina, 1982.
- . *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no contexto do Direito Pós-Moderno.* In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115.
- Comparato, Fábio Konder. *Variações sobre o conceito de povo no regime democrático.* *Revista Trimestral de Direito Público.* São Paulo: Malheiros, nº 16, 1996, p. 05-14.
- . *Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas,* in: Celso Antônio Bandeira de Mello (org.) *Direito Administrativo e Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* . São Paulo: Malheiros, 1997. p. 343-359. V. 2.
- Enterría, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas, 1981.
- Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais* . Apres. Prof. José Joaquim Gomes Canotilho. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- . « Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas.» *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* . São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, abr./jun. 2004, n. 47.
 - . «*Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira.*» *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, out./dez. 2004, n. 49, p. 50/98.

- .«Parecer Jurídico: Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação.»*Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, Habitus-AMC-ESMESC, v. 12, n. 18, jan./dez. 2005.
- Hesse, Konrad. *Força Normativa da Constituição [Die normative Kraft der Verfassung]*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado [Las Normas Fundamentales de Derecho Privado]*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Maués, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*. in: —. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 207-225.
- Moreira, Vital. *O Futuro da Constituição*. in: — Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.
- Peña, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 356 p.
- Souza Neto, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. in: - Souza Neto, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261 p., p. 01-73.
- Valadés, Diego. *Constitución y Democracia*. México: Unam, 2002. 197 p.
- Vieira, José Ribas. *Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos* » In: - Veira, José Ribas (Org.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 01-09, 230 p.

COSTITUZIONE E REGOLE DI INGAGGIO

GIUSEPPE DE VERGOTTINI (*)
(Italia)

SUMARIO: Premessa **1.** Principi costituzionali e regole di ingaggio. **2.** La definizione delle ROE come regole di razionalizzazione dei comportamenti implicanti uso delle armi. **3.** Regole di ingaggio e sistema delle fonti normative. **4.** I contenuti sostanziali delle regole di ingaggio. **5.** Fondamento e condizionamenti normativi: la sottoposizione al sistema positivo delle fonti. **6.** I caratteri del procedimento di adozione. **7.** La mancata tipizzazione delle regole di ingaggio e principio di legalità. **8.** Un tentativo di ricostruzione del concetto di «regola di ingaggio». **9.** Una riflessione conclusiva.

PREMESSA

Le missioni delle Forze Armate italiane fuori del territorio nazionale hanno assunto nel tempo una significativa rilevanza. In pratica, a far tempo dalla fine del secondo conflitto mondiale ad oggi sono ben 108 i casi in cui l'Italia ha deciso di intervenire all'estero con propri contingenti militari al fine di assicurare il mantenimento e l'imposizione della pace o di assistenza internazionale. Una trentina sono le missioni in corso alla fine del 2007. E questo prevalentemente nel quadro della partecipazione ad organizzazioni internazionali quali le Nazioni Unite, la Alleanza Atlantica, la Unione Europea.

La partecipazione alle missioni pone delicati problemi dal punto di vista costituzionale, in quanto non esistono esplicite previsioni costituzionali che

(*) Professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Bologna, Presidente onorario della IACL

abilitano il Governo e il Parlamento alle missioni militari all'estero ed è carente una legislazione organica sull'argomento. Problemi di non semplice soluzione si pongono poi con riferimento alle modalità di uso eventuale della forza da parte dei militari italiani, in quanto esistono norme sia internazionali che interne che ne limitano l'uso e che devono essere rispettate. E' a proposito di questo specifico aspetto che è maturato il problema dei criteri che vengono in concreto stabiliti per disciplinare il comportamento dei militari che sono impegnati nelle missioni. Tali criteri sono formalizzati in quelle disposizioni che sono impartite dal superiore gerarchico con specifico riguardo all'uso della forza e che sono riportate oggi al concetto di "regole di ingaggio", riprendendo la formula statunitense delle *rules of engagement* (ROE).

1)P PRINCIPI COSTITUZIONALI E REGOLE DI INGAGGIO

Il tema delle regole di ingaggio (*rules of engagement*, ROE) è apparso solo marginalmente nelle considerazioni di chi si occupa dei profili costituzionali del regime delle missioni militari all'estero. Quello che è stato scritto sull'argomento è opera soprattutto degli esperti di cose militari⁽¹⁾.

In realtà il tema è di grande interesse anche pratico come ci spiegano i penalisti quando si chiedono se le ROE possano concorrere ad integrare determinate fattispecie penali sotto il profilo della tipicità e si pongono il problema della individuazione di cause escludenti l'antigiuridicità di fatti corrispondenti a tipi criminosi legali (c.d. *scriminanti*), e intendono verificare se le ROE possano individuarsi come autonome cause escludenti o piuttosto non siano riconducibili a quelle già previste dalla legge penale ⁽²⁾. Nella pratica la tendenza della scarsa giurisprudenza nazionale inclina per non considerare le regole di ingaggio come

⁽¹⁾ Si veda, ad esempio, Cabigiosu C. *Le regole di ingaggio nelle operazioni militari* in AA.VV., *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale* Atti del seminario di studi, Roma 26-28 novembre 2004 (a cura di S. Manacorda), Consiglio della Magistratura Militare, Roma, 2005, 147 ss. Fra i rari contributi che hanno trattato il profilo giuridico, per una analisi dell'argomento v. Fara V., *Regole di ingaggio, bandi militari e costituzioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2006, 525 ss. V. inoltre: D'Angelo L. *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2005, 1162 ss.; Tondini M., *Regole di ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'Arma dei carabinieri*, 1, 2005.

⁽²⁾ V espressamente Carlizzi G., *Profili di operatività delle regole di ingaggio nell'ordinamento penale italiano*, in AA.VV., *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale*, cit., 163 ss.; Manacorda S., *Modelli di integrazione penale europea nelle missioni all'estero: analisi e prospettive*, ivi, 282 ss.; Brunelli D. e Mazzi G., *Diritto penale militare*, 4 ed, Milano, 2007, 488.

autonoma causa di giustificazione preferendo utilizzare le figure già tipizzate nella legislazione penale militare⁽³⁾. Resta il dato di fatto che la invocabilità delle ROE come cause di giustificazione diverse da quelle previste dalla legislazione è dibattuta in numerosi paesi⁽⁴⁾. In questi termini la rilevanza delle ROE riguarda il momento delle loro applicazione concreta nelle situazioni in cui il *soggetto destinatario finale* delle stesse si trovasse a doverle attuare in una situazione conflittuale richiedente l'uso delle armi. Le regole di ingaggio, dunque, per il militare sul campo sono prossime o equivalgono alle "consegne" (art. 120 cpmp) o alle prescrizioni "impartite per l'adempimento di un particolare servizio" (art. 26 DPR 545/1986, Regolamento di disciplina militare) o più in generale alla figura dell'"ordine" del superiore conforme alla legge (art. 4, Legge 382/1978).

Oggi la possibilità di individuare un uso legittimo delle armi da parte dei militari in missione va vista anche tenendo conto dell'esigenza di rispettare l'articolo 2 della CEDU che protegge il diritto alla vita e che esclude l'illegittimità di eventuali uccisioni derivanti dal "ricorso alla forza resosi assolutamente necessario" solo in ipotesi predefinite dalla stessa disposizione. Anche in seguito alle sentenze della Corte Costituzionale che hanno confermato che il diritto della CEDU si pone come vincolo al legislatore e al giudice (sentenze 348 e 349/2007), le cause di giustificazione previste dalla legislazione italiana vanno interpretate in modo conforme al precetto dell'articolo 2 della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che è particolarmente restrittiva quanto alla individuazione del requisito della necessità dell'uso delle armi (cfr. Bankovic c. Belgio (2001); Behrami e Sarmati c. Francia e altri (2007))⁽⁵⁾.

Ma il momento della attuazione delle ROE è solo il punto di arrivo di un processo complesso e in parte non tipizzato. Infatti la trasmissione delle ROE al singolo soggetto impegnato sul terreno è preceduta da una serie di passaggi procedurali che partono da indirizzi politici a livello governativo/parlamentare, che tengono conto del lavoro preparatorio svolto da organizzazioni internazionali preposte alla sicurezza, e che quindi richiedono una elaborazione istruttoria a

(3) Cfr. la sentenza del GUP presso il Tribunale militare di Roma nel caso Allocca/Stival del 9 maggio 2007, in cui le regole di ingaggio sono considerate come premessa al ricorso alla necessità militare come causa di giustificazione.

(4) Per un richiamo al dibattito presente in vari paesi, tra cui Francia, Belgio, Gran Bretagna e Stati Uniti, cfr. Ubeda-Saillard M., *L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multinationales*, in *Revue générale de droit international*, 1, 2004, 149 ss..

(5) Viganò F., *Usa legittimo delle armi e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Usa delle armi nelle operazioni militari internazionali*, Incontro di studi. Frascati 15-16 novembre 2007, Consiglio della Magistratura Militare.

livello di organi militari e ministeriali, una approvazione o una accettazione implicita da parte del vertice ministeriale, una eventuale segnalazione al Parlamento, e quindi la trasmissione al livello operativo e infine quella alle unità militari sul terreno.

La situazione dal *punto di vista giuridico* è a prima vista complicata da quanto rilevato nella premessa: non vi è una preventiva previsione nella Costituzione che abiliti espressamente gli organi costituzionali a decidere la missione, non essendo andato a buon fine un procedimento di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997 che all'articolo 100 contemplava la adozione di una delibera parlamentare, su proposta governativa, diretta all'impiego delle Forze Armate fuori dai confini nazionali, e nessuna prescrizione legislativa prevede puntualmente la figura delle ROE e il relativo procedimento di adozione. Si aggiunga, inoltre, che il procedimento nazionale di formazione delle ROE viene di regola condizionale da due fattori esterni all'ordinamento italiano: le ROE possono essere e sono in parte predeterminate a livello di organizzazioni internazionali di sicurezza collettiva e può verificarsi il caso di intervento dell'Italia in operazioni a guida di altro stato al di fuori delle dette organizzazioni, risultando in questo caso determinanti le ROE stabilite dalla potenza che guida la missione.

Nello sviluppo di questo contributo tenteremo di proporre qualche riflessione di inquadramento inserendo l'analisi delle regole di ingaggio nel contesto dell'ordinamento italiano e di riflesso in quello internazionale.

2) LA DEFINIZIONE DELLE ROE COME REGOLE DI RAZIONALIZZAZIONE DEI COMPORTAMENTI IMPLICANTI USO DELLE ARMI

Per capire quale sia l'inquadramento delle ROE nel sistema italiano delle fonti occorre ricordare quale sia *la possibile definizione* delle regole con riferimento alla loro funzione e ciò facendo si dovrà allargare il campo della attenzione agli ordinamenti di organizzazioni internazionali e ad altri ordinamenti statali con cui quello italiano venga a relazionarsi in quanto compartecipi nelle missioni.

Le ROE nascono dalla esigenza di dettare regole di comportamento per i militari che si trovino impegnati sul terreno e quindi nelle necessità di sapere come regolarsi quanto all'eventuale impiego della forza. E in tale prospettiva *“traducono a livello operativo le direttive governative circa l'uso della forza e comunque circa la condotta da tenere quando i contingenti militari sono impegnati in una missione”*⁽⁶⁾. Sono quindi considerate *“il principale strumento legale per la*

⁽⁶⁾ Ronzitti N., *Le operazioni multilaterali all'estero a partecipazione italiana. Profili giuridici*, Senato della repubblica, IX legislatura, dossier n. 44, maggio 2006, 11.

regolamentazione della forza durante le operazioni militari”⁽⁷⁾. Dal punto di vista contenutistico, oltre al profilo sovente ricordato per cui danno istruzioni di comportamento ai militari, esse si presentano come molto rilevanti in quanto disciplinano l’uso di *poteri coercitivi*⁽⁸⁾ nei confronti di soggetti coinvolti nelle operazioni (arresti, detenzioni, sequestri e varie modalità di uso della violenza, fino all’uso letale delle armi).

Esse riguardano situazioni di guerra ma anche, e soprattutto, con riferimento alle missioni deliberate dall’Italia, situazioni intermedie definite MOOTW (*Military Operations Other Than War*), in cui sono incluse svariate situazioni richiedenti intervento armato: operazioni di *peace keeping*, *peace enforcing*, soluzione di crisi, interventi umanitari, interventi di stabilizzazione, con una ricca varietà di ipotesi e qualificazioni a seconda dell’ordinamento cui ci si riferisca e in cui comunque possono risultare ricomprese ipotesi di “conflitto armato”, diverse dalla guerra tradizionale. In particolare riguardano quelle situazioni di conflitto definite operazioni di guerra “a bassa intensità” comportanti regole più restrittive di quelle interessanti una guerra vera e propria ma pur sempre implicanti un significativo impegno della forza armata.

La regola più elementare potrebbe, in linea teorica, comportare il divieto tassativo di usare le armi o, all’opposto, l’ordine di usarle comunque sempre e senza limiti. Da questo punto di vista emerge subito la presenza della *coppia divieto/autorizzazione* da impartirsi da parte del superiore gerarchico. In realtà fra questi due estremi esiste una serie molto articolata di possibili disposizioni prescrittive che vietano o consentono specifici comportamenti. Le regole cui il militare può essere sottoposto possono quindi interessare una gamma molto diversificata di situazioni che il decisore può considerare e normare.

In linea di massima si distingue fra regole che consentono al militare ampia possibilità di impiego della forza nelle situazioni di conflitto armato, vicine a quelle tipiche della guerra tradizionale, e regole via via più restrittive quanto più ci si allontani da tale ipotesi. Di solito più intensa è la situazione di pericolo per i militari sul terreno, più permissive sono le regole. Ma molto dipende dalle scelte del decisore politico che è libero di valutare e stabilire l’entità del rischio che impone ai corpi armati mandati all’estero nel quadro della missione e che quindi per limitare l’impiego della forza può imporre riduzioni dei margini di sicurezza per i militari impegnati. Inoltre, è certo che le regole una volta date possono subire modifiche richieste dal variare dei presupposti originari che le hanno inizialmente prodotte. Infine, a quello che è un indirizzo di comportamento fissato anterior-

⁽⁷⁾ Cfr. Poli V. e Tenore V.L. *l’ordinamento militare*, I., Milano, 2006, 142.

⁽⁸⁾ Opportunamente ricordati da Manacorda S., op. cit., 282.

mente può in via di fatto sostituirsi un comportamento concreto deciso sul momento da chi opera sul terreno in base a una esigenza necessitata e non del tutto prevedibile in anticipo. Le regole quindi potrebbero in concreto essere disattese dimostrandosi così che non sempre sono in grado di far fronte a qualsiasi esigenza che nei fatti si manifesti.

In linea di principio ogni stato è abilitato a determinare liberamente le regole da utilizzarsi dai propri contingenti inviati all'estero.

Ma, come ricordato, anche le organizzazioni internazionali che sono responsabili di interventi finalizzati alla sicurezza collettiva stabiliscono proprie regole che di solito sono seguite dagli stati membri, fatti salvi gli adattamenti imposti dal proprio ordinamento.

3)R EGOLE DI INGAGGIO E SISTEMA DELLE FONTI NORMATIVE

Una diffusa opinione vede le ROE come atti di *natura non normativa*. Si parla di atti amministrativi aventi natura di *istruzioni confidenziali*, giustificata da esigenze di protezione delle forze coinvolte ⁽⁹⁾, di ordini gerarchici ⁽¹⁰⁾, e, soprattutto, di direttive⁽¹¹⁾. Diffusa e concorde è l'opinione che si tratta comunque di *atti subordinati alla legge*, e che quindi non possono derogare norme di legge⁽¹²⁾, escludendosi ad esempio la loro equiparabilità ad atti normativi quali i bandi militari⁽¹³⁾.

La possibile qualificazione delle regole di ingaggio non è del tutto agevole anche a causa della ricordata assenza di specifiche disposizioni legislative di inquadramento della materia nell'ordinamento italiano. Tuttavia dalla analisi comparativa fra diversi ordinamenti e dalle opinioni di chi ha toccato l'argomento delle regole di ingaggio è possibile mettere a fuoco alcuni lineamenti di qualificazione delle stesse regole. Assumendo come non controversa negli ordinamenti a separazione dei poteri la subordinazione degli organi militari e degli organi ministeriali alla legge, ed accettando quindi la qualificazione delle regole come atti *sublegislativi*, non vi è però concordanza sulla definizione delle ROE e sulla sicura riconducibilità delle stesse a figure tipizzate nell'ordinamento.

(9) V. i richiami effettuati in Mancorda S., op. cit., 282 ss.

(10) V. Fara V., op. cit., 542.

(11) V. ad esempio, Ronzitti N. *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 3^a ed., Torino, 2006, 144.

(12) Mancorda V., *Irak, la stretta via del diritto*, in www.costituzionalismo.it, 26.06.2004

(13) In tal senso v. Fara V., op. cit.

Tra l'altro il concetto di "regole di ingaggio" e la sua qualificazione formale non derivano (almeno in Italia, ma da quanto è dato sapere anche in altri ordinamenti) dalla previsione delle stesse tramite fonte legislativa, bensì unicamente dalle prassi militari recepite poi in documenti ufficiali che hanno adottato tale terminologia.

Nella prassi dei diversi ordinamenti le regole sono qualificate in modo vario ma soprattutto come "direttive" o "istruzioni".

Frequente è la indicazione formale secondo cui le ROE avrebbero natura di *direttiva*.

Così negli Stati Uniti le ROE sono definite come *direttive* adottate dalla competente autorità militare che "delineano le circostanze e le limitazioni sotto le quali gli Stati Uniti inizieranno o continueranno l'impegno di combattimento con altre forze contrapposte"(CJCSI, 3121.01°, 15 January 2000, *Standing Rules of Engagement for US Forces*)⁽¹⁴⁾. In Belgio sono definite come "istruzioni elaborate dalla autorità competente (nazionale o internazionale) politica o militare al fine di definire le circostanze ed i limiti di impiego della forza da parte dell'esercito"⁽¹⁵⁾. In Svizzera le ROE (*règles d'engagement*, *Einsatzregeln*, regole di impiego) finalizzate alle missioni umanitarie cui può partecipare la Confederazione, secondo il regolamento portante la *Terminologie des règlements de conduite de l'armée*, sono definite come *direttive* che regolano l'impegno della truppa e in particolare "il ricorso alla forza e alle misure coercitive nel settore di impiego, compreso l'uso delle armi" e sono disciplinate da diversi regolamenti⁽¹⁶⁾.

In Italia non esiste una definizione in sede normativa e vengono, in particolare, riprese le definizioni offerte dalle regole NATO. Per quanto riguarda la pratica abbiamo alcuni esempi di definizioni offerte dalle comunicazioni del Governo in occasione del varo delle diverse missioni. Così nelle dichiarazioni rese il 7 novembre 2001 al Senato il Ministro della Difesa Martino affermò che le ROE "rappresentano le *direttive* diramate dalle competenti autorità militari, che specificano le circostanze e i limiti entro cui le forze possono iniziare o continuare il combattimento con quelle contrapposte. Le ROE, quindi, limitano o autorizzano l'uso della forza nel rispetto del diritto internazionale e della legge sui conflitti armati, nonché delle leggi e regolamenti nazionali in vigore. Naturalmente la scelta

(14) Martins M.S., *Rules of Engagement for Land Forces: A matter of Training not Lawyering*, in *Military Law Review*, 1994, 143, 1 ss.

(15) *Note documentaire sur la catégorie normative et la force exécutoire des "règles d'engagement"*, in Helmons S.M. (a cura di), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs: les limites irréductibles*, Bruxelles, 1999, 145.

(16) Zen Ruffinen P., *Les règles d'engagement*, in *Revue militaire suisse*, 2006.

delle ROE deve essere compatibile con la missione”. Questa definizione sembra ben sintetizzare la dottrina ufficiosa italiana in materia.

Nelle dichiarazioni rese di fronte alle commissioni esteri e difesa del Senato il 4 ottobre 2006 a proposito di UNIFIL il successivo Ministro della Difesa Parisi ha aggiunto che ”Per “regole di ingaggio” si intende quello strumento procedurale che serve alle forze sul campo per uniformare i comportamenti, in particolare di fronte a situazioni improvvise e imprevedute, quando non sia possibile arrivare alla normale linea di comando”. Definizione che si aggiunge alla precedente insistendo sul profilo della omogeneizzazione dei comportamenti fra contingenti di diversa nazionalità coinvolti in operazioni multinazionali.

Particolare importanza hanno le definizioni contenute nelle ROE stabilite dalle organizzazioni internazionali. E ciò in quanto gli stati membri delle stesse tendenzialmente le fanno proprie nel momento in cui decidono di partecipare a missioni sotto l’egida delle varie organizzazioni.

Nell’ordinamento delle Nazioni Unite le ROE sono emesse dal *Department Peace Keeping Operations* sulla base delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza che decidono la missione. Per la Nato le ROE sono “istruzioni a tutti i comandanti, nel quadro delle direttive politiche, che definiscono il grado e il modo con cui impiegare la forza” (*MC 362 NATO Rules of Engagement Military Committee Memorandum*). Definizione ripresa nelle richiamate dichiarazioni al Senato del Ministro della Difesa italiano del 7 novembre 2001. Per l’Unione Europea le ROE sono “direttive impartite ai comandanti militari e alle forze (comprese le persone), che definiscono le circostanze, le condizioni. Il grado e il modo in cui la forza, o altre azioni che potrebbero essere intese come provocatorie, può essere o meno applicata”. Inoltre viene precisato che “le ROE non sono usate per assegnare mansioni o dare istruzioni tattiche. Le ROE non pregiudicano il diritto alla legittima difesa ai sensi del diritto nazionale. La formulazione e i termini usati nella descrizione delle ROE sono descrittivi e non interferiscono in alcun modo con la base giuridica dell’uso della forza” (v. Gazzetta Ufficiale della U.E., 2003, C321/02, 31.12.2003).

4)I CONTENUTI SOSTANZIALI DELLE REGOLE DI INGAGGIO

Le prescrizioni inserite nelle regole nazionali riguardano una serie di criteri che sono influenzati dai principi di diritto vincolanti l’espletamento delle missioni e dalla natura stessa della singola missione. Esse coprono una ampia gamma di possibilità di ricorso alla forza, estensivo nelle situazioni conflittuali prossime alla guerra e via via più limitato col ridursi della situazione di rischio per i militari impegnati.

Nel testo delle regole approvate in Italia si affermano, tra l'altro, i seguenti principi: il rispetto del diritto internazionale e di quello costituzionale; il ricorso alla forza minima necessaria; il principio di proporzionalità; l'evitare i danni alla locale popolazione civile; la sicura garanzia del diritto di legittima difesa.

L'impostazione complessiva è finalizzata ad assicurare il ricorso soltanto indispensabile all'uso della forza. Nell'audizione del Ministro della Difesa presso le commissioni esteri e difesa delle due camere del 14 maggio 2003, con riferimento alle operazioni in Iraq, si è precisato che "l'uso della forza è esercitato al livello più basso possibile, in funzione delle circostanze ed in misura proporzionale alla situazione, nel rispetto del diritto internazionale, nonché delle leggi e dei regolamenti nazionali". Rimarrebbe quindi confermato che le ROE sono "basate sul concetto dell'uso della forza minima, necessaria e proporzionale all'offesa"⁽¹⁷⁾. Le cautele che sono sistematicamente ricordate nei documenti ufficiali non escludono tuttavia una certa flessibilità anche con riferimento a missioni di *peacekeeping* in cui si intende evitare con cura il ricorso alla forza. Nelle dichiarazioni al Parlamento del 4 ottobre 2006 il Ministro della Difesa non ha escluso il ricorso alla forza armata anche in caso di interventi ostili diretti, genericamente, ad ostacolare lo svolgimento della missione.

5)F ONDAMENTO E CONDIZIONAMENTI NORMATIVI: LA SOTTOPOSIZIONE AL SISTEMA POSITIVO DELLE FONTI

Si è detto che le ROE sono riconducibili alla figura dell'atto amministrativo e si è distinto quanto al contenuto il profilo della direttiva da quello della istruzione/ordine.

Occorre ora approfondire quale sia il *fondamento* giuridico delle ROE e quali siano i *condizionamenti normativi* che gravano sulle regole, atti amministrativi coinvolgenti la responsabilità del Ministro della Difesa. Ricerca del fondamento giuridico e dei relativi condizionamenti gravanti sulle regole di ingaggio è dato comune a tutti gli ordinamenti e quindi rileva anche nell'ordinamento costituzionale italiano.

Per quanto riguarda le ROE elaborate e adottate da *organizzazioni internazionali*, esse devono essere compatibili con i principi del diritto internazionale dei conflitti armati e in particolare col diritto umanitario, nonché con le norme dei trattati istitutivi delle diverse organizzazioni (in particolare di Nazioni Unite, NATO e Unione Europea) e con tutti quegli strumenti internazionali che in qualche modo influiscono sul regime delle missioni. Allargando il discorso

⁽¹⁷⁾ Cfr. Montedoro G., op. cit.

non sarebbe difficile dimostrare anche la esigenza di compatibilità con i principi costituzionali degli stati membri delle organizzazioni di sicurezza collettiva.

Con riferimento al diritto interno statale, e in particolare all'*ordinamento italiano*, va ricordato che di massima le ROE nazionali che si applicano ai contingenti inviati all'estero non sono altro che un affinamento di quelle elaborate da una organizzazione internazionale di cui l'Italia fa parte. Le ROE prodotte all'esterno vengono quindi recepite tramite *incorporazione*⁽¹⁸⁾ a livello interno, incorporazione cui si farà cenno nella parte relativa al procedimento.

In proposito deve premettersi che per il diritto italiano le ROE devono essere rispettose dei principi contenuti nelle *fonti internazionali* con particolare riferimento al diritto internazionale umanitario e quindi alle convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due protocolli aggiuntivi del 1977, nonché allo statuto della Corte penale internazionale permanente. Occorre tra l'altro ricordare che la Corte internazionale di giustizia nel parere del 1996 in tema di uso delle armi nucleari e in quello del 2004 relativo alla costruzione del muro nei territori palestinesi ha ribadito che le norme di diritto umanitario si applicano anche in caso di conflitto armato. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato applicabile l'articolo 2 della CEDU, relativo all'uso legittimo delle armi, anche a quei comportamenti degli stati membri tenuti al di fuori dei confini nazionali in territori interessati alla presenza di corpi armati dello stato quando lo stato eserciti il controllo effettivo sul territorio (che non ci sarebbe stato nel caso del bombardamento di Belgrado da parte della NATO: *Bankovic c. Belgio* (2001), mentre è stato riscontrato nel caso dell'azione delle forze ONU (KFOR e UNMIK) in Kosovo: *Behrami e Sramati c. Francia e altri* (2007)).

Inoltre le ROE possono essere influenzate dai vincoli derivanti dai SOFA, accordi fra stati che inviano la missione e stato territoriale disciplinanti il regime delle forze (*Status of Forces Agreement*), da memorandum d'intesa (*memorandum of understanding*) derivanti dai SOFA, da accordi tecnici (*technical agreements*) disciplinanti profili tecnico-amministrativi.

Le ROE sono poi sott'ordinate alla costituzione e alla legge. In pratica valgono per le regole di ingaggio quei *vincoli costituzionali* che gravano sulla decisione di inviare le missioni.

Si pone in primo luogo il rispetto del *principio di legalità* e dei *principi costituzionali in tema di competenza decisionale degli organi politici* competenti a determinare la politica di sicurezza. L'articolo 11, seconda parte, della Costituzione, che prevede l'inserimento dell'Italia nel sistema delle organizzazioni

(18) Cfr. Manacorda S., op. cit., 283.

internazionali finalizzate ad assicurare la pace, può essere considerato la base costituzionale che legittima la assunzione di delibere degli organi di governo dirette a decidere gli interventi armati fuori del territorio nazionale.

A quest'ultimo proposito nessuna rilevanza diretta hanno le previsioni dell'articolo 78 e 87, 9° comma, relative alla delibera e dichiarazione dello stato di guerra, che comportasse l'impiego delle forze armate all'estero, in quanto si tratta di disposizioni che non riguardano le missioni di pace ma la guerra internazionale tradizionalmente intesa. E' generalmente ammesso che il ricorso alla guerra, quale storicamente definita come esasperato ricorso alla violenza finalizzato alla *debellatio* della controparte, esula da una realistica definizione dei confini dell'attuale ordinamento e comunque viene considerato sostituito dalla più blanda figura del conflitto armato nelle sue diverse modalità di svolgimento. Si tratta comunque di disposizioni inutilizzate che sono però servite per mettere in evidenza la volontà del costituente di coinvolgere Parlamento, Governo e Capo dello Stato nella eventuale decisione interessante la sicurezza dell'ordinamento, traendone la conseguenza che anche le eventuali determinazioni interessanti conflitti armati (ed eventualmente quelle missioni di pace che potessero sfociare in conflitti armati) dovrebbero vedere la partecipazione dei tre organi costituzionali.

In secondo luogo occorre richiamare il dibattito svoltosi nella dottrina italiana sul significato da attribuirsi al principio del *rifiuto della guerra* fissato nella prima parte dell'*articolo 11* della Costituzione e porsi l'interrogativo di quali siano le missioni legittimamente effettuabili.

E' evidente che l'attenzione si sposterebbe sul significato del divieto di impiego dello strumento militare in casi diversi dal ricorso alla legittima difesa e da quelli in cui l'uso della forza sia consentito in base al diritto delle Nazioni Unite.

In pratica il divieto del ricorso alla forza non è il puro e semplice rifiuto della guerra nel senso formalmente affermato dall'articolo 11 (divieto della guerra di aggressione) bensì qualcosa di molto più complesso risultante dalla evoluzione delle prassi e del diritto internazionale dei conflitti armati quale si è determinata nel corso di più di mezzo secolo⁽¹⁹⁾.

I principi utilizzabili in materia sono così sintetizzabili. E' consentito il ricorso alla forza armata a fini difensivi in linea con quanto previsto dalla carta delle

(19) Sul dibattito argomento sia consentito rinviare a de Vergottini *Guerra e costituzione*, Bologna, 2004, 17 ss.. Nello stesso senso vedi Severini G., *La Costituzione italiana, i rapporti internazionali, gli organismi sopranazionali*, in AA. VV., *L'equilibrio incerto. Atti dei sette seminari di politica internazionale*. Roma 4-17 giugno 2003, I quaderni di Magna Carta, 2, Soveria Mannelli, 2004, 159 ss.

N.U.. Il diritto alla legittima difesa, di cui all'articolo 51 della stessa carta, non richiede autorizzazione e può esercitarsi anche in aiuto di uno stato aggredito. Può esercitarsi anche quando l'aggressione provenga da un soggetto non statale (caso di attacco terrorista). Può esercitarsi nella imminenza di un attacco armato (ma ci sono perplessità al riguardo). E' duramente dibattuto se possa esercitarsi in prevenzione sulla base di una minaccia latente e quindi di una semplice congettura di possibile attacco (dottrina Bush della guerra preventiva, da più parti contestata). E' pure consentito il ricorso alla stessa nei casi autorizzati dal Consiglio di Sicurezza. Problematica è la situazione che si crea quando gli stati si fanno promotori di azioni che richiedono il ricorso alla forza e che tendono a sconfinare in conflitti armati, azioni non previamente autorizzate dal Consiglio ma di regola *ratificate* a posteriori dallo stesso (vedi gli Usa in Iraq) e quando la stessa circostanza si produce per l'intervento autonomo di una organizzazione di sicurezza collettiva (vedi la Nato in Kosovo).

In questo quadro una significativa importanza ha assunto il tema degli *interventi di umanità* che si hanno quando l'intervento armato in violazione del principio di sovranità dello stato territoriale viene motivato dalla necessità di salvaguardare i soggetti di tale stato che siano oggetto di gravi violazioni dei diritti o addirittura di minaccia di genocidio. Vi sarebbe una facoltà o addirittura un obbligo di intervento attivabile anche senza previa autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, anche se la dottrina propende per la necessità di tale preventiva autorizzazione (nel menzionato caso del Kosovo l'intervento, come risaputo, è avvenuto a posteriori).

Non si trova previsione esplicita delle ROE in norme di legge. Tuttavia la legislazione prevede, con formule generiche ma ricorrenti, le *missioni* fra i compiti delle Forze Armate (cfr. DLgs. 28 novembre 1997, n. 464, art. 1, comma 1; DLgs. 30 luglio 1999, n. 300, art. 20, comma 2, lettera a); Legge 14 novembre 2000, n. 331, art. 1, comma 1), anche se l'ordinamento italiano è tutt'ora carente di una legge quadro in materia (v. comunque le recenti iniziative legislative attualmente in discussione presso la Camera dei Deputati: A.C. 2752 "*Legge quadro sulla partecipazione italiana a missioni umanitarie e internazionali*", presentata il 7 giugno 2007).

Il *fondamento giuridico* delle ROE va rinvenuto nella generale attribuzione della competenza di indirizzo al Consiglio dei Ministri (Legge 23 agosto 1988, n. 400, art. 2), nella competenza del Ministro della Difesa a emanare "direttive in merito alla politica militare" (Legge 18 febbraio 1997, n. 25, art. 1, comma 1, lettera b)), nella puntuale competenza che la legge assegna al Capo di Stato Maggiore della Difesa in tema di impiego delle forze armate (Legge 18 febbraio

1997, 25, artt. 3, comma 3 e 7, comma 1)⁽²⁰⁾, nella specificazione del procedimento decisionale in materia di missioni prevista dalla risoluzione della Commissione Difesa della Camera dei Deputati n. 7-1007 del 16 gennaio 2001 (c.d. risoluzione Ruffino), considerata nella prassi come testo ricognitivo delle regole costituzionali, legislative e convenzionali disciplinanti le missioni, che a proposito del procedimento relativo alla decisione delle stesse, oltre alle fasi procedurali interessanti gli organi costituzionali, prevede anche adozione di misure attuative da parte della amministrazione militare.

6)I CARATTERI DEL PROCEDIMENTO DI ADOZIONE

Le ROE nel rispetto dei principi di vario livello sopra richiamati (normative internazionali e nazionali) sono determinate dagli organi militari nazionali d'intesa con gli organi politici di indirizzo e trasmesse insieme all'ordine di operazioni.

Si ricorda⁽²¹⁾ che a livello nazionale la formazione delle ROE prende le mosse dal livello più alto della catena gerarchica, cioè da quello politico-militare, per scendere a quello strategico-operativo, a quello tattico, fino a raggiungere il militare sul terreno.

Come già premesso, il procedimento di formazione delle ROE comporta una fase di intervento di una sede decisionale internazionale (Nazioni Unite, NATO, Unione Europea), una fase in cui si intrecciano le competenze del Capo di Stato Maggiore della Difesa (CSMD) e del Ministro, una eventuale fase parlamentare. Varianti sono date dall'ipotesi in cui la missione sia svolta sotto l'egida di una potenza guida, che farà valere le proprie regole nei confronti dei componenti della coalizione, e da quella in cui la missione sia svolta al di fuori di un'organizzazione di sicurezza collettiva o di una coalizione *ad hoc*.

Il momento determinativo nazionale è in genere condizionato dal fatto che le ROE nazionali presuppongono un allineamento su quelle vigenti per *l'organizzazione internazionale* nel cui ambito si attiva la missione multilaterale. Ci si può chiedere se la determinazione a livello di organo di governo della

⁽²⁰⁾ Sulla assegnazione di puntuali competenze di comando implicanti il potere di dirigere, assegnare ed impiegare le forze del capo di stato maggiore, distinte da quelle di indirizzo spettanti al ministro, in seguito alle riforme legislative introdotte fra il 1997 e il 2000, cfr. Chiti E., *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, Milano, 2006, 112 ss.

⁽²¹⁾ Tondini M., *Regole di ingaggio e diritto di autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rassegna dell'arma dei carabinieri*, 2005, 1.

organizzazione (ad es. NATO) comporti o meno un *vincolo giuridico* per gli organi nazionali. In proposito si deve ritenere che, una volta concordato con apposita delibera il testo delle regole, tale testo condizioni le successive determinazioni a livello di stato membro in virtù della cogenza degli impegni assunti tramite il trattato che assegna agli organi della organizzazione apposite competenze decisionali. L'accordo raggiunto in sede di delibera consente espressamente la facoltà dello stato membro di pretendere deroghe al testo delle regole (tramite puntualizzazioni di riserve conosciute come *caveat*) in modo tale da assicurare il rispetto dei principi di diritto propri dell'ordinamento interno *in primis* dei principi costituzionali irrinunciabili per lo stato membro. Vi è anche un *vincolo politico*, in quanto è evidente che la comune scelta di promuovere l'iniziativa tende a far convergere la decisione sullo schema di regole già predisposto. Resta comunque evidente che il vincolo non è assoluto, essendo pacifica la ricordata facoltà assicurata allo stato partecipante di richiedere deroghe allo schema di riferimento, deroghe che consentano di allineare le ROE alle normative interne o a scelte di indirizzo nazionali. Evidente in proposito appare l'esempio delle regole impiegate dalla missione ISAF in Afghanistan: l'Italia ha deciso di prendere parte alla missione escludendo impegni che comportassero l'uso della forza in operazioni belliche come invece voluto dagli altri componenti la missione.

A livello di organizzazione internazionale (ad esempio NATO) viene innanzi tutto predisposto lo *schema-base* delle regole nell'ambito dell'organo collegiale di governo cui partecipa anche il componente italiano. In un secondo momento, quando divenga attuale l'esigenza di attivare la missione multilaterale, le regole vengono *adattate* alle caratteristiche proprie della missione, sempre con la partecipazione del componente italiano.

Le regole stabilite a livello di organizzazione internazionale vengono trasmesse allo Stato Maggiore della Difesa dove vengono sottoposte a verifica istruttoria e dove vengono aggiornate con eventuali riserve (*caveat*) rese necessarie dalla esigenza di assicurare il rispetto di principi vincolanti per il nostro ordinamento.

Le regole così elaborate a livello militare sono sottoposte al Ministro della Difesa, che può chiederne l'eventuale riesame, e quindi approvarle senza tuttavia, nella prassi, adottare apposito decreto. In pratica tra CSMD e Ministro si attiva un *processo collaborativo* che consente al Ministro di esprimere la sua valutazione ma che implica il permanere della competenza decisionale in capo al CSMD.

La fonte delle ROE, quali deliberate nella fase nazionale del procedimento, è riconducibile alla competenza in tema di *“impiego delle Forze Armate”* assegnata dalla legge al Capo di Stato Maggiore della Difesa (CSMD) (Legge 25/1997, articoli 3, comma 3 e 7, comma 1). Le ROE sono quindi atti della *autorità militare* anche se ciò, evidentemente non esclude la *responsabilità politica del ministro* circa i loro contenuti e gli esiti del loro impiego.

Come accennato, è possibile una fase parlamentare, fase che secondo una qualificata opinione dovrebbe essere necessitata⁽²²⁾, ma che nella realtà per molte missioni è in passato mancata. Infatti, in 78 casi vi è stato intervento, mentre in 30 casi le missioni sono state determinate senza intervento parlamentare. Nei casi in cui le Camere sono intervenute, si sono avuti 40 casi di intervento preventivo, 10 di intervento contestuale e 28 successivo⁽²³⁾.

Per le missioni più significative e che comportano un probabile o certo ricorso all'impiego della forza armata un riferimento alle regole di ingaggio è fatto al momento in cui il Governo informa le camere al fine di ottenere la risoluzione che dà via libera alla missione. L'autorizzazione parlamentare della missione include anche una *approvazione implicita* delle regole scelte. Si tratta però spesso (o sempre) di una approvazione meramente generica, che riguarda le regole *standard* (che sono quelle proprie dell'organizzazione internazionale nel cui quadro si inserisce la missione), con eventuale cenno alla circostanza per cui il Governo si è fatto carico di garantire il rispetto dei principi irrinunciabili dell'ordinamento eventualmente inserendo i ricordati *caveat*. Ciò in quanto il Governo, per ragioni comprensibili di sicurezza, non deposita in sede parlamentare il testo esatto delle ROE ma si limita a un riferimento generico. In un caso recente (UNIFIL) il Ministro della Difesa ha chiaramente detto che le regole erano ancora da determinarsi in quanto era in corso di definizione completa addirittura l'obiettivo della missione da parte delle Nazioni Unite (cfr. le dichiarazioni del Ministro della Difesa Parisi alle commissioni esteri e difesa in data 18 agosto 2006). In pratica, in base alla natura della missione anche quando non venga fatta menzione delle ROE nell'intervento ministeriale che prelude alla risoluzione parlamentare si può comprendere quale sia il contenuto delle regole da utilizzarsi e quindi l'autorizzazione della missione comporta una espressa o implicita accettazione delle ROE che il Governo su presentazione dei militari considererà necessarie al caso.

L'informativa al Parlamento sulle ROE è soltanto di massima anche perché si ritiene che la completa conoscenza pubblica comporterebbe pericoli per la sicurezza del personale coinvolto. Come ha ricordato il Ministro Parisi il 4 ottobre 2006 al Senato, "La codificazione dei comportamenti dei militari in operazione è per sua natura altamente riservata; la sua conoscenza da parte di elementi ostili può infatti costituire un grave elemento di svantaggio a livello tattico, quindi di

(22) Cfr. Montedoro G., *La costituzione, le nuove guerre ed il mutamento della legalità internazionale*, in www.giustizia.amministrativa.it, secondo cui in seguito al coinvolgimento del parlamento le ROE sono atti amministrativi "a copertura politica".

(23) Dati riportati in Camera dei Deputati. XV Legislatura. Servizio Studi. Quaderno n.3, 8 edizione, *Partecipazione dell'Italia alle missioni militari all'estero*, Roma, 23 ottobre 2006.

pericolo per le nostre truppe”. Tuttavia occorre anche tener presenti i casi in cui delle ROE non si parli affatto in sede di autorizzazione parlamentare. E ciò perché la missione non implichi l’uso possibile della forza armata (Albania 1997), perché la questione non venga sollevata, perché addirittura si tratti di missione iniziata dal Governo senza previo passaggio parlamentare (prima della citata Risoluzione Ruffino, risalente al 2001)

7) LA MANCATA TIPIZZAZIONE DELLE REGOLE DI INGAGGIO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

La mancata tipizzazione delle regole di ingaggio pone delicati problemi sotto il profilo del rispetto o non rispetto del principio di legalità⁽²⁴⁾. Non esiste infatti una previsione legislativa relativa a forme e procedimento da seguirsi nel deliberare e agli organi espressamente titolari della relativa competenza. La “regola di ingaggio”, come qualificata adattando il termine inglese, è atto amministrativo espressione del potere di decisione dell’organo militare finalizzato a circostanziare le modalità di “impiego” dello strumento militare nel senso indicato dalla Legge 25/1997. *La regola si riporta al concetto generale di “ordine militare” espressione del potere di comando.* Essa è caratterizzata dalla sua riconducibilità al *rapporto di gerarchia* che implica il potere di direzione del superiore e l’obbligo di esecuzione per i livelli subordinati. L’ordine, inteso in senso lato, può manifestarsi attraverso atti che vengono diversamente qualificati da normative non omogenee che fanno ricorso a una terminologia non uniforme: ordini, disposizioni, istruzioni, direttive..... A seconda dei casi l’ordine può comportare un obbligo incondizionato di esecuzione per il destinatario o può lasciare a quest’ultimo un certo ambito di discrezionalità nello scegliere le modalità attuative. In tal caso il contenuto dell’ordine si concretizza meglio nel concetto di “direttiva” ampiamente valutato in sede dottrinale, anche se senza uniformità di opinioni e conclusioni definitorie, in quanto non esiste una sicura tipizzazione dell’atto di direttiva⁽²⁵⁾.

Quindi, nel presupposto che le ROE siano riconducibili alla figura dell’ordine occorrerebbe pur sempre riconoscere che in certe ipotesi si deve pur ammettere un certo grado di discrezionalità attuativa che viene solitamente riportata al concetto di direttiva. Si consideri comunque che questa incertezza (ordine in senso stretto,

⁽²⁴⁾ Sulla esigenza del rispetto del principio di legalità nell’ordinamento militare, ma sulla problematica osservanza dello stesso, cfr. Balduzzi R. *Principio di legalità e spirito democratico nell’ordinamento delle forze armate*, Milano, 1988, 118 ss.

⁽²⁵⁾ Sulla connessione fra potere di direzione e gerarchia e sulle diverse manifestazioni del potere di direzione, cfr. D’Albergo S., voce *Direttiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 608.

implicante cogenza attuativa, o in senso lato, implicante un margine di apprezzamento discrezionale), anche se apparentemente abnorme, sembra rientrare a pieno titolo in un panorama abbastanza familiare alla tradizione dell'ordinamento militare caratterizzato da un certo ambito di libertà di manovra connesso alla difficoltà di irrigidire in norme formalizzate l'uso dello strumento tecnico-militare.

Già nel 1962 il giurista Vittorio Bachelet, noto esperto di diritto militare, notava l'ambiguità del regime dell'ordine militare e la sua difficoltosa inquadrabilità nel principio di legalità⁽²⁶⁾. Sottolineava l'autore che, pur considerando l'ordine come manifestazione tipica del potere di comando militare, l'ordinamento militare conosce una gamma ampia di "manifestazioni imperative o di indirizzo" e in proposito compiva una ricostruzione degli esempi contenuti in fonti legislative e regolamentari dell'epoca. In molti degli esempi richiamati si poteva notare il dato comune della *genericità* della previsione relativa alla definizione dei profili contenutistici dell'ordine. La situazione odierna, pur nell'intervenuto aggiornamento delle normative, dal punto di vista che stiamo trattando non pare molto lontana da quella tenuta presente dall'Autore citato.

Le ROE, come ricordato, risultano enucleabili dalla prassi di organizzazioni internazionali, e devono essere compatibili con il diritto internazionale dei conflitti armati, il diritto umanitario, le convenzioni internazionali, la evoluzione *de facto* del sistema multilaterale di *peace keeping, peace enforcing e peace building* gestito dalle organizzazioni internazionali di sicurezza e i relativi SOFA, come pure con gli accordi di coalizione *ad hoc*. Per quanto riguarda quelle vigenti nell'ordinamento italiano, esse presuppongono il collegamento con le regole stabilite a livello internazionale e quindi trovano il loro limite e la loro legittimazione nelle clausole costituzionali che consentono l'incorporazione disciplinando i collegamenti col diritto internazionale generale e pattizio.

8) UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO DI "REGOLA DI INGAGGIO"

Prima di tentare di giungere a una conclusione occorre precisare che il processo di determinazione delle regole va probabilmente scandito in *due momenti* logicamente distinguibili, anche se di fatto nelle formulazioni che conosciamo i due momenti sono fra loro confusi o comunque non sempre chiaramente evidenziati.

Il *primo* momento è individuabile nelle scelte effettuabili a *livello politico* e andrebbe distinto a seconda che si tratti di effettuare scelte finalizzate alla formazione di *criteri generali* di intervento, disponibili per la generalità delle possibili missioni da effettuarsi in futuro, o alla definizione di *criteri puntuali* da

⁽²⁶⁾ Bachelet V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, 191 ss.

utilizzarsi per una specifica missione. Tali scelte si concretizzano in atti di indirizzo politico espressi dagli organi responsabili delle relazioni internazionali e della politica di sicurezza e difesa, organi che variamente interagiscono a seconda della forma di governo. In genere parlamento ed esecutivo per le scelte statali, organo rappresentativo degli stati membri per le organizzazioni internazionali di sicurezza.

Il *secondo* momento è quello in cui, tenendo conto degli indirizzi espressi a livello politico, si procede a una elaborazione di quelle che saranno in senso proprio le regole di ingaggio di una singola missione. In questa fase diviene essenziale l'intervento degli organi militari che provvedono ad elaborare gli schemi di regole che vengono sottoposte come proposte all'organo politico da cui dipendono che le deve approvare (o che ne prende atto riservandosi di esprimere avviso diverso o contrario; in tal caso vi sarebbe una approvazione implicita, non espressa, come sembra avvenga nella prassi italiana). Si tratta in particolare del componente del governo da cui dipende direttamente lo strumento militare. E questo avviene sia per la formulazione di regole-tipo, cioè per schemi normativi di riferimento fissati in via generale e potenziale, sia per la determinazione delle regole specifiche da adottarsi per le singole missioni.

In proposito abbiamo consapevolezza del fatto che alcuni ordinamenti hanno regole-tipo permanenti, che valgono come schema tipo di riferimento, come nel caso degli Stati Uniti (dove esistono *Standing Rules of Engagement for US Forces*) o della Nato (*North Atlantic Military Committee, MC 362 (Military Decision) Nato Rules of Engagement, 9 november 1999*). Tali schemi vengono poi aggiornati e adattati nel determinare le regole che valgono per una specifica missione.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano spetta a Governo e Parlamento la definizione degli *indirizzi politici generali* che racchiudono i criteri preventivi di massima che condizionano le ROE. Questi indirizzi si desumono in modo indiretto da quelle norme di legge che specificano le missioni delle forze armate con riferimento agli interventi, armati e non, fuori del territorio nazionale. Oppure discendono da atti di indirizzo quali una risoluzione parlamentare. Si pensi alla nota risoluzione parlamentare 7-1007 del 16 gennaio 2001 (c.d. Ruffino). In futuro potrebbero risultare concentrati nella legge-quadro sulle missioni attualmente in discussione presso la Camera dei Deputati, ove effettivamente approvata. Altri indirizzi scaturiscono dalle leggi di ratifica ed esecuzione di trattati e da delibere di organi di governo di organizzazioni internazionali di sicurezza. Infine, puntuali indirizzi possono discendere dal voto sulle scelte programmatiche del Governo in sede di voto iniziale sulla fiducia, come pure da voti parlamentari in occasione di dibattiti in tema di politica estera e di sicurezza. Questi indirizzi di massima sono destinati a fornire la *cornice* in cui inserire successivamente regole più puntuali che assumono in senso stretto il carattere di ROE.

Queste ultime vedono il ruolo preparatorio degli organi militari e quindi la sottoposizione al Governo (al Ministro della Difesa) e eventualmente al Parlamento.

In primo luogo viene in rilievo il ruolo del Ministro della Difesa.

Facendo riferimento ai principi fissati dalla legislazione, e in particolare alla Legge 25/1997 che affida al Ministro la competenza a decidere in tema di difesa e sicurezza, si potrebbe a prima vista ritenere che spettasse allo stesso adottare le regole. E ciò in quanto l'articolo 1, comma 1, lettera b) attribuisce al Ministro la competenza ad adottare "*direttive in merito alla politica militare*" ⁽²⁷⁾. Se così fosse, in concreto vi sarebbe la proposta dell'organo militare che, realisticamente, terrebbe conto degli schemi di regole delle Nazioni Unite, della Nato o della Unione europea con gli opportuni adeguamenti e quindi scatterebbe nel momento decisionale la competenza ministeriale.

Ma questa lettura della norma appare affrettata, in quanto non terrebbe conto della specifica e puntuale riserva di competenza che la legge fa a favore del Capo di Stato Maggiore della Difesa con riferimento alla decisione di "*impiego*" delle Forze Armate. Quindi il potere di direttiva di cui tratta l'articolo 1 della legge va riferito al generale potere organizzativo e funzionale spettante al Ministro per regolare la politica militare, concetto che implicherebbe la definizione di più ampie scelte politiche e non la puntuale determinazione legata all'impiego dello strumento militare.

Nella realtà la *prassi* italiana prevede l'utilizzo della competenza decisionale del Capo di Stato Maggiore della Difesa e comporta quindi la predisposizione delle regole a livello di organi militari, l'instaurazione di un procedimento collaborativo fra vertice militare e Ministro, la presentazione di un testo di proposta al Ministro che non adotta formalmente in caso di accettazione dello stesso un decreto ma si limita a prenderne atto, essendo unicamente praticata la facoltà ministeriale di chiedere un riesame o comunque eventuali variazioni. Altrimenti vi sarebbe una approvazione solo implicita.

Il fatto che il Ministro non faccia uso della facoltà di chiedere un riesame e la relativa volontà di non interferire con la discrezionalità dell'organo militare non escluderebbe comunque la responsabilità politica del Ministro in sede parlamentare riguardo a questioni che si riferissero alla attuazione delle regole. Non sarebbe infatti configurabile una tale responsabilità a carico dell'organo tecnico rimanendo inevitabilmente ferma quella dell'organo politico.

⁽²⁷⁾ Sulle competenze di indirizzo del ministro e sulla successione fra indirizzo del consiglio dei ministri/indirizzo ministeriale in materia di decisioni interessanti la politica militare, cfr. Bonetti P., *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, Milano, 2000, 54 ss.

Al termine del procedimento il Capo di Stato Maggiore procede a trasmettere le ROE al livello operativo e queste divengono immediatamente eseguibili.

Quanto al passaggio in sede parlamentare la prassi è incerta, in quanto non viene mai portato a conoscenza delle Camere il testo organico delle regole, mentre risulta che nelle comunicazioni governative che precedono la risoluzione in commissione viene a volte, per le più importanti, fatta soltanto menzione alle regole, o meglio ad alcuni dei loro contenuti, al fine di assicurare alle Camere il rispetto del principio di garanzia della rispondenza delle medesime ai principi dell'ordinamento italiano o internazionale.

9)U NA RIFLESSIONE CONCLUSIVA

Concludendo, si può precisare quella che pare la più convincente qualificazione delle ROE riconoscendo che non è possibile offrire delle stesse una qualificazione univoca in cui venga accomunato il profilo della determinazione politica e quello della decisione amministrativa. In realtà appare più rispondente alla natura dell'istituto una *scissione* fra il momento in cui organi politici dotati di *potere di indirizzo* esprimano le proprie decisioni dal momento in cui gli organi tecnico-militari utilizzando il *potere di direzione proprio del livello gerarchico superiore* trasmettono le regole di ingaggio ai loro subordinati. Anche se non è agevole scindere con precisione i diversi momenti dell'intervento, manifestatesi in una successione di fasi procedurali che partono dal livello politico, con scansioni internazionali e nazionali, per giungere al livello militare, apparirebbe corretto individuare, ma tenere concettualmente distinta, nell'istituto delle ROE complessivamente considerato questa *duplice natura* politica e amministrativa. Le scelte di indirizzo politico finiscono per confluire nella decisione parlamentare, su iniziativa governativa, di dar corso alla missione e nella facoltà attribuita al Ministro della Difesa di adottare sue direttive politico-amministrative sull'uso dello strumento militare, impartendo direttive al Capo di Stato Maggiore della Difesa, come statuito nella risoluzione Ruffino (par. 6). A livello di organi militari si svolge la fase preparatoria delle regole destinate alla missione, cui fa seguito l'intreccio di operazioni collaborative dirette a conseguire l'assenso del Ministro e quindi la determinazione dell'organo responsabile della decisione di impiego dello strumento militare e cioè del Capo di Stato Maggiore della Difesa. Il raccordo fra ruolo delle competenze ministeriali e del vertice militare scaturisce dalla chiara disciplina della Legge 25/1997 che abbiamo richiamato. In senso proprio dunque le regole sono atto amministrativo imputabile al vertice militare. Esse sono espressione del potere di direzione connesso alla sua posizione gerarchica e appaiono riconducibili alla tradizionale figura generale dell'ordine. Dalla connessione dell'ordine alla sfera della decisione politica, e in particolare alla tutela dei supremi interessi dello stato, discende, tra l'altro, al

sottrazione delle ROE alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo secondo la risalente disciplina dell'*atto politico* prevista dall'articolo 31 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054. E in effetti esistono i presupposti per sottrarre l'atto al sindacato del giudice poiché l'atto proviene da organi preposti all'indirizzo al massimo livello di gestione degli interessi statali (profilo soggettivo) e riguarda la salvaguardia dei pubblici poteri (profilo oggettivo), come specificato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397) ⁽²⁸⁾.

Una volta ribadito che le ROE sono collegabili al potere di direzione legato alla sovraordinazione gerarchica non si può trascurare che nel loro ambito possano riscontrarsi differenze dal punto di vista della individuazione dei contenuti dell'ordine e del grado di coerenza per i destinatari.

Nella realtà non si può escludere che nello stesso testo alcune prescrizioni abbiano natura stretta, ad esempio divieto di comportamenti lesivi per la popolazione civile, mentre altre abbiano natura più elastica, quali quelle relative alle modalità di reazione in caso di comportamento ostile da parte di potenziali aggressori. Il contenuto della parte dispositiva dell'atto si articola di fatto in divieti e autorizzazioni quanto ai comportamenti da tenersi. I primi per definizione implicanti coerenza, i secondi aventi portata abilitante e quindi in senso proprio espressione della discrezionalità consentita al soggetto chiamato ad attuare l'atto. In quest'ultimo caso le ROE esprimerebbero una *direttiva* contenente una prescrizione relativa agli obiettivi da conseguire ma tendenzialmente presupponente un certo grado di *discrezionalità* del soggetto chiamato ad attuarla. Conoscendo come la situazione sul campo possa essere estremamente mutevole e come sia opportuno lasciare a chi opera la valutazione richiesta dalla criticità del momento parlare di *direttiva in senso tecnico*⁽²⁹⁾ apparirebbe del tutto appropriato.

⁽²⁸⁾ Su cui, in generale, v. Cerulli Irelli V. *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 380 ss.

⁽²⁹⁾ Per una sintesi sulle direttive, cfr. ad es.: Catelani E., voce *Direttiva (dir. Amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1854 ss.

CONTENIDO

I) SOBRE DIEGO VALADÉS. Homenaje a Diego Valadés: **Héctor Fix-Zamudio** (México). Dedicatoria a Diego Valadés: **Peter Häberl** (Alemania). Los primeros pasos de Diego Valadés en el Derecho Constitucional: **José F. Palomino Manchego** (Perú). El presidencialismo en latinoamérica, siguiendo la doctrina de Diego Valadés: **Humberto Quiroga Lavié** (Argentina).

II) DERECHOS FUNDAMENTALES. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração: **Paulo Bonavides** (Brasil). La mundialización de los derechos humanos: **Carlos Ayala Corao** (Venezuela). El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos: **Sergio García Ramírez** (México). Reforma del Estado y derechos fundamentales: Algunas propuestas: **Miguel Carbonell** (México). El derecho de comunicarse, un instituto sueco: **Adrián Ventura** (Argentina).

III) CONTROL DEL PODER Y SUS MODALIDADES. Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela: **Allan R. Brewer-Carías** (Venezuela). Las preguntas parlamentarias en el cuadro de la actividad de investigación del parlamento italiano. Reflexiones comparativas: **Lucio Pegoraro** (Italia). El Control del Poder y la democracia. Reflexiones generales. El caso uruguayo: **Héctor Gros Espiell** (Uruguay). La interpretación constitucional como modalidad del control del poder: **Raúl Canosa Usera** (España). Intervenciones judiciales en controversias políticas: **Hans-Rudolf Horn** (Alemania). El poder de dirigir la dirección política en el sistema presidencial mexicano: **Daniel A. Barceló Rojas** (México). Poder local, gobernabilidad y descentralización: **Gerardo Prado** (Guatemala). La función contralora y su vigencia en las distintas expresiones de lo público: **Graciela Soriano de García-Pelayo** (Venezuela). O poder regulamentar do presidente possibilidade de controle corretivo exercitável pelo parlamento brasileiro: **André Ramos Tavares** (Brasil). Control del poder, suprema corte y juicio de amparo en México: **Arturo Zaldívar** (México). El control del poder en procesos de transición: **Dieter Nohlen** (Alemania). Antejuzicio y juicio político en el Perú: **Francisco José Eguiguren Praeli** (Perú). Control y responsabilidad de la administración financiera pública: **Jorge Reinaldo Vanossi** (Argentina). Control del poder y tránsito entre gobiernos: Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos: **Joaquín Brage Camazano / Fernando Reviriego Picón** (España). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: **Eduardo García de Enterría** (España). Las funciones del control jurisdiccional del poder en Latinoamérica: **Jorge Silvero Salgueiro** (Paraguay). Control del poder judicial, ponderación y objetividad en la interpretación constitucional: **Virgílio Afonso da Silva** (Brasil).

IV) CONSTITUCIÓN Y PODERES DEL ESTADO. Diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia: **Jorge Carpizo** (México). O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa: **Jorge Miranda** (Portugal). La garanzia del diritto costituzionale nell'epoca dell'interdipendenza dei beni costituzionali: **Gustavo Zagrebelsky** (Italia). A constituição e a estrutura de poderes: **José Afonso da Silva** (Brasil). El concepto sociológico de constitución: relevancia para el sistema político y constitucional: **Humberto Njaim** (Venezuela). El concepto de constitución: **Pablo Luis Manilli** (Argentina). A constituição como garantia da democracia: O papel dos princípios constitucionais: **Ruy Samuel Espíndola** (Brasil). Costituzione e regole di ingaggio: **Giuseppe de Vergottini** (Italia). El senado español: De sus aguas tranquilas al torbellino de su posible reforma (la vigencia de una vieja cuestión: *quid custodet custodes*): **Oscar Alzaga Villamil** (España). El valor de la Constitución en el estado de derecho actual instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales: **Arturo Hoyos** (Panamá). La elaboración de la Constitución y sus condicionantes: Una reflexión a los treinta años de su entrada en vigor: **Javier Pérez Royo** (España). El poder político y la democracia: **Rubén Correa Freitas** (Uruguay).

V) DESCENTRALIZACIÓN Y FEDERALISMO. Características del regionalismo en los sistemas constitucionales a varios niveles. Una aproximación de derecho comparado: **Giancarlo Rolla** (Italia). Presidencialismo y federalismo en Argentina: **Antonio María Hernández** (Argentina). Sistema presidencial y federalismo: **José Ma. Serna de la Garza** (México).

VI) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Kelsen en París: Una ronda en torno al "modelo concentrado": **Domingo García Belaunde** (Perú). El control abstracto de inconstitucionalidad de leyes en México. Tipología de resoluciones: **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** (México) / **Rubén Sánchez Gil** (México). A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional: **Néstor Pedro Sagüés** (Argentina). Los precedentes constitucionales: **César Landa** (Perú). La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: **Manuel Aragón** (España). Control constitucional y poder político. navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: **Gerardo Eto Cruz** (Perú). Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España: **Francisco Fernández Segado** (España). A repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário na constituição brasileira de 1988: **Ivo Dantas** (Brasil).

VII) TEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL. Interpelaciones en la reforma constitucional de 2005 en Chile. Notas acerca del control político en el presidencialismo: **Francisco Zuñiga Urbina** (Chile). Análisis y perspectivas en el sistema de la Argentina: Control de la reforma constitucional: **Raúl Gustavo Ferreyra** (Argentina). Poder constituyente y reforma constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno: **Humberto Nogueira Alcalá** (Chile). La reforma constitucional electoral mexicana de 2007 y los medios de comunicación el control de un poder privado desde el poder público: **Pedro Salazar Ugarte** (México). Reforma constitucional y control de constitucionalidad: **Rubén Hernández Valle** (Costa Rica). El control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en Venezuela: a propósito del fracasado proyecto de reforma de la constitución venezolana propuesto en el año 2007: **José Vicente Haro García** (Venezuela). El poder constituyente material en el control de constitucionalidad por la corte suprema de justicia argentina: algunos casos paradigmáticos: **Ricardo Haro** (Argentina).

VIII) Miscelánea. Manifiesto para una nueva ilustración: **Emilio Suñé Linás** (España). Los sistemas electorales comparados: **Alberto Ricardo Dalla Via** (Argentina). Luz y sombra en la evolución hacia el estado social en Chile: **José Luis Cea Egaña** (Chile). Bicentenario. 1808: constitución de Bayona. Los inicios del nuevo régimen en centroamérica: **Jorge Mario García Laguardia** (Guatemala). La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional: **Edgar Carpio Marcos** (Perú). Ciudadanos para el país que queremos: **Pedro J. Frias** (Argentina).

ISBN: 978-612-45674-4-5



9 786124 567445