

Revista

AÑO 3, N° 5

Julio-diciembre 2002

DIRECTOR
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

SECRETARIO
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Peruana

DE



DERECHO PÚBLICO

Administrativo
y Constitucional



REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

E D I T O R A J U R I D I C A G R I J L E Y

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 3, Número 5 • Julio-diciembre de 2002

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción

José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

Alemania	: Peter Häberle
Argentina	: Germán J. Bidart Campos, Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Brasil	: Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva
Chile	: Humberto Nogueira Alcalá
Colombia	: Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica	: Rubén Hernández Valle
EE.UU.	: Robert S. Barker
España	: Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia	: Louis Favoreu, Franck Moderne
Italia	: Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México	: Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá	: César Quintero
Portugal	: Jorge Miranda
Venezuela	: Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge

Alfredo Quispe Correa

Gustavo Bacacorzo



GRIJLEY

AGRADECIMIENTO



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: jpalomino@terra.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 • 427 3147 • 426 5417
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

EDITORIAL	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

- PETER HÄBERLE Las ciencias (del Derecho) como forma de vida	11
- GIUSEPPE DE VERGOTTINI Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno	27
- FRANCK MODERNE Los avatares del presidencialismo en América Latina	45
- ERNESTO ALVAREZ MIRANDA Teorización actual de la separación de poderes	73
- ELOY EPINOSA-SALDAÑA BARRERA Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular	87
- JORGE M. PANDO VÍLCHEZ La administración frente a la norma inconstitucional: ¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?	107

DOCUMENTOS

- MARIO ALZAMORA VALDEZ
Defensores de una causa difícil 117

- LUCIANO BENJAMIN CISNEROS
Derecho Público Filosófico. Curso dictado en el Convictorio
de San Carlos (1862) 121

SEMBLANZA

- LUCIO PEGORARO
ANTONIO REPOSO
In memoriam: Livio Paladin (1933-2000) 169

- Normas para los colaboradores de la «Revista Peruana de
Derecho Público» 173

EDITORIAL

Este número con el cual se cierra el presente año, recoge en su parte central, colaboraciones especialmente autorizadas para nuestra Revista, y que han sido traducidas o revisadas para esta ocasión, y cuyos autores están vinculados con la comunidad constitucional peruana. A ellos les siguen colaboraciones de colegas nacionales sobre diversos temas de actualidad.

En la parte de documentos reproducimos dos textos inéditos. El primero, breve, es el discurso leído por Mario Alzamora Valdez en 1977, con motivo de la incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de distinguidos juristas peruanos: José León Barandiarán, Darío Herrera Paulsen, Raúl Ferrero Rebagliati, así como él mismo.

El segundo son unas lecciones dictadas por Luciano Benjamín Cisneros en el Convictorio de San Carlos en 1862, que publicadas en tiraje corto en su época, se daban totalmente por perdidas. Se antepone a este ensayo, una nota de presentación para mejor ubicar al autor y al texto mismo.

Se incorpora en la parte final un breve recuerdo de un distinguido constitucionalista italiano recientemente fallecido: Livio Paladin, lamentablemente no muy conocido entre nosotros, pero de gran prestigio en los círculos europeos.

Un hecho importante que será tratado más adelante, es el referente a la reforma integral de la Constitución del Estado, que planteó la Comisión de Constitución del Congreso de la República, y cuya discusión en el Pleno se inició en meses pasados.

Lamentablemente, el proyecto, de por sí deficiente y con multitud de carencias, fue objeto de muchos cuestionamientos por las diferentes tien-

das políticas, y el debate quedó finalmente paralizado. Es indudable que algo habrá que hacer en el futuro, y sobre eso volveremos en un número próximo, lo que aquí queremos tan solo dejar anotado.

Lima, diciembre de 2002.

El Director

ACTUALIDAD

LAS CIENCIAS (DEL DERECHO) COMO FORMA DE VIDA ^(*)

Peter Häberle ^(**)

Sumario: I. Introducción. Problemática. II. Primera parte: La ciencia como forma de vida-individual y colectiva (con referencia a la comunidad). III. Segunda parte: Las ciencias del Derecho en plural. i. Teoría y praxis. ii. Tipos profesionales. IV. La teoría del Derecho Constitucional hoy. V. Panorama y conclusión.

I. INTRODUCCION. PROBLEMATICA

Las "ciencias del Derecho como forma de vida" es un "viejo tema", no exento de riesgo. La aventurada empresa va incluso más allá del riesgo ínsito a toda ciencia como búsqueda perenne de la verdad. Además, toda lección jubilar, cada vez más en primer plano hoy como genero literario en Alemania, significa una clausura. Únicamente con esfuerzo se puede insuflar ánimo con la frase de Hermann Hesse: "Y a todo comienzo, es inherente un hechizo". Mientras que la "lección inaugural" de la carrera académica, sistemáticamente destruida como forma de vida por la generación del 68 en las universidades alemanas; por ejemplo en Marburgo

^(*) Lección jubilar pronunciada el 12 de julio de 2002 en la Universidad de Bayreuth. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid (España).

^(**) Profesor de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth (Alemania).

(1969/1970), hoy puede ser, nuevamente, resurgimiento, programa, enriquecimiento y esperanza –conocidamente, hay clásicos en esta categoría, por ejemplo: la conferencia de F. Schiller en Jena (1789): “¿Cuál es el significado y el propósito de estudiar Historia Universal?”, o el discurso de Hesse en Friburgo de Brisgovia sobre “La fuerza normativa de la Constitución” (1958)–, la lección jubilar tiene que ser de otra materia y otro espíritu. En el caso presente, nos encontramos con que el Coloquio internacional de despedida a mí dedicado y aceptado por mí con gratitud –con invitados también de Asia: los profesores Huh, Hatajiri, Inoue; de América: los amigos Valadés, Belaunde y Landa, así como de Suiza (E. Kramer), de Italia (P. Ridola), de Francia (Sra. C. Grewe), de Grecia (K. Chryssogonos)⁽¹⁾– ha sido de tal nivel, que toda clausura duele, como si no existiera el contrato cultural intergeneracional entre los hombres de ciencia más viejos y los más jóvenes, por virtud del cual los que vienen del extranjero me apoyan, especialmente desde hace una década, así como mi seminario de Bayreuth (de 1981 a 2002).

Si hoy, *hic et nunc*, se acomete la tarea de dar una lección jubilar, ello debe ser también una pequeña contribución a la construcción comunitaria en, o a pesar de, la Universidad de masas. En este punto, las Universidades de los EEUU pueden operar como modelo. De igual modo que recientemente (en Bayreuth) hay, otra vez de nuevo, entregas festivas colectivas de los títulos de licenciado (el 2 de agosto debo participar en la organización de este acto con una conferencia) –una parte de la forma de vida universitaria (como ya hace mucho tiempo en Sankt Gallen)– y de igual modo que en ciertos lugares de los *Länder* alemanes, se hacen otra vez posibles las celebraciones colectivas de doctoramiento, también en Bayreuth (“pequeña, pero fina”) pueden servir las lecciones jubilares para la construcción de la identidad [propia], y conste aquí mi agradecimiento al Seminario de despedida que mi “otra” Universidad de 1981 hasta 1999, Sankt Gallen, me ha ofrecido en el semestre de verano del año 2001⁽²⁾.

(1) Las ponencias se publicarán en JÖR 52 (2004).

(2) Sobre ello, R. *Wiederkehr*, *20 Jahre Rechtsphilosophie an der Universität St. Gallen: Abschiedskolloquium vom 28. Juni 2001 für Peter Häberle (Bayreuth/St. Gallen) [Veinte años de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sankt Gallen: Coloquio de despedida del 28 de junio de 2001 ofrecido a Peter Häberle (Bayreuth/Sankt Gallen)]*: “Der europäische Jurist in weltbürgerlicher Absicht” (“El jurista europeo con ánimo de ciudadano del mundo”), en: *AJP/PJA* 9/2001, pp. 1126 ss.; L. *Michael/M. Kotzur*, “Europa und seine Juristenkunst” (“Europa y su arte de juristas”), en: *DÖV*2001, pp. 905 ss. El discurso aparecerá como cuaderno autónomo de la colección de Escritos de Sankt Gallen sobre la Ciencia del Derecho, volumen 1º, 2002.

Unas palabras sobre la "corporate identity" de la Universidad: se podría hablar de una "comunidad de pertenencia" de la universidad. La identidad de esta comunidad es cada vez más profunda ante la creciente economización del aparato científico: por ejemplo, por medio de la intensificación de una cultura de los alumnos (así, ejemplarmente, Sankt Gallen); vinculando infraestructuralmente a los eméritos que han contribuido ya a acuñar la impronta espiritual de la Universidad (entre nosotros, los juristas, los colegas W. Schmitt Glaeser y W. Gitter); fortaleciendo las actividades estudiantiles; por medio de la idea de un "faculty club" interdisciplinario, proyectado en Bayreuth en 1998, pero hasta ahora malogrado. El Colegio de la Ciencia de Berlín, del que tuve oportunidad de ser *fellow* en 1992/93 (junto a la reunificación alemana, también a causa de "Weimar" y "Leipzig", mi mayor dicha), trabaja, a su manera, totalmente única, en favor de la "corporate identity" de la ciencia misma, y ello por medio del intercambio interdisciplinario que día a día opera de nuevo.

II. PRIMERA PARTE: LA CIENCIA COMO FORMA DE VIDA-INDIVIDUAL Y COLECTIVA- (CON REFERENCIA A LA COMUNIDAD)

¿Qué significa la Ciencia, y qué significa la "forma de vida"? Tómese en cuenta todas las ciencias, tanto las de la naturaleza como las de la cultura. Pueden dar buenos resultados como "forma de vida" y ser un ejemplo de una vida exitosa. En una época que entrega la ciencia al superfluo pensamiento utilitarista, económico ante todo; que arrincona a la investigación básica a largo plazo, absolutiza al "homo oeconomicus" y convierte al "mercado", el ente desconocido, en "forum", [en tal época] las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la cultura han de ser objeto, con mayor razón, de la investigación básica universitaria, y además en la perspectiva a largo plazo. Desde luego, lo que Goethe unió en su maravillosa máxima: "la naturaleza y el arte parecen rehuirse, pero se encuentran antes de lo que se cree", no puede lograrlo con éxito un investigador individual en el aislamiento y la libertad ni en la mesa de despacho ni en el laboratorio ni en el seminario. Pero, no obstante, sí que *puede, debe* consagrarse a la ciencia como forma de vida, individualmente en la soledad, corporativamente en la cátedra, [consagrarse] a la Universidad en su conjunto, a la propia Facultad, vivir la unidad de investigación y teoría, todo ello en el sentido de W. von Humboldt. Se puede recordar el otro aforismo de Goethe como guía: "quien tiene ciencia y arte, tiene religión; quien no las tiene, tenga religión". No se rehuye el reproche del idealismo, de la "religión de la ciencia" o de la "religión del arte", todo ello puede parecer, o ser, también una despedida. Entre paréntesis, unas palabras sobre la

diferenciación de ciencia y arte. El arte no es falsable, el arte es totalidad, de un modo algunas veces "totalitario" (en todo caso, en R. Wagner); la ciencia sólo puede proporcionar verdades parciales provisionales. El arte no se *equivoca*; la ciencia, por el contrario, es proceso en el sentido de "ensayo y error" de Popper. Se puede hablar también de "obra de arte abierta"; la ciencia es específicamente abierta. De algún modo no debe tener compromisos y debe grabarse precisamente así en la "memoria cultural de Europa".

En el modo de proceder estricto, conscientemente metódico, de la ciencia –aquí, más allá de las ciencias– habría que preguntarse, por de pronto, por las reglas, métodos, relaciones de responsabilidad, controles de resultados, formas de decisión de la ciencia, y sólo entonces analizar el símil de la "forma de vida". *Hic et nunc*, pueden bastar algunas voces-guía para lo primero; lo segundo, acaso inusitado, la metáfora de la "forma de vida" hay que aclararlo más exactamente. "Ciencia" alude al texto clásico de W. von Humboldt, búsqueda incesante de la verdad, canonizado en Alemania por el TCFA [BVerfGE 35, 79 (113)⁽³⁾]. Mediación intersubjetiva y revelación de la "precomprensión y elección del método", son otras conocidas voces-guía. Muchos textos constitucionales, así como jurisprudencia, de antes y de ahora, dan lugar a ello. Además del viejo artículo 5.3 LF⁽⁴⁾, un

(3) Aquí se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en que se cita a Wilhelm vom Humboldt en los siguientes términos: "Para que la investigación y la teoría se puedan dirigir sin trabas a la verdad como 'algo nunca hallado del todo y nunca a descubrir del todo' (Wilhelm vom Humboldt), la ciencia es declarada como un ámbito de responsabilidad personal y autónoma del científico individual, libre de la determinación ajena por parte del Estado". Aunque la sentencia no cita más que el nombre de v. Humboldt y no la obra, parece que la referencia lo es a su famoso homenaje "Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin" ("Sobre la organización interna y externa de los centros científicos superiores en Berlín", 1810) en el que sujeta a las Universidades al principio de "considerar a la *ciencia* algo nunca hallado del todo y nunca a descubrir del todo" (cursiva nuestra). Debe tenerse presente que la tesis defendida por dicho autor en este trabajo tuvo una importante repercusión en la fundación de la Universidad de Berlín y también en la autonomía universitaria: la universidad debe cultivar la ciencia en el más profundo y amplio sentido de la palabra, y además la ciencia no es un sistema de verdades inmutables (lo que hace imprescindible la investigación constante), conviene mantener separadas las escuelas prácticas de los "centros científicos superiores", y el papel respecto a las Universidades debe limitarse a proporcionarles una "absoluta y perfecta libertad para realizar sus trabajos", dado que "su injerencia es siempre entorpecedora". El texto castellano del trabajo de v. Humboldt, que no se ha manejado, puede verse en AA. VV., *La idea de la universidad en Alemania*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1959, pp. 209-220. (Nota del traductor)

(4) De la literatura véase *D. Grimm*, *FAZ* del 11. Febr. 2002, p. 48: "Die Wissenschaft setzt ihre Autonomie aufs Spiel" ("La ciencia pone su autonomía en juego").

texto constitucional de la Europa del Este, donde yo tuve oportunidad de colaborar en Polonia y Estonia, es especialmente sugestivo. La Constitución de Hungría (1989), sección 70 G, apartado 2, reza: "En cuestiones sobre la verdad científica y en la valoración de los resultados científicos de la investigación, la decisión corresponde exclusivamente a los versados en esta ciencia". La autocomprensión del científico es un elemento constitutivo de la categoría "ciencia" y de las personas a ella vinculadas y "llamadas" con un golpe de fortuna. Mi contribución a un homenaje en relación con la Universidad de habla alemana en Budapest⁽⁵⁾ (2000) ha tratado sobre ello.

Otros elementos en el sentido del paradigma de los niveles textuales, enriquecen el cuadro de conjunto de la autonomía de la ciencia: por ejemplo, el artículo 76.2 de la Constitución de Portugal (voz-guía: autonomía totalmente general, sin perjuicio de una valoración adecuada de la calidad docente). Por citar un momento casi autobiográfico: en Marburgo dimos la batalla hasta conseguir la sentencia [BverfGE 47, 327] contra la funesta Ley de Escuelas Superiores de Hesse y su artículo 6. Como, en principio, no podía sobrevalorarse la primera sentencia sobre las Escuelas Superiores de 1973 [E 35, 79] en su significación salvadora, quizás era pronto para esperar una nueva decisión desde Karlsruhe: en interés del mantenimiento de la habilitación como alternativa, también de una forma de vida, en todo caso en las disciplinas de las ciencias de la cultura (argumento: infracción del artículo 5.3 LF y del mandato de homogeneidad del grupo de los profesores de Escuelas Superiores). La relación de la legitimación por medio de la *ciencia* y la legitimación *democrática* era, por lo demás, un típico viejo tema. ¡La ciencia no emana del pueblo!

Con ello llegamos a la "forma de vida". ¿No exigimos demasiado de la ciencia cuando la estilizamos como la "forma de vida"? ¿No le damos con ello demasiado, no dejamos algo de lado las otras formas de vida de hoy, a la familia, a la amistad y a la pareja, al lugar de trabajo? Con la frase "ciencia como forma de vida", a mi juicio, no se promete ni exige demasiado. La profesión del científico es limítrofe con la vocación del artista, una "profesión originaria" –como la teología, la medicina o, pasada de moda, la agricultura, así como la pedagogía–. Desde luego, es dolorosa la opinión del clásico H. Nohl de que la relación pedagógica está determinada desde su comienzo a su disolución. La profesión del científico exige el empleo de la personalidad en su conjunto (pedagógicamente, la función

⁽⁵⁾ Publicado en *FS Druey (Homenaje a Druey)*, 2002, pp. 115 ss.

ejemplarizante) y un bono de confianza, al deber conducirse ahora con bastante esfuerzo por comisiones de ética. Adoptando un giro literario, se puede hablar de "estricta fortuna". A tal "estricta fortuna" le corresponde también alguna ambivalencia: quien en la ciencia emprende alguna vez algo nuevo –y ello le es propio–, con frecuencia es primero vehementemente criticado, y luego plagiado. A mí me ha sucedido tal cosa: primero con la teoría de la necesidad de conformación de los derechos fundamentales (1962), luego con la tutela de los derechos fundamentales a través del proceso (1971) así como los derechos fundamentales como tareas del Estado; con el Derecho constitucional común europeo (1983/1991), con el "Estado constitucional cooperativo" (1978), con la "cultura de los derechos fundamentales" (1979), con la "cultura constitucional" y la "cultura administrativa" (1982/1994), así como con la comparación jurídica como comparación cultural (1983). Posibles temas objeto de plagio podrían y deberían ser en el futuro: el "Derecho constitucional nacional de Europa" (1997) o la tipología de la recepción (desde 1992). Es cierto que quizás en ello, visto ampliamente y con hondura, no haya una "propiedad espiritual" del individuo. ¡Todo se debe a todos!

Es seguro, a mi juicio, que la ciencia sólo puede salir bien parada a distancia de los poderes políticos y económicos, de ahí también mi escepticismo o rechazo, tempranamente formulado y persistentemente mantenido, frente a toda actividad dictaminadora. El dictamen induce a la corrupción inconsciente, más todavía en las ciencias jurídicas. Podrían mencionarse ejemplos de ello, pero es preferible evitarlos⁽⁶⁾. Es especialmente obligado el distanciamiento de los partidos políticos, si bien no se debe ser un crítico de los partidos al modo de un colega de Speyer⁽⁷⁾. De igual modo que es irrenunciable un mínimo de ascética para la ciencia (en la "fortuna" del artista puede ello ser de otra manera), la ciencia tiene que ir distanciada del poder y no tiene que dejarse enredar en los Consejos nacionales de ética, cuestionables también desde el punto de vista democrático. Especialmente para la ciencia del Derecho, son irrenunciables la pluralidad y la sensibilidad frente a los "otros". En concreto, como editor se

⁽⁶⁾ Sobre el problema, P. Häberle, *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft (Ciencia del Derecho constitucional recensionado)*, 1982, pp. 15 ss.

⁽⁷⁾ Parece referirse el autor al Dr. Hans Herbert von Arnim, Catedrático de Derecho público, en especial de Derecho local y presupuestario, de la Escuela Superior alemana de Ciencias de la Administración de Speyer (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer) y autor de varios libros muy vendidos, extremadamente críticos con los partidos. (*Nota del traductor*)

debe dar voz también a otras direcciones y “Escuelas”, lo que yo he observado escrupulosamente en el marco del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts des Gegenwart* [Anuario del Derecho público del presente] (desde 1983) y en el *Archiv für öffentliches Rechts* [Archivo de Derecho Público] (desde 1967). También debe ser un principio importante la tolerancia frente a los propios discípulos: cuando más crece el discípulo en su biografía, tanto más se debe, como maestro, soltar las riendas. La destrucción sistemática de las relaciones maestro-discípulo de todo tipo a través de la introducción del “profesor júnior” no puede, desde luego, ser nunca suficientemente criticada.

Al ascetismo corresponde también la prudencia frente al creciente turismo de congresos o “circo ambulante” (“*Wanderzirkus*”) (¡incluso durante el semestre [académico]!). Se podría hablar también de arenas movedizas (“*Wanderdüne*”), de las que es sabido que no queda nada. Justamente, es obligada la capacidad de resistir a un micrófono, a una entrevista telefónica o a la cámara de la televisión y, con ello, a la publicidad, en especial en Alemania, frecuentemente histérica, y a ello corresponde incluso participar sólo tan raras veces como sea posible, si es que alguna vez, en *talkshows*. Otra cosa sería la emisión por mí reclamada a mediados de 2001 para hacer comprensibles las cuestiones constitucionales según el modelo del “cuarteto literario” (M. Reich-Ranicki)⁽⁸⁾ o las tempranas emisiones de Justus Franz⁽⁹⁾ (“*Achtung Klassik*”)⁽¹⁰⁾. Finalmente, hay que evitar toda clase de diletantismo.

⁽⁸⁾ El “Cuarteto literario” es un programa de televisión de libros emitido por el citado Reich Ranicki de gran audiencia, muy popular y emitido en horas de máxima audiencia, hecho extraño para un programa cultural de este tipo y que se emite seis veces por año durante 75 minutos sin cortes de publicidad. Es muy conocido y se le reconoce el gran papel que juega en Alemania en el fomento de la lectura y con gran incidencia en la venta de libros en un país con un muy elevado índice de lectura. Por ejemplo, ha contribuido a encumbrar en Alemania al escritor español Javier Marías, con un juicio espléndido de su obra y al que calificó como “uno de los mejores escritores vivos del mundo”, autor de verdaderas obras de arte literarias. El pasado 14 de diciembre de 2001, el Sr. Reich-Ranicki, personaje de gran popularidad en Alemania, de 81 años, se despidió de la audiencia. Sobre él, en castellano, puede verse Fernando Aramburu, “El poder de la literatura”, Periódico *El Mundo*, Madrid, 27-XII-01. [Nota del traductor]

⁽⁹⁾ Moderador del programa “¡Atención, clásicos!”, programa de música clásica de la televisión alemana, y que ha contribuido en gran medida a la divulgación y “popularización” de la música clásica entre el público alemán, alcanzando igualmente una muy alta audiencia, inusitada para programas culturales de este tipo. Es también un personaje conocido y apreciado en el país teutón. [Nota del traductor]

⁽¹⁰⁾ P. Häberle, “Das Verständnis des Rechts als Problem des Verfassungsstaates” (“La concepción del Derecho como problema del Estado constitucional”), in: *Rechtshist. Journal*

Permítaseme, orientado por este “monitum”, un paréntesis sobre el tema del fútbol, así sea sólo “cum grano salis”, pero, eso sí, con un granito de seriedad científica. El fútbol, por supuesto comercial, que es deporte popular y medio de intercomunicación popular, contribuye bastante, a su manera, a descubrir la identidad nacional y a la opinión pública (Öffentlichkeit) mundial no se debe sobreelevar al balón, míticamente, igual que una metáfora para el globo [terráqueo] (fútbol como “mito *global*”). Es ciertamente inquietante cuánto se transmuta la política en aprovechada (*Trittbrettfahrer*) del éxito deportivo y pretende instrumentalizar la “opinión pública cultural” del deporte a sus fines⁽¹⁾. Debido a ella, se olvida incluso que “estar presente allí es todo” no basta para las elecciones federales (palabra clave: “prolongación de la política con otros medios”). Con ello, vuelve mi tema vital, la jurisprudencia ...

Todo científico debe ser sensible a los nuevos ámbitos jurídicos, por ejemplo: el Derecho del medio ambiente o de los medios de comunicación. También en estos ámbitos debe realizar contribuciones pioneras (por ejemplo, inventando nuevas “palabras-señal”) y dejar luego todo lo demás, confiadamente, a la literatura secundaria y terciaria, bien abundante en Alemania, y callar; pero se debería evitar el colocarse precipitadamente en ámbitos jurídicos extraños que estén de moda. Así como yo he abordado el Derecho municipal sólo en el trabajo “Política cultural en la ciudad” (1979), por ejemplo, con el entonces novedoso concepto “Derecho constitucional municipal de la cultura”, pero todo lo demás se lo dejé a los colegas, por ejemplo, de Würzburg (sólo en la enseñanza abordé yo, de vez en cuando, el Derecho municipal bávaro). Con ello, estamos ya en la segunda parte, la de las ciencias del Derecho en plural.

III. SEGUNDA PARTE: LAS CIENCIAS DEL DERECHO EN PLURAL

i. Teoría y praxis

A las ciencias del Derecho –aquí concebidas desde el principio en *plural* a causa de su apertura histórica y al desarrollo (piénsese en nuevos ámbitos como el Derecho de la medicina, el Derecho informático, el Derecho de internet y el Derecho de la información)– habría que abordarlas en

20, 2001, pp. 601 ss.; sobre ello, también, *FAZ* del 28. Nov. 2001, p. N 5: “Letzte Bisse” (“último mordisco”).

⁽¹⁾ Citado por *FAZ* del 8. Juli 2002, p. 38: “Dichter mögen den Fußball nicht mehr” (“A los poetas ya no les gusta el fútbol”).

el tiempo y en el espacio, como las dos dimensiones que forman una unidad, histórico-jurídica y juscomparativamente de manera simultánea. Sería un tema singular investigar las condiciones de creación de tales nuevas disciplinas parciales. *Hic et nunc* son sólo posibles algunas voces-guía: su objetivo (el de la ciencia jurídica) es la búsqueda, con moderado optimismo, de la verdad y la justicia, tanto más desde la hora mundial o el momento estelar de 1989, extendiéndose desde el Derecho constitucional comparado hasta la comunidad mundial de Estados constitucionales (las consecuencias del “annus horribilis” de septiembre de 2001, no hay que valorarlas todavía). Las ciencias del Derecho son ciencias de la cultura –mi programa de 1982–; se inspiran en textos clásicos que van desde Aristóteles a H. Jonas (*cfr.* simplemente el artículo 20 a LF) y tienen su concreta sustancia jurídica en el Derecho vigente, llamado positivo; tanto menos pueden hoy operar sólo a nivel nacional, cuando tienen fuerza universal y tareas a lo largo del mundo, con toda la individualidad de lo especial de una cultura jurídica. Las ciencias del Derecho tienen un amplio objeto: desde la dura dogmática como “pan negro” (con tareas limitadas de sistematización que crean, sobre todo, seguridad jurídica), desde la “jurisprudencia constitucional comentada” (1979) y la “ciencia del Derecho constitucional recensionado” (1982) hasta la política jurídica o constitucional, pasando por los marcos teóricos como “pan blanco”; son posibles y obligadas las referencias a la “jurisprudencia clásica”. La hoy constatable comunidad de producción y recepción a lo largo y ancho del mundo en el campo del Estado constitucional, confirma la idea de la sociedad mundial abierta de los constituyentes e intérpretes de la Constitución. En especial en Europa, ya no hay ningún Derecho del Estado nacional (muchos autores no han percibido esto todavía, tampoco hay ya un Derecho nacional de policía), la “europeización interna” es sumamente intensiva, los países (*Länder*) de la UE ya no son el “extranjero” (*Ausland*) unos respecto de los otros, sino “países amigos” (*Freundesland*), internos (*Inland*). Todos los conceptos desarrollados dentro de los Estados nacionales, deben someterse al banco de pruebas de una teoría constitucional europea ⁽¹²⁾. Estas voces-guía recuerdan mucho lo que era, para mí, programa pleno de esperanza, con frecuencia todavía lo es y lo que en el futuro podría ser y no se trata de una lección de despedida, quizás en el espíritu del Rossini ⁽¹³⁾ compositor de óperas, algunas veces próximo a

⁽¹²⁾ Sobre ello, mi ensayo: *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002.

⁽¹³⁾ Rossini se retiró voluntariamente a los treinta y siete años de la escena en plena cumbre de su carrera y terminó como un consagrado chef en el París de finales del siglo XIX, muriendo a los setenta y seis años después de su retiro. (*Nota del traductor*)

Mozart ... es sabido que se dedicó a la cocina ... (lo que, sin embargo, yo no sé hacer).

Las ciencias del Derecho como ciencias relacionadas con la Constitución tienen igualmente "autonomía" frente a cualquier Constitución positiva: la sabiduría (propia) del Derecho privado, no sólo desde Bolonia, el "viejo" Derecho internacional, incluso el Derecho penal, viven bajo el "tejado" de la Constitución (hoy también la de Europa), pero también le proporcionan innovación, sustancia, figuras, dogmática. La "primacía de la Constitución" no puede desconocerse. Lo que distingue a las ciencias del Derecho de sus hermanas, la Filosofía y la ciencia de la Historia, es su específica relación con la praxis: son reclamadas en el caso, vinculadas al contexto de la ley, deben luchar por su aceptación, por ejemplo a través de la transparencia y su carácter público. La altura abstracta de la teoría debe poder acreditarse en los detalles en el caso concreto. No valen los subterfugios; el "en sí y por sí" no es una coartada para los juristas. Con ello se abre la mirada al apartado II: los tipos profesionales.

ii. Tipos profesionales

Una lección jubilar puede representar tipos profesionales de los juristas (como ello sucede siempre en las lecciones inaugurales, encantado también en reuniones ELSA)⁽¹⁴⁾. Su variedad es, hoy como ayer, un atributo. También en la controversia sobre las reglamentaciones de la formación [profesional] debería lucharse por los juristas como "generalistas". El juez ponderador, el abogado litigante, el flexible Letrado de la Administración, el laborioso y sensible profesor: éstas son formas de vida cuando se reflexiona y vive con la medida indispensable de idealismo y entusiasmo. El consejero jurídico puede ser irrenunciable en la vida política del día a día, bien que raras veces suficientemente efectivo: yo me mantengo en mi rechazo teórico, persistentemente observado en la práctica, y reafirmado cada vez más desde 1982, del profesor de Derecho Público como dictaminador. El dictaminador se corrompe, al menos, inconscientemente; el dictamen encargado vinculado al resultado es la bancarrota de los juristas como científicos, si bien se reconoce que los dictámenes tienen algo positivo: obligan a descubrir prematuramente a partir de la praxis nuevos problemas, pero, con intuición, ello puede también suceder de manera anticipada "en la cabeza".

⁽¹⁴⁾ ELSA parece ser la *European League of Stuttering Associations* (Liga europea de asociaciones de tartamudos). [Nota del traductor]

En Suiza es muy distinto; la disposición a escribir un dictamen para el cantón o para la Confederación Helvética, pertenece para el profesor de allí al noble "officium", de todos modos, en Sankt Gallen, como alemán, se me invitó a dictar la conferencia de apertura para la primera reunión principal de la Asamblea constituyente en el cantón (1998)⁽¹⁵⁾. La verdad es que la actividad a título honorífico por ocho años como dictaminador profesional de la DFG⁽¹⁶⁾ aquí, entre nosotros (cada semana un dictamen), tuvo peso en la vida cotidiana profesional.

Ustedes se preguntarán por el dónde y el cómo de la "forma de vida": ahora, también aquí se busca consejo en un texto clásico, en este caso de F.C. von Savigny, según el cual el Derecho es la vida misma de los hombres vista desde un "aspecto especial". Que el legislador alemán pretende destruir una forma de vida jurídica, pero ojalá no pueda, lo muestra la supresión fáctica de la habilitación (2001/2002). En todo caso, en las ciencias culturales lleva ella al "segundo", y con frecuencia, último libro: el escrito de habilitación; crea, a nivel de facultad, una comunidad de docentes y discentes, como nosotros hemos podido recientemente (2002) experimentar en los más jóvenes docentes privados, L. Michael y M. Kotzur. Muchos colegas no alcanzan por desgracia ya hoy a un "tercer libro", más allá de la literatura de comentarios y manuales. La desafortunada figura del "profesor junior" destruye la clásica relación maestro-discípulo, sin la que yo, por ejemplo, no me hubiese podido desarrollar. Algunos doctorandos muy interesados en sus temas fueron igualmente una alegría: desde la "ejecución penal iusfundamental" (1979) hasta la "legalidad y la realidad económica" (2000), desde el "regionalismo transfronterizo" (Sankt Gallen 1993) hasta el "derecho al trabajo en Japón" (1994), sería útil un estudio específicamente sociológico-científico sobre la amplitud de los temas adjudicados por el "padre doctoral" a lo largo del tiempo.

Pero también vemos cosas positivas en Europa. La tesis de las ciencias jurídicas "como forma de vida" se confirma hoy en el tipo profesional en desarrollo de los "juristas europeos". Los concretos requisitos para ello,

⁽¹⁵⁾ JöR 47 (1999), pp. 149 ss.: "Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung --das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen (1998)" ["El arte de la legislación constituyente cantonal --el ejemplo de una revisión total en Sankt Gallen (1998)].

⁽¹⁶⁾ La referencia parece serlo a la *Deutschen Forschungsgemeinschaft* o Comunidad alemana de investigación, sobre la que puede obtenerse información en la página web <http://www.dfg.de>. (Nota del traductor)

su tipo profesional, me los he ganado yo desde hace muchos años⁽¹⁷⁾, con moderado éxito hasta ahora. Aquí (destáquese) solamente la nueva concepción de que el jurista europeo, como también el Derecho europeo en el estricto sentido de la UE y en el amplio sentido del Consejo de Europa y de la OCDE, viene a expresar una específica autoridad del Derecho apenas a superar y hasta ahora no analizada a fondo, del Derecho en el contexto europeo. Cabe quejarse sobre el exceso de normas jurídicas y técnicas empleadas “desde Bruselas”: el Derecho (constitucional) es, en los principios y en los fundamentos, de enorme y pasmosa [capacidad de] legitimación y fuerza integradora. El CEDH y la sustancia del Derecho constitucional de la UE, por ejemplo, hacen, construyen y funda(menta)n [(be)gründen] Europa.

IV. EN ESPECIAL: LA TEORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL HOY

Una debilidad de este bosquejo puede ser que está pensado con demasiado acento desde el Derecho constitucional. Pero fue mi tarea vital, hoy extendida e intensificada en Europa a través de lo “europeo-comunitario”, también para otras regiones del mundo se cuestionan ya las analogías: “Derecho constitucional islámico comunitario” (así, E. Mikunda, Sevilla, lo último en *JöR* 51 (2003, en prensa) y se esperan desarrollos jurídicos “asiático-comunitarios” (por ejemplo, desde Japón y Corea del Sur). El Derecho americano comunitario es un tema singular, por ejemplo a la vista de la DADH y su carácter público (*Öffentlichkeit*). Así, habría seguramente que escribir y leer mi lección jubilar modificada también desde los sectores parciales del Derecho. Habrá todavía, ciertamente, otros discursos jubilares de colegas locales, incluso por parte de mis discípulos en una década multiplicada por años.

Permítanseme unas palabras, por último, sobre la forma de la clase. La ideal es, y sigue siendo, para mí, el concepto de Seminario desarrollado desde 1969: participantes en todos los semestres o promociones, desde estudiantes en su tercer semestre hasta habilitandos; continuidad a lo largo de muchos años; ningún seminario en bloque porque en ellos no surge ninguna forma de comunidad; temas de todo el espectro de los Derechos constitucionales nacionales, pasando desde el Derecho administrativo hasta la Filosofía del Derecho, el Derecho constitucional de la religión y el

⁽¹⁷⁾ Cfr. últimamente, *Europäische Rechtskultur [Cultura jurídica europea]*, 1994; “Der europäische Jurist” [“El jurista europeo”], in: *JöR* 50 (2002), pp. 123 ss.; *Europäische Verfassungslehre [Teor]*, 2001/2002, pp. 142 ss.

Derecho europeo, la comparación jurídica y la Historia del Derecho, en todas las formas o géneros literarios, por ejemplo: recensiones de sentencias, ensayos sobre los fundamentos, monografías o casos de la vida política diaria. Ha sido, para mí, una gran suerte que, desde 1990, cada vez más participen en Bayreuth invitados del extranjero, estudiantes y profesores, últimamente los doctores Azpitarte Sánchez (Granada) y López Bofill (Barcelona). Los seminarios de fin de semana complementarios en Dörnberg (Hesse) y desde Augsburg en Herrsching (a orillas del lago Ammersee) serán todavía recordados por los más viejos de entre mis discípulos. También corresponde a las "fiestas jurídicas" el arte, por ejemplo, de sostener las funciones musicales o parodias, que se debe aprender a recibir cada vez más benévolamente. Los seminarios, en el caso ideal, echan literalmente el gancho a la personalidad en su conjunto de nosotros, los juristas, si bien sólo por un tiempo.

Ustedes, respetables damas y caballeros, esperarán unas palabras sobre las Escuelas de Derecho que se desarrollan en Alemania (por ejemplo, la "Bucerius Law School") en las que ya no se enseña en la lengua de Lutero, Kant y Goethe: debo reflexionar todavía sobre ello; actualmente tiendo yo, más bien, a la crítica. Todavía una provocación más: soy partidario, en tanto haya suficientes becas, de proveer de los recursos financieros para crear infraestructura también a través de moderadas tarifas de estudios de las universidades estatales (obsérvese que el maestro artesano también debe abonar de su propio bolsillo, una cantidad de dinero no insignificante para su "curso de maestría"). Por lo demás, se trata únicamente de competencias de los Länder alemanes. ¡Qué contento estaría yo de dar una lección de primer semestre por una sola vez más y ello, por lo menos, a tres personas!: 1) al ejerciente Canciller federal, G. Schroder (contra su palabraclave inconstitucional: "una ley para todos los escolares"⁽¹⁸⁾); 2) al señor M.

⁽¹⁸⁾ A resultas del informe internacional PISA (*Programm for International Student Assessment*) elaborado por la OCDE, el Canciller Federal Sr. Schröder criticó enérgicamente el hecho de que el sistema alemán de enseñanza pivotase sobre la Conferencia de Ministros de los Länder de cultura y defendió la necesidad de "ein Gesetz für alle Schulen" ("una ley para todas las escuelas") a nivel de toda la federación, por considerar el sistema actual, descentralizado y sin una ley marco común con un estándar educativo-formativo vinculante para todas las escuelas alemanas, como absurdo y costoso; y que tal sistema ha conducido a que un país líder económico en el mundo como Alemania ocupe, sin embargo, en cuanto a formación se refiere, sólo un puesto por debajo de la media entre los países de la OCDE y no esté, pues, a la cabeza como correspondería a su posición política y económica. El artículo que escribió sobre este tema el Canciller Schröder y destapó la caja de truenos, hasta hoy, fue publicado en el semanario *Die Zeit* (27/2002) con el título "Ein Gesetz für alle Schule."

Naumann [ex ministro de cultura: N. del T.] (palabra-clave: altura cultural de los Länder como "folklore constitucional"); 3) y por último a una cortesana de Berlín: la Ministra de Estado de cultura Nida-Rümelin, que ni hubiese podido existir en Siracusa, ni hace un buen papel en Berlín ⁽¹⁹⁾.

V. PANORAMA Y CONCLUSION

El panorama y la conclusión en esta lección jubilar se limitan a las palabras de agradecimiento: a mi maestro, Dr. Konrad Hesse, que, junto a su esposa, nos ha concedido el gran honor de estar hoy aquí; a los amigos extranjeros, que me han demostrado desde hace exactamente doce años por qué Aristóteles tiene razón con su canto a la amistad ⁽²⁰⁾, más en el contexto europeo. Las amistades científicas con extranjeros ⁽²¹⁾ me han hecho feliz, especialmente en los últimos años, a veces también me han inspirado; desarrollan alicientes específicos: ¡mis amigos y discípulos extranjeros no me han decepcionado nunca! ¿Cuál es el estímulo especial? Ambos participantes se sienten como embajadores culturales de su país y están abiertos de modo específico a un intercambio intensivo que ya pronto se manifiesta a través del "tono de la conversación", todo ello aparte de las estructuras de poder y las relaciones de competencia de la correspondiente comunidad nacional de científicos. Más aún: el "no sólo ... sino también" de la diferencia y la comunión de la cultura enriquece. Por lo demás, Suiza sigue siendo mi "primer amor", Italia el "eterno" y España el "último". Al respecto es, también, de la mayor honra que me llegue en este mismo instante un telegrama de felicitación del Presidente de la Asociación de Profesores Italianos de Derecho constitucional, S. Panunzio, en el que me define como modelo del "jurista constitucional europeo".

Pisa und die Konsequenzen für das deutsche Schulsystem" ("Una ley para todas las escuelas. Pisa y las consecuencias para el sistema alemán de enseñanza").

⁽¹⁹⁾ Aclárese, para entender el lector no alemán el texto, que la referencia parece explicarse, porque el señor (ex)Ministro citado ha sido, hasta ahora, el primer Ministro federal filósofo (y titular de la primera Cátedra de Bioética de Alemania) y la referencia a Siracusa parece aludir al hecho de que allí el gran filósofo Platón hizo (malogrados) experimentos, por decirlo brevemente, de "asesoramiento político" al tirano Dionisio I y su hijo, tratando de construir un Estado ideal. (*Nota del traductor*)

⁽²⁰⁾ La referencia ha de entenderse hecha a la obra de Aristóteles *Ética a Nicómaco*, Libro octavo, *in toto*. (*Nota del traductor*)

⁽²¹⁾ Documentado en: T. Fleiner (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft (La sociedad multicultural y multi-étnica)*, 1995; M. Morlok (ed.), *Die Welt des Verfassungsstaates (El mundo del Estado constitucional)*, 2001.

Por último, haré mención de mis siete discípulos, que, cada uno a su modo, se han “emancipado” de mí, naturalmente hace ya largo tiempo (es decir, en Derecho del Este, Derecho de la ciencia, Derecho del medio ambiente y Derecho de los medios, Derecho de los partidos y Derecho europeo). Me he alegrado especialmente en los últimos tiempos por los docentes privados los Srs. L. Michael y M. Kotzur, también por el Sr. Wiederkehr (de Basilea): sin ellos (en especial, sin el Sr. Kotzur), el presente Coloquio no se hubiese podido organizar. No en último término vaya aquí mi agradecimiento a mis estudiantes –los que conozco como los que no conozco–: he enseñado con mucho gusto. La Facultad de Bayreuth me ha apoyado (*tragen*) desde hace unos veinte años; en algún aspecto también me ha “soportado” (*ertragen*). Consten las gracias al Rector Sr. H. Ruppert y al Sr. Secretario General Dr. E. Beck, también en el ámbito del Instituto de Investigación de Derecho constitucional europeo, al Decano P. Oberender y, no en último lugar, a mis colegas en la Facultad bayreuthiana. Finalmente, las gracias valen también para mi editor en Berlín, tan leal desde hace muchos años, Prof. N. Simon ⁽²²⁾ y para el editor del Anuario a mí vinculado personalmente, Dr. *honoris causa* G. Siebeck, de Tubinga; gracias al profesor Balaguer Callejón, que me concedió en 1999 el honor de un Congreso en dos partes en Granada y hoy ha representado, de manera impresionante, a su “nueva Escuela de Granada”; gracias a D. Tsatsos, que planea un Congreso en mi honor en Grecia en febrero de 2003.

Esta despedida emana quizás un cierto “hechizo”, aunque el comienzo lo tuvo también –ello es incierto– ... También aquí puede servir de criterio orientador la “confianza escéptica” de K. Hesse, formulada hace siete años ⁽²³⁾. Este intento de mi lección jubilar ha tenido, desde luego, una doble dimensión: ha sido en parte conocimiento (*erkenntnishaft*) y en parte profesión de fe (*bekennnishaft*).

⁽²²⁾ A su cuidado e inmediatamente editado por W. Graf Vitzthum, el tomo: *Kleine Schriften*, 2002.

⁽²³⁾ Cfr., K. Hesse, “Skepsis und Zuversicht – Zu Ernst Bendas 70. Geburtstag” (“Escepticismo y confianza, con ocasión del septuagésimo cumpleaños de Ernst Benda”), in: *FS Benda (Homenaje a Benda)*, 1995, pp. 1 ss.

NUEVOS ASPECTOS DE LA GUERRA Y RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO Y EL GOBIERNO ^(*)

Giuseppe de Vergottini ^(**)

Sumario: I. Por qué se debe revisar el concepto de guerra. II. Cómo recuperar el concepto de soberanía. III. Por qué la soberanía de la potencia hegemónica limita las soberanías de los demás Estados que componen la Alianza. IV. Cuál es el modo por el que los gobiernos y los parlamentos acuerdan autorizar el inicio de un conflicto. V. Los ámbitos de la posición política parlamentaria. VI. Los ámbitos del control parlamentario. VII. Cómo se limita el conocimiento de los acontecimientos. VIII. Cómo se limitan los derechos. IX. Cómo cambiará la tipología de las guerras.

I. POR QUE SE DEBE REVISAR EL CONCEPTO DE GUERRA

El conflicto que se inició después del ataque terrorista que conmovió a los Estados Unidos, y en consecuencia al resto del mundo, con una verdadera incidencia "global", abre una fase nueva en el modo de concebir los conflictos internacionales; en la definición de las reglas del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional; en evaluar el significado de la Alianza Atlántica dominada por los Estados Unidos, que a partir de este momento asumen un papel cada vez más preponderante e incontrovertible.

^(*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, D.F. 12-15 de febrero de 2002). Traducción del italiano de Claudia Herrera.

^(**) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Bologna (Italia).

Los aspectos que atraen el interés de quien se ocupa de los temas concernientes a la seguridad a nivel interno como internacional, son múltiples. Entre estos, tenemos la incidencia de la nueva realidad sobre el papel de la institución *parlamento* y de la institución *gobierno*. En efecto, en un primer análisis se observa, tanto la *pérdida generalizada de poder de los parlamentos* de los Estados involucrados en las decisiones de la potencia líder de la Alianza Atlántica, como un *papel preferencial de los gobiernos* por las opciones que les quedan en el área de control de los Estados involucrados en el conflicto, con una gran reducción del papel de los parlamentos. Además, se observa el regreso a un problema antiguo que se refiere a las decisiones relativas a la seguridad, consistente en la *limitación de la publicidad de las decisiones* de los órganos constitucionales, mientras que en la ponderación entre las exigencias de la protección de la seguridad y el aseguramiento de los instrumentos de garantía (consistentes en la posibilidad de activar los controles parlamentarios y en la protección de los derechos fundamentales), las decisiones de los órganos constitucionales, se ven obligados a privilegiar a la primera, con *limitación de los controles parlamentarios*, y adoptando una *legislación que limita los derechos*.

Para enmarcar el tema que estamos tratando, se debe reflexionar al mismo tiempo sobre el nuevo concepto de la guerra, que se vislumbra en el complejo panorama a inicios de este milenio.

a) En primer lugar, está cambiando la concepción de la *relación paz/guerra*.

Durante varios años, los acuerdos internacionales y los documentos constitucionales, han reducido en su contenido el fenómeno bélico, tratando de limitar las hipótesis de guerra lícita tan sólo a los casos de reacción de defensa frente a una agresión, y previendo al mismo tiempo, un papel de moderación de los órganos de Naciones Unidas, a los cuales se atribuía la tarea de autorizar el uso de la fuerza armada.

Tal orientación se ha desmentido sistemáticamente en varias ocasiones, tanto en las situaciones de conflictos a nivel regional o de alcance limitado, como en los casos de conflictos que presentan una relevancia mundial, sin ninguna duda, y que han contemplado la hipótesis de intervención armada de carácter legítimo, por razones definidas como humanitarias, y saltando contextualmente el filtro previo de decisión de las Naciones Unidas. Me estoy refiriendo a la campaña militar contra Yugoslavia de 1999. Sin embargo, resulta claro que todavía quedaba consolidado el criterio guía de marginalidad de la guerra para resolver graves situaciones de crisis, debiendo dar precedencia al empeño dirigido a encon-

trar soluciones no sangrientas a las posibles controversias, y considerando como principio de derecho común, la obligación de las partes en una controversia internacional, de intentar cualquier esfuerzo para hallar soluciones consensuales a situaciones perjudiciales para el mantenimiento de la paz y la seguridad.

Por lo tanto, permanecía dominante el principio de rechazo a la guerra como instrumento de política internacional y, al mismo tiempo, se insistía en la paz como valor característico de los ordenamientos democráticos. Esta orientación, al mismo tiempo, echó atrás el concepto tradicional de guerra como connatural al nacimiento y a la existencia misma del Estado y como modo último e inevitable de tratar las relaciones entre los Estados, como *ultima ratio regum*. También había llevado a relegar el mismo concepto de guerra internacional, que con frecuencia había sido subrepticamente sustituido en la praxis y en la terminología común con el de "*conflicto armado*", convirtiendo la guerra en "restos del pasado", e igualmente había sido sustituido por el de "*crisis internacional*".

Tal concepto es familiar a la *praxis* internacional, y ha sido incluido en la legislación italiana recientemente. La cual con el propósito de emplear las fuerzas armadas en el exterior, equipara el caso de deliberación del estado de guerra, según el artículo 78 de la Constitución, a una situación de "*grave crisis internacional en la cual Italia sea involucrada directamente o por razones de pertenencia, a una organización internacional*" (ver Ley No.331, art. 2, inciso 1, literal f), de 14 de noviembre de 2000).

b) Los acontecimientos ocurridos en septiembre de 2001, han persuadido a los Estados Unidos y a los Estados de la Alianza Atlántica, sobre el hecho que el valor de "*seguridad*" coincide con el valor de "*sobrevivencia*" y termina por prevalecer netamente sobre el valor de la "*paz*". El hecho de que el evento terrorista haya sucedido en los Estados Unidos implicará que las medidas normativas adoptadas por los órganos de este país, tengan seguramente una incidencia sobre los ordenamientos de los países de la Alianza Atlántica, y por ende, sobre otros ordenamientos con una expansión realmente global.

En la práctica, actualmente Estados Unidos considera la cuestión "*guerra*" de una forma bien diversa de como se le entendía habitualmente, tratándose de conflictos fuera del propio territorio nacional. El Presidente de los Estados Unidos, al estar bajo la presión de la opinión pública, dejó de lado el esquema de la reacción frente a un peligro en un cuadro de normalidad constitucional, y anunció el inicio de un estado de movilización, hablando de guerra y por lo tanto adoptando medidas de

fortalecimiento de la seguridad interna y de limitación de los derechos civiles (ver el reciente *USA Patriotic Act of 2001*, sancionado por el Congreso el día 24 de octubre).

c) Por lo tanto, la guerra desde un régimen del todo no natural a un ordenamiento que atribuya la precedencia sin discusión alguna al valor constitucional de la paz, se encamina hacia un régimen aceptable y compatible con los otros valores en los que se funda el Estado liberal democrático.

A partir de este momento, no se necesitará más limitar la guerra a los casos en los cuales se piense individualizar los presupuestos de una injerencia humanitaria, como ocurrió recientemente y en particular con la intervención en Kosovo. Pero será posible y lícito iniciar una guerra por tiempo indeterminado contra los sujetos que practican el terrorismo. No sólo, sino que será posible incluso iniciar guerras de modo preventivo como ya lo declaró el Presidente norteamericano. Si esta dirección se consolida, cambiará profundamente el Derecho internacional de los conflictos armados que parecía fundarse sobre la licitud de la guerra estrictamente de defensa, excluyendo formas de prevención que implican el uso de la fuerza armada.

Pero cambiará también el Derecho constitucional, como lo demuestra la aprobación de la Ley que contiene las "*Medidas especiales contra el terrorismo*", de 29 de octubre, donde la Dieta japonesa ha contemplado una derogación parcial, durante un año, pero con la posibilidad de una ulterior prórroga, de la *Ley sobre las fuerzas de autodefensa* de 1954. De hecho, con esta ley, Japón redimensiona el principio pacifista, contenido en el artículo 9 de la Constitución de 1946, que junto con la renuncia radical y perpetua a la guerra, prohibía la reconstitución de las fuerzas armadas. La ley dispone que las fuerzas de autodefensa, ya transformadas en un aparato bélico significativo, puedan también intervenir fuera del territorio nacional, con una serie de actividades auxiliares al uso directo de la fuerza armada, pero claramente como parte esencial de cada conflicto, que implicarían la participación en la guerra, si bien el texto precisa que quedan prohibidas las actividades conexas al empleo de las armas, con excepción de los casos en los cuales se presenta la necesidad de proteger la vida de los sujetos empleados en las misiones. Otro dato típico prevé que la intervención japonesa sea decidida a discreción del Gobierno, con la obligación de presentarla sucesivamente al parlamento, dentro del término de veinte días contados a partir del inicio del ejercicio de las medidas, para que este último las apruebe.

II. COMO RECUPERAR EL CONCEPTO DE SOBERANIA

En segundo lugar, frente a una situación de emergencia, vuelve a ocupar un espacio incontrovertible el interés nacional por sobrevivir, y por consiguiente, se confirma como dato natural el recurso a posibles soluciones, valiéndose de medios que sean útiles, valorizando así la soberanía de cada uno de los Estados amenazados. Al mismo tiempo, aparecen completamente secundarias y sin ninguna influencia, las formas de organización inventadas en años pasados para proteger la seguridad. Las Naciones Unidas ha sido esencialmente contumaz en el momento de las decisiones reactivas adoptadas exclusivamente por el Gobierno norteamericano. Inicialmente, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General se han limitado a dar votos de condena (12 de septiembre), en particular con la Resolución núm. 1368 (de 12 de septiembre de 2001) del Consejo de Seguridad, donde se menciona la disponibilidad a responder a los ataques terroristas y se confirma el derecho de autodefensa, pero sin autorizar el uso de la fuerza. Posteriormente, el Consejo adoptó la Resolución núm. 1373 de 28 de septiembre de 2001, bien articulada y que contiene toda una serie de previsiones encaminadas a aislar y combatir el terrorismo, sobre todo impidiendo la financiación de éste, pero sin ocuparse de un tema urgente como era el uso de la fuerza armada en Afganistán.

La OTAN rápidamente manifestó estar de parte de Estados Unidos, disponiendo de modo ilimitado asistir al Estado agredido. En primer lugar, e inmediatamente después del 11 de septiembre, el Consejo Atlántico decidió hacer uso del artículo 5 del Tratado, subordinando las demás determinaciones al hecho de verificar de manera concreta que se tratase de un ataque que proviniera del exterior de los Estados Unidos (12 de setiembre).

Sucesivamente, se llegó a la convicción de que el ataque efectivamente provenía del exterior, y por consiguiente el Consejo declaró que se aplicaría el artículo 5, estableciendo los principios comunes a ser utilizados por los miembros para asistir al agredido. En este punto, la Alianza adoptó una posición de espera a la toma de decisiones de la potencia guía, y en realidad, sólo algunos miembros adoptaron decisiones unilaterales de intervención seguidos de acuerdos bilaterales con el agredido. Los otros miembros ofrecieron desde el primer momento la máxima disponibilidad. Sin embargo, lo que se presenta es que los Estados que consideraron prioritario para sus intereses oponerse con la fuerza armada al terrorismo en cuanto Estados directamente agredidos (USA) o en cuanto se sintieran amenazados (Gran Bretaña, Alemania, Francia, Australia, Canadá) deci-

dieron moverse por su propia cuenta, dejando de lado el empeño colectivo de la OTAN. Por lo tanto, en la práctica es la soberanía que con sus atributos convencionales recobra fuerza, mientras quedan al final los mecanismos institucionales dirigidos a la protección colectiva de la seguridad. Entonces, estamos en presencia de una reconsideración irrefutable del papel primario de las posiciones, que se pueden relacionar con la evaluación de los intereses nacionales, que los Estados piensan desarrollar haciendo uso de las decisiones que le son propias, y con exclusión del papel de los organismos internacionales dispuestos a proteger la paz y la seguridad, que asumen posiblemente un papel colateral y auxiliar, y al mismo tiempo ratifican las decisiones estatales. Obviamente, el restablecimiento *del principio de soberanía* al cual nos referimos, no involucra a todos los Estados, sino sólo a aquellos que están en capacidad de asumir un papel activo en el escenario internacional.

III. POR QUE LA SOBERANIA DE LA POTENCIA HEGEMONICA LIMITA LAS SOBERANIAS DE LOS DEMAS ESTADOS QUE COMPONEN LA ALIANZA

En tercer lugar, lo sucedido evidenció aún más el papel dominante de Estados Unidos a nivel mundial y en el seno de la Alianza Atlántica. Así como la incidencia que tienen y tendrán las decisiones de la potencia norteamericana, al influir sobre las normas del Derecho internacional y por consiguiente sobre el derecho interno de los ordenamientos de los Estados miembros de la Alianza. Debemos ser conscientes que el concepto de *guerra permanente* contra el terrorismo internacional y el de *guerra preventiva*, no sólo entrarán a formar parte del Derecho internacional en curso de actualización, sino que también harán parte del Derecho interno, modificando profundamente normas y doctrinas, alterando muchas de las nociones que parecían asumidas de manera definitiva en el marco del Derecho Constitucional.

IV. CUAL ES EL MODO POR EL QUE LOS GOBIERNOS Y LOS PARLAMENTOS ACUERDAN AUTORIZAR EL INICIO DE UN CONFLICTO

Con referencia a las *relaciones entre el legislativo y el ejecutivo* y a la *función de garantía de los parlamentos*, es el caso de recordar como las competencias en temas de decisiones sobre la seguridad, son confiadas a órganos constitucionales, según los diversos modelos que se derivan de

las diferentes *formas de gobierno*. En los ejemplos de los ordenamientos con separación de poderes, de los cuales nos ocupamos, y que hacen parte de las formas de gobierno presidencial, semipresidencial y parlamentaria, la alternativa tradicional que subsiste es la de la preeminencia entre los parlamentos o la preeminencia de los gobiernos: Pero resulta indiscutible que por su naturaleza, las decisiones que involucran el valor extremo de la seguridad, tienden casi en su totalidad a favorecer con preferencia al órgano decisional con composición restringida, es decir, al gobierno.

En el caso que estamos tratando, que se refiere a los países de la Alianza Atlántica, el modelo presidencial vigente en Estados Unidos, caracterizado por un ejecutivo monocrático "fuerte", asume una posición particular en cuanto tal país es al mismo tiempo *líder* de una Alianza que implica una coalición internacional *desigual*, dominada precisamente por los Estados Unidos.

En tales formas de organización, el papel dominante de la potencia hegemónica no puede ser contrastado, y sólo a tal potencia corresponde determinar quién es el "*enemigo*" de la Alianza. Determinación que resulta ser la prueba indiscutible de cuál sea la sede real de la *soberanía plena* en un contexto global que comporta la presencia de las restantes *soberanías limitadas*.

Es necesario distinguir con claridad la situación que existe en el ordenamiento de la potencia guía de una coalición hegemónica, como resulta ser la Alianza Atlántica, de la situación presente en los ordenamientos de los Estados miembros.

En el ordenamiento de la potencia guía, se identifica la función fundamental del parlamento en cuanto a la decisión inicial dirigida a apoyar las opciones presidenciales. En efecto, es un acto parlamentario el que atribuye los poderes al Presidente que es habilitado a iniciar una "guerra" contra un *enemigo indeterminado*, constituido por una entidad impersonal, denominada "terrorismo", guerra a desarrollarse en un *ámbito territorial indeterminado*. En realidad, la indeterminación del sujeto y de su localización surge de modo evidente del texto de la *joint resolution (Public Law 107-40* de 18 de septiembre) votada por el Congreso de los Estados Unidos.

Desde el punto de vista que nos interesa, el antecedente determinante que condicionaba a los aliados, estaba en el hecho de que el acto del Congreso dejaba al Presidente un *poder discrecional ilimitado* para determinar quién era el enemigo, que de acuerdo al juego de las alianzas, se convertiría también en el enemigo de los otros Estados.

V. LOS AMBITOS DE LA POSICION POLITICA PARLAMENTARIA

En los ordenamientos de los Estados miembros, se evidencia en primer lugar, el automatismo en las decisiones para participar en el conflicto cuando se verifique el *casus foederis*. Y se observa, en segundo lugar, la confirmación del papel preferencial del gobierno en asumir todas las decisiones factibles del compromiso internacional.

Por lo que se refiere a la *intervención en el conflicto*, se comprueba que el momento en el cual parte la constatación de los presupuestos del ejercicio de las cláusulas del Tratado, son llamados los diversos Estados miembros a ejercer los compromisos y en tal caso, los ámbitos de manobra son ejecutados. Se confirma así que la libertad de los órganos constitucionales llega hasta el momento previo en el cual toman la decisión de entrar o no a formar parte de la Alianza. En tal caso, para la creación de los tratados de gran relevancia, como las alianzas defensivas, es claro que la función de los parlamentos sigue siendo esencial. La fuerte importancia de los compromisos políticos-militares sobre el destino de los pueblos involucrados, induce a algunas constituciones a requerir mayorías parlamentarias de tipo calificado (por ejemplo en Alemania, art. 79, y Grecia, art. 27, 2). Además, en diversos países las mayorías calificadas son un requisito para autorizar aquellos tratados que reconocen atribuciones a organismos internacionales de las competencias que le son propias (Grecia, art. 28°; Holanda, art. 92°; Suecia, Tít. X, art. 5°; España, art. 93) en las cuales se añaden los casos en los que las mayorías calificadas son requeridas para autorizar al Gobierno a realizar acuerdos que puedan ir en contradicción a un dispositivo constitucional (Austria, art. 50,3°; Holanda, art. 91,3), hasta requerir, en ciertos casos, la revisión previa de las constituciones con el fin de establecer la compatibilidad de los tratados con ellas mismas (Alemania, art. 79°; España, art. 95°; Francia, art. 54).

De todas formas, son sólo los parlamentos de los ordenamientos de democracia liberal los que autorizan compromisos similares, aunque por iniciativa de los Gobiernos. También puede suceder que después los parlamentos pierdan el derecho de interponerse hasta en el proceso de revisión radical de los compromisos, como sucedió precisamente con ocasión de la deliberación del Consejo Atlántico dirigida a cambiar la "misión" de la Alianza. Pero los márgenes de libertad de que se dispone, tanto los parlamentos como los gobiernos, se ve reducido al momento en el cual se verifique la necesidad de *ejecutar* en concreto el acuerdo inicial.

En el caso de la guerra contra el terrorismo, al ser activada la cláusula del artículo 5 del Tratado de la OTAN, los países miembros de la Alian-

za se interesan por medidas de intervención, destinadas a respetar el sentido del artículo 51 del Estatuto de las Naciones Unidas. Desde un punto de vista práctico, esto significa participar en iniciativas con finalidades de defensa para reestablecer la seguridad en el área atlántica del norte. Sin embargo, después del cambio unilateral de la misión OTAN, deliberada por el Consejo Atlántico los días 23 y 24 de abril de 1999, y jamás autorizada por los diversos parlamentos nacionales, las medidas adoptadas implican, al mismo tiempo, la posibilidad de recurrir al uso del aparato militar también fuera del área tradicional que sea objeto de posibles intervenciones por parte de la Alianza. Tales medidas deben estar acompañadas de la puesta en conocimiento del Consejo de Seguridad, y teóricamente deberían reconsiderarse si el mismo Consejo de Seguridad llegara a adoptar medidas necesarias para asegurar la paz internacional y la seguridad.

Una vez identificada la existencia de los presupuestos de aplicación del artículo 5, quedaba sólo poner a prueba el mecanismo de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, bien sea con referencia a la decisión de prestar ayuda al aliado agredido, o bien con el objeto de identificar en concreto las modalidades de intervención activa mediante el envío de hombres y medios fuera de los límites nacionales. Como es bien sabido, en tales eventos, la práctica ha conducido a la alternativa entre iniciativa autónoma del Gobierno, con una *comunicación* simple al Parlamento, y *voto* explícito de este último, con el objeto de autorizar al Gobierno.

En Italia, la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados a través de la Resolución núm. 7-1007 de 16 de enero de 2001, racionalizó la *praxis* precedente, relativa al procedimiento de decisión de envío de tropas al exterior para misiones encaminadas a asegurar la paz, previendo más fases: deliberación gubernamental e información a las cámaras; aprobación por parte de las dos cámaras en pleno o en comisión, sobre la base de la autonomía institucional de los órganos, de la decisión gubernamental; aplicación por parte del Gobierno de la deliberación del parlamento a través de la presentación de un proyecto de ley o de la sanción de un decreto-ley que contenga la cobertura financiera de la misión, disposiciones factibles por parte de la administración militar. Puesto que las misiones de paz pueden ser aprobadas en el marco de compromisos internacionales ya asumidos, pero que no cuentan aún con un respaldo previo en sede internacional, la resolución señala que en esa última hipótesis, se deberá definir un acuerdo *ad hoc* que, si aún no fuera adoptado en forma simplificada, requeriría que se aprobara necesariamente una ley de autorización para su ratificación y ejecución.

Es necesario observar cómo en la historia de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno italianos de los últimos años, las modalidades de enlace entre los dos centros de decisión fueron más bien variadas. Se va desde las simples notas informativas a través de comunicaciones del Gobierno y con respuesta a las interrogantes e interpelaciones parlamentarias, hasta llegar a informes con depósito de iniciativas legislativas, entre las cuales priman las orientadas a convertirse en decretos-leyes, seguidas de una aprobación parlamentaria, y las orientadas a la presentación y voto de mociones y resoluciones.

En los otros ordenamientos de los países de la Alianza, la situación no es diversa: procedimientos simples de información que comprenden debates y en los casos de mayor importancia, un voto parlamentario explícito con la función de aprobar la labor del Gobierno. En Holanda, la Constitución prevé de modo explícito la obligación del Gobierno de informar previamente al Parlamento sobre el propósito de enviar fuerzas armadas al extranjero (art. 100). En una hipótesis circunscrita, ofrecida por el ordenamiento alemán, una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de julio de 1994 reconoció la presencia de un principio general que requiere la autorización expresa del *Bundestag* para el envío de tropas al extranjero.

Es evidente que casos como el de la participación en el conflicto de Afganistán presentan gravedad, por lo cual deben ser enfrentados con rigor mucho más profundo del que se refiere a las misiones de paz, que tienen connotaciones bien diversas de las de un verdadero conflicto internacional armado. Por consiguiente, en un conflicto bélico no serían suficientes los procedimientos de mera información, pero no podría faltar una deliberación parlamentaria de instrucción, que entre otras debería ser tomada después del debate en el Pleno, y no tan sólo en Comisión.

En Italia, después del acto terrorista del 11 de septiembre, se decidió inmediatamente convocar de modo permanente a las comisiones de Defensa y Asuntos Exteriores de las dos cámaras, invitando al Gobierno a presentar una comunicación. Posteriormente, se dieron varias reuniones de las comisiones y de las asambleas en las cuales se escucharon las comunicaciones del Gobierno, y al fin se adoptaron las resoluciones que tuvieron un acuerdo sustancial por parte de la mayoría y de la oposición, y que condujo a la aprobación del envío de tropas para colocarlas al mando de los Estados Unidos.

De todas formas, el problema de la amplitud de la *posición política parlamentaria*, queda abierto. Y esto no sólo en Italia, donde no se ha re-

suelto con claridad el problema sobre la simple información a las cámaras o la verdadera solicitud de autorización previa a la puesta en marcha de la decisión del Consejo Atlántico relativa a la utilización del artículo 5 del Tratado. Si no también, por ejemplo, en Francia, donde con ocasión de debates análogos frente a la reunión de las Comisiones de Asuntos Exteriores y de Defensa de la Asamblea Nacional, se lamentaron sobre el hecho que la consulta previa al Parlamento sea deficiente y se solicitó un voto expreso previo al envío de las unidades militares al extranjero (9 de octubre). En Alemania, el Gobierno Federal presentó al *Bundestag* (7 de noviembre) una solicitud expresa de autorización con el fin de emplear las fuerzas armadas para combatir el terrorismo internacional "con el fin de garantizar el derecho de autodefensa individual y colectiva en el ámbito y según las reglas de un sistema de mutua seguridad colectiva", de acuerdo al contenido del art. 24 de la Ley Fundamental.

VI. LOS AMBITOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO

De lo expuesto se deduce que la función parlamentaria es tendencialmente *adhesiva* a las iniciativas gubernamentales que tienen presente la exigencia de respetar el vínculo de la Alianza, y que en una de las hipótesis más optimistas, puede comportar una autorización expresa al Gobierno. Al parlamento le quedan, obviamente, todos los instrumentos usuales de *control político* sobre la gestión, en concreto, de las decisiones relativas al desarrollo de la guerra. Y cuando se habla de control nos referimos a una *gama variada de posibilidades de intervención parlamentaria*: capacidad del parlamento de recibir información, capacidad de volver participativa a la opinión pública del país sobre la situación política de la seguridad, capacidad de indagar y de llamar al Gobierno a responder políticamente, capacidad de interdictar las decisiones gubernamentales, y, en fin, de imponer decisiones que sustituyan a las del Gobierno. Parece claro que en la forma de gobierno parlamentaria, no pudiendo existir una clase de unión en la dirección política externa y de la seguridad nacional entre los dos órganos, y dejando al Gobierno la responsabilidad de la dirección hasta que continúe vigente la relación de confianza, el control por excelencia debería consistir en la capacidad de convertir al Gobierno efectivamente responsable, debiendo este mismo rendir cuentas al parlamento de su propia política.

De todas formas, se corrobora que la garantía del control parlamentario, no puede hacer nada sobre la decisión de fondo relativa a la ejecución de las cláusulas de la Alianza, una vez que el Tratado de la OTAN es acep-

tado por los parlamentos, que entre otras ha sido revisada en modo drástico a través de la deliberación de su órgano de gobierno, sin que los parlamentos fueran llamados a autorizar tales modificaciones. Desde un punto de vista práctico, se descubre en efecto, como se había dicho, una clase de automatismo a la intervención, consecuencia de la *praxis* de interpretar las disposiciones constitucionales de los diversos países, cuyos tratados dirigidos al mantenimiento de la paz, terminan por ser aplicados, aunque impliquen el uso de la fuerza y si se quiere más, de la guerra.

Por lo tanto, debemos concluir que la posición de los órganos constitucionales de los países de la Alianza, con referencia a la situación provocada por el ataque terrorista de 11 de septiembre, es típica de los Estados que sufren *limitaciones evidentes en su soberanía*, bien sea luego de asumir el vínculo internacional, en el caso representado por las cláusulas de compromiso del Tratado de la OTAN, o bien a causa del dominio ejercido por la potencia guía de la Alianza, que en el caso en concreto, tiene un interés por completo preeminente en la protección de las exigencias imperiosas que le son propias, además de las globales, habiendo sido víctima directa de una agresión.

En esta situación, el papel de los gobiernos está limitado a la decisión de intervenir en el marco de la determinación asumida en el seno del Consejo Atlántico. En efecto, la determinación de la existencia de una *causa justificante*, hace que el conflicto escape a cada uno de los gobiernos y de los parlamentos de los diversos Estados, en cuanto ésta ha sido asumida ya por los órganos de la potencia guía. Así mismo, será sólo el Presidente norteamericano quien con discrecionalidad total estuvo y estará en capacidad de definir quien es y quien será el enemigo en una guerra de tiempo indeterminado.

Si bien teniendo en cuenta las limitaciones a la soberanía que afectan a los órganos constitucionales en su conjunto, y por consiguiente, debiendo constatar aún una limitación de las posibilidades concretas de manobra, tanto del Gobierno como del parlamento, es necesario mencionar la falta de respeto al principio de *preferencia parlamentaria* para las decisiones que implican el inicio de una guerra todas las veces que en la *praxis* generalizada, se afirma el inicio de un simple "conflicto armado". Así, por ejemplo, en Italia, el artículo 78 de la Constitución implica esencialmente una decisión expresa del parlamento, aunque no se recurra al procedimiento que exige una deliberación parlamentaria acompañada de una declaración solemne de guerra por parte del jefe de Estado, procedimiento bastante completo y prácticamente en desuso y que en realidad tam-

bién es contemplada por otras Constituciones (Francia, art. 35; Holanda, art. 96; Portugal, art. 135, Lit. c) y art. 161, Lit. m); España, art. 63,3º; Suecia, Tít. X, art. 9).

Precisamente, como consecuencia de constatar tal situación objetiva, y exceptuando los casos de relevancia excepcional en los cuales es imposible negar la existencia de una guerra internacional, en los parlamentos contemporáneos se ha abandonado la perspectiva de una deliberación generalizada y preventiva, donde sea necesaria la exigencia de decidir la participación en iniciativas militares en el exterior, aun cuando asuman la característica de un conflicto armado, y se orientan hacia el reconocimiento de una libertad plena de maniobra del Ejecutivo, limitando la función parlamentaria a un control crítico de los propósitos y las acciones gubernamentales, y exigiéndose votos explícitos de autorización solamente en los casos más graves de compromiso en acciones bélicas.

VII. COMO SE LIMITA EL CONOCIMIENTO DE LOS ACONTECIMIENTOS

Una interrogante importante se refiere a las modalidades de intervención de los órganos constitucionales de los Estados que participan en la guerra.

Se trata de un interrogante que toca la fibra mismo de la forma de gobierno democrático-liberal. La guerra anómala que se ha iniciado, se desarrolla contra las organizaciones y las personas "cubiertas" que operan de modo clandestino. La identificación y la eliminación de estos, implica un "secreto" como arma eficaz de contraste. Tal exigencia que es inevitable, excluye la "publicidad", principio cardinal de la democracia contemporánea. En efecto, nuestra convivencia se basa sobre la confianza hacia un poder que debe ser "responsable" y que como tal debe obrar de manera "cognoscible" y criticable, y por ende, público.

En el caso que consideramos no se destacan los acuerdos secretos, que de todas formas serían prohibidos por las diversas constituciones, o bien decisiones secretas y de los órganos ejecutivos de la potencia guía y de las administraciones responsables de la seguridad interna e internacional de los Estados miembros de la Alianza.

Por lo tanto, también sobre este asunto existe una perspectiva muy incierta y arriesgada, por lo que resulta problemático hallar un acuerdo sobre cual deba ser, si la situación llegara a precipitarse, el equilibrio entre

las exigencias obvias de la sobrevivencia frente a los golpes terroristas –y por lo tanto, recurriendo a una respuesta eficaz y por consiguiente con gran probabilidad no siempre cognoscible y evaluable por la opinión pública y por el parlamento– y una exigencia también fundamental de los ciudadanos de conocer y compartir decisiones tan graves.

VIII. COMO SE LIMITAN LOS DERECHOS

Al interrogante anterior sobre las competencias y los procedimientos, debemos agregar lo referente a los derechos y más en particular, a la concepción misma de la democracia liberal.

La guerra, en general, siempre ha implicado *limitaciones a los derechos*, tanto de hecho como en virtud del ejercicio de las leyes sujetas a la introducción formal del “estado de guerra”.

Esto no quita que podamos reflexionar sobre el problema de la posibilidad de limitar los derechos: ¿cuáles serían los derechos a limitar y a través de cuáles medidas? Pensemos en los derechos referentes al uso de los medios de información, frente a los cuales los límites serían justificados en razón de la seguridad. Lo mismo ocurre para aquellos derechos referentes a la intimidad, y sin hablar de las limitaciones a la libertad personal. Resulta bastante evidente que aún sin guerra en sentido propio, las simples medidas de policía para la prevención y la represión del terrorismo, podrían inclinar la balanza a favor de las limitaciones. En la misma dirección irían las intervenciones que favorezcan las medidas de policía, que comporten limitaciones a la libertad de sujetos sospechosos, si bien en ausencia de indagaciones previas y autorizaciones por parte de la justicia.

Esta tendencia es muy evidente en la legislación que los Estados Unidos y otros países están tratando de adoptar de manera urgente, para enfrentar el gran riesgo causado por el terrorismo internacional.

Una ley muy reciente, aprobada en modo urgente por el Congreso, conocida como *USA Patriotic Act*, previó medidas relativas a la prevención del terrorismo, sobre todo en materia de control de los financiamientos y de los medios de comunicación, fortaleciendo los poderes de investigación y las medidas sancionatorias. Al mismo tiempo, la nueva legislación plantea problemas delicados en cuanto a la protección de los derechos civiles, y abre el camino a diversas críticas por parte de las asociaciones que no han dejado de señalar el riesgo de las violaciones de derechos. De hecho, el Congreso no ha aceptado ciertas medidas, como por ejemplo el documento de identidad con huellas digitales, ni tampoco la prohibición

generalizada de ingreso de estudiantes extranjeros con una duración de seis meses, entre los cuales se habían encubierto los que cometieron el atentado del 11 de septiembre, ni la detención ilimitada de inmigrantes que no tienen la ciudadanía, ni ha aceptado hacer un registro nacional para los "no ciudadanos", que permita establecer la presencia de estos y sus desplazamientos. Pero las normas prevén que las entidades bancarias y los proveedores de servicios informáticos, están en la obligación de colocar a disposición de las autoridades de policía todos los datos personales de los clientes, sin que estos sean informados, otorgando a la policía poderes amplios de investigación e interceptación frente a los presuntos terroristas y sus colaboradores, autorizando además la detención durante siete días por parte de la policía (ver la sección 412 de la ley).

En Alemania, el Gobierno Federal aprobó dos paquetes de medidas anti-terroristas, que se concretaron posteriormente en la presentación de proyectos de ley (29 de octubre y 7 de noviembre) enderezados a: i) identificar nuevos hechos que constituyan delito, referidos a actividades terroristas de trascendencia internacional, mediante la modificación del Código penal (art.129b), y ii) aportar restricciones a la Ley sobre Asociaciones de 1964, introduciendo la prohibición de las asociaciones de carácter religioso cuyos objetivos y actividades contraríen no sólo la legislación penal, sino además el ordenamiento constitucional o el principio de coexistencia pacífica y convivencia entre los pueblos.

En Italia se adoptaron "*Medidas de urgencia para reprimir y enfrentar la financiación del terrorismo internacional*", a través del Decreto-ley núm. 239 de 12 de octubre de 2001, así como "*Disposiciones de urgencia para contrarrestar el terrorismo internacional*", con el Decreto-ley núm. 374 de 18 de octubre de 2001. Con estas medidas, se prevén nuevos hechos que constituyen delitos para atacar a aquellas asociaciones que tengan finalidades terroristas de carácter internacional, y a los patrocinadores de tales organizaciones. Se permiten así mismo, investigaciones más exhaustivas mediante interceptaciones y varias formas de control de las comunicaciones, con fines preventivos y en ausencia del inicio de un proceso penal, se permiten operaciones anónimas y se prevé la derogación del secreto profesional. Resulta evidente el esfuerzo por limitar las medidas represivas del terrorismo internacional en el marco jurídico-constitucional, evitando así medidas que lleven a una derogación y que puedan desempolvar polémicas sobre las normativas de excepción. Igualmente es evidente que en el evento que la amenaza terrorista resulte más grave, y que conduzca a la opinión pública a razonar no ya en términos de seguridad, sino de sobrevivencia, se volvería muy arduo mantener una regula-

ción normativa en el ámbito del respeto riguroso de la legalidad constitucional desde un punto de vista sustancial. Con esto, me estoy refiriendo a los acontecimientos relacionados con el terrorismo interno, al Decreto-ley núm. 625 de 15 de diciembre de 1979, que contiene las "*Medidas de urgencia para la protección del orden democrático y la seguridad pública*", a la dificultad de la *Corte Costitucional* para enfrentar el tema de la legislación de emergencia (sentencias núm.(s) 87/1976, 88/1976, 29/1979, 15/1982) y a la advertencia sobre la necesidad de limitar en el tiempo las disposiciones de carácter excepcional.

El tema de recurrir a *normas de excepción* suspensivas o que limiten los derechos, es bien notorio, y en Italia generalmente se ha resuelto de una manera drástica, considerando que en la Constitución no existe una cláusula que legitime a los órganos constitucionales a adoptar medidas de tal género para las situaciones de emergencia interna, como pueden ser las relacionadas con el terrorismo, que en el caso actual, sin embargo, se caracteriza por tener un origen internacional.

En realidad, la Constitución actual no contiene disposiciones sobre tales emergencias. Pero a modo indicativo, debo recordar que aún sin volver a la discusión sobre el vigor o no de la legislación prerepublicana en cuanto al tema de la seguridad interna e internacional, existen leyes más cercanas a nosotros que han autorizado tratados en el tema de los derechos humanos, y que explícitamente justifican las limitaciones.

Una fuente de rango legislativo, la Ley núm.848 de 4 de agosto de 1955, autorizó la ratificación y la ejecución de la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950, que prevé el ejercicio de los poderes de emergencia al interior de un Estado miembro del Consejo de Europa, con la derogación consecuente de la garantía de los derechos de libertad "*en caso de guerra o de otro peligro público*", así como también la adopción de "*medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial y el orden público*" (arts. 10 y 11). Del mismo modo, la Ley núm. 881 de 25 de octubre de 1977, autorizó la ratificación y ejecución del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 6 de diciembre de 1966, que permite derogaciones "*en caso de peligro público excepcional*" (art. 4). Estas cláusulas han sido tenidas en cuenta por el legislador británico en la actualización de la legislación antiterrorismo (ver *Terrorism Act 2000*).

Por lo tanto, sobre la base de tales previsiones normativas, una situación de emergencia grave en el ordenamiento italiano podría comportar suspensiones de la Constitución en caso de guerra, como también en caso

de peligros manifestados al interior del ordenamiento constitucional, si bien dejando siempre en el fondo la conexión de tal normativa legislativa únicamente al art. 11 de la Constitución, y no a normas constitucionales *ad hoc*, que no existen.

Sin embargo, no se puede dejar de observar que una interpretación estricta de tales cláusulas, que son leyes del Estado, mantendría como no derogables las garantías del derecho a la vida, la prohibición de torturar, de un tratamiento inhumano, de la esclavitud, mientras teóricamente el ámbito de los derechos objeto de limitación, resultaría posiblemente ilimitado.

IX. COMO CAMBIARA LA TIPOLOGIA DE LAS GUERRAS

Como primera conclusión de estas reflexiones, que merecen un análisis más detallado, se puede subrayar cómo la tendencia de algunos Estados de volver a apropiarse sin demora del derecho a promover la guerra, se está difundiendo cada vez más. Tal situación resulta contextual a la ineficiencia comprobada del papel de las Naciones Unidas como titulares del derecho de legitimar el uso de la fuerza armada o de ejercer en modo creíble y resuelto los medios de prevención y represión de conflictos. Y ha sido facilitada gracias a la cesación de una situación de equilibrio entre los bloques de potencias contrapuestos, que en el sistema bipolar había operado por algunos decenios como disuasorio al desencadenamiento de conflictos de alcance global (para recurrir a un término ya usado). Si bien no había excluido una serie de conflictos de alcance limitado.

En la práctica, la reciente experiencia nos ha mostrado desde el comienzo, la posibilidad de derogar la prohibición de una guerra internacional donde fuera alegable una justificación "humanitaria". Por lo tanto se ha sostenido, al contrario de lo decidido por la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso de Nicaragua, la admisibilidad de recurrir al uso de la fuerza armada contra los Estados que violen los derechos esenciales, distinguiéndose entre los que sostenían tal tesis, los que consideraban un deber la intervención, de aquellos que la consideraban facultativa, y llegándose a plantear la creación de una costumbre internacional en tal sentido.

Tal tesis fue objeto de críticas, pero no es de excluir que con el tiempo, la injerencia humanitaria a través del uso de la violencia bélica, no se consolide.

La difusión de una costumbre similar puede crear serios problemas de compatibilidad con los principios de los Estados constitucionales que rechazan la guerra desde la raíz, exceptuando aquella estrictamente de-

fensiva. En tal perspectiva, es de señalar que en Italia es muy extendida la convicción de que una costumbre similar, sería incompatible con la Constitución actual.

Después de la ruptura de la guerra que se vuelve lícita porque se justifica por razones humanitarias, la actual experiencia nos coloca frente a la guerra que se califica como lícita, porque está dirigida a enfrentar el terrorismo internacional, dándose una interpretación extensiva al derecho de autodefensa garantizado por el Derecho internacional consuetudinario, y basado en un pacto. En la práctica, en los hechos más recientes aflora nuevamente el problema de la correspondencia de la reacción defensiva a los criterios de necesidad y proporcionalidad, en relación a la agresión padecida, y resurge así un interrogante que los expertos se han hecho siempre al evaluar la compatibilidad con el derecho de los actos de legítima defensa. Además, la guerra actual entra a formar parte de un marco articulado de medidas, que tampoco excluyen un futuro acompañado de intervenciones contra aquellos Estados que sean identificados como sostenedores o cómplices del terrorismo, entendiéndose así una hipótesis de guerra preventiva. Prescindiendo de reexaminaciones al Derecho internacional y de un surgimiento eventual en un futuro muy próximo de nuevos principios por vía consuetudinaria, no se puede dejar de poner en evidencia, cómo a través del juego de las alianzas y gracias a una interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales, en los ordenamientos de los Estados miembros de la Alianza, ya se están verificando cambios notables que incidirán en la interpretación tradicional de algunos principios constitucionales que son esenciales.

LOS AVATARES DEL PRESIDENCIALISMO EN AMERICA LATINA ^(*)

Franck Moderne ^(**)

Sumario: 1. A manera de introducción. 2. El Presidencialismo como modelo dominante. *Un contexto socio-político favorable. Una función constitucional mistificada. ¿Qué presidencialismos? Incertidumbres y cuestionamientos. La tentación parlamentaria.* a) Los elementos parlamentarios en los regímenes oficialmente presidenciales. b) Presidencialismo *versus* parlamentarismo: la actualización del debate. *El recurso a nuevas formas de participación popular.* 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. A MANERA DE INTRODUCCION

En la doctrina constitucional es un hecho que el sistema presidencial es –en cierta forma– consustancial a la América Latina. De igual modo, es corrientemente afirmado que esta forma de gobierno ha derivado con rapidez hacia un “presidencialismo” más o menos exacerbado, y en todo caso, medianamente alejado del modelo original: el de los Estados Unidos de América. Pues no cabe duda alguna, que los Estados de América del Sur y de América Central, se han inspirado en su “hermano mayor” del Norte.

^(*) “Les avatars du présidentielisme dans les états latino-américains”, *Pouvoirs*, núm. 98, 2001, pp 63-87. Se publica con la autorización del editor y del autor. Traducción del francés de Claudia del Pozo. Revisión de Domingo García Belaunde.

^(**) Profesor de la Universidad de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

Estas afirmaciones tienen el mérito, para el observador extranjero, de simplificar el acercamiento al problema y de configurar el cuadro de análisis. Éstos implican, en contraposición, algunos inconvenientes: el riesgo de una presentación un tanto exagerada de regímenes, en definitiva, más diversificados desde sus orígenes; la tentación de subestimar los factores internos de una evolución que conduce a una gama contemporánea cada vez más variada en matices, en la descripción de los regímenes que tienen en el "presidencialismo" su rasgo relevante, o que se reclaman próximos a él, remitiéndose a algunos axiomas propios del régimen presidencial tradicional.

2. EL PRESIDENCIALISMO COMO MODELO DOMINANTE

Nacido en un contexto socio-político favorable, el presidencialismo latinoamericano ha sido alimentado a lo largo de todo el siglo XIX y XX, por una concepción regularmente mítica de la Constitución; pero no ha podido inscribirse en el marco de una configuración constitucional claramente dibujada.

Un contexto socio-político favorable

Es exacto afirmar que el modelo presidencial ha constituido una de las mayores contribuciones del constitucionalismo latinoamericano, y que caracteriza, incluso hoy en día, la casi totalidad de los regímenes de América del Sur y América Central ⁽¹⁾.

No es menos exacto afirmar que los gobiernos republicanos que se instalan mayoritariamente en las ruinas de los imperios coloniales español y portugués (Brasil es el único país que experimentó en el siglo XIX una fórmula monárquica, bajo la égida de la Constitución de 25 de marzo de 1824, revisada en 1834; la República sólo fue proclamada en 1889) han encontrado en la Constitución norteamericana de 1787, los elementos técnicos de base del sistema presidencial, considerado como la única forma de organización del poder susceptible de responder a las exigencias de las jóvenes naciones, particularmente frágiles (pero sensibles a las teorías de la democracia representativa y de la separación de poderes).

⁽¹⁾ Salvo indicación en contrario, las menciones de artículos constitucionales serán hechas sobre la base de los textos vigentes a la fecha de redacción de este artículo.

Esta influencia norteamericana, si bien es real⁽²⁾, no explica por sí misma el entusiasmo de los nuevos dirigentes por el presidencialismo. Otros factores han contribuido a reforzar una tendencia, raramente discutida hasta la actualidad.

En el plano interno, el presidencialismo latinoamericano es igualmente tributario del modelo "bolivariano", que fuera edificado alrededor de la gran figura del *Libertador Bolívar* (aunque su sueño integrador haya quedado irremediabilmente roto). De la concepción bolivariana del poder se ha podido decir que combinaba la acumulación –en las manos del presidente elegido– de competencias propias y de medios de influencia sobre los otros poderes⁽³⁾. No olvidemos que en su proyecto de Constitución para Bolivia, Simón Bolívar concebía al presidente de la República como "el Sol que, firme en su centro, da vida al universo".

De otro lado, las tradiciones autoritarias de las monarquías absolutas de la península ibérica, fueron naturalmente exportadas hacia las colonias americanas. La representación local del poder central se inscribía en instituciones fuertemente personalizadas (los virreyes, los gobernadores, los capitanes generales); los cuales desarrollaban, de manera natural, una cultura política de dominación, puesta a disposición de los nuevos gobernantes.

No fue sino a partir de las estructuras socio-sicológicas de las comunidades indígenas mejor organizadas (como los Incas o los Aztecas), que no se ha estado en condiciones de explicar las tendencias presidencialistas características de los primeros gobiernos del período post-colonial. Algunos autores evocan al respecto, la inevitable subjetivación de toda autoridad encarnada, detentadora legítima de una parcela de autoridad en las sociedades precolombinas⁽⁴⁾.

La multiplicación de las atribuciones presidenciales, ha mermado sensiblemente el rol histórico que hubieran podido jugar los partidos políti-

⁽²⁾ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 1991; Karl Loewenstein, «The Presidency outside the United States: a Study in Comparative Institutions», *The Journal of Politics*, 1949, vol. 11, p. 452; Carlos Ayala Corao, *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos de su reforma*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

⁽³⁾ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit.

⁽⁴⁾ Luis Carlos SÁCHICA, *Derecho Constitucional General*, Medellín, Biblioteca general Dike, 1994, 2ª ed.; Salvador Valencia Carmona, *El poder ejecutivo latinoamericano*, México, UNAM, 1979.

cos o los grupos intermedios. Éstos han afectado, directa o indirectamente, la participación de los ciudadanos –raramente invitados a dar su opinión, según los procedimientos de la democracia directa o semi-directa–; neutralizando largamente el rol habitual de los sistemas electorales y, en consecuencia, reducida la incidencia real de los debates parlamentarios. Marcos Kaplan⁽⁵⁾ observa sobre el particular, que el Ejecutivo nacional, respaldado por la tecnoburocracia estatal (frecuentemente corruptible y ligada a ciertos intereses privados), se encuentra dividido entre la tentación nacional-populista y un elitismo empresarial en la gestión de los grupos de presión.

Es cierto que el Estado no se encuentra en la posición de jugar, en sociedades frágiles, el rol de integración social y de vector de cohesión nacional, que fuera su razón de ser en la Europa de los Estados-nación del siglo XIX. La fragmentación de las élites dirigentes, dispersas en los centros urbanos débilmente estructurados; las dificultades de comunicación en territorios vastos y la ausencia de articulación mínima entre los mecanismos –por lo demás, concurrentes antes que complementarios– de los sistemas económicos embrionarios, habían frenado todas las veleidades de institucionalización del poder sobre bases comparables a aquéllas existentes en la Europa del siglo XIX.

La fragilidad del tejido social, la heterogeneidad de sus elementos, la ambigüedad constante de las relaciones entre las élites urbanas europeizadas y las masas indígenas, el punzante problema de la apropiación de tierras, la dependencia de los capitales extranjeros y el mimetismo cultural, no permitieron a las burguesías nacionales construir Estados dotados de los atributos clásicos de la soberanía nacional. A decir verdad, subrayan los observadores, el Estado no será en definitiva ni “soberano” en sus relaciones con el exterior, ni “nacional” en sus dimensiones internas⁽⁶⁾.

En primer lugar, los grupos dirigentes se han preocupado por controlar el aparato estatal (ejército, policía, administración, justicia, impuestos), protectores de sus intereses; y en segundo lugar, de responder a las aspiraciones nacionales difusas que emanan de sectores populares largamente alejados del poder y de la educación. Las debilidades estructurales

⁽⁵⁾ Marcos Kaplan, «El presidencialismo latinoamericano», en *Contribuciones*, Publicación trimestral de la Fundación K. Adenauer, abril, 1985.

⁽⁶⁾ Edelberto Torres Rivas, «La Nación, problemas teóricos» en *Estado y política en América Latina*, México, UNAM, 1981, p. 112.

de las sociedades latinoamericanas, han hecho crecer singularmente el rol histórico de los subgrupos mejor organizados: El Ejército bajo el dominio político y la Iglesia en el plano social y cultural, aliadas tradicionalmente al poder de turno y garantes de su mantenimiento.

En ese contexto, el "constitucionalismo" latinoamericano no podía ser visto como la expresión jurídica fiel de las realidades sociales del continente. En efecto, es frecuente que los reflejos que proyectan sobre esta realidad los diferentes perfiles sociales sean parciales, irregulares o superpuestos. Las generalizaciones superficiales a las que podemos encontrarnos tentados de suscribir para dar cuenta de una evolución global, ceden, inevitablemente, ante una pluralidad de situaciones cambiantes, de las cuales no se podría afirmar que constituyen la matriz de una verdadera ideología nacional, e incluso, continental.

Es bien conocido que el modelo constitucional generalizado en América Latina es el de la democracia representativa, asociada a la separación de poderes y al reconocimiento formal de los derechos y libertades. No es menos cierto que la sola consulta de los textos constitucionales, extraños en buena medida de las realidades sociales del momento, implican el riesgo de conducirnos a una verdadera "esquizofrenia jurídica"⁽⁷⁾. La práctica institucional pone en evidencia un predominio casi absoluto del Ejecutivo sobre los otros poderes, ya que concentra todos los medios puestos a disposición de los gobernantes, lo que favorece el clientelismo político, así como la corrupción; y corresponde, por lo demás, a las tradiciones locales bien arraigadas del "caudillismo" y del "caciquismo".

Desde las primeras constituciones liberales del siglo XIX, la "presidencia" se tornará, rápidamente, en la principal beneficiaria de una teórica separación de poderes (funciones).

Esta situación corresponde a un poder oligárquico fuertemente concentrado (principalmente, en manos del sector exportador agro-minero), configurado por castas cerradas que ponen al servicio de sus intereses de grupo y conforman un "terreno de caza" fuertemente controlado. Históricamente, las diversas formas que pueden revestir son secundarias (éstas van desde la dictadura banal a la democracia restringida). En cuanto a la protección de derechos y de libertades –siempre exhibida en las cartas

⁽⁷⁾ Antonio Colomer Viadel, "La valeur du fait constitutionnel dans les Etats ibéro-américains" en *La suprématie de la Constitution*, Casablanca, Éd. Toubkal, t. I, p. 225.

fundamentales–, no es efectiva más que en las relaciones entre los grupos dominantes o con los Estados extranjeros, pero ésta casi no afecta la suerte de las mayorías indígenas.

Si pese a todo, el sistema obtiene un cierto consenso, ello se debe a que corresponde a las aspiraciones de la creciente población urbana y porque permite burocratizar –gracias al mantenimiento arbitrario de los recursos presupuestales– a una parte de la clase media, lo que la hará fiel al sistema. Notemos la vacuidad de los federalismos formales en los Estados más importantes (Brasil, Argentina, México, Venezuela): disimulan mal un unitarismo de hecho conservado, bajo la égida del Ejecutivo nacional, por la utilización apropiada de la omnipresente arma presupuestal.

Una función constitucional mistificada

La Constitución, tal como la conciben los ideólogos sudamericanos, no es solamente un instrumento de organización racional del poder político y de protección de los derechos fundamentales, características que corresponden al imaginario clásico de los Estados liberales. Ésta goza, en los Estados de la América Latina, de un aura particular. En ese sentido, la Constitución es percibida como el acto fundador original, garante de la totalidad del orden jurídico y expresión auténtica de la soberanía popular. El formalismo jurídico que caracteriza las cartas fundamentales del continente, emplea el mismo ritual: igualdad ante la ley, reconocimiento solemne de las libertades fundamentales, independencia del Poder Judicial, responsabilidad de funcionarios, control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos jurídicos, etc.

No podríamos afirmar que la advertencia que Simón Bolívar hacía a sus compatriotas en el célebre “Discurso de Angostura” (1819) contra la ficción de los modelos constitucionales no adaptados a las realidades socio-políticas de un país, haya tenido efecto: por el contrario, el mimetismo constitucional ha sido el rasgo mayor del constitucionalismo naciente; al mismo tiempo que se desarrollaba el mito de una autenticidad constitucional para redescubrir o para preservar.

La “nostalgia” de la continuidad constitucional –reflejo y soporte de una democracia pacificada e idealizada– de cierto modo, explica las incensantes justificaciones constitucionales de los abusos de autoridad que esmaltaron la tormentosa historia de las jóvenes Repúblicas, las apoyadas referencias al carácter revolucionario de todo cambio constitucional, la ritualizada proclamación del retorno a las fuentes y a los grandes princi-

pios de la liberación nacional; y, al mismo tiempo, la autoproclamación –en tanto poderes constituyentes originarios– de todos los gobiernos *de facto*.

En resumen, no es menos cierto que una de las tradiciones jurídicas latinoamericanas más ambiguas, se inclinaba a reconocer la legitimidad de los nuevos gobernantes y a convalidar sus legislaciones ocasionales, en el nombre de los grandes principios del constitucionalismo originario pretendidamente reencontrado.

Además, una inflación constitucional sorprendente (algunas constituciones, como la actual Constitución de México de 1917, han sido modificadas más de una centena de veces), agravada por la voluntad de constitucionalizar en detalle trozos de la vida social de los ciudadanos (lo confirmamos si observamos la inusitada longitud de ciertos textos constitucionales) y el reconocimiento de la supremacía formal de la Constitución (inscrita en la jerarquía normativa y colocada bajo el control de un juez teóricamente independiente), la concepción sudamericana del constitucionalismo ha contribuido precisamente a fortalecer el presidencialismo, incluso un “presidencialismo hipertrófico⁽⁸⁾”; en el que se aprecia al Ejecutivo presidencial como el único “órgano primario e indispensable” del Estado⁽⁹⁾, y que comprende en sus turbulencias, el verdadero cimiento del cuerpo social.

La exaltación del mito de la Constitución, y al interior de la Constitución, la exaltación del “mito del Ejecutivo presidencial⁽¹⁰⁾”; han elevado, mecánicamente, a la Presidencia al rango de figura clave de los regímenes políticos sudamericanos desde el primer ciclo constitucional⁽¹¹⁾. Esta preeminencia está marcada inicialmente por el vocabulario, enfático, utilizado por los textos constitucionales.

El Presidente es identificado sistemáticamente como el Ejecutivo en su doble calidad de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Según el artículo 74

⁽⁸⁾ Ricardo Combellas (ed.), *El nuevo Derecho Constitucional latinoamericano*, Caracas, CIEDLA, 1996.

⁽⁹⁾ Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967.

⁽¹⁰⁾ Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1990.

⁽¹¹⁾ Hector Gross Espiell, «Intento preliminar de una determinación de ciclos en la evolución constitucional iberoamericana» en *VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, IEC, 1998, t. 1, p. 105.

de la Constitución argentina de 1853, "el Poder Ejecutivo de la nación será ejercida por un ciudadano que ostente el título de Presidente de la Nación argentina" (la misma fórmula es empleada por la reforma constitucional de 1994, artículo 87); el artículo 80 de la actual Constitución mexicana (de 10 de mayo de 1917) no es menos expresivo: "El ejercicio del Poder Ejecutivo supremo de la Unión, es confiada en depósito a un solo individuo, el Presidente de los Estados Unidos de México". En términos del artículo 110 de la Constitución del Perú de 1993, aún en vigor, "el presidente de la República es el Jefe de Estado y personifica la Nación".

Estos no constituyen ejemplos aislados: un exámen de los textos constitucionales mostrará fácilmente que las fórmulas utilizadas hasta la época contemporánea, son similares en este punto.

Uno de los primeros factores que contribuyeron a asegurar el predominio de la figura del Presidente en los sistemas constitucionales latinoamericanos es, sin duda alguna, la elección popular directa.

La fórmula es casi general. Con la excepción del régimen de Cuba (Constitución de 1976, artículo 74: el Jefe de Estado, Jefe de gobierno, es elegido por la Asamblea Nacional del Poder Popular, en tanto que es el Presidente del Consejo de Estado) y algunas raras hipótesis de elección indirecta por intermedio de un colegio electoral (Argentina, Constitución de 1853) o de asamblea legislativa (Bolivia, Constitución de 1967, art. 90; pero sólo en la hipótesis en la que ningún candidato alcanzara, en las elecciones presidenciales, la mayoría absoluta en primera vuelta); la gran mayoría de los Estados de América del Sur y de América Central han consagrado la elección presidencial por sufragio universal directo (paralelamente a la elección de las asambleas legislativas), confiriendo así una fuerte legitimidad a la institución.

Las atribuciones de las que disponen los Presidentes son calcadas prácticamente sobre el mismo modelo; los matices observados, aquí y allá, resultan accidentes históricos en una evolución que se caracteriza por la extensión continua de los poderes otorgados al Jefe del Ejecutivo.

Analicémoslas.

Las competencias de los Presidentes se han consolidado de manera sistemática, en todos los sectores claves de la vida política nacional.

El Presidente elegido es, frecuentemente, encargado de la designación de los Ministros y de los Secretarios de Estado, que revoca discrecionalmente. Los "gobiernos" latinoamericanos no constituyen de

hecho, "gabinetes" y dependen de la buena voluntad presidencial, en el que las cualidades del Jefe de Estado y el jefe de Gobierno, se encuentran sistemáticamente confundidas.

El poder de nombramiento se extiende a los puestos de la alta administración (y, en ocasiones, al conjunto de los empleos públicos); lo que permite al Presidente controlar al aparato burocrático civil y militar en los países en desarrollo, en los que la administración es uno de los principales empleadores (y uno de los instrumentos más eficaces de encuadramiento de la sociedad). En dichos países, tradicionalmente, el Ejército mantiene relaciones ambiguas con la sociedad civil; teniendo como telón de fondo, la explosión demográfica, las desigualdades sociales, la urbanización creciente y explosiva, las reivindicaciones ciudadanas e indígenas, de rivalidades políticas exacerbadas, de crisis económicas y financieras, abiertas o encubiertas.

Las intervenciones presidenciales pueden afectar el Poder Judicial (ponemos como ejemplo, la Constitución argentina reformada en 1994, art. 99); aun cuando es un hecho que la facultad de nominación de magistrados es raramente ejercida por el Presidente. Además, estas intervenciones deben ser puestas en relación con la promoción reciente de las Cortes Supremas (judiciales, administrativas o constitucionales) y su creciente influencia en la vida política y social de los Estados iberoamericanos.

Los turbulentos períodos son propicios para una mal controlada expansión de los poderes presidenciales. No es extraño que los Ejecutivos nacionales se encuentren dotados de prerrogativas excepcionales (de las que ha usado y, eventualmente, abusado); cuando las circunstancias son juzgadas como "excepcionales". Las medidas tomadas a título de esta excepcionalidad van, generalmente, desde la suspensión de las garantías constitucionales ordinarias en materia de derechos fundamentales, hasta la intromisión, pura y simple, del Poder Legislativo; pasando por la promulgación de medidas juzgadas como indispensables para el éxito de la política gubernamental del momento. Su control jurisdiccional queda, frecuentemente, en estado embrionario, dirigiéndose a los actos de gobierno de naturaleza eminentemente política. Las ilustraciones abundan. En cuanto a la definición de las circunstancias excepcionales, éstas se encuentran rodeadas de un cierto halo de imprecisión (algunos textos evocan los clásicos estados de guerra, estado de excepción o estado de urgencia, de situaciones de "conmoción" interior que se prestan a interpretaciones; así se expresan las constituciones de Colombia, de Venezuela de 1961, de Chile, etc.)

Fuera de estas considerables atribuciones; los presidentes latinoamericanos son –en principio– titulares de competencias (que no serían reconocidas en los regímenes presidenciales “puros”), que les permiten inmiscuirse profundamente en el ejercicio del Poder Legislativo.

En primer lugar, los presidentes disponen frecuentemente de la iniciativa legislativa ordinaria, en ocasiones, en concurrencia con las asambleas legislativas elegidas (lo que les permite, con el manejo de la orden del día, dominar el trabajo legislativo: Venezuela, Bolivia, Colombia, Chile, México, Paraguay, Uruguay, etc.); de vez en cuando, a título exclusivo (por ejemplo, para la presentación de los proyectos presupuestales: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Venezuela).

La práctica, largamente difundida, de las delegaciones legislativas –para períodos más o menos prolongados y en materias, más o menos determinadas (ya sea por la Carta Constitucional, o por la misma asamblea legislativa)– ha constituido el origen de numerosos decretos legislativos que jalonan la historia de dichos países desde el siglo pasado (notables son los casos de Brasil, Perú, México, Chile o Colombia). De otro lado, en el marco, siempre sensible de las libertades públicas, esta técnica expeditiva acompaña la preferencia de las intervenciones del Estado en materia económica y financiera y en la impugnada gestión de los principales servicios públicos nacionales ⁽¹²⁾. Eventualmente, esta práctica ha tomado un aspecto repetitivo, casi ritual (por ejemplo, en México, después de la reforma constitucional de 1951, en virtud de la cual el Presidente devenía en el “legislador por antonomasia”, según la fórmula de Diego Valadés ⁽¹³⁾).

Por tanto, no se debe desconocer el peso específico del poder de veto que ciertos textos constitucionales confían en manos de los poderes ejecutivos latinoamericanos. Se señala, con frecuencia, que éste constituye un “instrumento típico de los regímenes presidenciales, destinado a compensar la ausencia del derecho de disolución de las asambleas legislativas ⁽¹⁴⁾”. Las modalidades son variadas (veto total o parcial, a plazo, medios ofrecidos al legislativo para combatir la negativa presidencial de promulgación de la ley). Lo que no impide que la existencia misma de un

⁽¹²⁾ Carlos Ayala Corao, *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos de su reforma*, op. cit.

⁽¹³⁾ Diego Valadés, «El poder legislativo mexicano» en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, p. 451.

⁽¹⁴⁾ Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, op. cit.

arma semejante confiera al Ejecutivo un medio apreciado para administrar a su favor los conflictos con el legislador; produciendo en sede legislativa comportamientos espontáneos de *self restraint*.

¿Acaso es necesario añadir que la tabla de atribuciones constitucionales de las que disponen los presidentes latinoamericanos, no nos da más que una idea parcial de la práctica de los poderes presidenciales? Esta situación varía según las situaciones propias de cada realidad nacional (períodos de crisis o de calma relativa), de la naturaleza de los gobiernos (civiles y militares), de la actuación de los partidos políticos (un Presidente, jefe de un partido mayoritario organizado dispone, sin ninguna duda, de mayores triunfos; como sucedió con el Partido Revolucionario Institucional mexicano, hasta la actualidad) y, bien entendido, la personalidad de los titulares de la alta función ejecutiva.

En definitiva, los presidencialismos en todas sus formas han podido desarrollarse sin mayores obstáculos, y algunas de ellos han derivado hacia el "cesarismo constitucional" o, más simplemente, a la dictadura civil o militar.

Sabemos que ni el Poder Legislativo, sistemáticamente debilitado, ni el Poder Judicial, raramente independiente (salvo notables excepciones); no se han encontrado en la posición de hacer un contrapeso eficaz al progresivo encumbramiento del Ejecutivo presidencial, en la mayor parte de los países latinoamericanos.

Los mecanismos imaginados para prevenir los abusos de la preponderancia institucionalizada del jefe del Ejecutivo se revelan, raramente disuasivos.

Uno de los más significativos es, sin duda, la limitación del mandato presidencial a una duración determinada, asociada a la regla de la no-reelección. Es muy raro que las funciones presidenciales sean atribuidas por un plazo mayor de seis años; este último plazo ha sido mantenido por Chile desde 1989 (art. 25), México (art. 83) y Venezuela (art. 230 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 30 de diciembre de 1999). El mandato más común es de cuatro años (Argentina: art. 90; Brasil, desde 1994: art. 82; Colombia: art. 190; Costa Rica: art. 134; Ecuador: art. 164; República Dominicana: art. 50) o de cinco años (Nicaragua: art. 148; Panamá: art. 172; Paraguay: art. 112; Uruguay: art. 152).

El principio es el de la no reelección (al menos, no inmediata), lo que es afirmado con fuerza (Salvador, art. 154: "El mandato presidencial será de cinco años y acabará el primero de junio sin que el titular pueda que-

dar en funciones un día más"; Guatemala, Honduras, México, art. 83: "Todo ciudadano que haya asumido el cargo de Presidente de la República... no podrá, en ningún caso y bajo ningún pretexto, pretender ocupar nuevamente dicho cargo"; Paraguay, etc.) Es cierto que algunas perturbaciones recientes en la vida política nacional han sido directamente provocadas por los esfuerzos de los Presidentes de turno para modificar, en su beneficio, las reglas constitucionales que les impiden acceder a un nuevo mandato (nos remitimos a las tentativas, más o menos coronadas de éxito, de A. Fujimori en el Perú, de C. Menem en Argentina o de F.H. Cardozo en el Brasil).

Esta tenaz desconfianza a las prórrogas o renovaciones indefinidas del mandato presidencial, se encuentra presente como un elemento esencial del equilibrio del sistema (en México, por ejemplo, el espectro del "porfirismo", del nombre de Porfirio Díaz que mantuvo durante muchos años un sistema de dictadura patriarcal, es comúnmente evocado⁽¹⁵⁾).

Otra técnica clásica, destinada a prevenir las potenciales derivaciones del presidencialismo latinoamericano, es aquella de la acusación penal de los presidentes, a semejanza del célebre procedimiento de *impeachment* de los Estados Unidos.

A falta de responsabilidad política, el Jefe del Ejecutivo también puede ser conducido a responder por sus actos en el terreno penal, según las diversas modalidades que hacen intervenir, ya sea al Poder Legislativo, como a una Cámara específicamente designada para tales fines, como a una instancia judicial (sobre este punto, ver las fórmulas imaginadas, en un momento u otro de su historia, en Argentina, Venezuela, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú o en Uruguay)⁽¹⁶⁾.

Las condenas pronunciadas contra ciertos presidentes en ejercicio (F. Collor de Mello en el Brasil en 1992; C.A. Pérez en Venezuela y J. Serrano Elías en Guatemala en 1993) atestiguan que la cultura constitucional latinoamericana ha integrado debidamente la dimensión de la responsabili-

⁽¹⁵⁾ Miguel de la Madrid, «Notas sobre el presidencialismo» en *Estudios de Derecho Constitucional*, México, 1981; Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, México, Ed. Siglo XXI, 1978 y «México: ¿sistema presidencial o parlamentario?», en *Cuestiones Constitucionales*, México, 1999, n° 1, p. 49.

⁽¹⁶⁾ Carlos Ayala Corao, *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos de su reforma*, op. cit.; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit.

dad penal del Jefe de Estado, como un antídoto útil a un presidencialismo descarriado (nos referiremos igualmente a los actuales enredos del ex Presidente de Chile, A. Pinochet, con la justicia de su país, o a las graves acusaciones lanzadas contra los presidentes A. García y A. Fujimori en el Perú, o E. Samper en Colombia, al punto que algunos debieron exiliarse para escapar de las persecuciones judiciales).

En algunas cartas constitucionales, la sanción puede incluso revestir la forma de revocación popular del mandato electivo. Esta es la solución generalizada propuesta en Venezuela por la Constitución de 1999, cuyo artículo 72 dispone que: "todos los cargos y magistraturas electivas son revocables".

Por tanto, es erróneo creer que la configuración constitucional del presidencialismo en los países latinoamericanos, se presenta bajo la forma de un esquema depurado y unívoco.

¿Qué presidencialismos?

Son numerosos los autores que han intentado hacer una clasificación de los regímenes presidencialistas de América Latina, sin identificar un modelo único. Los resultados de esta búsqueda taxonómica no pueden ser sino decepcionantes; en la medida que la materia a la que se refieren es dúctil por la variedad de situaciones y las estrategias de sus actores.

Una de las primeras presentaciones ordenadas de los sistemas latinoamericanos fue propuesta por Karl Loewestein en 1949. Ésta propuesta separaba los regímenes presidencialistas puros (juzgados ahora como predominantes); los regímenes de presidencialismo atenuado (en los cuales, se esboza un embrión de gobierno autónomo y donde el Parlamento dispone de ciertos medios de control del Ejecutivo); y los regímenes presidenciales semi-parlamentarios, en los que el Legislativo y el Ejecutivo mantienen relaciones próximas a las de un sistema parlamentario.

Una clasificación próxima ha sido expuesta por Germán J. Bidart Campos (1967), que distingue entre los sistemas presidencialistas puros, los sistemas híbridos y los sistemas cuasi-parlamentarios.

Por su parte, Humberto Nogueira Alcalá⁽¹⁷⁾ prefiere centrar el análisis sobre el grado de autoridad que refleja tal o cual régimen presidencial:

⁽¹⁷⁾ Humberto Nogueira Alcalá, *Regímenes políticos contemporáneos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1993.

los "presidencialismos autoritarios" (de Chile con Pinochet; de Panamá con Torrijos; de Paraguay con Stroessner; del Perú con Fujimori; etc.); que se separan de los "presidencialismos democráticos" (subdivididos, a su vez, en sistemas presidencialistas "puros", "atenuados", "colocados bajo el control de partidos en alternancia", "presentando trazos semi-presidenciales", o auténticamente "semi-presidenciales").

Bajo un ángulo más sociológico, Salvador Valencia Carmona ha intentado hacer un cuadro donde confluyen las dictaduras oligárquicas (el Paraguay de Stroessner, la Nicaragua del clan Somoza, la República Dominicana de Trujillo, etc.); las dictaduras militares (en Argentina, en Chile, en Brasil a partir del año 1960, y frecuentemente, en reacción "preventiva" contra el "contagio" cubano); los regímenes populistas; los regímenes democráticos (por períodos: Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia, Ecuador y, de manera más continua, Costa Rica) ⁽¹⁸⁾.

Otro observador atento de la evolución de los presidencialismos latinoamericanos, Antonio Colomer Viadel (1990), ha optado combinar, de un lado, las relaciones "internas" entre las competencias constitucionales y los comportamientos institucionales; y del otro lado, las relaciones "externas" entre las Presidencias y los otros poderes de la sociedad civil ⁽¹⁹⁾. El resultado ofrece una gama diversificada que va desde el "presidencialismo hegemónico de excepción" al "presidencialismo que implica elementos de parlamentarismo"; pasando por el "presidencialismo autónomo con equilibrio de poderes" (Argentina, Brasil, Chile, al menos en ciertas épocas).

Como vemos, la variedad de parámetros empleados permite combinaciones más o menos complejas, que se esfuerzan por tener en cuenta (con una fidelidad en ocasiones relativa) las prácticas presidencialistas; pero, las clasificaciones avanzadas tienen el mérito de poner en evidencia la plasticidad del modelo y sus capacidades de adaptación a situaciones cambiantes.

¿El modelo presidencialista, en sí mismo, es siempre percibido como símbolo de la contribución más auténtica de los países latinoamericanos a la ingeniería constitucional? Algunas fisuras aparecen por doquier en las proclamaciones habituales.

⁽¹⁸⁾ Salvador Valencia Carmona, *El Poder Ejecutivo Latinoamericano*, op. cit.

⁽¹⁹⁾ Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, op. cit.

Incertidumbres y cuestionamientos

Las desviaciones autoritarias del régimen presidencial en numerosos Estados de América Latina, han constituido desde siempre una fuente de preocupación para aquellos que veían en dicha forma de gobierno una fórmula democrática, adaptada a las especificidades de la evolución histórica, política, económica y social de dichos Estados.

El patente desequilibrio que se instituyó entre el Legislativo y el Ejecutivo, en beneficio de este último; la incapacidad de los Parlamentos nacionales de utilizar sus prerrogativas constitucionales, de por sí reducidas; la ambigüedad de los jóvenes partidos (los partidos únicos o dominantes refuerzan mecánicamente los poderes presidenciales y la división entre los partidos; permitiendo, entre otras cosas, al Ejecutivo conservar lo esencial del poder); y, en ciertos períodos, la marcada decadencia de los derechos fundamentales, explican por qué "el debilitamiento del Ejecutivo se ha convertido en una de las modernas tendencias del constitucionalismo latinoamericano ⁽²⁰⁾".

La "crisis del presidencialismo ⁽²¹⁾" ha encontrado, en el plan institucional, una expresión significativa en el resurgimiento de técnicas con un sesgo parlamentario y en el recurso a formas renovadas de participación.

La tentación parlamentaria

A decir verdad, si los Estados de América Central y América del Sur han optado rápidamente por el modelo presidencial; la influencia del parlamentarismo se manifestó, desde su origen, en la elección de diversos mecanismos o instituciones encargados de reequilibrar —de algún modo— las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. Estas "tentativas parlamentaristas ⁽²²⁾" no han tenido éxito en la alteración de la imagen dominante del presidencialismo; pero ésta preparó los espíritus ante la eventualidad del surgimiento de un modelo alternativo.

La discusión ha retornado sobre este terreno desde hace algunos años; y anima hoy en día los diversos proyectos de reforma constitucional.

⁽²⁰⁾ Ibid.

⁽²¹⁾ Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (dir.), *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universal, 1997, 2 tomos.

⁽²²⁾ Pedro Planas, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fondo de Cultura Económica, 1997.

a) Los elementos parlamentarios en los regímenes oficialmente presidenciales

Los trazos de parlamentarismo que podemos descubrir en diversos textos constitucionales de los siglos XIX y XX, han sido frecuentemente destacados ⁽²³⁾.

En algunos casos, han promovido el desarrollo de verdaderas experiencias parlamentarias de duración variada. Constituyeron, en lo esencial, técnicas tendientes a favorecer un control recíproco del Legislativo y del Ejecutivo (en beneficio del Legislativo: preguntas, interpelaciones, mociones de censura, cuestiones de confianza, comisiones de investigación, refrendo ministerial; a favor del Ejecutivo: poder de disolución de la Cámara Baja) o previendo un embrión de gobierno colegiado autónomo, que responde solidariamente ante el Parlamento.

Entre los países que experimentaron estos procedimientos parlamentarios, citemos el Brasil (de 1839 a 1889: reconocimiento implícito de la responsabilidad gubernamental ante el órgano legislativo, desde 1961 a 1963, luego de la dimisión de João Cuadros: Ejecutivo bicéfalo, con un Presidente y Presidente del Consejo de Ministros elegidos, tanto uno como el otro, por el Congreso; responsabilidad ministerial y, correlativamente, poder presidencial de disolución de la Cámara Baja, etc.); Chile (que vivió un período de gobierno parlamentario entre 1891 y 1924, con una fuerte preponderancia del Congreso –e inestabilidad ministerial casi permanente–; el sistema presidencialista, reestablecido en 1925, conservará algunas formas de control parlamentario); Uruguay (que conoció una primera experiencia de Ejecutivo bicéfalo entre 1919 y 1933, luego una segunda experiencia de Ejecutivo colegiado, en 1952, en beneficio de un “Consejo Nacional de gobierno” de nueve miembros, elegidos por sufragio universal directo, con representación institucionalizada de la minoría); Perú (donde luego de un primer ensayo, no concluyente, entre 1856 y 1862, la figura del Presidente del Consejo de Ministros, ha encontrado lugar en las últimas constituciones, más notablemente en la Constitución de 1993. El Primer Ministro, según la expresión consagrada, debe solicitar el voto de confianza al Congreso sobre su programa de gobierno; pero el Presidente

⁽²³⁾ Pedro Planas, *Regímenes políticos contemporáneos*, op. cit.; Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, op. cit.; Carlos Ayala Corao, *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos de su reforma*, op. cit.; Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit.

de la República queda habilitado, en ciertos casos, para la disolución del Congreso⁽²⁴⁾; Costa Rica (donde la Constitución de 1949, aún en vigor, prevé un "Consejo de Gobierno" dotado de funciones determinadas, y concuerda con la Asamblea Legislativa, un poder de interpelación, voto de censura, de ministros); Venezuela (entre 1961 y 1999; numerosas reglas instituidas por la Constitución de 1961, confieren al Congreso bicameral de poderes de control sobre el Ejecutivo presidencial y desarrollan prerrogativas de "Consejo de Estado", encargado de asistir al Jefe de Estado) o Bolivia (donde, en los términos del artículo 90 de la Constitución de 1967, profundamente modificada en 1994, le compete al Congreso, en la hipótesis en la que el sufragio popular no permita a un candidato la elección presidencial obtener la mayoría absoluta de sufragios, de elegir según las mismas reglas de mayoría entre los dos candidatos que hayan reunido el mayor número de votos; desde que esta situación se convirtió en regla desde 1978, lo que ha favorecido la emergencia de un suerte de "presidencialismo parlamentario"⁽²⁵⁾, que reposa en la capacidad del negociación de las formaciones partidarias y en la actuación de una mayoría parlamentaria que sostenga al Presidente electo y a su programa político).

Pero podríamos encontrar otros ejemplos de instituciones inspiradas en el parlamentarismo, que contribuyen a matizar las clasificaciones tradicionales de los regímenes presidenciales⁽²⁶⁾.

De allí a afirmar que estos elementos de parlamentarismo han alterado la configuración clásica de los presidencialismos latinoamericanos, hay un paso. La mayoría de los observadores concuerdan que las raras experiencias de parlamentarismo o de semi parlamentarismo han terminado con fracasos, y que las reglas de inspiración parlamentaria, probadas sin gran convicción, no han tenido éxito en frenar la concentración de poderes en las manos de los Ejecutivos presidenciales; salvo, sin duda, en los períodos de antagonismo político entre la mayoría parlamentaria y el Jefe del Ejecutivo (por ejemplo, en Venezuela, durante la primera presidencia

(24) Pedro Planas, «Las formas parlamentarias del presidencialismo peruano», *VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 1998, p. 255.

(25) René Antonio Mayorga, «Présidentialisme parlementarisé, multipartisme modéré et transformation de l'Etat: le cas de Bolivie», en *Cahiers des Amériques Latines*, Paris, IHEAL, n° 26, 1997, p. 119.

(26) Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit., Pedro Planas, *Regímenes políticos contemporáneos*, op. cit.; Manuel Alcántara, *Sistemas políticos en América Latina*, Madrid, Tecnos, 1992, 2 vols.

de Rafael Caldera, entre 1964 y 1972). Había una suerte de incompatibilidad entre la fórmula parlamentaria y la concepción latinoamericana de la democracia representativa y la separación de poderes ⁽²⁷⁾. Ricardo Combellas escribe así: "Si una institución se encuentra fuertemente enraizada en nuestra cultura política, ésta es el presidencialismo; y si existe alguna que nos sea extraña, ésta es el parlamentarismo ⁽²⁸⁾".

b) Presidencialismo versus parlamentarismo: la actualización del debate

La eventual adopción de técnicas auténticamente parlamentarias se encuentra a la orden del día en aquellos Estados que persiguen su *aggiornamento* constitucional.

La pregunta debería ser formulada, en principio, en los dos países más importantes de la zona, Argentina y Brasil; que estuvieron comprometidos en procesos de revisión que conducirían a las reformas de 1998 (Brasil) y 1994 (Argentina).

En Brasil, la Asamblea Constituyente que preparó (largamente) la Constitución de 1988, se inclinaba manifiestamente a favor del régimen parlamentario, sobre la base del proyecto de la Comisión Arinos. Pero, prefirió decidir la elección entre el presidencialismo y el parlamentarismo a través de un referéndum –que tuvo lugar efectivamente el 21 de abril de 1993– y que desembocó en el mantenimiento de una república presidencial (55% de los votos a favor, contra 25% que optaba por la restauración parlamentaria).

En Argentina, donde el sistema presidencial fue definitivamente mantenido, la institución de un "Jefe de Gabinete de Ministros" (ver supra) no ha disipado todas las ambigüedades de un presidencialismo "atenuado" ⁽²⁹⁾. Si es propio de sus funciones la preparación de las reuniones del gabinete ministerial, asegurar la administración del país, nombrar a los empleados civiles y militares, refrendar un cierto número de actos presidenciales; y, sobretodo, rendir cuenta al Congreso de la Nación, ante

⁽²⁷⁾ Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, op. cit.; Humberto Quiroga Lavié, «Breve informe sobre la reforma de la Constitución argentina de 1994» en *La Reforma del Estado*, México, UNAM, 1996, p. 299.

⁽²⁸⁾ Ricardo Combellas, edit., *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit.

⁽²⁹⁾ Humberto Nogueira Alcalá, «Los presidencialismos puros y atenuados: los casos de Chile y Argentina», Buenos Aires, *Boletín informativo*, 1998, n° 144, p. 5.

el cual compromete –eventualmente– su responsabilidad (art. 100 de la Constitución), mientras que la Cámara Baja no puede, por su lado, ser disuelta, no parece que su presencia haya modificado sensiblemente, los equilibrios institucionales: el “Jefe del Gabinete Ministerial” no es el Jefe de Gobierno (cualidad que detenta aún, oficialmente, el Presidente de la Nación) y la tradición de *leadership* presidencial, combinado con un fuerte establecimiento del partido peronista (al menos hasta octubre de 1997); han limitado ostensiblemente el impacto de la reforma.

Hoy en día, el problema subsiste para los dos regímenes que podemos considerar como ejemplos de la reciente evolución política del continente latinoamericano: el de México y el de Chile, en los que la mutación constitucional no ha terminado.

En México, la controversia entre el sistema presidencial y el sistema parlamentario está lejos de ser una cuestión cerrada; confrontado por una progresiva decadencia del otrora todopoderoso “Partido Revolucionario Institucional”, que controlaba la vida política de dicho país, desde hacía decenios.

Las ventajas y los inconvenientes recíprocos de las dos fórmulas de gobierno, han sido abundantemente debatidas, a la luz de las teorías contemporáneas⁽³⁰⁾.

Según Juan J. Linz, en particular, las virtudes del régimen parlamentario en relación al régimen presidencial son claras: la fórmula presidencial, que confiere una legitimidad democrática tanto al Ejecutivo como a la Asamblea electa; es portadora de inseguridad jurídica y del riesgo de bloqueo, hasta de conflictos mayores, ya que las sensibilidades políticas de los dos poderes son antagónicas; la rigidez del mandato presidencial frena las necesarias adaptaciones; el Ejecutivo presidencial recibe una prima que desequilibra el sistema por la actuación de los poderes fácticos; la oposición es invitada al enfrentamiento directo antes que a la concilia-

⁽³⁰⁾ Juan J. Linz y Arturo Valenzuela, *La crisis del presidencialismo, El caso de América Latina*, op. cit., t. 2, 1998; Giovanni Sartori, «Ni presidencialismo ni parlamentarismo» en Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (ed.), *La crisis del presidencialismo*, op. cit., t. 2, p. 167; Alonso Lujambio, *Federalismo y Congreso en el cambio político de México*, México, UNAM, 1995; Dieter Nohlen y Mario Fernández, *Presidencialismo versus parlamentarismo, América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1991; Diego Valadés, *El control del poder*, México, UNAM, 1998 y «El poder legislativo mexicano», art. cit., p. 451; Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, op. cit., y «México: ¿sistema presidencial o parlamentario?», art. cit.

ción; y, correlativamente, el Presidente electo es tentado a utilizar los medios legales para evitar o reducir los conflictos potenciales; la limitación del mandato presidencial con duración determinada, sin reelección posible, puede producir los efectos perversos en el manejo de técnicas de gobierno o en las elecciones de las políticas públicas; la ausencia del "poder moderador" no puede más que acentuar las crisis y la personalización excesiva del poder, y no sabe prevenir las diversas clases de excesos demagógicos.

En cambio, los sistemas parlamentarios se encuentran mejor preparados para asegurar una "governabilidad" correcta, gracias a su facultad de ajuste y en el manejo de mejores mecanismos de equilibrio entre los poderes.

Las tesis de Linz son, al menos particularmente, compartidas por otros autores (tales como Alonso Lujabio, Dieter Nohlen y Giovanni Sartori). Observamos ciertas divergencias entre los diagnósticos. Algunos dan preponderancia al mayor rol que cumplen los partidos políticos organizados y disciplinados en el buen funcionamiento de los regímenes parlamentarios europeos; otros⁽³¹⁾, subrayan la incidencia de factores socio-económicos, condición que se encontrará lejos de ser superada en la mayoría de los países de Latinoamérica, con algunas excepciones puntuales como Venezuela, México, Costa Rica (desigualdades sociales, atraso económico, ausencia de cultura cívica, explosión demográfica, debilidad de formaciones partidarias, etc.); así como de elementos que explican igualmente la situación de los países latinoamericanos que, como México, han hecho del presidencialismo un artículo de fe.

Los analistas mantienen divergencias entre sí. El regreso al parlamentarismo clásico es raramente evocado como un remedio milagroso. Se prefieren mecanismos más sofisticados: presidencialismo "intermitente" o "alternativo" que, a los ojos de Sartori, permitirían probar sucesivamente las dos fórmulas para paliar así los riesgos de un gobierno "a dos motores"⁽³²⁾; creación de un puesto auténtico de Primer Ministro, disponiendo de una vasta delegación presidencial y cargado notablemente de asuntos corrientes, de la coordinación ministerial y de la administración cotidiana⁽³³⁾; racionalización de los procedimientos electorales, etc.

⁽³¹⁾ Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, *Presidentialism in Latin America*, Cambridge University Press, 1996.

⁽³²⁾ Diego Valadés, *El control del poder*, op. cit.

⁽³³⁾ Dieter Nohlen y Mario Fernández, *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.

Chile fue confrontado a otras dificultades de acuerdo a la especificidad de su historia política reciente, y a la hipoteca que hizo pesar sobre el régimen la presencia del ex Presidente A. Pinochet⁽³⁴⁾. Entre la vías susceptibles de ser seguidas para la revisión ineluctable de la Constitución de 1980, adoptada durante la dictadura militar (y reformada en 1989, antes del referéndum del 5 de octubre de 1988, que descartó la perspectiva de un nuevo mandato presidencial), no queda del todo excluido un régimen parlamentario. Esto no sería una innovación absoluta en la vida constitucional chilena (ver supra) y podría contar con un sistema de partidos coherentes y concientes de su rol.

A estos argumentos, los adversarios del parlamentarismo responden que "La República parlamentaria (1891-1924) aparenta ser un régimen de asamblea que no ha dejado buenos recuerdos en el imaginario colectivo" y, sobretodo, que toda fórmula parlamentaria obligaría a renunciar a la elección presidencial directa, fuertemente enraizada en la tradición política chilena. No sería poco concebible, en tal contexto, que un presidente electo participe efectivamente en el ejercicio del Poder Ejecutivo, y sería creíble que, en la hipótesis de una doble elección popular, el Jefe del Ejecutivo se enfrente frontalmente a un Congreso igualmente legitimado por el sufragio universal.

Una proposición alternativa, afirma que "el parlamentarismo de elección directa" (inspirado por el sistema israelí, puesto en escena en 1994-1996), conservaría el dualismo del Ejecutivo y el mismo tipo de equilibrio de los poderes, pero introduce la elección directa del Primer Ministro, correlativamente a la del órgano legislativo. Una solución tal no recoge todos los tipos de sufragio. Sospechamos, que por su complejidad puede conducir a una cierta confusión, por no tener en cuenta suficientemente los incidentes previsibles del sistema electoral, de debilitar peligrosamente la institución presidencial, y de preparar el terreno para un enfrentamiento directo entre las dos ramas del Ejecutivo.

En definitiva, la elección entre el sistema presidencial y el sistema parlamentario, no parece realmente viable. Tanto en Chile como en México, la opción claramente parlamentaria, da la impresión de constituir un

⁽³⁴⁾ Manuel Martínez Sospedra, «Un sistema de gobierno semi-presidencial: Notas sobre una posible reforma institucional», *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, 1999, n° 46, p. 331; Arturo Valenzuela, «La política de partidos y la crisis del parlamentarismo en Chile: Una propuesta para una reforma parlamentaria de gobierno» en *La crisis del presidencialismo*, *op. cit.*

salto al vacío. Por el contrario, se agitan los puntos de vista favorables a la elección de un régimen "semi-presidencial": Mientras que las clasificaciones sean vagas en este terreno, la expresión se refiere globalmente a una fuerte atenuación del presidencialismo dominante. La teoría del "semipresidencialismo" pretende combinar las ventajas del sistema presidencial y las del sistema parlamentario: a la elección directa de un Presidente dotado de atribuciones significativas; y, notablemente, del poder de disolver la Cámara legislativa o la Cámara Baja –en la hipótesis del bicameralismo– dejando pendiente la designación de un gobierno responsable ante la nueva asamblea elegida. Se duda que las experiencias europeas (notablemente la de Francia, desde 1958; Portugal desde 1976 y Finlandia) al ser evocadas, sirvan para despertar interés en esta fórmula. Pero las propuestas en ese sentido, son de matices variados y revelan, más allá de un interés teórico, tenaces reticencias, ligadas principalmente a un estado inseguro de los partidos y de los sistemas de alianzas políticas en los países de referencia (Chile, México, Argentina, etc.)⁽³⁵⁾ o a las tensiones previsibles susceptibles de terciar entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. Para algunos, el presidencialismo (o "neopresidencialismo", según la fórmula de Karl Loewenstein) debe ceder el paso, no a un régimen semi-presidencial teñido de parlamentarismo, sino a un "presidencialismo renovado"⁽³⁶⁾; lo que se logrará con el reequilibrio de poderes a favor del Legislativo, la limitación del Ejecutivo presidencial en atribuciones cuidadosamente delimitadas, la creación de un gobierno responsable ante la asamblea legislativa y la introducción de procedimientos de democracia semi-directa. En esta perspectiva, el Estado se encuentra firmemente invitado a no inmiscuirse abusivamente en los asuntos de la sociedad civil.

Dicho esto, la fórmula gráfica que aplica Giovanni Sartori a los regímenes latinoamericanos en la búsqueda de una nueva vía constitucional ("ni presidencialismo ni parlamentarismo") recibe, indudablemente, un cierto eco.

El recurso a nuevas formas de participación popular

He aquí una tendencia relativamente reciente en los países de América Latina, que merece ser subrayada.

⁽³⁵⁾ Pedro Planas, «Las formas parlamentarias del presidencialismo peruano», *art. cit.*; Jorge Carpizo, «México: ¿sistema presidencial o parlamentario?», *art. cit.*

⁽³⁶⁾ Jorge Carpizo, «México: ¿sistema presidencial o parlamentario?», *art. cit.*

Las instituciones de “democracia participativa” conocen, en efecto, una renovación de las preferencias en la mayor parte de las nuevas cartas constitucionales. Éstas revisten formas relativamente variadas, con un claro predominio de procedimientos refrendarios (sobre todo a nivel constitucional) o plebiscitarios (pero el adjetivo no tiene, en el vocabulario oficial, la connotación peyorativa que lo acompaña habitualmente y se refiere a la adopción de decisiones políticas, el referéndum propiamente dicho, que tenía por objeto la adopción de un texto normativo). Igualmente, encontramos por doquier mecanismos de iniciativa legislativa popular (Brasil, Perú, Uruguay), incluso de revocación de los mandatos electivos (Colombia, Perú, Venezuela); sin contar la restauración de formas de participación más tradicionales como el *cabildo abierto* (suerte de forum democrático, instaurado por las primeras comunidades hispánicas).

La reivindicación a favor de una democracia directa o semi-directa, se encuentra también en los Estados (raros, ciertamente) dotados de una estabilidad política relativa (Costa Rica, por ejemplo, que se apresta a modificar su Constitución en este sentido); así como en los Estados que parecen hoy en día tentados por una cierta forma de populismo nostálgico (como la “República Bolivariana de Venezuela” de 1999).

En todas las hipótesis, la reflexión constitucional también se ha comprometido en el clásico terreno de los sistemas electorales. Puede tratarse de revisar algunos de los principios que gobiernan la elección presidencial (problema de la duración del mandato, principio de no reelección, regla del *ballotage*). Pero, bien entendidos, los proyectos de reforma refrendan paralelamente las elecciones legislativas, en la perspectiva de una reestructuración de las formaciones partidarias y la creación de un verdadero sistema de partidos, coherentes y disciplinados⁽³⁷⁾.

3. Conclusión

¿El sistema presidencial y su deformación natural en América Latina, el presidencialismo, se encuentra en vías de una profunda transformación? Toda conclusión es prematura; pero es indudable que asistimos desde hace algunos años a una redistribución de las cartas que no pueden dejar de afectar el modelo presidencialista.

⁽³⁷⁾ Scout Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, *Presidentialism in Latin America*, *op. cit.*

Las reformas constitucionales han integrado algunas de las principales innovaciones experimentadas por las democracias europeas, bajo el empuje de la vaga democratización de los años ochenta. Entre 1979 y 1990, el conjunto de los países de América Latina que habían adoptado formas autoritarias de gobierno, las abandonaron para incorporarse a las fórmulas probadas de democracias electivas. Otros han emprendido un proceso de modernización o adaptación que los acerca progresivamente al ideal de tipo democrático (México, Colombia).

No es exagerado afirmar que las elecciones han jugado un rol importante durante los periodos de transición: no solamente han permitido la creación de espacios de discusión disciplinada, sino han favorecido reagrupamientos o alianzas que marginalizan los extremos y que han contribuido a legitimar la opción democrática.

Otros factores podrían acelerar el *aggiornamento* de las instituciones propias del presidencialismo y del neo-presidencialismo. Una remisión hacia un "federalismo de fachada" –en beneficio de una autonomía real de las entidades federadas (Brasil, Argentina, México, Venezuela)– sostenida por un principio de subsidiariedad recurrente; será la de combatir la excesiva centralización de la vida pública, dominada por la figura presidencial. Por otra parte, no ignoramos que algunas de estas reivindicaciones presentan un aspecto claramente étnico (reivindicaciones indígenas en el Estado de Chiapas, México) y plantean el problema, ocultado por largo tiempo, de las poblaciones indígenas.

Será necesario medir el peso de las reformas de la institución judicial sobre el funcionamiento global del sistema presidencial: multiplicación de las jurisdicciones constitucionales, desarrollo de los recursos individuales (*amparo*, *habeas corpus*), creación de los Consejos Superiores de la Magistratura; en relación con la reafirmación constitucional generalizada de los derechos fundamentales, la aparición significativa del *ombudsman* y la creciente influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽³⁸⁾.

Estas grandes tendencias, que atraviesan al constitucionalismo latinoamericano en la actualidad, no nos permiten afirmar fehacientemente que la institución presidencial se encuentre condenada. Pero, también sería temerario, no observar en estas situaciones más que una agitación superficial.

⁽³⁸⁾ Héctor Fix Zamudio, «Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo», en *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Caracas, CIEDLA, 1996, t. 1, p. 41.

Es cierto que más allá de los avatares de los regímenes presidenciales y de los presidencialismos, volvemos a encontrar la pregunta sobre las relaciones del Estado con la sociedad civil. Es esta pregunta la que condiciona el futuro del conjunto del área.

4. BIBLIOGRAFIA

- Allan- Rudolph Brewer-Carías, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, Tecnos, 1975.
- Ana Sofía Cardenal y Salvador Martí i Puig, *América Central, las democracias inciertas*, Madrid, Tecnos, 1998.
- Georges Couffignal (dir.). *Réinventer la démocratie. Le défi latino-américain*, Paris, Presses de la FNSP, 1992.
- Olivier Dabène, *La Région Amérique Latine. Interdépendance et changement politique*, Paris, Presses de la FNSP, 1997.
- Jorge Domínguez y Arnold Lowenthal, *Constructing Democratic Governance*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1996.
- Jacques Lambert y Alain Gandolfi, *Le Système politique en Amérique Latine*, Paris, PUF, 1987.
- Luis López Guerra y Luis Aguiar (dir.), *Las constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Ilustre Colegio de Abogados, 1998.
- Scott Mainwaring, *Presidencialism, Multiparty Systems and Democracy. The Difficult Equation*, Notre Dame (USA), University of Notre Dame Press, 1991.
- Guillermo O' Donnell, Philippe Schmitter y Lawrence Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rules. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1996.
- John Peeler, *Building Democracy in Latin America*, Boulder, Lynne, 1998.
- Luiz Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, São Paulo. Ed. Revista do Tribunais, 1971, 2 vols.
- Alain Rouquié, *Amérique Latine. Introduction a l'extrême-Occident*, Paris, Seuil, 1987.
- , *L'État militaire en Amérique Latine*, Paris, Seuil, 1982.

- Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, 1959.
- Francisco Fernández Segado, «Las relaciones entre órganos de gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido de control entre el presidencialismo y el parlamentarismo», *IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 1992.
- Héctor Fix Zamudio, «Supremacía del Ejecutivo en el Derecho Constitucional mexicano», *Cuadernos de derecho comparado*, México, 1967, p. 176 sq.
- Hubert Gourdon, «Les nouvelles politiques constitutionnelles» en Georges Couffignal (dir.), *Reinventer la démocratie. Le défi latino-américain*, Paris, Presses de la FNSP, 1992, p. 247 sq.
- Jacques Lambert, «La transposition du régime presidencial hors les États-Unis: le cas de l'Amérique Latine», *Revue Française de Science Politique*, 1963.
- Bolívar Lamounier, «Brasil: ¿Hacia el parlamentarismo?» en Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (dir.), *La crisis del parlamentarismo: El caso de América Latina*, Madrid: Alianza Universidad, t. 2, 1998, p. 133 sq.
- Karl Loewenstein, «The Presidency Outside the United States: a Study in Comparative Institutions», *The Journal of Politics*, 1949, vol. 11, p. 452 sq.
- Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart, «El presidencialismo y los sistemas de partidos en Latinoamérica» en *La reforma del Estado contemporáneo*, México, UNAM, 1996, p. 125 sq.
- Humberto Nogueira Alcalá, «Il regime presideziali dell' America Latina», *Cuaderni costituzionali*, 1988, vol. VIII, p. 491 sq.
- Humberto Quiroga Lavié, «Breve informe sobre la reforma de la Constitución argentina de 1994» en *La Reforma del Estado. Estudios comparados*, México, UNAM, 1996, p. 299 sq.
- Fred Williams Riggs, «The survival of presidentialism in America: para-constitutional practices», *International Political Science Review*, vol. IX, 1988, p. 247 sq.
- Daniel Allan Sabsay, «El semi-presidencialismo: una visión comparada» en *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, 1992, p. 210 sq.
- , «Parlamentarismo en América», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill edit, t. VI, p. 380 sq.

Salvador Valencia Carmona, «Las tendencias contemporáneas del ejecutivo latinoamericano», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1978, n° 31-32, p. 134.

TEORIZACION ACTUAL DE LA SEPARACION DE PODERES

Ernesto Alvarez Miranda ^(*)

Uno de los dogmas políticos más famosos que constituyen el fundamento del constitucionalismo moderno es el principio de "separación de poderes", este principio encontró su formalización europea en el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789: "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, y la separación de poderes determinada, carece de Constitución*"⁽¹⁾.

Locke va a ser el primero que plantea la teoría, aunque con limitaciones, divide el poder sin pretender ahondar en su teorización, simplemente describiendo el enfrentamiento que existía entre la Corona inglesa con

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres.

(1) Existieron una gran diversidad de opiniones sobre cómo redactar este enunciado. El primer proyecto, del cual Mirabeau fue ponente decía: "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes determinada no tiene una verdadera Constitución". Target presenta otra propuesta en el siguiente sentido: "Los derechos del hombre sólo están asegurados si los poderes públicos están divididos". Rewbell propone: "Los derechos del hombre en sociedad no estarán asegurados más que si los poderes están divididos". Al preferir la Asamblea la redacción que conocemos, no se percató que entra en contradicción con otro principio que había sido tomado de El Contrato Social: "La soberanía es una e indivisible, inalienable e imprescriptible; pertenece a la nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse se ejercicio". Ver Duguit (1996): *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 22 y ss.

el Parlamento que intentaba recortar las atribuciones reales, y lo deja en manos de un ejecutivo, un legislativo y un federativo, el mismo que en realidad se encuentra encomendado a los dos precedentes, obviando al poder judicial a pesar de que Inglaterra es un país judicialista. Esto se debe a que el principio de separación de poderes parte de la idea del equilibrio entre dos "poderes" de naturaleza eminentemente política. Es Montesquieu a quien se le va conocer como el difusor del gran dogma constitucional en Europa continental aunque escribió sus teorías atendiendo a la realidad de Inglaterra, pues no existía en Francia ni en ningún otro país importante un nivel de confrontación política entre la Corona y una asamblea política representativa, pues se encontraban sumidos en el absolutismo. Montesquieu va a unir el principio de separación de poderes con la idea de garantizar la libertad individual de las personas, noción que es sustancial, pues dividir o separar los "poderes" o las principales funciones: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, no obedece en realidad a un afán de mejorar la eficacia del gobierno, sino a la necesidad de que a través de este mecanismo, los derechos y las libertades de las personas encuentren la debida protección. Aquí es necesario reflexionar sobre el ya citado artículo 16 de la Declaración francesa: ¿ la separación de poderes es fundamento de la democracia o del constitucionalismo?

Hay que tener en cuenta que democracia es, en esencia, el sistema que basado en valores como el de la tolerancia, principios como el de pluralismo, procesos como los electorales, mecanismos como el debate y las votaciones parlamentarias, y técnicas como la de representación, permiten que la voluntad mayoritaria del pueblo manifieste su parecer en los asuntos de mayor importancia, abriendo el juego político para que los actores, grupos sociales e individuos, puedan ejercer influencia en los procesos de decisión política. Así, la decisión por muy democrática que sea en cuanto al origen o en cuanto a los procedimientos, bien podría entrar en conflicto con principios generales del Derecho, o como diría un anglosajón, con las normas del *Rule of Law*, y por tanto ser democrática pero no ajustada a Derecho y por lo tanto, contradecir su fundamental instrumento: la Constitución, que en su sentido material es una limitación al poder (democrático o no), llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de libertades a favor de los ciudadanos ⁽²⁾.

⁽²⁾ Pereira Menaut, Antonio Carlos (1997): *En Defensa de la Constitución*. Piura, Ediciones de la Universidad de Piura, p. 50.

Así, puestos en el dilema de responder a la pregunta formulada hemos de decir que el principio de separación de poderes corresponde más al ámbito del constitucionalismo que al de democracia.

Hay que tener en cuenta que la concentración del poder que operaba en Europa continental no impidió el surgimiento de ideas liberales que trataban de impedir el absolutismo planteando dividir el poder entre varios y diferentes detentadores, pues la indivisión del poder es fundamento básico de la tiranía, no en vano Hobbes escribirá en 1651 ⁽³⁾: "Hay una sexta doctrina, llanamente, y directamente contra la esencia de una república; y es ésta, que el poder soberano puede ser dividido. Pues qué es dividir el poder de una república, sino disolverlo; pues los poderes divididos mutuamente se destruye uno al otro". Bidart Campos, citado por Quispe Correa ⁽⁴⁾ dice: "si aceptamos que el poder del Estado es uno solo, la frase división de poderes está viciada de falsedad. El poder no se divide", agregando a continuación, "si por un lado tiene el sentido de una técnica tuitiva de la libertad y de un freno al ejercicio del poder, por otro reviste el carácter de una división del trabajo, para tornar más eficiente el ejercicio de cada función. La separación consiste en que no todos los órganos del Estado ejerzan juntos, solidaria e indivisamente, todas las funciones, sino por el contrario, cada una o algunas de estas funciones sea ejercida de modo distinto por titulares especializados".

Es entonces que, desde el siglo XVIII este principio se va arraigar y formar parte del Estado constitucional moderno. Además podemos afirmar que después de la segunda guerra mundial continúa siendo el principio rector para la formulación estructural de los gobiernos en muchas de las constituciones del mundo, a pesar de haber sido criticado casi desde sus inicios hasta la actualidad y de encontrarse en crisis para muchas posturas de la doctrina contemporánea.

En la Edad Moderna, época en la que el sistema imperante era el absolutismo van a aparecer en oposición a éste algunos precedentes de la teoría de separación de poderes. López ⁽⁵⁾ hace referencia a Bluntschli quien afirma que fue Bodin el primero en sostener que el rey debía renunciar a

⁽³⁾ Hobbes (1651) *Leviatán*, XXIX, 313.

⁽⁴⁾ Quispe Correa, Alfredo *Mitos y Realidades en el Mundo del Derecho*. Lima, Ed. Gráfica Cisneros, 1995, p. 95.

⁽⁵⁾ López, Mario Justo (1983): *Introducción a los Estudios Políticos*. 2da. Ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, V. II, p. 33.

administrar justicia y que debía haber jueces independientes. Así también López menciona a Posada, quien señala que el antecedente más directo se halla en la obra de Hooker titulada *The law of ecclesiastical polity*, publicada en 1648.

La división o separación de poderes es un principio dogmático del Estado constitucional liberal, ya que la presencia de éste es considerada como indispensable, imprescindible y necesaria para: primero, garantizar la libertad individual de todas las personas; segundo, para evitar la concentración del poder en manos de una sola persona y caer en el absolutismo, y; tercero, para limitar el poder sin perjuicio de las interrelaciones que se puedan y tengan que llevar entre los distintos detentadores del poder.

Para Günther y Erich Küchenhoff, citados por Lucas Verdú⁽⁶⁾, se trata de un Principio Dogmático, “porque se afirma la identidad absoluta entre la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de la libertad”.

Y se dice que es un Principio Institucional, porque es a partir de la dación de la Constitución Norteamericana de 1787, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de la Constitución Francesa de 1791 y de la Constitución de Cádiz de 1812 que ha servido como modelo para la designación y división de las funciones del Estado entre los distintos órganos, permitiendo de esta manera configurar la estructura institucional del Estado liberal.

Una clara evidencia de lo afirmado lo constituye la Constitución de Norteamérica de 1787, donde son distribuidas las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales al Presidente, Congreso y Tribunal Supremo respectivamente. Así también el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, mencionado en líneas precedentes, es muestra de la existencia y vigencia del principio de separación de poderes.

Producto de la Revolución Gloriosa de 1688 los constitucionalistas de aquella época, que eran enemigos acérrimos del Leviatán hobbesiano, simpatizantes del parlamento y orgullosos del triunfo, llenaban sus pensamientos con las fórmulas que hicieran posible la inexistencia del absolutismo; así tenemos que se empieza a concebir a la separación de poderes como una de las posibles fórmulas que permita luchar contra la concentración del poder en manos de una sola persona. De esta manera, dado el ambiente en que se vivía e influenciado por el mismo, Locke va a recoger y

⁽⁶⁾ Ob. cit ..., p. 133.

replantear la teoría en su obra "Ensayo sobre el Gobierno Civil", convirtiéndola en la precursora de la doctrina de la división o separación de poderes.

El Capítulo XII, denominado "Del alcance del Poder Legislativo" y el Capítulo XIII, titulado "Del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Federativo de la Comunidad Política" hacen referencia a los poderes, que son denominados por Locke como los *powers*, clasificándolos en cuatro: legislativo, ejecutivo, federativo y de prerrogativa; además le atribuye el primero (legislativo) al Parlamento y deja los otros tres en manos del Rey. Dada esta distribución de poderes es que con carácter frecuente se diga que Locke separó el poder no en tres sino en dos.

Locke denomina como poder federativo al encargado de regular las relaciones exteriores. En lo que se refiere al poder de prerrogativa, éste tiene un carácter de emergencia, es decir, faculta al rey para que pueda tomar decisiones en caso de situaciones anormales que son no previstas; en consecuencia, este poder que no está regulado y que es discrecional es susceptible de poder ser ejercido en forma arbitraria y despótica.

En conclusión, 1690 es el año en que se publica la obra de Locke en donde se encuentran los lineamientos básicos para la existencia de la teoría de la división de poderes. Sin embargo, es necesario resaltar el hecho de que Locke no haya mencionado al posteriormente denominado "Poder Judicial" como parte del planteamiento a pesar de que Inglaterra era un país judicialista, aunque para ser justos, Montesquieu jamás pensó que el denominado Poder Judicial tuviera la misma importancia que el Legislativo o el Ejecutivo, cabe recordar que la Escuela Exegética francesa estaba en todo auge, y por lo tanto el Rey o el legislador fueron considerados en el mismo "Espíritu de las Leyes" seres inferiores y simples mecanismos de obediencia, tan así, que no podían interpretar las normas legales para resolver un litigio, en caso de controversia entre dos leyes o de un supuesto vacío de la norma, elevaban el expediente a una comisión especial de la Asamblea Nacional que realizaba la llamada interpretación auténtica, que equivale en realidad a una práctica prohibición a los jueces de interpretar ellos los productos de los legisladores.

Charles de Secondant, barón de Montesquieu, es el más famoso teórico de la doctrina de la división de poderes y constituye una de las fuentes más evidentes de las cuales muchos de los juristas revolucionarios tomaron como fuente inspiradora para la creación de las primeras constituciones. Es a Montesquieu a quien le debemos, el mérito de haberle dado a la doctrina la formulación que la ha hecho tan famosa, así como también un carácter de permanencia en el tiempo a los aportes que brindó para el

constitucionalismo contemporáneo. Pero es necesario aclarar que fue Locke el primero que planteó los lineamientos de la teoría y es Montesquieu quien la perfecciona y la difunde.

Montesquieu vivió durante el período de 1729 a 1731 en Inglaterra, donde se familiarizó con el ambiente político y estudió la forma de gobierno imperante, permitiéndole esto un análisis y estudio del que pudo rescatar muchos pensamientos que influenciaron en su ya famosa formulación. La diferencia entre el planteamiento de Locke y el de Montesquieu va a ser que el segundo tomará en cuenta al Poder Judicial y además hará resaltar en su formulación la preocupación por el equilibrio entre los poderes que se frenan y vetan mutuamente. Sin embargo, la teoría de Montesquieu está muy influenciada por la realidad inglesa y particularmente por Locke.

El punto de partida de la doctrina que expuso Montesquieu se encuentra en su célebre obra "Espíritu de las Leyes", en el Libro XI, capítulo IV: *"C'est une expérience éternelle que tout homme qui a pouvoir, est porté á abuser: il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir"*.

La doctrina de Montesquieu se puede exponer de la siguiente manera: para Montesquieu en todo Estado hay tres clases de poderes que se diferencian entre ellos por el tipo de funciones que los caracteriza o define. Los tres poderes son: el primero, que es el Poder Legislativo; el segundo, que es el Poder Ejecutivo de las Cosas que dependen del Derecho Civil, y; el tercero, que es el Poder Ejecutivo de las Cosas que dependen del Derecho de Gentes. Montesquieu entiende que *por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga las leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.*

Montesquieu, entonces va a concebir al Poder Legislativo como un poder productor de normas que tienen alcance general en lo que se refiere al derecho privado o al derecho penal y que están destinadas para ser aplicadas en el interior del estado. Para Montesquieu esto significaba el derecho civil, es decir era el derecho que se encargaba de regular las relaciones privadas (económicas, familiares, ...).

En lo que se refiere al Poder Ejecutivo de las Cosas que dependen del Derecho Civil, Montesquieu lo concebía como el poder de declarar en cada caso concreto la norma pertinente que había sido pre elaborada para ello; en esto consistía la labor del juez, una labor que de alguna manera se podría considerar nula ya que éste sólo se limitaba a aplicar la norma pero no creaba derecho en cada sentencia.

En el caso del Poder Ejecutivo de las Cosas que dependen del Derecho de Gentes, Montesquieu lo concebía como un poder pleno, que no estaba sometido a reglas, ya que el alcance del derecho de gentes en aquella época comprendía las relaciones entre los Estados y las relaciones entre el soberano y los súbditos.

Basándose en este análisis de los poderes del Estado, Montesquieu va a formular una hipótesis: *si lo que se pretende es conservar y preservar la libertad y lograr un gobierno constitucional, es preciso que tales poderes no se encuentren concentrados en manos de una sola persona, sino que tienen que estar divididos, repartidos o distribuidos por distintos órganos, de manera tal que el poder frene al poder ("le pouvoir arrête le pouvoir").* Así, escribe Montesquieu, que: *la Libertad no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría, la misma virtud necesita límites!*. Sigue diciendo Montesquieu: *"...cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el Monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial está unido al Poder Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o diferencias entre particulares"*. (Libro XI, Capítulo IV)

Tenemos que recordar y no caer en manos del olvido de que la división o separación de poderes es sólo una teoría, que al estar influenciada por la vida política y las formas de gobierno de la época lo único que buscaba era evitar la concentración del poder, garantizar la libertad y proponer una fórmula viable para lograr un buen gobierno. Sin embargo, a

pesar de esto la doctrina contradecía algunos principios dogmático-políticos de aquel entonces, lo que ocasionaba muchos cuestionamientos.

Es así que esta doctrina, creían muchos, parecía oponerse al dogma de la soberanía (muy enraizado), entendido este concepto como aquel que básicamente reclama y propugna un poder único que además excluía a cualquier otro, un poder que por definición no podía ser divisible; pero, como opinan muchos doctrinarios que son estudiosos del planteamiento de Montesquieu, en la teoría de la separación de poderes no existe un enfrentamiento con el principio de soberanía sino que por el contrario ambos se complementan.

Como señala Asensi Sabater⁽⁷⁾: “Montesquieu no rompe con el principio de soberanía, sino que, precisamente, presupone la existencia de ésta que, en última instancia, reside en un poder fáctico o político. La división de los poderes afectaba solamente a los poderes constituidos, es decir, a los poderes del Estado en cuanto aparecían establecidos y regulados por la Constitución; ésta, sin embargo, era obra exclusivamente del poder constituyente, esto es, de un poder soberano e incondicionado”.

Pues bien, la formulación planteada por el barón francés va a ser considerada como un dogma por todos los doctrinarios del constitucionalismo desde su aparición en el siglo XVIII hasta el siglo XX, aunque ya parcialmente.

López,⁽⁸⁾ plantea a Kant como uno de los continuadores de la teoría, señala que éste “expuso una doctrina de división tripartita de los poderes en el párrafo XLV de *Principios metafísicos de la ciencia del derecho*, publicada en 1797”.

En el siglo XIX va a aparecer Benjamín Constant, este francés que al igual que Montesquieu vivió en Inglaterra y tuvo la oportunidad de presenciar la vida política británica, basó sus formulaciones en la experiencia inglesa. Constant agregó a los tres poderes planteados por Montesquieu un cuarto poder, el “poder neutro” (*pouvoir neutre*). Pero, ¿en qué consistía este poder neutro? En realidad carecía de un verdadero poder, en palabras de López,⁽⁹⁾ “constituía una especie de prerrogativa para resolver los

(7) Asensi Sabater, José (1996): *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Valencia, p. 138.

(8) Ob. cit..., p. 34.

(9) Ob. cit..., p. 34.

conflictos entre los otros poderes y, en un régimen de monarquía constitucional, correspondía atribuirlo al rey"; la misión de este poder era desempeñarse como árbitro, velar por una correcta división de poderes, en pocas palabras era un poder moderador.

La teoría que brinda Montesquieu al mundo constitucional ha sido objeto de diversas críticas.

Una de las primeras objeciones (como ya lo mencionamos anteriormente), fue que tal principio iba en contra de la indivisibilidad de la soberanía (según Rousseau). En relación a esta crítica Passerin D'Entreves, citado por Lucas Verdú,⁽¹⁰⁾ razona lo siguiente: "el problema que se plantearon Locke y Montesquieu no fue un problema de soberanía, sino de Constitución. La cuestión no era para ellos –o no lo era solamente– dónde reside la soberanía o a quién pertenece en último término, sino cómo puede ejercitarse la soberanía del mejor modo posible por diferentes agentes de la misma".

Junto a esta primera crítica se encuentra aquella que plantea que con el principio de separación de poderes se rompe la unidad orgánica del Estado. A esta objeción observa Gaspare Ambrosini, también citado por Lucas Verdú,⁽¹¹⁾ que: "ese reproche no tiene en cuenta que si bien la potestad del Estado es única en su esencia, opera concretamente mediante múltiples actividades y por medio de diversos órganos. Al atribuir las funciones del Estado a tres grupos distintos de órganos, a los llamados tres poderes, no se fracciona la unidad orgánica estatal ya que cada uno de los tres poderes actúa siempre como órgano del Estado".

También existieron posturas críticas a la denominación separación de poderes prefiriendo el de división de funciones, las que corresponderán a distintos órganos, aunque no en forma absoluta.

Es el caso de Jellinek, éste afirma que al pretender encajar la doctrina del barón francés en la realidad surgen de inmediato dificultades tanto de índole teóricas como de índole prácticas. En lo referido a las dificultades teóricas, Jellinek afirma que el fundamento de la concepción jurídica del Estado descansa en el reconocimiento del mismo como una unidad, de lo que se puede deducir indudablemente que los cimientos doctrinarios están basados en el principio de la indivisibilidad del poder del Estado.

⁽¹⁰⁾ Ob. cit..., p. 140.

⁽¹¹⁾ Ob. cit..., p. 140.

Señala también Jellinek, citado por Mario Justo López, que: "cada órgano del mismo (se refiere al Estado) representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. Es posible, pues, hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes. En la variedad de sus órganos no existe, por tanto, sino un solo poder del Estado". En cuanto a la práctica, Jellinek dice que en ninguna Constitución es aplicada en sentido estricto y rígido el principio de separación de poderes y, además siempre existe la preeminencia de algún órgano, no faltándole alguna razón, pues hemos observado cuán distinta es la aplicación del principio de acuerdo a la forma de gobierno.

El austriaco Hans Kelsen, citado por el mismo López, es de la opinión que la teoría que formula Montesquieu está viciada de una confusión, y esto porque al querer separar los órganos separa las funciones que obviamente están subordinadas en las etapas de la creación del derecho.

A su vez, Kelsen coincide con Jellinek (aunque no en la totalidad de su crítica) en lo que se refiere a la indivisibilidad del poder, igualmente Kelsen es de la opinión de que el poder es entendido como una unidad. Kelsen también observa una crítica cuando hace referencia a la libertad que pretende garantizar la teoría de la separación de poderes, dice que en realidad no la asegura puesto que no basta que haya una separación de órganos para que la libertad se de como garantizada e inviolable, y en cuanto a ello, está en lo cierto.

Mc Ilwain también es otro crítico de la doctrina, para él el equilibrio político no tiene base institucional y la teoría de la separación de poderes sólo puede ser fruto de filósofos políticos como Montesquieu. Mc Ilwain es de la idea de que es posible limitar el gobierno pero no valiéndose de su debilitación y, además, insiste que la separación de poderes y el equilibrio de los mismos no tiene sentido y no existe posibilidad de aplicación.

Friedrich es otro de los doctrinarios que formula una crítica, quizás la más seria, él advierte que no es suficiente con la separación de poderes para poder garantizar la libertad; así señala: "... un mecanismo no puede defenderse nunca por sí solo contra el ansia de poder de los seres humanos" (cita de López⁽¹²⁾).

Lo primero que habría que preguntarnos es: ¿por qué se dice que la teoría de la separación de poderes se encuentra en crisis?

(12) Ob. cit..., p. 36.

Pereira Menaut⁽¹³⁾ hace una aclaración previa que consideramos se debe tomar en cuenta, él dice: "hay que señalar que la propia doctrina de la separación de poderes dejó de ser lo que era con Locke –una proposición para la práctica política, razonable y de sentido común– para convertirse en un dogma apriorístico, indiscutido y proclamado sin consideración a las circunstancias reales". Pero también, además de esta previa consideración hay que tener claro que el principio de la separación de poderes no es una verdad válida para todos los tiempos. La invención o planteamiento de esta teoría nace en un contexto específico, así señala Loewenstein⁽¹⁴⁾ que: "estuvo determinada por el tiempo y las circunstancias como una protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo monolítico de la monarquía en el siglo XVII y XVIII".

Una vez señalados los precedentes podemos afirmar que sí, efectivamente existe tal crisis ¿y esto a qué se debe? Creemos que una de las principales causas tiene su origen en el Poder Ejecutivo y su desmesurado crecimiento; no obstante, también hay que advertir que el Poder Legislativo es un factor causante de la crisis dado su decaimiento.

La realidad es cambiante y los diversos factores que la componen también sufren transformaciones, las nuevas situaciones políticas, económicas, sociales, culturales, entre otras, han permitido un desmedido crecimiento del Estado y a su vez el incremento protagonista del Ejecutivo, dejando un poco de lado a los otros dos poderes. Como ya dijimos en líneas anteriores, la separación de poderes nace como respuesta al régimen político imperante buscando frenar el absolutismo, pero al considerar como principio la unidad e integridad del poder del Estado descuida al mismo convirtiéndose en un freno incapaz de pararlo.

El crecimiento del Estado no fue proporcional ni equilibrado, tuvo una dirección orientada únicamente hacia el Ejecutivo produciendo su incremento desmesurado y desproporcionado en relación a los otros dos poderes. A su vez el crecimiento del Ejecutivo generó el crecimiento de la administración, que realiza no sólo funciones de tipo administrativa sino que en algunos (o quizás muchos) de los casos hace uso de su poder delegado y ejecuta acciones de tipo legislativa y por qué no decirlo también judiciales.

Creemos que el pensamiento de Karl Loewenstein se debe considerar como un notable aporte; a juicio de notable jurista la doctrina de la sepa-

(13) Ob. cit..., p. 209.

(14) Ob. cit..., p. 56.

ración de poderes en su formulación clásica es anticuada, sin embargo lo rescatable de esta doctrina es el reconocimiento de que el Estado tiene necesariamente que cumplir determinadas funciones y que además los destinatarios del poder van a salir beneficiados si esas funciones son realizadas por órganos distintos. Loewenstein plantea una nueva formulación y es la siguiente:

1. La decisión política conformadora o fundamental.
2. La ejecución de la decisión.
3. El control político⁽¹⁵⁾.

Entonces podemos deducir que también Loewenstein considera que la teoría atraviesa por un periodo de crisis no obstante él rescata sus méritos y la replantea adecuándola a la realidad.

Arthur Miller, citado por Pereira Menaut⁽¹⁶⁾ dice que: “hemos pasado del newtoniano principio de equilibrio y orden, al darwiniano de crecimiento y cambio”, de lo que podemos desprender que la separación de poderes no fue concebida ni tuvo una proyección de tipo darwinista. La teoría de la división o separación de poderes nace en la coyuntura del siglo XVIII, buscando un equilibrio de poderes pero basándose en un sistema de tipo mecánico y además en donde el carácter de las leyes era invariable e inamovible, no estando sujetas a cambio. Sin embargo nuestra realidad actual está matizada de desequilibrios, los cambios y las crisis son parte del continuo ejercicio para la supervivencia, las leyes fijas se han relativizado. En consecuencia, a la teoría de la separación de poderes le falta agregados y/o modificaciones sustanciales para que pueda sobrevivir en el mundo de hoy.

Pero, a pesar de que esta teoría se encuentra en crisis sigue siendo de utilidad porque aún no se ha planteado un sistema superior o que permita un cambio sustancial que nos garantice la libertad y la desconcentración del poder.

He aquí donde debemos plantear con claridad el fundamento de nuestro trabajo. En principio, no existe un mecanismo o un proceso que por sí solo garantice ni la participación real del electorado en las decisiones políticas, –un proceso electoral no lo hace–, tampoco un instrumento que nos permita por sí mismo garantizar una esfera de protección para las

⁽¹⁵⁾ Ob. cit..., p. 62.

⁽¹⁶⁾ Ob. cit..., p. 210.

libertades y los derechos de las personas, la Constitución depende de un conjunto de factores político-jurídicos para lograr ser considerada normativa o nominal en términos de Loewenstein.

Más preocupa que teniendo el principio de separación de poderes por naturaleza pretender frenar el poder con el poder, encuentre en la Europa parlamentarista, cuyos principales rasgos ya han sido descritos en este trabajo, una forma de gobierno donde el Poder Ejecutivo, –que en realidad debería denominarse simplemente gobierno–, está integrado políticamente al mal denominado Poder Legislativo, –que en realidad no aparece en la civilización humana para legislar ni tampoco es actualmente su principal función sino la de ejercer el control parlamentario–.

La pregunta puntual es, si aún consideramos que en el país donde estos poderes no están divididos o separados carecen de Constitución y por tanto, no pueden exponer ni democracia ni constitucionalismo ¿Cómo existe democracia y constitucionalismo en Inglaterra, Alemania o España, tal igual como en el presidencialismo norteamericano donde sí rige el principio de separación de poderes en su versión de “frenos y contrapesos”?

Nuestra respuesta, esencia del presente trabajo, parte del presupuesto de que el principio de separación de poderes pertenece más a la órbita del constitucionalismo que la que corresponde a la democracia, y por tanto debemos replantear la tradicional teoría en la perspectiva del mundo actual, para afirmar que la división del poder o de las funciones entre gobierno y asamblea política no garantizan ni constituyen características fundamentales del sistema político. Dentro de la visión del constitucionalismo el fundamento es la limitación del poder a cargo no de otro poder sino mediante el Derecho, así entonces, cabe proponer una nueva formulación –más actual– del principio de separación de poderes.

Sólo se explica que exista tanto constitucionalismo en el parlamentarismo como en el presidencialismo si asumimos que la separación o división debe considerarse entre los órganos de decisión política: gobierno y asamblea política, y los órganos de decisión jurisdiccional: tribunales y jueces ordinarios y/o constitucionales.

Es ese el rasgo en común entre los principales modelos constitucionales que están en la vanguardia de la cultura política, en ellos, los órganos de decisión jurisdiccional actúan con una real autonomía en el ejercicio de sus funciones, convirtiéndose en verdaderos instrumentos para limitar efectivamente la libre voluntad del poder político, sea legítimo o no, sea democrático o no.

Por tanto, la autonomía de los tribunales y de los jueces no es un simple principio de naturaleza administrativa destinado a permitir un ejercicio más eficiente, rápido y oportuno de las decisiones judiciales. Tampoco una mera noción constitucional encaminada a tratar de evitar que las personas que participan de los órganos de decisión política intervengan con fines ilícitos, vinculados al amargo concepto de corrupción política, influenciando en las sentencias para enriquecerse o favorecer a un cliente político. La autonomía del también mal denominado Poder Judicial tiene una finalidad primordialmente político-constitucional, esto es, dirigida a construir el sistema político que Loewenstein llama Constitucionalismo democrático, y que se sustenta en la existencia de un Estado de Derecho entendido no como un Estado con Derecho, sino como Imperio del Derecho, esto es, donde el Estado no elabore todo el Derecho sino, por el contrario, se encuentre efectivamente limitado por todas aquellas normas del Derecho que pueden o no estar recogidas en la Constitución pero que sin embargo existen y son de obligatorio cumplimiento para los Estados.

DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. SU VIABILIDAD Y LAS EXPERIENCIAS PERUANA Y MUNDIAL SOBRE EL PARTICULAR

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (*)

Sumario: I. El debido proceso como derecho fundamental sobre cuyos alcances todavía no existe suficiente consenso. II. Las diferentes dimensiones y alcances del "due process of law", las dificultades para su recepción en Europa. III. Notas sobre el tratamiento del debido proceso en las constituciones peruanas de 1979 y 1993 y la permisibilidad de la aplicación de este concepto a los diferentes procedimientos administrativos. (Las dificultades normativas iniciales y la protección dada por el Tribunal Constitucional al debido proceso procesal). IV. La tutela al debido proceso sustantivo por el Tribunal Constitucional, las interesantes precisiones de la Ley 27444 sobre el debido proceso en general, y algunos retos de la actualidad. V. Algunas reflexiones finales sobre el particular.

I. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL SOBRE CUYOS ALCANCES TODAVIA NO EXISTE SUFICIENTE CONSENSO

En un mundo en el cual ya nadie discute la singular relevancia que tiene la tutela de los diferentes derechos fundamentales como elemento de indispensable cumplimiento para la plena vigencia de cualquier Estado Democrático de Derecho, la significación hoy adquirida por el respeto

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

a las llamadas “garantías de un debido proceso” aparece como un hecho de incuestionable validez. Así lo corrobora no solamente la progresiva constitucionalización de estos derechos o elementos tuitivos de una actuación de quien es autoridad dentro de parámetros que recusan cualquier forma de arbitrariedad, sino también la inclusión de diversas referencias sobre el particular en múltiples tratados internacionales de Derechos Humanos ⁽¹⁾.

Sin embargo, el reconocimiento más bien general de este derecho no es impedimento para admitir cuan difícil ha resultado y resulta determinar los alcances del mismo. En esa misma línea de pensamiento, elemento de frecuente discusión siempre ha sido el de si podemos considerar aplicables y exigibles las denominadas garantías de un debido proceso a un escenario administrativo. Es entonces, en apretada síntesis, que exponemos nuestra opinión favorable al respecto, postura que como veremos luego cuenta en el Perú con el invalorable aval de varios pronunciamientos en ese mismo sentido de nuestro Tribunal Constitucional. Pasemos pues de inmediato a desarrollar la tarea que se nos ha encomendado.

II. LAS DIFERENTES DIMENSIONES Y ALCANCES DEL “DUE PROCESS OF LAW”, LAS DIFICULTADES PARA SU RECEPCION EN EUROPA

Aún cuando podemos encontrar antecedentes sobre el particular en la “Law of the Land” de la Carta Magna de 1215, o en los *charters* concedidos a favor de quienes asumían labores de colonización bajo el amparo de la monarquía británica ⁽²⁾, es de público conocimiento que la primera formulación a nivel constitucional del derecho a un debido proceso la encon-

⁽¹⁾ En este sentido tenemos (incluyendo a las referencias a la presunción de inocencia) a los artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2 inciso 3, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica; y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁽²⁾ La “Law of the Land”, consagrada en el capítulo 39 de la Carta Magna de 1215 señalaba que “[...] ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos o haremos proceder contra él, *sino en virtud de un juicio legal de sus pares, según la ley del país*” (el subrayado es nuestro). Por otro lado, los *Charters* eran aquellos acuerdos por escrito mediante los cuales los gobernantes británicos reconocían ciertos derechos o garantías específicas a quienes iban a colonizar ciertas tierras en nombre de la Corona. Es por ello que ambas situaciones –Law of the Land y *Charters*– son tradicionalmente vistas como antecedentes de lo que luego sería el “Due Process of Law”.

tramos en las Enmiendas Quinta (1791) y Décimocuarta (1868) de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norte América ⁽³⁾. También es generalmente sabido que lo prescrito en esos preceptos constitucionales se configuró una múltiple comprensión del llamado "Due Process of Law", al que empezó a reconocérsele una dimensión sustantiva, otra procesal e incluso se le encomendó la tarea de desempeñarse como mecanismo mediante el cual se canaliza la aplicación de aquellos derechos en principio solamente invocables ante la federación al conjunto de Estados de la Unión ⁽⁴⁾.

La dimensión más conocida de este precepto constitucional fuera de los Estados Unidos tradicionalmente ha sido la del "Debido Proceso Procesal", entendido desde su formulación original como la posibilidad de que en todo procedimiento seguido contra cualquier persona (proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre particulares) se respeten ciertos elementos mínimos mediante los cuales se asegura el alcanzar el valor justicia dentro (o a través) de ese mismo procedimiento ⁽⁵⁾, o, dicho en otros términos, la oportunidad que todo ciudadano tiene de asegurar el análisis de su (s) pretensión (es) mediante autoridad competente e imparcial, la cual, luego de escuchar todas las consideraciones que resulten pertinentes, y en la mayor igualdad de condiciones posible, deberá resolver el requerimiento puesto en su conocimiento sin dilaciones indebidas.

De la mano de esta comprensión del *Due Process of Law* está la llamada dimensión sustantiva del Debido Proceso o Debido Proceso Sustantivo, la cual implica el establecimiento de un importante parámetro para la actuación de quien tiene autoridad: la proscripción de ejercerla arbitra-

⁽³⁾ Oportuno es señalar como ya existía una cláusula similar a la que después consistiría la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana en las constituciones estatales de Maryland, Pennsylvania y de Massachusetts, aun cuando ello obviamente no tuvo la repercusión de lo posteriormente aprobado en 1791 y 1868.

⁽⁴⁾ Una explicación más detallada sobre el particular la encontramos, por ejemplo, en Barker, Robert, "El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica". En: Bazán, Víctor (coord.): *Desafío del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 287 y ss.; o en nuestro: "El Debido Proceso en el Ordenamiento Jurídico Peruano y sus alcances en función de los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular". En: Cuadernos Jurisdiccionales N° 1. Lima, Asociación Civil "No hay Derecho", Abril 2000, p. 37 y ss.

⁽⁵⁾ Es en ese sentido que se pronuncia la Suprema Corte norteamericana, usando un concepto de "Process" que engloba tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos y a los corporativos entre particulares, en casos tan diversos como el "International Shoe Company versus Washington" (1945), o el "Goldberg versus Kelly" (1970), por solamente citar dos ejemplos.

riamente. Ello en el caso norteamericano será el punto de partida de un elemento hoy central para la configuración de sus sistema de derechos como es la *privacy*⁽⁶⁾, así como es el sustento de un concepto cuya relevancia hoy nadie discute como es el de razonabilidad, tema con alcances que ya han sido desarrollados con mucho mayor detalle en otros trabajos⁽⁷⁾.

Ahora bien, la sola mención de estas dos dimensiones del *Due Process of Law* o "Debido Proceso Legal" fácilmente nos permita apreciar cómo la acepción "Process" en el escenario norteamericano nunca se limitó a lo que hoy tendemos a considerar aquí como "proceso", máxime luego del encuadramiento en el ámbito jurisdiccional que a dicho concepto le han venido dando importantes procesalistas europeos⁽⁸⁾.

Y es que la acepción "process" en Estados Unidos está más bien vinculada a los canales de actuación a través de los cuales realiza su labor quien posee autoridad, máxime si mediante ellos materializa la composición de algunos conflictos. Sin embargo, parece indiscutible también reconocer que es el espacio judicial en el cual históricamente ha sido más frecuente y fácticamente ha resultado más fácil aplicar este concepto en toda su real magnitud, ya sea en mérito a que es el ámbito jurisdiccional el tradicionalmente previsto para asegurar la tutela de los diferentes derechos⁽⁹⁾, o en consideración a los antecedentes y la especial configuración

⁽⁶⁾ En este sentido, y en la medida en que son textos pensados para hacer comprensible el complejo sistema de derechos norteamericano a personas formadas dentro de otras pautas jurídicas, puede resultar útil para un mejor acercamiento al tratamiento de este tema el trabajo de Rosenfeld, Michel: "El nacimiento y la evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos". En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol Nro. 18/19 Valencia 1997. p. 73 y ss. También podría resultar provechoso revisar nuestro "Apuntes sobre el desarrollo de la jurisdicción constitucional aplicable a los Derechos Fundamentales en los Estados Unidos de Norteamérica". En: Normas Legales; Trujillo, 2000. Una visión más bien sintética e incompleta de este tema es la que publicamos con el mismo título en: Ius Et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 21. Lima, 2000.

⁽⁷⁾ Recomendamos entre otros, revisar el clásico trabajo de Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1989. Un valioso acercamiento a este tema también lo encontramos en Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984.

⁽⁸⁾ En este sentido recomendamos revisar, entre otros, lo señalado por Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1994.

⁽⁹⁾ Harto conocidas son, por solamente citar dos ejemplos, las prácticas de la Corte Suprema norteamericana sobre el particular casi desde su fundación, así como la construcción doctrinaria efectuada por Jellinek y la dogmática alemana de fines de siglo XIX.

de la actuación de las Administraciones Públicas (sobre todo en Europa Occidental), las cuales cuentan con privilegios frente al ciudadano en el ejercicio de sus funciones. Estos privilegios se encuentran formalmente sustentados en la relevancia de los intereses colectivos que dichas Administraciones dicen representar, aun cuando nos atreveríamos a decir que en algunos casos, por lo menos en Europa Continental, no son más que resabios de aquellas atribuciones consideradas como propias de instituciones todavía imbuidas de un principio monárquico reacio a someterse a los parámetros correspondientes a cualquier Estado Democrático de Derecho que se precie de serlo⁽¹⁰⁾.

Las particularidades de esta experiencia europea, en la cual la labor de las diversas Administraciones no tenía como una de sus preocupaciones centrales la de la tutela de los diversos derechos fundamentales (y entre ellos, el de un debido proceso), propició entonces que la comprensión del "Due Process of Law" norteamericano fuera de los Estados Unidos de Norteamérica no solamente se circunscribiera a su dimensión procesal, sino que incluso la plasmación de dicha dimensión tendiese a admitirse como únicamente aplicable en un escenario judicial, y sobre todo en el ámbito de los procesos penales. Ahora bien, las cosas han ido cambiando, ya que como consecuencia de una progresiva democratización del que-

⁽¹⁰⁾ Como es de conocimiento general, el triunfo de las revoluciones burguesas en Europa continental no trajo consigo una inmediata desaparición del poder de los Monarcas y su entorno, pues en la mayor parte de los países europeos los reyes y la nobleza van a conservar importantes atribuciones propias, las cuales –por lo menos durante buena parte del siglo XIX– justificarán que en el Viejo Continente coexista un "principio monárquico" junto a un "principio democrático".

Como funciones encuadradas dentro de este "principio democrático" podíamos encontrar a todas aquellas ejercidas dentro del aparato estatal de acuerdo con pautas legalmente establecidas, pautas cuya configuración y vigencia dependían en última instancia del Parlamento de turno. En cambio, las tareas ubicadas dentro de los parámetros del llamado "principio monárquico" (tareas entre las que destacan nítidamente la potestad reglamentaria y las consideradas necesarias para hacer viables una todavía rudimentaria estructura administrativa estatal) dependían de la discrecionalidad del Monarca, y por ende no estaban sometidas a control parlamentario ni asumían como uno de sus límites al respeto de los diferentes derechos fundamentales. Ello puede explicar no solamente el (posterior) reconocimiento de ciertas potestades a favor de las diversas Administraciones Públicas (potestades entendidas como privilegios antes que como derechos), sino también que fuese difícil invocar que la actuación administrativa en los diferentes países de Europa Continental estuviese ceñida al respeto a ciertos parámetros, parámetros entre los cuales se encuentra el no vulnerar el derecho fundamental a un debido proceso. Esta constatación tendrá, tal como veremos más detalle en otros apartados de este texto, una especial relevancia para la mejor comprensión y análisis del tema materia del presente trabajo.

hacer administrativo (hoy no solamente más sometido a parámetros reglados⁽¹¹⁾, sino también más respetuoso –entre otras consideraciones– de la plena vigencia de los diferentes Derechos Fundamentales), varios Tribunales Constitucionales Europeos –en nuestra opinión, todavía tímidamente– admiten la aplicación de algunos aspectos del debido proceso a los procedimientos administrativos de carácter sancionador, procedimientos cuya configuración guarda evidentes similitudes con la considerada como propia de aquellos escenarios con una fisonomía de corte judicial⁽¹²⁾.

Lo expuesto sin embargo no busca desconocer las diferencias que existen entre los ámbitos judiciales y administrativos, y las repercusiones que ello tiene en la plasmación de los diversos componentes de un debido proceso. Nadie niega, por ejemplo, que el carácter de los intereses que representan y las funciones en común dadas a las diferentes Administraciones Públicas implicará el reconocerle a éstas una serie de atribuciones (la autotutela de sus posibles conflictos, autotutela eso sí susceptible de un control jurisdiccional posterior; la ejecutividad y ejecutoriedad de sus fallos, etc.), atribuciones cuyo ejercicio indudablemente configura un contexto en el cual las instancias y funcionarios administrativos gozan de una situación que incluso podemos calificar como ventajosa y privilegiada frente a los particulares que deben hacerle frente durante alguna controversia. Pero, por otro lado, lo que no puede perderse de vista es que aun esa situación especial de la cual disfrutaban las diversas Administraciones hoy no convalida actuaciones arbitrarias, sino que obliga a que en el ejercicio de sus funciones dichas Administraciones estén obligadas a ceñirse a parámetros previamente establecidos y respetar los derechos de los administrados, derechos entre los cuales el de acceder a una autoridad imparcial para ver si esta acoge o no sus requerimientos en un plazo razonable ocupa sin duda un rol muy especial.

Podrá entonces en algunos casos no ser exigible en sede administrativa algún aspecto del debido proceso como la de la instancia plural (o hablarse de cosa decidida y no de cosa juzgada, por solamente citar dos

⁽¹¹⁾ Sobre la democratización del quehacer administrativo, donde la Administración en el cual no solamente se ciñe fundamentalmente a parámetros reglados, sino que incluso sus atribuciones discrecionales se dan dentro de pautas previamente establecidas, las cuales marcan la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, recomendamos revisar lo expuesto por García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, varias ediciones.

⁽¹²⁾ Al respecto, resulta sumamente ilustrativo el revisar lo resuelto en múltiples procesos por el Tribunal Constitucional español al abordar este tipo de temas.

ejemplos al respecto)⁽¹³⁾, pero ello no nos proporciona elementos suficientes que nos lleven a descartar un irrestricto respeto en sede administrativa a aspectos de un debido proceso tan importantes como el del ofrecimiento y la actuación de pruebas o el de la resolución de la controversia existente dentro de un plazo razonable, salvo mejor parecer.

Lo hasta aquí expuesto seguramente ayudará a entender mejor el por qué la incorporación del Debido Proceso a ordenamientos jurídicos distintos que el norteamericano ha hecho de éste un tema polémico y con un tratamiento normativo no siempre todo lo claro que se quisiera. Ello precisamente explica en buena medida lo ocurrido en el caso peruano, en donde la confusa incorporación (constitucionalización) de este derecho, tanto en la Constitución de 1979 como en la de 1993 llevó a muchos operadores jurídicos de nuestro país a manejar una percepción bastante restricta de los alcances del derecho fundamental ya aquí descrito, perspectiva destinada a descartar su aplicación y vigencia en los diferentes procedimientos administrativos. Sin embargo, creemos que afortunadamente la lectura de ambos textos constitucionales progresivamente permitieron poder sustentar todo lo contrario, tomando para ello como base algunas consideraciones que inmediatamente pondremos en su conocimiento.

III. NOTAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL DEBIDO PROCESO EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DE 1979 Y 1993 Y LA PERMISIBILIDAD DE LA APLICACION DE ESTE CONCEPTO A LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. (LAS DIFICULTADES NORMATIVAS INICIALES Y LA PROTECCION DADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO PROCESAL)

Basta con efectuar una rápida mirada a la normatividad dictada en nuestro país sobre el particular para comprobar que la incorporación del debido proceso en el Perú siempre se ha dado en forma asistemática, y

⁽¹³⁾ Ahora bien, necesario es señalar cómo en el Perú incluso la instancia plural, confundida aquí con el derecho a impugnar y planteada como un derecho de configuración legal, constituye un elemento que no siempre es exigible, incluso en procesos seguidos ante instancias que cuentan con un carácter jurisdiccional. Por otro lado, es por todos conocido que en el ámbito administrativo no puede hablarse en rigor de cosa juzgada, ya que los pronunciamientos de la Administración, al ser susceptibles de revisión en sede judicial, no gozan de los rasgos que son propios e inherentes de la cosa juzgada. Por ello es que en estos casos más bien cabe referirse a una cosa decidida.

tal vez como consecuencia de ello, plagada de no pocas imprecisiones y ambigüedades.

Así por ejemplo, la Constitución Política de 1979 no efectuaba referencia explícita alguna a este derecho fundamental, aun cuando varios de los elementos que lo componen estaban diseminados a lo largo del artículo 233 de aquel texto constitucional⁽¹⁴⁾, norma destinada a consagrar las entonces denominadas "Garantías de la Administración de Justicia". Lo previsto en la Constitución antes mencionada permitió entonces a algún calificado sector doctrinario a considerar al debido proceso como una "garantía innominada de la Administración de Justicia".

Ahora bien, y a pesar de las atingencias hechas por diversos constitucionalistas y administrativas, fueron muy pocos los que defendían un concepto más amplio de "Debido Proceso", circunscribiéndolo –supuestamente de acuerdo a lo prescrito en el texto constitucional– al ámbito judicial. En el mejor de los casos el conocimiento de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre esta materia llevó luego a algunos pocos a admitir también la aplicación de este derecho fundamental fuera del espectro judicial, aunque únicamente circunscrito a los procedimientos administrativos de carácter sancionador.

Un planteamiento bastante similar es el que en líneas generales recoge en esta materia la Constitución Peruana de 1993. Y es que si bien dicho texto tiene el mérito de invocar explícitamente la observancia del debido proceso como un criterio de obligatorio cumplimiento (artículo 139 inciso 3), ello lo hace dentro de un artículo constitucional dedicado a los llamados "Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional"⁽¹⁵⁾, precepto en el cual a su vez se incluyen una serie de elementos habitualmente asumidos como componentes centrales de la dimensión procesal del Debido Proceso⁽¹⁶⁾. Por otro

⁽¹⁴⁾ Así por ejemplo, el principio de motivación escrita de las diferentes resoluciones estaba recogida en el inciso cuarto; la prohibición del ejercicio de la función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la ley en el inciso catorce; y un largo etcétera.

⁽¹⁵⁾ Coincidimos con quienes consideran que es por lo menos discutible el referirse a unos supuestos "derechos de la función jurisdiccional". Ahora bien, como veremos a continuación, no es ésta la única deficiencia que encontramos en el tratamiento otorgado al derecho a un debido proceso en el Texto constitucional de 1993. Desarrollamos un análisis más detallado al respecto en nuestro: "El debido proceso en el ordenamiento...", Op. cit., sobre todo, p. 45 y ss.

⁽¹⁶⁾ Y es que a lo largo del ya antes mencionado artículo 139 se recogen una serie de elementos o derechos tradicionalmente considerados como propios del Debido proceso,

lado, expresamente no se incluye mención alguna al Debido Proceso Sustantivo: únicamente se hace referencia puntual a una de sus manifestaciones, la razonabilidad, como parámetro para la evaluación judicial en clave de contralor parcial que puede hacer el juez peruano durante la vigencia de un Estado de Excepción en nuestro país (recomendamos ver al respecto el artículo 200° de la Constitución de 1993).

Lo recientemente descrito pareciera circunscribir al derecho a un debido proceso a su dimensión procesal, la cual solamente sería exigible en sede judicial. Sin embargo, aun admitiendo la pertinencia de esa aseveración, nada en nuestra opinión impedía que, siguiendo las pautas que poco a poco han ido imponiéndose a nivel mundial⁽¹⁷⁾, bien pudiera invocarse la plena vigencia y tutela de este derecho fundamental en los diversos procedimientos administrativos, máxime si en ambas constituciones se incluía una cláusula de derechos implícitos (artículos cuatro de la Constitución de 1979 y tres de la de 1993), mediante la cual, de acuerdo con el respeto de principios centrales para el constitucionalismo contemporáneo como son los de dignidad del hombre y respeto del Estado Democrático de Derecho, no solamente podía justificarse la existencia de un derecho fundamental a un debido proceso en sus diversas dimensiones, derecho que además no estaría únicamente circunscrito al ámbito judicial.

Esta misma es la perspectiva que sobre el particular parece haber acogido el Tribunal Constitucional peruano (TC), supremo intérprete de los alcances y preceptos de nuestra Carta de 1993. A dicha instancia han lle-

tales como la motivación de las sentencias (inciso quinto), el juez predeterminado por la ley (segundo párrafo del tercer inciso) o la exigencia de no ser privado del derecho de defensa (inciso catorce).

(17) Aun cuando todavía las instancias de protección internacional de los Derechos Humanos no se han pronunciado con insistencia sobre estos temas, justo es resaltar la existencia de decisiones como la asumida en el caso Y. L. contra Canadá, decisión mediante la cual el Comité de Derechos Humanos considera que son aplicables las garantías establecidas en el artículo 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a instancias administrativas con funciones similares a las desempeñadas en el caso peruano por el Tribunal Fiscal o algunas de las Comisiones de INDECOPI. En este caso en concreto, el Comité concluyó que el artículo 14 (1) del Pacto antes mencionado no se limita a procesos de carácter civil en sentido estricto, añadiendo que el alcance de esa dicha cláusula no depende de la naturaleza jurídica del órgano o agencia cuya decisión se impugna ni del carácter del procedimiento previsto por el derecho interno, sino de "la naturaleza de la cuestión" (párrafo 9.2).

Por otro lado, resulta cada vez más frecuente ver como los diferentes ordenamientos nacionales admiten la exigibilidad del derecho a un Debido proceso en sede administrativa, tema que por cuestiones de espacio aquí únicamente nos limitamos a enunciar.

gado en recurso extraordinario múltiples procesos de Amparo en los cuales se ha alegado la violación del derecho a un Debido Proceso en sede administrativa e incluso en las relaciones corporativas entre particulares. En ninguno de dichos procesos (y aun cuando finalmente el Alto Tribunal no haya acogido la pretensión de los demandantes), dicha importante instancia –a diferencia de la posición mayoritariamente asumida por la judicatura ordinaria en la década de los ochenta sobre el particular– jamás descartó la pertinencia de invocar la exigibilidad del derecho fundamental al cual venimos haciendo referencia fuera del ámbito jurisdiccional. Es más, textualmente en el pronunciamiento emitido en el caso “Pedro Arnillas Gamio” (Expediente 067-93-AA/TC, con sentencia del 12 de diciembre de 1996) dirá que:

“[...] el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado”⁽¹⁸⁾.

Y por si lo expuesto no tuviese suficiente entidad, anotaremos cómo el Tribunal Constitucional, aun sin explicitar cual es el basamento normativo de su posición (el cual seguramente debe ser el mismo al que aquí hemos hecho referencia), confirmará en múltiples ocasiones la exigibilidad de un Debido Proceso en el ámbito de los procedimientos administrativos.

En este sentido se encuentra, por ejemplo, lo resuelto en el caso “Mauel Benitez Raymundo”⁽¹⁹⁾ (Expediente 292-96-AA/TC, del 18 de octubre de 1996), en donde el Alto Tribunal reconoce que la pluralidad de instancias garantía de un debido proceso, es también aplicable en los pro-

⁽¹⁸⁾ Una completa reproducción de esta interesante sentencia la encontramos en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Tomo I (período 1996-1997). Lima, Gaceta Jurídica Editores, Marzo de 1998, página 275 de esa recopilación jurisprudencial. Luego, en este mismo sentido apuntan resoluciones como la emitida en el caso “Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R Ltda” (Expediente N° 461-96-AA/TC), incluida en el tomo III de la colección de jurisprudencia ya mencionada (específicamente entre las páginas 691 y 695), en donde el supremo intérprete de la Constitución peruana vigente señalará que:

“[...] los derechos de los justiciables que en conjunto forman lo que se conoce como “El Debido Proceso” posee un radio de aplicación que está por encima del funcionamiento y actuación del órgano estrictamente judicial, pues de otro modo ninguna entidad o corporación privada y ni siquiera la propia administración, cuando conoce del llamado procedimiento administrativo, tendría porque respetar los derechos del justiciable, lo que sería absurdo e inconstitucional”.

⁽¹⁹⁾ Sentencia publicada el 27 de abril de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano” y reproducida en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. cit., Tomo I, pp. 310-312.

cedimientos administrativos, tal como lo señala el artículo 100 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (D.S. 02-94-JUS), norma entonces vigente al momento de emitirse ese fallo, aun cuando –en nuestra opinión acertadamente– no se pronuncia a favor de su exigibilidad en todos los casos. Por otro lado, en el caso “María Quiroz Blás”⁽²⁰⁾, aun cuando finalmente el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda, en uno de los considerandos en los cuales se sustenta dicha decisión se señala textualmente lo siguiente:

“[...] Que, siendo ello así, la destitución de la que ha sido objeto la autora, no puede considerarse como un acto arbitrario y conculcatorio de sus derechos constitucionales realizado por el Presidente de la entidad demandada, pues *tan drástica medida fue tomada tras seguirse un procedimiento administrativo, en el que se respetó el contenido esencial de su derecho al debido proceso en sede administrativa*” (el subrayado es nuestro).

Tan o más contundentes son sobre el particular lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Carlos Alberto Franco Choque” (Expediente 647-96-AA/TC)⁽²¹⁾, en donde se considera que el Consejo Transitorio Regional de la Región La Libertad no transgredió el derecho al debido proceso del demandante, como en lo resuelto en los procesos 1034-96-AA/TC (caso “Alfredo Rolando Yataco García”)⁽²²⁾ y 619-96-AA/TC (caso “Ysidro Alberto Villanueva Rodríguez y otro”)⁽²³⁾, procesos en los cuales el alto Tribunal explícitamente reconoce que el derecho a un debido proceso en sede administrativa de los demandantes fue vulnerado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y el Municipio Provincial de Sánchez Carrión-Huamachuco, respectivamente. Estos criterios, establecidos por el Alto Tribunal en algunas de sus primeras sentencias, se ha mantenido invariable hasta la actualidad⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Expediente 594-96-AA/TC, con sentencia del 13 de junio de 1997. Una completa reproducción de dicho fallo la encontramos en “Jurisprudencia...”, Op. cit. Tomo I, pp. 494-496. La cita consignada en nuestro trabajo ha sido extraída en la página 496 de esa recopilación jurisprudencial.

⁽²¹⁾ La sentencia completa la encontramos en “Jurisprudencia...”, Op. cit., Tomo II, pp. 554-556.

⁽²²⁾ El texto íntegro de este fallo lo ubicamos en “Jurisprudencia...”, Op. cit., Tomo II, pp. 566-568.

⁽²³⁾ La sentencia en cuestión está incluida en “Jurisprudencia...”, Op. cit., Tomo II, pp. 594-597.

⁽²⁴⁾ En ese sentido encontramos, entre otros pronunciamientos, lo resuelto en los casos “Asociación Centro Artesanal de Pueblo Libre” (Expediente N° 028-93-AA/TC, incluido en

Justo en anotar cómo, con el transcurso de los años, el Tribunal Constitucional peruano ya no solamente se limitó a reconocer la existencia de un Debido Proceso procesal en el ámbito administrativo, vinculándolo casi exclusivamente a la exigencia del cumplimiento del derecho de defensa. Progresivamente fue tutelando la plena vigencia de varios de los diferentes elementos o derechos que componen este derecho fundamental complejo que es el Debido Proceso. Ello lo hace de manera implícita (como en el de la llamada “cosa decidida”⁽²⁵⁾), pero en otros en forma explícita. Así por ejemplo, en el caso “Sindicato Único de Trabajadores de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC)”⁽²⁶⁾, el Tribunal constata como en ningún momento del procedimiento administrativo de reducción de personal seguido por CORPAC se cumplió con notificar al sindicato o a los trabajadores independientemente considerados de dicha empresa, y en base a ello asume que efectivamente se ha violado el derecho a un Debido Proceso de los demandantes de Amparo.

Asimismo, en el Expediente N° 684-97-AA/TC, el Alto Tribunal anota como otro elemento violatorio de este derecho fundamental al no respeto de los procedimientos preestablecidos para el tratamiento de este tema a nivel administrativo⁽²⁷⁾. También se ha resaltado la importancia de

“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. cit., Tomo III, pp. 21-23), o “Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R. Ltda”. (Expediente N° 461-96-AA/TC, incluido en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Op. cit., Tomo III, pp. 691-695). Este último caso tiene además el interés de establecer cual es la postura que el Alto Tribunal tiene sobre la naturaleza jurídica de los Juzgados o Ejecutorias Coactivas, resaltando el carácter administrativo de los mismos.

⁽²⁵⁾ A esa misma conclusión llega el análisis efectuado por Luis Sáenz a lo resuelto en casos como el de “Idalia Muñoz Jaime” (Expediente N° 020-96-AA/TC, incluido en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Op. cit., Tomo I, pp. 147-149), o y el de “Rosa María Mur Campoverde de Muñoz” (Expediente N° 154-93-AA/TC, recogido en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. cit., Tomo I, pp. 479-480). Recomendamos entonces ver al respecto el completo análisis que sobre el particular realiza Sáenz Dávalos, Luis: “La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 1, Lima, Tribunal Constitucional, 1999, pp. 483-564 (especialmente pp. 521 a 523).

⁽²⁶⁾ Expediente N° 48-95-AA/TC, recogida en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Op. cit., Tomo III, pp. 92-94.

⁽²⁷⁾ Textualmente el fallo en cuestión señala lo siguiente: “[...] Que, las Resoluciones de Alcaldía Nos. 639, 671, 1247, de fechas doce, veinticuatro de Abril, y veinticuatro de Mayo de mil novecientos noventa y seis, respectivamente que, instauran los procesos administrativos, infringen las disposiciones del Reglamento de la Carrera Administrativa por cuanto la calificación de las denuncias o faltas y el pronunciamiento sobre la procedencia de la apertura del proceso disciplinario corresponde a la Comisión Permanente de Procesos

permitir el uso de medios probatorios adecuados⁽²⁸⁾ o motivar debidamente las resoluciones emitidas por las autoridades competentes para ello⁽²⁹⁾.

Pero si como todo lo expuesto no tuviese suficiente entidad, nuestro Tribunal Constitucional, inclusive procedió a explicitar los alcances y derechos que componen este Debido Proceso en el escenario de los diferentes procedimientos administrativos. Ello explica como en el caso "Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres" contra la "Municipalidad Provincial de Huánuco" (expediente N° 026-97-AA/TC)⁽³⁰⁾ esta importante instancia de fisonomía jurisdiccional señalará:

"[...] Que el debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139 de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.) Tales directrices o atributos en el ámbito administrativo general normalmente se encuentran reconocidos por conducto de la ley a través de los diversos procedimientos de defensa o reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas, por lo que su transgresión impone como correlato su defensa constitucional por conducto de acciones constitucionales como la presente".

Estamos aquí pues ante un interesante intento destinado a fijar cual es el contenido del derecho fundamental que venimos estudiando, intento de indiscutible valía, aunque no exento de algunas imprecisiones que bien valdría corregir: en primer lugar, la referencia al artículo 139 de la Constitución de 1993 evidentemente no resulta un sustento suficientemente explícito de la constitucionalidad de la interpretación aquí efectuada (una referencia específica a la cláusula de derechos implícitos no hubiese veni-

Administrativos y no al Alcalde, viciándose en consecuencia el proceso y las decisiones que se derivan de él, como es el caso de las Resoluciones de Alcaldía que disponen la sanción de destitución", "Que, en consecuencia, se ha vulnerado el derecho al debido proceso de las demandantes".

⁽²⁸⁾ En este sentido, entre otros casos, está lo resuelto en el caso "Julio César López Prado" (Expediente N° 543-96-AA/TC; incluido en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 27 de Noviembre de 1998).

⁽²⁹⁾ Este es el tema abordado en la sentencia que dio fin al caso "Luz del Carmen Ibañez Carranza" (Expediente N° 051-97-AA/TC, incluida en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 4 de Enero de 1999).

⁽³⁰⁾ Sentencia incluida en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 16 de Octubre de 1998, así como en Sáenz, Luis, Op. cit., p. 519.

do nada mal). En segundo término, técnicamente no es riguroso a nivel administrativo hablar de jurisdicción o cosa juzgada ⁽³¹⁾. Finalmente, la redacción del pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano al cual venimos haciendo referencia pareciera considerar a elementos como el de la pluralidad de instancias como exigibles en todos los casos, cosa que, tal como ya hemos dicho anteriormente, no se presenta de esta forma ni siquiera en instancias de fisonomía jurisdiccional ⁽³²⁾.

Con todo, y a pesar de las puntuales críticas que podemos efectuarle a lo resuelto en “Empresa de Transportes Andrés Andino Cáceres”, lo previsto allí demuestra cuán consolidada ya estaba en el Perú la pertinencia de invocar la plena vigencia del Debido Proceso Procesal en un procedimiento administrativo. Sin embargo, todavía el escenario jurisprudencial no había desarrollado tales precisiones en lo vinculado a la dimensión sustantiva de dicho derecho, tema que, como de inmediato veremos, pronto pasaría a remediarse.

IV. LA TUTELA AL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LAS INTERESANTES PRECISIONES DE LA LEY 27444 SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL, Y ALGUNOS RETOS DE LA ACTUALIDAD

Quien cuenta con poder siempre tiene cerca la tentación de usarlo arbitrariamente. Esta es indudablemente una máxima de la cual no se libran incluso aquellos que son parte de la Administración Pública de cualquier Estado. Negar entonces la posibilidad de defender la plena vigencia del derecho a un debido proceso sustantivo en el escenario de un procedi-

⁽³¹⁾ Como bien sabemos, cuando hablamos de jurisdicción nos referimos a la capacidad de decir derecho –entendido como el poder resolver conflictos de interés o situaciones de incertidumbre jurídica– con efectos vinculantes y carácter definitivo. Por otro lado, es conocido que son rasgos básicos de la cosa juzgada su carácter imperativo e inamovible. Ninguno de los supuestos aquí reseñados son invocables en la solución de los diversos procedimientos administrativos, pues las conclusiones a las cuales llega la Administración tienen ese ingrediente vinculante y definitivo propio de las labores jurisdiccionales (son más bien susceptibles de control judicial *a posteriori*); y por ende, sus pronunciamientos pueden en el mejor de los casos ser considerados como cosa decidida y no en rigor como cosa juzgada.

⁽³²⁾ Ver al respecto lo recogido dentro del apartado “Notas sobre el Tratamiento del Debido Proceso en las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993 y la permisibilidad de la aplicación de este concepto a los diferentes procedimientos administrativos”, capítulo tercero del presente trabajo

miento administrativo se nos presenta entonces como una peligrosa insensatez. Sin embargo, el contexto ya explicado anteriormente unido a la dificultad que en ocasiones encuentra cualquier mismo Tribunal Constitucional al intentar establecer límites a su labor cuando invoca actuar en defensa del Debido Proceso sustantivo, explica toda vez por qué el accionar del supremo intérprete de nuestra Constitución inicialmente no transitó por esos derroteros.

Ahora bien, una vez asentada una línea jurisprudencial de protección del debido proceso procesal, el Tribunal Constitucional peruano comienza a emitir una serie de fallos en los cuales el sustento de los mismos es la Tutela del Debido Proceso Sustantivo. Esta actitud pronto se daría también para analizar aquello que pueda ocurrir dentro de un procedimiento administrativo.

Un caso paradigmático al respecto es el "Huamán Gonzáles" (Expediente 439-99-AA/TC), resuelto por el Tribunal Constitucional de nuestro país mediante sentencia de fecha trece de Abril del año dos mil. Huamán Gonzáles era un policía al cual se le había encomendado cuidar la parte norte de un puente Hércules levantado sobre el río Reque, muy cerca de la ciudad de Chiclayo. Al lado de este puente se había construido un puente Bailey, cuyo cuidado no era responsabilidad de Huamán Gonzáles.

A ese puente Bailey intentó ingresar un tráiler, ya que las autoridades del Ministerio de Comunicaciones, Vivienda y Construcción habían cerrado el puente Hércules. No obstante no ser responsabilidad suya el cuidar aquella construcción, Huamán Gonzáles pidió la documentación que acredite la carga que quería trasladar por el puente Bailey. Todo ello con la anuencia de una serie de autoridades nacionales y regionales. Supuestamente el puente en cuestión podía soportar la carga del tráiler sin mayores dificultades. Sin embargo, y por deficiencias en su misma construcción, el puente Bailey cedió y cayó al río Reque.

Ante todo lo ocurrido, el alto mando de la policía nacional decidió sancionar drásticamente a Huamán Gonzáles, el cual incluso fue pasado al retiro por lo sucedido.

De lo aquí reseñado rápidamente puede acreditarse que la decisión tomada en contra de Huamán Gonzáles no resiste un mínimo análisis de razonabilidad, constituyendo una su separación de la Policía Nacional una acción abiertamente arbitraria. Ello es lo que explica que, a pesar de que el demandante solicitaba la Tutela de la dimensión procesal del Debido Proceso, el Tribunal Constitucional textualmente señala que

“[...]Que por otro lado, y en lo que respecta al fondo de la presente controversia, este Tribunal estima legítima la pretensión alegada ya que la sanción de pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, adoptada por conducto de la Resolución Directoral N.º 1119-98-DGPNP/DIPER-PNP, denota en diversos de sus extremos inobservancia del derecho fundamental al debido proceso que, como se ha puesto de manifiesto en diversos pronunciamientos expedidos con anterioridad, no sólo tiene una faceta o dimensión formal, sino también una faceta o dimensión sustantiva, que es la que principalmente se ha visto afectada en el presente caso.”

La consagración a nivel jurisprudencial de un necesario respeto al Debido Proceso Sustantivo en el escenario de los procedimientos administrativos quedaba entonces así consolidada. Sin embargo, todavía quedaban muchos retos que afrontar. Y es que ganado completamente el espacio jurisprudencial, y comenzándose a respirar vientos renovadores a nivel doctrinario tanto de las principales instituciones del Derecho Administrativo en general como del procedimiento administrativo en particular, fácil era presumir cómo pronto se incluirían importantes modificaciones en la normativa destinada a regular el desarrollo de los diversos procedimientos administrativos en el Perú, buscando así hacerla más proclive al respeto del derecho a un Debido Proceso en sus diferentes manifestaciones. Es por ello que no debe sorprendernos las numerosas prescripciones que encontramos sobre el particular en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el Diario Oficial el once de Abril de 2,001 y vigente desde el once de Octubre de ese mismo año.

Allí encontramos recogidos como principios del procedimiento administrativo al debido procedimientos (artículo IV.I.2 del Título Preliminar) y a la razonabilidad (artículo IV.I.4 de ese mismo Título Preliminar). Una siquiera rápida lectura de lo allí consignado nos demuestra cómo allí se está estableciendo como principios de escrupuloso y obligatorio cumplimiento el respeto de las dimensiones procesal y sustantiva del derecho a un debido proceso, exigencia que, aun cuando con algunos matices en su redacción, también va a ser establecida como principio de la potestad sancionadora administrativa (artículo 230º).

Ahora bien, la comprensión de esta necesidad y de tan importantes requerimientos no se queda en estas significativas referencias, sino que va a buscar materializarse en diversos aspectos de la Ley 27444. Ello se hace patente sobre todo en algunas manifestaciones del debido proceso procesal, entre las cuales podemos anotar un profuso desarrollo de todo lo refe-

rente a recursos administrativos⁽³³⁾, y una preocupación por abordar en forma reiterada el tema de la motivación de la actuación administrativa, aun cuando podamos puntualmente discrepar con el tratamiento que específicamente se le da a algunas situaciones en particular⁽³⁴⁾. Independientemente de determinadas cuestiones menores, hoy es indudable el avance producido a nivel normativo y jurisprudencial y doctrinario en nuestro país al respecto. Sin embargo, todavía hay mucho que hacer en este tema, debiéndose incluso hacer frente a acontecimientos que inclusive podrían relativizar o mediatizar los avances hasta ahora conseguidos, tal como veremos a continuación.

Explicitemos entonces los alcances de la última aseveración que acabamos de efectuar con solamente dos ejemplos: en primer lugar, lo preocupantemente restringida que ha sido la incorporación del derecho a un debido proceso en la propuesta de reforma constitucional actualmente en debate en el Congreso. En segundo término, el pobre interés que en otros casos, la poca claridad que se tienen para incorporar estas consideraciones en algunas muy importantes actuaciones administrativas.

⁽³³⁾ Un análisis más detallado de las cuestiones que se han planteado al respecto es el que hemos realizado en nuestro "Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la Ley N° 27444" (en prensa). Texto en el libro editado por la conmemoración del año de entrada en vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y al cual aquí nos remitimos, pues allí se abordan aspectos cuyo desarrollo desborda los alcances del presente trabajo.

⁽³⁴⁾ La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General vigente, además de incluir a la motivación como parte del principio del debido procedimiento, la considera como un requisito de validez del acto administrativo (artículo 3.4), cuya omisión o defecto acarrearía la nulidad del acto en cuestión (artículo 10). Además, planteará una serie de parámetros que no deben faltar cuando se habla de motivación (artículos 6.1 y 6.2), y hará una abierta descalificación de los supuestos de motivación insuficiente o de motivación aparente (artículo 6.3).

Sin embargo, también va a establecer algunos supuestos en los cuales se admite la emisión de actos administrativos sin motivación. Por lo menos dos de esos supuestos (cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros y cuando en función a que se considera que la autoridad ha producido una gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales se asume que había una motivación) son en nuestra opinión pasibles de vulnerar el derecho a un debido proceso.

Por otro lado, también resulta discutible que se considere facultativa la motivación de algunos actos de administración interna (artículo 7.1). Estamos pues ante varios aspectos que creemos contradicen en los hechos la formulación general antes esbozada, y que por ello esperamos muy pronto ver corregidos.

Y es que si revisamos la propuesta de reforma constitucional hoy en debate, cuyo texto sobre debido proceso ya fue aprobado por el pleno del Congreso, el tratamiento dado a este derecho es bastante insuficiente, sobre todo si tomamos en cuenta como aquí olvida incorporarse algunas importantes precisiones ya hechas en nuestro medio.

En comparación con lo plasmado en el texto de 1993, se avanza abordando este tema en donde corresponde, en la parte en la cual se desarrolla el grueso de los derechos fundamentales. Sin embargo, el precepto correspondiente solamente se cumple con consignar, afortunadamente en forma enunciativa, algunos elementos de la dimensión procesal del Debido Proceso, las cuales admite invocables en el procedimientos administrativo. Nada se dice sobre el debido proceso sustantivo, ni acerca de su aplicación en casos como los que hemos venido analizando. De aprobarse este propuesta en la consulta popular próxima a efectuarse, habrá que seguir apostando al aporte jurisprudencial y doctrinario para no perder los logros hasta ahora alcanzados.

Por otro lado, hasta hoy existen sectores de la Administración que en la práctica se resisten a adecuar sus procedimientos administrativos al respeto a parámetros mínimos de un debido proceso (la actuación asumida por el Consejo Nacional de la Magistratura frente a las ratificaciones judiciales y fiscales, negándose a motivar sus resoluciones aduciendo –en nuestra opinión erróneamente– que ellas no pueden ser motivadas por sustentarse en votos de conciencia es un buen ejemplo de ello)

En la orilla contraria, hay quienes equivocadamente intentan mecánicamente exigir la plena vigencia de los diferentes aspectos del debido proceso en el escenario del procedimiento administrativo, desconociendo en algunos casos el carácter de derechos de configuración legal de varios de ellos, lo cual ni siquiera les hace invocables en cualquier circunstancia incluso en el ámbito jurisdiccional (ello es lo que ocurre con el derecho a la instancia plural, por el ejemplo tal vez mas notorio al respecto); o en su defecto, sin efectuar la necesaria adaptación que demanda el llevar estos conceptos a un espacio en el cual la Administración no puede siempre ignorar sus prerrogativas, y por ende, actuar en igualdad de condiciones con un particular, convirtiéndose al control jurisdiccional posterior en el lugar donde se podían dejar de lado cualquier exceso en el cual pudiese incurrir. En todas estas situaciones encontramos riesgos y problemas no fáciles de enfrentar, pero que ojalá puedan ser debidamente afrontados y resueltos, ya que la propia consolidación del Estado Constitucional es lo que aquí está en juego.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE EL PARTICULAR

En un escenario mundial como el actual, donde la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la consolidación de los diversos mecanismos previstos para su tutela parece ser, a pesar de algunos cuestionamientos y resistencias, una tendencia destinada a imponerse; y donde por otro lado, la constatación de que la lucha por evitar la arbitrariedad de quien es autoridad viene progresivamente venciendo los diferentes obstáculos que le salen al frente es también un hecho cuya importancia resulta innegable, se nos presenta como un acontecimiento de pertinencia incuestionable el poder exigir el respeto del derecho a un Debido Proceso en sede administrativa, muy a despecho de algunas respetables consideraciones históricas sobre el particular, y sin que con ello quiera desconocerse los especiales parámetros dentro de los cuales necesariamente debe darse la relación Administración-administrados.

Indudablemente existen fundamentos jurídicos para sustentar la validez de esta nuestra postura, y a ellos nos hemos referido siquiera brevemente a lo largo del presente trabajo, lo cual nos libera de efectuar cualquier nuevo comentario al respecto. Sin embargo, la oportunidad es también propicia para señalar que la postura expuesta y propugnada en este nuestro artículo tiene entonces como ventaja adicional la de marcar el comienzo del fin de un conjunto de inmunidades tradicionalmente consideradas como propias de quienes se desempeñan como autoridades, inmunidades que históricamente han resultado muy peligrosas para preservar la plena vigencia del Estado Constitucional.

Esperamos entonces que lo desarrollado en el presente trabajo sirva además para apuntalar una verdadera institucionalización en el ejercicio del poder, escenario en el cual el administrado puede en líneas generales saber a qué atenerse cuando requiera un pronunciamiento o afronte un conflicto contra la Administración o Administraciones Públicas, y situación que legitima como pocas la actuación estatal ante el grueso de la ciudadanía.

La tarea no es ni será sencilla, pero no por ello es menos urgente y necesario emprenderla. Los avances conseguidos al respecto, aunque insuficientes, lejos entonces de ser abandonados, deberán pues ser divulgados, apuntalados y potenciados, salvo mejor parecer.

LA ADMINISTRACION FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL: ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA?

Jorge M. Pando Vílchez (*)

Sumario: I. Introducción. II. Marco de actuación de la Administración Pública. III. Frente a la inconstitucionalidad de una Ley o norma de rango equivalente. IV. La inconstitucionalidad de una norma infra legal. V. Directivas, instructivos y otros similares que sean contrarios a la Constitución.

I. INTRODUCCION

Preguntarse como debe actuar la administración pública frente a una norma que es contraria a la Constitución, es un tema que reviste singular importancia y que al mismo tiempo causa, para quienes no están familiarizados con el tema, singular sorpresa.

El tema sin embargo, aunque sencilla en el fondo reviste varios aspectos a ser analizados y que evidenciarán el actuar del funcionario público en cada uno de los casos.

(*) Profesor del área de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

II. MARCO DE ACTUACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Debemos iniciar la reflexión precisando que la administración se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad. Todo lo que haga o decida hacer tiene que tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera.

Por ejemplo, si una entidad pública tiene en su ley de creación asignada la función genérica sobre la labor administrativa a su cargo, pero no se establece en ella como potestad, la potestad de sancionar, dicha entidad no puede vía interpretación concluir que es tácita su competencia para sancionar por el hecho que la ley haya tipificado las infracciones, establecido las sanciones pero no definido el organismo sancionador.

Es decir, la actuación del funcionario administrativo no se rige por el literal a) del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución. "Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" que constituye una garantía fundamental de la persona humana. Sino por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones *solo* puede hacer lo que la ley le permite hacer y esta impedido de hacer lo que ella no le faculta.

¿Por qué adoptar ese tratamiento diferenciado para el comportamiento de la persona individual, de la del funcionario administrativo?

El Estado, a través de la administración pública hace uso de su *ius imperium* y somete a los miembros de la colectividad nacional (administrados) a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia, dentro de un Estado de derecho. Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras.

Si el funcionario administrativo pudiera regirse solamente por el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, entonces su actuación estaría supeditada únicamente a su conciencia y curiosamente el ciudadano (administrado) vería afectada tal garantía constitucional. En resumen, un caos en el manejo del Estado.

Por ello, es fundamental la presencia del principio de legalidad en la actuación de la administración.

Lo expuesto no significa que el funcionario administrativo es un mero "aplicador literal" de la norma, sino que es el principio de legalidad el que marca el ámbito de movilidad del funcionario. En algunos casos, su actuación estará muy restringida por la disposición legal, más en la mayo-

ría de los casos existe suficiente discrecionalidad de la administración en su actuación. Pero esta discrecionalidad solo es posible siempre y cuando el marco legal así se lo permita.

Por ejemplo, en una infracción de tránsito o en una infracción tributaria, el policía o el funcionario de la SUNAT, en su caso, aplica directamente la sanción que corresponde a la infracción tipificada. Pero en un ente regulador como Osiptel, frente a una infracción de un prestador del servicio público de telefonía, el funcionario tiene que evaluar, usando su discrecionalidad y aplicando los principios del procedimiento administrativo sancionador, que monto de multa aplica entre el monto mínimo de 10 UIT o el monto máximo de 50 UIT.

En el primer caso, no hay discrecionalidad sino eventualmente en el análisis de la tipificación del hecho objeto de sanción, mientras que en el segundo, la discrecionalidad es mucho más amplia.

Sin embargo, cabe advertir que discrecionalidad no es arbitrariedad. Es decir, la decisión discrecional debe y tiene que estar debidamente fundamentada a efectos de acreditar su razonabilidad.

III. FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY O NORMA DE RANGO EQUIVALENTE

Como es por todos conocido, en un Estado de derecho, la Constitución es la primera de las normas del ordenamiento jurídico y es la que define el sistema de fuentes formales.

En ese sentido, la Ley como norma de inferior jerarquía inmediata, debe en aplicación del principio de legalidad, ser acorde con la Constitución y sus principios.

Dicho criterio tiene que tenerse en cuenta al momento de aprobarla y al momento de cuestionar ante el organismo competente su inconstitucionalidad (control concentrado) o su inaplicación al caso concreto por inconstitucional (control difuso). Más una vez que la ley esta vigente, la administración no puede, interpretando que es inconstitucional, dejar de aplicarla o pronunciarse en sentido contrario a ella, porque la administración está sometida a la ley y es garantía del administrado que la administración se pronuncie en el marco de la ley.

Por ello, la administración pública, no puede derogar ni declarar inconstitucional una ley, porque esta obligada a ejecutarla y cumplirla, lo que no impide que sin perjuicio de su cumplimiento, examine la validez

de la misma a la luz de la Constitución y proponga por los canales del derecho, su declaración de inconstitucionalidad o su derogación, ante los órganos competentes.

Hay quienes piensan que, considerando que en un Estado de derecho la Constitución es efectivamente una norma de cumplimiento obligatorio, y la de mayor rango, ello facultaría "implícitamente" a la administración pública al control constitucional difuso, por ejercer la llamada función cuasi jurisdiccional.

Se argumenta a favor de dicha posición, que de no hacerlo ello implicaría en el fondo que la administración deje de preferir la Constitución a una norma inferior como una ley, lo que sería contrario al carácter vinculante de la primera para todo el Estado y sus órganos.

Nosotros, si bien compartimos la premisa fundamental de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma inferior, consideramos que el ejercicio por parte de la administración de una facultad "implícita" de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos. En efecto, por experiencia personal, la mayoría de las situaciones de inconstitucionalidad no se encuentran en el ámbito de una inconstitucionalidad manifiesta, como podría ser que una sanción administrativa frente a la infracción de miccionar en la vía pública, pueda ser la de flagelar al infractor en plena plaza mayor con 50 latigazos, atado a un poste. Ello abiertamente colisionaría con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución y por ende sería manifiestamente inconstitucional.

La mayoría de casos de inconstitucionalidad son más encubiertos y son el resultado de analizar los preceptos fundamentales de nuestra carta magna y de nuestro ordenamiento jurídico para finalmente determinar que hay inconstitucionalidad. Este análisis, se ha considerado en nuestro ordenamiento que está asegurado en conciencia por los órganos jurisdiccionales y por el Tribunal Constitucional, custodios del Estado de derecho.

Alguien preguntará ¿y si la inconstitucionalidad es manifiesta? ¿la administración solo tiene que cumplir? Creo que nadie con un elemental concepto de conciencia ciudadana y de principios fundamentales podría cerrar los ojos y obedecer el mandato de una ley manifiestamente inconstitucional "sin dudas ni murmuraciones". Es decir la propia conciencia del funcionario le guiará a una solución que implique no tener que resolver aplicando la norma manifiestamente inconstitucional, aunque ello sea

en extremo, por ejemplo, por la vía de la inacción. Pero peligrosísimo sería si vía un proceso muy complejo de interpretación, la administración pública llega a la conclusión que debe inaplicar una ley porque según el razonamiento seguido dicha norma es contraria al Constitución.

Por ello, el propio órgano máximo de control constitucional peruano, el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que tratándose de una norma legal inconstitucional a cuyo amparo se dictó un acto administrativo, "no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad", no exigiendo en este caso la obligación del agotamiento de la vía por parte del administrado, en cuanto reconoce que la administración estaría imposibilitada de aplicar el control constitucional difuso.

Por ello, insistimos en sostener que la administración dentro del marco de la constitución debe utilizar o proponer la creación de mecanismos que permitan autorizarla, con seguridad jurídica, a inaplicar la ley a un caso concreto, pero mientras ello no se dé, tiene la obligación de cumplir la Ley mientras se encuentre vigente. Lo contrario sería permitir un quiebre en el ordenamiento jurídico del Estado. Imaginar que un funcionario administrativo cualquiera puede dejar de aplicar una ley que ha sido aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República, porque en su individualidad interpretativa considera que es inconstitucional, (sin contar con los criterios de imparcialidad y competencia de un juez o del Tribunal Constitucional) sería en los términos expuestos algo impensable e inaceptable.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA INFRA LEGAL

En principio estaríamos frente a un reglamento, emitido por el Poder Ejecutivo, con nivel de Decreto Supremo en nuestro ordenamiento nacional.

En este tema, hay quienes piensan que no estamos ante una situación similar que la de una Ley inconstitucional.

Considerando que es el Poder Ejecutivo el que en virtud de su arbitrio emite la norma reglamentaria inconstitucional, el mismo podría modificarlo o derogarlo para adecuarlo a la norma Constitucional.

En nuestro caso, consideramos que si bien es cierto el Ejecutivo puede modificar sus reglamentos y por ende no deberían ser de obligatorio cumplimiento si se determina que éste es inconstitucional, lo real es que una norma reglamentaria no solamente pertenece al ámbito y al nivel de un

Decreto Supremo, y de permitirse que un funcionario, de manera unipersonal, que considere que una norma reglamentaria es inconstitucional deje de aplicarla por su sola apreciación, también originaría el quiebre de la estructura normativa. En este supuesto, de "*control constitucional administrativo*" originaría la paradoja siguiente: un Director de un Ministerio que pudiera inaplicar el Reglamento que considera inconstitucional, se pondría en el mismo nivel de autoridad que el Presidente de la República que lo aprueba y promulga y por lo menos del Ministro Estado que la refrenda.

Pero si ese fuera el argumento, entonces no operaría tampoco el "control de legalidad" en virtud del principio de legalidad, pues el mismo argumento podría darse en el caso que un reglamento sea contrario a la Ley y el funcionario prefiera la Ley al Reglamento.

Sin embargo hay que combinar adecuadamente el tema de la correspondencia entre proteger al ciudadano de la inconstitucionalidad del reglamento y protegerlo de la arbitrariedad de la administración.

Una cosa es un texto constitucional, de redacción de principios normativos, genérica y con vocación de permanencia y otra el texto de una ley destinada a regular situaciones específicas y concretas y sujeta a perfeccionamiento permanente y a cambios de coyuntura.

En nuestra opinión, la administración debe siempre intentar interpretar el reglamento como acorde al marco constitucional y solo en el caso que ello no sea posible de ninguna forma, entonces elevar un informe a su superior evidenciando el aspecto inconstitucional del reglamento para proponer su modificación o derogación. Esto es más factible si consideramos que un procedimiento administrativo puede resolverse aplicando la norma con rango de Ley y prescindiendo del reglamento que puede tener el vicio de inconstitucionalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento en el sentido de reconocer que los tribunales administrativos (órganos colegiados) tienen la competencia y la obligación de efectuar el control de validez de una norma infra legal. (Expediente 1266-2001-AA/TC)

V. DIRECTIVAS, INSTRUCTIVOS Y OTROS SIMILARES QUE SEAN CONTRARIOS A LA CONSTITUCION

En este tipo de normas, inferiores a las normas reglamentarias, Juan Carlos Morón plantea dos supuestos:

- Si la norma está en el ámbito de la entidad.
- Si la norma está fuera del ámbito de la entidad.

En el primer supuesto, lo que se plantea es que antes de resolverse el trámite administrativo, y en la medida que la norma tenga que ser inevitablemente aplicable para resolver el caso, el funcionario responsable proponga su modificación o derogación.

En el segundo supuesto, el funcionario debería tratar de interpretar la norma infra reglamentaria lo más acorde con la Constitución y en caso ello no sea posible, ni pueda prescindir de ella para resolver el procedimiento administrativo, entonces gestionar a través de su entidad la modificación o derogación de dicha norma.

El maestro A. Gordillo señala que la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por la norma viciada, siempre que la decisión individual si se ajuste a lo que dispuesto por la ley, la Constitución y las normas de similar jerarquía.

De todo lo expuesto, podemos reafirmar que la administración pública no tiene la facultad del control constitucional (inaplicación o derogación) pero si el deber de ajustar la aplicación de las normas a la constitución y a la ley.

DOCUMENTOS

DEFENSORES DE UNA CAUSA DIFÍCIL ^(*)

Mario Alzamora Valdez

Desde esta misma tribuna –hace cuatro años– cuando el Colegio de Abogados de Lima sufría el embate de fuerzas negativas, tres antiguos Decanos dejamos oír nuestra voz en la fecha de conmemoración de los Derechos del Hombre. Con la palabra del distinguido maestro y jurisconsulto Dr. José León Barandiarán, resuena aún alentadora y generosa la de Raúl Ferrero Rebagliati, paradigma de hombre y de jurista, cuya presencia invisible nos acompaña en esta ceremonia y cuyo recuerdo invoco con la más dolida emoción.

Y hace veinte años –también desde este mismo lugar– en el Primer Congreso Nacional, me correspondió defender el nacimiento de la Federación de Colegios de Abogados, en la lucha de nuestra profesión por su libertad, en circunstancias en que se blandía contra todo el país el arma coactante que entonces se llamaba Ley de Seguridad Interior de la República.

He aunado esfuerzos con Darío Herrera Paulsen, a quien me une una amistad de toda la vida, en nuestra tarea común de docentes del Derecho, en pos de reivindicar la autenticidad del quehacer universitario que sufre aniquilante quebranto.

(*) Texto inédito. Fue leído el 19 de julio de 1977, en el acto solemne de incorporación de José León Barandiarán, Darío Herrera Paulsen, Mario Alzamora Valdez y Raúl Ferrero Rebagliati como miembros honorarios del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana); éste último fallecido poco antes. Se llevó a cabo en el auditorium del Colegio de Abogados de Lima (Sede Lima).

Me comprometo hondamente por tales razones, el encargo que he recibido de representar en este acto a tan preclaros juristas cuya faena, de uno u otro modo compartí, para decir estas palabras en su nombre al ser incorporados como miembros honorarios de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y agradecer el elogio generoso de nuestros colegas, tan merecidos para Raúl Ferrero, José León Barandiarán y Darío Herrera Paulsen, como excesivos para mí, que resultado beneficiario de tan enaltecida compañía.

El hombre de pensamiento, el enseñante y el jurista –y esas son las tareas de nuestro oficio– tiene como misión esencial crear y transmitir ideas. Pero no desde un campo neutral –a manera de aquellos literatos que se dedican a ser ruiseñores, como los califica Sartre– sino desde una posición comprometida –ajena por cierto a grupos y a ideologías– pero sí imbuida de esa angustia solidaria por la suerte del hombre.

Al asumir tal compromiso, nuestra vocación ha hecho de nosotros los defensores de una causa difícil, en medio de esa lucha que se extiende por todas partes, entre dos bandos inconciliables: los pocos que poseen todos los poderes y los muchos que padecen todas las necesidades; o, para decirlo de modo más escueto, entre los que quieren tener más y los que aspiran a ser más.

La realización de nuestro propósito esencial nos obliga a asumir una actitud crítica frente a los males y a las injusticias de la sociedad, que nos corresponde –tantas veces– con la incompreensión y nos lleva a la soledad.

El asumir tal actitud crítica nos impone el esfuerzo intelectual de conquistar la verdad. Pero no basta llegar a la verdad, es necesario proclamarla, dar testimonio de ella, y defenderla. Y el que defiende el Evangelio de la verdad es porque cree en él, con esa fe que es también la fe en la Justicia, que es la verdad misma destinada a regir la convivencia del hombre con el hombre.

Traicionan su misión quienes por complacencias, ventajas o temores, lo dice Julián Marías, silencian la verdad; dicen otras cosas para disimularla, o aceptan la mentira y contribuyen a institucionalizarla.

Pero la revolución que transformará al hombre, aquella que exige nuestra hora, ha de ser la revolución de la Verdad y de la Justicia, que imponga la remoción de todos los poderes insolidarios que aún se mantienen y de los privilegios que subsisten. El cambio radical que se impone no deberá limitarse a aceptar la transferencia de privilegios en favor de nuevos grupos ni que se admita a los malos de antes porque son

reprobables los de hoy; sino que deberá tender, junto con la libertad, a la más plena igualdad.

La revolución social, ha dicho Ripert: "debe ser al mismo tiempo revolución jurídica, sino se quiere que sea una vana perturbación política. La obra del jurista –añade– es la única que persiste cuando se calma el tumulto de la revolución".

De aquí la trascendencia de la labor del hombre de Derecho, cualquiera que sea la función societaria que ejerza o la disciplina que cultive; construir los fundamentos de la sociedad que emerja de aquella transformación.

Esa obra solo podrá realizarse mediante la creación de pautas sociales que vivifiquen el ordenamiento jurídico y de pautas morales que eleven la conducta del hombre a la altura de su jerarquía espiritual. Ya le dijo el poeta Peguy: "la revolución será moral o no será nada".

La lucha por el Derecho –no por el viejo Derecho ni por uno nuevo– sino por el Derecho a secas, porque el camino recto de la conducta es uno solo, exige la lucha por la libertad, como el poder que corresponde a todo hombre y a todo grupo humano para alcanzar sus propias metas, y disponer de su propio destino.

Nuestro oficio a la vez que nos confiere la defensa de esos altos valores, nos llama también a ser los guías de la conciencia social de nuestros contemporáneos a través de la eficacia rectora del Derecho, cuya virtud pedagógica exaltó el platonismo.

La magnitud de todos nuestros quehaceres significa una carga inmensa que doblega nuestro esfuerzo, más aún en el medio en que nos ha tocado vivir, dentro de grandes mayorías dolidas por una miseria de siglos y por el desengaño provocado por promesas crónicas que han desvanecido todas sus esperanzas; en un ambiente cultural en que se nubla la mirada hacia el mundo del espíritu; en una sociedad anónima en que las leyes son fórmulas vacías y la justicia se extravía en un camino de vaivenes y dilaciones, y más grave aún: en un mundo en que se hace patente la queja del novelista Mallea, en que la simulación ha sustituido en todas las tareas sociales a la verdad; la apariencia ha reemplazado a la realidad; el parecer hacer al auténtico hacer.

El justísimo reconocimiento a las virtudes y a los merecimientos de Raúl Ferrero, que cumplió su tarea con auténtico y cabal esfuerzo, y nuestra incorporación a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de

Derecho Constitucional en ceremonia tan destacada, exalta nuestra gratitud y nos compromete a continuar en el camino de nuestra vocación: la lucha por la causa del hombre.

DERECHO PUBLICO FILOSOFICO
CURSO DICTADO POR
LUCIANO BENJAMIN CISNEROS
EN EL CONVICTORIO DE SAN CARLOS (1862)

NOTA PRELIMINAR

Luciano Benjamín Cisneros (1832-1906) es considerado por Raúl Porras Barrenechea, en el magnífico estudio que le dedica, como el abogado representativo del siglo XIX, ya que no sólo destacó por sonadas defensas ante el Poder Judicial, sino que se dedicó con notable éxito a la política, al periodismo, a la docencia universitaria y al ejercicio profesional de la abogacía. Fue elegido seis veces como Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Por la agitada vida que llevó, y porque además luchó tenazmente y desde muy joven para llegar a la posición a la que llegó, no tuvo el tiempo ni la tranquilidad necesarias para poner en orden sus ideas en forma impresa, no obstante que ejerció la docencia en el Convictorio de San Carlos desde 1856 hasta 1868 si bien con intermitencias. Fue básicamente un liberal, como los mejores espíritus de su tiempo, y de ello dan cuenta no sólo sus actividades públicas, sino la defensa profesional que dejó dispersa en multitud de folletos impresos, como era costumbre en la época.

De su paso por la cátedra, Raúl Porras refiere (*cf.* Don Luciano Benjamín Cisneros, abogado representativo del siglo XIX, 1832-1906 en "Revista del Foro", Año 43, núm. 1, enero-abril de 1956) que Cisneros llegó a publicar un texto de Derecho Constitucional en 1859, editado en cinco

pliegos y un cuarto por la imprenta de Aurelio Alfaro, pero del que según afirma, no se sabe nada, pues ni él mismo en el momento de su investigación, logró ubicarlo. Pero es probable que el dato, seguramente cierto, le haya sido proporcionado por el hijo y el nieto de Cisneros, a quienes él conoció y trató. Pero no hay nada más que eso.

Ahora bien, hace algunos años, a mediados de la década del setenta, en uno de mis paseos por los librerías de viejo que entonces existían en el centro de Lima (en especial uno ubicado en el jirón Puno) encontré dos cuadernos con textos debidamente caligrafiados, que contenían lo siguiente:

- a) el primer cuaderno, se titula "Derecho Constitucional", haciendo referencia a que contiene las lecciones dictadas por el doctor Luciano Benjamín Cisneros en el Convictorio de San Carlos, el segundo semestre de 1862. Las primeras cien páginas, numeradas, traen un desarrollo doctrinario del curso, y las siguientes, sin numerar, un desarrollo más bien de Derecho positivo. En la parte final (así como al principio) se indica que el cuaderno es propiedad de Ricardo M. Espiell, seguramente el alumno del curso que tomó las copias, agregándose una última parte en la cual se dice que los firmantes, alumnos internos del Convictorio de San Carlos, han utilizado ese cuaderno preparado y de propiedad de Ricardo M. Espiell, hasta el momento de rendir su examen ante el profesor del curso, doctor Luciano Benjamín Cisneros. Se indica como fecha de ese testimonio el 21 de diciembre de 1862, y firman, aparte de Ricardo M. Espiell, Manuel E. Cisneros, Manuel González Prada, y Tomás M. Santivañez.
- b) El segundo cuaderno, que no tiene nombre ni indicación alguna, tiene una leyenda escrita a mano que indica que contiene el curso de Derecho Constitucional dictado en el Convictorio de San Carlos por el doctor Luciano Benjamín Cisneros, y tiene tres grandes partes, sindicadas cada una como un "cuaderno". El primero es un folleto impreso, sin pie de imprenta ni año y sin nombre de autor, con un total de 42 páginas, pero dividido en cuatro pliegos que hacen las veces de separatas. Cada separata está dedicada a uno o más temas, y cada una tiene su propia numeración, por lo que el conjunto no es correlativo.

Este folleto impreso, es el que ahora se publica, y está distribuido de la siguiente manera:

- Primera separata: cap. 1.
Segunda separata: caps. 2, 3 y 4.
Tercera separata: cap. 5.
Cuarta separata: cap. 6.

Revisando esta primera parte impresa, vemos que su contenido coincide en gran parte con el primer cuaderno antes referido. Pero este segundo cuaderno tiene además otras dos partes, pero en caligrafía cuidada, en los cuales desarrolla diversos temas de la dogmática constitucional peruana. Ambos cuadernos tocan temas similares, y por momentos idénticos, por lo que podrían tratarse de las mismas copias hechas en distintas épocas pero por diferentes personas, ya que la caligrafía en cada uno de ellos no es la misma.

Y para confirmarlo, habría que leer cuidadosamente ambas versiones, para luego sacar las propias conclusiones y editar un libro único que sería el manual de Derecho Constitucional que contiene las lecciones de Cisneros, pero que éste nunca publicó en forma completa.

Lamentablemente, el cotejo de ambos cuadernos es algo que he intentado varias veces sin poder lograrlo hasta ahora, pues son numerosas las páginas con tinta borrada o con manchas que hacen difícil su reconstrucción y lectura.

Estos textos que están en mis manos desde hace más de veinte años, requieren, sin lugar a dudas un manejo cuidadoso, en lo que estoy ahora embarcado, y que espero poder concluir en un plazo razonable. Pero mientras tanto, y visto que ya he leído y revisado el texto editado en imprenta y atribuido a Cisneros por quienes fueron sus alumnos (pues hay coincidencia entre la versión impresa y las copias de clase), es que me decido a darlas a la publicidad, como una adelanto de lo que publicaré más adelante, ya que es evidente que el texto pertenece a Cisneros.

La única duda que me queda es que mientras el cuaderno fechado es de 1862, Porras da como referencia el año 1859, con lo que existiría una diferencia de años. Pero esto puede salvarse, teniendo en cuenta que la fecha dada por Porras, obtenida de fuentes familiares, no impide que tal folleto haya circulado extensamente por algunos años, y haya servido para alumnos que venían después. Aun más, el texto y las ideas son de época, y corresponden al ideario liberal de Cisneros, que ha estudiado Porras en su magnífica semblanza.

Lima, enero de 2002.
Domingo García Belaunde.

Sumario: 1. Nociones preliminares. 2. Soberanía. 3. Poderes políticos. 4. Ciudadanía: Deberes del ciudadano. 5. Constitución. 6. Forma de gobierno.

1. NOCIONES PRELIMINARES

Sumario: Análisis y definición del Derecho Público. Subdivisión en interno y externo, filosófico y positivo. Subdivisión del interno, en Administrativo y Penal. Refutación de la definición que se da frecuentemente al Derecho Público, y de la del Derecho Interno o Constitucional. Idea de Nación y Estado. Su verdadera diferencia determina lo que existe entre el poder social y el poder público, el fin social y el fin político. Examen de las doctrinas por medio de las cuales se ha pretendido explicar el origen de la obediencia social, o de los principios sobre que reposa la existencia del Estado. Los sistemas de Hobbes y Rousseau son inadmisibles. Doctrina racional acerca del principio de autoridad y de la obediencia social. Consecuencia importante.

I

Se da el nombre de Derecho Público a la ciencia que tiene por objeto determinar los principios que reglan las relaciones políticas de un Estado y sus relaciones externas: entendiéndose por relaciones políticas las que existen entre el poder público y los individuos, ya físicos, ya morales, cuyos derechos deben ser garantidos. Para justificar esta definición haremos el análisis del Derecho Público.

Examinando detenidamente la naturaleza del hombre, hallamos diferentes inclinaciones, que trazándole otras tantas esferas de actividad racional, lo conducen a diversos y variados fines. Para realizar éstos, que son Dios, la Verdad, el Bien, la Belleza y la Utilidad, necesitamos de me-

dios absolutamente indispensables que constituyen el origen de otros tantos derechos: y como estamos destinados a alcanzar libremente esos fines, lo estamos también a realizar el Derecho, que bajo este aspecto, viene a ser un fin de nuestra naturaleza tan importante, tan sagrado y esencial como todos los demás. Aparte de estos, si examinamos psicológicamente nuestro ser, nos convenceremos de la existencia de la inclinación a la Justicia o práctica del Derecho, y tanto esta razón como la anterior, nos inducen a afirmar que el Derecho es uno de los fines racionales del hombre.

Ahora bien, siendo el hombre un ser esencialmente social, que no puede existir ni llenar sus fines fuera del seno de los demás, tiene que vivir en unión de ellos para realizar el fin jurídico, con lo cual se descubre a nuestra inteligencia, la necesidad de una asociación, a cuya sombra puedan todos, y cada uno, ejercer libremente sus derechos, sin hallar en los demás, resistencias que los harían ilusorios u omisiones que comprometerían su existencia. Esa asociación, que en su organización debe estar sujeta a ciertos principios, como toda sociedad humana, es la que llamamos Estado en el lenguaje técnico del Derecho Público, aunque vulgarmente se tome como sinónimo de Nación.

La misión del Estado es, pues, según se ha visto, la de realizar el Derecho, aplicando los medios con que cuenta la sociedad para llenar este fin, o en otros términos, su objeto es garantizar el Derecho, rodeándolo de cuantas condiciones lo hagan inviolable. O se concibe, sin embargo, que los medios con que cuenta el Estado sean aplicados de modo que aseguren el resultado de garantizar el Derecho, si no hay en la asociación ciertas personas, conocidas con el nombre de autoridades, que llenen este importante objeto de la vida social; y de aquí surge naturalmente la idea de relaciones entre esas personas o autoridades y los individuos cuyos derechos deben ser garantidos, individuos que pueden ser personas físicas o personalidades morales; tales como la Iglesia, la asociación comercial, la industrial y todas las demás a que pertenece el hombre por la multiplicidad y variedad de sus fines.

Tenemos descubiertas hasta aquí ciertas relaciones entre las autoridades del Estado, que en su conjunto se llaman también poder público. Y los miembros de la sociedad política: y como estas relaciones por ser entre personas, y estar íntimamente ligadas a la vida social e individual del hombre, no pueden estar abandonadas al acaso, puesto que repugna a su naturaleza misma, el entendimiento percibe que debe haber principios conformes a la naturaleza de la asociación, que la rijan. Estos principios, razonadamente expuestos son los que forman la ciencia del Derecho interno.

Mas, como el Estado no existe aislado en el universo y en la superficie del globo se encuentran numerosas asociaciones de esta especie, venimos en conocimiento de otras nuevas relaciones jurídicas, a que damos el nombre de externas, quedando sujetas a ciertos principios, que razonadamente expuestos, forman la ciencia del Derecho externo o de Gentes. Reasumiendo, pues, en una sola proposición cuanto llevamos expuesto, resulta que la ciencia del Derecho Público abraza dos ramas: el que concierne a las relaciones llamadas políticas, y el que se refiere a las externas, quedando así justificada la definición que indicamos al principio, no menos que demostrada la existencia de esta importantísima ciencia social.

Además de esta división de la ciencia del Derecho Público, que tan espontáneamente se presenta a nuestro entendimiento, lo dividimos en filosófico y positivo, según que los principios del Derecho Público existan sólo en la región de la teoría sin aplicación inmediata, o que en una sociedad hayan sido reconocidos, aplicados y mandados observar.

Las ciencias sociales están destinadas a presidir la marcha de las sociedades: los principios científicos deben pues realizarse, y en este sentido, el Derecho Público positivo debe ser la fiel expresión de los principios del Derecho filosófico. Esta debe ser la general aspiración de todos los pueblos y el ideal tras del que caminen sin descanso, aunque sin perder de vista las circunstancias especiales, que hagan o no practicables los principios.

Por lo demás, parece inútil añadir, que estos nunca serán contrarios al Derecho natural, porque necesitando ante todo partir del examen de la naturaleza de la sociedad, que es la del hombre, no puede el Derecho Público, como ninguna ciencia social, consignar verdades opuestas a las eternas verdades de la Filosofía del Derecho.

El Derecho interno admite todavía una subdivisión en Administrativo y Penal, porque entre las relaciones del poder público con los miembros del Estado, existen las del poder administrativo con dichos individuos, así como también, las que se refieren a la aplicación de penas, para la represión de los delitos.

El *Derecho Administrativo*, lo mismo que el *Penal*, son pues, ramas del Derecho Interno.

Se notará que al definir el Derecho Público, nos hemos apartado de la definición vulgar que lo confunde con el Derecho social, pues frecuentemente se dice, que aquel regla las relaciones interiores y exteriores de una Nación, como si en las relaciones interiores no se comprendieran también

las comerciales, religiosas, industriales, que seguramente no son ni pueden ser materia del Derecho Interno.

El deseo de fijar el verdadero límite de la ciencia nos ha movido a apartarnos de esa definición, como también de la que se ha dado del Derecho Constitucional, diciendo, que es la ciencia que se ocupa de la organización racional de un Estado.

En nuestro concepto, la organización de un Estado comprende a éste en sus dos especies de relaciones internas y externas, y no puede decirse que el Derecho Constitucional se ocupe de estas últimas. La definición parece convenir mejor a toda la ciencia del Derecho público, pero jamás, como se ha hecho, tan sólo al interno o Constitucional ⁽¹⁾.

II

Se da el nombre de Nación a un conjunto de individuos que forman una raza aparte, que por su lengua, por su religión y por sus hábitos, tienen más semejanzas y más vínculos entre sí, que con el resto del género humano.

La sociedad de los que viven bajo unas mismas leyes y un mismo gobierno, en territorio propio, se llama Estado. En el lenguaje de la ciencia tienen pues muy distinta significación estas palabras, no obstante de que en el idioma vulgar se les confunde como sinónimos.

En una Nación no sólo existe la institución llamada Estado, sino otras muchas que nacen con la variedad de los fines humanos. La Iglesia, las sociedades de comercio, las asociaciones industriales y otras muchas, forman parte de la Nación, y si el Estado extiende su acción por toda ella, sin que nada escape a su vigilancia, y hasta el punto de que frecuentemente se les confunda, es porque siendo su fin garantizar el Derecho donde quiera que exista, no puede dejar de estar en contacto con todas las instituciones sociales, reputadas según la ciencia, como verdaderas personalidades jurídicas.

La vasta esfera en que el Estado ejerce sus funciones y el extenderse aquélla a toda la Nación, han influido, pues, no muy aventuradamente en que ambas sociedades se confundan, olvidando por un momento que las separa la misma diferencia que a la parte del todo.

⁽¹⁾ Más adelante (final del capítulo 4) el autor modifica su posición en este punto.

Esta diferencia esencial que dejamos marcada, se deja conocer en los Poderes de la Nación y del Estado, pues mientras el poder que rige a éste, apenas está constituido por las diferentes instituciones encargadas de la creación, ejecución y aplicación de las leyes, el que gobierna a la Nación se compone de este mismo poder y de todos los demás que presiden el movimiento social de las diferentes asociaciones. Guardémonos, pues, de seguir la opinión vulgar que atribuye al Estado un poder discrecional sobre todo, haciéndolo árbitro del orden interior de dichas asociaciones, lo que equivale a darle al Derecho interno más extensión de la que le corresponde: y guardémonos, asimismo, de confundir el fin político que incumbe al Estado alcanzar, con el fin social, tan múltiple y variado como la vida del hombre. Todo lo que sea traspasar el límite de la ciencia es peligroso.

III

Una de las más serias cuestiones por donde el Derecho Constitucional debe comenzar la exposición de sus doctrinas, es la de la obediencia social. Siendo la obediencia la base sobre la que descansa el organismo político, explicarla, vale tanto como determinar cuáles son los principios sobre los que reposa la existencia del Estado.

Tres son las únicas doctrinas conocidas sobre la materia: la de Hobbes, que proclama el principio de fuerza, la de Rousseau que establece el de la voluntad, y la de la escuela racional que se eleva al principio de la naturaleza del hombre y de la sociedad.

Los sistemas de Hobbes y Rousseau están hoy igualmente desacreditados: la luz de la filosofía ha disipado uno a uno sus errores y no es ya lícito invocar esas doctrinas, sino para leer en las páginas de la historia dos idealidades igualmente ingeniosas, pero igualmente absurdas.

Descendamos, pues, al examen de ambas doctrinas, recordando que en Derecho Natural nos hemos ocupado de ellas con alguna detención.

Según Hobbes, el único fin del hombre es su propio bienestar. Para su adquisición le son permitidos toda clase de medios, porque siendo cada uno el único capaz de conocer aquello que lo conduce a su felicidad, no puede haber limitación en los medios que legítimamente emplee.

Cuando concurran las necesidades de dos o más sobre un mismo objeto, no habrá otro modo de determinar la preferencia que la fuerza, y si el empleo de ésta es permitido a todos, según el orden natural de las cosas, resulta lógicamente que el estado natural es el de guerra.

Sin embargo, siendo semejante situación opuesta al fin mismo del hombre y no pudiendo en ella alcanzar su bienestar, dice Hobbes, que los hombres convinieron en reemplazar a toda costa el estado de guerra por otro, en que una autoridad bastante fuerte para sojuzgar a todos y evitar la guerra, conservase la paz a todo trance.

La sociedad viene pues a ser en este sistema, una reunión de individuos sometidos al más fuerte, ya sea que alcance la autoridad por el común acuerdo de los socios, ya que la asalte por la violencia o por la astucia. En uno y otro caso, la autoridad es igualmente legítima, con tal de que conserve la paz, y la única medida de lo justo y de lo injusto, la única regla social, los principios que rigen el Estado y sobre los que reposa su organización, son la voluntad discrecional de esta autoridad. Así pues, el principio de autoridad y el origen de la obediencia social descansa tan sólo en el imperio de la fuerza. No es necesario un gran esfuerzo de inteligencia para descubrir toda la absurdidad de este sistema.

Hobbes parte del error, luminosamente combatido por la filosofía, de que el fin del hombre sea su propio bienestar, entendiendo por esta palabra, no el bien moral, sino la utilidad, el placer y el ciego egoísmo. Refiere a este sentimiento todas las inclinaciones y facultades del hombre, y olvida que la noción del deber es la única norma racional de nuestros actos.

No es extraño que este principio lo haya conducido a afirmar que hay derecho a toda clase de medios, cuando la razón nos enseña que las necesidades humanas tienen un límite y que el medio de fijarlo, no es la fuerza sino el derecho ajeno, la necesidad de los demás. Hobbes coloca pues como base de su sistema un absurdo moral.

Este sistema es también contradictorio, porque si el estado en que la naturaleza coloca al hombre es el de guerra, no debe el hombre sustituirlo por un estado enteramente opuesto, como es el de paz; y si sólo en éste se puede alcanzar el bienestar individual, no puede tampoco afirmarse que el de guerra sea el estado conforme a nuestra naturaleza.

De otro lado, este sistema sería irrealizable en la vida práctica de las sociedades. La conservación de la paz bajo el imperio de una autoridad absurda y eminentemente despótica, no es posible. Una autoridad de esa especie puede tener una existencia pasajera y engañosa, pero no más; la ley terrible de la reacción popular, atestigua diariamente que el poder sólo es estable y duradero, cuando gobierna con la justicia, con la templanza y con las virtudes políticas.

Por último, la doctrina de Hobbes no explica el origen de la obediencia social. Si la obediencia emana de la fuerza, deberá desaparecer y

será legítimo rehusarla, cuando con una fuerza superior pueda ser destruida la fuerza de la autoridad. Hobbes explica, pues, con igual naturalidad, la obediencia que la rebelión; el orden, que las revueltas; la paz, que la anarquía.

Además, ¿quién duda de que la fuerza produce el temor, pero no obediencia racional? Explicar por este medio el hecho de la obediencia, es olvidar que la fuerza por sí sola no puede legitimar el principio de autoridad. Sólo la justicia puede racionalmente imperar sobre nuestra libertad, y el sistema de Hobbes no nos explica este imperio racional.

El sistema de Hobbes es pues inadmisibile: 1° porque parte de un absurdo moral; 2° por ser contradictorio; 3° por ser irrealizable; y 4° porque no explica cómo pretende el origen de la obediencia social.

El sistema de Rousseau es diametralmente opuesto al que acabamos de examinar. Según él, el estado natural del hombre es el salvaje o de la independencia completa. En este estado, que para Rousseau es perfecto, ningún hombre tiene autoridad sobre los demás; pero no pudiendo resistir los males consiguientes a esa situación, dice que todos convinieron en reunirse en sociedad, bajo el pacto contenido en esta cláusula: cada uno de nosotros pone absolutamente sin condición ni reserva, su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la voluntad general.

Esta voluntad general, que nunca puede ser injusta, porque el cuerpo no puede querer el propio daño, es el orden o la regla suprema. Así, en este sistema, la ley viene a ser la expresión de la voluntad general o de la mayoría, y es el Estado una forma de asociación que defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo y permanece tan libre como antes.

La consecuencia inmediata de estos principios es que el Estado es una sociedad de pura convención; ningún deber nos obliga a entrar o permanecer en él; la ley no puede obligarnos, sino cuando espontáneamente queramos someternos a ella, y el orden social tiene por condición de hecho como de derecho, el acuerdo espontáneo y permanente de todas las voluntades, es decir, de todos los intereses y de todas las pasiones individuales.

La exposición de un sistema de esta especie, cuando se trata de examinar los principios en que reposa el orden social, es su mejor y más elocuente refutación.

Bajo el punto de vista histórico, es indudable que el sistema de Rousseau es por demás quimérico. La historia no nos da testimonio de

que los hombres hayan celebrado semejante convenio; y si Rousseau sólo ha querido valerse de él, como de una hipótesis para explicar la obediencia social, ha partido del absurdo de suponer que el estado natural del hombre es el salvaje.

La filosofía nos enseña que el estado natural es aquel en que el hombre debe desarrollar armónicamente todas sus facultades e inclinaciones; fuera de la sociedad este desarrollo es imposible. El verdadero estado natural es, pues, el social.

Pero, si el de independencia completa, es un estado perfecto como supone Rousseau; si en él ha querido la naturaleza que el hombre llene sus fines, no puede admitirse después, sin contradicción, que la naturaleza misma obligue al hombre a vivir en sociedad: Suponer primero que el estado natural sea el salvaje, y afirmar después que tenga que vivir el hombre en el estado social, es caer en una contradicción lamentable.

Dice Rousseau que la voluntad de la mayoría es el orden o la regla suprema. Según los principios filosóficos, la voluntad humana no puede ser regla de justicia ni producir obligaciones; las leyes en semejante sistema carecerían de fuerza obligatoria, y en caso de tenerla, colocarían a los hombres en la obligación de practicar actos contrarios a la moral y al derecho, que son los únicos que racionalmente debemos cumplir. Por esto se ha dicho con razón, que la doctrina de Rousseau conduce a un absurdo moral.

Por último, en el sistema de Rousseau el principio de autoridad y el origen de la obediencia social están fundados en meras convenciones. El pacto es la base de la asociación; la voluntad la regla de justicia. Pero, si el pacto no puede producir obligaciones sociales; si independientemente de ellos, hay principios que determinan su justicia o injusticia, su validez o nulidad; si todo pacto para ser obligatorio debe conformarse a los preceptos del Derecho, del cual tan sólo es la forma; si finalmente las medidas adoptadas por la mayoría de una nación, no son precisamente justas porque sean el resultado de un acuerdo, se sigue que ante la ciencia es insostenible la doctrina que analizamos, y que no explica, como pretende, el origen de la obediencia social.

La sociedad no puede descansar sobre leyes de pura conveniencia; las que presiden su conservación y desarrollo no necesitan para ser legítimas del acuerdo de los hombres, pues Dios no podía abandonar a la voluntad inconstante la organización de una institución, como el Estado, destinada a velar por los grandes intereses materiales y morales de los pueblos.

La doctrina de Rousseau es, pues, inadmisibles: 1º porque parte de un principio absurdo; 2º porque supone la renuncia de derechos; 3º por ser contradictoria; 4º porque conduce a un absurdo moral; y finalmente, 5º porque no explica el origen de la obediencia social.

Resulta de cuanto llevamos expuesto que el orden social y el principio de la autoridad, no nacen ni de la fuerza ciega del que manda, ni de la voluntad discrecional y variable. Si el segundo sistema conduce a la disolución social, el primero no es menos quimérico porque la fuerza no puede ser la razón del Derecho.

La doctrina racional proclama como origen de la autoridad y de la obediencia que se le debe, la naturaleza del hombre y de la sociedad.

En efecto, siendo el hombre un ser esencialmente social, que no podría desarrollarse física, moral ni jurídicamente fuera de la sociedad, debe existir en su seno, siendo ésta una de las inflexibles leyes de su naturaleza. Pero como la sociedad no puede existir sin orden, ni este lograrse, o los derechos particulares garantizarse, sino hay quien aplique los medios con que cuenta el Estado para la realización de su fin, resulta lógicamente de la naturaleza de la sociedad, la necesidad de esas personas o autoridades, cuyas disposiciones vienen a ser, por consiguiente, los medios con que cuenta el Estado para la realización del fin jurídico.

Este ligero análisis deja comprender, que el título o la razón de las autoridades no se derivan de que tengan que llenar un fin propio y enteramente personal, como creen algunos, sino de una exigencia social, que es lo que legitima el principio de autoridad. No hay, pues, autoridad para que algunos privilegiados seres llenen el fin con que la naturaleza, según se dice, los ha creado, sino para que la sociedad llene por medio de la acción de esos individuos, sus importantes fines; de tal modo, que cuando nosotros obedecemos, no contribuimos con nuestra obediencia, como medio absolutamente indispensable, a la realización del Derecho de otro, sino a la del Derecho de la sociedad, a quien representan las autoridades, y que puede con justicia demandarnos nuestra obediencia, como elemento de orden, indispensable para que dicha sociedad exista.

Tan cierto es esto, que cuando se nos aplica un castigo, no lo sufrimos porque el imponerllo sea un derecho personal del que manda, o porque la naturaleza lo haya creado para castigar, sino porque reconocemos en la sociedad derecho a ese medio absolutamente indispensable para la conservación del orden.

Si se nos pregunta, pues, de qué naturaleza es la obligación que tenemos de obedecer en sociedad, diremos que es moral y jurídica: moral,

porque tenemos el deber de realizar nuestro destino en el seno de la sociedad; jurídica, porque esta es la obligación correlativa al derecho que cada uno debe reconocer en la sociedad como personalidad jurídica, para su conservación y desarrollo.

Ni se diga que si la obediencia es una obligación jurídica, debe haber derecho en el que manda, porque además de que ya queda indicado a qué derecho se refiere dicha obligación, no puede afirmarse que sea jurídica nuestra obligación respecto de las autoridades, sin que antes se nos demuestre que éstas, por razón de su capacidad, tienen el derecho de mandarnos; demostración que seguramente no podrá dárse nos a priori, porque la aptitud de ejercer las funciones del mando, será cuando más un título moral, pero nunca título jurídico de la autoridad.

2. SOBERANIA

Sumario: Análisis y definición de la Soberanía nacional. Su diferencia de la Soberanía internacional. Caracteres de la Soberanía. Al paso que estos caracteres son la más sólida garantía del orden público, establecen una gran distancia entre nuestra doctrina y la de Rousseau. Intervención de los capaces en las funciones sociales. La doctrina del Derecho Divino, es absurda y herética.

I

Se da el nombre de soberanía nacional al supremo poder de toda sociedad política para organizarse y constituirse del modo más conforme a la realización de su fin, que es la justicia.

La soberanía en este sentido nace inmediatamente de la naturaleza del Estado, ya se le considere como persona moral, ya como personalidad jurídica, bajo cuyo doble carácter puede ser considerada toda asociación cuyo fin sea lícito.

Como personalidad moral, no puede negársele al Estado la facultad llamada libertad, esto es, el poder de dirigirse por sí mismo a la realización de su fin, conforme a los principios de justicia. Reconocido el Estado como verdadera persona moral, es necesario concederle este poder, así como se reconocería a una sociedad científica, artística o comercial, el poder inmediatamente recibido de la naturaleza, para organizarse del modo que lo creyere más conveniente.

Pero, la soberanía no sólo es un poder, sino un verdadero derecho derivado de la naturaleza misma del Estado, y este derecho se descubre considerando a la asociación política como personalidad jurídica. Como el Estado se halla en relaciones de derecho con las demás instituciones sociales que existen en el seno de la Nación, goza de personalidad y libertad, pudiendo en virtud de ambos derechos exigir que no se menoscabe la integridad de su ser y que se le permita alcanzar el fin de la justicia, organizándose de la manera más adecuada a sus especiales circunstancias. La soberanía no es, pues, concesión gratuita de los Gobiernos; los pueblos tienen este derecho por haberlo recibido inmediatamente de Dios, y sin él, no podrían llenar sus elevados destinos.

II

En virtud de la soberanía, los pueblos se constituyen, no como creen algunos, ejerciendo directamente las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, o delegándolas, sino designando sus autoridades, determinando su forma de organización política, velando sobre la conducta de aquéllas mediante la publicidad de todos sus actos, exigiendo su responsabilidad conforme a las leyes, y por último, destituyendo, aunque en casos extremos pero inevitables, a los funcionarios que conduzcan al Estado a su desorganización o su ruina.

Cuando un pueblo hace uso del sufragio, ejerce según esto, una de las más eminentes funciones de la soberanía nacional; pero, como aún después de establecidas las autoridades y por el hecho de ser estas elegidas, no desaparece ni puede desaparecer el derecho inajenable de la soberanía, resulta que ésta no sólo debe estudiarse como derecho del Estado respecto de los demás de su especie, sino también, y principalmente en Derecho Constitucional, como poder inherente a la sociedad política, sin relación a los otros Estados Soberanos.

Hacemos esta distinción, para que no se crea que únicamente nos ocupamos de la Soberanía en su sentido internacional.

Bajo este aspecto, ella consiste en el derecho que tiene una Nación de gobernarse por leyes y por autoridades propias, y de tratar con los demás Estados: en su sentido político, es el supremo poder que tiene la asociación para organizarse y constituirse.

En el primer sentido, se supone que la sociedad está ya organizada, o más bien, se presupone el ejercicio de la soberanía nacional; en el segun-

do, no se habla precisamente de un pueblo ya constituido, sino de la suprema facultad que tiene para constituirse.

La soberanía internacional nace de las relaciones de derecho que hay entre Nación y Nación; tiene, por decirlo así, un carácter externo. La soberanía política existe independientemente de toda relación externa; es como hemos visto, una facultad inherente a la personalidad moral del Estado, tiene un carácter esencialmente interno.

En el Derecho internacional se comprende bajo el nombre de leyes y autoridades propias, las que no son impuestas por otro Estado, pero sin reconocer en el pueblo el derecho de elegir esas autoridades, ya sea para dictar la ley, ya para ejecutarla o aplicarla. En el Derecho Constitucional se expresa claramente al definir la soberanía, que las autoridades, como el primer elemento de la organización de una sociedad, deben ser elegidas por el pueblo. Hay pues una notable diferencia entre ambos derechos, y cuando hablamos aquí de la soberanía, prescindimos completamente de ella en su sentido internacional.

III

La soberanía, tal cual la comprendemos, debe tener ciertos caracteres, de que no es lícito prescindir sin variar completamente su esencia.

La soberanía, como derecho emanado de la personalidad jurídica, no puede ser ejercida sino por toda la Nación. Ella no corresponde a las fracciones ni mucho menos a los individuos del pueblo, aisladamente considerados. Cuando en nombre de la sociedad entera se practican ciertos actos, como la momentánea e insegura elevación de los caudillos revolucionarios, se comete, pues, de parte de los usurpadores, el más grave crimen, violando el principio salvador de la unidad de la soberanía.

La soberanía debe ser también limitada, como todo derecho; pero esta limitación no sólo ha de entenderse en cuanto a su objeto, sino también en cuanto a su manera de obrar.

Dios ha concedido a los pueblos tan elevado poder, para que por medio de él se organicen; todo lo que sea apartarse de este fin, contrariando los altos designios de la Providencia, hará degenerar un elemento de bien, concedido para la felicidad general, en instrumento de desordenadas pasiones; así, provocar injustas sediciones, difundir la anarquía, producir la desorganización, por medidas violentas, debe mirarse como un criminal abuso de los pueblos. Ellos tienen que ejercer su poder para el único fin con que lo han recibido.

La limitación de este poder en cuanto a su modo de obrar, es una verdad más clara todavía.

Según los principios jurídicos, los únicos medios que pueden emplearse para el ejercicio de un derecho son aquellos que nacen de la naturaleza misma de la necesidad que les da origen. Si la soberanía nace de la necesidad que tiene la sociedad de organizarse, sólo podrá emplear los medios racionales que la conduzcan a su organización, desechando aquellos cuya ejecución contraría las leyes eternas de la Moral y del Derecho. Bajo el pretexto de una engañosa soberanía, no podrá jamás un pueblo destituir violentamente las buenas autoridades, sobreponerse a las leyes, infringirlas o pisotearlas, y en una palabra, abandonarse a los excesos de una voluntad inmoderada.

Los pueblos, lo mismo que los hombres, deben tener presente que sobre su voluntad están los principios de justicia, que ellos son la norma de nuestra conducta, y que cuando en el ejercicio de un derecho empleamos toda clase de medios, obramos contra esos principios haciéndonos reos de la más punible arbitrariedad. Si los pueblos llegaran a tener conciencia de este principio, muchos escándalos ahorraría a la humanidad la mentida ilusión de la soberanía ilimitada.

Finalmente, la soberanía nacional, como todo derecho, es inalienable; de modo que, aun existiendo autoridades para desempeñar las funciones sociales de cierto orden, el pueblo se reserva ejercer la soberanía, para introducir en su organización, reformas cada vez más importantes. Sin este derecho, las sociedades permanecerían estacionarias; las autoridades invertirían un poder absoluto, y el pueblo, una vez constituido bajo cierta forma política, perdería toda facultad para acometer aquellas innovaciones con que Dios ha querido impulsarlos en la vía del perfeccionamiento.

La observancia de los tres caracteres que dejamos indicados, son en un pueblo la más sólida garantía del orden público. La unidad reprime en las facciones el espíritu de sedición, bajo el pretexto de soberanía; la limitación condena las medidas desorganizadoras u opuestas a la Moral y al Derecho; y la inalienabilidad deja en manos del pueblo el poder que reprime los avances de la autoridad, frenando toda tentativa de abuso.

El orden no se alcanza en la sociedad política, sino difundiendo estas sanas ideas, esto es, las que tienden a dar a conocer al pueblo sus verdaderos derechos. Los que les prediquen la soberanía de algunos y cada uno, o la existencia de un poder absoluto del cual dispongan conforme a su caprichosa voluntad, contraen para con la sociedad una responsabilidad

inmensa, porque convertidos en falsos aduladores del pueblo, halagan sus pasiones, preparando las bases de una permanente dislocación social.

IV

Tal es, por otra parte, el verdadero límite entre la doctrina racional que nos jactamos de profesar y la doctrina de Rousseau, con la que no puede confundirse. Mientras en la nuestra, el pueblo tiene una soberanía limitada para ejercerla conforma a las sabias miras de la Providencia, en la teoría de Rousseau, el pueblo tiene un poder absoluto, aun para establecer preceptos contrarios a las leyes de la moral y de la justicia.

En tanto que para nosotros, la voluntad variable del pueblo tiene que sujetarse a los preceptos del Derecho, para Rousseau, la organización de la sociedad es el producto de la arbitraria voluntad del pueblo.

Y finalmente, al paso de la primera doctrina conduce directamente al mantenimiento del orden y de la verdadera libertad política, la segunda rompe con toda idea de orden y proclama la anarquía como el estado natural de la sociedad.

Nosotros no podemos confundir con los principios demagógicos proclamados por Rousseau, los de una doctrina como la nuestra, que quiere ante todo el ejercicio racional de la soberanía; y hemos creído necesaria esta advertencia, porque no sería extraño que la falta de atención sobre el límite de ambas doctrinas, diera lugar a dañosas imputaciones, que por nuestra parte, rechazamos anticipadamente.

Por lo demás, claramente se advierte que nuestra doctrina no apela para nada al principio de la delegación, que en concepto de otros, es el fundamento de la soberanía nacional. A nuestro modo de ver, las autoridades no son delegados del pueblo. La sociedad se sirve de sus actos, como medios absolutamente indispensables para el importante fin de la organización política, y, si las autoridades llenan esta elevada misión, no es porque su capacidad les dé un derecho que hacer valer sobre la sociedad y que exista de antemano, sino porque rigurosamente estamos obligados todos a prestar a la sociedad los servicios que ella nos demande.

La sociedad nada delega, pues, a favor de las autoridades. El sufragio, o sea, el acto de la designación popular, no importa transmisión de poder; es tan sólo una función de la soberanía, por la cual manifiesta la sociedad que ha llegado el momento de que ciertas personas dotadas, desde luego, de la conveniente capacidad, cumplan con la sagrada obligación de prestar sus servicios en los diferentes ramos del poder público.

V

Se habrá notado, que diferentes veces hemos emitido la idea de que las personas capaces sean llamadas al ejercicio de los derechos políticos, y por cierto que en ello nada hay de extraño, porque nuestra doctrina no lo excluye ni podría excluirlos, sin comprometer seriamente los elevados destinos de la sociedad política.

Si cada ciudadano hiciera un uso arbitrario del sufragio, favoreciendo con él a personas inhábiles a en cuanto a la inteligencia, ya en cuanto a la moralidad y demás prendas que debe tener todo buen funcionario, el desgobierno y la desorganización social serían la lógica consecuencia de semejante abuso; por este medio, cada individuo contrariaría su destino y el destino de los demás, y por consiguiente, si la sociedad tiene derecho a su conservación, mediante la influencia de un poder público bien constituido, lo tiene también a que cada uno ejerza racionalmente el sufragio, haciéndolo recaer a favor de aquellos que ofrezcan las mayores garantías de corresponder dignamente la confianza pública.

Esta doctrina no desconoce, pues, la participación de las personas capaces en las altas y difíciles funciones del poder público; al contrario, ella es el complemento de la buena organización social, y si es injurídico afirmar que la capacidad de un derecho sobre los demás a ciertos privilegiados seres, sería aventurado, irracional y absurdo, sostener que sin su ayuda pudiese la sociedad arribar a su destino. Nosotros admitimos, pues, la intervención de los capaces en el ejercicio de los poderes políticos.

VI

Después de manifestar, como lo hemos hecho, lo que se entiende por soberanía nacional, parécenos justo advertir cuan lejos de esta doctrina se hallan los que admiten la soberanía del Derecho Divino de los Reyes y la soberanía de la inteligencia.

Aquellos sostienen que los Reyes han recibido inmediatamente de Dios la autoridad, que su poder es absoluto y que ante nadie son responsables de él, sino ante aquél de quien lo han alcanzado por un acto de gracia.

Basta enunciar esta doctrina, para comprender que, si bien ella establece una verdad indisputable al afirmar que la autoridad real viene de Dios, como todas las cosas por él creadas; consigna una proposición absurda y herética, suponiendo que al recibir la autoridad, la tienen los Reyes aun para dictar preceptos contrarios a la Moral y al Derecho. El

poder absoluto no puede existir en los hombres; siendo seres finitos y contingentes, Dios no podía haber investido a las autoridades con una suma de potestad, incompatible con la naturaleza humana. Esta doctrina es insostenible.

La de la soberanía de la inteligencia, parte del principio de que unos hombres han nacido para mandar y otros para obedecer, y supone, que los que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de las funciones sociales, tienen derecho a mandar, sin que al pueblo corresponda otra cosa como prestar su consentimiento, expresado por la obediencia, como condición indispensable para que ese derecho se realice.

Esta doctrina, que nos proponemos analizar más detenidamente, cual lo exigen sus espaciosos argumentos, se basa principalmente en el error jurídico de suponer que en el hombre exista un derecho a mandar, que filosóficamente no puede deducirse, ni como derecho absoluto, ni como derecho hipotético.

Para demostrar á priori la existencia de la soberanía o derecho a mandar, parte la doctrina del hecho actual de la obediencia, suponiendo que haya un soberano a quien obedecen todos los que forman parte de la Nación, siendo así, que en rigor científico debía antes demostrarse la obligación de la obediencia por el derecho a mandar, que se descubre después.

Puesta la doctrina en la necesidad de señalar el título del derecho a mandar, nos indica la capacidad jurídica, cuando es sabido que los derechos tienen su título en la naturaleza y no en cualidades puramente personales del individuo.

Incorre después en la contradicción de suponer que las cualidades del soberano, es decir, su razón, su voluntad, su patriotismo, etc., sean el título de la soberanía, cuando al hacer el análisis de ésta, prueba la doctrina misma, que ni la voluntad, ni el juicio, ni ninguna de las cualidades del Soberano, pueden ser origen del derecho a mandar.

Acepta la doctrina el privilegio de que la misión del pueblo, es decir, del gran número de millones de hombres que forman las diferentes Naciones, no sea otra que la de contribuir con su obediencia a la realización del destino de privilegiados seres, cuyo derecho no pueden contrariar sin obrar injustamente.

Por último, lleva en sí misma la doctrina la imposibilidad de su realización, como quiera que no sea posible determinar en cada una de las personas que han de ejercer las funciones sociales, esa capacidad que se supone ser el título de su derecho.

Omitimos más particularidades, porque no teniendo la intención de consignar en nuestro texto la refutación de esta doctrina, es inútil dilatar más estas ligeras indicaciones, a que nos ha obligado la naturaleza misma de la cuestión soberanía, que terminamos aquí.

3. PODERES POLITICOS

SUMARIO: Análisis del poder. Análisis de la nomenclatura adoptada y de la diferencia entre el Poder Judicial y el Ejecutivo. Naturaleza del poder conservador. Clasificación de los poderes políticos, y razones en que se funda. Independencia, respeto y unidad de los poderes.

I

Al hacer el análisis del Derecho Público, hemos indicado rápidamente que teniendo por fin el Estado la garantía del Derecho, era preciso que hubiese ciertas personas destinadas a aplicar los medios necesarios para la realización de aquel fin. Estas personas son las autoridades: más, como las maneras de aplicación son diversas, y dan lugar a distintas funciones sociales, es también indispensable que existan diferentes instituciones u órganos para el ejercicio de cada una de ellas.

Estas instituciones legalmente reconocidas, a quienes compete el ejercicio de las funciones sociales de cierto orden, son las que se denominan poderes políticos; su conjunto forma el poder público de un Estado.

¿Pero, cuántas serán las funciones sociales que exijan un órgano especial y den origen a un poder político? Haciendo la clasificación más general posible, podemos reducir a tres dichas funciones: primera, creación de ciertos preceptos generales que declaren el Derecho, para asegurar su inviolabilidad; segunda, ejecución de estos preceptos relativamente a los casos generales; y, tercera, su aplicación a los casos particulares, para resolver las controversias que se susciten.

Las instituciones encargadas de estas distintas funciones toman sucesivamente en nombre de Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Para justificar esta nomenclatura, casi nada es necesario añadir. Respecto del Poder Legislativo, él es una derivación inmediata y necesaria del fin mismo del Estado, porque siendo éste la garantía del Derecho, y no pudiendo el Derecho ser garantido, sin estar reconocido o declarado, es

necesario que ante todo haya en el Estado una institución destinada a formular ciertos preceptos, declarando el Derecho, y de aquí la necesidad del Poder Legislativo.

Sin embargo, como aun existiendo leyes, éstas serían completamente ineficaces e inútiles no habiendo quién las aplicara, percibe la razón como una consecuencia necesaria, pero derivada del fin mismo del Estado, la existencia de una institución denominada Poder Ejecutivo, encargada de la aplicación de la ley a los casos generales.

Y por último, como ni aun con esto estaría bien garantido el Derecho, pues no pocas veces serían dañados ciertos intereses particulares si ciegamente se aplicase la ley a todo caso, resulta como complemento indispensable, la necesidad de una institución encargada del estudio de cada caso particular y de la aplicación de la ley que le comprenda. Este es el Poder Judicial, que junto con los demás deriva su origen del fin mismo del Estado. No es pues arbitraria la clasificación del poder público, y cuando todos los publicistas y todas las Naciones la han aceptado, han tenido sin duda en cuenta las muy buenas razones de Derecho filosófico que la justifican.

No falta a pesar de esto, quienes crean que el Poder Judicial no debe considerarse como distinto del Ejecutivo, sino subordinado a él, así como hay otros que a ésta clasificación agregan el Poder conservador, destinado a mantener el equilibrio entre las diversas ramas del poder público, impidiendo sus choques y pretensiones usurpadoras.

Los que abrigan tal idea acerca del Poder Judicial, no reparan que hay diferencia entre la simple ejecución, a que muchas veces están reducidas las funciones del Poder Ejecutivo, y la aplicación de la ley, que supone en todo caso el estudio del hecho y la decisión de si se halla o no comprendido en dicha ley.

Esta manera particular como el Poder Judicial tiene que funcionar siempre, da a sus atribuciones un carácter tan especial y determinado, que ellas jamás pueden confundirse con las del Poder Ejecutivo, de modo que aun cuando genéricamente coincidan en las funciones de aplicación, varían en la manera de ésta, hasta el punto de ser esencialmente distintas.

Así, mientras el Poder Judicial necesita siempre una controversia de partes para funcionar, el Ejecutivo procede muchas veces sin anticipada solicitud de los particulares o del Ministerio Público; y en tanto que el

Ejecutivo, como hemos dicho, no hace otra cosa que ejecutar en ciertos casos, el Poder Judicial tiene que descender siempre al examen de los hechos. En buenos principios de Derecho Público, estos poderes no deben por ningún motivo confundirse, ni limitar el Judicial a la simple condición de subordinado o agente del Ejecutivo.

No es menos errónea la opinión de los que admiten el Poder Conservador como institución distinta o separada de los tres poderes que dejamos enunciados. Las funciones conservadoras no reclaman un órgano distinto; ellas deben considerarse como el ejercicio del derecho de seguridad de que goza cada poder, y si se admitiera el poder conservador como institución separada, sería preciso aceptar con todo rigor lógico, una larga e inacabable serie de poderes de esa especie.

Se habrá notado, que omitimos entre los poderes políticos del Estado al Electoral, que otros denominan también poder político. Nosotros reservamos este calificativo a las instituciones que crean, ejecutan o aplican la ley, y sin desconocer que el electoral tiene las condiciones de un verdadero poder social, lo estudiamos como una de las más eminentes manifestaciones del poder supremo llamado soberanía. Lo consideramos, pues, como verdadero poder, puesto que es ejercicio de la soberanía; pero esta misma circunstancia y la de ser el primero en el orden de la organización social, nos retraen de comprenderlo entre los poderes políticos, en la acepción que damos a estos.

II

La clasificación de los poderes políticos, en el sentido de que las funciones públicas deben estar separadas, y que su ejercicio se confíe a distintas personas, es uno de los principios más importantes del Derecho Público y la esencia del sistema representativo, nombre que regularmente se aplica a la forma de gobierno en que ese principio se observa en toda su latitud.

Las razones que obran a favor de la separación de los poderes son dos, principalmente: primera, que siendo las funciones sociales diversas, se las debe clasificar encomendándolas a personas que tengan acerca de cada una los conocimientos especiales; y segunda, que el Estado no podría alcanzar racionalmente la garantía de los derechos, bajo el sistema de arbitrariedad o despotismo, que irremediablemente resultaría de acumular en una sola persona las distintas ramas del poder público.

III

Pero, para que esta clasificación no sea ilusoria y desaparezcan las grandes ventajas del sistema representativo reemplazadas por la arbitrariedad, es preciso que los poderes políticos, una vez clasificados, observen los principios tutelares de la independencia, respeto y unidad.

La independencia consiste en la exclusiva facultad de cada poder para dictar dentro de la esfera legal de sus atribuciones, todas aquellas medidas que sean conducentes a la realización del fin jurídico.

El respeto estriba en la obligación de cada poder de no invadir la esfera de acción legal de los demás; y por último, la unidad en que las atribuciones de todos ellos, aunque distintas por su naturaleza, conspiran en consumo a la mejor realización del fin de la sociedad política.

Estos caracteres de los poderes políticos, son consecuencia del principio de clasificación. Por lo que hace a la independencia, es claro que la facultad de cada poder no fuera exclusiva para dictar por sí ciertas medidas, sino que tuviera cada uno el derecho de penetrar en la esfera de acción de los demás, sería inútil que los poderes existieran clasificados. Tal confusión, tales agresiones, un desorden semejante harían ilusoria la clasificación, y si ésta ha de subsistir, es preciso que la independencia sea su inmediato resultado.

En cuanto al respeto, este debe mirarse como la obligación correlativa a la facultad que cada poder tiene de obrar dentro del círculo de sus atribuciones, y que hemos llamado independencia. Emanando ésta del principio de clasificación, se deriva también de este mismo principio, el respeto, sin el cual se justificarían las mutuas usurpaciones y los constantes abusos de autoridad.

Finalmente, no siendo todos los poderes sino diversos brazos del poder público y no teniendo este otro fin que la garantía del Derecho, ninguna atribución debe haber en los poderes, que no se proponga este objeto y que, en armonía con las demás del mismo poder y las otras de los demás poderes, no sean medios perfectamente dispuestos para arribar al grandioso fin de la asociación.

Si se medita esta materia con alguna detención, se verá pues, que la clasificación de los poderes es un dogma político de los más interesantes, no sólo porque él realiza el principio de la división del trabajo que en el orden moral es de grandes resultados; no sólo porque las ciencias filosófi-

cas prescriben la necesidad de la clasificación donde quiera que haya diversas funciones; no sólo, en fin, porque es el medio más seguro de evitar el despotismo, sino principalmente, porque el mutuo respeto de todos los poderes, es para los ciudadanos el más noble estímulo del que deben prestar a la ley, y el ejemplo diario de la subordinación en que Dios ha querido colocar al hombre respecto de la autoridad y aun al poder respecto del poder.

Concluiremos esta materia indicando, que el poder real que llevan algunos tratadistas y denominan otros neutro, suponiéndolo por una ficción, impotente para el mal y exclusivamente organizado para el bien, no puede figurar como distinto de los que dejamos enunciados. El Monarca a quien se atribuye ese poder en las monarquías, o es Jefe del Poder Ejecutivo o no gobierna. Un poder intermediario, puramente neutro, como se ha supuesto, no es concebible. No pasa, pues, el poder real de ser una bella ficción, que carece de sentido ante la ciencia.

4. CIUDADANIA

SUMARIO: Idea de ciudadanía. División de los ciudadanos respecto del nacimiento y de los derechos políticos. Distinción de estos derechos, y diferentes clasificaciones acerca de los empleos. Cuadro general de los deberes del ciudadano.

I

Hemos dicho diferentes veces que el Estado es la asociación en que el hombre debe llenar el fin jurídico. Siendo una ley de su naturaleza realizar este fin, no es libre para dejar de pertenecer a la sociedad política, a pesar de que en virtud de su libertad puede elegir aquella que crea que sus derechos estarán mejor garantizados, haciéndose miembros de dicha asociación.

Esta calidad de miembro de un Estado se llama *ciudadanía* y aquel en quien concurre se llama *ciudadano*.

II

Los ciudadanos propiamente dichos son *naturales* o *naturalizados*: los primeros son los que habiendo nacido en el país, manifiestan su inten-

ción de residir permanentemente en él permanente o establemente, y los segundos, que no habiendo nacido en la Nación, se trasladan sin embargo a ella con el ánimo declarado de constituirse sus miembros.

Para hacerse ciudadano por naturalización, es pues indispensable el acuerdo de voluntades de parte del extranjero y de parte de la Nación, como que ninguna sociedad puede celebrarse de otro modo que por el libre consentimiento de los socios. Mas, en este acuerdo solo se consigue practicando el extranjero aquellos actos o condiciones, tales como una residencia mas o menos larga, la inscripción en el registro cívico, que de antemano haya prefijado la sociedad en la Constitución, como indicios de su voluntad. Cuando el extranjero se allana al cumplimiento de esas condiciones, no puede haber duda de la conformidad de voluntades, y la naturalización del extranjero queda perfeccionada; y como nadie puede tener el ánimo de llenar a la vez en dos sociedades distintas el fin jurídico, resulta que ninguno puede tener una doble ciudadanía o ser ciudadano de dos países distintos.

Además de los naturales y naturalizados, hay otros individuos que ingresan al seno de la sociedad política, pero sin el ánimo declarado de constituirse sus miembros, o mejor dicho, de un modo precario y transitorio. Estos se llaman extranjeros transeuntes.

Al admitirlos en su seno, la sociedad política les brinda la protección de sus leyes, y como éstas están destinadas a garantizar el derecho donde quiera que exista, resulta, que tanto los extranjeros transeuntes, como los naturales y naturalizados, deben gozar de la conveniente garantía en sus derechos.

Esto nos conduce a una distinción acerca de los derechos que se tienen en la sociedad política. Derechos de los individuos en su carácter de personas, y derechos en el carácter de ciudadanos. Los primeros son los llamados civiles, cuyo ejercicio garantiza la ley en todo individuo y por consiguiente en los extranjeros transeuntes, y los segundos los políticos, de que no gozan sino los ciudadanos, ya naturales, ya naturalizados.

Podemos pues definir los derechos políticos, los que tiene un individuo como miembro de la asociación política y por cuyo ejercicio interviene de una manera legal en la marcha política del país.

La práctica ha sancionado la división de los ciudadanos en activos y pasivos, según que ejerzan o no los derechos políticos; y como esta falta de ejercicio puede provenir de la incapacidad natural o de inhabilidad,

por castigo impuesto por la ley, resulta la sub-división de los pasivos, en impedidos naturalmente o degradados. Un niño, una mujer, un loco, pertenecen al primer número; un reo de pena infamante, al segundo.

Ahora, los mismos derechos políticos se dividen en transeuntes o permanentes, según que su ejercicio sea periódico o permanente. De la primera clase es el sufragio; de la segunda, todo empleo público.

III

Los empleos, según las funciones que los constituyen, se dividen en civiles, militares, de hacienda y judiciales.

Según el tiempo de su duración, se dividen en periódicos, indefinidos y permanentes. También se dividen bajo este aspecto en comisiones y destinos perpetuos.

Con relación a la renta, se dividen en expensados y concejiles.

También los hay renunciables e irrenunciables, aunque en rigor de derecho esta segunda clase no existe para el buen ciudadano, sino cuando su salud, su avanzada edad, o cualquier otro grave motivo, derivado del ejercicio de un derecho natural, lo eximan legalmente de la sagrada obligación de servir al país.

DEBERES DEL CIUDADANO

Nosotros no hacemos otra cosa que presentar un cuadro general de los deberes del ciudadano. Entrar en detalles, sería ajeno de un curso elemental, que nada tiene de común con las numerosas leyes, que en el orden práctico, prescriben las extensas y multiplicadas obligaciones del ciudadano.

Todas ellas se derivan, no obstante, de la obligación jurídica en que estamos de contribuir racionalmente a que la sociedad llene su fin.

Así, no pudiendo éste alcanzarse sin autoridades, ni existir éstas sin que los ciudadanos las designen por medio del sufragio, debe verse el sufragio, no sólo como un derecho, sino principalmente como una sagrada obligación de todo ciudadano; y puesto que del buen o mal uso del sufragio individual depende la buena o mala organización social; puesto que estando íntimamente ligado el destino de cada ciudadano al de los demás, no es posible hacer un mal uso del sufragio, sin que con-

trariemos nuestro destino y el destino ajeno; puesto, en fin, que el poder electoral es la base sobre la que descansa el edificio político, nada habrá que nos exima de la sagrada obligación de sufragar, y mucho menos, de la de hacerlo concienzudamente, favoreciendo con nuestro voto a una persona digna.

Otro de los deberes naturales del ciudadano es el de contribuir con los medios materiales indispensables al sostenimiento del Estado.

Este deber nace del mismo principio que el anterior, puesto que debiendo coadyuvar todos a la asecuración de los fines racionales de la sociedad, es menester que cada uno preste los medios materiales que demande el sostenimiento de las complicadas funciones sociales.

Será pues justo, erogar las contribuciones ordinarias o extraordinarias, directas o indirectas que el Estado, siguiendo las prescripciones de la Economía política, tenga a bien imponer; pero esta obligación no puede, ni ir tan lejos que comprometa los intereses del ciudadano, ni extenderse al pago de contribuciones no impuestas por la ley, que todo ciudadano resistirá pacíficamente, conforme a los principios de justicia.

También es obligación del ciudadano, servir a la Nación, ya sea en destinos civiles, judiciales o de hacienda, ya en los militares. Si la carrera militar se adopta como una profesión, el ciudadano realizará al mismo tiempo que su vocación especial, una obligación estricta que nadie puede rehusar.

Pero no porque sea este un deber nuestro, podrán justificarse las medidas violentas que se empleen contra el ciudadano para enrolarlo en el ejército, contra su voluntad, obligándolo a desatender sus ocupaciones profesionales. Todo lo que sea atacar la libertad es opuesto al derecho, y si bien hay obligación de servir a la patria, la ley debe autorizar tan sólo aquellas medidas que concilien la libertad individual con tan preciosa obligación. De aquí mismo se deduce la injusticia del reclutamiento, en virtud del que se incorpora al ciudadano violentamente en el ejército, muchas veces, sin consultar sus aptitudes, y frecuentemente comprometiendo la suerte de una familia que vive del trabajo personal de ese a quien se aprehende. Se deduce también la injusticia de la conscripción o sorteo, que sólo difiere del reclutamiento en que este recae en aquéllos individuos designados por la suerte, pero sin dejar de ser por eso una medida tan violenta y atentatoria de la libertad, como la anterior.

Se deduce finalmente, que sólo el sistema de la Guardia Nacional es conforme al Derecho y que sin desconocer la importancia del ejército permanente, considerado como profesión, las Naciones deben organizar aquéllas, como el medio de conciliar la libertad personal del ciudadano con el deber, y de tener ejércitos numerosos, bien disciplinados y capaces de contener tanto las avanzadas y amenazantes pretensiones de un enemigo exterior, como las asechanzas de los conspiradores o enemigos interiores del país.

El sufragio, las contribuciones, los empleos y el servicio militar, precedido todo esto de un profundo respeto a los mandatos de la autoridad, son pues las más sagradas obligaciones del ciudadano. Pequeño sacrificio deben ellas parecer a los que comprendan los grandes bienes que proporciona la sociedad política, fuera de la cual, los derechos quedan a merced de la violencia y de la fuerza.

Más, no pudiendo alcanzarse esos grandes bienes, sino mediante la garantía de la ley, cumple al Derecho Constitucional estudiar la ley suprema destinada a producirlos.

La clasificación queda pues establecida en estos términos: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal; el primero expone los principios relativos a la organización de los poderes políticos en sus relaciones con el Estado; el segundo, presupuesta esa organización, se ocupa de los principios que reglan las relaciones de la administración con los miembros de la sociedad; y el tercero, expone los principios que reglan las relaciones entre el poder público y la sociedad, relativamente a la aplicación de las penas.

Asimismo, para evitar que se tache de vaga nuestra definición de Constitución, podemos decir, que es la ley que determina el fin de la sociedad política y los medios socialmente organizados con que cuenta para su realización; o bien, la ley que determina ese fin y la organización de los poderes políticos, sus atribuciones y límite. Cualquiera de estas definiciones expresa lo mismo.

NOTA.- Como por los términos de que nos hemos valido al hacer la sub-división del Derecho interno en Administrativo y Penal, pudiera creerse excluido el Derecho Constitucional, juzgamos indispensable aclarar nuestra idea, agregando este tercer miembro de esa clasificación científica.

5. CONSTITUCION

SUMARIO: Análisis de la Constitución política y diferentes denominaciones que se le dan. La Constitución es absolutamente indispensable, cualquiera que sea la forma de gobierno de un pueblo. Refutación de la opinión que niega este principio, confiando en las cualidades personales de los mandatarios. Qué debe contener una Constitución. No deben insertarse en ella las leyes secundarias y orgánicas. Condiciones accesorias. La Constitución debe ser inviolable, y no es permitido a las autoridades infringirla, bajo el pretexto de la salud pública. Son defectuosas las constituciones que consignan la autorización de facultades extraordinarias. Existe una acción y reacción mutua entre la Constitución política y la sociedad en general. La inviolabilidad de la Carta no excluye su reforma pacífica, para la cual la Constitución misma ha de fijar los trámites necesarios. Conviene que los pueblos ejerciten con la menor frecuencia posible el derecho de variar las constituciones.

I

El examen de nuestra propia naturaleza nos descubre la necesidad de que el hombre llene racionalmente el fin jurídico en el seno de la sociedad llamada Estado.

Esta asociación, lo mismo que cualquier otra, debe organizar sus funciones, determinar su manera de ser, revelar su fin e indicar los medios con que cuenta para la realización de éste. Sin que todo esto se halle determinado por una ley, la sociedad tendrá una existencia informal; la elección de los medios dependerá de la arbitraria voluntad de los hombres, y los asociados carecerán de una regla fija en la asecuración del fin que se proponen.

La ley que determina ese fin de la sociedad política y los medios con que cuenta para su realización, es la que se llama Constitución, Carta Política, Pacto Social o Ley Fundamental; y como los principales medios del Estado para la garantía del Derecho, son, la forma y condiciones de la organización política, suele también darse el nombre de Constitución a la ley que las revela y determina.

El nombre de Constitución aplicado de este modo a la manera de ser de la sociedad política, parece guardar perfecta conformidad con el que en las ciencias físicas se da a la Constitución de los cuerpos, designando por esta palabra, como observa Sismondi, el conjunto de condiciones bajo las cuales existe un cuerpo y que aseguran su vida y el ejercicio de sus funciones.

Este ligero análisis acerca de la Constitución, deja comprender que ella es absolutamente necesaria, cualquiera que sea la forma de gobierno de un pueblo, porque siempre, en todas partes y bajo cualquier forma de organización política, es preciso que los asociados conozcan el fin que se proponen seguir y los medios que emplea el Estado para su asecución. Sin Constitución, la marcha de la sociedad no podría ser regular ni uniforme; las autoridades aplicarían arbitrariamente los medios con que cuenta el Estado, y el fin jurídico no se realizará acertadamente dependiendo, no de la ley, sino de la variable voluntad de los hombres.

Esta necesidad de la Constitución se deja sentir igualmente, ya en los países regidos por el sistema representativo, ya en los de gobierno absoluto, pues tanto en uno como en otro, reclama y exige la ciencia constitucional que se realice el principio de la clasificación de los poderes, como el medio más seguro de garantizar acertada y plausiblemente el Derecho; mas, como la clasificación de los poderes políticos y la independencia, respeto y unidad, que son su consecuencia, no pueden existir sino determinados en la Constitución, resulta que ésta es una exigencia de la ciencia política, tanto en los pueblos de formas adelantadas, como en aquellos regidos por el gobierno absoluto.

La Constitución es tan absolutamente indispensable para la marcha regular de un Estado, que hasta los gobiernos despóticos han menester para conservar su odiosa dominación, apartarse algunas veces de su voluntad, para gobernar conforme a los principios de justicia. Un poder constantemente opresivo e inflexiblemente despótico, no puede conservarse largo tiempo, sin que el pueblo lo combata con todas sus fuerzas, y para seguir dominando, necesita prolongar artificialmente su autoridad, contemporizar por momentos con el pueblo y adoptar, en lugar de severas medidas, principios de justicia y tolerancia, que aunque precariamente, pueden estimarse entonces como la verdadera y única Constitución posible.

II

Si la necesidad de la Constitución, como se acaba de manifestar, se deriva inmediatamente de la naturaleza de la sociedad, sin consideración a las cualidades personales de los que gobiernan; si las leyes fundamentales, y en general las instituciones, deben tener cierto carácter de permanencia y estabilidad independientemente de las personas, y si las garantías no deben esperarse de la voluntad variable del mandatario sino de la ley, no puede, en buenos principios de Derecho Constitucional, admitirse

la equivocada doctrina, de que es innecesaria la Constitución, si se tiene confianza en las cualidades personales de los mandatarios.

Estos pueden hoy respetar las garantías individuales y sociales; pueden hacer un uso moderado del poder. Mañana, cuando convenga a los intereses de su política, cambiarán de conducta y los ciudadanos quedarán bajo el rigor de una dictadura ilimitada. Con semejante sistema, el país no puede marchar ordenadamente, porque ni las buenas cualidades se suceden con la transmisión legal del poder, ni el orden se consigue dependiendo la garantía del Derecho, de otra cosa que la ley.

III

Hemos dicho que la Constitución política es la ley que determina el fin del Estado y los medios con que cuenta para su realización, o bien la ley que determina la forma y condiciones de la organización política de un pueblo.

Esta manera de ser o forma de organización política es lo que se llama forma de gobierno. La Constitución debe, pues, expresar la forma de gobierno.

De otro modo; la forma de gobierno, la clasificación de los poderes, sus atribuciones y el límite de estas, son los principales medios del Estado para llenar su fin; si la Constitución expresa los medios, debe consignar también todo lo indicado.

Esta verdad se palpa más claramente si se considera, que en efecto, sería ilusorio el principio de la clasificación de los poderes políticos y la independencia, respeto y unidad, no habiendo una ley que demarcase las atribuciones y su límite. ¿Cómo sabría cada poder aquéllo que era de su exclusivo resorte, y lo que era de ajena incumbencia? Bajo el pretexto de no estar determinado el límite de las atribuciones, se usurparían constantemente sus respectivas funciones, y transmitido desde las altas esferas del poder el mal ejemplo acerca del respeto que se merecen los derechos ajenos, todo sería agresiones, confusión y desorden.

Debe también expresar la Constitución las garantías ya individuales, ya sociales, porque siendo ella la ley que determina el fin del Estado, y siendo éste la garantía o inviolabilidad del Derecho, no expresaría el fin jurídico, omitiendo tan esencial e importante objeto. El Derecho es en general el fin del Estado; pero el derecho es individual o social, y de aquí las dos especies de garantías que dejamos indicadas.

Pero, si bien la Constitución debe contener todo lo que dejamos indicado, su carácter de ley fundamental, la necesidad de ponerla al alcance de todos haciéndola un Código breve y de fácil estudio, y la de preservarla de las frecuentes violaciones y modificaciones a que, por razón de su naturaleza misma, están expuestas las leyes secundarias y orgánicas, exigen pues que éstas no sean insertadas en la Constitución. Baste considerar que es más natural y fácil variar la disposición de una ley orgánica, que la de una Constitución, para comprender cuán necesario es que la Carta política sólo consigne principios fundamentales, dejando al cuidado de las leyes secundarias y orgánicas completar y desarrollar la buena estructura del edificio social.

Además de estas circunstancias esenciales, debe contener la Constitución condiciones accesorias; tales como la buena distribución de las materias, por regla de buen método, para facilitar su aprendizaje; y un estilo claro, conciso y digno, cual cumple a una ley que va a garantizar grandes intereses y que se ocupa de reglar los elevados destinos de un pueblo.

IV

Dictada una Constitución, ella debe ser considerada como el más sagrado depósito de los intereses morales de la sociedad. Sus disposiciones deben ser profundamente veneradas, y si por principio general deben los ciudadanos respetar toda ley, con más justicia la Constitución, que es la ley fundamental y que abraza no una clase particular de intereses, sino copulativamente todos los intereses sociales.

Este deber de los ciudadanos pesa igualmente sobre las autoridades, y con más motivo sobre éstas, que deben ser las primeras en ilustrar con el ejemplo. La Constitución tiene sobre todas las leyes cierto carácter de preeminencia, y es necesario que lo conserve, respetándola con toda la inviolabilidad de que es digno tan sagrado depósito.

Queda visto, pues, que la Constitución debe ser sagradamente inviolable, ya por parte del pueblo, ya también, y principalmente, por parte de las autoridades.

Jamás se encarecerá bastante la necesidad de respetar la Constitución, porque nunca es de más inculcar en el pueblo aquéllas máximas de sana política que tienden a crear y fomentar los hábitos de orden; por eso decimos que ni aun bajo el pretexto de la salud pública es lícito a las autoridades suspender el imperio de la Constitución para violarla impunemente.

Los Gobiernos no hacen semejantes invocaciones, sino cuando ven amenazada su existencia y creen que apelando a medidas severas y extremas, podrán prolongar una vida vacilante. Es necesario convenir en que, en casos tales, o cuenta el Gobierno con probabilidades y recursos bastantes para triunfar, o su caída es inevitable. Si es lo segundo, parece inútil añadir un nuevo delito a los que naturalmente hayan provocado la sedición; y si es lo primero, el verdadero interés del Gobierno consistirá en apelar a la mayoría que lo favorece con su confianza, para que lo ayude en la defensa de la autoridad.

Y si esto acontece, aun en el supuesto de que la sedición tenga su origen en motivos de particular conveniencia y no en la violación de las leyes por parte de la autoridad, con más razón debemos sostener que se guarde la inviolabilidad de la Carta, cuando la azarosa situación del Gobierno o de los poderes, provenga de la infracción de las leyes. En este caso, el remedio para salvar la situación no será continuar infringiendo la ley, porque esto legitimaría más la revolución, sino al contrario, velar por su mantenimiento y fiel observancia.

La mayoría correrá entonces a plegarse al poder que sostiene la ley, y ayudado por tan eficaz elemento, triunfará de las facciones, salvando el principio tutelar de la inviolabilidad de la Carta.

De aquí mismo se deduce, como un corolario, que las constituciones que autorizan ellas mismas su violabilidad, permitiendo que en ciertos casos se concedan facultades extraordinarias al Jefe de Estado, son defectuosas, porque pecan contra el principio salvador que garantiza su propia vida, porque con semejante autorización consagran un principio destructor, y porque, si se cree necesario suspender el imperio de la Constitución para dejar obrar más libremente al Jefe de Estado, se consiente en que la voluntad del hombre se sobreponga a la ley, lo que jamás debe tolerarse, según los principios de la ciencia.

No puede negarse que desgraciadamente ocurren en la vida de los pueblos, circunstancias tan difíciles, que parece que sólo pueden salvarse adoptando el remedio supremo de las facultades extraordinarias; pero, de aquí todo lo que se deduce, es la necesidad de que los legisladores consagren en la Constitución misma o en otras leyes, las medidas que puedan salvar esas situaciones, medidas que desde luego no será difícil dictar anticipadamente, aunque con cierto carácter general, que permita su aplicación a esos casos anormales y críticos.

Si en lugar de hacer esto, se permite de plano la concesión de las facultades extraordinarias, se presentará frecuentemente el espectáculo de la violación de la Carta, el de su mutabilidad e irrespetabilidad, el de su

ineficacia, y el más terrible todavía, de su sometimiento a la voluntad del gobernante. Estas razones nos autorizan a sentar el dogma, de que las constituciones, que en sí mismas llevan el principio de su violabilidad, mediante la concesión de facultades extraordinarias, son defectuosas.

V

Hemos dicho diferentes veces que la Constitución expresa y determina los medios con que el Estado cuenta por la realización de su fin, que es la justicia. La Constitución, aunque sea ley fundamental, no deja de ser una ley, y por lo mismo los legisladores no deben dictarla, sino después de haber hecho un extenso, profundo y concienzudo estudio de las necesidades del país. Los que llevados de un espíritu de imitación o del amor a las teorías trasplantan de un país a otro, constituciones políticas para las cuales no hay los elementos necesarios en el Estado, merecen los más severos calificativos. Si la promulgación de una ley requiere un conocimiento especial de los intereses a que se refiere, la de la Constitución que abraza a la vez todos los intereses del país, ha de menester un trabajo más asiduo, más práctico y más conforme a la situación de la sociedad.

Una buena Constitución política, no podrá dejar de producir, según esto, el adelantamiento en todos los ramos de la sociedad, porque no puede esperarse otro resultado, de la conveniente y acertada garantía de todos los derechos. Bien garantizados los intereses particulares y los de la Iglesia, el Comercio, la Industria, la Ciencia, las Artes, etc., el orden y el perfeccionamiento en todos los ramos sociales serán la inmediata consecuencia; y un resultado semejante no puede deberse, sino a una buena Constitución política. He aquí la acción directa de la Constitución sobre la sociedad.

Esta, a su vez, ejerce también una acción igualmente benéfica sobre aquélla. Cuando la sociedad se halla en un pie de consolador adelantamiento, entonces los elementos con que el Estado cuenta para la realización de sus fines, son más abundantes, pueden aplicarse mejor, aseguran mejor el fin político. Un pueblo cuya industria, comercio, estado científico y religioso, etc., se hallen adelantados, podrá constituirse políticamente bajo formas más adelantadas que otro que no posea esos elementos. Esto quiere pues decir, que la Constitución será también más o menos progresista, según lo sea la sociedad; por donde se ve la acción y reacción constante que hay entre la Constitución política y la sociedad en general.

Ni puede dejar de ser así, desde que se recuerde que el Estado es la institución protectora que vela sobre todas las demás, y que se sirve de los elementos y medios que éstas le suministran.

Pero, ¿a qué consignar una verdad que *a fuer* de vulgar casi es inútil? Nuestro objeto es manifestar cuanto es el esmero y la prudencia con que los legisladores deben dictar toda Constitución, teniendo en cuenta no sólo que por ella van a establecer principios de influencia en la marcha política, sino en todos los ramos sociales. Debe preceder al establecimiento de una nueva ley fundamental, un estudio complejo de todos los diferentes ramos de la actividad social; lo demás será exponer el país a funestas consecuencias, dándole una ley inadaptable, que el buen sentido del pueblo rechazará por la fuerza.

VI

La inviolabilidad de la Constitución no excluye la reforma pacífica, porque la inviolabilidad y la reforma son cosas muy distintas; al paso que en todo caso debe ser inviolable, no siempre debe ser irreformable. Al contrario, el progreso de la sociedad exige que en épocas dadas se hagan en la Constitución las modificaciones convenientes, en el sentido en que lo demanden las circunstancias del país.

Una Constitución es una ley, y la ley debe variar según los intereses a que se refiere; pero, como en el orden natural de las sociedades está, que siguiendo la ley de la perfectibilidad humana marchen por la vía del progreso, creemos que la mayor parte de las modificaciones operadas en la Constitución deberán practicarse en un orden cada vez más liberal y progresista.

Esta reforma ha de ser pacífica, porque las reformas violentas hieren siempre los intereses que garantizaban los viejos principios, y exponen a las sociedades a peligrosos sacudimientos. Las reformas violentas, casi siempre son impremeditadas, y cuando se trata de los grandes intereses que la Constitución protege, todo debe ser precedido de la calma, del estudio y de la más profunda filosofía. La reforma pacífica se presta a esta clase de trabajos; ella es gradual y paulatina; se sirve de los consejos de la opinión ilustrada; se aprovecha de numerosas y alternadas discusiones, y así, después de tantos trabajos, se opera la reforma cuando la reclama imperiosamente la opinión, y se aplica el remedio que ella indica.

Más para que la reforma pacífica, no se haga tampoco diariamente y quede en peligro la estabilidad de la Constitución, será conveniente que esta misma se encargue de fijar los trámites con arreglo a los cuales ha de ser reformada. Como la Constitución reviste cierto carácter de estabilidad, no se hará la reforma sino cuando efectivamente haya llegado la ocasión, al paso que fijada por una ley cualquiera la tramitación para dicha reforma, esta quedaría a merced de las pasiones y de los intereses del

momento. De este modo, se concilia la necesidad de la reforma y la prudencia en su adopción.

Pero, si bien los pueblos gozan del derecho de variar la Constitución, cuando hayan llegado las circunstancias que racionalmente lo exijan, no deben ejercer con mucha frecuencia ese derecho, porque se exponen a herir todos los días los intereses que la Constitución se encarga de proteger.

Además de esto, la continua mudanza de constituciones, hace que se pierda la fe en todas, y que acostumbrados los pueblos a no respetar ninguna, pierdan toda veneración por la ley, que es la primera virtud de los pueblos.

¿Qué prueba, en efecto, variar de constituciones con tanta frecuencia, como lo hacen los pueblos americanos? No puede decirse que el progreso de estas sociedades sea tan acelerado que exija esos cambios, porque el progreso es gradual y no se opera en las Naciones, sino después de largos años de vida. Habrá pues una causa distinta a qué atribuir estas diarias modificaciones, y ésta no puede ser otra, que la falta de un sistema y de principios fijos, la falta de respetabilidad a la ley, el choque diario de las ambiciones y los intereses de partido.

Pues si tal es o puede ser la única causa y las consecuencias de la variación frecuente de códigos políticos, podemos decir, que si bien los pueblos tienen el derecho de hacerlo, no deben ejercer éste sino racionalmente, con la menor frecuencia, para no exponer por intereses pasajeros, los intereses más caros que constituyen la vida de un pueblo, a saber: su moralidad política, su idolatría por la ley, su profunda veneración a la Constitución aceptada.

6. FORMA DE GOBIERNO

SUMARIO: Definición de la forma de Gobierno. Clasificación actual. Idea de República y Monarquía. División y subdivisión de esta. Despotismo, tiranía, olocracia y oligarquía. Pueden apreciarse como más estrictamente arregladas a la ciencia las instituciones republicanas, comparadas con las monárquicas. Refutación de las objeciones propuestas. No es esto desconocer la importancia de la forma monárquica, que es absolutamente indispensable para la organización de algunos pueblos.

I

Se llama forma de Gobierno el modo como están organizados los poderes políticos de un país; y como, según el adelantamiento de la socie-

dad, concibe la razón que estos poderes hayan estado concentrados en una persona, en algunas con autoridad igual, o en la multitud, resulta, que aunque esta división no sea estrictamente científica, no carece de fundamento en el orden histórico.

En efecto, es natural que en los tiempos primitivos, en que los hombres no tenían la conciencia de sus derechos y en que la debilidad o la indolencia, los retraía de tomar parte en el ejercicio de las funciones sociales, estas fuesen desempeñadas por el más astuto o el más fuerte, quien dominaría a los demás con un poder absoluto. El Gobierno organizado de este modo, se llamó monárquico.

Más tarde, los hombres debieron reclamar el goce de sus derechos, y entonces, distribuido entre algunos el ejercicio del poder, debió establecerse el poder llamado aristocrático; y por último, cuando generalizada la conciencia del Derecho, han debido querer intervenir todos en la marcha política del país, ha debido conocerse la forma de Gobierno llamada democracia.

Así es como la razón concibe que se hayan sucedido las diversas formas de Gobierno; pero, como se ve, esta división no tiene por fundamento sino el número, que es insuficiente para caracterizar una división científica.

En su lugar adoptan los publicistas la siguiente: monarquía y república. Definen la primera diciendo, que es la forma de Gobierno en que el Jefe de Estado es perpetuo, y la segunda, aquella en que ejerce sus funciones por un período determinado.

La monarquía se divide en electiva y hereditaria, según que el Jefe del Estado ascienda al trono en virtud de la ley de elección o sucesión. Tanto una como otra pueden ser absoluta o constitucional, según que el ejercicio de los poderes políticos se reconcentre en una sola autoridad, o que se adopte el principio de la clasificación de los poderes.

La monarquía puede ser aristocrática o democrática; aquélla supone que sólo sean llamados a desempeñar las funciones públicas, los individuos pertenecientes a clases o linajes determinados; pero, cuando todos son llamados indistintamente sin más consideración que la de sus talentos y virtudes, entonces la monarquía toma el nombre de democrática. La aristocracia toma el nombre especial de teocracia, cuando la clase privilegiada es la sacerdotal.

En la República no tienen lugar estas diferentes clasificaciones, porque allí, ni el Jefe de Estado puede ascender por sucesión, ni puede concentrarse en una sola persona el ejercicio del poder, ni el principio de igualdad ante la ley, admite la existencia de una aristocracia.

Sin embargo, la República puede ser federal o central, según esté dividida en Estados formando una sola entidad política, o que exista sin comprender diferentes Estados. Esta última no es una división sustancial, porque el incidente de la federación no afecta los dogmas y principios fundamentales que caracterizan la República.

El Gobierno absoluto no debe confundirse con el despotismo; el déspota no se sujeta a ley alguna, sino gobierna según su voluntad, mientras que el monarca absoluto obedece la Constitución mientras cree que debe cumplirla.

Pero, cuando el déspota además de hacer su voluntad, dirige ataques a los derechos particulares o sociales, entonces se convierte en tirano; de modo que hay una especie de graduación entre el Gobierno absoluto, el despotismo y la tiranía.

El Gobierno monárquico aristocrático puede degenerar en lo que se denomina oligarquía, que tiene lugar cuando el ejercicio de los poderes políticos se reúne en unos pocos que oprimen a la mayoría; y al contrario, cuando por una degeneración o exageración del principio democrático, asalta el poder una turba desenfrenada que oprime a la minoría, entonces tal degeneración toma el nombre de olocracia. Esto, como es fácil presumirlo, conduce directamente a la anarquía, porque bajo aquel sistema, no hay autoridad estable, ni verdadero Gobierno.

II

¿Pero, cuál será la mejor forma de Gobierno, o bajo cuál de las dos únicas conocidas, podrá marchar más próspera y felizmente un pueblo?

Cuestión es esta, que por cierto, no podrá ser resuelta de un modo general, si se trata de un país determinado. La forma de Gobierno es uno de los principales elementos de la vida de un pueblo, y según sean sus circunstancias especiales, su población, su riqueza, su preponderancia política, el grado de civilización, su posición geográfica, etc., así será más o menos conveniente la adopción de esta o la otra forma de Gobierno. Las condiciones que deben asegurar la existencia de una sociedad, no pueden ser determinadas *a priori*, y por consiguiente, tampoco puede resolverse de un modo absoluto, cual sea la mejor forma de gobierno para un Estado.

Esto dejará comprender, pues, que esta cuestión tiene un doble sentido: uno práctico, que es el que dejamos analizado, y otro teórico y científico, que es en el que nos proponemos disertar.

Según los principios científicos, es indudable que las instituciones republicanas son preferibles a las monárquicas. Para persuadirnos de esta verdad, tomaremos dos constituciones, y haremos una comparación de ambas, colocando los principios de cada una al frente de los de la otra.

La base fundamental y característica de la monarquía, es la perpetuidad del Jefe del Estado. En las Repúblicas lo es su alternabilidad y duración periódica. Bajo este aspecto, es indudable que la preferencia existe a favor de la República, porque sólo el principio de la duración periódica, es el único que proclama como racional la ciencia.

Si los empleados públicos no desempeñan funciones propias, sino funciones sociales, y si por esta misma razón, ninguno debe haber que no sea designado por el pueblo, se sigue, que toda autoridad para ser legítima, debe poseer la confianza popular. Sin embargo, como elegido un mandatario, puede ser que la pierda, y en este caso, no sería racional ni mucho menos prudente, autorizar la violenta destitución del funcionario, se sigue, que debe adoptarse el único medio racional de conocer, si el pueblo retira su confianza a las autoridades, o si continúa favoreciéndolas con ella. Este medio racional no puede ser otro, que la renovación periódica de los funcionarios, verificada la cual, o el pueblo se fija en otras personas, o son nuevamente elegidas las mismas.

Pero, obstruir esta vía pacífica, para lanzar a la sociedad a los medios de fuerza obligándola a destituir violentamente a quien no tiene otro medio de separar del poder, o imponerse la necesidad de conservar por toda su vida a un mal funcionario, por el sólo hecho de haberlo investido perpetuamente con las altas funciones del mando, es un contrasentido que el Derecho Constitucional rechaza, y la simple razón condena. He aquí, pues, el fundamento del principio tutelar de la duración periódica y renovación de los funcionarios. Aplicado este principio a las monarquías, resulta contrariado, y no como quiera, sino tratándose precisamente del mandatario más importante, y de aquel cuyos abusos pueden ser grandes y trascendentales, por lo mismo que es grande su poder. Si este principio de Derecho Constitucional se observa en la República, quedan, pues, por esta las ventajas.

La irresponsabilidad del monarca es una consecuencia de su perpetuidad, porque si fuera responsable, podría muy bien en algún caso aplicársele la pena de destitución, con la cual se comprometería el principio de la perpetuidad.

¿Y será racional que haya gobiernos cuyo principal jefe sea irresponsable, cuando la responsabilidad de todos los funcionarios es uno de los

dogmas de la Ciencia Constitucional? Ya sabemos que estos no ejercen la autoridad para llenar fines propios e individuales, sino para realizar el fin social por los medios de la Moral y del Derecho. Esta autoridad que ejercen por designación del pueblo, deben practicarla en bien de la sociedad, y cuando en lugar de cumplir con tan sagrada obligación, la infrinjan, habrán incurrido en la responsabilidad inseparable de todo deber.

Pues bien, un principio tan claro y luminoso de la Ciencia Constitucional; una garantía tan positiva de la marcha constitucional de los poderes; un dogma que salva los derechos particulares de los más escandalosos abusos de la autoridad, viene a desaparecer en la forma monárquica, cuando el inmenso poder del monarca y su elevada posición, debían ser razones de más, para que, antes que todos los funcionarios, fuera responsable de sus actos.

Los inconvenientes que resultan de aquí, pretenden atenuarlos los partidarios de la monarquía, diciendo, que si bien el monarca no es personalmente responsable, lo son sus ministros, sin cuya firma no tienen validez los actos de aquél. Pero no se advierte, que aun admitido esto, no desaparece la infracción del principio constitucional, porque, aunque sean responsables los ministros, debe serlo también el monarca, si, como no puede dejar de suceder, toma parte en los negocios de la administración pública; y si para salvar este inconveniente, se dice que el Rey reina pero no gobierna, significando por estas palabras que no interviene en la administración del Estado, entonces tendremos que convenir en que el monarca es una rueda demás en la máquina social.

Pero no es así: el monarca nombra los ministros; los destituye; en concurrencia con ellos, ejerce la iniciativas y el veto absoluto; nombra a los miembros de una de las cámaras; las disuelve; elige, nombra, remueve y suspende a los miembros del Poder Judicial, y ejerce una autoridad tan extensa, que indudablemente en toda monarquía hay verdadera centralización. ¿Y a pesar de todo, habrá de admitirse que tan extenso poder sea irresponsable? No sin duda, porque hay responsabilidad donde quiera que se practican ciertos actos que dice relación con los demás hombres, y mucho más, cuando están de por medio los intereses, el provenir y la suerte de un pueblo.

En las Repúblicas, además de la responsabilidad de los Ministros, que no es tan difícil hacer efectiva, como en las Monarquías, donde la complicidad e influencias del monarca son el más fuerte obstáculo; es personalmente responsable el Jefe del Estado; por donde se ve, que en la

forma republicana, se respeta y observa tan esencial dogma del Derecho Constitucional.

También es una consecuencia del principio de perpetuidad en el régimen monárquico, el ejercicio del veto absoluto, o facultad del monarca para impedir legalmente de un modo absoluto, que tal proyecto de ley aprobado por las Cámaras legislativas, pase a ser ley del Estado.

Este derecho no puede menos que ser inconstitucional, porque si los poderes políticos deben ser independientes, ninguno, sino el Legislativo, deberá dictar la ley, sin compartir sus funciones con un poder extraño, como es el Ejecutivo. Sin embargo, no sucede así con el veto absoluto, pues, bien examinada esta atribución, ella importa en último resultado, convertir al Poder Ejecutivo en el autor virtual de las leyes, dando pase a aquellas que crea convenientes, e impidiendo la sanción de las que juzgue dañosas a sus intereses personales o a los intereses de su política.

En las Repúblicas, siendo suspensivo el veto, no queda comprometida la independencia del Poder Legislativo, porque si a pesar de las observaciones que legalmente puede hacer el Ejecutivo, insiste aquél o permanece inflexible, la ley se da por el poder político destinado para dictarla.

Tales son las principales y características diferencias de la Monarquía y la República. Hay además, otras, que pueden llamarse accidentales, pero que sin embargo, cuando existen, deciden la preferencia a favor de la segunda.

Tales son, por ejemplo, el establecimiento de una aristocracia o nobleza, opuesta al principio de la igualdad ante la ley, y origen de funestas, profundas y sangrientas rivalidades entre esa clase favorecida y las clases inferiores de la sociedad.

Tal es también la forma hereditaria, que llama a suceder en el trono al hijo del Rey, privando al pueblo del derecho de elegir libre y racionalmente a su monarca, y exponiendo al país a todas las consecuencias de un hecho puramente fortuito o casual, como son las buenas o malas cualidades personales del sucesor de la corona.

En buenos principios de Derecho Constitucional, todo funcionario público debe poseer la confianza popular, y no hay otro modo de expresarla, que la designación por medio del sufragio. ¿Qué quiere, pues, decir un monarca creado por la casualidad y no por el pueblo? En la ciencia, no tiene sentido alguno el principio de la sucesión hereditaria.

También es una diferencia accidental entre ambas formas de gobierno, la facultad del monarca para disolver las cámaras legislativas, y es

indudable que, al concederle este derecho, se desconoce el principio de la independencia de los poderes políticos; como también, cuando se le concede la facultad de nombrar, suspender o remover a los funcionarios del Poder Judicial.

Hemos llamado accidentales todas estas diferencias, porque ni la aristocracia, ni la forma hereditaria, ni la disolución de las cámaras, ni finalmente el nombramiento y destitución de los miembros del Poder Judicial, son condiciones esenciales del régimen monárquico. Pueden o no existir, pero no son indispensables, y la prueba es que la ciencia reconoce monarquías democráticas, electivas, etc.

Después de este paralelismo, que nos ha puesto de manifiesto, cuán estrictamente se observan en la forma republicana los principios científicos, no vacilamos en afirmar, que la República es la mejor forma de Gobierno.

Pero, no lo creen así los partidarios de la monarquía, y nos presentan las siguientes objeciones.

III

Primera objeción.- Los trastornos consiguientes a las elecciones que frecuentemente debe haber en la República, dejan todos los derechos individuales en una inseguridad peligrosísima; aparte de que las elecciones ponen en juego todos los intereses y las pasiones de los hombres, ellas pueden dar lugar a que asalte el poder un astuto intrigante, o un osado ambicioso; y después de esto, queda un partido vencido, dispuesto en su despecho, a lanzarse a la senda terrible de la sedición.

En primer lugar, no se advierte que por su naturaleza no están las elecciones llamadas a producir semejante efecto, y en segundo, si bien ellas pueden dar lugar a tales abusos, la ley debe encargarse de corregirlos. Cuando se dicte una ley, lo más perfecta posible, desaparecerán los inconvenientes que se presentan, y mientras tanto, sentirá la Nación los saludables efectos de toda elección, que son cuando menos, despertar el espíritu público y brindar a los mandatarios el poderoso estímulo de exceder cada uno a su inmediato antecesor, en medidas de administración y de bienestar social.

Por último, si los partidarios de la monarquía presentan esos abusos como inherentes a la elección, es sin duda, porque apartándose de la monarquía electiva en que también pueden existir, aceptan la hereditaria,

respecto de la que, nosotros podemos afrontarles el inconveniente todavía más terrible e insuperable, de ser la casualidad y no el pueblo mismo, quien decida de su suerte, llamando a suceder en el trono a un monarca inepto, a quien sólo podrá destruirse por medio de la fuerza, sino se quiere aguardar la conclusión de su reinado, en medio de la desesperación y de las más violentas asechanzas.

Segunda objeción.- En las Repúblicas, se proclama el principio de la igualdad ante la ley, y esta doctrina, exagerada por los demagogos y mal comprendida por la generalidad de los individuos, hace que todos, súbditos y autoridades, pueblo y gobierno se consideren iguales, viniendo como consecuencia inmediata, el desprestigio personal de la autoridad, y el de la ley, que ella ejecuta o aplica; de allí la falta de hábito de obediencia y de orden; de allí la constante anarquía de los países republicanos, y de allí en fin, la triste celebridad de su historia política.

Esta objeción parte del falso principio de que el abuso sea razón suficiente para condenar una institución. Si es cierto que la República proclama el dogma de la igualdad ante la ley, desconociendo caducas y desprestigiadas aristocracias, no lo es menos que ella, no autoriza la exageración de ese principio, ni las fatales consecuencias que los abusos entrañen.

Además de esto, el verdadero republicano, no debe desconocer, que si ante la ley todos somos iguales, esta igualdad legal no puede consagrar la nivelación absoluta de todas las condiciones sociales de todos los hombres. ¿Por qué suponer, pues, que desaparezcan las naturales e indispensables diferencias entre la autoridad y los súbditos, entre el gobierno y el pueblo?

El verdadero republicano comprende y se explica esas diferencias, respeta a la autoridad por convencimiento, y si alguna vez se revela contra ella, es porque esa autoridad pierde todo título para mandar, y en lugar de gobernar, conduce el país a su ruina. Lejos de autorizarse en la forma republicana doctrinas anarquistas, se proclaman, pues, principios de orden, que nada tienen de común con las máximas de los demagogos.

Por último, al frente de este jamás aceptado inconveniente de la República, colocamos nosotros el de la Monarquía, que desconoce el principio de la igualdad ante la ley, justificando la existencia de una aristocracia orgullosa, que además de corromper a la sociedad con el aparato de una vida fastuosa y disipada, provoca al pueblo a una rivalidad constante, que dificulta todo orden y crea en la Nación dos elementos opuestos e irreconciliables.

Tercera objeción.- También se presenta como inconveniente del sistema republicano, el gran número de aspiraciones que pueden hacer embarazosa la marcha de los poderes políticos, y especialmente del Gobierno. Bajo este sistema de constantes asechanzas, no puede asegurarse la estabilidad del orden público, y por consiguiente debe verse este, como uno de los grandes inconvenientes de la República.

Fácil es advertir, que esta objeción carece de fuerza. Por lo mismo que en la República hay más facilidad de alcanzar legalmente el ejercicio del poder, que en las monarquías, los aspirantes contendrán su ambición sin ocurrir a la sedición, para hacerla triunfar en el campo eleccionario; y los que, como verdaderos republicanos, comprenden sus deberes para con la patria, jamás antepondrán intereses exclusivamente personales, a los del país, que sólo prosperan en el seno de la paz y bajo la obediencia a los poderes constituidos.

Por último, si las Repúblicas ofrecen este inconveniente, las monarquías no carecen de él, puesto que allí, una aristocracia ambiciosa y sedienta de poder, puede poner en juego los mismos medios, que los aspirantes en las Repúblicas, para asaltar una autoridad que la ley no les permite obtener en la Monarquía hereditaria, y que deben considerar muy lejana y difícil de conseguir en la electiva.

Cuarta y última objeción.- En las Monarquías hay unidad, rapidez y respetabilidad en las medidas de administración, mientras que en las Repúblicas, donde es preciso a cada paso consultar el voto de los Ministros de Estado, suelen pasar las oportunidades sin que se aplique el remedio conveniente; aparte de que, sucediéndose en el ejercicio del poder diferentes personas, es más dificultoso consultar la unidad en las medidas de gobierno, que cuando es una misma, quien por largo tiempo comunica la dirección a los negocios públicos. Agrégase a esto, dicen los partidarios de la Monarquía, que la autoridad real es más firme, y por lo mismo más respetable, en tanto que en la República, la autoridad carece de la respetabilidad necesaria.

Esta objeción en los tres puntos que abraza, queda resuelta con sólo preguntar, si es inherente a la forma de Gobierno republicana, la falta de unidad, celeridad y respetabilidad de las medidas administrativas. Tanto en la República como en la Monarquía, los Ministros de Estado son lo que impulsan la marcha política, y puesto que la organización del ministerio no es diversa en ambas formas de gobierno, no hay por qué establecer bajo este aspecto, preferencias de la una respecto de la otra.

Así, tan uniforme e igual, tan rápida y tan respetable, es la administración en la República, como en la Monarquía.

El monarca cambia de ministros, y las medidas que dictaron los que desaparecen, son alteradas por los que les suceden. Hay, pues, la probabilidad de que la administración no siga una marcha uniforme; y si la unidad se refiere a la invariabilidad de opiniones del monarca, entonces replicaremos, que mal pueden apelar a esa especie de unidad los que sostienen que el rey reina, pero no gobierna; de modo que no importa que sus opiniones políticas sean invariables, fijas y unas, sin son variables y distintas las de los Ministros que lo rodean.

Por lo que hace a la celeridad de las medidas administrativas, no hay por qué atribuirle tan sólo a la Monarquía. Tanto el monarca como el Presidente, discuten sus medidas en el Consejo de Ministros, lo cual supone que no se trata aquí de la celeridad instantánea. Si se habla de aquellas medidas en que es precisa la autorización del Congreso, se hallan también en el mismo caso; y por último, si la celeridad se refiere a la adopción de ciertas órdenes arbitrarias en casos no previstos, no hay por qué suponer que el Presidente no pueda hacer lo mismo, si se quiere admitir el principio de que en los casos anormales, pueda la autoridad emplear medidas salvadoras, reservándose la obligación de dar cuenta a la Nación. ¿A qué queda reducida, pues, esta imaginaria ventaja de la Monarquía sobre la República?

Respecto de la respetabilidad, casi es inútil añadir una sola palabra. La respetabilidad no viene del vano lujo de la corte, ni del brillo deslumbrador de una aristocracia, sino únicamente de la observancia de la ley; y puesto que en la República puede y debe ser tan respetada como en la Monarquía, no hay tampoco por qué argüirnos con esta soñada preferencia.

Hemos concluido el paralelo que nos proponíamos sostener entre ambas formas de Gobierno, y creemos que, sin que pueda tachársenos de visionarios, las ventajas, según los principios del Derecho Constitucional, quedan por la República.

IV

No creemos, sin embargo, que sea tan fácil como se piensa, dar vida en toda su extensión a los principios tutelares de la República. A fuerza de educación, de aprendizaje y de ensayos, los pueblos llegarán a realizar con la perfectibilidad posible las instituciones republicanas; pero, si

tenemos fe en los principios, y creemos que ellos están destinados a presidir las sociedades en su desenvolvimiento político, debemos esperar que tarde o temprano la forma republicana extienda su dominación por todo el mundo.

Mientras tanto, es preciso reconocer que los pueblos habituados a la forma monárquica, no pueden tan fácilmente operar en su forma de gobierno un cambio súbito. Aquellos pueblos que por sus costumbres, hábitos, civilización, tradiciones, posición, etc., han adoptado la Monarquía creyéndola absolutamente indispensable para su modo de existencia, han estado en su derecho al preferir sobre la República, esta forma de gobierno, y nosotros estamos muy distantes de creer que la Monarquía sea innecesaria para algunos pueblos, prácticamente hablando. Ya lo hemos dicho: si en teoría la mejor forma de gobierno es la republicana, en la práctica, para cada pueblo es mejor la que garantiza más eficaz y acertadamente los derechos de los asociados; y como para algunos pueblos, esta puede ser la monarquía, no desconocemos la importancia de ésta, a pesar de que sostengamos la verdad científica de la República.

Suele decirse, que si esta última forma de gobierno supone en el pueblo un gran adelantamiento, no se explica porqué, algunos pueblos notoriamente atrasados, como los sudamericanos, hayan adoptado la República en vez de la Monarquía, y se cree que al hacerlo, han trastornado el orden natural de las cosas, dándose una organización inadaptable.

No se advierte, que la educación política forma a los pueblos, y que si bien la República produce mejores resultados en los pueblos adelantados, no deja de producirlos iguales en los demás, donde prepara gradualmente en adelantamiento con sus propios principios. Si la infancia o ignorancia de ciertos pueblos, no los ponen en aptitud de ensayar ventajosamente la forma republicana, no deben desesperar, ni mucho menos adoptar forma diversa, sino preparar por otros medios su adelantamiento, fomentando la industria, difundiendo la ilustración, propagando la moralidad y cultivando racionalmente todos los ramos de la actividad social.

Los obstáculos que hallamos en nuestra marcha, serían mayores y más numerosos, seguramente, si viviéramos bajo la forma monárquica; mientras tanto, nuestras propias caídas nos ilustran, y ensayándonos más y más cada vez, a fuerza de dolorosas experiencias, llegará el día en que nuestra educación republicana sea completa, porque los pueblos no se educan en un solo momento.

SEMBLANZA

IN MEMORIAM: LIVIO PALADIN (1933-2000) (*)

Lucio Pegoraro (**)

Antonio Reposo (***)

La vida de Livio Paladin transcurrió siempre en el estudio del Derecho y fue constantemente marcada por aquel rigor moral que en los espíritus laicos se convierte en un valor absoluto.

Las pocas personas que lo acompañaron durante mucho tiempo por los caminos que llevan a las cumbres de nuestras montañas; aquellas que han compartido con él la emoción de la música de Bach o de Mozart; aquellos amigos que vislumbraron en un gesto suyo la simbiosis afectiva con Dora, quien se hallaba quebrantada a raíz de una enfermedad; aquellas personas íntimas que supieron leer en el fondo de su mirada el estoico coraje que contrastaba con los sufrimientos y el humano desconcierto frente a la muerte; todas estas personas conservan el privilegio de haber apreciado bajo esa señorial discreción, una sensibilidad auténtica y profunda que, como el agua del manantial, que está escondida y por tanto es difícil de encontrar, quedaba limpia y sin contaminarse.

Livio Paladin parecía aislado del mundo, incluso en su cátedra en la Universidad de Padova, lugar en el que se empezó a conocer de manera más cercana aquel aspecto de gentil frialdad, característico de aquellos

(*) Traducción del italiano de Javier Adrián Coripuna.

(**) Profesor ordinario de Derecho Público Comparado. Universidad de Bolonia. Universidad de Bolonia.

(***) Profesor ordinario de Derecho Público Comparado. Universidad de Padova (Italia).

hombres que se encuentran por encima del gentío, hombres severos consigo mismos y también con el resto, hombres que se expresan con obras y que llegan a exaltar las palabras, pues aunque era ajeno de manifestar afectos, siempre estaba dispuesto a acoger y corresponder aquellas muestras de cariño que le manifestaran. Así, cuando diariamente se encontraba con jóvenes estudiosos, llegaba a compenetrarse tanto en su vida científica, que siempre contribuía con sugerencias y juicios que significaron para muchos de ellos y para nosotros también –más allá de una acogida académica–, un recibimiento pleno en la comunidad de los constitucionalistas.

Asimismo, en la vastísima obra jurídica de Livio Paladin, ya sea aquella de constitucionalista o aquella de Juez Constitucional y Presidente de la Corte Constitucional italiana, sería quizás reducido apreciar tan solo su aspecto lógico-analítico, a menos que evidenciando esta extraordinaria actitud dogmática, llevada por él a una lúcida perfección, no se le coloque al mismo tiempo, con los pocos iuspublicistas que fuera de las modas y de las ideologías, intentaron después de la guerra, una tarea éticamente cualificable, como es aquella de individualizar alguna forma racionalidad y certeza en la confusa e incierta dinámica de nuestras instituciones.

Por otra parte, la materia de investigación últimamente cultivada por él, vale decir la historia constitucional, demuestra en todo caso, la latitud de sus intereses científicos, los mismos que buscando evitar compromisos con lo "metajurídico", establecían determinados espacios que se acercaban al importante tema de la hermenéutica, penetrando en la realidad concreta de los problemas institucionales, para sistematizarlos en cuanto fuera posible dentro de los esquemas de la estabilidad jurídica e incluso dirirlas hacia resultados que sean más conformes con el interés público.

Llamado a presidir importantes Comisiones Consultivas en orden al rol ejercitado por el Presidente de la República en materia militar o a las competencias del Consejo Superior de la Magistratura, Livio Paladin no dejaba nunca de sacar luces de las experiencias extranjeras y si se nos es consentido un recuerdo personal, en las largas tardes transcurridas en la entonces Biblioteca Americana de la Universidad de Padova, estaba componiendo esquemas y bosquejos que si hoy fueran publicados, constituirían de seguro unos verdaderos ensayos de Derecho Comparado.

El interés por los ordenamientos jurídicos de otros países, así como la exigencia de encuadrar el Derecho Constitucional italiano en marcos más amplios –aspectos desarrollados poco a poco en el curso de los últimos años–, siempre han estado presentes en Livio Paladin, siendo muestra de ello, los escritos que en los años 60 del siglo XX, lo señalaron en la comuni-

dad científica como uno de los más brillantes talentos de la materia (tal vez –como muchos lo piensan– el más brillante).

Precisamente, la obra que lo consagró (*El principio constitucional de igualdad*, escrito en 1965), es un libro de Derecho Comparado. En efecto, allí el Derecho Constitucional italiano es investigado a las luces de amplias, agudas y brillantes reconstrucciones diacrónicas y sincrónicas del principio de igualdad, que operaban en los ordenamientos de Estados Unidos, Francia, Alemania y en algunos otros.

En los años siguientes, el interés por la comparación jurídica lo lleva a una producción impresionante que atraviesa los límites de diversos campos, desarrollándola y haciéndola germinar de nuevas ideas y de nuevas sistematizaciones que van por ejemplo, de las libertades a las formas de Estado y de gobierno, de las fuentes a la organización estatal, de la estructura descentralizada del ordenamiento a la justicia constitucional, del método a la retrospección histórica. Una producción, cuyos puntos de afloramiento más significativos son representados por los manuales de *Derecho Regional* y de *Derecho Constitucional*, pero que en sus poliédricas manifestaciones presenta también artículos, ensayos y libros expresamente dedicados a la ciencia comparativa.

Un significativo ejemplo es representado en el tema de los derechos, contenido en el volumen que estuvo a su cargo y en el que se trató el tema de *La libertad de información*, el mismo que en tiempos controvertidos como aquellos que atravesaba la comunicación televisiva (1979) mostró a los estudiosos y a cuantos estuvieran interesados en el tema, las medidas adoptadas en Francia, República Federal de Alemania, Inglaterra, Estados Unidos y Suecia.

Y todavía, para señalar la indisoluble unión que asocia los derechos a la justicia constitucional, resulta emblemático respecto de sus intereses y curiosidades, el título de un ensayo aparecido en 1988: *La tutela de las libertades fundamentales brindada por las Cortes Constitucionales Europeas: aspectos comparativos*.

Tampoco han quedado olvidadas aquellas páginas referidas a las formas de Estado y de gobierno, originariamente aparecidas en las *Lecciones de Derecho Constitucional*, que posteriormente fueron trasladadas en el más difundido *Manual*.

Así también, nos es grato recordar precisamente en las páginas de esta revista dedicada al Derecho Público Comparado y al Derecho Europeo, el impulso dado por Livio Paladin a la divulgación de escritos referi-

dos a ordenamientos extranjeros, precisamente durante el periodo en el cual asumió la dirección de los "*Cuadernos Constitucionales*" y de "*Las Regiones*". Un impulso que fue acompañado por el entendimiento de que las investigaciones comparativistas, al preservar también su autonomía, representan un indispensable sustento para los estudios constitucionales. De esta forma el Derecho de la Unión Europea se vería más aproximado al ámbito de las dos disciplinas antes mencionadas, reforzando cada vez más los vínculos entre las instituciones europeas y los ordenamientos que la componen, buscando así superar el déficit democrático de las estructuras comunitarias (tema al cual le dedicó un ensayo hace pocos años).

Finalmente, debemos mencionar que si el legado humano de Livio Paladin es inmenso y por tanto incalculable –tal como lo ha testimoniado en sus exequias la conmovida participación de numerosos colegas y especialmente de gran cantidad de jóvenes estudiantes–, el legado científico quedará para siempre como patrimonio de todos, no sólo de los constitucionalistas, sino de los cultores del Derecho Público Comparado y Europeo.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 ó 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley,
(E-mail: grijley@terra.com.pe),
el día 15 de diciembre de 2002,
al conmemorarse el nacimiento (Arequipa, 15-XII-1883)
del pensador y profesor universitario
Víctor Andrés Belaunde († Nueva York, 14-XII-1966).

SUMARIO

EDITORIAL 7

ACTUALIDAD

- PETER HÄBERLE
Las ciencias (del Derecho) como forma de vida 11
- GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno ... 27
- FRANCK MODERNE
Los avatares del presidencialismo en América Latina 45
- ERNESTO ALVAREZ MIRANDA
Teorización actual de la separación de poderes 73
- ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
Debido proceso en procedimientos administrativos su viabilidad
y las experiencias peruana y mundial sobre el particular 87
- JORGE M. PANDO VÍLCHEZ
La administración frente a la norma inconstitucional:
¿Control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?... .. 107

DOCUMENTOS

- MARIO ALZAMORA VALDEZ
Defensores de una causa difícil 117
- LUCIANO BENJAMÍN CISNEROS
Derecho Público Filosófico. Curso dictado
en el Convictorio de San Carlos (1862)... .. 121

SEMBLANZA

- LUCIO PEGORARO
ANTONIO REPOSO
In memoriam: Livio Paladin (1933-2000) 171
- Normas para los colaboradores de la «Revista Peruana de Derecho Público»... 175

