I ENCONTRO DE JURISTAS DA
AMÉRICA LATINA E DO CARIBE
VOLUME VI

REFLEXÕES

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Ministro de Estado Embaixador Celso Amorim
Secretário-Geral Embaixador Antonio de Aguiar Patriota

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Presidente Embaixador Jeronimo Moscardo

Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais

Diretor Embaixador Carlos Henrique Cardim

A *Fundação Alexandre de Gusmão*, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade civil informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública nacional para os temas de relações internacionais e para a política externa brasileira.

Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília, DF
Telefones: (61) 3411-6033/6034
Fax: (61) 3411-9125
Site: www.funag.gov.br

I Encontro de Juristas da América Latina e do Caribe

Volume VI

Reflexões

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Brasília, 2010

Copyright © Fundação Alexandre de Gusmão
Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília – DF
Telefones: (61) 3411-6033/6034
Fax: (61) 3411-9125
Site: www.funag.gov.br
E-mail: funag@itamaraty.gov.br

Capa:
Los muchos colores de la sal que sólo al final termina blanca; salineras de Salinas.

Equipe Técnica:
Maria Marta Cezar Lopes
Cíntia Rejane Sousa Araújo Gonçalves
Erika Silva Nascimento
Fabio Fonseca Rodrigues
Júlia Lima Thomaz de Godoy
Juliana Corrêa de Freitas

Programação Visual e Diagramação:
Juliana Orem e Maria Loureiro

Impresso no Brasil 2010

C775 Constituições da América Latina e Caribe / organizado por Ramon de Vasconcelos Negócio e Rodrigo Carneiro Cipriano. -- Brasília : FUNAG, 2010.
v. 6, 268p.

Texto em duas línguas português e espanhol.

ISBN: 978-85-7631-xxx-x

1. Constituição. 2. Direito constitucional. I. Vasconcelos Negócio, Ramon de II. Cipriano, Rodrigo Carneiro (Org.)

CDU: 342.4(8)

Depósito Legal na Fundação Biblioteca Nacional conforme Lei n° 10.994, de 14/12/2004.

Sumário

Governança e formação da vontade estatal para celebrar tratados nas constituições dos países da América Latina, 7
Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros

La Constitución, el Derecho Constitucional y la capacidad de gobernar: Panamá en perspectiva comparada, 27
Arturo Hoyos

Hiperpresidencialismo y neopopulismo en América Latina. Un proble-ma actual de la democracia, 45
Hernán Salgado Pesantes

Derecho Constitucional y gobernabilidad en America Latina y en el Caribe. Un aporte desde el Paraguay, 61
Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez

Democracia, gobernabilidad y el Tribunal Constitucional, 79
Iván Escobar Fornos

Direito Constitucional e governança na América Latina e no Caribe, 115
Ives Gandra Da Silva Martins

Derecho Constitucional y gobernanza en la América Latina y en el Caribe Hoy, 125
Jorge Antonio Giammattei Avilés

El nuevo sistema constitucional y la gobernabilidad en Bolivia, 143
José Antonio Rivera S.

Direito Constitucional e governança na América Latina e no Caribe hoje, 175
Luiz Dilermando De Castello Cruz

Derecho Constitucional y gobernabilidad. Problemática del repliegue acelerado, o de la desaparición, de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, 189
Néstor Pedro Sagüés

Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales, 205
Rubén Hernández Valle

Constitutional Law and governance in the Caribbean with particular reference to the Island of Saint Lucia, 217
Suzie d'Auvergne

Renovación constitucional en Latinoamérica y golpe de Estado en Honduras, 233
Walter Antillon

Governança e formação da vontade estatal para celebrar tratados nas Constituições dos Países da América Latina

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros[*]

A partir da idéia de governança como emprego de meios e processos para atingir resultados eficazes, o aperfeiçoamento do trâmite constitucional para a formação interna da vontade do Estado em celebrar tratados internacionais ocupa lugar de relevo. O mundo contemporâneo requer celeridade e eficácia das relações exteriores.

Na grande maioria dos Países democráticos, a Constituição exige a convergência das vontades do Executivo e do Legislativo para a formação da vontade do Estado, sendo que a competência para declarar a essa vontade pertence ao Executivo. O processo de celebração de tratados se caracteriza, portanto, pela acentuada predominância do Executivo. Investido no poder de entabular as negociações e de engajar definitivamente a fé nacional, compete ao Executivo comunicar a vontade do Estado aos demais sujeitos do Direito Internacional. A condução da política externa é atributo natural do Poder Executivo.

São principalmente as circunstâncias inerentes à política internacional que direcionam as Constituições a conferir ao Executivo o poder de dirigir as relações exteriores. No plano interno, as Constituições procuram impor limites à ação do Executivo, de forma a preservar o equilíbrio entre os poderes do

[*] Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Professor universitário. Membro da Corte Permanente de Arbitragem da Haia.

Estado. Uma maior concentração de prerrogativas nas mãos do Executivo desperta suspeitas e temores, levando, freqüentemente, à divisão territorial do poder, mediante descentralizações administrativas e aplicação do federalismo, e à divisão funcional do poder, através do sistema de freios e contrapesos entre Legislativo, Executivo e Judiciário. No plano externo, ao contrário, as Constituições admitem uma concentração de prerrogativas em torno do Executivo, pois só esse poder reúne os requisitos necessários para imprimir dinâmica contínua à política externa, garantindo a segurança do Estado e preservando a sua existência.

O Executivo dos Países que adotam regimes democráticos e representativos dispõe de uma autoridade no domínio das relações exteriores que não lhe é concedida nos outros setores da atividade estatal.

A predominância do ramo executivo do governo decorre da natureza do sistema internacional contemporâneo, que ainda se conserva em uma fase de autotutela, na qual cada Estado precisa proteger a si mesmo e conta para isso basicamente com suas próprias forças. A convivência na sociedade internacional requer uma fonte única de autoridade. A estrutura (ou a ausência de estrutura) da sociedade internacional, que por não dispor de órgãos institucionalizados, capazes de impor as suas decisões aos Estados, configura uma ordem potencialmente belicosa, é a principal razão que conduz as Constituições dos Países democráticos a confiarem à direção das relações exteriores ao Executivo.

Quer se trate de relações diplomáticas, quer de ações militares, é ao Executivo que compete sempre a iniciativa e a impulsão; cabe a ele orientar; dar a primeira e a última palavra. Só assim o Estado pode se necessário, agir rapidamente, em segredo, com continuidade de propósitos, ou, quando for o caso, com flexibilidade.

O representante do Estado nas suas relações com as potências estrangeiras, o órgão central, diretor da política externa, por excelência, é o Chefe do Estado.

Convém, entretanto, frisar que essa função pode ser deslocada para o Chefe do Governo, se o Poder Executivo apresentar estrutura dual.

Nas repúblicas presidencialistas, predominantes na América Latina, o mesmo indivíduo exerce a Chefia do Estado e a Chefia do Governo. Nos regimes parlamentaristas, adotados por alguns Estados do Caribe, as aludidas funções são exercidas por distintos titulares. Neste caso, geralmente é o Chefe do Governo que conduz a política externa.

O Executivo, em suma, seja qual for a sua configuração, impulsiona as relações internacionais.

As conferências diplomáticas, das quais depende a solução de intrincados problemas, exigem demorada e paciente preparação. Nessas reuniões, se impõe que o Estado atue às vezes em segredo, sempre com unidade de visão, prudência, espírito de continuidade e perseverança, condições que só o Executivo pode proporcionar.

Por outro lado, a heterogeneidade e a instabilidade da composição das Câmaras, integradas por grande número de parlamentares; os períodos de recesso a que estão submetidas; o caráter público e nada discreto dos debates; a lentidão do processo decisório, entre outros aspectos; representam obstáculos muito sérios para que o Legislativo possa ter uma participação ativa na direção da política externa.

Ademais, as tribunas parlamentares não têm se revelado instrumento apropriado para examinar em profundidade os temas das relações internacionais ou para conciliar interesses e visões conflitantes.

Não é possível, igualmente, atribuir ao Legislativo competência para tomar parte da negociação de tratados.

O Executivo dispõe não só dos meios indispensáveis para perceber quais são as cláusulas úteis ao interesse nacional, melhor informado que é das necessidades gerais do País e mais habilitado a assegurar a boa redação dos textos convencionais, como também apenas o Executivo pode divisar, através das informações que recebe dos agentes diplomáticos, o que pode exigir das demais partes contratantes e obter dessas as maiores concessões possíveis.

Entretanto, devido à necessidade das Constituições imporem limites às funções do Executivo no plano doméstico e à exigência que advém das características das relações exteriores de ampliação das faculdades do Executivo, surge uma inevitável dificuldade para disciplinar essa área. Se for severamente cerceado nas suas atividades, em função da imperiosidade de proteger o regime democrático, há o perigo do Executivo se tornar enfraquecido e ficar inapto a defender eficazmente os interesses nacionais face aos demais Países. Por outro lado, se a Constituição conferir ao Executivo poder vigoroso no campo das relações exteriores, para que possa se desempenhar com a necessária autoridade, rapidez e segredo na vida internacional, ele pode se tornar um poder forte demais e extrapolar as suas limitações, instituídas para preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado.

Assim, o que é virtude no tocante ao âmbito interno, pode ser vício no domínio das relações exteriores, na medida em que a política externa pode se tornar prisioneira e vítima da organização democrática do Estado; e o que é virtude para as relações exteriores, pode ser vício internamente, na medida em que a convivência democrática interna entre os poderes pode ficar prejudicada, na ânsia de fortalecer a direção da política externa.

Encontrar fórmula que permita organizar os poderes do Estado, de modo a preservar os princípios democráticos internamente e, ao mesmo tempo, conferir ao Executivo suficiente autoridade para promover os interesses e garantir o bem-estar da nação no cenário externo, é um desafio difícil de ser enfrentado.

A análise dos principais sistemas constitucionais determinadores da competência dos poderes do Estado para a direção e o controle das relações exteriores, demonstra a existência de muitas incertezas neste campo.

Ao fazer a divisão de poderes, as Constituições geralmente conferem ao Parlamento o poder de legislar e ao Executivo o poder de administrar e cuidar para que as leis sejam fielmente executadas. Essa divisão se aplica tanto aos assuntos internos quanto externos. O Parlamento pode, por exemplo, legislar sobre impostos e tarifas, para garantir o progresso do País, seja no pertinente às questões internas como externas. O Executivo pode designar ministros e altos funcionários da administração interna, assim como pode nomear o Ministro das Relações Exteriores e agentes diplomáticos que vão atuar nas questões da política externa.

Entretanto, as Constituições, em geral, são imprecisas no domínio das relações internacionais. Há poderes que o ordenamento constitucional confere que não se ajustam à clássica divisão entre elaborar e executar a lei.

O Parlamento tem poder para autorizar o Presidente a declarar a guerra e a celebrar a paz, o que não é estritamente uma função legislativa; o Governo tem poder para negociar tratados e, com o consentimento do Legislativo, torná los obrigatórios, o que não é estritamente uma função executiva.

Mas a política externa abrange atividades bem mais vastas do que fazer tratados, declarar guerra ou legislar sobre tarifas, pois consiste em um processo cotidiano, dinâmico, contínuo e informal. O Legislativo nem sempre está em sessão, e seus membros se dispersam pelos mais distantes pontos do País. O Executivo está sempre em atividade. O Parlamento decide formalmente, por lei ou resolução, dando ampla publicidade aos seus atos. O Executivo pode

agir informalmente e, quando necessário, atua de maneira discreta ou até secreta.

Mesmo que a Constituição imponha a obrigatoriedade de obter a aprovação do Parlamento para os tratados internacionais, é difícil contornar a prática do Executivo de celebrar acordos informais (e mesmo formais), agindo sozinho, sem a participação do Legislativo.

Como único órgão de comunicação com o resto do mundo, o Executivo torna se olhos, ouvidos e voz do Estado e também o próprio centro de formulação da política externa.

O Parlamento, via de regra, contribui para a expansão dos poderes do Executivo nas relações exteriores. Há sentimento generalizado entre os legisladores de que a exclusividade das informações e a experiência acumulada fazem do Executivo o órgão apto a lidar com a política internacional. O Legislativo esboça reações pouco enérgicas contra a celebração de acordos pelo Executivo sem a aprovação parlamentar. A prática freqüente de consultas informais entre o Executivo e os líderes dos partidos representados no Parlamento serve para desarmá los, assim como aos demais legisladores, e ajuda a confirmar a autoridade do governo para agir sem a participação do Legislativo.

Enfim, são tantas as incertezas constitucionais que cercam a condução da política externa, que há quem vislumbre a existência de uma área cinzenta (twilight zone), na qual a divisão de poder entre o Executivo e o Legislativo é obscura[1].

Visto que a política externa materializada juridicamente por intermédio dos tratados internacionais tem como centro de impulsão o Poder Executivo, que acumula os poderes de guerra e a atividade diplomática convém deixar claro que isso não significa que deva ser minorada a importância da participação do Poder Legislativo no campo das relações exteriores.

A adoção de um regime representativo e democrático requer que se faça efetivo o princípio da soberania popular no domínio da política externa, até o limite permitido pela natureza da sociedade internacional.

Não há motivo que justifique os órgãos representativos de um povo terem truncadas suas possibilidades de participação, quando a atividade política e sua instrumentação jurídica ultrapassar as fronteiras do Estado.

---

[1] HENKIN, Louis. **Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs**. New York: Columbia University Press, 1990. p.17-43.

É o que afirma Antonio Remiro Brotons, acrescentando que o envolvimento das Câmaras legislativas em questões de política externa não deve prejudicar a ação do Executivo, em uma área para a qual esse poder tem melhor aptidão.

Mas tampouco se pode exigir do Parlamento um conformismo incondicional com fatos consumados[2].

Há fortes razões que advogam pela importância e necessidade da participação do Legislativo nos assuntos atinentes à política externa. Na qualidade de representação nacional, o Parlamento tem o direito de velar para que os interesses do País não sejam afetados por erros ou má fé do Executivo na direção das relações exteriores. Qualquer falta cometida pode gerar graves conseqüências para a nação. Portanto, é muito perigoso conceder ao Executivo absoluta liberdade para agir no domínio das relações internacionais. Os atos de política externa engajam a nação toda. O regime da soberania nacional, nascido da democratização dos sistemas políticos, inaugurado pelas revoluções francesa e norte americana, impõe que a nação não seja comprometida por vontade outra que a sua própria. Por isso, em oposição ao método secular que reduzia a política externa à condição de problema pessoal dos monarcas, surgiu a noção moderna de que a nação não pode se vincular a outra senão em virtude de sua vontade, expressa quer diretamente (hipótese teórica, de aplicação muito difícil), quer através da representação nacional, isto é, por intermédio do Parlamento, eleito pelo povo.

Permitir que o Executivo possa assumir compromissos externos sem a intervenção do Legislativo é renunciar à soberania nacional e ao direito da nação de controlar o seu próprio destino.

O Parlamento deve estar sempre atento para defender as suas prerrogativas contra usurpações do Executivo no âmbito da ação exterior do Estado. Se o Executivo receber excessiva liberdade para dirigir as relações exteriores ficará comprometida em sua integralidade a competência legislativa e financeira do Parlamento.

Os tratados internacionais freqüentemente acarretam mudanças nos preceitos legais vigentes.

Como guardião do tesouro nacional, o Parlamento tem o dever de impedir o Executivo de assumir encargos financeiros prejudiciais ao País.

---

[2] BROTONS, Antonio Remiro. **La Acción Exterior del Estado**. Madrid:Tecnos,1984. p.16-7.

Não se pode negar ao Parlamento o direito de participar da política externa sem abalar o pleno exercício de suas faculdades legislativas e financeiras.

O direito das Câmaras de intervir na formação da vontade do Estado justifica se até pela sua função de órgão supremo, tanto para legislar como para controlar as finanças nacionais.

Há entendimento generalizado de que só o Executivo pode exercer adequadamente a função de dirigir a política externa.

Entretanto, as razões que recomendam a concessão dessa responsabilidade ao Executivo continuidade, segredo, rapidez, etc. não impedem absolutamente que o Legislativo exerça um papel de caráter passivo, mas igualmente importante, nas relações exteriores. Existiriam inconvenientes e dificuldades se o Legislativo tomasse parte diretamente na negociação de tratados ou em outras ações diplomáticas, mas é impossível negar o direito do Parlamento de apor seu veto quando estimar que um ato é nocivo ao interesse nacional. Os rumos da política externa e os métodos da ação diplomática devem ser confiados ao Executivo, mas o Parlamento precisa exercer controle sobre a atividade governamental, desempenhando não um papel ativo e positivo, mas passivo e negativo.

S.R. Chow apontou a existência de três espécies de controle do Parlamento sobre a política externa, segundo as fontes de onde provém:

1) Controle constitucional. É o controle que o Parlamento exerce em decorrência de preceitos constitucionais. Geralmente, a Constituição prescreve que todos ou alguns acordos internacionais devem ser formalmente submetidos à aprovação do Legislativo para que possam se tornar obrigatórios. Neste caso, o Parlamento adquire o direito de exercer controle formal sobre o Executivo no campo da celebração de tratados.

2) Controle legislativo. É o controle que o Parlamento exerce legislando sobre assuntos que são de sua competência exclusiva. Às vezes, mesmo não estando prevista na Constituição a compulsoriedade da aprovação do Legislativo para os tratados, há certos acordos celebrados pelo Executivo que precisam de lei para se tornar executórios; ou então a declaração de guerra ou o emprego da força armada no exterior não podem ser operacionalizados sem um voto de crédito pelo Parlamento. Assim, o Executivo se vê obrigado a pedir ao Legislativo a sua

colaboração antes de adotar as decisões definitivas. O Parlamento pode, portanto, exercer um controle legislativo sobre a política externa.

3) Controle político. É o controle que o Parlamento exerce em virtude de sua influência sobre o Executivo na política do País em geral. Ocorre especialmente nos regimes parlamentaristas, onde a responsabilidade do Gabinete é aplicada em toda a sua plenitude. Para não provocar a oposição do Legislativo, o Governo se vê obrigado a observar a opinião das Câmaras na condução da política externa.[3]

O controle constitucional e o controle legislativo são de natureza normativa, advêm das disposições do ordenamento jurídico, enquanto o controle político resulta da prática parlamentar.

Mas o controle constitucional e o controle legislativo são diferentes do ponto de vista do seu valor jurídico.

Sob o regime do controle legislativo, um ato internacional pode ser inexecutável no plano interno, por falta de lei que determine a sua execução, mas será válido no plano externo.

No regime do controle constitucional, o ato internacional praticado sem a formalidade da aprovação do Parlamento pode ser não só inexecutável no âmbito interno, como será nulo no plano externo.

As três espécies de controle parlamentar não se excluem mutuamente.

Existem Países onde o controle constitucional funciona adequadamente, enquanto os demais são pouco eficientes. Em outros, os controles legislativo e político predominam. É possível, porém, que os três tipos de controle atuem ao mesmo tempo na fiscalização dos atos internacionais.

Se os atos do governo em geral estão sujeitos à fiscalização do Legislativo, não há razão para excluir do controle do Parlamento os atos referentes às relações exteriores.

Assim, se o Executivo preside a política, tanto interna quanto externa, ao Legislativo compete controlar as ações governamentais, concedendo lhes a sua aprovação, o seu estímulo, ou, quando for o caso, a sua censura.

A problemática essencial da determinação da competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados e para a direção e o controle da política externa consiste em buscar uma conciliação entre

---

[3] CHOW, S.R. **Le Contrôle Parlementaire de la Politique Étrangère en Angleterre, en France et aux États Unis**. Paris: Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence, 1920. p.31-3.

duas exigências contraditórias: por um lado, a exigência que o Estado tenha unidade de ação, para que possa enfrentar os desafios da sociedade internacional; por outro, a exigência que a representação nacional tenha controle sobre a ação do Estado, para que sejam mantidos os princípios democráticos.

Não é fácil obter essa conciliação. A realidade do mundo contemporâneo exige a busca de novas fórmulas para o relacionamento entre o Executivo e o Legislativo no processo de celebração de tratados. As Constituições vigentes em geral disciplinam a competência do Legislativo na celebração de tratados através de uma visão estática dos meios de criação de obrigações internacionais.

Ocorre que o progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando amplamente os meios de criação das mesmas e levando vários desses meios a ficarem excluídos da previsão estática das regras constitucionais.

Por isso, em muitas Constituições surge uma área cinzenta, que torna sombrias as normas referentes às relações exteriores, dando margem ao aparecimento de incertezas constitucionais.

Para sair dessa faixa sombria, há necessidade de uma ótica renovada, que encare com coragem a fluidez e a celeridade da produção de acordos internacionais. Infelizmente, poucos Estados têm audácia para inovar neste domínio.

Os tratados internacionais resultam de uma série de atos sucessivos. Não há imposição de qualquer forma especial para a celebração de tratados. Os Estados escolhem livremente a forma que pretendem empregar.

A moderna prática diplomática consolidou a utilização de dois processos básicos para a celebração de tratados:

1) O processo solene e complexo, que inicia com a negociação e a adoção do texto, prossegue com a avaliação interna das suas vantagens ou inconvenientes, e, no caso de ser aprovado, termina com a manifestação da vontade do Estado em obrigar se pelo tratado e com o aperfeiçoamento jurídico dessa vontade (negociação assinatura aprovação parlamentar ratificação); e

2) O processo abreviado, sobretudo utilizado em acordos bilaterais, que elimina etapas do processo solene (em geral, suprime a aprovação parlamentar e a ratificação).

Os tratados feitos pelo processo abreviado chamam se *acordos em forma simplificada.*

Atualmente, o número destes acordos ultrapassa, com larga vantagem, o número dos tratados em forma solene. Essa constatação é válida, praticamente, para a generalidade dos Estados, pois todos concluem um crescente número dos referidos acordos, alguns até mesmo ignorando os seus próprios requisitos constitucionais para a celebração de tratados.

Várias causas determinaram o nascimento e a expansão da prática dos acordos em forma simplificada. A democratização das relações internacionais, instrumentalizada pelo fortalecimento do controle parlamentar da política externa e pela obrigatoriedade da aprovação dos compromissos pelo Legislativo, faz com que o processo de celebração de tratados se torne freqüentemente lento, complexo e fastidioso. O formalismo e a morosidade dos procedimentos parlamentares travam o desenvolvimento do Direito Convencional Internacional. Os contatos internacionais adquiriram, a partir de meados do século atual, aceleração extraordinária, realçando a importância da rapidez e da informalidade com que os acordos precisam ser decididos. A interdependência notória dos Estados contemporâneos em vários campos de atividade exige a definição de novos processos que facilitem a conclusão de tratados.

Essa necessidade premente de resolver com celeridade as questões urgentes que a multiplicação dos contatos entre os Estados não cessa de criar no plano internacional, conduziu ao surgimento de uma interpretação restritiva dos tratados instrumentos jurídicos em forma solene e ao aparecimento da categoria dos acordos em forma simplificada.

Há, por outro lado, uma tecnicidade cada vez maior nos acordos internacionais, que força o Chefe do Executivo, investido pela Constituição no *treaty making power*, a se desonerar de uma parte de suas atribuições e a transferi la para setores inferiores da administração, especializados e, portanto, mais aptos a negociarem os instrumentos que versam sobre sua área de conhecimento técnico.

O Chefe do Estado, por mais qualificado que seja, não pode dirigir sozinho o conjunto das relações exteriores. É necessário que o titular do *treaty making power* se descarte de pelo menos uma fração de suas atribuições e a transfira para órgãos inferiores especializados.

A tecnicidade das questões políticas, jurídicas e econômicas mundiais exige do Executivo, destarte, uma atomização do *treaty making*

power, para que o Estado possa melhor atender às demandas do mundo moderno.

As Constituições vigentes em geral disciplinam a divisão de competência entre os poderes do Estado para a celebração de tratados através de uma visão estática dos meios de criação de obrigações internacionais.

O progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando as formas de criação das mesmas e levando vários desses meios a ficarem excluídos da previsão estática e ultrapassada das regras constitucionais.

Em alguns Países, os Parlamentos, firmes na defesa de suas prerrogativas no terreno propriamente legislativo, se mostram dispostos, contudo, a conceder ao Poder Executivo a decisão exclusiva sobre acordos internacionais de importância secundária e de natureza técnica ou administrativa.

Certos Estados decidiram enumerar na Constituição os tratados que exigem obrigatoriamente a aprovação do Legislativo (*lista positiva*) ou os tratados que não requerem aprovação parlamentar (*lista negativa*).

Nos Países onde os procedimentos constitucionais de celebração de tratados continuam particularmente lentos e complicados, os acordos em forma simplificada adquiriram um desenvolvimento especial.

O estudo dos *executive agreements* na prática norte americana é bastante esclarecedor a este respeito.

A celebração dos acordos, à margem da letra da Constituição, vai se desenvolvendo aos poucos, e termina por instalar, em larga medida, a flexibilidade do sistema constitucional.

Entretanto, os Países que mantêm a obrigatoriedade da aprovação do Legislativo para todos os tratados, a despeito da prática dos acordos em forma simplificada, estão sempre sujeitos à eclosão de conflitos entre as disposições constitucionais relativas ao *treaty making power* e os acordos que não as respeitam.

A expansão da prática dos acordos em forma simplificada decorre também do fato do Direito Internacional não estabelecer nenhuma regra imperativa sobre a forma dos tratados. Quaisquer ajustes internacionais, independente da forma pela qual forem concluídos, ou do nome que receberem, tem caráter obrigatório.

Visto que os acordos em forma simplificada são praticados em volume cada vez maior pela generalidade dos Estados, é necessário inseri los no quadro constitucional. Há Países que conservam as regras clássicas de divisão

da competência entre os poderes constituídos para a celebração de tratados (negociação assinatura aprovação legislativa ratificação), mas estimulam uma interpretação dos textos constitucionais no sentido de que certos acordos de interpretação, complementação ou execução de tratados preexistentes, ou de caráter executivo, administrativo ou técnico, podem ser concluídos em forma simplificada (sem aprovação legislativa e sem ratificação), geralmente através de troca de notas diplomáticas.

Por outro lado, existem Países que preferem introduzir em suas Constituições uma disposição específica relativa aos acordos em forma simplificada.

Nesta hipótese, existem três alternativas básicas:

1) prever expressamente a celebração de acordos em forma simplificada;

2) estabelecer uma lista de tratados que precisam ou não precisam da aprovação do Legislativo. Assim, os acordos que não constarem da lista, afirmativa ou negativa, podem ser celebrados em forma simplificada;

3) proibir a celebração de acordos em forma simplificada.

A primeira Constituição a estabelecer a possibilidade da conclusão de acordos em forma simplificada foi a da República da Áustria, de 1º de outubro de 1920.

Adotada logo após o término da I Grande Guerra, a Constituição Federal da Áustria prescreveu:

> *"Artigo 50(1). Todos os tratados políticos e os tratados que modifiquem uma lei não são válidos antes da ratificação do Conselho Nacional.*
> *(...)*
> *Artigo 66(2). O Presidente da Confederação pode validamente autorizar o Governo Federal ou os membros competentes do Governo Federal a concluírem certas categorias de tratados não previstos no artigo 50."*

Portanto, a Carta austríaca conferiu poderes ao Presidente para autorizar o Governo, ou integrantes deste, a concluírem certas espécies de tratados, desde que não sejam de conteúdo político ou afetem a legislação vigente.

Na América Latina, o bom exemplo vem da Constituição Política do Chile que prevê a possibilidade de "*acordos simplificados*", de finalidade meramente regulamentar, cuja incorporação ao ordenamento jurídico interno independe de aprovação parlamentar (art.54, nº1), *verbis*:

> *Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.*

Também a Constituição Política do Peru de 1993 prevê que:

> *"Artículo 57° El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente* (art. 56, vide mais abaixo) . *En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso."*

Oportuno mencionar o caso da Constituição da República das Filipinas, de 15 de outubro de 1986, que adota a rigorosa exigência da aprovação de pelo menos dois terços de todos os membros do Senado para que os *"tratados ou acordos internacionais"* tenham validade (Artigo VII. Seção 21).

Entretanto, a Constituição confere à Suprema Corte competência para julgar, em grau de recurso, as sentenças de tribunais inferiores, quando *"a constitucionalidade ou validade de qualquer tratado, acordo internacional ou em forma simplificada estiverem em questão"* (Artigo VIII. Seção 5 (2), a).

São admitidos, pois, expressamente, os acordos em forma simplificada, na República das Filipinas.

Por outro lado, a tendência de restringir a participação do Legislativo, limitando sua competência a aprovar apenas os tratados internacionais que forem enumerados na Constituição, ou a aprovar todos os tratados, menos os que forem dispensados pela Constituição, tem origens remotas na Lei Fundamental do Reino dos Países Baixos, de 1815, na Constituição Imperial do Brasil, de 1824, e na Constituição do Reino da Bélgica, de 1831.

Modernamente, existem basicamente dois modelos: o de *lista positiva*, que enuncia as espécies de tratados que exigem obrigatoriamente a aprovação do Legislativo; e o de *lista negativa*, que enuncia as categorias ou circunstâncias em que os tratados não requerem aprovação parlamentar.

O modelo de *lista positiva* foi utilizado pela Constituição da França de 1946 e reprisado, com pequenas alterações, pela de 1958, no artigo 53:

> *"Os tratados de paz, os tratados comerciais, os tratados ou acordos relativos à organização internacional, os que comprometam as finanças do Estado, os que modifiquem disposições de natureza legislativa, os relativos ao estado das pessoas, os que impliquem em cessão, permuta ou agregação de território, não podem ser ratificados ou aprovados a não ser em virtude de uma lei.*
> *Não produzem efeitos antes de terem sido ratificados ou aprovados. Nenhuma cessão, permuta ou agregação de território será válida sem o consentimento das populações interessadas. "*
> *c) Aprovar as convenções internacionais cuja aprovação não seja da competência da Assembléia da República ou que a esta não tenham sido submetidas;"*

Na América Latina, a nova Constituição do Equador, referendada pelo povo em 28 de setembro de 2008, dispõe que

> *"Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprovación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:*
> *1. Se refieran a materia territorial o de limites.*
> *2. Establezcan alianzas políticas o militares.*
> *3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*
> *4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
> *5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*
> *6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*
> *7. Atribuyan competencias proprias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional*

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genetico".

A Constituição Política do Peru, de 12 de novembro de 1993, prescreve que:

"Artículo 56. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:
Derechos Humanos.
Soberanía, dominio o integridad del Estado.
Defensa Nacional.
Obligaciones financieras del Estado.
También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución."

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 15 de dezembro de 1999, disciplinou a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados de maneira inteligente e moderna, optando por sistema de *lista negativa*.

Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

A Constituição Política da República do Chile, de 1980, com as modificações até 2009, incorporadas ao texto, prescreveu que:

"Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

(...)
15. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere;
(...)
Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:
1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.
(...)
Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria."

A Constituição Política da República da Costa Rica, de 7 de novembro de 1949, com suas reformas até 1981, regulou a matéria mediante a formulação que segue:

"Artigo 121. Além das outras atribuições que lhe confere esta Constituição, corresponde exclusivamente à Assembléia Legislativa:
(...)
4. Aprovar ou desaprovar os convênios internacionais, tratados públicos e concordatas. (...)
Não requererão aprovação legislativa os protocolos de menor importância, derivados de tratados públicos ou convênios internacionais aprovados pela Assembléia, quando estes instrumentos autorizem de modo expresso tal derivação.
(...)

Artigo 140. São deveres e atribuições que correspondem conjuntamente ao Presidente e ao respectivo Ministro de Governo:
(...)
10. Celebrar convênios, tratados públicos e concordatas, promulgá los e executá los, uma vez aprovados pela Assembléia Legislativa ou por uma Assembléia Constituinte, quando dita aprovação seja exigida por esta Constituição.
Os protocolos derivados dos referidos tratados públicos ou convênios internacionais, que não requeiram aprovação legislativa, entrarão em vigor uma vez promulgados pelo Poder Executivo."

Várias constituições determinam que todos os tratados internacionais devem ser aprovados pelo Legislativo, sem abrir qualquer exceção. Mas nenhuma proíbe expressamente a celebração de acordos em forma simplificada.

A Constituição do Paraguai, de 20 de junho de 1992, é, dentre as recentes, provavelmente a lei suprema mais rigorosa sobre a compulsoriedade da deliberação do Legislativo.

O artigo 238 conferiu ao Presidente da República a faculdade de *"negociar e firmar tratados internacionais"*, e o artigo 202 atribuiu ao Congresso competência para *"aprovar ou rejeitar os tratados e demais acordos internacionais assinados pelo Poder Executivo"*.

No quadro constitucional, há Países que conservam as regras clássicas de divisão da competência entre os poderes constituídos para a celebração de tratados (negociação assinatura aprovação legislativa ratificação), mas admitem uma interpretação dos textos constitucionais no sentido de que certos acordos de interpretação, complementação ou execução de tratados preexistentes, ou de caráter administrativo ou técnico, podem ser concluídos em forma simplificada (sem aprovação legislativa e sem ratificação), geralmente através de troca de notas diplomáticas.

Na vigência da Constituição do Brasil de 1891, a doutrina jurídica também foi incisiva em sustentar a compulsoriedade da submissão dos tratados ao referendo do Congresso Nacional. Ficou assentado, portanto, que o controle congressional dos compromissos externos no Brasil é absoluto. Todas as Constituições republicanas brasileiras, adotadas após a de 1891, preceituaram, com pequenas variações nos termos

empregados, que é competência do Presidente da República celebrar tratados internacionais, ad referendum do Congresso Nacional.

Na prática, porém, são utilizados no Brasil dois processos para a celebração de tratados internacionais: o processo completo, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação (ou, quando for o caso, mensagem ao Congresso, aprovação, adesão e promulgação); e o processo abreviado, que compreende as etapas da negociação, assinatura ou troca de notas e publicação. O processo abreviado é o seguido pelos chamados acordos em forma simplificada, cuja admissibilidade no Direito brasileiro é sustentada por parte da doutrina jurídica nacional desde a vigência da Constituição de 1946.

A Constituição Política da República da Colômbia (artigo 189) estabelece que compete ao Presidente da República a condução das relações internacionais. É exclusivamente do Executivo a prerrogativa de celebrar tratados com outros Estados e outras pessoas jurídicas de direito internacional. Como corolário do princípio da divisão de poderes, cabe ao Executivo, uma vez celebrado um tratado, enviá-lo ao Congresso para aprovação legislativa (Constituição, artigo 150). Aprovado pelo Congresso, o documento segue para a Corte Constitucional, que procede ao "controle prévio de constitucionalidade" (Constituição, artigo 241). Cumpridas as etapas atinentes ao Legislativo e ao Judiciário, retorna-se ao Executivo, ao qual cabe, nesta etapa, "aperfeiçoar o vínculo internacional", mediante a ratificação, a adesão ou qualquer formalidade equivalente. Em seguida, é novamente o Executivo quem converte o tratado em lei (lei ordinária), por intermédio do chamado "decreto de promulgação". Ao decreto de promulgação ajuntam-se eventuais reservas que o país tenha feito quando da ratificação (Lei 7ª, de 15 de novembro de 1944).

O direito colombiano trabalha com os conceitos de "tratados propriamente ditos" e "tratados de procedimento breve" ou "simplificados". Os primeiros são os tratados clássicos, como definidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Os de "procedimento breve", também fundamentados na Convenção de Viena, seriam, para a doutrina colombiana, os que (1) se celebram como desdobramento de um convênio-quadro já incorporado à legislação interna ou que (2) se refiram à matéria de competência exclusiva do Presidente da República. Os "tratados de procedimento breve" se concluem, do ponto de vista formal, com as simples assinaturas das partes:

não são objeto nem de aprovação do Congresso, nem de controle pela Corte Constitucional, nem de "ratificação presidencial". Como os "tratados simplificados" não são nem convertidos em lei nem ratificados (e a ratificação corresponde à confirmação externa da vontade estatal de obrigar-se), há espaço para que se defenda não serem vinculantes.

A reforma constitucional da República Argentina de 1994 não modificou o mecanismo de assinatura, aprovação e ratificação de tratados internacionais, nem a repartição de competências entre os poderes do Estado em matéria de relações exteriores. O texto constitucional prevê que a celebração de tratados permanece ato jurídico complexo: a faculdade de celebrar tratados é matéria própria do Presidente da Nação (art. 99, inc. 11), porém a ratificação depende de prévia autorização parlamentar. Não diferencia quanto a tipos de instrumentos internacionais - tratados, protocolos, acordos executivos - nem quanto à matéria tratada, como por exemplo, se acarreta ou não encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio argentino. Juristas de prestígio denunciam como "deformação patológica" a conclusão de acordos internacionais sem intervenção legislativa.

A rigidez do texto constitucional argentino quanto aos requisitos para a celebração de atos internacionais é, no entanto, temperada pela prática do Executivo, com jurisprudência que a corrobora. A Chancelaria argentina adotou entendimento de que "se ha desarrollado internacionalmente la práctica, también recogida en nuestro país, de celebrar acuerdos ejecutivos, es decir acuerdos que no son remitidos al Congreso porque están compreendidos bajo una autorización general previa dada por éste (como en el caso de los acuerdos marco) o cuando su materia no involucra temas que son de competencia del Congreso Nacional".

Assim, a necessidade de encaminhamento ao Parlamento é decidida caso a caso. Há precedente de um Acordo por Troca de Notas enviado à apreciação legislativa, já que o tema ultrapassava a competência do Executivo. Qualquer seja sua natureza, o ato internacional, uma vez internalizado, teria hierarquia supralegal nos termos da Constituição.

O entendimento flexível quanto aos requisitos à celebração de atos internacionais não se encontra regulamentado em nenhuma norma jurídica argentina. Seria produto de um "direito constitucional consuetudinário" baseado em "uma extensão das faculdades presidenciais", nos termos de recente parecer jurídico do San Martín. Há ao menos dois precedentes da Corte Suprema argentina nos quais se decidiu sobre a validez de atos assim

concluídos. Em 1994, após a reforma constitucional, a Corte considerou que tratado de 1983 com o Brasil sobre a renegociação de concessões outorgadas no período de 1962 a 1980, embora não houvesse sido encaminhado ao Congresso, seria válido em razão da intervenção prévia do parlamento ao haver aprovado o Tratado de Montevidéu de 1980, sob o qual se inscreveria o acordo (Caso Cafés La Virginia S.A. s/apelación). O mesmo raciocínio foi aplicado em 1998, quando a Corte Suprema considerou que o Acordo de Recife, que regula os controles integrados fronteiriços entre os membros do MERCOSUL e fora incorporado ao direito argentino sem intervenção legislativa, estaria inscrito sob o Tratado de Montevidéu de 1980 (Caso Dotti, Miguel A. y otro s/contrabando). A Corte, no entanto, não possui jurisprudência sobre atos internacionais concluídos sem encaminhamento ao Congresso porque a Chancelaria considerou que a matéria seria de competência exclusiva do Poder Executivo.

A evolução do Direito Constitucional dos Países da América Latina em matéria de formação da vontade do Estado para celebrar tratados internacionais e a prática dos poderes constituídos envolvidos no aludido processo demonstram como a análise do tema é relevante para a propositura de alternativas com vistas a assegurar governança eficaz.

La Constitución, el Derecho Constitucional y la Capacidad de Gobernar: Panamá en perspectiva comparada

Arturo Hoyos[*]

1. ¿Existe un espíritu constitucionalista en nuestra época? Los grandes temas en que se proyecta la Constitución y el Derecho Constitucional

El optimismo de fines del siglo XX sobre el avance irrefragable de la democracia y el constitucionalismo parece debilitarse en los últimos años. Cabe aquí referirnos al tema que tanto ha preocupado a generaciones anteriores: si existe un espíritu de la época o zeitgeist, expresión alemana para aproximarse a ese concepto o si, por el contrario, coexisten varios espíritus o atmósferas en las ideas de nuestro tiempo, como ha observado recientemente el filósofo inglés A.C. Grayling[1].

En nuestra América Latina el valor de la Constitución y los debates y vivencias en torno a ella no son los mismos que hace un par de décadas, por una parte, y , por otro lado, tampoco son iguales en nuestra época en todos nuestros países.

En los años ochenta del siglo pasado la preocupación en muchos de los países latinoamericanos era salir de los regímenes militares de la región y en

[*] Expresidente de la Corte Suprema de Justicia (1994-2000), Panamá.

[1] *Ideas that Matter: The Concepts that Shape the 21st Century,* Ed. Basic Books, Nueva York, 2010, páginas 187-188.

esos momentos se valoraba la Constitución como un freno a los abusos militares y como un vehículo que nos podía transportar fuera de las dictaduras.

Hoy la Constitución tampoco asume un valor unívoco en Latinoamérica y el Caribe, área en que se interesa el Encuentro de Juristas que nos ocupa aquí en Brasil. En algunos países del Sur, se ha adoptado una nueva Constitución como un instrumento de una revolución política, no necesariamente para darle estabilidad al sistema democrático liberal tradicional .El valor de la Constitución es en esos países el de un arma al servicio de una revolución política. No hay que perder de vista que una visión únicamente instrumentalista de la Constitución, sin matiz alguno, es peligroso para el Estado de Derecho dentro del cual las normas jurídicas y los derechos fundamentales que protegen contra las mayorías políticas tienen valor intrínseco. Como señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha "en situaciones de agudo desacuerdo sobre lo que es el bien común, cuando el derecho se ve como un poderoso instrumento, los individuos y grupos sociales tratarán de asumir el control o manipular el derecho de cualquier manera posible para promover sus fines. Esto puede acarrear un conflicto Hobbesiano de todos contra todos conducido a través del ordenamiento jurídico. Más que funcionar para mantener el orden social y resolver los conflictos sociales, como Hobbes veía la misión del derecho, los combatientes lucharán para controlar y utilizar las herramientas que brindan las normas jurídicas como armas en las disputas sociales, políticas, religiosas o económicas. El derecho generará conflictos en vez de ser un medio para su solución. Incluso cuando una de las partes o bandos prevalezca en esa lucha, la victoria sólo significará una tregua temporal mientras la lucha se reanuda"[2].

Entonces, hic et nunc ¿cuáles son las grandes tareas que tienen la Constitución y el Derecho Constitucional?

A mi juicio *ellas son, en principio, las siguientes:*

1. Defender la democracia y permitir la actuación limitada de los representantes legítimos de las mayorías;
2. Consagrar instituciones que resuelvan, en derecho, los conflictos políticos y los jurídicos[3];

[2] *Law as a Means to and End: Threat to the Rule of Law,* Cambridge University Press, 2006, pág. 2.

[3] Cfr. Beau Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality,* The John Hopkins University Press, 2009, páginas 87 a 112.

3. La consagración de los derechos fundamentales y sus medios de defensa;

4. La regulación y control de la competencia por el poder político;

5. Pilar del desarrollo económico; y

6. Servir como modelo para la conducción de las relaciones internacionales[4].

2. La defensa de la Democracia y, a la vez, la permisión del ejercicio limitado del poder por los legítimos representantes de las mayorías

Nuestro tiempo exige, en primer lugar, que la Constitución haga posible y sea una defensora de la democracia. Esto lo asegura, en primer lugar, con normas que garanticen la participación ciudadana en elecciones libres, competitivas y transparentes y luego con el control del poder político, que evita la opresión política y haga posible que las minorías de hoy puedan ser las mayorías de mañana, sin derramamiento de sangre.

No hay que perder de vista que muchas de las democracias actuales se enfrentan a enemigos que van desde el terrorismo, el crimen organizado y transnacional, hasta los dirigentes mesiánicos de movimientos religiosos o extremistas que pretenden capturar la democracia desde adentro para eliminar cualquier vestigio de control sobre el poder una vez lo conquisten. Hoy se habla de "democracias frágiles" que han tenido que recurrir a restringir la participación de ciertos grupos en el proceso democrático, como lo ha hecho España con Batasuna (brazo político de ETA), Alemania con los partidos Nazi o Comunista, Turquía con la exigencia de adherencia a un Estado secular para poder participar en elecciones, o India con los partidos que promuevan la intolerancia religiosa o incitan al odio étnico[5], e incluso en estos casos la Constitución debe ser guardián del orden democrático[6] y vigilar que la defensa de la democracia no se haga a costa de la negación de los derechos fundamentales.

---

[4] Sobre este tema Vicki Jackson, profesora de Georgetown, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, páginas 255 a 285.

[5] Samuel Issacharoff, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 6, abril de 2007, págs. 1405 a 1467.

[6] Sobre el juez y la" democracia defensiva" cfr. Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, págs 21 y sig.; G. Zagrebelsky sostiene que la tarea del juez constitucional es más propia de una república que de una democracia cfr."Jueces Constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 117, 2006.

Todavía me parece interesante, al menos como punto de partida, la definición del profesor Karl Popper sobre la democracia[7]. Ella sería un sistema de gobierno en el que la mayoría puede mediante elecciones libres y competitivas causar un cambio de gobierno, sin derramamiento de sangre.

Mi enfoque se enmarca dentro de los que el antiguo profesor de la Universidad de Columbia Charles Tilly llama definición procesal de la democracia, que toma como punto de partida las elecciones libres pero adiciona este criterio con otros elementos que lo complementan. Este autor[8], también entiende que al lado de ese tipo de definiciones existen las que él llama sustantivas, constitucionales y orientadas a procesos, según el énfasis que pongan en los diversos aspectos del régimen.

Por otro lado, las tensiones entre la democracia y el constitucionalismo han sido destacadas, entre otros, por el politólogo francés Pierre Rosanvallon, profesor de Historia y Filosofía Política del Collége de France, quien sostiene[9] que" la democracia representativa se impuso como principio en el momento en que se debilitó su funcionamiento. La caída del comunismo tocó la retirada de sus enemigos o de sus críticos más virulentos y desde entonces constituye el único horizonte reconocido del bien político. Pero aunque triunfó así como régimen, ahora se encuentra desestabilizada como en cuanta forma política. Si la democracia es definida con ligereza como la puesta en práctica de la soberanía del pueblo, hoy en día el contenido mismo de esta última parece disiparse. El avance de la globalización económica…el crecimiento del papel del derecho basado en instancias de regulación no elegidas, el papel más activo del Consejo Constitucional: todas estas evoluciones convergen para socavar los objetos y los modos de expresión de la voluntad general. Mientras algunos se alegran por lo que interpretan como una muestra del progreso del Estado de derecho y de la creciente autonomía de la sociedad civil, otros se alarman ante lo que a sus ojos marca una preocupante decadencia de la voluntad general e incluso pronostican, escépticos el fin de la democracia." Quizás este autor refleja uno de los dos enfoques del interés público y el Derecho Público prevalecientes después de la caída del comunismo, el del republicanismo, más francés, que el liberalismo, de corte anglosajón[10].

---

[7] "Sobre la Teoría de la Democracia", en la obra *La Responsabilidad de Vivir: Escritos sobre Política, Historia y Conocimiento*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1995, página 176.
[8] Charles Tilly, *Democracy*, Cambridge University Press, 2007, pág. 7.
[9] *La Democracia Inconclusa*, Taurus-Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 11.
[10] Elizabeth Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, Ed.Martinus Nijhoff, Holanda, 2008, página 13.

La cuestión pues de la democracia y la del constitucionalismo está en el ojo del debate que se ha atizado por el problema que ahora plantea el terrorismo pero también si pueden realmente coexistir diferentes espíritus del constitucionalismo.

En los últimos veinte años, señalaba la revista The Economist, la proporción de la población mundial que vive bajo gobiernos democráticos ha aumentado de un tercio hasta la mitad[11]. Sin embargo, Freedom House, en su Informe de 2010, señala que si bien de los 194 investigados en 2009 se pueden calificar como "libres" a 89 que representan el 46% de la población mundial, esa organización percibe que en los últimos cinco años se ha dado un retroceso en materia del Estado de Derecho en muchos países (no tanto en nuestra región), sobre todo en materia de ciertos derechos fundamentales como la libertad de expresión y en la eficacia e independencia de la judicatura[12].

El jurista norteamericano Bruce Ackerman habla en un ensayo reciente de lo que llama el peligro que entraña una "presidencia plebiscitaria" para la democracia[13], incluso en los Estados Unidos de América. El riesgo es que se desarrollen democracias simplemente electorales y que en algunos países la democracia degenere hacia una forma "anti-liberal"[14] o plebiscitaria[15] que realmente yo designaría como una democracia, en el sentido anotado, pero sin espíritu constitucionalista. Esa forma de democracia consistiría esencialmente, sostiene Ferrajoli, en la omnipotencia de la mayoría, seguida de una serie de corolarios: la descalificación de las reglas de los límites al poder ejecutivo expresado por la mayoría y, por lo tanto, de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del parlamento; la idea de que el consenso mayoritario legitima todo abuso y el rechazo de los frenos y contrapesos. La democracia requiere ha dicho Zakaria de una previa "libertad constitucional" que entraña la protección de los derechos individuales, sobre todo de los de expresión, propiedad y religión a través de un sistema jurídico que no esté sujeto a la manipulación política del gobierno. Para ello se requieren tribunales independientes e imparciales y grupos privados independientes del gobierno.

---

[11] "Liberty´s great advance", Londres, edición de 26 de junio de 2003.

[12] *Freedom in the World 2010 : Erosion of Freedom Intensifies,* por Arch Puddington, Freedom House, 2010, ensayos adjuntos al Informe, consultable en *www.freedomhoouse.org*.

[13] "The Living Constitution", *Harvard Law Review*, Vol 120, No. 7, mayo de 2007, pág. 1760..

[14] Fareed Zakaria, *The Future of Freedom*, Ed. Norton, Nueva York, 2003, 256 págs.

[15] Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Externado de Colombia,2001, pág.155.

Hay quienes anotan que el" fin de la historia" que vaticinó Fukuyama ha terminado al menos conceptualmente con el surgimiento de "dos grandes potencias autoritarias", China y Rusia, como lo ha enfatizado el politólogo israelita Azar Gat[16] . La esperanza que se vivió en los años noventa de que con la caída del comunismo se terminaba la lucha ideológica se ha desvanecido en los inicios del presente siglo con el impresionante desarrollo económico de estas dos últimas potencias bajo esquemas autoritarios, repudiando así lo que se creía era ya la indisputable supremacía de la democracia liberal. El politólogo Robert Kagan ha señalado que esas dos potencias no sólo actúan, de hecho, autocráticamente sino que tienen una ideología autoritaria y creen que para países de gran población y disparidades regionales, de nacionalidades, culturales y religiosas como los suyos lo que más estabilidad brinda es un gobierno autoritario, no una democracia liberal bajo cuyos esquema surgirían numerosas fuentes de inestabilidad y tendencias a la desintegración del Estado[17]. Esta renovada lucha entre democracia y autocracia, que empezó hace tres siglos con las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), sería uno de los rasgos del nuevo orden internacional actual surgido con posterioridad al fin de la Guerra Fría. No hay pues que pensar que el autoritarismo es cosa del pasado, como nos lo recuerda el profesor de Oxford Paul Collier en un ensayo apenas publicado en una revista que describe los 23 peores dictadores actuales[18].

Además, hay otra dicotomía: al lado del constitucionalismo neoliberal encontramos el constitucionalismo social-democrático, con su énfasis en derechos sociales y económicos y un Estado de Bienestar[19].

Por otra parte, en nuestra América Latina coexisten un constitucionalismo de reconstrucción democrática posterior a gobiernos autoritarios y un constitucionalismo revolucionario que concibe la Constitución como un instrumento para institucionalizar revoluciones políticas.

---

[16] Azar Gat,"The Return of Authoritarian Great Powers, *Foreign Affairs*, julio-agosto de 2007 y más recientemente en su obra *Victorious and Vulnerable: Why Democracy Won in the 20rh Century and How it is still Imperiled*, Ed. Hoover Institution, Stanford ,2010, California, 228 páginas.

[17] *The Return of History and the End of Dreams,*Ed. Knopf, Nueva York, 2008.

[18] "Why Bad Guys Matter: They Put the failed in failed States", *Revista Foreign Policy,* Nueva York, Número de Julio-Agosto de 2010 titulado *The Committee to Destroy the World*.

[19] Cfr. La obra del historiador inglés Tony Judt, *Ill Fares The Land*, Ed. Penguin, Nueva York, 2010 y su ensayo previo en la *New York Review of Books*, 29 de abril de 2010.

No habría, pues un espíritu constitucional único de nuestra época (zeitgeist) sino varios, por lo que habría que hablar de varios espíritus constitucionales en nuestro tiempo (zeitgeisten, en plural, como apunta A.C.Grayling).

Entre estas opciones del Constitucionalismo y del Derecho Constitucional podría pensarse que no hay una gobernada exclusivamente por la ciencia. Aquí, como señalaba Max Weber, "una de las cualidades decisivas para el político (no para el científico) es la pasión, la entrega apasionada a una causa, al dios o al demonio que la gobierna"[20]. En cuanto a esta antinomia el pensador francés Raymond Aron, en su introducción a la citada obra de Weber, creía que existe una salida:"Preocupación por la dignidad igual de todos los hombres y, en nuestras sociedades, la reducción de las desigualdades económicas; aceptación de las desigualdades naturales y necesidad de favorecer el libre desarrollo de los talentos; reconocimiento de la jerarquía social y voluntad de hacerla equitativa mediante la elección de los gobernantes y tolerable a los gobernados mediante la limitación de las prerrogativas de los poderosos: quien quiera ignorar uno u otro de estos datos no comete tal vez un error científico o una falta moral, pero es poco razonable"[21].

No hay que olvidar, sin embargo, que, al lado del gran avance de la democracia y del constitucionalismo en las últimas tres décadas en nuestra región, el historiador inglés y profesor de Harvard Niall Ferguson, enfatiza que el siglo XX ha marcado "la era más sangrienta de la historia. La Primera Guerra Mundial generó entre 9 y 10 millones de personas, aún más si la epidemia de gripe de 1918-1919 es vista como una consecuencia de esa guerra. Otros 59 millones murieron en la Segunda Guerra Mundial. Esos fueron solamente dos de los conflictos bélicos más mortíferos de los últimos cien años. En una estimación hubo 16 conflictos a través de ese siglo que arrojaron más de un millón de muertos cada uno, otros 6 que costaron entre 500,000 y un millón de vidas y catorce que resultaron en una cifra que oscila entre 250,000 y 500,000 fallecidos. En total, entre 167 y 188 millones de personas murieron como consecuencia de la violencia organizada en el Siglo Veinte, una proporción de uno por cada 22 personas fallecidas por cualquier causa"[22]. Si bien hubo otras grandes matanzas en la historia el sangriento

[20] "La Política como vocación", en *El Político y el Científico*, Trad. de F. Rubio, Alianza Editorial, España, 1967, página 153.
[21] En la Introducción a la obra anterior de Weber, páginas 68 y 69.
[22] "The Next War of the World", revista Foreign Affairs, septiembre-octubre de 2006.

siglo XX difiere de otras épocas en un aspecto singular: fue un tiempo de progreso material sin paralelo en que la riqueza de las naciones aumentó a tasas sin precedentes.

3. La Constitución y la consagración de instituciones para resolver los conflictos políticos y jurídicos

Es claro que una Constitución, por sí sola, no es suficiente para evitar que las mayorías políticas conculquen los derechos de las minorías, de la oposición, o para que determinados gobernantes persigan fines personales de acumulación de poder personal[23]. Esto no es nada nuevo. Ya lo advertía Montesquieu, "es una experiencia perpetua, que todo hombre revestido de una potestad (poder), es inclinado a abusar, y no se para hasta que encuentra límites"[24].

De allí que una de las funciones de la Constitución es consagrar instituciones encargadas de resolver los conflictos políticos y legales. Es la única forma civilizada de resolverlos y de alejarse de la resolución violenta de los conflictos en las calles y los traslada a instancias en las que prima mayor reflexión y racionalidad.

La capacidad de gobernar, para ser efectiva, tiene que contar con las instituciones que manejen los conflictos políticos y legales, como tribunales de justicia, Sólo así se dota al régimen democrático de un potencial de estabilidad.

4. La Constitución, la consagración y tutela de los derechos fundamentales y el control del poder político

El Estado de derecho, puntualizaba Hans Kelsen[25], "es un orden judicial y la Administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos,

[23] Cfr. Beau Breslin, op. Cit., página 88.
[24] *Del Espíritu de las Leyes*, edición en español digitalizada por Google, Madrid, 1821, Imprenta de Demoville, Libro XI, Cap. IV, pág. 237.
[25] *Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. Vernengo, Ed. Porrúa-UNAM, 1991, pág. 315.

en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión". Este concepto fue difundido[26] por juristas alemanes como von Mohl y Otto Bahr, ha sido incorporado en varias constituciones y es similar al anglosajón del rule of law[27]. Actualmente, como lo señala el jurista norteamericano Brian Tamanaha ese concepto, que tardó siglos en concretarse, ha pasado a ser un bien universal, al menos en algunos de sus aspectos como la vigencia de ciertos derechos fundamentales y la norma jurídica concebida como protección contra la opresión política[28].

He señalado al principio de este trabajo lo que considero es uno de los grandes temas en que se proyecta el valor del orden constitucional en el Estado de derecho actual: me refiero aquí a la consagración de ciertos derechos fundamentales y a su protección por los jueces constitucionales. Si bien los tribunales constitucionales tienen como lo he señalado en la sección anterior y lo enfatiza el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, una"función material esencialmente" consistente "en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional"[29], sostengo que este es sólo el punto de partida para analizar el papel del juez constitucional como encargado de tutelar los derechos fundamentales.

Una de los grandes campos del valor de la Constitución aplicada por el juez y otros servidores públicos es la protección y defensa de los derechos fundamentales previstos en la Constitución o que se derivan de ella, incluso de aquellos que previstos el Tratados Internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad[30].Con esta tarea las decisiones del juez van a pernear casi todo el ordenamiento jurídico y ya no solamente el Derecho Público. Como bien lo ha anotado Gustavo Zagrebelsky, jurista italiano , "un aspecto saliente del constitucionalismo de nuestro tiempo , es la determinación, a través de normas constitucionales, de principios materiales

---

[26] R.C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995, pág. 16.

[27] Para una comparación cfr. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los derechos: La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 145 a 152.

[28] *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004, págs. 138 a 141.

[29] *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, México, 2002, pág. 59.

[30] Cfr. Arturo Hoyos, "El Bloque de Constitucionalidad", en la obra dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. Edición, Ed. Porrúa, Tomo III, México, 2003, págs. 2797 y sig.

de justicia destinados a informar todo el ordenamiento jurídico"(mi traducción)[31].El mismo autor nos recuerda, sin embargo, que la vida en sociedad, desde el punto de vista del Derecho Constitucional actual, no es solamente un conjunto de derechos individuales y las condiciones de su ejercicio, sino también "un orden objetivo correspondiente a ideas impersonales de justicia que imponen deberes"[32].

Otro enorme valor de la Constitución es someter el poder a sus normas, es decir, regular la competencia para alcanzar el poder (elecciones libres) y controlar el ejercicio del poder por los representantes de las mayorías políticas.

Tradicionalmente en nuestra región lo anterior se ha visto traducido en el control de la constitucionalidad de las leyes y de actos de la Administración, o sea, el sometimiento de los representantes de la mayoría política a la supremacía de la Constitución. En el caso de Panamá esta tarea se encuentra expresamente prevista en el artículo 206 constitucional que prevé tanto la justicia constitucional como la contencioso-administrativa. Como bien lo anotaba el distinguido procesalista Mauro Cappelletti "la principal respuesta en términos de justicia legal al problema de la opresión puede ser expresada en la fórmula. . .justicia constitucional"[33].

5. La Constitución como una de las bases del desarrollo económico

Parece claro que los países de la América Latina han experimentado un mejor nivel de desarrollo económico cuando han adquirido estabilidad en sus instituciones políticas aseguradas por una Constitución efectiva.

El período que va desde la independencia de España hasta 1870 estuvo marcado por un bajo nivel de crecimiento económico, que coincide con una época en que, habiendo colapsado la administración colonial española sin dejar instituciones duraderas de autogobierno en la región, se suceden una serie de luchas y guerras que afectaron severamente el proceso de desarrollo. Una vez se estabilizaron las instituciones constitucionales se aceleró el crecimiento y luego, con la nueva ola de desestabilización iniciada después de 1924 con diversos golpes militares (Chile, Argentina, Brasil, República

[31] *Il Diritto Mite*, Ed. Einaudi, Turín, 1992, pág. 123.
[32] Op. cit., pág. 126.
[33] "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice", en la obra The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford University Press, 1989, pág. 184.

Dominicana, Bolivia, Perú y Guatemala en los años treinta), pocos mandatos presidenciales llegaban a su término, la renovación de los primeros mandatarios se incrementó y la frecuencia de los cambios constitucionales volvió a aumentar. A partir de los años ochenta del siglo pasado se volvió a una era de estabilidad democrática, con la adopción de nuevas Constituciones democráticas, y en este período hemos observado nuevamente un mayor impulso desarrollo económico[34].

Lo que es importante para el desarrollo es la estabilidad de las instituciones constitucionales, no la de los gobernantes individualmente considerados.

La estabilidad de las instituciones políticas reguladas por la Constitución hace que la lucha por el poder político se defina según normas constitucionales y no por la fuerza. Otras instituciones, como las que reconocen y protegen el derecho de propiedad para todos y las que movilizan la inversión, inciden también con gran claridad en el proceso de desarrollo.

En todo caso, como dicen Przeworski y Curvales "el desarrollo no puede continuar cuando la gente se pelea, y no tiene otra forma de resolver sus conflictos a menos que se establezca algún tipo de reglas. Además, las reglas impuestas por la fuerza, establecidas por golpes militares o perpetuadas por autogolpes, impiden el crecimiento…La existencia de instituciones no puede darse por sentada. Las instituciones surgen y sobreviven solamente si son capaces de generar resultados que todos los grupos que pueden emplear la fuerza física consideren preferibles a luchar entre sí. Esto significa que los resultados generados por el marco institucional tienen que reflejar, hasta cierto punto, la capacidad de ciertos grupos particulares para imponer sus intereses o valores por la fuerza. Por consiguiente cuando la distribución del poder preinstitucional es muy desigual, las instituciones tienen que ser muy desigualitarias para ser estables…pueden ser las instituciones desestabilizadas cuando nuevos grupos adquieren la capacidad de dañar a los intereses ya afianzados"[35]. Las instituciones constitucionales son, sin embargo, por definición igualitarias.

---

[34] Adam Przeworski y Carolina Curvales, "Instituciones Políticas y Desarrollo Económico en las Américas: el largo plazo", en la obra *Visiones del Desarrollo en América Latina,* José Machinea y Narcís Serra (editores), Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, junio de 2007, pág. 179. Del primero de estos autores también puede verse *Democracy and the Limits of Self-Government*, Cambridge University Press, 2010, Ia. Edición, 216 páginas.

[35] Op. cit.

Lo cierto es que las investigaciones empíricas demuestran que la estabilidad de las instituciones constitucionalmente protegidas conduce al desarrollo económico. De ahí el gran valor que adquiere la Constitución en este terreno del desarrollo, proceso que posibilita la satisfacción de las necesidades materiales de las personas y la elevación de su nivel de vida.

6. La Constitución como modelo para las relaciones internacionales: la constitucionalización del Derecho Internacional

En nuestros días en orden jurídico internacional se encuentra en una especie de período de transición hacia nuevos paradigmas en relación al del tradicional orden jurídico de relaciones entre Estados-nacionales soberanos. Lo difícil es saber a ciencia cierta hacia dónde evoluciona este orden, particularmente impactado por dos fuerzas contradictorias: el proceso de internacionalización, palpable en la cesión cada vez mayor de poderes de los Estados nacionales a entidades internacionales y en el crecimiento y fortalecimiento de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, por una parte, y, por otro lado, en la consolidación del poder hegemónico de los Estados Unidos de América en el plano internacional.

Dentro de este contexto nuevo se habla crecientemente del fenómeno de constitucionalización del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales[36].

La idea no es unívoca pero responde al deseo de conducir el orden internacional

siguiendo el modelo constitucional de sujeción de los Estados a normas jurídicas de jerarquía superior, que rijan la producción de otras normas o actos inferiores y que puedan ser impuestas coactivamente por tribunales modelados a la usanza de los tribunales constitucionales[37].

Se trataría de un orden internacional que se inspira en la Constitución de un país con un Estado de derecho.

Es ya el uso frecuente de este pensamiento en materia de comercio internacional y son muchos los que sostienen que la Organización Mundial

[36] Cfr. La citada obra de la profesora de Georgetown Vicki C. Jackson toca el tema con propiedad.
[37] Cfr. Ronald St. John Macdonald y Douglass Johnston (editores), *Towards World Constitutionalism: Issues in the legal ordering of the World Community*, Ed. Martinus Nijhoff, Holanda, 2005, 939 págs.

del Comercio con su tribunal que aplica su Constitución encaja en el fenómeno que comentamos como lo destaca el profesor de Derecho Internacional Joel P Trachtman[38]. Igual criterio han expresado quienes entienden que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) presenta un modelo de protección a la propiedad y de resolución de conflictos comparable a una Constitución[39].Lo anterior sin perjuicio de las materias en que hay una intersección entre el Derecho Constitucional y el Internacional.

7. La Constitución, la capacidad de gobernar y de consolidar el futuro: anotaciones sobre el caso de Panamá

En un informe al Club de Roma el politólogo Yehezkel Dror[40], anotaba que la capacidad de gobernar estaba en función de que los gobernantes persiguieran una vida digan para los ciudadanos y agregaba que "la gobernación debe superar la tiranía del status quo y evitar la trampa de ofrecer como definición de la política como el arte de lo posible. Por el contrario, la gobernación tiene que hacer que lo necesario sea posible, educando al pueblo, mejorando la cultura política y proponiendo nuevas formas de expresar la voluntad democrática"[41]. Estas ideas son relevantes porque los cambios constitucionales de que me ocupo han logrado una transición política fundamental en Panamá que a la vez ha convertido a mi país en uno de los dos de nuestra región que han mantenido una expansión económica sostenida en las últimas décadas, como lo destaca un estudio apenas publicado hace un par de meses por el Banco Interamericano de Desarrollo[42].

Me concentro aquí en las reformas constitucionales que se aprobaron en Panamá en la década pasada, en 1994, y particularmente en dos que han tenido gran repercusión en la capacidad de gobernar y en definir el futuro: la eliminación constitucional del ejército y la adopción de un título constitucional especial para regular todo lo concerniente al Canal de Panamá.

---

[38] "The Constitutions of the WTO", *The European Journal of International Law*, Oxford university Press, Vol. 17, No.3, Oxford, 2006, págs. 623 a 643.

[39] David Schneiderman, "Constitution or Model treaty? Struggling over the interpretative authority of NAFTA", en la obra The Migration of Constitutional Ideas, editada por Sujit Choudhry, Cambridge University Press, 2006, págs. 294 a 315.

[40] *La Capacidad de Gobernar*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, pág.47.

[41] Op. Cit., página 133.

[42] *The Age of Productivity*, Carmen Pagés, Editor, Nueva York, Ed. Palgrave-Macmillan, 2010, pág.1.

Pueden verse esos cambios constitucionales bajo la dualidad que en la mitología romana representó el dios Jano[43] quien era representado con dos caras: una que mira hacia adelante y otra que mira hacia atrás.

La Constitución y el pasado: Eliminación del ejército

En cuanto a la eliminación del ejército, este cambio constitucional miraba hacia atrás, hacia nuestro pasado para corregirlo: el ejército se había convertido en el principal obstáculo que enfrentaba la democracia panameña desde el golpe de Estado de 1968.En ese año los militares habían derrocado a un gobierno civil y se inició un proceso de populismo militar encabezado por un líder carismático, populista y nacionalista, Omar Torrijos, a cuya muerte sucedió lo que tantas veces en la historia política, que la dictadura degenera en tiranía, en este caso dirigida por un hombre, Manuel Antonio Noriega, hoy en día condenado en varios países por delitos comunes.

Con la prohibición constitucional del ejército se posibilitó la consolidación de la democracia panameña y la capacidad de los civiles elegidos democráticamente para gobernar el país, sin injerencias de la Fuerza Pública. El cambio se plasmó en el artículo 310 de la Constitución cuyo texto es el siguiente:

> *"La República de Panamá no tendrá ejército.*
> *Todos los panameños están obligados a tomar las armas para defender la independencia nacional y la integridad territorial del Estado.*
> *Para la conservación del orden público, la protección de la vida, honra y bienes de quienes se encuentren bajo jurisdicción del Estado y para la prevención de hechos delictivos, la Ley organizará los servicios de policía necesarios con mandos y escalafón separados.*
> *Ante amenaza de agresión externa podrán organizarse temporalmente, en virtud de ley, servicios especiales de policía para la protección de las fronteras y espacios jurisdiccionales de la República. El Presidente de la República es el jefe de todos los servicios establecidos en el presente Título, y éstos como agentes de la autoridad estarán subordinados al poder civil; por tanto acatarán las órdenes que emitan*

[43] Pierre Grimal, *Diccionario de Mitología Griega y Romana*, trad. de F. Payarols, Ed. Paidos, Buenos Aires, 2ª. Reimpresión, 1984, páginas 295 y 296.

las autoridades nacionales, provinciales o municipales en el ejercicio de sus funciones legales".

También es de relevancia en ese contexto lo dispuesto en el artículo 310 de la Constitución cuyo texto es así:

"Los servicios de policía no son deliberantes y sus miembros no podrán hacer manifestaciones o declaraciones políticas en forma individual o colectiva. Tampoco podrán participar en la política partidista, salvo la emisión del voto. El desacato a la presente norma será sancionado con la destitución inmediata del cargo, además de las sanciones que establezca la Ley".

La Constitución y el futuro: el Título Constitucional sobre el Canal de Panamá

El Canal de Panamá fue finalizado e inició operaciones en agosto de 1914, en desarrollo del desigual Tratado Hay –Bunau Barilla de 1903. Ese tratado internacional permitió a los Estados Unidos de América no solamente la construcción del canal interoceánico sino que le permitía actuar "como si fuera soberano" en un área alrededor del canal que fue conocida como la Zona del Canal. Esta última se configuró como un verdadero "enclave colonial", pues tenía su propio gobierno, con un Gobernador designado por el Presidente de Estados Unidos, tribunales de justicia norteamericanos, escuelas, policía y bases militares norteamericanas.

En materia de soberanía el constitucionalismo republicano de Panamá nació defectuosamente pues la primera Constitución de la era republicana, la de 1904, dispuso en su artículo 136 que el gobierno de los Estados Unidos de América "podrá intervenir en cualquier parte de la República de Panamá para restablecer la paz pública y el orden constitucional si hubiere sido turbado en el caso de que por tratado público aquella nación asumiese o hubiere asumido la obligación de garantizar la independencia y soberanía de esta República". Ese derecho de intervención fue abolido en el Tratado Arias-Roosevelt de 1936 pero perdió vigencia formal con la entrada en vigencia de nuestra segunda Constitución republicana en 1941, aunque como bien lo anota el jurista panameño Víctor Florencio Goytía, aquella disposición tenía su origen en el artículo 35 del Tratado Mallarino-Bidlack celebrado entre Colombia y

Estados Unidos de América en 1846 en virtud del cual esta última nación adquirió la potestad de intervenir en el Istmo de Panamá (entonces parte de Colombia) para garantizar la soberanía colombiana sobre este territorio [44].

A raíz del conflicto suscitado por la agresión de que fueron víctimas estudiantes panameños el 9 de enero de 1964 cuando intentaban izar la bandera panameña en la Zona del Canal, se inició un largo proceso de negociación que terminó con los Tratados Torrijos-Carter de 1977 que consagraron el retorno del Canal a la República de Panamá el 31 de diciembre de 1999(ceremonia en la que me tocó participar como Presidente de la Corte Suprema de Justicia), el fin de la Zona del Canal y el desmantelamiento de las bases militares norteamericanas.

A mediados de los años noventa del pasado siglo, se comprendió que el tema de la reversión del Canal a la República a fines de la década ameritaba dotar a nuestro sistema de una institución que administrara la vía interoceánica con autonomía y eficiencia, siempre dentro del marco del derecho público. Había pues que asegurar el futuro a través de la Constitución, en un tema que cerraba un siglo de luchas y aspiraciones nacionalistas. Para estos efectos el Presidente Guillermo Endara constituyó una Comisión que redactó el proyecto de cambios constitucionales y fue aprobado, ya bajo la presidencia de Ernesto Pérez-Balladares, por el método de reforma constitucional de dos asambleas legislativas ordinarias distintas y consecutivas, al igual que el tema de la eliminación del ejército. Ambos Presidentes, creyentes en el orden constitucional y del respeto a la Constitución, jugaron un papel importante en estos cambios. Viene aquí a la memoria el papel preponderante que le asignaba a los individuos en la historia el inglés Thomas Carlyle[45] aunque no se deben perder de vista los factores sociales, económicos y políticos que ayudaron a este resultado histórico, como lo destacaba el historiador francés Fernand Braudel[46] y sus Escuela de los Anales, inclinada a valorar factores impersonales en la historia También en ese proceso de descolonización jugó un papel crucial el entonces Presidente norteamericano Jimmy Carter, pero personalmente creo que no hay que pasar por alto que al firmarse los Tratados de 1977 los

[44] *Las Constituciones de Panamá*, Ed. Lil, 2a. edición, Panamá, 1987, páginas 389 y 390.
[45] *On Heroes and Hero Worship and the Heroic in History*, digitalizado por Amazon, versión para Kindle, particularmente las dos primeras conferencias de los 1840.
[46] Cfr. *The Mediterranean and the Mediterranean World in the Age of Phillip II*, Ed. W. Collins, Londres, 2 tomos, tercera reimpresión, 1978.

Estados Unidos aún pasaban por el trauma de Vietnam, al igual que el imperio español en América estaba debilitado por la invasión napoleónica, sin perjuicio del valor extraordinario de nuestros héroes de la independencia de España.

Es de gran importancia destacar que los Estados Unidos de América administraron el Canal mediante una compañía estatal sin ánimo de lucro por lo que ella no reportaba utilidades al final del período fiscal. Esa institución respondía a otros objetivos estratégicos de aquel país y un subsidio a su comercio, como principal usuario. Como veremos, la institución prevista por la Constitución de Panamá, llamada la Autoridad del Canal de Panamá, si bien es una entidad de derecho público se opera con ánimo de lucro, y en los últimos años ha entregado al Gobierno Central entre 600 y 800 millones de dólares en dividendos. Ello revela el éxito no sólo en materia de descolonización sino en administración eficiente del Canal bajo el nuevo esquema constitucional.

En todo caso, se agregó a la Constitución el "Título XIV. El Canal de Panamá", algunas de cuyas normas citaré aquí. El artículo 315 dispone**.** *"El Canal de Panamá constituye un patrimonio inalienable de la Nación panameña, permanecerá abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todas las naciones y su uso estará sujeto…a esta Constitución, la Ley y su Administración."*

La Autoridad del Canal de Panamá y sus órganos de dirección se encuentran regulados en los artículos 316 y siguientes de la Constitución. Cabe anotar que esa Autoridad del Canal tiene, entre otras, potestad para expedir reglamentos de leyes que regulen ciertas materias previstas en ese Título constitucional, tema antes reservado al Órgano Ejecutivo. Por ejemplo, las relaciones laborales y los conflictos que generen son de competencia de organismos internos y la misma Constitución señala que el arbitraje es el mecanismo de última instancia administrativa. Desarrolla ese Título mecanismos de solución de conflictos, cumple así con otra de las grandes tareas de la Constitución, como lo hemos indicado en este ensayo.

En conclusión, puede afirmarse que la Constitución de Panamá ha contribuido grandemente a la capacidad de gobernar en los últimos años e igualmente a una eficaz consolidación de la democracia y a un nivel sin precedentes de desarrollo económico, que será sostenible sólo si el país y sus gobernantes se mantienen dentro del orden constitucional.

Hoy en Panamá los desafíos para la capacidad de gobernar son otros. El más preocupante para mí es el aumento de la violencia arbitraria proveniente

sobre todo de la delincuencia organizada, nacional y transnacional, que opera en el país. Hay que recordar que uno de los grandes riesgos para la democracia y el orden constitucional es" la inhabilidad de las instituciones estatales para garantizar la seguridad física"[47] de los que habitan en el territorio nacional. La tasa de homicidios se ha duplicado en los últimos tres años (ahora es de 25 por cada 100,000 habitantes) y aunque es sustancialmente menor a otros países de la región[48] se trata de un desafío nuevo.

[47] Adam Prezeworski, Torcuato di Tella, Luiz Carlos Bresser Perira, Guillermo O´Donnell y otros, *Sustainable Democracy*, Cambridge University Press, 1995, página 110.
[48] Cfr.PNUD, *Abrir Espacios a la Seguridad Ciudadana y el Desarrollo Humano*, Informe para el Desarrollo Humano para América Central 2009-2010.

Hiperpresidencialismo y Neopopulismo en América Latina: un problema actual de la democracia

Hernán Salgado Pesantes[1]

1. Planteamiento del problema

En el análisis del sistema presidencial de América Latina se ha destacado como una de sus características principales el predominio que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los otros poderes, a través de su titular el presidente de la república. Y, si bien tal característica viene de la configuración propia del sistema presidencial establecido en los Estados Unidos hay que señalar que en América Latina tiene un peso mayor, a tal punto que de predominio tiende a convertirse en hegemonía que es el grado mayor de preponderancia y que constituye una forma de autoritarismo[2].

Para el caso que nos ocupa, la hegemonía supone *lato sensu* la supremacía de un órgano político sobre los demás. Y supremacía implica una

[1] Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil. Doctor (*PhD*) en Ciencias Políticas de la Universidad Panteón Sorbona de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Magistrado de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional ecuatorianos.

[2] A ello se debe que algunos constitucionalistas franceses afirmen que el presidencialismo de Latinoamérica es una deformación del sistema forjado en los Estados Unidos (incluso se la califica como una "degeneración"), este criterio les lleva a distinguir entre régimen presidencial (el de los Estados Unidos) y regímenes presidencialistas (los latinoamericanos). Entre dichos autores están: A. Hauriou, G. Burdeau, G. Conac, R. Moulin, M. Duverger.

preeminencia, una superioridad jerárquica. En suma, en la hegemonía existe un poder dominante cuyas particulares atribuciones rompen el esquema de equilibrio que se supone debe existir dentro de un Estado; ese equilibrio propugnado por la teoría de la división de poderes.

En mi criterio, la hegemonía del titular del órgano Ejecutivo no es una característica del presidencialismo, se trata más bien de un elemento inseparable de todo régimen autoritario o dictatorial, como quiera que se haya organizado su fachada seudo constitucional.

En nuestra época, el Ejecutivo presidencial de naturaleza fuerte es auspiciado incluso desde la propia Constitución y es revestido de mayores atribuciones, lo cual contribuye a un fortalecimiento que debilita particularmente al Legislativo como a lo órganos jurisdiccionales (Justicia ordinaria y Justicia Constitucional). Este fenómeno jurídico-político se llama "hiperpresidencialismo". El marco donde se desenvuelve esta nueva forma de autoritarismo es en un contexto populista, propio de Latinoamérica y de épocas que se pensaron superadas, gracias a la cultura política. El interrogante radica en saber si esta democracia de ribetes plebiscitarios, que se propone reformar y transformar a las instituciones del neo liberalismo, que está prescrita en la Constitución, reúne los elementos necesarios para ser una real democracia. Son las inquietudes de este ensayo.

2. Antecedentes teórico-políticos del sistema presidencial

En Hispanoamérica, a medida que avanzan las guerras de la independencia, en las primeras décadas del siglo XIX, los círculos políticos comienzan a discutir el régimen de gobierno que convendría a estos países. El sector donde predomina la nobleza criolla se inclina por la monarquía, tiene como ventaja que es un sistema conocido incluso en lo que tiene de negativo; para la mayoría de nuestros marqueses constituye la forma adecuada de organizar al Estado, al tiempo de reivindicar sus derechos políticos. La realeza europea, con sus propios designios, apoyará el sentimiento monarquista (como ocurrió en México)[3].

[3] Sobra señalar que Brasil tiene circunstancias diferentes que le conducen por otros caminos hasta finales del siglo XIX, en que se constituye en una república presidencial.

El sector mayoritario (líderes, intelectuales y pueblo llano) tiende al nuevo sistema republicano establecido en los Estados Unidos de Norteamérica, a cuya cabeza está un presidente, titular del Poder Ejecutivo. Incluso la Francia revolucionaria buscó transformarse en república después del ajusticiamiento del rey, lo cual fue considerado como un paso adelante, hasta que el victorioso general Bonaparte trastrocó dicho proyecto y realizó sus propias aspiraciones.

En suma se impuso el ideal republicano que para la época se asimilaba al ideal democrático, que poseía un tinte igualitario para los grupos sociales y que tomaba distancias con los privilegios aristocráticos (esa aristocracia de sangre que de por sí era discriminatoria). Junto con la organización republicana, los países hispanoamericanos adoptaron el modelo presidencial que fue desarrollado por los Estados Unidos como forma de gobierno.

Sabemos que el sistema presidencial fue un aporte de los Estados Unidos, de sus constituyentes reunidos en Filadelfia, quienes luego de largas deliberaciones lo concretaron en la Constitución de 1787 y allí, en breves normas, quedaron inscritas lo que serían las características básicas del presidencialismo norteamericano.

Siguiendo los postulados de Montesquieu se establece una clara separación de poderes para impedir la concentración del poder en un solo órgano, al mismo tiempo, que se fijaban los límites de los tres clásicos poderes para que cada uno ejerza sus funciones en el contexto de sus atribuciones –sin interferencias del otro–, lo cual se traduce en un control recíproco, conforme la máxima del teórico francés "*le pouvoir arrête le pouvoir*", o de aquella tesis, surgida en Convención de Filadelfia, de los frenos y contrapesos ("c*hecks and balances*").

Esta separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro y también se estuvo consciente de las dificultades reales que podrían alterar este equilibrio. Por otro lado, la separación no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político.

El tiempo se encargaría de demostrar que esta colaboración era trascendente, tanto como la independencia para ejercer sus atribuciones. Estos aspectos revestían un particular interés tratándose de un Estado que adoptó el federalismo como forma de organización territorial.

2.1. Adopción del modelo presidencial republicano

El sistema de gobierno presidencial al ser adoptado en Latinoamérica tomó características propias de nuestro medio y tuvo un desarrollo histórico de acuerdo con la idiosincracia de pueblos y regiones; no fue una mera transposición o como a veces con ligereza se afirma que nuestros países "copiaron" el sistema. Asimismo, está claro que el contexto social, económico y cultural de nuestra región era distinto del que hubo en las antiguas colonias británicas de América del norte, antes y después de la independencia.

Las modificaciones realizadas en los diversos Estados latinoamericanos para adecuar el modelo presidencial explican porqué existen diferencias – a veces marcadas– entre los países de América Latina en lo que concierne al sistema presidencial establecido en sus Constituciones. Lógicamente, los países de la región conservan los principales rasgos o caracteres de este sistema de gobierno[4].

Un punto que me interesa destacar -con fines de este ensayo – es la relativa al caudillismo. En la historia republicana de los países de esta región se observa – como anotan los estudiosos – que junto con las nacientes instituciones se desarrolla un caudillismo, con características propias de Latinoamérica, (siglo XIX); aparece un caudillismo militar después de las guerras por la independencia y en las décadas posteriores los caudillos son civiles. En el siglo XX y en mi criterio, los caudillismos cedieron el paso a los movimientos populistas, o aquellos se modernizaron con la aparición de la política de masas.

El estudio del Poder Ejecutivo siempre ha concitado la atención y en nuestros tiempos el interés es mayor por las características que ha tomado. Tal estudio permite penetrar en el corazón de los regímenes políticos, por cuanto el Ejecutivo se constituye en el elemento motor de las instituciones que conforman un sistema político. Es por ello, que el análisis de sus atribuciones y deberes, de su rol dentro del Estado, de sus relaciones con los demás órganos, especialmente con el Poder Legislativo, reviste interés.

Recuérdese, sin embargo, que a partir de la Revolución Francesa, luego del ocaso de los regímenes absolutistas, el Poder Ejecutivo que estuvo en

[4] Una cuestión diferente es la relativa al problema – muchas veces criticado- que los constituyentes y legisladores latinoamericanos estuvieron de espaldas a la realidad o, con más seguridad, expidieron un ordenamiento jurídico en armonía con sus intereses particulares.

manos de la monarquía se debilitó sensiblemente, a cambio del papel vigoroso que reivindicaron las Asambleas o Cuerpos Legislativos. A esta concepción contribuyó la teoría de la soberanía nacional – preconizada por Sieyés –, que si bien reconoció al pueblo como soberano, concibió a éste como nación y la soberanía popular terminó transfiriéndose al Parlamento – como representante de la nación –, desde entonces se hablará que la soberanía radica en el órgano Legislativo[5].

Lo expresado ocasiona una sumisión del Ejecutivo al Legislativo lo cual se observa sobre todo en los regímenes de tipo parlamentario; con menor intensidad se dio en el presidencialismo norteamericano[6] y muy poco en el presidencialismo de América Latina en el que siempre predominó el Ejecutivo.

Para superar aquella debilidad que aquejaba al Ejecutivo, los constitucionalistas– especialmente europeos – propugnaron su fortalecimiento a través de diversos mecanismos jurídico-políticos. Estas tesis serán incluidas entre las nuevas tendencias constitucionales de posguerra (a partir de 1945), pero téngase muy presente que fueron concebidas bajo la experiencia del régimen parlamentario y frente a él. Como se dijo, en el campo del presidencialismo, particularmente latinoamericano, la situación era otra.

Dentro del Estado contemporáneo, la noción de Ejecutivo designa un conjunto de funciones que van más allá de aquello que había señalado Montesquieu. Hoy, ellas no se limitan a ser simples funciones de ejecución como la etimología del término induce a creer. Estas funciones, o función como genéricamente se expresa, engloban el ejercicio de diversas atribuciones, a las que luego me referiré.

Por otro lado, el Ejecutivo – y por ende su titular- ejerce la función de gobierno con la que tiende a identificarse, si bien – en un sentido correcto – el gobierno no sólo proviene del Ejecutivo sino de todos los órganos que conforman el Estado. Que el Ejecutivo gobierna significa que al Presidente de la República le corresponde fijar las grandes opciones o lineamientos

[5] A partir de 1789, los revolucionarios franceses transformaron los Estados Generales en Asamblea Nacional, la cual ejercería un claro predominio en las diversas épocas republicanas, prácticamente hasta la Constitución de 1958 aprobada en el gobierno del General De Gaulle, vigente a la fecha. Este predominio del Legislativo francés fue ampliado en la efímera Constitución jacobina de 1793 que creó el denominado Gobierno de Asamblea.

[6] El Presidente Wilson, especialista en Derecho Constitucional, escribió aun antes de ejercer la presidencia en 1913, en su obra "*Congresional goverment*", que el régimen estadounidense había cesado de ser presidencial y de tener un Ejecutivo fuerte, pues esta cualidad la tenía el Congreso; incluso denominó a este sistema como "régimen congresional".

políticos que toda la administración pública deberá poner en obra. En esta perspectiva, igualmente, el Ejecutivo toma importantes decisiones políticas que gravitan en el contexto nacional y comprometen los destinos del país.

Este cúmulo de funciones – con sus respectivas competencias – lleva al Poder Ejecutivo en los países latinoamericanos a ostentar un predominio sobre los otros poderes, y el ciudadano que ejerce la función presidencial se identifica en demasía con la institución a tal punto que cualquiera de sus actos, incluso los privados, gravitan en el Estado; es la personalización misma de la presidencia. Este fenómeno también se ha observado en los Estados Unidos a partir de Kennedy, y en los últimos años se ha extremado con el problema (*sexgate*) del Presidente Clinton.

Por otro lado, el Ejecutivo coparticipa de la función de legislar al intervenir en el proceso final de elaboración de las leyes, sancionándolas y promulgándolas u objetándolas. Y, desde una perspectiva cualitativa, no cabe duda que el Ejecutivo y más exactamente su titular da cohesión nacional a través de su estructura unipersonal, la cual constituye su característica básica.

2.2. La naturaleza unipersonal

En efecto, en el régimen presidencial el Poder Ejecutivo tiene una estructura monista, esto significa que hay un órgano único que ejerce todas las competencias de esta función del Estado; en otras palabras, todas las atribuciones del Ejecutivo se concentran en manos de una sola persona: el Presidente de la República, quien actúa como jefe de Estado y jefe de Gobierno. Es decir, acumula mayor poder, a diferencia de lo que ocurre en el sistema parlamentario.

En consecuencia, la naturaleza misma del sistema presidencial, de ser el Poder Ejecutivo un órgano de estructura unipersonal o monista, de por sí lo vigoriza notablemente al proporcionarle unidad e inmediatez en su acción. Por ello creo que este elemento intrínseco del presidencialismo debe ser considerado en todo análisis.

2.3. Un cúmulo de variadas atribuciones

Es interesante destacar que el Gabinete ministerial es un instrumento que maneja a su voluntad, pues los Ministros son nombrados por él y en cualquier momento puede también removerlos, igual sucede con los funcionarios de la

Administración denominados "de confianza" y a veces también los otros en la medida que, en la práctica, no siempre es protegida la carrera administrativa.

El Presidente no comparte sus atribuciones con sus Ministros, en este aspecto, algunos países como Perú y Uruguay han querido atenuar el poder presidencial introduciendo algunos elementos parlamentarios y buscando robustecer el papel del Consejo de Ministros, para que tenga determinadas facultades y pueda de alguna manera compartir las atribuciones presidenciales. Sin embargo, en estos países el Presidente sigue asumiendo en la práctica la totalidad de sus facultades[7].

En casi todos los países el Presidente maneja las relaciones internacionales, concluye y firma tratados, y recibe embajadores e incluso declara la guerra aunque en algunos casos debe intervenir el Congreso. En cuanto a materia económica, también se ha dejado en manos del Presidente establecer la política económica el Estado y se le ha permitido, decidir sobre el endeudamiento público que obtenga tanto dentro del país como en el exterior.

En materia legislativa, y bajo diferentes modalidades según los Estados, el Presidente pude vetar total o parcialmente las leyes; tradicionalmente se le ha otorgado la facultad de dar indultos y en algunos países, también decreta la amnistía. Además, el Presidente es el jefe de la Administración Pública del país y en este campo ejerce muchas facultades. En circunstancias extraordinarias, el Presidente puede ejercer la facultad de declarar los estados de emergencia o de excepción, e imponer tributos, y de dictar no sólo reglamentos sino también decretos sobre materia de índole legislativa; en muchos países se ha dado al Presidente de la República la delegación legislativa, para que -bajo ciertas condiciones- dicte directamente leyes.

Como se observa, la acumulación de tantas atribuciones en una sola persona convierte al Presidente de la República en el centro de gobierno de un Estado (la llave del régimen, como afirma Burdeau), con un claro predominio sobre los otros poderes. De esta manera, el presidencialismo latinoamericano,

---

[7] Ver: Diego Valadés, José María Serna, Coordinadores: El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000. En especial el artículo de Jorge Moreno Collado: Constitucionalismo presidencialista o presidencialismo constitucionalista, un dilema de América Latina. pp. 79 y siguientes. Interesantes son los artículos de Humberto Nogueira Alcalá: *El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile* y Carlos M. Ayala Corao: *El régimen presidencial en Venezuela y los planteamientos para su reforma*, publicados en "Lecturas Constitucionales Andinas 2 (Formas de Gobierno)" de la Comisión Andina de Juristas, Lima 1993.

con poderes concentrados en el presidente de la República, lo cual afecta la división de poderes, es mucho más fuerte que el modelo norteamericano; no obstante, también en los mismos Estados Unidos se afirmó, en una época, que había un gobierno de los jueces y, en otra, que el gobierno estaba en manos del Congreso. Igualmente, se ha señalado que existió un predominio del ejecutivo en tiempos de Jackson, de Lincoln, de Wilson y de los dos presidentes Roosevelt.

En todo caso, esta situación de preponderancia que converge a una abierta hegemonía del titular del Ejecutivo tuvo diversas causas, aquí hemos destacado un elemento propio del sistema, la estructura unipersonal del órgano, que junto a la acumulación de atribuciones en el Ejecutivo desequilibran el juego del poder. A lo expresado pueden agregarse otros factores: el caudillismo, la inestabilidad extrema de las instituciones (salvo excepciones), el subdesarrollo económico, todo sumado a la falta de una cultura política. Tampoco se puede olvidar que esta inclinación hegemónica del titular del Ejecutivo presidencial es el producto de circunstancias históricas determinantes, que desde luego pueden variar en la región[8].

3. De la hegemonía hacia un hiperpresidencialismo constitucional

A finales del siglo pasado y comienzos del actual observamos que la hegemonía presidencial radicada en el Poder Ejecutivo toma nuevos caracteres, en los cuales se destacan: las reelecciones inmediatas, la convocatoria a procesos constituyentes para "blindar" o fortalecer al Ejecutivo presidencial, y se dan normas constitucionales para tales propósitos. Tal fortalecimiento constitucional se lo realiza en detrimento del órgano Legislativo e incluso del Judicial. Estos actos tienen como telón de fondo una nueva forma de populismo plebiscitario que permite hablar de democracia.

Haré una breve acotación a los aspectos señalados que configuran, en mi criterio, el hiperpresidencialismo y con los cuales no concuerdo. Si para

[8] Como un antecedente histórico importante para comprender el proceso político que siguieron los países libertados por Bolívar es el de conocer su pensamiento y su actuación. Al respecto es valiosa la obra del profesor colombiano Eduardo Rozo Acuña: *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Editorial Temis, Bogota, 1988. Una visión desde España contiene el libro del prof. Antonio Colomer Viadel: *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, ediciones Nomos, Valencia, 1995. En especial, el capítulo II sobre El Presidencialismo Iberoamericano y el Estado pp. 89 y siguientes.

algunos tratadistas el predominio con caracteres de hegemonía era una degeneración del régimen presidencial de América Latina, bien podría decirse lo mismo – y con mayor razón- del hiperpresidencialismo elevado a rango constitucional.

Las reelecciones presidenciales inmediatas, significa una ruptura con el principio republicano de alternabilidad que Latinoamérica mantuvo como parte de un ordenamiento adecuado, sólo los gobiernos de facto o dictaduras prescindieron de esta regla. Y, existen varios riesgos, como el de afectar la pureza del sufragio porque quien tiene el poder dirigirá mediante presión a los órganos electorales, invertirá dinero de los fondos públicos para su propia campaña presidencial ocasionando desigualdad y discrimen para los demás candidatos. En épocas electorales es posible que la oposición sea silenciada, mediante diversos mecanismos.

Los procesos constituyentes que hemos visto en el área andina van más allá del cambio proclamado, buscan centrar las atribuciones más importantes en el titular del Ejecutivo – el presidente de la república-, todo organismo del Estado debe quedar bajo su vigilancia y decisión final; de este modo se regresa a un centralismo absorbente que destruye la desconcentración político administrativa que afanosamente se ha buscado. La autonomía municipal – institución de larga trayectoria histórica – queda en entredicho. Más grave es aún si ese "blindaje" del Ejecutivo presidencial se realiza a costa de los otros poderes del Estado. En efecto, el hiperpresidencialismo debilita (y a veces destruye como en el Ecuador) los fundamentos del Poder Legislativo[9].

Esto se observa en las siguientes cuestiones. Así, en el control político y fiscalizador, que por diversos medios se lo obstaculiza e impide. En el Ecuador para realizar el enjuiciamiento político del presidente se debe obtener el visto bueno de la Corte Constitucional y la fiscalización no se da en la práctica.

Se busca retirar del Legislativo los nombramientos de los funcionarios más importantes que legitiman su designación al ser elegidos por los congresos o asambleas, órgano de sufragio universal y directo. Tales nombramientos se los pone o bien en el Ejecutivo presidencial o en otro organismo dependiente de éste. En el Ecuador, con estos fines, se ha creado el "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social".

[9] No justifica en forma alguna que los integrantes del Poder Legislativo sean deficientes o se les acuse de corrupción, eso afectaría más bien a la cultura política del país que los elige. Es absurdo destruir a la institución que recoge al mayor número de representantes elegidos en sufragio universal y directo.

En materia legislativa suele darse preponderancia al titular del Ejecutivo, estableciendo materias exclusivas para éste, ampliando el alcance del veto, elevando el número del voto calificado para oponerse al veto presidencial, entre otras cuestiones.

También se acude a un instrumento propio del régimen parlamentario, la disolución del Legislativo. Si bien esto no es nuevo sin embargo sirvió para caracterizar a los gobiernos autoritarios de nuestro continente como el de Paraguay (Stroessner)[10] y el de Perú (Fujimori)[11]; ahora existe la disolución en Venezuela, Bolivia y Ecuador[12].

En resumen, la disolución del órgano legislativo en sistema presidencial no tiene el papel que se le ha dado en el parlamentarismo, sus efectos podrían ser contraproducentes para el convivir democrático, especialmente en países donde existe una marcada inestabilidad.

En lo que respecta al Poder Judicial y a los órganos de control constitucional concentrado, éstos también son afectados por el poder centralizador del titular del Ejecutivo; la administración de justicia que tiene la independencia y la imparcialidad de sus jueces y tribunales como fundamento esencial. La práctica que existe en Venezuela, Bolivia y Ecuador demuestra la inestabilidad y el debilitamiento de la justicia con sus consiguientes secuelas. Y, esta inestabilidad institucional se profundiza con un sistema hiperpresidencial enmarcado en un populismo: es obvio que quienes dan su apoyo al poderoso protector esperan ocupar cargos y empleos públicos en los diversos niveles de la burocracia, más aún si faltan plazas de trabajo.

---

[10] La Constitución de 1967, artículo 182, estableció la disolución de una manera arbitraria, dejando a la entera discreción del presidente los hechos que servirían para justificarla: *"El Poder Ejecutivo podrá decretar la disolución del Congreso por hechos graves que le sean imputables y que pongan en peligro el equilibrio de los Poderes del Estado, o de otro modo afecten la vigencia normal de esta Constitución o el libre desenvolvimiento de las instituciones..."*.

[11] Constitución de 1993 en su Art. 134 con miras a "facilitar" el sistema de gobernabilidad que impuso el presidente Alberto Fujimori.

[12] La Constitución de Ecuador establece que tanto el Presidente puede disolver a la Asamblea como ésta puede destituir al primer mandatario con el voto de los dos tercios, aspecto muy difícil. En cambio si el presidente disuelve a la Asamblea sigue ejerciendo su cargo hasta la instalación de la nueva Asamblea y puede expedir decretos-leyes de urgencia económica… Para lo cual necesita el dictamen favorable de la Corte Constitucional (órgano que hasta el momento ha sido dócil al Ejecutivo). Arts. 148, párrafo final en especial, y 130 de la Constitución 2008. Lo uno y lo otro se dan por una sola vez en los primeros tres años del mandato o del periodo legislativo.

4. El populismo plebiscitario y la democracia

En el sistema presidencial latinoamericano, los presidentes se impregnaron de una aureola mesiánica para convertirse en los salvadores del pueblo marginado, para ello era necesario tener poseer carisma y elocuencia. Con esta perspectiva surgieron los diversos populismos que a su vez impulsaron el papel protagónico del titular del poder ejecutivo.

El líder populista es el defensor de las causas populares, debe dar protección a quienes lo buscan y solucionar sus exigencias vitales; mediante una hábil oratoria cargada de promesas y condenas desencadena la emoción popular. De esta manera recibe el respaldo y la adhesión de sus simpatizantes. Los movimientos populistas dan cabida a las más diversas tendencias políticas por ello su ideología es inconsistente y si logran con su líder conseguir el gobierno será difícil satisfacer lo ofrecido en la campaña electoral, generalmente hay paternalismo e improvisación que junto a la frustración de la mayoría provocará mayor conflicto y desorden.

En este contexto populista -prevaleciente en varios países- se nutre el presidencialismo latinoamericano para ejercer su influencia y llevar adelante procesos electorales y procesos constituyentes que legitimen al gobierno. Por ello se ha denominado a esta participación popular de "plebiscitaria" o en el pensamiento de Burdeau de "cesarismo empírico" o "bonapartismo" para recordar a aquellos que lideraron movimientos de apoyo masivo.

Una última reflexión: el hiperpresidencialismo surgido en algunos países de América Latina tiene un poder fuerte y concentrado en el Ejecutivo, este exceso de poder debe servir para fines políticos nobles ¿acaso se puede ignorar las enseñanzas de la historia sobre el poder y cualquier tipo de autoritarismo?

Aquí surge la interrogante ¿cabe la democracia o un desarrollo democrático en un régimen presidencial de poder concentrado y con caracteres populistas? Quienes defienden la necesidad de un Ejecutivo fuerte – que transforme o incluso "refunde" el país – consideran que se está llegando a la auténtica expresión de democracia, donde el pueblo y los ciudadanos participan, controlan el poder (aunque de hecho no existe la fiscalización de los órganos competentes) y el mandatario rinde cuentas transparentando su gestión (a pesar de no presentar informes sino propaganda política de todo género).

A lo dicho se agrega lo antes señalado: la falta de alternabilidad – que caracteriza a los regímenes republicanos – al pretender varias reelecciones inmediatas e incluso de crear una presidencia vitalicia.[13] El debilitamiento de los otros poderes Legislativo y Judicial; la inestabilidad institucional, etcétera.

De lo expuesto se observa que el hiperpresidencialismo, que se desarrolla en un contexto de populismo plebiscitario, difícilmente será democrático, más cerca está de la realidad contraria.

5. La institucionalidad democrática como garantía objetiva

Para nuestra época hablar de un régimen democrático es referirse al ejercicio político del Poder, dicho ejercicio se caracteriza por poner en práctica determinados valores sociales, que en lo esencial son: el pluralismo y la tolerancia; el respeto irrestricto a los derechos de la persona y la participación mayoritaria de los ciudadanos en la política. Al respecto, los constitucionalistas han elaborado principios a fin de establecer una garantía objetiva de lo que es la democracia y son los siguientes:

- Supremacía – con fuerza normativa – de la Carta constitucional, donde se incorporan los derechos fundamentales;
- La separación o división de poderes, doctrina que ha sido concebida de diversas maneras pero hay acuerdo en considerar que en una democracia constitucional debe existir un determinado grado de división de poderes o funciones, caso contrario se produciría una centralización peligrosa que conducirá al autoritarismo;
- Designación por sufragio popular universal, normativamente regulado, de los representantes al parlamento o congreso y del ejecutivo en lo que corresponda;
- Introducción de mecanismos adecuados para una activa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (diversas formas de consulta popular: referéndum, iniciativa de leyes, revocatoria del mandato, etc.);
- Institucionalización de la oposición como garantía de lo que hoy conocemos como transparencia de la gestión pública;

[13] Hoy más que reelección inmediata el Presidente de Venezuela, quien se declara seguidor de Bolívar, quiere la presidencia vitalicia, para identificarse mejor con su par de Cuba.

• El control de la actividad de los órganos estatales, que incluye la fiscalización política por parte del poder legislativo y de otras instituciones especializadas, para la eficacia de este tipo de control es útil la rendición de cuentas;

• El control de la legalidad administrativa y el de constitucionalidad con un carácter jurisdiccional, realizado por los respectivos jueces;

• La independencia del poder judicial como medio indispensable para acceder a la justicia y alcanzar los fines que ésta se propone.

Además de poner en práctica estos principios es indispensable que para un adecuado funcionamiento de las instituciones, se cuente con los protagonistas encargados de ponerlas en actividad: personas dotadas de un *ethos* especial, con mentalidad, actitudes y comportamientos básicamente democráticos, que hagan de la función pública un servicio. Esta es la parte que corresponde a lo que el concepto de la democracia concibe como una forma o estilo de vida, además de los principios organizativos. Desde luego aquí se hace referencia sólo a los funcionarios públicos del Estado, porque el complemento lo dan los ciudadanos – la sociedad toda – quienes deben actuar con un código de conducta impregnado de los valores democráticos.

El desarrollo de la cultura democrática será necesario para consolidar la estabilidad institucional. Asimismo, debemos estar conscientes de que sirve de muy poco tener normas constitucionales que no se observan ni se aplican, como simple fachada o camuflaje. Un país que ha alcanzado cierto grado de madurez no puede aceptar que su democracia constitucional quede como un mero símbolo declamatorio. En este contexto se superará el fantasma de la ingobernabilidad.

6. En búsqueda de soluciones

En síntesis, las diversas causas que generaron la hegemonía presidencial en América Latina giraron en círculo vicioso; en el siglo XIX sobresalieron tanto el caudillismo como la inestabilidad político-institucional; en atropellada secuencia se instalaron gobiernos y se dictaron "nuevas" constituciones. Esta hegemonía se transforma en un hiperpresidencialismo cuya génesis está en el texto constitucional. Su carácter constitucional no garantiza la existencia de un régimen democrático (los totalitarismos europeos recientes así lo demuestran).

Se trata de regímenes autoritarios – autócratas –, trátese de gobiernos surgidos de elecciones populares o de simples gobiernos de facto, desembozados unos o con fachada constitucional otros.

Está claro que un hiperpresidencialismo no descansa en principios democráticos como la separación de poderes, el control político del congreso y el jurisdiccional de las cortes de justicia para determinar la responsabilidad gubernamental; el contexto político-populista que induce a la violencia no permite que las transformaciones puedan realizarse en un marco de tolerancia, de criterios diversos, es decir, aquí no tiene cabida la visión democrática[14].

El sistema presidencial de América Latina no necesita llegar a una hipertrofia, requiere la consolidación de sus instituciones a las que se debe dotar de mayor dinamismo y eficacia, de acuerdo con las necesidades de nuestra época, en que el Estado está obligado a intervenir cada vez más para hacer realidad todos los derechos y alcanzar el desarrollo integral de la comunidad política, mediante políticas concretas.

En general, en la práctica político constitucional de muchos países de nuestra región no se aplicó la división de poderes a causa de la hegemonía presidencial, ahora será menos, ésta tiene como efecto borrar los límites entre los tres clásicos poderes y de los demás organismos; en este contexto, que presupone la existencia de autoritarismo, ya no es posible que cada institución ejerza sus funciones en el ámbito de sus competencias, sin interferencia del otro.

Como se dijo al analizar el modelo presidencial norteamericano, la separación o división de poderes debía enmarcarse en un ámbito de equilibrio, no se consideró conveniente que un poder predomine sobre otro. Además, la división de poderes no significaba un aislamiento de los poderes, por el contrario debía existir una eficaz colaboración entre ellos. Poderes independientes pero estrechamente vinculados para alcanzar los fines del gobierno político.

No ha faltado quienes piensen que la separación de poderes ha sido concebida para crear gobiernos débiles: que a esto conducen los pesos y contrapesos que finalmente se convierten en bloqueos, en responsabilidades divididas y en desconfianza entre los poderes, que es todo lo contrario de lo

[14] Al analizar los llamados "consejos ciudadanos", que se han creado en algunos países, se determina que su grado de representación popular es mínimo, allí opera la tesis decisionista de Schmitt en el sentido que se impone la voluntad del gobernante.

que se necesita para un liderazgo y un poder fuertes, y que esta es la paradoja del sistema presidencial[15].

Uno de los principales factores que ha incidido en la forma de gobernar es sin duda el problema económico financiero con su carga de complejidad y con sus duras consecuencias; hay que tener presente que no han dado solución al problema las diversas recetas de los organismos financieros internacionales que restringen el margen de acción de los gobiernos y causan trastornos en la relación gobierno-pueblo.

En suma, estos fenómenos político-económicos y sociales han determinado que el anhelado equilibrio entre los poderes del Estado se presente como una utopía de imposible realización y que la colaboración ejecutivo-legislativo sea otra cuestión difícil de alcanzar. Las pugnas de poderes que se han suscitado ha dado lugar al concepto de ingobernabilidad, con el propósito de superar esta situación y para fortalecer la legitimidad presidencial, la mayoría de constituciones establecieron que el titular del ejecutivo fuera elegido por mayoría absoluta de los votos sufragados (con algunas variantes según los Estados), aunque esto suponga la necesidad de ir a un segundo proceso electoral (*ballotage*).

Ahora vemos que las últimas constituciones que han sido expedidas propenden al fortalecimiento del titular de la función Ejecutiva mediante elementos jurídico-políticos de concentración de competencias lo cual favorece al presidente de la república en detrimento del propio sistema democrático constitucional.

A manera de conclusión

Para afrontar los múltiples problemas actuales y como una receta "nueva", en algunos países, como es el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador, se está recurriendo al hiperpresidencialismo a expensas del debilitamiento de los demás poderes y organismos, particularmente del Poder Legislativo. Muchas atribuciones son conferidas al titular del Ejecutivo y se lo hace de manera constitucional, mientras al Legislativo se le retiran competencias que tradicionalmente le correspondieron.

---

[15] Ver, Juan J. Linz, *Democracia Presidencial o Parlamentaria ¿Qué diferencia implica?*, en Las Crisis del Presidencialismo, 1. Perspectivas comparativas, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

La acumulación de atribuciones en el titular del Ejecutivo presidencial, naturalmente, rompe el equilibrio de los poderes y por camino diferente llegamos al extremo de la hegemonía presidencial, con todo lo que esto significa. Por ello, considero que un hiperpresidencialismo es una forma de autoritarismo que contiene elementos antidemocráticos.

El asunto se complica cuando se observa que tal sistema está establecido en la Constitución, por tanto no puede ser tildado de inconstitucional. Ello conduce a pensar que la Carta Fundamental, la Ley de Leyes, tiene que estar construida sobre un basamento de democracia; no es suficiente tener una Constitución que corra el riesgo de servir de camuflaje al autoritarismo. Y, uno de los parámetros para evaluar una democracia es el grado de separación o división de poderes que impera en un país.

También, en la época contemporánea, se ha discutido la idea de que no basta la Constitución sin la democracia y viceversa, una democracia sin Constitución; lo cual ha llevado a crear el término "democracia constitucional". La concepción de vincular estrechamente la democracia y la Constitución ha llevado a muchos tratadistas (Friedrich, Loewenstein, entre otros) en las últimas décadas, a hablar de "democracias constitucionales".

En mi criterio, a la democracia le conviene el calificativo de constitucional porque precisa su rasgo principal: de ser una forma de gobierno y un estilo de vida, y no se la reduce a alguno de sus tipos o aspectos, como decir "democracia liberal" o "democracia socialista", pues el liberalismo o el socialismo no son sino un ingrediente[16].

[16] Sobre estos aspectos, coincido con el pensamiento del maestro argentino Mario Justo López, quien tiene un excelente análisis relativo a la democracia constitucional en su obra: *Manual de Derecho Político*, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1973, pp. 412 y ss.

Derecho Constitucional y Governabilidad en América Latina y en el Caribe. Un aporte desde el Paraguay

Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez[1]

Introducción

America Latina y el Caribe ha iniciado desde la década de los anos 80 un proceso de democratización intenso a la par de hallarse inmersa en un proceso de afianzamiento del Constitucionalismo, lo cual motiva que el debate de sus instrumentos constitucionales, vinculados en su directa relación con la democracia y la calidad de la misma, generen la necesaria discusión con lo que implica la relación entre el Derecho Constitucional y la gobernabilidad en nuestros países. Será entonces que con mejores Constituciones, con un avance

[1] Senador de la Nación de la Republica del Paraguay, periodo 2008-2013. Ex presidente y actual Miembro de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, Defensa Nacional y Fuerza Publica: de Legislación y Codificación: y de Obras Publicas del Senado de Paraguay. Abogado y Notario Publico, Mejor graduado en ambas carreras, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción (UNA) (1989 y 1990).Maestría en Ciencias Políticas (UNA) (1996). Postgrado en Administración Publica, Shenandoah University, Virginia, EEUU (2001). Ex becario de la OEA para estudios de Maestría en EEUU (2001, 2002). Master en Derecho en Estudios Legales Internacionales, con especialización en Organismos Internacionales, American University, Washington DC, EEUU (2002). Master en Derecho en Leyes y Gobierno, con especialización en Derecho Constitucional y Derechos Civiles, American University, Washington DC, EEUU (2003). Profesor de Derecho Romano, Derecho Constitucional y Derecho Político en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional, Católica, Americana y Uninorte del Paraguay.

cualitativo del Derecho Constitucional, se hará mas fácil lograr la gobernabilidad que nos lleve al desarrollo en la región? No es simple contestar tal interrogante, pero trataremos, modestamente, con este ensayo, desde la óptica de lo que sucede en mi país, la Republica del Paraguay, ir dando respuestas al tema que se nos plantea desde la instituciones que nos invitan, por medio de este modesto aporte intelectual, a hacer esta rica discusión, en la que entrelazan el Derecho y la política, lo cual la hace aun mas apasionante.

Desarrollo

I. Evolución del proceso constitucional paraguayo

El Constitucionalismo en el Paraguay se inicia dos anos después de la proclamación de su independencia del Reino de España, a través del Reglamento de Gobierno del ano 1813. Este instrumento solo estableció una estructura básica de Gobierno, pero no determino división de poderes, ni declaro derechos y obligaciones para los ciudadanos, por lo cual fue una ley de contenido jurídico político muy básico, pero útil para iniciar el periodo independiente de la novel Republica. Después, en un avance desde la norma anterior, fue promulgada "La Ley que establece la administración política de la Republica del Paraguay" de 1844, en cuya virtud se estableció ya un esbozo de poderes de Estado, aunque sin interdependencia alguna, y casi nula declaración de derechos. Recién en el ano 1870 se tiene la primera Constitución del Paraguay, conforme lo establece la teoría constitucional, con respecto al origen y estructura que debe tener una norma fundamental de un país; elaborada por un cuerpo de constituyentes especialmente designados para dicha tarea, si bien es triste recordarlo, con un Paraguay penosamente aun ocupado por las fuerzas de ocupación de Brasil y Argentina, con un gobierno casi tutelado y dirigido, lo cual hizo que desde algunos sectores se cuestione tal creación normativa señalándola como "producto de legionarios", la cual, sin embargo y en contraste con lo referido, determino una clara separación de poderes entre el Ejecutivo con un Presidente que tenia un Vicepresidente; un Poder Legislativo bicameral, apareciendo por primera vez en la historia constitucional paraguaya, la Cámara de Senadores y la de Diputados; y el Poder Judicial, conducido por un Tribunal Superior de Justicia, conforme la teoría de " separación de poderes" de Montesquieu en su famosa obra " L' esprit des lois" (El espíritu de las Leyes) , y constituyo la

Constitución mas liberal del Paraguay, centrándose en la delimitación de importantes derechos y garantías individuales, antes nunca establecidas para los ciudadanos paraguayos, lo cual determino durante su vigencia algunos interesantes, aunque breves, periodos políticos democráticos en el Paraguay de inicios del siglo XX.

La Carta Política del ano 1940 fue producto de una decisión del entonces gobernante Gral. José Félix Estigarribia, militar victorioso en la Guerra del Chaco (1932-1935), que lastimosamente enfrento a los países hermanos de Paraguay y Bolivia, el cual encomendó a un reducido grupo de juristas e intelectuales, por el designado, la redacción de un nuevo cuerpo constitucional para suplantar la Constitución de 1870. Concluida la redacción del referido instrumento, se le sometió al pueblo, el que lo aprobó por un plebiscito, no habiéndose electo convencionales constituyentes por lo cual hubo un retroceso en su origen y, en cuanto a su estructura, mantiene la división de poderes, dando mayor poder al Ejecutivo (se elimino la figura del Vicepresidente creada en la Constitución de 1870) sobre el Poder Legislativo (que paso a ser unicameral, con una sola Cámara de Representantes), estableciéndose un "híper presidencialismo" y restringiéndose los derechos y libertades tan ampliamente consagrados anteriormente, teniéndose una norma fundamental que preparaba al país para un esquema gubernamental con mucho poder para el Ejecutivo o potencialmente de corte autoritario, lo cual ya no pudo ser aprovechado para fortalecer su propio proyecto político, como pretendía el autor de la misma, el Gral. (ascendido póstumamente a Mariscal) Estigarribia, quien falleció poco tiempo después en un accidente de aviación, pero fue una norma muy valiosa para consolidar y mantener el poder del Gral. Alfredo Stroessner, quien accede a la primera magistratura de la Nación por un golpe militar en el ano 1954 y gobierna con la referida Carta Política hasta el ano 1967 en que se procede a la redacción de una nueva Constitución. Con la Carta Política de 1940 se tuvo un instrumento constitucional que ha ayudado a establecer un Gobierno autoritario con respaldo legal y en virtud del cual, incluso, se ha disuelto el Congreso Nacional del Paraguay por parte del Poder Ejecutivo, a mas de promover una fuerte intervención del Estado en todas las áreas del quehacer nacional.

La Constitución de 1967 fue elaborada por un grupo de ciudadanos, representantes de diversos partidos políticos, electos por el pueblo con el titulo de Convencionales constituyentes. Con este cuerpo legal el Pdte. Stroessner busco, y obtuvo, una nueva norma a medida para continuar su

gobierno autoritario, con la posibilidad de tener reelecciones sucesivas, con un Poder Ejecutivo fuerte, un Poder Legislativo bicameral y un Poder Judicial cuyas cabezas y miembros eran designados por el Poder Ejecutivo, a la par que se podrían restringir, con mayor facilidad, los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. Este instrumento legal fue clave para el fortalecimiento del Gobierno de Stroessner y fue reformado en el ano 1977, con la participación de solo algunos sectores políticos, en un solo articulo al solo efecto de poder ser reelecto ya en forma indefinida, cada 5 anos, sin ningún tipo de cortapisas legal.

Desde la caída del poder del Gral. Stroessner, por el golpe de Estado del 2 y 3 de febrero del ano 1989, el nuevo gobernante, Gral. Andrés Rodríguez, es ratificado democráticamente tres meses después a través de elecciones libres que lo ungieron como Presidente de la Republica, pero este decide una reforma constitucional total para dar un nuevo rumbo al proceso de transición democrática que se abría en el Paraguay, lo cual se da con la elección de Convencionales constituyentes, merced al voto directo en todo el país, redactándose la Constitución mas democrática y participativa que tuvo el país en toda su historia constitucional, con una amplia declaración de derechos y garantías individuales: restringiendo poderes al Ejecutivo, dando mayores atribuciones al Poder Legislativo, constituyéndose un llamado " presidencialismo atenuado" y con un Poder Judicial, para cuyo integración se involucra un nuevo órgano extrapoder creado, el Consejo de la Magistratura, conjuntamente con los Poderes Legislativo y Ejecutivo, teniendo un Jurado de enjuiciamiento de magistrados, otro órgano extrapoder creado. Esa Constitución es la piedra angular sobre la cual se basa el nuevo tiempo político que vive la Republica del Paraguay, un tiempo de mayor equilibrio de poderes y protección de derechos y garantías individuales de los ciudadanos paraguayos.

II. El Golpe de Estado de 1989

El golpe de estado de 1989 puso fin a la dictadura de Stroessner, la más longeva de la historia paraguaya, que se mantuvo por más de tres décadas (35 años) con una estructura tripartita, conformada por el Gobierno, las Fuerzas Armadas y el Partido Colorado, ya que Stroessner además de ser Presidente del Gobierno, era Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas

y Presidente Honorífico del Partido Colorado, sometiendo la voluntad política de los dirigentes y afiliados a ese partido a los dictados del sector militar gobernante, el cual literalmente "ha utilizado" a esa nucleación política para perpetuarse en el poder en sucesivas "elecciones", en las cuales no había libertad política para hacer campanas electorales, ni ninguna posibilidad de que gane otro candidato diferente al Dictador.

El largo régimen stronista ha dejado sin dudas profundas secuelas en la vida política y social paraguaya, como el *prebendarismo y la corrupción*, así como la cultura no democrática que ha tenido el país durante casi toda su historia. Con ese "giro de timón" en la política paraguaya y luego el advenimiento de la Constitución de 1992 se abre una nueva e inédita etapa en la historia del país.

III. La Gobernabilidad y la Constitución Paraguaya de 1992

La Constitución Nacional de la Republica del Paraguay de 1992, ha traído los fundamentos de cambio tan anhelado por el pueblo Paraguayo, forjando instituciones de incuestionable raigambre democrática y estableciendo un Estado que deba inclinarse exclusivamente a servir al hombre libre.

La gobernabilidad hace referencia a un momento de viabilidad política y a una intensidad determinada de las tensiones y conflictos propios del ejercicio de gobierno. La gobernabilidad es en esencia un problema de hegemonía. La gobernabilidad también implica, la capacidad de la sociedad de proponer demandas frente a la posibilidad del estado de entregar respuestas.

Toda gobernabilidad implica tener un sistema constitucional que lo soporte y lo sustente. Situación que actualmente la República del Paraguay posee. Pues queda bien claro que por obra de la Constitución nadie actualmente puede exhibir ni ostentar la posibilidad de que por su sólo arbitrio pueda imponer decisiones a nadie. Los actos trascendentes de gobierno sólo pueden lograrse mediando un consenso nacional expresado en la coparticipación de las distintas fuerzas políticas en la toma de decisiones. Por eso, la gobernabilidad en el Paraguay, no puede ser producto de imposiciones, sino de la consciente y racional observancia de las reglas de la democracia y la vigencia irrestricta del Estado de derecho.

IV. Problemas relacionados con la gobernabilidad y la participación ciudadana

A pesar que existan supuestos constitucionales sólidos, que puedan sustentar una efectiva gobernabilidad en los países, depende además de la capacidad institucional, para hacer coincidir la pluralidad ideológica y la diversidad social en un marco de libertades democráticas que apunten hacia el desarrollo, independientemente del nivel que este pueda reportar en cualquier momento histórico y bajo cualquier forma de producción u organización social.

Dicho de esta manera, la gobernabilidad no es producto, al menos no solo, de una disposición jurídica superior, aunque cabría la posibilidad de esperar que así fuera, más aún, depende en gran medida de la interacción que sea capaz de producirse en un plano de doble direccionalidad entre la denominada sociedad política y sociedad civil, en referencia esquemática a las formalidades de un sistema político nacional.

Ese carácter bidireccional en las relaciones políticas formales tiene lugar entre las instituciones de representación gubernamental y las estructuras de intermediación creadas para el cumplimiento de fines específicos asociados al cumplimiento de las expectativas de crecimiento económico, desarrollo y bienestar social, esto es una relación en términos estrictamente verticales, sin embargo, no se cumple con esa función primordial, objetivamente explícita, si no se logran los vínculos necesarios con las estructuras formales, y legales, habría que decirlo, de la sociedad, por lo tanto, la gobernabilidad es en esencia un producto de la eficacia de la interacción política y la legitimidad que de dicho proceso se deriva.

A pesar de la existencia de estas interacciones políticas y la legitimación existente, existe toda un problemática relacionada con la misma.

1. El problema del multiculturalismo

En efecto, como ya es claro a estas alturas, el programa de educación cívica democrático y participativo es fuertemente valorativo y moral. Aspira a la formación de un tipo muy específico de ciudadano, con rasgos extraordinariamente peculiares: autonomía, deliberación, juicio, etc. Esto parece alejarnos de la diversidad o, al menos, de poner en marcha procesos

de homogeneización cultural democrática que podrían eventualmente ser considerados como negativos para la conservación de las diferencias culturales, religiosas, etc. El modelo liberal- conservador parece ajustarse mejor a la idea de tolerancia, al «vivir y dejar vivir» con el que su misma «delgadez» le relaciona. Es, por tanto, necesario en este punto establecer un equilibrio entre el mantenimiento de los lazos comunitarios ligados a la solidaridad fuerte o a la capacidad de juicio deliberativa (del demócrata participativo) y la tolerancia individualista y de intereses (del liberal-conservador).

2. El problema de los límites del pluralismo

Ahora bien, si se trata de enseñar a los niños en el sistema educativo, y a los ciudadanos en las esferas de participación, valores tales como autonomía, mutuo respeto, deliberación conjunta, etc., es con el objetivo de establecer lo que John Rawls llamaría una "sociedad bien ordenada". Y si esto es así, necesariamente ciertas formas de vida culturalmente diferenciadas (aquellas basadas en la intolerancia, por ejemplo) deben ser eliminadas de cualquier idea de "pluralismo razonable". El problema está en poner ciertos límites al pluralismo y, por tanto, en circunscribir el tipo de valores que resultan compatibles en una ciudadanía liberal democrática. La tarea, entonces, es localizar esos límites y el núcleo específico e irrenunciable de valores ciudadanos liberal-democráticos. Y tal actividad debe producirse en el ámbito de la discusión y la deliberación ciudadana, ya que no existe ningún otro lugar en el que esa tarea pudiera llevarse a cabo.

3. El problema del tipo de participación

Pero aún hay algo más: ¿Es cierto que la participación produce aquellos valores en todos los casos? ¿No es más cierto que es un *tipo específico* de participación el que los engendra? ¿No es verdad que ciertas prácticas políticas participativas, lejos de incentivar el respeto mutuo, la deliberación conjunta, la no-discriminación, lo que incentivan es el cálculo, la estrategia, las categorías «amigo/enemigo», la descalificación moral del adversario político, es decir, la intolerancia? Es cierto que la política no es únicamente una actividad comunicativa y deliberativa, sino también fuertemente estratégica. Tales aspectos estratégicos de la política son ineludibles: una adecuada educación

cívica debería asumirlos y no intentar cerrar los ojos ante su presencia. Quizá lo que quede por hacer a este respecto sea abordar la *cualificación de la participación*. Esto es, abordar un análisis pormenorizado y comparado de los tipos de ambientes participativos, establecer diferencias entre participación institucional (en partidos políticos, por ejemplo), cuasi institucional (sindicatos, por ejemplo), no institucional (movimientos sociales, por ejemplo), informales voluntarios (asociaciones culturales o recreativas, por ejemplo), etc. Se hace igualmente necesaria la clarificación del vínculo entre participación en alguno de estos ámbitos y creación de valores y cultura política con perfil específico (más o menos estratégica, más o menos vinculada a la tolerancia o al respeto mutuo o a la no discriminación, etc.).

4. Participación, gobernabilidad y procesos de regionalización e internacionalización de la política

En la misma línea, parece hacerse necesaria la incentivación de valores políticos entre los ciudadanos capaces de reflejar y hacerse cargo de los distintos procesos políticos «superadores» del marco nacional-estatal. Se hace, pues, conveniente la inculcación a los ciudadanos de valores políticos asociados a visiones más cosmopolitas, más favorecedoras de la creación de interdependencias regionales, etc. Valores que indirectamente tienen impactos muy positivos en una gobernabilidad cada día más dependiente de ese tipo de procesos políticos, económicos, etc., regionales e internacionales. Y valores que, igualmente, nos conducen hacia versiones no nacionalistas ni cerradas de nuestras relaciones con los otros.

IV. Informes de organizmos internacionales con respecto a la gobernabilidad

Teniendo en cuenta las afirmaciones más arriba apuntadas son para tener presente las conclusiones esgrimidas por el PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), en relación a la gobernabilidad y la democracia en América Latina

> *"...La gobernabilidad se ha convertido en uno de los problemas más relevantes de nuestro tiempo, y esto es así porque la meta que esta en juego es conseguir elevar los niveles de desarrollo humano en América*

Latina, para lo cual un marco de gobernabilidad democrática es indispensable.

En la actualidad organismos internacionales y las agencias multilaterales y nacionales de cooperación están incorporando cada vez más en sus agendas a la gobernabilidad como la parte institucional del desarrollo humano.

Hace poco menos de un año el PNUD, realizó una importante contribución sobre el tema de gobernabilidad, el cual fue publicado en el Informe sobre Desarrollo Humano. En dicho estudio se reconoce la gobernabilidad como factor del desarrollo humano y como una de las herramientas más importantes para crear un entorno adecuado y mejorar las condiciones de vida de las personas.

El informe señala que la gestión pública es importante para el desarrollo, que las instituciones, las normas y los procesos políticos desempeñan un importante papel para que las economías crezcan.

Por consiguiente el desarrollo humano no es simplemente un problema social, económico y tecnológico, es también un problema institucional y político.

El informe destaca que la gestión para el desarrollo humano significa mucho más que instituciones y normas efectivas, la gobernabilidad desde la perspectiva del desarrollo humano es una gobernabilidad democrática que tiene ciertos atributos:

i. Respeta los derechos humanos y las libertades de las personas.
ii. Vela por que exista igualdad entre hombres y mujeres.
iii. Lucha por la no discriminación por motivos de raza, origen étnico, clase y genero.
iv. Es participativa y transparente en el proceso de toma de decisiones.
v. Dispone de mecanismos para la exigencia de responsabilidades por parte de la sociedad.
vi. Es eficiente en la utilización de los recursos.
vii. Es equitativa.
viii. Las políticas económicas y sociales responden a las necesidades de la sociedad.
ix. El objetivo de las políticas económicas y sociales tienen por objetivo el bien común.

x. Promueve el Estado de Derecho.

La promoción del desarrollo humano requiere de una gobernabilidad democrática tanto de forma como de contenido: para el pueblo, y por el pueblo. La gobernabilidad democrática contribuye al desarrollo humano por tres motivos:

1. El hecho de gozar de una libertad política y poder participar en las decisiones que afectan nuestra vida es un derecho fundamental y que forma parte del desarrollo humano.
2. Por ser la democracia, el único régimen político que garantiza las libertades políticas y civiles y el derecho a participar, ayuda a proteger a las gentes de catástrofes económicas y políticas.
3. La gobernabilidad democrática puede desencadenar un ciclo positivo de desarrollo, a medida que la libertad política hace posible que los ciudadanos puedan exigir políticas que amplíen sus oportunidades sociales y económicas.

El PNUD considera que la reducción de la pobreza es en gran medida función de la calidad de las instituciones de los países y sus políticas, y que la democracia y el desarrollo sostenibles requieren instituciones transparentes con rendición de cuentas, funcionarios profesionales competentes y responsables, y leyes y marcos reglamentarios de la vida económica y política abiertos y equitativos. El ejercicio de la democracia supone el acceso abierto a la información; la participación en las decisiones públicas; el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo a aquellos más marginados de los beneficios del desarrollo de la sociedad.
De ahí surge la importancia de fomentar una buena gobernabilidad, pues muchos problemas de desarrollo reflejarían una inadecuada institucionalidad y un fracaso de gobernabilidad.
Dado que la gobernabilidad democrática requiere la rendición de cuentas por parte de quienes ostentan el poder, el informe realiza un esfuerzo importante por presentar, algunas mediciones objetivas y subjetivas de gobernabilidad que siguen una metodología aceptada internacionalmente, dentro de las mediciones objetivas se encuentran la concurrencia de votantes o la existencia de elecciones competitivas,

las mediciones subjetivas abarcan varios índices como, libertades civiles, derechos políticos, libertad de prensa, estado de derecho, eficacia del gobierno, índice de percepción de la corrupción, entre otros.

El informe, además, de presentar una serie de mediciones de gobernabilidad, destaca que la gobernabilidad democrática significa algo más que un simple derecho a voto que tienen las personas. Como ya lo ha expresado el administrador del PNUD, Sr. Malloch Brown, "ni los mercados, ni la política, ni la sociedad pueden funcionar sin instituciones y reglas y que éstas –la gobernabilidad- no se refieren ya sólo a las organizaciones gubernamentales porque enmarcan y entrelazan una serie interdependiente de actores que comprende los gobiernos, los actores de la sociedad civil y el sector privado, y ello tanto a nivel local como nacional e internacional".

Asimismo señala que "el desafío de la globalización no es detener la expansión de los mercados globales sino encontrar las reglas y las instituciones de una gobernabilidad mejor, siendo esta, local, regional, nacional y global para preservar las ventajas de los mercados y la competencia global, pero también para proveer los recursos comunitarios y medioambientales suficientes para asegurar que la globalización trabaje para la gente y no sólo para los beneficios"

Breves conclusiones

§ La gobernabilidad va mucho mas allá de un simple derecho al voto que tienen las personas para instalar un gobierno o destruirlo, se refiere más bien a la calidad del sistema institucional, debe incluir el fortalecimiento de las instituciones democráticas a fin de que puedan ponerse a la par de los cambios de la distribución del poder económico y político, y debe fomentar una política democrática que haga posible la participación y la responsabilidad públicas.

§ La gobernabilidad que lleva al progreso humano debe ser democrática, significa que la gestión pública debe adaptarse a las necesidades de las personas, debe tener la capacidad de transformar los intereses particulares en un interés general y del estado en su conjunto.

§ Según el PNUD, gobernabilidad significa, el marco de reglas, instituciones y practicas establecidas que sientan los límites y los incentivos para el comportamiento de los individuos, las organizaciones y las empresas."

Estas conclusiones del PNUD son relevantes pues este organismo internacional trabaja activamente en los temas de gobernabilidad de America Latina, con enfoque particular en cada país y relacionando con la realidad de la región, a través de funcionarios y consultores que se vinculan con gobiernos y actores de la sociedad civil.

IV. Elementos necesarios para que exista democracia

La democracia es mucho más que la realización de elecciones libres por voto popular, para que exista la DEMOCRACIA en un país, anulando el populismo y la tiranía, se necesita imprescindiblemente:

- Que el **Poder Legislativo**: represente al pueblo, sin influencia externa alguna, ni de partidos políticos ni de los demás Poderes del Estado.
- Que el **Poder Judicial**: sea INDEPENDIENTE, consagrando el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- Que el **Poder Ejecutivo**: administre el país equitativamente, con seriedad y responsabilidad.
- Que los **sistemas electorales** funcionen adecuadamente, eliminando las tan repudiadas denominadas "listas sábanas" o el sistema cerrado bloqueado de las listas para cargos plurinominales, instauradas actualmente en nuestro país, a través de nuestro Código Electoral, lo cual estamos tratando de cambiar con otro proyecto legislativo que se esta estudiando actualmente en el Senado de la Nación, el cual establecería un sistema de "listas cerradas desbloqueadas", el cual le dará al elector una mayor posibilidad de decisión al votar para los citados cargos manteniendo el sistema proporcional establecido en la Constitución nacional vigente.
- Que los medios de comunicación no estén controlados por el Estado o que solo respondan a intereses económicos muy poderosos que pudieran tener conflicto de intereses con la libertad de prensa, muy por el contrario, que sean libres, neutrales e independientes.

VI. Mecanismos institucionales que ponen en riesgo la governabilidad democrática en Paraguay

MECANISMO INSTITUCIONAL FORMAL: En primer lugar se podría hacer una critica al sistema electoral para la integración de cuerpos colegiados. El sistema de representación proporcional, establecido en la Constitución Nacional, favorece la participación de todos los sectores en su composición, tanto de los mayoritarios como de los minoritarios con cierta base electoral, lo cual ayuda a la pluralidad y coexistencia de diversas fuerzas políticas en ambas Cámaras del Congreso Nacional, que es un buen signo democrático, pero a la vez dificulta la gobernabilidad en su seno debido a la gran dificultad que existe para negociar y llegar a conclusiones fáciles y practicas para los asuntos cotidianos que relacionan al Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo y que requieren rápida concreción. En un país de poca tradición democrática no es fácil dialogar entre varios sectores, arribando a acuerdos, por lo que la representación variada en el Congreso Nacional dificulta la posibilidad de hacer pactos y alianzas sobre asuntos que hacen a la gobernabilidad del país. Asimismo, el procedimiento de sucesión del Presidente y Vicepresidente en la Constitución Nacional vigente, ya que en la misma no se establece explícitamente que ante la dimisión, destitución o acefalía de un presidente tenga que celebrarse elecciones presidenciales, contraviniendo unos de los principios básicos del sistema presidencialista, la elección directa del presidente, y por ello anula legitimidad a su autoridad.

MECANISMO INSTITUCIONAL INFORMAL: Prebendarismo y corrupción, que son comportamientos y fórmulas de relación entre algunos actores, en un país en que demasiada gente depende del Estado, en sus diversos niveles, para trabajar y solucionar sus problemas de vida cotidianos. Estas practicas ilegales y contrarias al buen gobierno, están informalmente institucionalizadas en muchos estamentos, principalmente políticos, de la sociedad paraguaya, lo cual debe ser erradicado definitivamente para dar lugar a una verdadera institucionalidad, en la cual se de prioridad a la carrera del servicio publico e igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Asimismo el problema de la corrupción, que desgraciadamente es común a muchos países latinoamericanos y del Caribe, debe ser combatido haciéndose uso de los instrumentos de control que están previstos en la Constitución Nacional y las leyes y, sobre todo, combatiendo la posterior impunidad con

un Poder Judicial independiente y eficaz, que demuestre a la ciudadanía su eficacia en alcanzar los ideales de justicia.

El problema real no es la falta de un adecuado marco constitucional y legal en el país, el cual debe ser permanentemente mejorado, sino que la realidad es que el mismo debe ser cumplido, lo cual en muchas oportunidades, no se produce y tampoco tal grave hecho se traduce en el cumplimiento de penas de parte de quienes no lo hacen, sean ellos autoridades o ciudadanos comunes, generándose la impunidad que afecta la calidad de la democracia en el país.

VII. Control de poderes establecido en la constitución nacional que supone un avance hacia la gobernabilidad democrática

La Constitución del Paraguay en su Art. 3° establece: "*El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control…*", lo que permite un mecanismo de control entre los tres poderes del Estado. Hagamos pues un rápido repaso de las atribuciones que tienen los Poderes del Estado, conforme a la Constitución Nacional vigente:

EL PODER LEGISLATIVO: tiene facultad para **SOLICITAR INFORMES** a los demás poderes del Estado (Art. 192), así como **CITAR, INTERPELAR Y EMITIR VOTO DE CENSURA** contra altos funcionarios de la Administración Pública (Art. 193, 194), **CONSTITUIRSE EN COMISIONES DE INVESTIGACIÓN** para esclarecer asuntos de interés público (Art. 195) y **SOMETER A JUICIO POLÍTICO** por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes al Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral (Art. 225).

EL PODER EJECUTIVO: Nuestra actual norma fundamental ha restado capacidad de decisión al Presidente de la República, con respecto a las atribuciones que le eran otorgadas en la Constitución de 1967, es así que necesariamente debe **CONTAR CON EL ACUERDO** del Poder Legislativo

para designar embajadores, así como nombrar a los grados superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (Art. 238 num.7 y 9). Asimismo, debe **DAR CUENTA DE SU GESTIÓN ANUAL** al Congreso (Art. 238 num. 8), debe **RECIBIR LA APROBACIÓN O RECHAZO** por parte del Congreso Nacional en el caso de declarar el estado de excepción, **NO PUEDE** Disolver el Congreso, **puede VETAR PARCIAL O TOTALMENTE** un proyecto de ley, aunque esta facultad queda debilitada con una decisión de mayoría absoluta de las Cámaras, el Presidente de la República **PUEDE SER DESTITUIDO** mediante el juicio político por el Congreso.

EL PODER JUDICIAL: La Constitución de 1992 garantiza la **INDEPENDENCIA** de este Poder del Estado (Art. 248), la **INAMOVILIDAD** (Art. 252), el régimen de **INCOMPATIBILIDADES** (Art. 254), así como las **INMUNIDADES** (Art. 255). No obstante, el nivel real de independencia se puede ver afectado por los criterios de designación de los magistrados de la Corte Suprema, pues los mismos son designados en un proceso inicial de selección de ternas de candidatos a cargo del Consejo de la Magistratura, un órgano extrapoder encargado de esa tarea, y deben tener el posterior acuerdo del Senado y el Poder Ejecutivo para ser finalmente designados, proceso en el que, en la mayoría de las ocasiones exista una excesiva "politización o cuoteo político" a través del reparto de espacios en los órganos de decisión de la administración de justicia, llámense estos Fiscalía General del Estado, Corte Suprema de Justicia o Tribunal Superior de Justicia Electoral, atendiendo al poder político de los partidos y movimientos que están representados en el Congreso Nacional.

VIII. Influencia de la evolucion del proceso constitucional en la gobernabilidad

No se puede negar la directa relación que existe entre la irrupción del Constitucionalismo, el fortalecimiento del proceso constitucional y la aplicación efectiva del Derecho Constitucional, con el establecimiento de la institucionalidad democrática y el logro mejores condiciones de gobernabilidad en el Paraguay, aunque existen también otros factores y problemas que influyen en la misma. Esto ya lo hemos analizado con precedencia en párrafos anteriores de este trabajo y basta ver la evolución del proceso constitucional paraguayo a la par que se establecía la democracia

y la gobernabilidad en el país, por ello incluso se habla hoy de gobernabilidad constitucional, concepto que resume la interrelación que existe entre lo que implica la gobernabilidad bajo el marco del Derecho Constitucional. Pero esta es una realidad que se aplica a toda America Latina y el Caribe, siendo un ejemplo de ello lo manifestado por el eminente jurista e investigador mexicano Diego Valides[2]. "Los problemas de gobernabilidad tienen que ver con los múltiples problemas concernidos con el Estado constitucional. Debe tenerse en cuenta que la gobernabilidad constitucional supone un proceso de nacionalización en el ejercicio del poder" lo cual se ha logrado con la evolución y aplicación efectiva del Derecho constitucional en la región.

Asimismo, es interesante acotar que, aparte de los términos buen gobierno y gobernabilidad, se usa mucho lo que se denomina "calidad de la democracia"[3], la cual se halla erosionada en algunos naciones de America Latina, en las cuales Gobiernos democráticamente electos posteriormente, en el ejercicio del poder, dejan sin contenido a la democracia de su país, instalando practicas arbitrarias a través de medidas populistas con el afán de mantenerse por largo tiempo en el poder, erosionando el ejercicio democrático y afectando los derechos y garantías consagrados en sus propias Constituciones . Al respecto, el mismo Valades expresa "los fundamentos del poder se encuentran en la legitimidad, en cuanto a su origen, y en la racionalidad, en cuanto a su contenido. El poder que no resuelve conflictos y que, por el contrario, los exarceba, no es racional". Por este motivo es que hoy en día se habla de gobierno democrático y legitimo no solo en cuanto a su origen, sino también en cuanto a su desempeño y para evitar este tipo de situaciones, se han establecido, como por ejemplo en la Constitución paraguaya de 1992 "el derecho de resistencia a la opresión" por el cual "Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones y actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución"[4]. Asimismo, "Se autoriza a los ciudadanos a resistir a los usurpadores por todos los medios a su alcance"[5] . Estas salvaguardas democráticas fueron incluidas, por primera y

[2] Valades, Diego. *"Gobernabilidad y Constitucionalismo en America Latina"*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005, serie Doctrina jurídica, num.243, 453 pp.
[3] ID.
[4] Constitución Nacional de la Republica del Paraguay, articulo 137, párrafos 3 y 4.
[5] Id, articulo 138, parrafo 1.

única vez en la Constitución paraguaya actualmente vigente, atendiendo a la triste historia no democrática del país, la cual no es excepción en relación del resto de America Latina, para que la democracia "no sea sino un intersticio: paréntesis fugaz entre largas etapas en las que se impuso sobre la Nación el imperio de autoritario de dictadores y déspotas"[6].

Conclusiones

Conforme lo hemos analizado detenidamente en el presente trabajo, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos que el Derecho Constitucional ha sido y es un elemento fundamental en la evolución del proceso democrático y la actual gobernabilidad en el Paraguay y, porque no decirlo en el resto de America Latina. Ello no implica que dicha relación este exenta de defectos y problemas, ni que el Derecho Constitucional pueda constituirse en la panacea para la gobernabilidad de nuestro países, pero constituye un factor clave para la gobernabilidad, coadyuvado por otros.

A ello debemos sumarle el nuevo orden jurídico y político internacional vigente en el cual se han destacan las ratificaciones de las Cartas Democráticas de los organismos internacionales, como la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o la cláusula democrática del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), han jugado un papel fundamental en situaciones criticas para las democracias latinoamericanas, como lo ha sido el intento de golpe de estado contra el Gobierno democrático del Paraguay del ano 1996 o el golpe de Estado de Honduras del ano 2009. Tomando cuerpo en el orden jurídico interamericano y mundial, la idea de legitimidad política y democrática, tanto en el origen como en el desempeño de sus respectivos Gobiernos, motivo por el cual actualmente en el Paraguay no ha podido aceptarse en el Poder Legislativo la idea del ingreso de Venezuela como miembro del MERCOSUR, debido a las acusaciones que se formulan en contra de su Gobierno, tanto a nivel nacional como internacional, por la comisión de violaciones a la libertad de prensa y a los derechos humanos en su país, constituyéndose un "verdadero derecho internacional de la democracia"[7] que no solo ha ayudado a ella, sino a la gobernabilidad de los

[6] Frase atribuida a Don Rómulo Betancourt, ex Presidente de Venezuela.
[7] Concepto atribuido a Boutros Boutros- Galli, ex Secretario de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

países de la región en el ámbito de la cooperación y la vigencia del Derecho internacional, lo cual se ve reflejado, como lo hemos referido en el orden constitucional interno.

A la luz de todo lo que hemos referido en el presente trabajo podemos concluir que el Derecho Constitucional absorbe también, en su desarrollo, la evolución política hacia la democracia que ha ido teniendo America Latina y el Caribe, contribuyendo, a su vez, a que ese sistema político pueda ser el mas efectivo y viable, pero, constituyéndose al mismo tiempo, en la base y en el fundamento sólido y valido en el cual se asienta la gobernabilidad de nuestras naciones latinoamericanas.

Democracia, Gobernabilidad y el Tribunal Constitucional

Iván Escobar Fornos

1. Concepto y factores fundamentales de la democracia y la gobernabilidad

En términos generales democracia es la forma de gobierno que impide el control del poder del Estado en un sólo órgano, en una persona o grupos de personas, y recoge los derechos humanos inherentes a la persona y su sistema de defensa, en una constitución rígida generalmente escrita como norma superior. Gobernabilidad es la capacidad del gobierno de satisfacer las aspiraciones y necesidades espirituales y materiales del pueblo dentro de la racionalidad, honestidad y posibilidad de los recursos existentes. No son dos conceptos independientes uno del otro; por el contrario, son interdependientes, se auxilian mutuamente, caminan de la mano en forma continua, en busca de su perfeccionamiento.

Son muchos los factores que inciden en el funcionamiento de ambos: la educción primaria, secundaria y universitaria; la salud del pueblo; la vivienda a los sectores más desposeídos; el desarrollo económico; la pobreza y el desempleo; la falta de diálogo entre los gobernantes y gobernados; la falta de democratización de los partidos políticos; el desprestigio de la clase política por su escasa visión y transparencia; la escasa confianza en el Poder Legislativo por la poca comunicación con el pueblo y la lentitud con que solucionan los problemas de gobernabilidad y democracia; la crisis del Poder Judicial por

su falta de independencia externa; el problema de las elecciones libres y honestas; el problema de los emigrantes y refugiados; el gran poder económico político y social de la delincuencia organizada que penetra en todos los órganos del Estado.

La democracia y la gobernabilidad tienen como base el crecimiento económico y la equidad social, del cual deben participar todos los sectores sociales, políticos y económicos, lo cual favorece la gobernabilidad, la democracia y la legitimidad del poder. Es preciso buscar el justo equilibrio entre la libertad y la igualdad para lograr la paz social y la convivencia.

Los partidos políticos han entrado en crisis, lo que ha contribuido en América Latina al deterioro de la gobernabilidad y la democracia. Es preciso democratizarlos y modernizarlos ante una sociedad moderna y de avances rápidos en la tecnología y la ciencia. Los partidos muchas veces se olvidan de los procesos electorales y se dedican a satisfacer los intereses de sus integrantes y patrocinadores, es muy común en América Latina el caudillismo o liderazgos personales lo que tristemente ha conducido, no pocas veces, al autoritarismo.

A lo anterior debemos señalar que el Sistema Presidencial principia a ser cuestionado en América Latina, al cual se le atribuyen muchísimos de los fracasos de la continuidad democrática, pues propicia un Poder Ejecutivo superior a los otros poderes, es rígido, se encarna en una sola persona (el Presidente), el que es Jefe de Gobierno, del Estado y del Ejército, maneja el presupuesto, etc. por lo que últimamente se ha propuesto una parlamentarización del Sistema Presidencial.

El Estado de Derecho, dentro del cual el imperio de la ley es fundamental, es constantemente violado abusándose así de las instituciones democráticas, la separación de poderes es rebasada, se producen concentraciones de poderes y violaciones a los derechos humanos, se usa y abusa de los poderes constituyentes, de las reformas constitucionales, de los referéndum, de los plebiscitos, de las reelecciones, por tal razón nuestro trabajo pone acento en la importante función de control del Tribunal Constitucional en la gobernabilidad y la democracia.

Cuando el Estado de Derecho es violado se produce la ruptura de las instituciones democráticas, lo que propicia la penetración en el Estado por organizaciones criminales de alcance regional e incluso continental. Contando con vastos recursos económicos producto de sus actividades ilícitas, la delincuencia organizada se propone corromper las instituciones públicas y

privadas, infiltra los partidos políticos y procura poner a su servicio a los propios órganos del Estado que deberían esforzarse en combatirlas. Los órganos estatales son más fácilmente socavables cuando ya están debilitados por una cultura de inobservancia de la ley, y además son frágiles o inexistentes los controles democráticos sobre sus actuaciones.

Peor aún ocurre cuando incluso los órganos jurisdiccionales a todos los niveles son vistos con desconfianza por el pueblo, por su falta de independencia, e incluso por sus actuaciones frontalmente contrarias a la constitución y a las leyes. Cuando los fallos judiciales son percibidos por la población como motivados partidariamente, o peor aun, dictados bajo cohecho o soborno, se corre el riesgo de caer en una situación de anarquía y desobediencia civil a esos fallos.

El Poder Judicial, sobre todo en sus más altas expresiones (tribunales de casación, tribunales constitucionales) debe ser el valladar que proteja la institucionalidad y la gobernabilidad de un país, y cuando fracasa en este empeño, el resultado no puede ser otro que la inseguridad jurídica y la inestabilidad política y económica. Sobre todo la justicia constitucional tiene un papel de primer orden en el mantenimiento de la paz social, en el control democrático del funcionamiento de las instituciones estatales, y en la gobernabilidad. Cuando la erosión de la vigencia efectiva de la constitución proviene del propio órgano designado para protegerla, las consecuencias no pueden dejar de ser catastróficas para la vida social, política y económica del país.

Es conveniente en América Latina la creación de bloques regionales integrados en sus economías y fortalecidos en sus vínculos políticos, sociales y culturales, que propicien las reindivindicaciones de sus recursos naturales y ponerlos al servicio del pueblo, como se está haciendo en varios países del América del Sur. En Centroamérica falta una verdadera integración económica y política. Todas estas uniones favorecen en la lucha que plantea la globalización.

No debemos olvidar la conservación de nuestros recursos naturales y el ambiente, factor importante que incide en la salud, la calidad de vida, el desarrollo económico, entre otros factores.

La democracia y la gobernabilidad demandan la celebración de elecciones libres, honestas y competitivas, mediante la intervención de órganos electorales independientes y las reformas de las leyes electorales, propiciando resultados que garanticen la legitimidad de origen de los gobiernos, puerta de entrada a la democracia.

El fenómeno rápido de la globalización debe reflejarse en las leyes ordinarias y la Constitución para garantía de las personas y el mismo gobierno, pues afecta al concepto tradición de la soberanía, la intervención de la justicia ordinaria y constitucional en la solución de los conflictos al plantearse este nuevo fenómeno al derecho nacional. De esta inserción surgen órganos supranacionales que obligan a los nacionales, un nuevo derecho homogéneo y un modificado derecho internacional a escala mundial. No podemos olvidarnos que éste fenómeno tiene grandes beneficios, pero también aspectos negativos como la desigualdad entre Estados y sociedades, de aquí la necesidad de regularlo con mucho cuidad.

La pobreza y el desempleo azotan sin piedad enormes sectores de la población de la América Latina, las estadísticas asustan, la grave crisis por lo que atraviesa la clase media, lo que nos convoca a la búsqueda inmediata de medios para combatirla con toda sinceridad y fortaleza. Estos sectores son fáciles blancos de la delincuencia, del narcotráfico, de las enfermedades y epidemias, de la moderna esclavitud, del terrorismo y la inestabilidad, entre otros factores. Esto es inaceptable, son pocos los ricos y el resto vive en la pobreza, el desempleo o la sumisión, los que pierden la fe en la democracia porque no los beneficia, convirtiéndolos en fácil presa del autoritarismo.

2. Relaciones, tensiones y límites del Tribunal Constitucional

Este es uno de los temas más apasionantes porque se enmarca dentro: de las fuentes del Derecho; los sistemas de control constitucional; las relaciones, tensiones y límites del Tribunal Constitucional con los restantes poderes y órganos del Estado; el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente; el funcionamiento de la democracia representativa; el principio de la división de poderes, piedra sillar de la democracia; y la gobernabilidad entre otros.

El acercamiento al tema lo inspira la enjundiosa monografía original y bien fundamentada que publicó el destacado jurista y constitucionalista Jorge Carpizo, denominada el "Tribunal Constitucional y sus Límites"[1].

[1] Editores y Librería Jurídica Grijley. Perú, 2009.

3. Origen y justificación de la justicia constitucional

Desde su origen remoto, el Derecho encuentra en su ordenamiento normas preferentes dictadas por el Rey, el tirano, el poder religioso, etc., las que prevalecían sobre las inferiores a través de ciertos mecanismos[2]. Son antecedentes remotos que si bien nos brindan una idea en lo que se fundamenta el sistema moderno del control constitucional, ambos controles no debemos identificarlos.

El sistema moderno surge aparejado con el constitucionalismo. La constitución aparece como una norma fundamental y superior[3], la cual debe respetarse. Es cierto que en un principio las constituciones eran consideradas como proyectos programáticos que necesitaban de la intermediación de la ley ordinaria para su aplicación material. Sin embargo, se reconocía aun en las constituciones flexibles la inconstitucionalidad y, por tanto la nulidad, de aquellas leyes ordinarias que violaban las reglas del procedimiento para su aprobación por las asambleas o parlamentos[4].

La aparición del sistema moderno del control del cumplimiento de la constitución coincide con la famosa sentencia del juez John Marshall de 1803 en el caso Marbury vs. Madison, en la que se reconoce a la constitución

---

[2] Nomos y psefismo; ivs naturales iuspositivum.

[3] Hamilton en El Federalista expresa: "Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben" (El Federalista A. Hamilton, J. Madisón y J. Jay. Fondo de Cultura Económica. México 1994. Artículo LXXVIIII. pág. 332). Hamilton en su artículo LXXXVIII sienta las bases del control judicial. De aquí que se haya dicho que Marshall en su famosa sentencia desarrolló y aplicó la tesis de Hamilton, a quien algunos comentaristas lo consideran más que cualquier otro como el autor de la revisión judicial, el genio colosal del nuevo sistema.

[4] No se ha descartado que, en las constituciones flexibles y en las que omiten consagrar la inconstitucionalidad por irregularidades formales (violación de los procedimientos para la formación del acto o ley), se puede declarar dicha inconstitucionalidad (Cfr. Alfonso Celotto. La Corte Constitucional en Italia. Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Traducción de Gastón Federico Blasi, México D. F. pág. 19 y 20).

como norma superior que se impone ante las leyes ordinarias, las que al oponerse a ella resultan nulas.[5] Luego surge en 1920 la tesis kelseniana del control constitucional por un Tribunal Constitucional, con potestad de legislador negativo[6]. En el control moderno los jueces son escogidos como guardianes de la Constitución[7].

Varios argumentos se han esgrimido en contra del sistema de control de la constitucionalidad, entre ellos: se viola el principio de la división de poderes; se politiza la justicia; se le concede al Tribunal Constitucional o al Poder Judicial, que no tienen legitimación popular, funciones normativas; se deja al arbitrio de estos órganos la determinación del contenido constitucional, terminando insegura la aplicación del derecho; es un poder constituyente permanente.

No obstante, la población, la doctrina y el ordenamiento jurídico actual justifican el control judicial de la constitucionalidad por las razones siguientes: los tribunales constitucionales son creados por el poder constituyente que a su vez tiene su legitimidad en el pueblo por lo que su legitimidad la reciben del pueblo a través del constituyente; el Tribunal Constitucional, si bien tienen una función política, porque político es el contenido de la constitución, su método de aplicación e interpretación es jurídico; los resultados de este sistema han sido fructíferos para la democracia constitucional y por eso hoy se considera como una pieza indispensable de la democracia como es la división de poderes

[5] En dicha sentencia se expresaba: "Está fuera de discusión que o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el Legislativo puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria… Entre tales alternativas no hay término medio posible. O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios: o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquier de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca… Si es cierto la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitado por naturaleza (El Federalista artículo LXXVIII, pág. 332).

[6] Un poco antes se creó en el mismo año un tribunal constitucional en Yugoslavia y después otros en países de Europa, los que fueron anulados por el nazifacismo. Después de la Segunda Guerra Mundial volvieron a surgir con buen suceso y hoy se aceptan en lo que fue la Europa del Este y en varios países de América Latina.

[7] Hamilton reitera la doctrina de que los tribunales ordinarios son los guardianes de la constitución y son nulos los actos contrarios a ella: "Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta" (El Federalista, artículo LXXVIII, pág. 331).

y el pluralismo político; este sistema de control constitucional está ajustándose, junto con las leyes o normativas ordinarias, al sistema de reclamos de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en las constituciones modernas, sin los cuales no tienen una función útil o no pueden cumplirse los derechos individuales de la primera generación; la justicia constitucional acepta el principio de prudencia para evitar conflictos con los poderes controlados, no invadiendo competencias y ajustando algunas de sus sentencias a ese concepto (sentencias atípicas o manipulativas); es un elemento fundamental para la democracia y la gobernabilidad en la democracia contemporánea.

4. La división de poderes y el control constitucional

En el constitucionalismo podemos observar que los tres poderes del Estado: el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo,[8] han reclamado el control de la constitucionalidad, y actualmente se han constituido tribunales constitucionales independientemente o formado parte del Poder Judicial.

Durante el imperio de la Teoría de la División de Poderes en toda su extensión, prevaleció el autocontrol por el parlamento de sus actos y leyes. No se concebía que el Poder Judicial controlara la constitucionalidad de las leyes. Este es un control político por parte del mismo órgano legislativo.

Es un sistema ya abandonado, se aplicó en Nicaragua en las constituciones siguientes: la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 y la Constitución de 1838. También fue aceptado en las constituciones de la Unión Soviética y sus países satélites. No es un verdadero control porque no puede ser juez y parte la Asamblea Nacional para juzgar sus propios actos.

La doctrina moderna se ha separado de la estricta división de poderes de la Revolución Francesa por las razones siguientes: a) Se autoriza a los jueces y tribunales ordinarios para interpretar las leyes (lo que no se permitía al comienzo de la Revolución), e incluso hasta crear una normativa al interpretarlas, principalmente en las sentencias que declara la inconstitucionalidad de la ley, para la interpretación evolutiva y la interpretación en las sentencias manipulativas. b) Aunque no es aceptado el stare decisis, los tribunales en la práctica deciden los casos semejantes en forma similar

[8] El recurso de contrafuero establecido por el régimen franquista en la Ley Orgánica del Estado Español.

con efectos erga omnes, principalmente las cuestiones constitucionales, convirtiendo las sentencias en leyes, lo que es rechazado por la teoría pura de la división de poderes, que parte en la superioridad del poder legislativo, lo mismo que de la ley, todo lo cual no puede ser controlado por los jueces. c) Se permite el control de la legalidad de la administración pública por los jueces y tribunales.

Como fácilmente puede observarse, la Teoría de División de Poderes ha recibido muchas modificaciones a favor del control de la constitucionalidad a través de la justicia ordinaria, los tribunales constitucionales o por los sistemas mixtos de justicia constitucional.

En la historia del control se parte de un control rudimentario, se pasa al autocontrol y últimamente al control amplio con las limitaciones propias de las cosas y naturaleza de esta institución que estudiaremos brevemente en este trabajo.

5. Los sistemas de control y sus límites

Mientras no aparecía el control judicial de la constitucionalidad, lo mismo que el autocontrol del Poder Legislativo, los poderes tenían una función específica y exclusiva; el Poder Legislativo de hacer, modificar y derogar las leyes; el Poder Judicial de aplicar, interpretar e integrar la ley; y el Poder Ejecutivo de aplicar y realizar la ley. Pero si se observa bien, a los tres poderes del Estado se le ha asignado funciones administrativas, normativas, judiciales o sancionadora. Estas variadas atribuciones nos conducen a establecer controles internos en cada poder y un control de constitucionalidad judicial por violación de los derechos humanos y la constitución.

En la teoría de la División de Poderes existen balances, distribución de competencias y controles, estos principalmente atribuidos a la justicia constitucional como destacaremos en este estudio. El Ejecutivo, por ejemplo, controla al Poder Legislativo mediante el veto, el Legislativo al Ejecutivo mediante el enjuiciamiento del Presidente,[9] el voto de censura y las interpelaciones, etc.; el Poder Legislativo controla al Poder Judicial mediante

[9] En nuestro sistema, el Presidente y Vicepresidente de la República son juzgados por causas penales por la Corte Suprema de Justicia, previa privación de la inmunidad por la Asamblea Nacional (art. 130 párrafo V de la Constitución y 334 y sigts. del Código Procesal Penal de Nicaragua).

nombramientos y destituciones, el Judicial al Legislativo mediante la declaración de la Inconstitucionalidad y el Amparo.

En el Sistema Puro de Control de la Constitucionalidad por el Parlamento no se puede esperar con seguridad que se declare la inconstitucionalidad y la consiguiente derogación de la ley, lo mismo que en el Sistema de Control Judicial compartido con la Asamblea Legislativa. En nuestra Constitución de 1848 cuando las dos Secciones de la Corte Suprema de Justicia se ponían de acuerdo sobre la inconstitucionalidad de las providencias en forma de ley, ordenanzas, órdenes o resoluciones, se prevenía a los jueces para que suspendieran su aplicación hasta que el Poder Legislativo resolviera sobre su inconstitucionalidad. Estos sistemas, como ya hemos visto, han sido abandonados, pues no garantizan un verdadero control. No se puede hablar de límites del control, cuando no existe control.

En algunos sistemas mixtos todavía existentes, principalmente en América Latina, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley, la sentencia que lo hace produce efectos generales y la excluye el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando es declarada por los Tribunales Ordinarios en los juicios que conocen, la sentencia solamente la declarada inaplicable al caso concreto, lo cual es un límite a éste control constitucional ordinario, ya que la justicia constitucional se reserva exclusivamente al Tribunal Constitucional, el que puede conocer por la violación de los derechos fundamentales de la sentencia de los tribunales ordinarios al finalizar la contienda.

Todos los sistemas de control han venido ampliando su función de control, tanto con relación a su objeto (leyes, decretos-leyes, disposiciones, actos, resoluciones, etc.), como con relación a los órganos controlados (poder judicial, poder ejecutivo, poder electoral en su caso), la naturaleza de la materia controlada (cuestiones políticas, electorales, situaciones de emergencias, etc.), la ampliación de la legitimación para pedir el control y el reconocimiento del derecho fundamental de obtener una efectiva tutela constitucional.

6. Relaciones del Tribunal Constitucional con el Poder Ejecutivo

A. Control de sus actuaciones

El Tribunal Constitucional controla en varias formas las actuaciones del Poder Ejecutivo: a) La legalidad de los actos de la administración pública es

controlada por el Poder Judicial el cual, una vez agotados los recursos administrativos correspondientes, puede revisar la violación de los derechos fundamentales al perjudicado a través del recurso de amparo. b) Podría controlar las bases fundamentales de la declaración del Estado de Excepción aunque sea aprobado por la Asamblea Nacional. c) La procedencia y fundamentación de la cuestión de competencias entre el poder ejecutivo y el legislativo.[10] d) La reglamentación de las leyes cuando expresamente así lo determine.[11] e) Los decretos ejecutivos en materia administrativa, las condiciones para ser ministros, presidentes o directores de entes autónomos y gubernamentales y embajadores, una vez calificada por el Poder Ejecutivo que los nombra y el Poder Legislativo que los ratifica.[12] f) El ejercicio legal del cargo, sin la notificación de la Asamblea Nacional, de los ministros del Estado, Procurador y Subprocurador General de la República, Presidentes, Directores de entes autónomos y gubernamentales, jefes de misiones diplomáticas.[13]

B. Tensiones con este poder

En el Presidencialismo una sola persona es la cabeza, el director y ejecutor de las atribuciones que se le concede al Poder Ejecutivo. Este personaje es denominado Presidente de la República, quien tiene una enorme representatividad popular y es elegido directamente por el pueblo a diferencia norteamericana (donde se creó) en el que se elige indirectamente.

Sus atribuciones, competencias, influencias son múltiples: a) Es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno, Jefe Supremo del Ejército y controla la Policía.[14] b) Controla los principales servicios públicos del Estado: el agua, la luz, el transporte y la educación. c) Tiene fuerte influencia en la educación superior

[10] Los arts. 164 inc. 11 y 12 de la Constitución regula los conflictos de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica. De estos conflictos conoce y sentencia la Corte Plena. Por otra parte, en el mismo artículo inc. 11, ya citado, se establece y resuelve que la Corte Suprema de Justicia también conocerá y resolverá los conflictos que surjan entre los mismos o entre estos y los organismos del gobierno central (esta atribución se asigna a la Sala de lo Contencioso Administrativo).

[11] Art. 150 inc. 10 de la Constitución. En esta disposición se le concede sesenta días para reglamentarse, si así no lo hace lo hará la Asamblea Nacional (art. 141 párrafo 9de la Constitución).

[12] Art. 152 de la Constitución.

[13] Art. 150 inc. 6 de la Constitución.

[14] Art. 97 de la Constitución.

a pesar de la autonomía universitaria. d) Maneja y controla el presupuesto. e) Interviene en la economía. f) Controla o participa en las empresas mixtas. g) Vigila y sanciona a las organizaciones no gubernamentales. h) Es el poder que está más en contacto con el pueblo.

Estas son algunas de sus atribuciones que inclina a su favor un platillo de la balanza con relación a lo otros poderes. Se puede decir que en el constitucionalismo latinoamericano el Poder Ejecutivo, encarnado en el Presidente de la República, es el poder más fuerte que pone a la división de poderes, con sus frenos y contrapesos, en una situación de crisis. Hoy vemos surgir en Suramérica un presidencialismo populista que prácticamente está borrando dicha división.

Por tales razones, las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el Ejecutivo pueden ser muy graves, pudiendo llegar incluso a la destitución de los miembros del Tribunal Constitucional como ya se ha dado en algunos países. Sólo pensemos, para poner un solo ejemplo, en el juzgamiento del Presidente de la República por nuestra Corte Suprema de Justicia.

7. Relaciones del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial

La justicia constitucional, atendiendo al órgano que la administra, funciona de dos maneras:

a) Puede estar atribuida al Poder Judicial como sucede en los Estados Unidos de América y en Nicaragua.[15] En este sistema judicial se procede a través de dos modalidades: El Pleno de la Corte Suprema de Justicia es la que conoce de las inconstitucionalidades o una Sala Constitucional de ella.[16]

b) Se puede constituir un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial o dentro de su órbita. En este sistema el Tribunal Constitucional tiene la jurisdicción exclusiva para conocer de las inconstitucionalidades.[17]

---

[15] En el sistema difuso puro existen tres bases fundamentales en la que descansa: la nulidad de los actos y leyes inconstitucionales, el efecto de la retroactividad de la nulidad y la sentencia se limita al caso concreto, la que adquiere efectos generales a través de los precedentes (*stare decises),* expulsando así a la ley del ordenamiento jurídico.

[16] Siguen este sistema de sala el Salvador, Honduras, Costa Rica y Venezuela.

[17] Este sistema se caracteriza por lo siguiente: la nulidad de los actos y leyes inconstitucionales. la inconstitucionalidad opera para el futuro, la sentencia se limita al caso concreto, la que adquiere efectos generales a través de los precedentes (*stare decises),* expulsando así la ley del ordenamiento jurídico.

c) Se han constituido sistemas mixtos al reunir elementos del sistema difuso y concentrado: i) Existe un Tribunal Constitucional y jueces ordinarios que tienen jurisdicción constitucional. ii) El Tribunal Constitucional puede conocer directamente de la inconstitucionalidad y la justicia ordinaria a través del caso particular.[18] iii) El Sistema Concentrado acepta la nulidad de la inconstitucionalidad con efectos retroactividad para ciertos supuestos dignos de protección, propio del Sistema Difuso. iv) El Sistema Difuso llega a aceptar los efectos erga omnes de la sentencia y también puede moderar los efectos retroactivos en casos dignos de protección.

A. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios

El Tribunal Constitucional puede controlar los actos inconstitucionales de la justicia ordinaria, principalmente cuando violan los derechos fundamentales de los perjudicados.

Generalmente este control se hace con posterioridad al fallo definitivo del caso concreto, salvo excepciones que amerite control provisional previo.

B. Competencia de ambos

El control que realiza el Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial no puede convertirse en otro recurso más para la impugnación de la sentencia definitiva, esto no sería aceptable y chocaría contra los principios de seguridad y economía procesal. Como ya expresamos, sólo se concede cuando se han violado los derechos fundamentales.

Por otra parte, los Tribunales Ordinarios conocen de la aplicación de la ley ordinaria. En resumen, el Tribunal Constitucional conoce de la legalidad constitucional y la justicia ordinaria de la legalidad ordinaria.

C. Fuertes tensiones en algunos países

En algunos países se registran tensas relaciones entre el Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria, por no enmarcarse ambos en sus exclusivas

[18] Generalmente cuando la justicia ordinaria es la que declara la inconstitucionalidad, la sentencia sólo produce cosa juzgada para el caso. Creo que esta es una solución que surge de la combinación: el sistema difuso; el carácter individualista del amparo del cual conocían las Cortes Supremas; y el carácter exclusivo del control constitucional por el Tribunal Constitucional, quien también conoce de las sentencias de las cortes supremas cuanto violen derechos constitucionales.

competencias, aunque existen casos en los que es difícil distinguir los límites de esas competencias, de tal manera que ya se registran guerras entre cortes constitucionales y tribunales ordinarios, como ha sucedido en España.

En los sistemas judiciales estas tensiones son pocas: si la Corte Suprema es la que conoce de la inconstitucionalidad, podrán existir sentencias contradictorias o revocadas, pero normalmente los jueces y tribunales inferiores se ajustan a la decisión de la Corte, si la jurisprudencia es obligatoria, los tribunales inferiores tendrán que atenerse a ella. Cuando una Sala Constitucional es la que conoce de la inconstitucionalidad puede disminuir la posibilidad de que existan sentencias contradictorias con las demás salas o entre ellas, por la comunicación estrecha entre las mismas. No obstante, se producen, tensiones (aunque pocas) y contradictorias. En algunas Salas o Tribunales Constitucionales se dictan numerosas sentencias contradictorias, entre otros factores, por la pretensión de hacer en cada una lección de derecho constitucional de la materia sobre lo que deciden, produciendo inseguridad.

8. Relaciones con el Poder Legislativo

A. Ámbito de actuación de la justicia constitucional y el Poder Legislativo

Son separadas las actuaciones de la justicia constitucional y el Poder Legislativo, por así exigirlo la división de poderes regulado por la Constitución.

Entre las funciones fundamentales del Poder Legislativo tenemos: a) Elaborar y aprobar las leyes y decretos.[19] b) Reformar, derogar, interpretar la ley (interpretación auténtica).[20] c) Discutir y aprobar el proyecto de Ley Anual del Presupuesto General de la República.[21] d) Aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos al Derecho Internacional.[22] e) Dictar o reformar sus estatutos y reglamentos internos.[23] f) Crear, aprobar o suprimir tributos y aprobar los planes de arbitrios municipales.[24] g) La iniciativa de ley, decretos, resoluciones y declaraciones legislativas por cualquiera de sus diputados.

[19] Art. 138 inc. 1 de la Constitución.
[20] Art. 138 inc, 2 de la Constitución.
[21] Art. 138 inc. 6 de la Constitución.
[22] Art. 138 inc. 12 de la Constitución.
[23] Art. 25 de la Constitución.
[24] Art. Art. 27 de la Constitución.

Además de estas facultades tiene las de desaforar a los funcionarios que gozan de inmunidad, nombrar o ratificar a ciertos funcionarios y otras de carácter administrativo.

Las leyes, decretos, resoluciones y declaraciones legislativas pueden ser controlados por el Poder Judicial, según el caso, a través de recursos por inconstitucionalidad contra las leyes, decretos y reglamentos, el Recurso de Amparo o a través de lo contencioso administrativo. Aparece otra vez la justicia constitucional controlando con amplitud a otro poder del Estado.

B. La creación del derecho y la justicia constitucional

Con el tiempo se ha venido observando que la justicia constitucional no sólo declara la voluntad de la ley y la constitución sino que penetra en el campo de la creación normativa, anulando la ley (legislador negativo), interpretando la ley de acuerdo con las disposiciones, principios y valores de la constitución, actúa dentro del amplio marco de las disposiciones abstractas, ambiguas, vagas, programáticas de la constitución al confrontarlos con la ley ordinaria, llena vacíos constitucionales y legales de las leyes ordinarias (función integradora), crea nuevos derechos fundamentales implícitamente contenidos en la constitución, establecen recursos innominados, reglamenta ciertos vacíos, entre otras omisiones del ordenamiento jurídico.

Todas estas actuaciones han provocado reacciones por parte de ciertos juristas, políticos y filósofos al ver en ellas un poder que invade a otros poderes, sin control y legitimidad popular.

C. Tensiones con este poder

Por lo expuesto anteriormente, se producen tensiones entre la justicia constitucional y el Poder Legislativo, tensiones que se pueden tornar peligrosas para la propia estabilidad del Tribunal Constitucional. Generalmente el Poder Legislativo acepta lo decidido por el Tribunal Constitucional siempre que este mantenga una acertada prudencia en el pronunciamiento. Para tal efecto, los tribunales constitucionales han recurrido a ciertos tipos de sentencias no tradicionales: Citaremos algunas de ellas:

a) Las sentencias exhortativas tienen como finalidad estimular la actuación legislativa de la Asamblea Nacional cuando existan dudas sobre la

constitucionalidad de la ley, surgidas dentro del proceso ordinario o constitucional. Son sentencias desestimatorias de la impugnación de la inconstitucionalidad, pero el juez constitucional, frente a las dudas de la constitucionalidad de la ley, formula, en calidad de recomendación, directrices y orientaciones para mejorar o corregir la ley, con el objeto de que logre la constitucionalidad. Las sentencias exhortativas no acogen la inconstitucionalidad en la parte dispositiva, pero en los considerandos se expresan las argumentaciones y recomendaciones para corregir la inconstitucionalidad.

b) La sentencia apelatoria no considera todavía inconstitucional la ley impugnada, por lo que se apela o llama a la Asamblea Nacional para que ajuste la ley a la Constitución o evite una sobrevenida inconstitucionalidad. Son sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, y la apelación o llamamiento se hace en la parte dispositiva o considerativa. Frecuentemente en estas sentencias se establece un término para cumplir la apelación o llamamiento, pero en la doctrina se discute si es obligación del legislador proceder al ajuste de la ley a la constitución. El Tribunal Constitucional alemán considera que existe una obligación derivada de la constitución.

c) En Austria tienen otra técnica, en virtud de la cual se dicta una sola sentencia, en cuya parte dispositiva se declara que si el legislador no cumple en el plazo señalado, la ley queda automáticamente anulada. Los efectos anulatorios de estas sentencias están sujetos a la condición suspensiva de que se extinga el plazo sin que el Parlamento haya realizado las recomendaciones.

9. Relaciones con el poder electoral

La materia electoral es una las áreas que más avanza de la mano de la democratización en todos los países que organizan el poder de acuerdo con la voluntad popular y el respeto de los Derechos Humanos. América Latina ha visto un renacer de su justicia electoral, pero últimamente oscurecida ante la ola que (corre de sur a norte) de un populismo que usa de las bases fundamentales de la democracia, pero que al mismo tiempo van siendo destruida hasta convertirse el gobierno en una dictadura o un totalitarismo.

En la justicia electoral han participado y participan el Poder Legislativo, el Poder Judicial, un órgano administrativo, un tribunal administrativo o un Poder Electoral de acuerdo a las combinaciones siguientes:

a) La Asamblea Nacional podría actuar en forma exclusiva en la decisión sobre la validez y resultado de las elecciones de Diputados, Presidente de República y Alcaldes. Esta forma ya no es aceptable porque se abandonan los criterios jurídicos y prevalecen los intereses políticos en poder de la mayoría legislativa. Se podría conceder un recurso contra sus decisiones, por lo que las impugnaciones ya no son encomendadas exclusivamente a la Asamblea Legislativa al establecerse el control jurisdiccional o administrativo de sus decisiones.

b) La justicia electoral puede encomendarse al Poder Judicial ordinario, ya sea directamente o en vía de apelación al Tribunal Supremo de Justicia. Este sistema es criticado porque el Poder Judicial carece de experiencia en materia electoral y no es conveniente mezclarlo en asuntos políticos.

c) Atribuir la justicia electoral al Tribunal o Corte Constitucional. Es un sistema que se acepta en algunos países y se discute si es propio de sus funciones una materia tan especializada como ésta.

d) Un Consejo o Tribunal Administrativo, ya sea autónomo o formando parte del Poder Judicial. Tiene atribuciones administrativas y electorales, sus decisiones pueden ser finales y definitivas para resolver las impugnaciones correspondientes o bien admitir recursos. Este tipo de organización puede estar conformada por personas independientes o por representantes de los partidos políticos, este último sistema rechazado por no ser compatible con esta materia y por los mismos obstáculos que se presentan al atribuirle exclusivamente al Poder Legislativo la materia electoral.

e) Encargarle a un poder del Estado denominado poder electoral, la materia electoral y administrativa, sin ulterior recurso o con recursos contra sus decisiones sobre las impugnaciones electorales y administrativas. Nuestra Constitución atribuye al Poder Electoral la organización y dirección de las elecciones populares, plebiscitos y referéndum y conoce en última instancia contra las resoluciones de los órganos electorales que le están subordinados y de las reclamaciones e impugnaciones que presenten los partidos políticos. Contra las resoluciones del Poder Electoral en materia electoral, no existe recurso alguno ordinario o extraordinario, quedando firme las impugnaciones sobre la validez de las elecciones,[25] aunque creo que puede proponerse el Amparo cuando se han violado derechos fundamentales. Los candidatos a Alcalde, Vicealcaldes y Concejales del partido político regional indígena, Yapti

[25] Art. 173 inc. 5 y párrafo final de la Constitución.

Tasba Masraka Asla Takanka (Yatama) fueron excluidos por el Consejo Supremo Electoral de participar en las elecciones municipales del 5 de noviembre del 2000 en las regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur de nuestro país. Se agotaron los recursos internos, finalmente la Corte Suprema de Justicia les denegó el Recurso de Amparo. Radicado el caso ante la Corte Interamericana de Justicia, ésta dispuso que deben adoptarse las medidas legislativas para establecer en nuestro país un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo contra las disposiciones del Consejo Supremo Electoral, que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, y derogarse las normas que impidan la interposición del recurso, lo que no ha cumplido Nicaragua, pues requiere una reforma a la Constitución y Ley de Amparo[26].

Si cabe el amparo contra resoluciones administrativas dictadas por el Consejo Supremo Electoral[27].

10. Distinción entre poder constituyente y poderes constituidos

Atendiendo a factores jerárquicos, se distingue entre poder constituyente y poderes constituidos.[28] El Poder Constituyente es el encargado de hacer o reformar la constitución. Los Poderes Constituidos son los establecidos por la constitución, la que es producto del poder constituyente; estos poderes son: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Electoral (en nuestro país), encargados de las tareas ordinarias del Estado, los cuales deben ajustarse a lo establecido en la Constitución o sus reformas por los poderes constituyentes.

Jorge Carpizo[29] plantea una original clasificación. Considera que el Poder Constituyente se concreta en dar una constitución y en su caso reformarla a través de un referéndum. Son poderes constituidos los creados por la constitución: el poder revisor de la constitución, el tribunal constitucional, los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial y los órganos constitucionales

[26] S. del 23 de agosto de 2005.
[27] La jurisprudencia es abundante, pero por falta de espacio sólo citaremos algunos (S. No. 21 de 1996. 51 de 1997. S. 54 y 55 del 2002).
[28] S. 9:20 a. m. del 8 de febrero de 1996, B. J. p. 40.
[29] Jorge Carpizo. El Tribunal Constitucional y sus Límites. Editorial Jurídica Gujly. Lima, Perú. 2009, pág. 27 y sigts.

autónomos. Son constituidos y no tienen entre ellos la misma jerarquía. Los primarios tienen jerarquía superior a los secundarios o, en otras palabras, los primarios tienen competencia superior a los secundarios atendiendo a la naturaleza de sus funciones.

Son primarios el órgano revisor de la constitución y el Tribunal Constitucional. Son secundarios los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

Especificando más el orden jerárquico señala que el órgano o poder revisor de la constitución goza de jerarquía superior a los órganos o poderes secundarios porque puede alterar la estructura de éstos, su integración y funciones e incluso crear nuevos órganos constitucionales autónomos. Por el contrario, los órganos o poderes secundarios no tienen competencia con relación al órgano revisor de la constitución. Aclara con acierto que aunque el órgano revisor se integre por órganos o poderes secundarios, la naturaleza y funciones de sus actuaciones son diversas. Esto es claro, como lo dispone nuestra Constitución, en virtud de la cual la Asamblea Legislativa (poder constituido) por mayorías y procedimientos especiales puede reformar la Constitución, pudiendo apreciarse la función específica y excluyente de poder revisor de la constitución.

El Tribunal Constitucional es jerárquicamente superior o goza de competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido al control que tiene sobre la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de esa jerarquía superior no podría revisar o anular los actos de los órganos secundarios.

Entre los órganos segundarios no existe jerarquía alguna y lo que se plantea entre ellos es un conflicto de competencia, el que resuelve en última instancia el Tribunal Constitucional.

Finalmente expresa que los órganos o poderes constituidos primarios, lo mismo que los secundarios, son limitados y sus funciones se encuentran determinadas por la constitución.

La Teoría del Poder Constituyente tiene tres finalidades: la fundamentación política del poder constituyente originario, concibiéndolo como un poder extrajurídico, ilimitado (no sometido a normas jurídicas anteriores) y con residencia en el pueblo, es la máxima expresión del poder del pueblo, libre en el fondo y la forma; es una forma de legitimar la constitución al expresar la voluntad del pueblo en el ejercicio de la soberanía; subordina a los poderes constituidos y sus actuaciones a la constitución, colocando a la constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Existen dos clases de poder constituyente, el poder constituyente originario y el poder constituyente institucional. El poder constituyente tiene límites, no se puede pensar en poderes absolutos. Tiene los límites siguientes: los derechos humanos;[30] los tratados internacionales; las costumbres, cultura y aspiraciones del pueblo; la existencia de la división de poderes; el pluralismo social y político; y la eliminación de un control de la constitucionalidad de los actos del Estado.

A. Poder constituyente originario

En virtud de este poder se establece la constitución al surgir un Estado o a romperse el orden constitucional anterior. Aparece pues este poder después de la independencia de un país, su separación de una federación, después de un golpe de Estado, de una guerra o de una revolución. Destruido el orden constitucional anterior (suprimida la constitución) es preciso dictar una nueva.

B. Poder constituyente institucional

El poder constituyente institucional es creado por la Constitución y se destina a la reforma total o parcial de ella.

La reforma a la constitución se justifica porque el pueblo puede cambiar en su forma de ser y de querer, se requiere ajustar la constitución a los cambios, el juego democrático así lo exige, motivos por los cuales se puede cambiar o reformarla evitando de esta manera el rompimiento del orden constitucional a través de actos de fuerza. Es una válvula de escape para que el pueblo exprese su voluntad. La constitución no puede ser un convenio inalterable, permanentemente o, como expresa la jurisprudencia estadounidense, un pacto suicida. Esto no significa que la constitución pierda su vocación de permanencia, por el contrario, permite su conservación siempre que se proceda con la prudencia que exige este principio de respeto a la constitución.

[30] La Corte Suprema de Justicia sostiene que cualquier reforma, aunque sea total de la Constitución, que contenga regulaciones reñidas con el derecho de acceder a ejercitar cargos públicos viola los derechos humanos (S. 9:00 a. m. del 8 de marzo de 1995. B. J, pág. 12).

a) Poder constituyente para la reforma total

Este poder lo establece la propia constitución para crear una nueva, por lo que no existe una ruptura del proceso y del orden constitucional.

Nuestra Constitución, así como otras, no establece criterios, guías o conceptos para distinguir entre lo que es una reforma total o parcial. Ante tal vacío, la doctrina se dio a la tarea de presentar dos criterios, uno cuantitativo y el otro cualitativo.

En virtud del criterio cuantitativo la distinción se hace en razón del número de artículos que se reforman, puede ser una cuarta parte, la mitad, o todos los artículos de la constitución menos uno. Este criterio se presta al libre arbitrio del constituyente y del contralor de este si se diere.

El criterio cualitativo no se fija en el numero de artículos, sino en la importancia y naturaleza de las reformas (puede ser un artículo) y la trascendencia sobre el sistema de organización del Estado. Sería reforma total, por vía de ejemplo, suprimir o desnaturalizar en varios o un solo articulo, la división de poderes, el pluralismo político y social, convertir una constitución rígida en flexible, suprimir derechos humanos.

Esta teoría es criticada porque la constitución no establece ninguna distinción entre reforma total y parcial ni disposición que sea irreformable. Por tal razón, cualquier disposición o disposiciones pueden ser reformables. Aún en el caso que existieran disposiciones irreformables, la doctrina sostiene que por una doble reforma se pueden suprimir disposiciones irreformables y establecer el efecto contrario, así: si se prohíbe reformar la disposición que no permite la reelección en una primera reforma se suprime tal prohibición y luego en otra reforma se suprime el artículo que no permite el derecho de reelegirse y se establece otro que lo permite. Esta es una reforma fraudulenta de la constitución.

La Corte Suprema de Justicia analiza los sistemas cuantitativos y cualitativos y en una combinación de ambos sostiene que la reforma se endereza hacia una reforma parcial de la constitución cuando el número de artículos reformados es menor del total de artículos de la constitución (sistema cuantitativo) y que puede ser total en lo que refiere a los principios fundamentales cuando afecta la existencia misma del Estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática. Agrega que un reordenamiento de las atribuciones de los poderes del Estado en la constitución misma o las limitaciones que se contengan en ella para el ejercicio de determinados cargos

o para acceder en ellos no son violatorios de los derechos humanos o de principios constitucionales, sino que constituyen normas básicas que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad. Si cualquiera de estas regulaciones constituyere la violación a los derechos humanos serían violatorias a estos derechos que se consignaran en cualquier constitución, aún cuando se procediera a una reforma total de la constitución.[31]

Esta sentencia nos remite a los dos criterios para determinar el carácter parcial o total de la reforma a la Constitución, lo cual merece algunas observaciones: a) Si se reforman más de la mitad de los artículos, las dos terceras partes o todas menos uno, nos indica que la reforma apunta a ser total y si la reforma es menor a esas cantidades sería parcial, lo que es contrario al sistema cualitativo que también sigue, en el cual basta la reforma de uno o algunos artículos que supriman decisiones políticas fundamentales para ser total. b) Sería absurdo pensar que cuando se reformen cerca o más de la mitad de los artículos de la constitución que no se reformen o supriman decisiones políticas fundamentales o la identidad de la misma, de lo contrario podríamos caer en un gatopartismo de cambiar para no cambiar que no pocas veces se ha dado en nuestro constitucionalismo, en el cual se han realizado amplias reformas o constituciones que no hacen más que repetir lo de otras constituciones anteriores o que se introducen nuevas figuras sin mayores trascendencias sobre el sistema. c) Para evitar este tipo de contradicciones quizás hubiera sido mejor pronunciarse definitivamente a favor del sistema cualitativo sin combinación con el cualitativo.

11. Jerarquía entre poderes

Ante de todo es conveniente referirse a la superioridad o jerarquía de los poderes del Estado entre sí y entre el poder constituyente y el tribunal constitucional.

Entre los poderes ordinarios: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no existe un orden jerárquico, todos son iguales, se controlan unos a otros en virtud de pesos y contrapesos y están sometidos a sus actuaciones a la constitución y al tribunal constitucional. Sus conflictos de competencia se dirimen a través de un procedimiento especial que lo resuelve el tribunal constitucional.

[31] S. 9:00 a. m. del 8 de mayo de 1995, B. J. p. 12.

El problema se presenta con relación al poder constituyente institucional y el tribunal constitucional. Jorge Carpizo[32] sostiene que si la constitución permite al tribunal constitucional pronunciarse sobre las reformas del poder constituyente, entonces el tribunal constitucional prima sobre el poder constituyente revisor.

La constitución puede atribuir al tribunal constitucional la competencia para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional, tanto en la forma como en el fondo, pero que son pocas las constituciones que así lo disponen, especialmente en el aspecto material.

Ya Hamilton en El Federalista (art. LXXVIII),[33] se refiere a la opinión de los que sostenían la superioridad de los tribunales sobre el poder legislativo cuando se les otorga la facultad de anular los actos legislativos al afirmar que si una autoridad puede declarar nulo los actos de otras necesariamente sería superior a ella. Niega, desde la visión del sistema difuso, tal superioridad. Sostiene "que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo y que, por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido".

Afirma que negar esto es aceptar que el mandatario es superior al mandato, "que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obren en virtud de determinados poderes pueden hacerlo no sólo los que éstos no permitan, sino incluso lo que prohíben.

Hamilton insiste sobre el tema en el art. LXXXI,[34] relacionado con la pregunta de si la Suprema Corte debe ser un tribunal independiente o una rama del legislativo.

Refuta a los que se oponían a la independencia de la Suprema Corte del poder legislativo, quienes en su argumentación sostenían que en tal supuesto sería superior al poder legislativo y que al interpretar la constitución permitirá a este tribunal darle la forma más conveniente, sobre todo porque sus resoluciones no están sujetas de ninguna manera a la revisión o rectificación del cuerpo legislativo. Agrega que a los tribunales no se les faculta directamente para interpretar las leyes de acuerdo con la constitución, admite que la constitución es la piedra de toque para la interpretación de las leyes, siempre

[32] Jorge Carpizo. El Tribunal Constitucional y sus límites. Ob. cit., pág. 80.
[33] El Federalista. Ob. cit. Pág. 332 y sigts.
[34] El Federalista. Ob. cit., pág. 343 y sigts.

que no exista una contradicción evidente, en cuyo caso deben ceder ante ella, lo que compagina con el principio del sistema difuso desarrollado por Marshall en la famosa sentencia Marbury vs. Madison (1803), en virtud del cual la aplicación de la disposición legislativa superior en jerarquía y desechar la inferior, es una regla de interpretación del Derecho que los jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no existe una invasión del juez en la esfera legislativa.

Este argumento lo robustece al señalar que en la Gran Bretaña el poder judicial reside en última instancia en la Cámara de los Lores, que es un sector de la legislatura, y que el Parlamento puede rectificar en cualquier momento por medio de una ley las decisiones de los tribunales en lo que no están conformes. Por lo tanto, los errores y usurpaciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos carecían tanto frenos como de remedios.

Hamilton sostiene que no es cierto que el Parlamento de la Gran Bretaña pueda rectificar las decisiones de sus tribunales que encuentran objetables. Agrega que ni la teoría británica ni las constituciones locales autorizan la revisión de una sentencia mediante un acto legislativo, como tampoco existe nada en la constitución propuesta que lo prohíba. Termina expresando que una legislatura no puede, sin salirse del campo que le incumbe, revocar un pronunciamiento en un caso especial, aunque puede establecer una nueva regla para los casos futuros.

Ahora bien, cómo se explica que el Tribunal Constitucional sin ser superior puede controlar a los otros poderes del Estado y al poder constituyente. La solución ya la esbozó Hamilton al sostener que la Suprema Corte de Justicia no controla al Poder Legislativo por ser superior, sino porque aplica una regla de interpretación al preferir la Constitución que a la ley ordinaria. Creo que este no es un problema de superioridad sino de distribución de competencia y controles.

El problema se presenta con relación al poder constituyente que es superior en jerarquía y funciones al tribunal constitucional.

12. Control del tribunal constitucional al poder constituyente

A. Derecho comparado

En estructura y competencia el poder constituyente es superior al tribunal constitucional, porque se deriva de él o lo puede modificar e incluso suprimir.

No obstante, partiendo de que no existen poderes absolutos ilimitados – los que constituyen un peligro,[35] es posible que la constitución contemple la competencia del tribunal constitucional para revisar en determinado supuesto la constitucionalidad, tanto de forma como de fondo, de una reforma o revisión constitucional.

Veamos algunos ejemplos de este control del Tribunal Constitucional:

a) La Constitución de Colombia de 1991 le atribuye a la Corte Constitucional en el art. 241 inc. 1 la competencia para "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos, contra los actos reformatorios de la constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicio de procedimiento en su formación.[36]

b) La Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1995, en el art. 120 inc. 10, le otorga al tribunal constitucional competencia para decidir las demandas respecto a los procedimientos de la reforma constitucional.[37] En la actual constitución, el art. 213 inc. 10 se dispone que el tribunal constitucional plurinacional tiene facultad para conocer y resolver la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la constitución.

c) La Constitución de Chile, en el art. 82 inc. 2, dispone que el Tribunal Constitucional resuelve "las cuestiones sobre constitucionalidad que suscita durante la tramitación de los proyectos de ley o reforma constitucional y los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. En este supuesto el tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento al Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras en cuestión, parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley". Este es un control previo.

Humberto Nogueira Alcalá,[38] sostiene que el control de constitucionalidad, "además de los aspectos procedimentales o adjetivos, se extienden a los aspectos sustantivos en virtud de que, de acuerdo con el art. 5 inc. 2, el

[35] Lord Haton expresa que "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente".

[36] Jorge Carpizo entiende que este artículo se refiere tanto al referendo como al órgano revisor (El Tribunal Constitucional y sus Límites. Ob. cit., pág.102).

[37] En el año 2001 el tribunal constitucional declaró inconstitucional el proyecto de ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente.

[38] Humberto Nogueira Alcalá. "El Tribunal Constitucional chileno." Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Obra colectiva. México 2009, pág. 436 y sigts.

ejercicio de la potestad constituyente tiene como límites los derechos de las personas asegurados por la constitución, así mismo por los tratados ratificados por Chile y vigente. "Agrega que en Chile la Constitución apoya el principio de irreversibilidad en materia de derechos esenciales concretados también en la Convención Americana de Derechos Humanos". Señala otras limitaciones materiales al poder constituyente derivado, el que no puede transformar el sistema republicano y democrático en un régimen autocrático desvirtuando la seguridad de los derechos fundamentales y sus sistemas de protección; tampoco puede eliminar los controles del poder político y la separación de funciones estatales. Por lo que una reforma constitucional en ese sentido realizaría una mutación inconstitucional y contraria al orden constitucional.

d) En la República de Honduras, la Ley sobre Justicia Constitucional (23/9/2005) en su art. 76 inc. 2, dispone que la acción de inconstitucionalidad procede cuando se ponga en vigencia una reforma inconstitucional con la inobservancia de los derechos exigidos a la constitución de la República. Según Enrique Flores Valeriano,[39] este inciso se refiere a la reforma constitucional "sin el requisito de la mayoría calificada de dos tercios de votos de la totalidad de los miembros del Congreso, que no haya sido ratificada en la siguiente legislatura, tal como lo exige el art. 373 de la Constitución". Según este autor sólo se permite la acción para revisar serios vicios de forma.

e) Los arts. 195 y 196 de la Constitución de Costa Rica respectivamente regulan la reforma parcial y total de ella, pero no señalan criterio de distinción en ambos tipos de reforma, el primero de dichos artículos habla de uno o más artículos (pero no dice cuántos) y el segundo de reforma total, dejando a primera vista la impresión que se trata de un criterio cuantitativo.

El art. 73 inc. h) de la Ley de Jurisdicción Constitucional abre la posibilidad a la Sala Constitucional de la Corte Suprema para conocer la acción de inconstitucionalidad "cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de las normas constitucionales de procedimiento al ser incorporadas al texto.[40] En otra resolución, el mismo tribunal expresa que el citado artículo sólo autoriza la revisión por violación de las normas constituciones de procedimiento, "pero no el mérito sustancial de la reforma, por ser ello una

[39] Enrique Flores Valeriano. La Justicia Constitucional en Honduras. Litografía López, S. de R. L. Tegucigalpa, Honduras, 2006, pág. 86.
[40] S.V.C. 2393-97.

cuestión que atañe única y exclusivamente al constituyente derivado y que consecuentemente escapa de la competencia de la Sala"[41].

Otra vez la Sala Constitucional declaró inconstitucional, por vicios formales y de fondo la reforma constitucional de 1971, que concedía financiamiento previo para las campañas políticas calculado de acuerdo con el número de votos obtenidos por cada partido político en las elecciones anteriores[42]. La razón para declarar la inconstitucionalidad es la consolidación de un cerrado partidismo que propiciaba ese tipo de financiamiento, lo que impedía el surgimiento de nuevos partidos políticos con pocas facultades económicas para sufragar los gastos electorales. En otra sentencia, también por las razones de fondo y forma, declaró inconstitucional a la reforma constitucional de 1969 al art. 132 inc. 1ro, la cual elimina la posibilidad de la reelección presidencial alterna que existía desde la Constitución de 1859. [43]

Por otra parte, en algunas constituciones se establecen disposiciones irreformables o cláusulas pétreas. Veamos algunos ejemplos:

a) El art. 281 de la Constitución de Guatemala establece que "no podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inc. g, 186 y 187 de la Constitución, ni en forma alguna, toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la presidencia de la república ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido".

b) El art. 248 infine de la Constitución de El Salvador establece que "no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que

[41] S.V C. 6267-96.

[42] S.V.C.980-91.

[43] S.V.C. 2771-2003. El destacado constitucionalista, Rubén Hernández Valle, expresa que esa inconstitucionalidad se declara por vicio de incompetencia y fortalece la institucionalidad ("Interpretación Constitucional en Costar Rica". Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Ob. cit., pág. 776 y 777). Agrega que esa incompetencia declarada por la Sala Constitucional se funda en que en la Asamblea Legislativa a través de una reforma parcial no puede desmejorar el régimen de los derechos fundamentales, como es el derecho a elegir y ser electo, pues acepta el criterio que un acto está viciado de incompetencia cuando regula determinado objeto que de acuerdo a la Constitución está sustraído a su competencia (Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juriscentro. San José, Costa Rica 2001, pág. 371. Diario La Prensa del viernes 16 de octubre 2009).

reforman la forma y sistema de gobierno, al territorio de la república y la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república"

c) El art. 374 de la Constitución de Honduras establece que "no podrán reformarse, en ningún caso el art. 377 de la Constitución – que establece ciertos requisitos –, el procedimiento para su reforma, los artículos constitucionales que se refieren a la reforma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente presidente de la república, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no puedan ser presidente de la república para el período subsiguiente". El entre guiones es nuestro.

En el art. 375 se establece que la Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por fuerza o cuando fuere derogada o modificada por procedimientos distintos del que ella misma dispone y obliga a los ciudadanos a colaborar a todo ciudadano al mantenimiento y restablecimiento de la Constitución y responsabiliza de violar esta disposición a las personas y los funcionarios de gobierno comprometidos. Son sancionados y el Congreso puede confiscar todo o parte de sus bienes y los obtenidos al amparo de la usurpación de los poderes públicos.

Estas disposiciones dieron lugar al Golpe de Estado contra el Presidente Zelaya.

d) El art. 119 de la Constitución de República Dominicana establece que "no puede haber reforma sobre la forma de gobierno, el que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo".

B. Reforma aprobada por plebiscito o referendum

Otro problema que se discute es si el tribunal constitucional puede conocer en el fondo y la forma de una reforma constitucional aprobado por un plebiscito o referéndum. La solución la podría dar la misma constitución autorizando tal control, también podría prohibirlo. Pero si la constitución calla al respecto no creo que sea controlable por el Tribunal Constitucional, ni en la forma ni en el fondo, porque ya sería tarde y es al poder constituyente original en forma directa el que ya aprobó la reforma total o parcial, aunque comprendo que no tiene suficiente conocimiento de la trascendencia (y también preparación para ello) que conlleva la reforma manifestada con un sí o un no, mas el peligro del cesarismo democrático muy ocurrente en América Latina. Cierto sector doctrinal acepta que es posible controlar la

reforma por cuestiones de forma, permaneciendo discutible en cuanto a las de fondo.

Si el referéndum se encuentra en trámites para consultarlo al pueblo es posible controlarlo por razones de forma; en cuanto al fondo es controlable solamente que implique una reforma total que la Constitución exige para ello la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Como veremos más adelante, en Colombia se rechazó recientemente, por razones de forma, que el proyecto de ley de reforma a la Constitución sobre la tercera reelección fuera sometido a referéndum.

C. En Nicaragua

Ya expresamos que en nuestro país se distingue la reforma parcial de la reforma total de la Constitución, pero no establece criterios de diferencia entre ellas, no consagra disposiciones irreformables ni establece un control de estas reformas por la Sala Constitucional y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que es el encargado finalmente de declarar la inconstitucionalidad de la ley, sin embargo la jurisprudencia en forma contradictoria acepta dicho control.

Veamos los criterios jurisprudenciales:

a) La Corte Suprema de Justicia al analizar los sistemas cuantitativos y cualitativos, como ya lo expresamos anteriormente, hace un control sobre el fondo o materia de una reforma constitucional y establece que el reordenamiento del Estado o las limitaciones que establezca esa reforma para el ejercicio de determinados cargos o para acceder a ellos no violan los derechos humanos o principios constitucionales, pero estas regulaciones pueden ser violatorias de tales derechos y principios, aun cuando se procediere a una reforma total de la Constitución.[44] Deja, pues, al arbitrio del juez constitucional, determinar cuando la reforma es parcial o total o es violatorio de los derechos humanos.

b) Sin embargo, cuatro meses después y en sentencias posteriores, la Corte Suprema de Justicia también, pronunciándose en la forma y también sobre el fondo, expresó que no existían cláusulas intangibles o disposiciones

[44] S. 9:00 a. m. del 8 de mayo de 1995, B. J. p. 12.

en la Constitución que no puedan reformarse por el poder constituyente derivado,[45] y reconoció que las reformas de fondo de la Constitución no pueden ser atacadas por inconstitucionalidad, pues ello equivale equipararla a una ley ordinaria, ya que sus disposiciones forman un todo con la Constitución y esta sólo puede ser reformada total o parcialmente por el órgano competente para ello.

c) Dentro de la misma tendencia anterior, posteriormente la Corte Suprema de Justicia sólo establece como límite al poder constituyente derivado la incompetencia para dictar una nueva Constitución. No existen disposiciones en la parte dogmática que no puedan ser modificadas por el poder constituyente derivado y tampoco límites constitucionales sustanciales o de fondo que puedan dar fundamento a una inconstitucionalidad de la defensa constitucional. Disentí y razoné mi voto, expresando[46] que la reforma debía hacerse por una Asamblea Constituyente ya que cambia la forma de gobierno presidencial por un semiparlamentario, lo que la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia posterior declara que una reforma es total y, por lo tanto, competencia de la Asamblea Constituyente, cuando afecta la existencia misma del Estado, o la forma de gobierno, o su inspiración democrática[47].

d) En varias sentencias se permite el análisis de la forma y el fondo de las reformas constitucionales[48].

13. Controles al Tribunal Constitucional

Hemos visto como el Tribunal Constitucional tiene control sobre el resto de los poderes, incluyendo a los políticos como el Electoral, el Legislativo, el Ejecutivo y el poder constituyente de la reforma parcial o total (poder creado por la constitución).

---

[45] S. 12:30 p.m. del 5 de agosto de 1996. B. J. p. 236. S. 9:20 a. m. del 8 de febrero de 1996. B.J.p. 40. S. 9:40 a. m. del 8 de febrero de 1996. B. J. p. 44. S. 12:30 p.m. del 7 de agosto de 1996. B. J. p. 242.

[46] S. 8:30 a.m. del 31 de agosto del 2002, en la que se declaró sin lugar el Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley 520 de reforma parcial a la Constitución Política. Se argumentaba que esa reforma debía hacerse por una asamblea constituyente y no por el poder constituyente derivado, pues rompía el equilibrio y el control entre los poderes al establecerse en dichas reformas un gobierno asambleísta.

[47] S. No. 8 del 8 de mayo de 1995, pág. 12.

[48] S. 12:30 p. m. del 5 de agosto de 1996, B. J. p. 236. S. 12:30 p. m. del 7 de agosto de 1996, B. J. p.242. S. 12:30 p. m. del 21 de agosto de 1996, B. J. p. 248.

¿Pero quién controla al que controla? La contestación a esta pregunta es difícil y despierta muchas dudas.

La cosa juzgada, tanto en materia de Derecho Privado o como de Derecho Constitucional, debe ponerle fin al conflicto en aras de la seguridad jurídica. De aquí que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional no admita recurso alguno y, por lo tanto, no es admisible el recurso de revisión de la cosa juzgada, propio de los asuntos civiles, mercantiles y penales, pero difícil e inadecuado para la justicia constitucional.

Sin embargo, podemos encontrar algunos controles al Tribunal Constitucional:

a) En la justicia supranacional, como por ejemplo, la de la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia contra el Estado de Chile el 5 de febrero de 2001 en el famoso caso de la película la "Última Tentación de Cristo" quien necesitó reformar su ordenamiento legal y la Constitución para cumplir con dicha sentencia.

b) La opinión pública a través de debates, artículos, manifestaciones, protestas de la población.

Es importante la intervención en estos debates de los partidos políticos, la ciudadanía, la sociedad civil, los juristas, los politólogos, etc.

c) El poder constituyente derivado puede cambiar para el futuro la solución dada por el Tribunal Constitucional cuando considere que la interpretación dada a la constitución no está de acuerdo con la misma.

Jorge Carpizo[49] señala dos casos: el de la Corte Suprema sobre enmienda de la XXVI de la Constitución de los Estados Unidos para superar la resolución del caso Oregón vs. Michell 1970, en la cual estimó que el Congreso no tenía competencia para fijar la edad de los votantes en las elecciones de las entidades federativas, para lo cual dicha enmienda autoriza a legislar sobre esa materia; en el 2007 se reformó la Constitución de México para facultar expresamente al Tribunal Electoral, de carácter nacional, a no aplicar las leyes sobre materia electoral contraria a la Constitución, superado así el criterio de

[49] Jorge Carpizo. El Tribunal Constitucional y sus límites. Ob. cit., pág. 75.

la Suprema Corte de la Nación de que el Tribunal Electoral no tenía competencia para interpretar la Constitución y desaplicar las normas consideradas contrarias a la misma.

d) El control por el electorado podría ser otra forma de revisar la decisión del Tribunal Constitucional. El Estado de Colorado de los Estados Unidos en su Constitución dispone que el 5% de los inscritos en los comicios tenían la facultad de pedir que se someta a referéndum la ley que el Tribunal Supremo del Estado haya declarado inconstitucional, denominada "apelación popular de sentencia", propuesto a nivel federal por Teodoro Roosevelt en la campaña presidencial de 1912, pero sin éxito.

Es un sistema democrático, pero tiene muchas desventajas al agitar las pasiones políticas y sociales, desestabilizar al gobierno con apelaciones constantes, poniendo en tela de juicio su respeto y autoridad; además, el pueblo no está preparado para este tipo de decisiones.

e) Existen otros tipos de controles en manos del órgano político que designa a los Magistrados y del Tribunal Constitucional, del poder constituyente de las reformas constitucionales que puede reformar el Tribunal Constitucional, además la responsabilidad penal, la revocación del mandato, etc.

La otra pregunta sería: ¿puede el Poder Legislativo dejar sin efecto las sentencias del Tribunal Constitucional pasadas en autoridad de cosa juzgada en aquellos casos que en forma burda se viola la Constitución Política del Estado?

Veamos algunos casos que se han presentado en Nicaragua:

a) En sentencia de las cinco de la tarde del día 19 de octubre del 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dictada mediante los procedimientos anormales, decidió que el artículo 147 inc. 4 a) de la Constitución - que prohíbe expresamente la reelección presidencial al que ejerciere o hubiere ejercido en cualquier tiempo en que se efectuara la elección para el período siguiente y al que hubiere ejercido por dos períodos presidenciales –violaba el derecho a la igualdad, el derecho al sufragio pasivo y el derecho a la personalidad consagrados en los arts. 27, 47, 48, 50 y 51 de la Constitución. Se ha considerado que esta no es una interpretación como se pretende si no más bien una derogación de la prohibición de la reelección antes señalada.

Modifica una reforma constitucional que se había hecho a dicho artículo, que originalmente no prohibía la reelección, en contradicción con la doctrina establecida en muchas sentencias antes señaladas que disponen que una reforma constitucional no puede ser atacada en el fondo porque es parte de la misma constitución, formando un solo todo con ella. Ni es el caso de dos disposiciones contradictorias constitucionales coetáneamente establecidas, en cuyo caso puede hacerse preferentemente una interpretación armonizándolas, después eliminar una disposición y aplicar la otra (interpretatio abrogan) que se ajusta a los principios y valores constitucionales, aplicando la regla de la especialidad de la norma o anulando las dos normas y proceder a la integración. Es la aplicación de la doctrina de Otto Bachof[50] de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, tesis ya abandonada y en boga en los inicios de la transición posterior de la segunda Guerra Mundial.

b) En varias sentencias, dictadas entre el día 19 de octubre del 2009 y 14 de abril del 2010, la Sala de lo Constitucional, también mediante procedimientos anómalos, declaró que el Decreto No. 3-2010 del Poder Ejecutivo, mediante el cual se prorroga el plazo de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Magistrados del Consejo Supremo Electoral, de los miembros de la Contraloría General de la República y otros funcionarios, estaba ajustado a la Constitución en virtud de una disposición transitoria que claramente ya había cumplido sus funciones para la cual fue establecida, violando así la Constitución que establece que dichos funcionarios deben ser nombrados por la Asamblea Nacional por la mayoría calificada una vez que se les haya vencido el plazo de acuerdo al art. 138 incs. 7, 8 y 9. de la Constitución.

Estas sentencias han sido dictadas, como ya expresamos, contra los procedimientos establecidos en las leyes para dictar sentencias y contra la misma Constitución, pues fueron pronunciadas, primero por magistrados suplentes que no estaban autorizados para ello, ya que en la misma audiencia estaban presente el propietario y su suplente, y segundo con la presencia de ex-magistrados que se les había vencido el período. Por otra parte, empleando procedimientos muy raros, se declaró en forma sorpresiva que las citadas sentencias ya estaban firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada por confirmación de la Corte Plena.

[50] Otto Bachof. Normas Constitucionales Inconstitucionales. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2010.

Estos son casos que rebasan todos los planteamientos normales a que me he referido y quizás merezcan un tratamiento especial. Ya en Nicaragua existen dos proyectos de ley presentados ante la Asamblea Nacional para derogar el Decreto al que se ha hecho referencia, lo mismo que la oficiosa reforma a la Constitución que hizo la mencionada Sala sobre la reelección del Presidente de la República[51].

Cuestión diferente es la facultad del Tribunal Constitucional para cambiar en el futuro la jurisprudencia que sentada sobre la constitucionalidad de una ley o sobre aspectos de hecho de la misma, al declararla posteriormente inconstitucional por el cambio evolutivo de las circunstancias que la rodean o sobre algunos supuestos de hecho que la vuelva inconstitucional dejándola constitucional para otros. También existen sistemas, como el nuestro, en que la declaración de constitucionalidad produce cosa juzgada general por lo que una ley declarada constitucional hoy, mañana no se puede declarar inconstitucional[52].

14. Amplitud del control del Tribunal Constitucional y los principios de prudencia y previsibilidad de la justicia constitucional

Con amplitud y sin agotarlos se han enumerado las amplias facultades del Tribunal Constitucional que por razones de este trabajo no podemos insistir en ellas, pero sí recordar que controla a los otros poderes del Estado, al poder constituyente[53] y promueve con eficacia la democracia y gobernabilidad, la seguridad, la paz social, la aplicación de los derechos humanos y la convivencia pacífica.

Por medio de la justicia constitucional no sólo se defiende la división de poderes y los derechos económicos, sociales y culturales necesarios para el ejercicio de aquellos y el funcionamiento de la democracia y su gobernabilidad, sino que también produce cambios fundamentales en la realidad económica, cultural, social y política de un país. Esta misión puede realizarse, principalmente

[51] Hamilton no acepta esta solución, pues como vimos anteriormente, sostiene que la legislatura por ley no puede revocar una decisión judicial en un caso especial, pero jamás pudo imaginarse casos tan graves como los señalados.

[52] Art. 19 de la Ley de Amparo.

[53] Domingo García Belaunde recomienda prudencia ante los excesos del Tribunal Constitucional, el que no es un apoderado general con poderes ilimitados (El Derecho Procesal. Constitucional en Perspectivas. Editorial Idemsa. Lima, Perú, 2009, pág. 311).

a través del Amparo y el Recurso de Inconstitucionalidad o cualquier otro establecido. Por otra parte, el Derecho modera, suaviza y racionaliza al poder político para evitar el poder absoluto o dictatorial, todo en el marco de la constitución, dentro del cual puede jugar libremente.

La justicia constitucional paulatinamente viene controlando las cuestiones calificadas como políticas, anteriormente sustraídas a su conocimiento. Hoy, pues, se ven reducidas.

El control del poder en gran parte le corresponde a la justicia constitucional. De aquí que como el Tribunal Constitucional es el que controla la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado de acuerdo a la constitución. Se ha discutido principalmente entre Hans Kelsen y Carl Schmitt si el órgano de control debe ser político de origen popular y neutral como el Jefe de Estado (tesis de Schmitt) o un órgano especial como el Tribunal Constitucional (tesis de Kelsen).

La jurisdicción constitucional en manos de la justicia constitucional ordinaria o un tribunal constitucional trae como consecuencia no una judicialización de la política, sino de una politización de la justicia (tesis de Schmitt). Kelsen se pronuncia a favor del control jurisdiccional de la constitucionalidad porque no se puede ser juez de su propia causa (Jefe de Estado) y la función del Tribunal Constitucional no difiere de la judicial en la concretización de las leyes.

El nuevo juez, principalmente el constitucional, no es un juzgador atado a la letra de la constitución, por el contrario es factor de cambio y órgano de control. Sus poderes son muy amplios por lo que deben ejercerlos con prudencia y previsibilidad para evitar o aumentar los conflictos.

Veamos algunos ejemplos de cómo la intervención de la justicia constitucional puede agravar o evitar el conflicto.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó tres importantes resoluciones entre el 25 de mayo y el 25 de junio de 1993- con motivo del Golpe de Estado del Presidente Jorge Antonio Serrano mediante decreto del 25 de mayo en el que se dejaban sin efecto una cantidad considerable de artículos de la Constitución, Ley de Amparo, Ley Electoral, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y de Partidos Políticos, la disolución del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad.

Ese mismo día se anuló dicho decreto (con el nombre Normas Temporales de Gobierno) por romper el orden constitucional y se ordenó la publicación de la sentencia. La sentencia no se publicó pero el Ejército apoyó a la Corte

de Constitucionalidad y ésta requirió al Ministerio de Defensa para que se le diera auxilio. El Presidente abandonó el país y el Vicepresidente pretendió asumir la Presidencia, pero la Corte se lo impidió por su complicidad en la intentona golpista y en su lugar se nombró a otro[54].

La Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela mediante varias sentencias del 23 de octubre 2007, 02 de noviembre 2007 y 22 de noviembre 2007, entre otras, rechazaron sin argumentos aceptables los Recursos de Impugnación de las reformas constitucionales. En ellos se alegaban violaciones de forma y de fondo, entre ellas la reelección y la violación a los derechos fundamentales de los venezolanos y la indefinida reelección a favor del Presidente Hugo Chávez Frías, a pesar de los contundentes y bien razonables argumentos de la impugnación[55].

El Tribunal Constitucional del Perú resolvió el proceso de inconstitucionalidad mediante sentencia del 27 de septiembre de 1996 contra la Ley de Interpretación Auténtica (Ley No. 26657) por la cual, haciendo una peregrina interpretación del art. 112 de la Constitución, se habilitaba al Presidente Alberto Fujimori para reelegirse por tercera vez en forma consecutiva. Tres magistrados se pronunciaron por la inaplicabilidad de dicha ley. Por venganza política estos tres magistrados fueron destituidos por el Pleno del Congreso por mayoría de votos, pero posteriormente Fujimori debió huir del país[56].

La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-141 del 2010 declaró inexequible en su totalidad la Ley 1354 del 2009, mediante la cual se convocaba a un Referéndum Constitucional y se sometía a la consideración del pueblo con un proyecto de reforma constitucional para permitir que quien haya sido elegido Presidente de la República por dos períodos constitucionales pueda ser elegido únicamente para otro período, por razones de vicios de procedimientos, pero recordando la jurisprudencia de la Corte Constitucional de que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la

[54] Jorge Mario García Laguardia. "Justicia constitucional y defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala en 1993. Cuestiones Constitucionales. "Revista mexicana de Derecho Constitucional". México 2000, pág. 1 y sigts.

[55] "Carlos Ayala Corao y Jesús M. Casales". "La Evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005". Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 6 No. 2. 2008, pág. 435 y sigt.

[56] Cfr Ernesto Blume Fortín. El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú. Editorial Adrus. Lima Perú. 2009, pág. 334 y sigts.

constitución, mas no para sustituirla, por lo que todo cambio que la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformatorio. Esta reforma tenía por objeto brindar una tercera de reelección consecutiva al Presidente Álvaro Uribe Vélez. Este fallo es un ejemplo de independencia del Tribunal Constitucional, el que llama a la paz, al crecimiento económico, a la confianza, al fortalecimiento de la democracia y el mejoramiento de la gobernabilidad y el Estado de Derecho.

Direito Constitucional e Governança na América Latina e no Caribe

Ives Gandra

Nos últimos 30 anos, a América Latina conheceu sensível alteração de seus fundamentos constitucionais, com modificação de quase todos os textos vigentes e adoção de novas Constituições.

Até mesmo Argentina, que convivia com modelo vindo do século XIX, reformulou seu texto maior, durante o governo Menem, proclamando uma lei suprema mais reduzida que a brasileira, porém, aproveitando a experiência de nosso constituinte[1].

[1] Bernardo Cabral, relator da Constituinte, escreveu para livro por Rezek e por mim coordenado, que: "Há 20 anos, após um longo e amadurecido processo de meditação sobre os mais lídimos anseios nacionais e na sequência de mais de ano e meio de estudos e discussões, era promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Aquele que leia o seu texto, sem paixão e preconceito, verificará que não se pode debitar a ela todos os equívocos — como fazem uns poucos. Isso porque é esquecer o instante histórico da sua elaboração, quando participaram da sua feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas, etc., os quais, sem dúvida, contribuíram para o seu detalhismo condenável, como se vê nas relações de trabalho e o papel do Estado na economia. Sem contar, à época, com a chamada dicotomia entre os regimes capitalista e comunista.

O que cabe colocar em relevo é que a doutrina consiste em ver a Constituição como lei fundamental, onde se resguardam acima e à margem das lutas de grupos e tendências, alguns princípios básicos, que uma vez incorporados ao seu texto tomam-se indiscutíveis de novo acordo e nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional ou assume um novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo o que permite a sua virtualidade, ao invés de, a todo instante, modificar-lhe o texto, a reboque de interesses meramente circunstanciais" (Constituição Federal – avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro – 20 anos – edição comemorativa, Ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. RT, São Paulo, 2008, última capa).

À época, seu procurador geral, Dr. Garcia Lema, esteve, algumas vezes em meu escritório para discutir a experiência brasileira, tendo inclusive participado de um programa de televisão comigo e Celso Bastos, organizado pela Academia Internacional de Direito e Economia, denominado "Caminhos do Direito e da Economia". Sua idéia de discussão prévia de um texto com todos os partidos foi levada ao Governo Menem e adotada. Isto impediu que o texto fosse elaborado exclusivamente pelos partidos, possibilitando que decorresse de um consenso destas agremiações políticas, à luz da reflexão de juristas de cada uma, que participaram da elaboração de um anteprojeto. Nas discussões constantes que tivemos à época, Celso e eu já tínhamos publicado grande parte dos nossos Comentários à lei suprema brasileira, o que viemos a completar, em 15 volumes, pela Saraiva, em 1998. Estimulamos, pois, a adoção do modelo de tramitação do anteprojeto que Garcia Lema sugerira ao Presidente da Argentina. A nosso ver, tal discussão prévia permitiu a rápida aprovação pelos Parlamentares de um texto de 129 artigos apenas e 17 disposições transitórias, sendo técnica e juridicamente inatacável. O Dr. Garcia Lema publicou, após a aprovação, um pequeno livro em que conta o que foi o processo de elaboração da referida Constituição[2].

Países como Venezuela, Bolívia e Equador preferiram moldar-se de acordo com ensinamentos provenientes de centro espanhol de estudos socialistas. Criaram, de rigor, um modelo diverso daquele da Argentina – em que há equilíbrio de poderes – alicerçado em grande valorização do Poder Executivo, diretamente vinculado ao povo, mediante consultas constantes e convocadas pelo próprio Executivo, através de referendos e plebiscitos, passando o Poder Legislativo e Judiciário, assim como o Ministério Público a exercer funções secundárias.

---

[2] Celso Bastos e eu escrevemos na introdução de nossos comentários: "Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos necessária uma amplitude maior em seu exame, uma vez que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.

Não se pode estudar o direito constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de determinado povo, com território e poder soberano para conduzí-lo" (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2001, p. VII).

Acolitam o Executivo, que é colocado como o verdadeiro representante do povo[3]. Honduras, como o Brasil, alterou sua Constituição na década de 80, tendo, entre as cláusulas pétreas, a impossibilidade de reeleição. Esta cláusula é que o presidente Zelaya pretendeu discutir em plebiscito, não autorizado pelo Legislativo e pelo Judiciário, o que levou a sua deposição, com base no artigo 239 da Lei Suprema[4].

Logo após a publicação da Constituição brasileira, participei, a convite do governo paraguaio, juntamente com juristas de vários países latino-americanos, de congresso no Paraguai, quando o país preparava a alteração de seu texto maior.

De rigor, quase todos os países da América Latina alteraram seus textos neste período, que antecedeu e sucedeu a queda do muro de Berlim, adotando um modelo socialista. Chávez, apesar de não ter lido Marx, segundo ele mesmo, disse ter criado um modelo marxista próprio, ou seja, bolivariano contrário aos modelos abertos que têm melhor propiciado o desenvolvimento e integração mundial. Com efeito, os países que adotaram os modelos abertos e não ideológicos, como Brasil, Chile e Colômbia, têm, do ponto de vista econômico, se projetado mais no cenário mundial do que os de modelos fechados e ideológicos, como Venezuela, Bolívia e Equador[5].

---

[3] Nas competências do Presidente da República venezuelana o artigo 236 determina: "Artículo 236: Son atribuiciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

....

17. Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, informes o mensajes especiales.

....

21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución.

22. Convocar referendos em los casos previstos em esta Constitución".

[4] Está assim redigido o artigo 239: "Articulo 239. El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, asi como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato em el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública".

[5] No dia 19/07/2010, os jornais do Brasil publicaram a notícia de que Chávez exumou o corpo de Bolívar para saber se tinha sido assassinado ou morrera de turberculose, declarando, por outro lado, que Bolívar inspirara-o na revolução bolivariana-marxista que, desastradamente está impondo a Venezuela, com recessão, queda do PIB e afastamento de investimentos privados. Desconhece o Presidente Chávez que Marx considerava Bolívar um covarde e "bom vivant", amante de festas e especialista em retiradas e no abandonar os seus comandados. A meu ver, a conciliação póstuma entre Bolívar e Marx é impossível.

O modelo brasileiro merece uma reflexão à parte. A Constituição brasileira trabalhou com 8 Comissões e 24 Subcomissões de parlamentares, de fevereiro de 1987 a setembro de 1988, para produzir um texto menor do que os venezuelano, boliviano ou equatoriano, porém, muito maior que o da Argentina, com incorporação de diversos princípios, normas e regras constitucionais. Tem o texto, todavia, uma quantidade enorme de disposições que poderiam – e, a meu ver, deveriam – ser veiculadas por legislação complementar, ordinária ou até mesmo por atos regulamentares do Executivo[6].

A Constituição promulgada em 05/10/88 foi muito criticada pela extensão de seu texto, com 245 artigos de normas permanentes e 70 de disposições transitórias. Hoje, são 250 artigos de normas permanentes e 97 de disposições transitórias, com mais de 70 emendas, em 23 anos.

Apesar desta constante mutação, assim como de sua extensão – que leva a constante reflexão por parte dos doutrinadores, advogados, membros do Ministério Público e magistrados, com uma certa flutuação hermenêutica, muitas vezes comprometedora da necessária segurança jurídica – teve um mérito indiscutível: firmar definitivamente o Estado Democrático de Direito que o Brasil desejava desde a Constituição de 1891 e que muitos dos textos anteriores (1934, 37, 46 e 67)[7] não conseguiram.

---

[6] Prova disto encontra-se no artigo 242, § 2º, do texto constitucional: "Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.
§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal".

[7] Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica: "A expressão "Estado de Direito" é suscetível de várias interpretações. Para uns, Estado de Direito é a mesma coisa que Estado constitucional, isto é, Estado em que o poder é limitado por uma Constituição escrita e rígida. Para outros, Estado de Direito é aquele que é regido, em última análise, pela lei, mas por uma lei com conteúdo de justiça, não pela mera vontade arbitrária do legislador, expressa pela forma de lei. Não falta, porém, quem em nome da "pureza" do direito pretenda que é Estado de Direito todo aquele que comanda por meio de leis, independentemente do conteúdo justo ou não dessas leis (ver do autor Estado de direito e Constituição, cit.). Certamente a intenção do constituinte ao referir-se a Estado Democrático de Direito foi a de mostrar que ele não pretende que o Brasil seja regido por leis formais que violem eventualmente os princípios fundamentais da democracia.
Deve-se observar que, na doutrina espanhola, Estado Democrático de Direito foi expressão cunhada para significar "socialismo na democracia", como se vê da obra de Elias Diaz (Estado de derecho y sociedad democrática). Entretanto, esta orientação socialista a ser impressa ao Estado de Direito não foi sequer objeto de cogitação nos debates da Constituinte. Não há dúvida alguma que a expressão "Estado Democrático de Direito" não foi votada pelo constituinte brasileiro com a intenção de designar o socialismo na Constituição e na democracia pátria" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, 3ª. ed., 2000, São Paulo, p. 18).

Essa realidade permitiu ao País, pela primeira vez na história da República brasileira, enfrentar sucessivas crises, sem que se cogitasse de rupturas institucionais, golpes de Estado, medida de exceção, como ocorrera nos períodos anteriores.

Assim é que o Brasil passou por um "impeachment" presidencial; crises que atingiram diretamente os governos, envolvendo suspeita de corrupção de autoridades ocupantes de cargos elevados na hierarquia oficial, como o caso dos anões do Congresso e do "mensalão" – quarenta autoridades do governo e pessoas vinculadas estão sendo processadas criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal –; alternância de poder; superinflação; crise econômica após a implantação do real, decorrente das crises asiáticas e russa, tudo isso sendo enfrentado com o arsenal jurídico hospedado pela Constituição de 1988.

Vale dizer, mesmo nos momentos de crises políticas e econômicas, as instituições funcionaram bem e a democracia está solidamente enraizada no País, a meu ver, por força da qualidade do texto de 1988[8].

Atribuo esse resultado, em primeiro lugar, ao fato de o texto ter sido elaborado para adoção de um regime parlamentar de governo. Apenas na undécima hora, já em plenário, e nos últimos meses de discussão, adotou-se o sistema presidencial, sem tempo de alterar muitos dos dispositivos que deram força considerável ao Congresso e ao Poder Judiciário, este podendo exercer um controle concentrado de constitucionalidade tanto sobre os atos do Executivo, como sobre aqueles do Parlamento. Fortaleceu-se, também, o papel do Tribunal de Contas, com o que o equilíbrio de poderes tornou-se a espinha dorsal da lei suprema, como determina, aliás, o artigo 2º da Constituição assim redigido: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" [9].

---

[8] Escrevi: "Apesar de prenhe de defeitos, seu mérito maior, todavia, em face da absoluta liberdade que os constituintes tiveram para a discussão de um modelo de lei fundamental, foi o de ter criado um sistema em que o equilíbrio de Poderes é inequívoco. Sem equilíbrio de poderes não há segurança jurídica. Em nenhum texto anterior (1824, 1831, 1934, 1937, 1946 e 1967, com suas emendas) tal realidade revelou-se de maneira tão nítida como no de 1998. Nem mesmo Estados Unidos, pátria do presidencialismo, segue a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, - que a própria França não hospeda - com separação tão nítida como no Brasil, nada obstante o instituto das medidas provisórias ofertar impressão diversa" (Revista Memorial da America Latina n.35, pg.13, 2009).

[9] Pinto Ferreira assim o comenta: "Poder é a capacidade de impor a vontade própria nas relações sociais, mesmo contra a vontade alheia, como ensina Max Weber. É a capacidade de conseguir os resultados pretendidos, di-lo Bertrand Russell. O Estado possui a capacidade de decisão, é um

O quadro pode ser delineado da forma seguinte: um Legislativo forte, como nos sistemas parlamentares; um Judiciário autêntico, com força maior que nas Constituições anteriores; um Tribunal de Contas, com poderes maiores para responsabilizar e fiscalizar o Poder; e um Executivo que não ficou fragilizado, pois lhe foram outorgados dois instrumentos legislativos um, de urgência (medida provisória) sujeito à aprovação posterior do congresso em 120 dias, risco de caducar o ato normativo, e outro, mediante autorização prévia do Legislativo (lei delegada). Desta forma, o texto constitucional conformando um sistema parlamentar do governo foi transformado, à última hora, em modelo presidencialista, sendo que os instrumentos nele previstos deram aquele equilíbrio de poderes fundamental para uma democracia, pois, como dizia Montesquieu, na sua formulação tripartida de Poder, é necessário que o poder controle o poder, porque o homem não é confiável no poder[10]

Estou convencido de que o sistema brasileiro funciona bem e, apesar das 72 emendas - que o tornam, no dizer de muitos críticos, uma Constituição

---

poder político-social, soberano, decidindo em última instância.

No Estado de Direito opera-se uma divisão de poderes e também de funções. O poder político é uno, indivisível, indelegável, porém se desdobra em diversas funções, para a realização de suas tarefas. Os Poderes da União na República Federativa do Brasil são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Poder Legislativo é o que elabora, modifica, altera e emenda as leis, como ensina Watson. O referido Poder edita normas gerais, abstratas, impessoais, a que se dá genericamente o nome de leis, que regulam o comportamento das pessoas. O processo legislativo é rico e variado, comportando diversas espécies de atos normativos, várias espécies normativas.

O Poder Executivo administra a coisa pública e resolve casos concretos de acordo com as leis, não se limita à simples execução delas. Ele também exerce funções de governo, com atribuições políticas. Por isso Carré de Malberg chega a falar de uma quarta função, a função política ou de governo, apontando o exercício do direito de graça ou o início do processo legislativo. Seria a nota distintiva da autoridade considerada como política, a arte do governo" (Comentários à Constituição Brasileira, 1º vol., Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 37/38).

[10] Escrevi: "Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: "Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites" e ao concluir que é necessário seria que o "poder constitua um freio para o poder" sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana" (Curso Modelo Político Brasileiro, vol. IV, A separação de poderes no Brasil, ed. Programa Nacional de Desburocratização/Inst. dos Advs. de São Paulo, Brasília-DF, 1985, p. 28).

provisória, cujos exemplares deveriam ser vendidos em bancas de jornais, dada a sua periodicidade e transitoriedade –, o certo é que nunca tivemos tanta estabilidade institucional como agora. Os direitos e garantias individuais são respeitados, a imprensa é absolutamente livre, não sofrendo nem pressões, nem entraves do governo – como ocorre nos países em que o Poder Executivo dita as regras, por ser mais forte que os outros poderes –, sobre ser o debate político amplo e aberto, em igualdade de condições, além de a liberdade sindical e a econômica serem absolutas.

Grande parte do sucesso internacional do Brasil, que vem de todos os governos pós-Constituição, deveu-se a este equilíbrio de poderes. Collor pode abrir o mercado brasileiro, antes fechado, propiciando a Itamar e Fernando Henrique a instituição do Plano Real, que fez praticamente desaparecer a inflação. Com isso, a estabilidade internacional seguida da estabilidade econômica consolidou, definitivamente, o regime de governo e o sistema constitucional. O mérito do Plano Real baseou-se na eliminação do déficit público, em 1993, na acumulação de reservas cambiais e na adoção de duas moedas por seis meses (a URV, moeda de conta, e a moeda de pagamento). Obrigou-se, nestes meses, todos os índices corretivos da inflação a desembocarem na URV. No momento em que mais de 95% dos contratos eram indexados pela URV, a transformação da moeda de conta em moeda de pagamento eliminou a inflação. Com déficit público zerado, não houve pressão dos gastos públicos para emissão de moeda e, com reservas cambiais mais elevadas, eliminou-se o risco da especulação cambial, pois o governo manteve força interventiva no mercado.

Em outras palavras, a estabilidade econômica foi obtida em 1994 e até hoje mantida[11].

[11] Nada obstante, tais méritos da lei suprema (equilíbrio de poderes), não se pode esquecer o alerta de Roberto Campos, apoiando, de resto, posição minha e de Celso Bastos, ao dizer: "Num lúcido artigo em O Estado de São Paulo, de 17 de fevereiro, Ives Gandra Martins, jurista eminente e espírito refinado como poucos, sob o título "Inflação legislativa" toca num ponto que liberais curtidos, como eu, vemos com preocupação cada vez mais funda. O Estado vem crescendo e ficando cada vez mais abrangente e sufocante. Até mesmo sem querer, como no caso de Fernando Henrique, que é uma pessoa amena, de vocação para o diálogo, sem personalidade autoritária, e certamente sem o menor traço totalitário. Também a maioria dos meus colegas do Congresso, pelo menos na intenção, preferem os valores do convívio democrático. Entretanto, nunca se legislou tanto, tão apressadamente, nunca se invadiu tanto os direitos individuais, nunca ficou tão irremediavelmente confusa a noção do respeito às garantias jurídicas, nunca instituições antes respeitadas se tornaram instrumento de ativismo ideológico, demagogia e

Tal estabilidade foi testada em 1997/1998, com as crises asiática e russa, assim como com o período de estagnação econômica mundial (1998 a 2002), em que o governo Fernando Henrique manteve o controle das instituições e da economia com fundamentos tão sólidos, que o FMI internacional garantiu, no período turbulento das eleições de 2002, um empréstimo ponte de 30 bilhões de dólares, para ser utilizado, se preciso fosse[12].

O episódio é interessante, pois, à época, o candidato Lula, nos primeiros meses de sua campanha, atacara duramente o FMI e as instituições financeiras, o que levou à turbulência do mercado, quando assumiu a liderança das pesquisas para as eleições presidenciais do ano. O Presidente Fernando Henrique, todavia, tendo acalmado os investidores e empresários com o apoio do FMI, chamou os quatro candidatos que concorriam ao pleito presidencial de então, e mostrou que, se quisessem receber um país em ordem, teriam não só que respeitar o acordo feito com o FMI, como deixar de atacar o sistema financeiro.

---

estrelismo. O Presidente legisla por Medida Provisória. Os ativistas (e, pior ainda, os bem-intencionados) tentam passar leis sobre tudo, acabando até com a moderada garantia representada pela autorização do juiz, acabando com a privacidade e com a defesa contra a eventual opressão da burocracia a serviço das autoridades de plantão a pretexto de diminuir a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro para a droga, e por aí afora" ("A prepotência do Estado" no livro "O Estado do Futuro", Ed. Pioneira, São Paulo, 1998, p. 29).

[12] Miguel Reale denomina o modelo atual de social-liberalismo. Tal posição Oscar Corrêa e eu já tínhamos também defendido. Escreveu: "Além disso, como bem observa Ives Gandra da Silva Martins, em seu livro Uma Visão do Mundo Contemporâneo, que acaba de ser traduzido na Rússia, se, até agora, a globalização trouxe benefícios ao mercado internacional, também tem sido causa de mutações e até mesmo de subversões, com a reintrodução do capitalismo selvagem sob a forma de investimentos de caráter puramente especulativo. Daí o temor não de um Estado evanescente, mas, ao contrário, "de um Estado mais forte e menos respeitador dos direitos individuais, para enfrentar uma crise social inédita no passado, para a qual nem a Economia nem o Direito atuais têm terapêutica adequada".

De mais a mais, o Estado não deve se reduzir à economia, cabendo-lhe atuar, com igual força e dedicação, em prol dos valores existenciais da educação, da saúde, do meio ambiente e da cultura, de preferência mediante processos ou planos em parceria com a iniciativa privada, comprovadamente mais criadora.

Quem não vê, espelhada nessas exigências plurivalentes, a ideologia social-liberal, que, — por conferir atenção especial à questão social, sem prejuízo das prerrogativas da liberdade individual — é a que melhor pode abrir campo para as medidas reclamadas pela crise sem precedentes que, curiosamente, nos atinge na virada de um novo milênio?

Se pensarmos na gigantesca dívida social brasileira, ainda mais nos convenceremos da necessidade de uma teoria política que componha em justo equilíbrio os valores da liberdade e da igualdade, como se dá com o liberalismo social" (O renascimento do liberalismo no livro O Estado do futuro, Ed. Pioneira/Acad. Int. de Direito e Economia, São Paulo, 1998, p. 43/44).

O candidato Lula mudou o seu discurso em 180 graus e teve o bom senso, quando eleito, de indicar um respeitado nome para o Banco Central. Com isso, ao adotar a mesma política econômica de Fernando Henrique, tranqüilizou de vez o mercado e, aproveitando, com habilidade, o "boom" econômico mundial de 2003 a 2008, projetou o Brasil, sobre ter, com suas políticas anti-cíclicas, superado a crise de 2009/10.

Aliás, todos os países emergentes estruturados aproveitaram-se da crise para substituir o que perderam o mercado externo, pelo alargamento do mercado interno, algo que os países desenvolvidos não puderam fazer, porque seus mercados internos já estavam, praticamente, nos limites da expansão[13].

Para concluir: tais considerações, eu as faço no intuito de mostrar que a Constituição Brasileira permitiu o equilíbrio de poderes, o que propiciou uma estabilidade econômica com sólidos fundamentos além de assegurar a governança e alternância de poder sem quaisquer riscos para a estabilidade democrática.

Pode-se, hoje, dizer que o Estado Democrático de Direito é uma realidade definitiva no Brasil, graças à Constituição de 1988.

---

[13] Escrevemos: "Os emergentes desenvolvidos, de rigor, são os BRICs, acompanhados da Argentina e do México, que sofreram na medida do seu maior ou menor envolvimento com os países desenvolvidos. O Brasil, por exemplo, dependia do mercado exterior em 25%, enquanto o México dependia em mais de 50%. À evidência, o impacto negativo no México foi superior ao do Brasil. No Brasil, os estímulos ao mercado interno compensaram em parte a perda do mercado externo, que se deveu a três factores: falta de crédito, redução do preço das mercadorias e contracção do mercado exportador em resultado da crise internacional. A recuperação. todavia, já aparenta estar em curso em meados de 2009, ajudada por uma política de estímulos fiscais para sectores sensíveis da economia (automóveis, electrodomésticos e outros de grande impacto no consumo) capaz de manter um nível de produção elevado. Por exemplo, venderam-se mais automóveis no ano de 2009 que em 2008, no mercado interno.
Acresce que o Brasil tem uma banca sólida, decorrente de dois factores. O primeiro é ter atrasado a sua entrada na euforia global de criação e investimento nos títulos que acabaram por estar na origem da crise financeira. Em segundo lugar, por mais de metade dos seus activos financeiros serem títulos públicos. É comum afirmar-se, no Brasil, que a banca brasileira vale o que vale o governo. A manutenção de juros elevados, por outro lado, não provocou a fuga de recursos que outros países emergentes conheceram, demonstrando que a economia brasileira é a mais sólida que a da maior parte dos países emergentes" (A crise financeira internacional, autores: Fernando Alexandre, Ives Gandra Martins, João Sousa Andrade, Paulo Rabello de Castro e Pedro Bação, Coimbra University Press, Portugal, 2009, p. 166/167/168).

Derecho Constitucional y Gobernanza en la América Latina y en el Caribe Hoy

Jorge Antonio Giammattei

Introducción

Mis primeras palabras para saludar con todo respeto a las autoridades presentes que presiden este "Encuentro de Juristas de América Latina y el Caribe" que deberá debatir y sacar conclusiones sobre "El Derecho Constitucional y Gobernanza en América Latina y el Caribe hoy".

Debo, además, saludar y agradecer a la Fundación Alexandre de Gusmáo en la persona de su Presidente, Embaixador Jerónimo Moscardo; y, al Instituto de Pesquisa de Relaciones Internacionales, en su Director, Embaixador Carlos Henrique Cardim, su cordial invitación a este encuentro que tratará el sugestivo y sugerente tema sobre el Derecho Constitucional y la Gobernanza.

Sería un objetivo inalcanzable pretender por este servidor resumir en esta ocasión todo lo relacionado con el Derecho Constitucional y la Gobernanza en Regiones Geográficas tan amplias y de diferencias marcadas en su Derecho Constitucional y su Gobernanza, por lo que me limitaré a realizar un examen de lo que pueden significar estos conceptos en algunos Estados de la Región Centroamericana que forman parte de la Comunidad Centroamericana, integrándose en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Estos son: Belize, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

Sobre el Derecho Constitucional, haré referencia esencialmente a sus Principios, al texto constitucional, así como las dificultades que ofrece la Constitución para su adaptación a las nuevas exigencias que plantea la gobernanza, como nuevos requisitos de participación de los gobernados que la demandan en forma activa, así como las exigencias de calidad y eficiencia del hacer gubernamental, su monitoreo y seguimiento, y una rendición de cuentas clara, concisa, concreta y de transparencia de su actividad.

I. El derecho constitucional y los principios que lo informan como fundamento "a priori" de gobernanza

Como examinaremos posteriormente no puede existir "gobernanza" sin que previamente exista democracia sustentada en un ordenamiento jurídico constitucional.

En el ordenamiento jurídico constitucional más que su texto formal debe atenderse a su "telos" o fin último y los principios o valores que lo sustentan.

Así, en el informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de la Constitución de 1983 de El Salvador, en el tema relativo al concepto filosófico relacionado con los fines del Estado, se concluye:

> *"En una Constitución que contiene una gran cantidad de principios programáticos y de enunciados dogmáticos, es necesario que se establezcan de manera clara, los fines de la organización político-jurídica de la que la propia Constitución es base fundamental, ya que el intérprete de la misma, necesita de una concepción teleológica para descubrir el verdadero alcance de sus disposiciones, sin olvidar que la Constitución es un conjunto armónico que no puede interpretarse aisladamente. Para los miembros de la Comisión el fin último del Estado, es el hombre mismo, la persona humana. El Estado no se agota en sí mismo, no es una entelequia intrascendente, sino creación de la actividad humana que trasciende para beneficio de las propias personas. Por eso se dice en el Artículo 1 que: "la persona humana es el principio y el fin de la actividad del Estado…".*
>
> *"Pero si la persona humana como miembro de la Sociedad, es el fin último del Estado, esta organización jurídica debe de tener respecto de esta persona, finalidades de valor que aseguren en definitiva la felicidad del género humano. Por eso la escogencia de los tres grandes*

valores: justicia, seguridad jurídica y bien común, que en un mismo orden jerárquico se consideran complementarios y no antagónicos, como más de algún iusfilósofo ha sostenido. No puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores. La libertad individual de disponer conforme a la ley, es una norma de justicia, pero sin la seguridad de que esa ley se aplicará, la justicia se desnaturaliza. Lo que disponga la ley, el contenido de ese "conforme", es el concepto del bien común que a la libertad de uno, enfrenta la libertad de otros, de manera que las relaciones de sociedad puedan conducirse dentro de parámetros de igualdad que permitan un desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los componentes el grupo social"[1].

Establecido el marco genérico de referencia nos corresponde tratar de desentrañar su significado, empezando por lo que al respecto dispone el diccionario, que para los efectos de esta disertación, nos dice, que Principio es: "causa, origen, norma o base moral que rige el pensamiento o la conducta"[2].

Por su parte, algunos autores, dicen que los principios son "donde toma su origen el Derecho, todo Derecho, y por tanto, también el ordenamiento positivo de que se trate"; y que "Tomar su origen, significa, engendrar, nacer, adquirir carta de naturaleza en el mundo de las cosas reales. Así el Derecho vive primeramente en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia y consecuentemente como sentimiento de la injusticia, contra la que reacciona"[3].

También en el "Manual de Derecho Constitucional", elaborado por Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti, Silvia Lizette Kuri de Mendoza y María Elena Orellana, citando al autor español Antonio Enrique Pérez Luño, establecen una diferencia entre principios y valores, afirmando que nuestra Ley Fundamental no es rigurosa en el uso de ambos vocablos y los usa indistintamente y que sin embargo el análisis de su respectiva significación

---

[1] *"Constitución República de El Salvador, 1983"*. Publicación del Ministerio de Justicia, Pág. 183.

[2] *Larousse Diccionario de la Lengua Española.* Edic. Larousse, México D.F., 1994. Pág. 535.

[3] Yanira Elizabeth Moreno Valencia y otras. *"El Derecho Constitucional Salvadoreño y sus Fuentes"*. Tesis Profesional. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad Salvadoreña, San Salvador, 1991. Pág. 141.

resulta imprescindible para clasificar y precisar su peculiar función constitucional.

A efecto de esta clasificación y precisión, señalan, que los valores son modos de preferencias conscientes y generalizables; y, de nuestra parte, agregamos, que son criterios ideales básicos para calificar las acciones, regular los espacios de libertad en la convivencia evitando la arbitrariedad cuando haya alguna situación imprevista y estableciendo sus fines. De ahí se deduce que los valores constitucionales supongan postulados de preferencias expresados en el proceso constituyente como prioritarios y fundamentadores, que limitan y controlan la convivencia colectiva. Los autores citados, haciendo referencia a Pérez Luño, sostienen que se trata de las opciones ético sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural y que el criterio más adecuado para distinguir entre valores y principios es el que se basa en el diferente grado de concreción que existe entre ambos, de tal forma que: "Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben de seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que…fundamentan, orientan, y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico". Los valores forman por tanto, el contexto histórico-espiritual de la interpretación de la Constitución. "*Los principios, por su parte, entrañan un mayor grado de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas…Los valores funcionan en suma como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas…De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en la que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión. Tal proceso se realiza en primer lugar, en las propias disposiciones constitucionales y, a partir de ahí, en las restantes normas de inferior rango que integran el ordenamiento jurídico*". Terminan la cita diciendo "*que un valor o principio constitucional no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados*

o aplicados ya que…son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen normas constitucionales"[4].

Comentando lo anterior el Doctor José Albino Tinetti, dice que "…Las Constituciones contemporáneas y principalmente las que han inspirado al constitucionalismo latinoamericano más reciente, son más "principalistas" que cualquier otro sector del ordenamiento. Ahora bien, sobre todo cuando el texto constitucional los recoge, además de conservar los caracteres apuntados, los principios constitucionales reciben otro carácter más fuerte: se transforman también en fuerte normativa inmediata y en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la jerarquía normativa de la misma y vienen a ser parámetros de los estratos inferiores del ordenamiento jurídico".

Este otro carácter les es reconocido expresamente por el 1er inciso del Art. 246 de la Constitución[5].

Establecido así el significado y campo de aplicación de los principios constitucionales, se hace necesario volver sobre lo manifestado al respecto por nuestros constituyentes en relación al origen y fin de la actividad del Estado y su organización para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y del bien común.

Estos fines de la actividad del Estado, coinciden plenamente con los fines del Derecho, tal como fue planteado durante los debates habidos en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en la ciudad de Roma, bajo la presidencia de Giorgio del Vecchio, durante 1937-1939; que si bien en esa ocasión asistieron congresistas que plantearon antinomias entre ellos, nuestros constituyentes, como lo expresan en su Informe Único o Exposición de Motivos, denominándolos "finalidades de valor" o "tres grandes valores", los consideran complementarios y no antagónicos ya que …"No puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores".

Esta afirmación de nuestros constituyentes nos facilita, en alguna forma, llegar a los principios constitucionales, ya que nos indica claramente los postulados mayores sobre los que debe descansar la actividad legislativa y servirle de referencia y límite.

---

[4] Francisco Bertrand Galindo, José Alberto Tinetti y otras. *"Manual de Derecho Constitucional"*. Tomo I. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador, 1992. Págs. 70, 71,72.

[5] José Albino Tinetti. Notas al artículo *"Las Fuentes del Ordenamiento Jurídico en Chile"*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 1, Pág. 352.

Ahora bien, si los valores señalados, justicia, seguridad jurídica y bien común, son la base, ¿cuáles serán los principios constitucionales que se encuentran en la Constitución?

Para responder esta interrogante y reforzando lo que se ha dicho anteriormente sobre los "principios constitucionales", nos referiremos a lo que al respecto señala Rubén Hernández Valle en "Los Principios Constitucionales. Concepto, Naturaleza Jurídica y Tipología", (citando a: Arce (sic) y Joaquín Flores Valdés, "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", Madrid 1990, Pág. 79), indicando que suelen definirse como "las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras, interpretativas y supletorias respecto de su total ordenamiento jurídico", agregando que… "Debido a que no se articulan en disposiciones positivas, los principios constitucionales se manifiestan jurídicamente como normas no escritas que forman parte del bloque de la constitucionalidad…En consecuencia, tales principios no tratan de establecer unos elementos complementarios de interpretación, ni simples criterios programáticos, sino de introducir por vía perceptiva, los más generales principios que los ciudadanos y todos los poderes públicos están obligados a obedecer…En otras palabras, están dotados de la misma normatividad que las disposiciones formales contenidas en la Carta Política. Por otra parte y dado que de ellos se pueden derivar tanto potestades a favor del Estado como derechos subjetivos en beneficio de los administrados, su eventual violación puede ser impugnada a través de los diferentes procesos constitucionales (habeas corpus, amparo, inconstitucionalidad)[6].

Establecido así el alcance y límite de los principios y valores constitucionales pasaremos a examinar su relación con el novedoso concepto de gobernanza.

II. Gobernanza

Sobre "gobernanza", se encuentran diferentes concepciones, a sabiendas para este servidor que es una nueva forma de concebir la sociedad en un Estado de Derecho con diversos grados de plenitud democrática y participación ciudadana en el quehacer gobernativo.

[6] Rubén Hernández Valle. *"Los Principios Constitucionales"*. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José, Costa Rica. 1992. Pág. 7.

Sabemos todos que es una palabra nueva, nacida a fines de la década de los ochenta, que se impuso decididamente por los cambios políticos acaecidos en Europa y que ofrecía a las nuevas sociedades horizontes de libertad política y económica que podían y debían encauzarse en formas que se intuían como las mejores y que sin señalarle límite empezaron a definirse como "good governance" en la década de 1990.

En el "Ensayo sobre la "Gobernanza" a partir de los textos de Natera, Mayntz y Ruano", los autores citando a Antonio Natera, dicen de manera práctica y resumida que la gobernanza "se refiere a la puesta en práctica de estilos de gobernar en los que se han diferenciado los límites entre los sectores públicos y privados…implica "un cambio de sentido del gobierno, un nuevo método conforme al cual se gobierna a la sociedad" y, añaden por su cuenta que "la gobernanza alude a un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico, pero también del mercado, caracterizado por un mayor grado de interacción y de cooperación entre el Estado y los actores no estatales en el interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado".

Según los autores que refieren a Natera "La esencia de la gobernanza radica en que los mecanismos de gobierno no se basen en el recurso exclusivo a las autoridades gubernamentales ni en las sanciones decididas por éstas. No se caracteriza por la jerarquía, sino por la interacción entre actores corporativos autónomos y por redes entre organizaciones".

Según los mismos actores, encabezados por Josep Castelles, las razones que justifican la aparición de la "gobernanza" como sistema de gobierno son:

1. El estado ha dejado de tener el monopolio sobre los conocimientos y sobre los recursos económicos e institucionales necesarios para gobernar.
2. La crisis fiscal del Estado, producida en las décadas de los ochenta y los noventa en los países occidentales.
3. El giro ideológico hacia el mercado y el "desencanto" acerca de las capacidades del Estado para la mayoría de las perspectivas ideológicas.
4. La globalización política, debido a las consecuencias que ha tenido en la habilidad tradicional del Estado para dirigir la sociedad y a la transferencia de competencia a instituciones internacionales.
5. La necesidad de contratar, delegar e implantar nuevas modalidades de regulación.
6. El incremento de la complejidad y fragmentación de las estructuras políticas y administrativas.

Por mi parte, agrego los siguientes:

7. Los procesos de integración comunitaria fundados en la cercanía de la toma de decisiones de las Autoridades con los destinatarios.
8. El mundo cibernético con su caudal de información accesible para todos y su facilidad de comunicación universal.
9. La globalización económica y el poder y concentración de los grandes conglomerados económicos y su influencia político-económica en los Estados.

Concluyo lo relacionado con la "gobernanza", afirmando que lo que se proyecta es una transformación del Estado para adecuarlo a los retos que se plantean en este nuevo siglo, en el que tendrán que contrastarse los principios y valores contenidos formalmente en sus textos constitucionales, destacando la participación activa de los habitantes de sus Estados, en la definición de problemas, toma de decisiones y su ejecución e implementación en distintos niveles de coordinación.

Que haciendo propio lo afirmado por Pierre Calame en su libro "Reinventar la Democracia" para repensar la Gobernanza 2006, citado por Claire Launay, Thomas Mouriés, "Gobernanza, no es sólo "buen gobierno", sino también un estilo de vida de plena democracia representativa y participativa, con principios y prácticas efectivas, transparencia, información y el deber de los gobernantes de rendir cuentas para que los ciudadanos estén informados y puedan tomar decisiones en lo que les concierne directamente en su vida cotidiana.

Reafirmando que:

"la gobernanza es, por naturaleza y por vocación un sistema de evolución lenta"…

"Se entiende mucho mejor la realidad de la gobernanza por su práctica cotidiana que a través de los tratados de ciencia política",

"…su reconocimiento se basa especialmente en un enfoque clínico: no son las experiencias de laboratorio las que nos permiten avanzar, sino más bien la confrontación de "casos"".

"La gobernanza es un arte de ejecución y solo se comprende a partir de la vida cotidiana".

"…La ética y la gobernanza están asociadas como dos cara de una misma moneda. En primer lugar porque en ambos casos se trata de reafirmar que

los fines deben prevalecer sobre los medios. Luego porque no hay gobernanza pacífica y menos aún democrática sin fundamento ético".

"La gobernanza se ejerce como un arte".

"La búsqueda de una solución pertinente que satisfaga principios rectores comunes es típica de un ejercicio de un arte".

"Dentro del marco de la ordenanza…es la confrontación de la experiencia de unos y otros y de todos los casos específicos lo que permite sacar a la luz los principios rectores comunes".

"En un procedimiento de subsidiariedad activa se insiste sobre el proceso de elaboración de soluciones y no sobre la reproducción automática de modelos".

"La otra característica del arte reside en el interés de soluciones satisfactorias más que por la idea de solución óptima"…la búsqueda de una solución negociada es un proceso laborioso. El objetivo ya no es entonces encontrar la solución óptima, sino una solución conveniente y pertinente".

"La gobernanza invita a refundar la sociedad".

"Una dimensión esencial del ciclo de la gobernanza es, (…) crear las condiciones para la apropiación de las problemáticas por parte de los ciudadanos".

"…A una persona o a una comunidad le importa menos saber que una decisión ha seguido las vías legales que constatar que su punto de vista ha sido escuchado, comprendido y considerado. Es por ello que los mecanismos democráticos tradicionales, compatibles con la tiranía de la mayoría no bastan para legitimar la gobernanza".

Con las anteriores y rotundas afirmaciones, se pasa por el autor a referir lo que es una "comunidad", con lo cual tenemos el primer acercamiento al objeto de esta disertación en el marco de este Encuentro, ya que nos aproxima al tema del mismo, ya que El Salvador forma parte de la Comunidad Centroamericana o Centroamérica y dentro de esa realidad se examinará el Derecho Constitucional y la Gobernanza.

Así, afirma el autor que "…la comunidad es una construcción social y política que emana de la historia, una construcción que siempre puede ser frágil si no nos ocupamos asiduamente de consolidar sus fundamentos".

"Una comunidad que se instituye. No se puede reinventar todos los días, pero tampoco puede alimentarse solamente de una historia

común y de mitos o cuentos fundadores del pasado. La necesidad de actos sustitutivos que fundan o refundan la comunidad es aún más imperiosa cuando se trata de conjuntos que se están formando, como los grandes bloques regionales o la comunidad mundial".

"Una de las dimensiones de la gobernanza, más allá de las plazas electorales, es crear procesos mediante los cuales, de tanto en tanto, la comunidad se refunda así misma".

Para una mejor comprensión de lo que expongo en las conclusiones, en lo que se refiere a la Comunidad Centroamericana, expresada como tal en el artículo 1° del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), es una Comunidad Económico-Política, integrada por los países antes mencionados, que aspiran a su integración e unidad como Centroamérica. Como tal, Comunidad de duración ilimitada y dotada de instituciones supranacionales con facultades normativas y vida propia.

El Sistema que se crea para lograr sus objetivos es el Sistema de la Integración Centroamericana, dotado de personalidad jurídica, sustentando en un ordenamiento jurídico institucional y fundamentado en la igualdad y respeto mutuo de los Estados Miembros.

El concepto más aceptado en la Región Centroamericana sobre Comunidad es aquel que establece que…La comunidad debe su nacimiento o gestación a la existencia de una identidad cultural común, a recursos comunes y a existentes problemas políticos de convivencia que se desean resolver sobre la base de una solidaridad de hecho y de una participación común de los mismos valores y expectativas.

Además, que esta Comunidad tiene su "acervo" o "patrimonio comunitario" que es aquello que se ha logrado entre sus Estados Miembros frecuentemente con mucho esfuerzo; que se consensó en su origen; que terminó reconociéndose sin discusión; que ha sido puesto ya en vigencia; que es innegociable, y que siempre debe incrementarse y nunca disminuirse. Este, "Patrimonio o Acervo Comunitario" es, en otras palabras, el conjunto de realizaciones jurídicas y políticas que se han ido acumulando en el proceso y que no pueden diluirse o disminuirse ni mediante actos unilaterales, ni mediante actos de la colectividad de los Estados Miembros.

III. El Salvador, su constitución, la comunidad centroamericana o centroamérica y la gobernanza

El artículo 89 de la Constitución de El Salvador dispone: "El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, las cuales podrán contemplar la creación de organismos con funciones supranacionales".

Con ese fundamento se ve en forma clara un mandato sin condiciones para el proceso de integración con otros Estados del Istmo al aceptar crear entes supranacionales, al que desde luego se le han atribuido facultades soberanas desprendidas voluntariamente de los Estados.

Integrar, según lo establece la Real Academia de la Lengua Española es: "Formar las partes de un todo o completar un todo con las partes que faltan". En otras palabras, integrar es unir entidades disgregadas, aglutinar partes separadas dentro de una estructura más grande, conformar una unidad con elementos parciales que estaban dispersos.

La integración como proceso de amalgamación libre y voluntaria de naciones o Estados, es relativamente reciente. Sus orígenes pueden establecerse en el período entre las dos guerras mundiales como un intento de evitar una nueva. Como consecuencia de la finalización de la segunda guerra mundial, es cuando empieza a adquirir las características de una concepción definida, con el propósito inicial de evitar que las causas de las anteriores guerras dieran base a iniciar una tercera.

Así se comprende y conviene que entre diversos Estados, se hará mediante realizaciones concretas creando primero una solidaridad de hecho en donde hay recursos o problemas comunes, para que, cuando se sientan identificados, reaccionen como una Comunidad y pongan el aprovechamiento de los recursos o la resolución de los problemas bajo una misma autoridad común.

Así nacen en Europa la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la comunidad Económica Europea (C.E.E.) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA) o Euratom, entrando en vigor la primera el 23 de septiembre de 1952; y la segunda y tercera el 1° de enero de 1958.

Para los salvadoreños y centroamericanos, desde octubre de 1951 con la Carta de San Salvador que crea la Organización de Estados Americanos (ODECA), se conserva hasta el Protocolo de Tegucigalpa, vigente para todos

y que incluye a Panamá y además, actualmente a Belize y República Dominicana, la siguiente redacción de su: "Artículo 1°: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, son una comunidad económica-política que aspira a la integración de Centroamérica. Con tal propósito se constituye el Sistema de la Integración Centroamericana, integrado por los Estados Miembros originales de ODECA y por Panamá que se incluye como Estado Miembro".

Véase en esto una declaración solemne y un reconocimiento ineludibles de la existencia de una Comunidad económica-política que busca su integración.

Un proceso de integración tiene su propia naturaleza basada en su origen, en las facultades soberanas que los Estados Miembros han decidido ejercer en común, por medio de una autoridad común supranacional a quién le transfieren parte de sus facultades soberanas, con el propósito de realizar el bien común individual o social de la Comunidad que integran.

Es este el caso Centroamérica que como Comunidad Económico-Política se reconoce existir desde la Carta de San Salvador de 1951 hasta en el Protocolo de Tegucigalpa de 1991. Ya se ha mencionado que la integración tiene su propia vida a partir de las facultades soberanas que los Estados Miembros del proceso deciden ejercer conjuntamente por medio de uno o varios entes supranacionales, de vida propia e independiente de sus Estados, en propósitos de bien común de la Comunidad que integran.

El camino de la integración comienza por el orden económico, bien parcialmente o por aspectos sectoriales, bien por la generalidad de la economía.

La particular naturaleza de la integración también está formada, entre otros elementos, por los antecedentes y semejanzas, origen, principios, objetivos, procedimientos, su propio patrimonio o acervo comunitario y el Derecho Comunitario.

Por las limitaciones propias de este Encuentro, sin más, pasaré a referirme a los Principios del Derecho Comunitario que tienen la misma naturaleza para las Comunidades que los Principios Constitucionales que se tienen en las Constituciones de los Estados Miembros. Estos son:

Principio de Aplicabilidad Inmediata: Las normas de Derecho Comunitario adquieren automáticamente carácter de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados.

Principio de Aplicabilidad Directa: Las normas comunitarias son susceptibles de crear, por ellas mismas, derechos y obligaciones para los particulares, afectando su patrimonio jurídico.

Principio de Primacía: Las normas comunitarias ocupan un sitio de prioridad sobre cualquier norma nacional, incluso las constitucionales.

Principio de Responsabilidad del Estado: Los Estados Miembros se encuentran en la obligación de reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la infracción de las normas comunitarias. Se apoya en las obligaciones de los Estados de asegurar la plena eficacia de las normas comunitarias y de proteger los derechos que éstas le atribuyen a los particulares, de adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y de posibilitar a los particulares el hacer efectivo los derechos que se les reconocen de modo que puedan obtener la reparación adecuada cuanto tales derechos sean lesionados por una violación el Derecho Comunitario imputable al Estado.

Principio de Seguridad Jurídica: Que "exige" que la legislación comunitaria sea precisa y su aplicación previsible para los justiciables y que todo acto de las Instituciones que produzca efectos jurídicos sea claro y preciso, y sea notificado al interesado de forma que este pueda conocer con certeza el momento a partir del cual el citado acto existe y comienza a surtir efectos jurídicos.

De estos principios nos referiremos únicamente al Principio de Primacía que determina, como ya se dijo: "que las normas comunitarias ocupan un sitio de prioridad sobre cualquier norma racional, incluso las constitucionales".

Si no se acepta este principio, que a algunos les parece atentatorio de la soberanía nacional de los Estados Miembros, no podrá existir un proceso de integración comunitaria de Estados, ya que por múltiples razones podrían esgrimir como atentatorio a su Constitución cualquier disposición que considerara afectara sus intereses nacionales.

Tan es así que en diferentes juicios entablados ante la Corte Centroamericana de Justicia, ésta se ha visto en la necesidad de reiterar este principio jurídico sin el cual no puede existir una Comunidad de Estados en proceso de Integración Comunitaria.

Hechas estas afirmaciones se ve que la "gobernanza" como nueva forma de gobierno en este siglo, indispensable y necesaria para los Estados Miembros del Sistema de la Integración Centroamericana, no sólo por el

propio convencimiento que nos pueda merecer, si no por que así lo indican Estudios de Organismos, Instituciones y Universidades, todas de mayor prestigio, sería más fácil de implementar por medio de Tratado o Convención dentro del Sistema de la Integración Centroamericana que pretende asumirlo mediante la reforma de sus respectivas constituciones.

Las Constituciones de los Estados que integran la Comunidad Centroamericana, son, con alguna excepción de las denominadas rígidas o semirígidas. Para el caso, en la Constitución de El Salvador en su artículo 248 se establece la reforma de la misma en lo pertinente, así:

> *"La Reforma de la Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos. Para que la reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa, con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará publicar en el Diario Oficial".*
> *"La reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados en un número no menor de diez".*

Como puede verse y dada por una parte de la carencia de elementos de gobernanza que se encuentra en los Estados Miembros de la Comunidad Centroamericana, señalados en muchos estudios de Naciones Unidas, la OEA, del BID, del Banco Mundial, del Fondo Monetario y de Universidades a los que se puede acceder fácilmente; y, a la rigidez de Nuestras Constituciones, sería de forma más adecuada para los Estados Miembros de la Comunidad Centroamericana que mediante un Convenio o Tratado Comunitario, con primacía sobre cualquier normativa estatal, incluso la Constitución, se establecieran las medidas de gobernanza más adecuadas para la Región y la forma y plazo de implementarlas.

Como un ejemplo de excepción notable y un avance en este proceso, Costa Rica modificó el Artículo 11 de su Constitución, con vigencia desde el 30 de junio del año 2000, con el siguiente texto, referido a conceptos de gobernanza así:

> *"La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios*

en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas".

Es de referir también en el artículo 4 del Protocolo de Tegucigalpa, como principio fundamental de los propósitos citados en el artículo 3 del mismo, ser ordena proceder de acuerdo a los principios que ahí se establecen, entre ellos los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), todo esto en la letra i del referido artículo 4, por lo que algunos de los elementos constitutivos de la gobernanza que se encontraran en la "Convención Interamericana contra la Corrupción", son totalmente aplicables y vigentes a los Estados Miembros del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

Con mayor razón los elementos que se encuentren en el "Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica" y la "Declaración de Guatemala para una Región Libre de Corrupción" del 15 de noviembre de 2006, que como Declaración de la Cumbre o Reunión de Presidentes, Órgano Supremo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), es acto solemne en el que se formula la voluntad política sobre aspectos estratégicos que regirán la integración centroamericana, fijando sus orientaciones y lineamientos básicos, pueden ser parte de este Tratado o Convención que eventualmente puedan negociar, suscribir y poner en vigencia los Estados Miembros del Sistema de la Integración Centroamericana.

IV. La gobernanza y la necesidad de objetivos en el quehacer gubnernamental

La falta de objetivos definidos y de orientación o sentido en el quehacer gubernamental, hace que se considere por los gobernados que no se está progresando, por lo que hay que establecer formas claras de participación y control por la ciudadanía de aquellos objetivos que se hayan propuesto de común acuerdo por gobernantes y gobernados, que los conduzcan a un nuevo estilo de vida que se refleje como factor determinante de la salud de la sociedad.

Estas ideas deben encontrarse en los principios que informan el texto constitucional como "ideas arquetípicas" que se reflejen en el quehacer

gubernamental como verdad, es decir como conformidad entre ellas y el gobernar de acuerdo a ellas.

Lo anterior nos conduce al hecho de que nuestras autoridades deben actuar fundamentalmente en función de los principios y valores contenidos en el texto constitucional y si no se encuentran o han dejado de ser aplicables, el actuar de las mismas será incorrecto.

Es necesario crear el hábito de la gobernanza, gestando un nuevo ideal y motivación en la forma de gobernar que nos conduzca a actuar en función de nuestras creencias contenidas en los principios y valores que se encuentran en nuestros textos constitucionales.

El objetivo debe ser erradicar los hábitos negativos en el actuar gubernamental, en virtud del ideal que se encuentra en los valores y principios constitucionales.

Ahora bien, esta resolución debe aplicarse a determinados actos específicos y resultar en acciones positivas y concretas que reflejen el bien hacer.

Tener buenas ideas y valores y no actuar en consecuencia en función de ellas daña el "carácter social".

Para la tranquilidad social uno debe colocarse en el ambiente adecuado y desarrollar el buen hábito de la gobernanza.

Es necesario cultivar estos buenos hábitos estableciendo cierta vigilancia, (transparencia, controles, monitoreo, rendición de cuentas…) para lograr una "regeneración" del carácter de la sociedad.

Concluimos este apartado afirmando que la gobernanza debería incluir un mayor aumento en la cantidad y calidad de entrenamiento de la voluntad social y la formación de buenos hábitos o cultivo de esta nueva virtud en el hacer gubernamental, ya que la única manera de cambiar a alguien es cambiar sus resoluciones fundamentales, en virtud de ideas arquetípicas que le sirvan de marco y referencia.

Ante la dificultad de hacerlo modificando el texto de sus Constituciones, que incluya las razones de su modificación o la Convocatoria de una Constituyente, con el trauma y los peligros que conlleva, es que hemos propuesto, para el caso de la Comunidad Centroamericana y debido al "principio de primacía" del Derecho de Integración o Comunitario sobre las Constituciones de nuestros Estados, que se haga mediante un Convenio o Tratado sobre la gobernanza y que permita a nuestros Estados, sus gobiernos y sociedades empezar el nuevo

siglo acorde con la mejor forma de convivencia en donde imperen los principios y valores de la gobernanza.

Conclusiones

1) La "gobernanza", como nueva forma y estilo de gobernar irrumpe en el mundo globalizado haciendo que los Estados, en general, y en una visión de perfección democrática, determinen adoptarla, al igual que los Estados que ya lo han hecho, a partir de las nuevas realidades políticas, económicas y tecnológicas.

2) El entramado constitucional de la Región Centroamericana y el Caribe, por su rigidez, con alguna excepción, impide, por las razones que se han esgrimido, que este nuevo estilo y forma de gobierno se comprenda o incluya con la urgencia que lo demanda en su texto y principios constitucionales mediante la reforma de sus Constituciones.

3) En el proceso de integración comunitaria en que se encuentran inmersos los Estados de la Región, la forma más favorable de hacerlo en forma expresa, superando los escollos que implican las reformas constitucionales, es mediante la negociación y suscripción de un Tratado o Convenio de los Estados Miembros del Sistema de la Integración Centroamericana sobre "gobernanza", en la que se establezcan las modalidades de la misma y los plazos de su implementación, que incluya los valores y principios propios de su naturaleza, así como el ejercicio educativo de su realización.

El nuevo sistema constitucional y la gobernabilidad en Bolivia

José Antonio Rivera S.[*]

1. Introducción

La complejización de las sociedades, como emergencia de la globalización, la explosión demográfica, los fenómenos de la migración; sumada a los problemas históricos irresueltos de la exclusión y marginación social; así como la falta de lealtad constitucional de los gobernantes en el ejercicio del poder político y la falta de una conciencia constitucional en los ciudadanos y ciudadanas; se constituye en la generadora de la ingobernabilidad.

[*] El autor es Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz; Universidad Andina Simón Bolívar; Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; Universidad Mayor de San Andrés de La Paz; Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz; y Universidad Los Andes de La Paz; Profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Lima – Perú, de la Escuela Superior de Derecho de Mato Grosso – Brasil; Profesor Honorario de la Universidad de Huanuco – Perú; miembro de las siguientes instituciones académicas: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; miembro honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

Ante esa realidad los Estados, especialmente los de Latinoamérica y el Caribe, se ven obligados ha adoptar medidas de distinto orden, principalmente de ajustes y reformas constitucionales, para garantizar la gobernabilidad.

En el plano académico, surge también la necesidad de abordar el estudio de la gobernabilidad democrática y constitucional, con la finalidad de evaluar aquellas medidas adoptas por los Estados y, en su caso, recomendar o sugerir la adopción de nuevas medidas que garanticen la gobernabilidad.

La Fundación Alexandre de Gusmão (FUNAG) y su Instituto de Investigaciones de Relaciones Internacionales, han organizado el I encuentro de Juristas de América Latina y el Caribe para debatir el tema del "Derecho Constitucional y gobernabilidad en América Latina y en el Caribe"; evento al que me han hecho el honor de invitar como participante.

Atendiendo la amable invitación, en el presente trabajo abordo el tema de "El nuevo sistema constitucional y la gobernabilidad en Bolivia", realizando una evaluación valorativa y crítica del nuevo sistema constitucional diseñado por la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009, para determinar en qué medida contribuirá al logro de la gobernabilidad.

2. Algunas consideraciones previas y necesarias sobre la Gobernabilidad

La gobernabilidad ha sido y es analizada desde diferentes puntos de vista; por lo tanto, existe diversidad de conceptos en torno a ella.

Así, desde la ciencia política se ha empleado la noción de gobernabilidad para definir la capacidad del Estado y de sus principales agentes para gobernar; por lo que se entiende por gobernabilidad la capacidad objetiva de los regímenes políticos que asegura a sus instituciones públicas dentro de buenos niveles de legitimidad y eficacia, de estabilidad social y política.

Desde una perspectiva estrictamente vinculada a la administración del Estado, se entiende por gobernabilidad como aquella situación en la que concurren un conjunto de condiciones favorables para la acción de gobierno, que se sitúan en su entorno o que son intrínsecas a éste.

Cabe señalar que el Banco Mundial y el PNUD entienden que gobernabilidad se puede emplear como expresión sinónimo de governance; para ellos la gobernabilidad se configura dentro de los procesos y según las reglas mediante las cuales los gobiernos son elegidos, mantenidos, responsabilizados y reemplazados; además comprende la capacidad de los

gobiernos para gestionar los recursos de manera eficiente y de formular, implementar y reforzar políticas y regulaciones; esta noción también se configura por el grado de "respeto de los ciudadanos y del Estado a las instituciones que gobiernan las interacciones socio-económicas entre ellos"[1].

En el plano de la teoría democrática se puede señalar que la gobernabilidad democrática es la capacidad de los gobiernos democráticos para implementar políticas que aumenten el bienestar político, social, y económico de un país.

Finalmente, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como señala Diego Valadés[2], la gobernabilidad supone un proceso de racionalización del ejercicio del poder político; pues los fundamentos del poder se encuentran en la legitimidad, en cuanto a su origen, y en la racionalidad, en cuanto a su ejercicio.

En consecuencia, a los fines del presente trabajo podemos señalar que la gobernabilidad es parte del contexto constitucional y político del Estado; toda vez que su materialización depende de un buen diseño del sistema constitucional que provea una diversidad de soluciones para los múltiples temas vinculados a la gobernabilidad, que permitan resolver los diversos problemas sociales, políticos y económicos de la vida en una sociedad cada vez mas compleja. En ese contexto, siguiendo a Valadés[3], se pude señalar que las respuestas constitucionales para la gobernabilidad incluyen, por lo menos, cinco grandes rubros:

Primero, superar el autoritarismo, mediante la reforma del Estado que tenga por objeto la estructura, el funcionamiento y la relación entre sí de los órganos del poder constituido del Estado, y el régimen de las relaciones entre los gobernados y los órganos del poder constituido.

Segundo, establecer la equidad social, para combatir y superar las condiciones de desigualdad, de exclusión, y de concentración de la riqueza; de la equidad cultural, para auspiciar el pluralismo y reducir a los mínimos posibles la violencia familiar; de la equidad económica, mediante la regulación de los flujos financieros internacionales, la adopción de un sistema crediticio

[1] Kauffman, Kraay y Lobatón, citados por Prats, Joan Oriol, "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", *Revista de Instituciones y Desarrollo,* número 14 – 15, diciembre de 2003.
[2] Valadés, Diego (2010). Consideraciones sobre Gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio Introductorio, en *Gobernabilidad y Constitucionalismo en América Latina, Diego Valadés, Editor,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pág. XIV.
[3] Ibidem, pág. XV.

responsable y eficiente, y la reforma fiscal; y la equidad jurídica, que ofrezca a las personas la ampliación de los derechos fundamentales y la certidumbre de sus garantías, y el acceso a la justicia.

Tercero, proteger el ambiente, mediante un marco normativo que facilite las acciones nacionales e internacionales en la materia.

Cuarto, ofrecer seguridad, física, patrimonial y jurídica, sin menoscabo de las libertades.

Quinto, impulsar el desarrollo social, mediante la formación de capital humano, de capital social, y con la adopción de políticas de investigación e innovación tecnológica.

Es desde esa perspectiva del Derecho Constitucional que en el presente trabajo se abordará el análisis del nuevo sistema constitucional y la gobernabilidad en Bolivia, con la finalidad de evaluar valorativa y críticamente las reformas estructurales del Estado encaradas por la Asamblea Constituyente, que se reflejan en la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009.

3. El contexto social, político y económico

Para una adecuada comprensión del tema que se aborda en el presente trabajo, resulta necesario realizar una descripción resumida del contexto social y político que caracterizó la vida republicana del Estado boliviano y en el que se realizó el proceso constituyente que ha diseñado el nuevo sistema constitucional.

El Estado boliviano tiene una estructura social heterogénea; por lo tanto, una sociedad multiétnica y pluricultural; ello debido a sus orígenes y los procesos de colonización, no sólo la española, sino los que se produjeron de una civilización por otra en la época precolombina[4].

Sin embargo, el sistema constitucional que adoptó el Estado boliviano desde su nacimiento a la vida republica hasta casi finales del Siglo XX no expresó esa estructura social heterogénea; al contrario, los grupos de poder que se apoderaron del proceso constituyente fundador, luego de los procesos constituyentes reformadores, pretendieron construir una sociedad homogénea, por lo que adoptaron una posición de exclusión y marginación del sistema constitucional a importantes sectores sociales, como los pueblos indígenas

[4] En la época precolombina, la nación Tihuanacota fue colonizada por la nación Aymara, y ésta por la nación Quechua.

originarios, o las comunidades campesinas; provocando que esos sectores sociales se constituyan en una especie de naciones clandestinas en su propio territorio, y que protagonicen una constante lucha en busca de su inclusión e integración a la estructura social, económica y política del Estado, con reconocimiento pleno de sus derechos, no sólo los civiles, políticos y sociales, sino sus derechos colectivos o de los pueblos. Las luchas de reivindicación protagonizadas por los sectores sociales marginados contra los grupos de poder, y las duras represiones desplegadas por los detentadores del poder político, contribuyeron a la inestabilidad institucional y política del Estado; por lo tanto a la gobernabilidad.

El ejercicio del poder político caracterizado por el autoritarismo, la verticalidad y el abuso de poder, y la constante disputa del poder político estatal por los grupos de poder económico, dieron lugar a una, casi permanente, inestabilidad institucional en el Estado boliviano, que se reflejó en los constantes golpes de Estado, rebeliones, sediciones o alzamientos armados para deponer al gobierno democráticamente constituido e instaurar un régimen de facto o de hecho[5]. A lo largo del Siglo XIX y hasta la década del '80 del Siglo XX, se han instaurado regímenes autocráticos (totalitarios o dictatoriales) que, además de acceder al poder con desconocimiento de los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución, ejercieron el poder político con absoluto desconocimiento de la Ley Fundamental y la permanente violación de los derechos humanos; no subordinaron sus actos y decisiones a la Constitución, al contrario la desconocieron o, en su caso, procedieron a modificarla para legitimarse en el ejercicio del poder político[6]; de manera que el sistema constitucional adoptado no tuvo una vigencia real y material; sino una existencia esporádica en la vida institucional del Estado; y la Constitución no desplegó su fuerza normativa.

---

[5] La historia republicana de Bolivia registra que desde su nacimiento en el año 1825 hasta 1980, se produjeron doscientos golpes de Estado.

[6] Al respecto, resulta ilustrativo referir, a manera de ejemplo, el Decreto Supremo Nº 11947, de 9 de noviembre de 1974, que fue expedido por el régimen De Facto de Bolivia presidido por el Gral. Hugo Banzer Suarez, entre agosto de 1971 a julio de 1978; pues mediante dicho Decreto Supremo se subordinó la Constitución a las normas ilegales e inconstitucionales del mismo; el artículo 3º disponía textualmente lo siguiente: **"***Declárase vigente la Constitución Política del Estado de 1967 en todo aquello que no se oponga al presente Estatuto de gobierno, a las de carácter institucional y a los Decretos Leyes que en función de los superiores intereses de la Patria adopte el Gobierno Nacional*".

En el contexto descrito, la construcción de la sociedad no fue plenamente democrática; por lo tanto, no fue posible generar y desarrollar una verdadera cultura democrática y de respeto a la norma básica prevista por la Constitución; debido a que la construcción social y política fue autocrática, no fue posible generar una cultura genuinamente democrática.

En el plano económico la realidad del Estado boliviano estuvo caracterizada por la distribución desigual y no equitativa de la riqueza social; una irrazonable concentración de la riqueza social en pocas manos. A lo largo del Siglo XIX hasta la mitad del Siglo XX, la principal fuente de ingresos económicos fue la monoproducción minera y exportación de materia prima a cargo de grupos de poder económico privado; con la nacionalización de la minería, y parcialmente de los hidrocarburos el Estado asumió la dirección de la economía, fue el principal productor y exportador de minerales, y productor de hidrocarburos, hasta que debido a la profundización de la crisis económica y social, a mediados de la década del '80 del Siglo XX, los gobiernos de turno procedieron a la privatización y capitalización de las empresas estatales otorgando concesiones a empresas extranjeras y nacionales privadas para la explotación de los recursos naturales, entre ellos los hidrocarburos. La concentración de la riqueza en pocas manos generó una profunda crisis social, aún no resuelta plenamente; una crisis caracterizada por los altos índices de pobreza y considerables niveles de indigencia; elevados índices de desocupación o sub ocupación, que dio lugar a un proceso migratorio preocupante de personas hacia otros Estados en busca de fuentes de trabajo y de mejores condiciones de vida.

El contexto social, político y económico descrito se constituyó en el escenario de una permanente y aguda crisis social y política, que luego se tradujo en una crisis de legitimidad de la Constitución y puso en riesgo la gobernabilidad democrática.

De lo referido se puede concluir señalando que el proceso constituyente que encaró el Estado boliviano se desarrolló en un contexto social y político caracterizado por una crisis de gobernabilidad que tuvo los siguientes elementos:

a) Una crisis de legitimidad, de credibilidad y de respeto del Estado por el ciudadano, debido a la excesiva centralización del ejercicio del poder político que ha alejado al Estado del ciudadano, dando lugar a que el abandono del Estado en determinados ámbitos territoriales o sociales sea reemplazado por

iniciativas ciudadanas; de manera que las organizaciones sociales de carácter cívico, sindical o gremial adquieran mayor poder de influencia sobre los ciudadanos que el propio Estado.

b) Una aguda crisis de legitimidad, credibilidad y representatividad de los partidos políticos, debido a la falta de prácticas democráticas en su organización y funcionamiento interno, así como por prácticas prebendales y corruptas en el ejercicio del poder político.

c) Crisis económica caracterizada por elevados índices de pobreza e indigencia, de desocupación debido a la carencia de fuentes de empleo, bajos niveles salariales y un ingreso per cápita por debajo de la media; todo ello por la irrazonable concentración de la riqueza en no más del 15% de la población, que profundizó la brecha entre pobres y ricos.

d) La sistemática lucha reivindicatoria de los pueblos indígenas originario campesinos, demandando su integración material al sistema constitucional con reconocimiento de su derecho a la autodeterminación; con significativos avances en el proceso de captura del poder político, al grado de haber obtenido la victoria electoral y haber asumido el gobierno bajo el liderazgo de Juan Evo Morales Ayma.

e) El resurgimiento de los sectores y actores sociales organizados, como los pueblos indígenas originario campesinos, productores cocaleros, magisterio, mineros, fabriles, universitarios, con posiciones radicales demandando: i) la "recuperación de los recursos naturales para el Estado", revirtiendo las concesiones de exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos, minerales, recursos forestales y otros, concedidas a empresas privadas extranjeras o nacionales; ii) recreación de las empresas estatales para incorporarse al circuito productivo; iii) control estatal del sector productivo; iv) redistribución de la tierra improductiva, especialmente en el oriente boliviano; v) lucha frontal contra la corrupción; vi) la integración material de los pueblos indígenas originario campesinos al sistema constitucional reconociendo su derecho de autodeterminación; y vii) redistribución equitativa de la riqueza social.

f) Surgimiento de los movimientos cívicos departamentales organizados, demandando mayor descentralización política y administrativa, que concluya en la adopción de un modelo de Estado autonómico, a partir del reconocimiento de las autonomías departamentales.

g) Una profunda polarización en el posicionamiento respecto al nuevo Estado que debe configurarse en el proceso constituyente, que se refleja

entre quienes detentan el poder económico y los que detentan el poder político; los primeros, constituidos por sectores sociales asentados principalmente en el oriente boliviano[7], que se articulan sobre la base de la propuesta de adopción de un Estado autonómico, con autonomías departamentales; los segundos, constituidos por sectores sociales asentados principalmente en el occidente y parte de los valles[8], que se articulan sobre la base de la propuesta de descolonización y la adopción de un Estado Plurinacional Comunitario.

4. El nuevo sistema constitucional como base para la gobernabilidad democrática

Ante la aguda crisis social, política y económica que se reflejó en su máxima expresión en octubre de 2003, con la renuncia del Presidente de la República[9]; el pueblo boliviano decidió enfrentar la crisis por los causes democráticos ejerciendo el poder constituyente para adoptar un nuevo pacto social y político.

Mediante Ley Nº 3365, de 06 de marzo de 2006, fue convocada la Asamblea Constituyente para realizar la reforma total de la Constitución y adoptar un nuevo sistema constitucional para el Estado boliviano. La Asamblea constituyente fue instalada en agosto de 2006, entre otros, con los siguientes desafíos:

1º Enfrentar la crisis estructural del Estado por la vía democrática con una verdadera participación ciudadana; generando escenarios de debate

[7] Constituido por los departamentos de Santa Cruz, que en las últimas décadas se ha constituido en la región con mayor crecimiento económico; el Beni y Pando, además de Tarija que representa una parte del valle y es la región en que se encuentra la mayor parte de las reservas de gas.

[8] Constituido por los Departamentos de La Paz, Oruro, Potosí, además de una parte de los Departamentos de Chuquisaca y Cochabamba; región en la que se encuentran asentados los pueblos indígena originario campesinos de tierras altas más grandes, como son los quechuas y los aymaras.

[9] La crisis social, política y económica desencadenó una generalizada protesta de los sectores sociales, con un paro de actividades y bloqueo de carreteras, situación que no pudo ser oportunamente controlada por el Gobierno, de manera que la intervención de las fuerzas públicas del Estado provocaron enfrentamientos con el lamentable resultado de más de 60 personas fallecidas, lo que provocó que los movimientos sociales endurecieran sus posiciones y demandaran la renuncia del Presidente de la República Lic. Gonzalo Sánchez de Losada, el 17 de octubre de 2003; habiendo asumido la Presidencia de la República el Vicepresidente Carlos Mesa G., con la misión principal de convocar a la Asamblea Constituyente y a un Referéndum Popular para consultar al pueblo boliviano respecto a la exportación del gas natural hacia los EE.UU.

democrático para enfrentar la crisis en sus verdaderas causas; involucrando a todos los sectores y actores sociales en la búsqueda de la solución a la crisis.

2º Adoptar un nuevo pacto social y político, para fijar las reglas básicas de convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad boliviana, que sea un pacto de inclusión adoptado sobre la base de la concertación entre los sectores que sostenían posiciones polarizadas; en definitiva sea el resultado de un consenso entre todos los sectores y actores sociales, políticos y económicos.

3º Que en el nuevo pacto social y político adoptado, se fijen las bases para la redistribución equitativa de la riqueza social; las bases para la construcción de la unidad nacional respetando la diversidad étnica y cultural, de género y generacional, además la regional; establecer los mecanismos para integrar materialmente a los pueblos indígenas originario campesinos al sistema constitucional, por lo tanto, a la estructura social, económica y política del Estado reconociendo su derecho de autodeterminación; distribuir territorialmente el ejercicio del poder político, para aproximar el Estado al ciudadano, involucrando a este último a la gestión pública, a través de la planificación participativa y el control social.

En suma, el desafío principal fue el adoptar un proyecto político de inclusión que establezca las condiciones básicas para el logro de la gobernabilidad.

Superando profundos problemas de orden político y social el pueblo boliviano, mediante Referéndum realizado el 25 de enero de 2009, refrendó la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente, con las modificaciones introducidas por el Congreso Nacional[10]; de manera que el Presidente del Estado, Juan Evo Morales Ayma, la promulgó solemnemente el 07 de febrero de 2009.

4.1. El nuevo modelo de Estado con inclusión

Uno de los principales retos del proceso constituyente para enfrentar la crisis de gobernabilidad fue el adoptar un nuevo modelo de Estado que sustituya

[10] El Proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente, en diciembre de 2007, tuvo una dura resistencia de los sectores sociales organizados en los movimientos cívicos y las administraciones departamentales de los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando, Tarija, Chuquisaca, y algunos sectores sociales de Cochabamba y de La Paz, lo que obligó al gobierno a abrir un diálogo con la finalidad de encontrar acuerdos políticos en torno al proceso de cambio; el diálogo tuvo frutos, pero la forma en que los actores decidieron introducir los ajustes al Proyecto de Constitución mediante la Ley Nº 3941 de 21 de octubre de 2008, infringió la Constitución vigente en ese entonces, y desconoció la voluntad de la Asamblea constituyente.

a ese viejo Estado centralista, construido con exclusión y marginación de importantes sectores sociales.

El nuevo modelo adoptado es un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico; así lo define el art. 1º de la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009.

Con relación al ejercicio del poder político, si bien se mantiene el tipo de Estado unitario, la Constitución introduce el régimen de autonomías; lo que significa que Bolivia asumirá una organización estatal sobre la base de la unidad política y administrativa, con una distribución territorial del ejercicio del poder político a las entidades territoriales autónomas como serán los Departamentos, Regiones, Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, y Municipios. Entidades que contarán con gobiernos autónomos.

Esta importante reforma constitucional tiene el objetivo de recuperar la credibilidad, respeto y confianza de los ciudadanos y ciudadanas hacia el Estado, aproximándolo a través de la descentralización política administrativa, e involucrando a aquellos a la gestión pública a través de la planificación participativa y el control social; lo que a su vez contribuirá a lograr la transparencia y eficiencia en la gestión pública para enfrentar el mal endémico de la corrupción.

De otro lado, Bolivia es un Estado Social, lo que significa que, en el marco de la estructura social y económica configurada por la Constitución, adoptará políticas orientadas a superar las condiciones de desigualdad, de exclusión, y de concentración de la riqueza; distribuirá equitativamente la riqueza social; el papel del Estado no se reducirá a resguardar el orden público y no interferir ni vulnerar las libertades de las personas, sino principalmente a contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a todos sus nacionales las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar las necesidades materiales.

A ese efecto, en el diseño de la estructura económica, la Constitución define una economía plural constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. Asimismo define que el Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará su desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo (art. 206.V); promoverá la democracia económica y

el logro de la soberanía alimentaria de la población. Para eliminar la pobreza y la exclusión social y económica, la organización económica estatal tiene como propósitos: la generación del producto social en el marco del respeto de los derechos individuales, así como de los derechos de los pueblos y las naciones; la producción, distribución y redistribución justa de la riqueza y de los excedentes económicos; la reducción de las desigualdades de acceso a los recursos productivos; la reducción de las desigualdades regionales; el desarrollo productivo industrializador de los recursos naturales; y la participación activa de las economías publica y comunitaria en el aparato productivo (art. 313). La función del Estado en la economía consiste, entre otras, en promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones (art. 316.7).

La organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos; el Estado la reconocerá, respetará, protegerá y promoverá; además la apoyará para que sean sujetos de crédito y accedan al financiamiento.

De otro lado, la Constitución define que los recursos naturales son de propiedad del pueblo y serán administrados por el Estado en función del interés colectivo. El Estado asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias (art. 351). Los hidrocarburos, cualquiera sea el estado en que se encuentren o la forma en la que se presenten, son de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo boliviano. El Estado, en nombre y representación del pueblo boliviano, ejerce la propiedad de toda la producción de hidrocarburos del país y es el único facultado para su comercialización (art. 359.I).

Para racionalizar el ejercicio del poder político, Bolivia asume el carácter de Estado de Derecho, ratificándose tal cualidad en la reforma constitucional; ello significa, de un lado, que el ejercicio del poder se configura sobre la base del principio de separación de funciones, y el sistema de los pesos y contrapesos; de otro lado, la actividad estatal se rige por un ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados; un ordenamiento jurídico en cuya cúspide se encuentra la Constitución que

determina las condiciones de validez de la legislación ordinaria, así como de los actos administrativos y las decisiones judiciales. Tiene por finalidad mantener un clima de convivencia pacífica y armonía social, sobre la base del respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, asegurando al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia, tanto estatal como particular, reprimiendo, incluso con la fuerza, las actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad y ponen en riesgo la vida, la salud y la dignidad humana.

La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos y la prohibición de reunir en un solo órgano del poder constituido las diferentes funciones del Estado (art. 12). La Constitución delimita las potestades y competencias de los órganos del poder constituido, tanto del gobierno central como de los gobiernos autónomos de las entidades territoriales.

El ordenamiento jurídico que regula la organización y funcionamiento del Estado esta configurado sobre la base de los principios de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa; está a su vez organizado en cuatro niveles (art. 410); a) el nivel constitucional integrado por la Constitución, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, y las normas del derecho comunitario; b) el nivel infra constitucional integrado por los tratados y convenciones internacionales que no se refieren a derechos humanos ni derecho comunitario; c) el nivel legal, integrado por las leyes nacionales, estatutos orgánicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, leyes departamentales, leyes municipales y derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y d) el nivel reglamentario, integrado por los reglamentos nacionales, departamentales, y municipales. En materia de protección de los derechos fundamentales, las normas del Derecho interno serán interpretadas en conformidad con los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, además estos últimos tendrán primacía de aplicación frente a la Constitución si sus normas son más favorables para la protección de los derechos fundamentales (art. 256.I).

Superando la exclusión y marginación a la que fueron sometidos los pueblos indígenas originarios y gran parte de las comunidades campesinas, se integra materialmente a estos sectores sociales al sistema constitucional; a cuyo efecto Bolivia adopta la forma de Estado Plurinacional. Se trata de una organización política, social y jurídica sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo una misma Constitución

y Gobierno estatal; con reconocimiento a esas naciones de su propio territorio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

Para garantizar la integración material de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, el Estado garantiza su libre determinación en el marco de la unidad nacional, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y las leyes (art. 2). Se declaran sus idiomas originarios como oficiales del Estado, definiendo el uso obligatorio de dos idiomas oficiales, debiendo ser uno de ellos el castellano (art. 5). El Estado reconoce, respeta, protege y promoverá la organización económica comunitaria de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En resguardo de su derecho colectivo, el Estado consultará a las naciones y pueblos indígena originario campesinos para la explotación de los recursos naturales que se encuentren en su territorio. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. De otro lado, asume la obligación de resguardar y proteger los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a cuyo efecto se los consagra por el art. 30 de la Constitución.

En el orden político, para garantizar la inclusión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a las estructuras del Gobierno central del Estado y los gobiernos autónomos de las entidades territoriales del Departamento y Municipio, la Constitución introduce factores de ponderación positiva. Así, para la elección de diputados la constitución prevé la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinos en aquellos departamentos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional, a objeto de que elijan a su Diputado (art. 146.VII); para la integración del Tribunal Constitucional Plurinacional, los Magistrados serán elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197.I); en la conformación del Tribunal Supremo Electoral, de los siete miembros al menos dos serán de origen indígena originario campesino (art. 206.II); en el Gobierno Autónomo Departamental la Asamblea Legislativa estará conformada por asambleístas departamentales elegidos por votación popular; y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones

y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos (art. 278.I).

Finalmente, con la finalidad de construir un Estado con inclusión, en la última reforma constitucional Bolivia ha adoptado la cualidad de Estado Comunitario, lo que significa que se institucionaliza "(..) la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo piso de la institucionalidad democrática", de manera que "(..) esas organizaciones, en lugar de ir por fuera de las instituciones, se canalicen en las propias instituciones", convirtiéndose "(..) en un nivel de consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada", y de esa forma "(..) la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado"[11]. Lo "comunitario" no es agrario, tampoco es un regreso al Tahuantinsuyo; lo Comunitario es el reconocimiento de las colectividades de la sociedad civil en su lógica y dinámica política y democrática; de manera que, en la dimensión que se propone, el Estado Comunitario podría ser el equilibrio perfecto entre la sociedad política totalizadora y la sociedad civil democratizadora.

Para garantizar la institucionalización de la fuerza participativa de las colectividades sociales, la Constitución crea la participación y control social, como una función del Estado; lo que significa que la sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales, asimismo ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos (art. 241); significa también que la sociedad civil organizada participará en la formulación de políticas del Estado y en la construcción colectiva de las leyes apoyando al Legislativo (art. 242).

4.2. La distribución territorial del ejercicio del poder político

Para superar uno de los factores principales de la crisis social y política que enfrentaba el Estado boliviano, originado, entre otras causas, por el

[11] Los fundamentos glosados han sido extraídos de una entrevista conferida por el Vicepresidente de la República, Alvaro García Linera, al matutino La Prensa, el 21 de febrero de 2007, para explicar el modelo de Estado que proponía el Movimiento Al Socialismo (MAS), para que se adopte en la nueva Constitución.

centralismo político y administrativo, en el diseño del nuevo sistema constitucional se ha definido la distribución territorial del ejercicio del poder político, adoptando la modalidad de las autonomías; lo que significa que Bolivia, manteniendo su cualidad de Estado unitario, distribuye territorialmente el ejercicio del poder político reconociendo autonomía a las entidades territoriales; misma que consiste en la capacidad de elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias.

Se trata de una reforma estructural del Estado que genera las bases para lograr mayor legitimación del poder político a partir de la racionalización de su ejercicio con una distribución vertical o territorial. También crea las bases para el logro de un desarrollo económico y desarrollo humano sostenible y sustentable equilibrado entre las diferentes entidades territoriales, con participación social, involucrando a los ciudadanos a la gestión pública, y con preservación del medioambiente y la biodiversidad, con un aprovechamiento razonable y sustentable de los recursos naturales. Contribuye a lograr eficiencia y transparencia en la gestión, a través de la función de control social. Finalmente, canaliza la integración de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con reconocimiento de su derecho a la libre determinación en el marco de la unidad del Estado.

A los efectos de la distribución territorial del ejercicio del poder político, Bolivia se organiza territorialmente en Departamentos, Provincias, Municipios y Territorios Indígena Originario Campesinos. La Constitución prevé la posibilidad de conformar una Región como una entidad territorial, sobre la base de agregación de varios Municipios o Provincias con continuidad geográfica y sin trascender límites departamentales, que compartan cultura, lenguas, historia, economía y ecosistemas en cada departamento, constituyéndose esta entidad territorial en un espacio de planificación y gestión. Estas entidades territoriales gozan de autonomía.

Sobre la base de esa organización territorial, se distribuye territorialmente el ejercicio del poder político del nivel central hacia cuatro niveles territoriales subnacionales; conformando los siguientes gobiernos autónomos:

El Gobierno Autónomo Departamental ejercido por: a) la Asamblea Departamental conformada por asambleístas elegidos por voto directo y sufragio universal, y por asambleístas elegidos por las naciones y pueblos

indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos; con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa departamental en el ámbito de sus competencias; y b) el órgano Ejecutivo, dirigido por el Gobernador o Gobernadora Departamental, elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerá competencias concurrentes con el Gobierno del Estado Plurinacional Comunitario; y las competencias exclusivas que le están asignadas por el art. 300 de la Constitución.

El Gobierno Autónomo Regional ejercido por: a) la Asamblea Regional, conformada por asambleístas regionales elegidos mediante sufragio universal, junto con las listas de candidatos a concejales municipales; con potestad deliberativa, normativo-administrativa y fiscalizadora; y b) el órgano Ejecutivo, presidido por la Gobernadora o el Gobernador, elegido por voto popular con sufragio universal. Este gobierno ejercerá las competencias que le sean transferidas por la Asamblea Departamental por dos tercios de votos del total de sus miembros.

El Gobierno Autónomo Indígena Originario Campesino ejercido por las naciones y pueblos indígena originario campesinos de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y formas de organización definidas en su Estatuto Orgánico, con sujeción a la Constitución y a la Ley. Cabe precisar que, según las normas previstas por el art. 291.I *"son entidades territoriales indígena originario campesinas autónomas los territorios indígena originario campesinos, los municipios indígena originario campesinos, y las regiones territoriales indígena originario campesinas"*. Este gobierno ejercerá las competencias asignadas por el art. 304 de la Constitución, y las que cada nación y pueblo indígena originario campesino considere necesarias en el marco del ejercicio de su derecho de autodeterminación, pero en compatibilidad con la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

El Gobierno Autónomo Municipal ejercido por: a) el Concejo Municipal, conformado por concejales elegidos mediante sufragio universal[12], con facultad deliberativa, fiscalizadora, y legislativa normativa municipal en el ámbito de sus competencias exclusivas; y b) el órgano Ejecutivo, presidido por la

[12] Según la norma prevista por el art. 284.II "En los municipios donde existan naciones o pueblos indígena originario campesinos, que no constituyan una autonomía indígena originaria campesina, éstos podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios y de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal".

Alcaldesa o el Alcalde elegido por voto popular con sufragio universal. Ejercerá las competencias asignadas por el art. 302 de la Constitución.

La Constitución distribuye las potestades y competencias a los gobiernos de los diferentes niveles territoriales, clasificando en competencias privativas, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado; competencias exclusivas, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene, sobre una determinada materia, las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas; competencias concurrentes, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva; y competencias compartidas, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a su característica y naturaleza.

4.3. El régimen democrático participativo y comunitario

Tomando en cuenta que la historia republicana de Bolivia hasta la década del ’80 del Siglo XX estuvo caracterizada por la casi generalizada presencia de regímenes autocráticos, de manera que los regímenes democráticos fueron una excepción, con vigencia esporádica, el poder político no tuvo legitimidad en su origen, ni en su ejercicio.

Si bien es cierto que, tras la proscripción de las dictaduras militares se reinstauró el régimen democrático a partir de octubre de 1982, sucede que fue una democracia representativa formal, con muchas limitaciones que causaron una crisis de legitimidad, de credibilidad, y de representatividad[13].

[13] Al restaurar el régimen democrático, en octubre de 1982, se puso en vigencia la Constitución reformada el año 1967, misma que definió que Bolivia adopta para su gobierno la democracia representativa, y por mandato expreso de su art. 4 “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por Ley”; de otro lado, los Partidos Políticos detentaban el monopolio de la representación popular. Debido al sistema electoral adoptado en la mencionada Constitución, los diputados y senadores eran elegidos en lista conjunta con el Presidente y Vicepresidente de la República. En ese contexto los Partidos Políticos no tenían prácticas democráticas internas; los candidatos a diputados y senadores eran elegidos directamente por el Jefe del Partido Político y candidato a la Presidencia, no sobre la base de la representatividad de la persona sino sobre criterios de lealtad política; por ello los diputados y senadores mantenían lealtad al Jefe del Partido Político y no a su electorado; lo que provocó el debilitamiento de la independencia del órgano Legislativo, con un lamentable

Para superar esa crisis, en la última reforma constitucional se ha modificado cualitativamente el régimen democrático en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Con relación a la legitimidad de origen del poder político, superando la visión clásica que reducía la democracia a una forma de gobierno, se la ha consolidado convirtiendo la democracia en una cualidad del Estado Plurinacional boliviano; ya que, según la norma prevista por el art. 1º de la Constitución, Bolivia es un Estado democrático. Ello significa que el poder político se origina y fundamenta en la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas; de otro lado supone que la relación de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones políticas trascendentales para el Estado, en el control social y la participación activa en la gestión pública. En esa nueva concepción, se entiende que el Estado Democrático tendrá como elementos cualificadores los siguientes: a) el principio de la soberanía popular, como el modo específico y peculiar de concebir el poder en el Estado, en el que el referente último es la voluntad del pueblo; b) la concepción plural de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad; c) la participación como principio rector de la vida social y política, lo que significa que el proceso político debe estar asentado en la participación de todos los ciudadanos en la conformación de los órganos del poder constituido y en la expresión de su voluntad o decisión política sobre los asuntos o temas sometidos a su consideración por las autoridades de gobierno, a través de los mecanismos previstos por la Constitución; y d) la democracia como principio de convivencia, que significa la formación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto y tolerancia.

Respecto a la legitimidad del ejercicio del poder político se ha cualificado el régimen democrático de gobierno, toda vez que el Estado Plurinacional

sometimiento al órgano Ejecutivo. Los ciudadanos y ciudadanas se convirtieron en sujetos pasivos de la democracia, pues fueron meros votantes y electores; no eran consultados sobre la adopción de determinadas políticas, como la privatización o capitalizaron de las empresas públicas; o la concesión de la exploración y explotación de recursos naturales a empresas extranjeras; los diputados y senadores no les prestaban información sobre su gestión.

boliviano adopta para su gobierno la democracia participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres, así lo define el art. 11 de la Constitución. Con el nuevo régimen de gobierno los ciudadanos y ciudadanas pasan de una posición pasiva de votar para elegir, a una posición activa de ser protagonistas del ejercicio del poder político participando activamente en la toma de decisiones políticas transcendentales a través de los mecanismos y procedimientos previstos por la Constitución y las leyes.

La democracia directa y participativa se la ejercerá por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa a los ciudadanos y ciudadanas; de otro lado, a través de los mecanismos previstos por los Estatutos Orgánicos de los gobiernos autónomos departamentales, y las Cartas Orgánicas de los gobiernos autónomos municipales, para la consulta popular en esos niveles territoriales autónomos.

La democracia representativa se la ejercerá por medio de la elección de representantes y gobernantes mediante el voto universal, directo y secreto, según las normas previstas en la Constitución y las leyes.

La democracia comunitaria se la ejercerá por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley. Esta cualidad del régimen democrático significa el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; por lo mismo, el reconocimiento de los sistemas y mecanismos de intervención, procedimientos propios y particulares de gestión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, reconociendo sus valores y principios propios y exclusivos que no pueden ser desconocidos ni suplantados.

Para el ejercicio del régimen democrático compuesto la Constitución define un nuevo sistema de representación política, sobre la base de dos elementos esenciales. El primero, la consolidación de la ruptura del monopolio de los partidos políticos[14] sin prescindir de ellos; ello para superar la crisis del sistema político tradicional, caracterizada por la pérdida de legitimidad y representatividad de éstos. El segundo, la expresión de la diversidad social del Estado boliviano que es multiétnico y pluricultural, en la medida en que

[14] La ruptura del monopolio de los Partidos Políticos en el ejercicio de la representación política ya se adoptó en al reforma constitucional de 2004.

permitirá la presencia efectiva de los diversos sectores sociales organizados en la estructura de los órganos del poder constituido estatal, departamental, regional y local, sin necesidad de pertenecer a un Partido Político.

Conforme dispone el art. 209 la Constitución, la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana la tienen las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas, y los partidos políticos. La norma referida institucionaliza la amplia participación ciudadana en el ejercicio de la representación política.

Esta modalidad de institucionalizar la amplia participación ciudadana en el ejercicio de la representación ciudadana tiende a fortalecer el sistema democrático, en la medida en que permitirá la presencia de los diversos sectores sociales en los órganos del poder político estatal, departamental, regional y local; asimismo dará lugar a que los representantes logren mayor representatividad y legitimidad en su mandato; finalmente, al reconocer la titularidad del ejercicio de la representación popular a instituciones paralelas a los partidos políticos, obligará a éstos a encarar un proceso profundo de cambios y transformaciones con miras a recuperar la credibilidad y legitimidad ante el pueblo para seguir desarrollando la labor de mediación entre la Sociedad civil y el Estado.

Se puede afirmar que la representación política tendrá un cambio cualitativo; pues ésta será más genuina y dará lugar a una relación más directa entre ciudadano y representante; y la acción del representante estará orientada a dar respuestas concretas y encontrar soluciones efectivas para la comunidad o la región, antes que a responder a consignas sectarias. Pero, de otro lado, se puede señalar también eventuales consecuencias negativas de ese cambio, como el que la elección de personas representativas de estructuras sociales organizadas sin vínculo alguno con partidos políticos podría incidir negativamente en la gobernabilidad, pues será más difícil establecer una relación política formal entre el gobierno y el diputado o representante departamental que se debe más a su representatividad, a su estructura social y su región, que se mueven en una lógica diferente con relación a un Partido Político que se mueve dentro de otra lógica.

4.4. El régimen presidencialista y los riesgos para la gobernabilidad

Desde su nacimiento a la vida republicana, Bolivia adoptó el régimen presidencialista, con algunas atenuantes, como la prevista por la Constitución

Bolivariana[15], lo que significa que el Presidente del Estado concentra en sí las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno o de Gabinete[16]; deriva su mandato de elecciones populares, por lo que no es responsable políticamente ante el Parlamento, de manea que éste no puede destituirlo; en contraposición el Presidente tampoco puede disolver el Parlamento.

Como se tiene ya referido, durante gran parte de la historia republicana de Bolivia, el régimen democrático fue la excepción a la regla de los regímenes autocráticos o gobiernos De Facto; ello ha impedido una valoración objetiva de las virtudes y defectos del régimen presidencialista. Sin embargo, en el corto tiempo de vigencia de la democracia se advierte que el régimen presidencialista presenta más defectos que virtudes; pues genera un caudillismo exacerbado y una visión patrimonialista del Estado; impide una verdadera práctica democrática en los partidos políticos; menoscaba la independencia del órgano Legislativo; y tiende a concentrar el poder político en el Presidente del Estado, lo que supone que el principio de separación de funciones y la independencia de los órganos del poder constituido quedan en el texto de la Constitución y no tienen una aplicación práctica en el ejercicio del poder político.

La situación descrita contribuyó negativamente en el logro de la gobernabilidad; pues se constituyó en una de las causas de la crisis de legitimidad del sistema político, de la profunda crisis de credibilidad, legitimidad, representatividad y confiabilidad en la que se vieron sumidos los partidos políticos; toda vez que, teniendo el monopolio para el ejercicio de la representación popular, los partidos políticos no practicaron la democracia interna en la elección de sus dirigentes, ni en la selección de los candidatos a los cargos electivos del gobierno del Estado.

---

[15] Se conoce con el nombre de Constitución Bolivariana a la Ley Fundamental que fue sancionada y promulgada en noviembre de 1826, sobre la base del proyecto que fue elaborado y remitido por Simón Bolívar a la Asamblea Constituyente de la naciente República. Según las normas previstas por dicha Constitución el Poder Ejecutivo se ejercía a través del Presidente de la República, de carácter vitalicio, sin responsabilidad política ante el parlamento; un Vicepresidente de la República y tres Ministros de Estado. El Vicepresidente de la República asumía la condición de Jefe de Gabinete y era responsable políticamente ante el Parlamento, lo que podría dar lugar a que sea caracterizada como un régimen Semipresidencialista. Empero, la Constitución Bolivariana solamente tuvo vigencia hasta el año 1828; y en la reforma constitucional de 1831 se introdujeron reformas al régimen político estableciendo el régimen presidencialista.

[16] Debido al sistema político adoptado, el Presidente del Estado, además de desempeñar las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno o de Gabinete, asume la función de jefe del Partido Político, Coalición o Alianza con el que concurre a las elecciones y ejerce el poder.

Por las razones referidas, uno de los desafíos del proceso constituyente era transformar profundamente el régimen político del Estado, cambiando el régimen presidencialista por otro que, sin ser propiamente el régimen parlamentario europeo, sea adecuado a la realidad social, política y cultural del Estado boliviano; introducir cambios al sistema de ejercicio de representación popular, es decir, a los instrumentos de mediación entre la sociedad civil y el Estado; y modificaciones al sistema electoral.

En el nuevo sistema constitucional configurado en la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009, lamentablemente no se ha modificado el régimen presidencialista; al contrario se ha mantenido acentuándolo más al concentrar el poder político en el Presidente del Estado, lo que podría poner en riesgo las demás reformas que se han introducido al sistema constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia y, por qué no, poner en riesgo la gobernabilidad que se pretende construir a partir del nuevo sistema constitucional, ya que el elemento de la racionalización del ejercicio del poder político se ve debilitado con el diseño del sistema político.

La configuración del sistema político se sustenta en el régimen presidencialista; toda vez que según las normas previstas por los arts. 165, y 172, es el Presidente del Estado el que representa al Estado Plurinacional de Bolivia ante la comunidad internacional, por lo que asume la dirección de la política externa e internacional del Estado; también es él quien asume la máxima Jefatura del Estado, pues es él quien propone y dirige las políticas de gobierno y de Estado, dirige la administración pública y coordina la acción de los Ministros de Estado, a cuyo efecto designa, remueve o destituye a éstos, sin ninguna participación o intervención de la Asamblea Legislativa Plurinacional; por añadidura, según lo previsto por el art. 176 de la Constitución, uno de los requisitos para ser designado Ministro de Estado es no formar parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Es importante señalar que, si bien es cierto que entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la nueva Constitución en su art. 158.18ª, con una redacción imprecisa, consigna la de interpelar y censurar a los Ministros de Estado y que la censura implicará la destitución de esa autoridad; no es menos cierto que no es directamente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que destituye, sino es el Presidente, como Jefe de Estado, quien lo destituye y, en su caso, le ratifica la confianza; no podría interpretarse de otra manera la norma prevista por el art. 158.18ª de esta Constitución, toda vez que tomando en cuenta que los Ministros de Estado son designados por el Presidente sin el voto de confianza del

Parlamento, no resultaría coherente que los Ministros de Estado tengan responsabilidad política ante el Parlamento, de manera que éste pueda destituirlos directamente desconociendo la voluntad política del Presidente del Estado.

Otro elemento caracterizador del régimen presidencialista es la asignación de atribuciones que hace la Constitución, toda vez que como una forma de personalizar el órgano Ejecutivo en el Presidente del Estado, en su art. 172, asigna atribuciones a esta alta autoridad y no al órgano Ejecutivo, como debiera ser correctamente; pues siendo así que el órgano Ejecutivo se ejerce por el Presidente del Estado, Vicepresidente del Estado y Ministros de Estado lo coherente sería definir de manera general las atribuciones del órgano, para luego recién definir las atribuciones específicas de las autoridades que ejercen la función Ejecutiva del Estado.

De otro lado, cabe destacar que el Presidente del Estado tiene potestad *cuasi* legislativa al estarle reconocida la iniciativa legislativa y la potestad de promulgar la Ley sancionada por el Legislativo; por otro lado, tiene como mecanismo de freno y contrapeso al Legislativo la potestad de vetar un Proyecto de Ley sancionado por éste, conforme está previsto por el art. 163.10) de la Constitución; además de ello, para el caso de que la Asamblea Legislativa Plurinacional rechace el veto el Presidente del Estado podrá impugnar la Ley mediante la acción de inconstitucionalidad abstracta, a cuyo efecto se le concede legitimación activa; pero en contrapartida, el órgano Legislativo no tiene potestad de influir en la conformación del gabinete ministerial; si bien es cierto que puede ejercer control sobre el accionar de los ministros de Estado por vía de peticiones de informe y, en su caso, la interpelación que podría concluir en una censura que implicará la destitución del Ministro censurado, ello no significa necesariamente una crisis de gabinete; pues siendo potestad exclusiva del Presidente del Estado la designación y remoción de los Ministros de Estado, éste podría rechazar la censura y ratificar en el cargo al Ministro censurado, cuando más remover al Ministro censurado pero no da lugar a una crisis del Gabinete Ministerial.

Algo que corresponde señalar es que, según la norma prevista por el art. 165 de la Constitución, el órgano Ejecutivo se ejerce mediante el Presidente del Estado, el Vicepresidente del Estado y los Ministros de Estado; ahora bien, como parte de este diseño del sistema político con un régimen presidencialista es el Vicepresidente del Estado, siendo miembro del órgano Ejecutivo, el que preside la Asamblea Legislativa Plurinacional; ello constituye

una grave intromisión del órgano Ejecutivo hacia el Legislativo, lo que en última instancia afecta a la independencia de éste subordinándolo al Ejecutivo[17].

También es importante destacar que en el nuevo sistema constitucional se ha suprimido el control de legalidad sobre las determinaciones y los actos del órgano Ejecutivo, adoptados en el ejercicio de su potestad reglamentaria y administrativa.

En el sistema constitucional boliviano, como en cualquier Estado democrático de Derecho, además del control de constitucionalidad se previó el control de legalidad, cuyo ejercicio se encomendó a la Corte Suprema de Justicia; así estuvo previsto por el art. 118.8ª de la Constitución abrogada. Sin explicación alguna se ha suprimido el control de legalidad, toda vez que entre las atribuciones encomendadas al Tribunal Supremo de Justicia por el art. 184 de la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009, ya no se consigna la de conocer y resolver los procesos contencioso administrativos para ejercer el control de legalidad; tampoco se ha encomendado a otro órgano constitucional la labor; se esperaba sea corregida esa omisión incluyendo en la Ley del órgano Judicial, que ha sido expedida ya por la Asamblea Legislativa Plurinacional; sin embargo no se ha restablecido esa potestad al Tribunal Supremo de Justicia. Esa supresión del control de legalidad refuerza el poder político del órgano Ejecutivo liberándolo del control de legalidad sobre los actos administrativos.

4.5. Los derechos fundamentales

Como complemento a las reformas descritas y como una parte esencial de las bases para lograr la gobernabilidad en el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de la última reforma constitucional se ha logrado un gran avance en la positivación y judicialización de los derechos humanos, consagrándolos como derechos fundamentales de las personas en un catálogo amplio de la Constitución promulgada el 06 de febrero de 2009.

En efecto, el Constituyente, superando el concepto decimonónico y acogiendo la jurisprudencia constitucional que desarrolló el Tribunal

[17] Si bien es cierto que en el anterior sistema constitucional el Vicepresidente de la República presidía el Congreso Nacional, no es menos cierto que esta autoridad no era miembro del órgano Ejecutivo; si bien era elegido junto al Presidente de la República, pero no era miembro de dicho órgano, pues según la norma prevista por el art. 85 de la Constitución abrogada el órgano Ejecutivo era ejercido por el Presidente de la República y los Ministros de Estado.

Constitucional, ha integrado los tratados, convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad (art. 410); ha determinado que los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados por la Constitución deben interpretarse en conformidad con los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos (art. 13.IV); y algo más importante aún, ha determinado que aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que declaren derechos más favorables a los consagrados por la Constitución serán aplicados con preferencia a ésta; lo que implica una posición supra constitucional de las normas del Derechos Internacional sobre Derechos Humanos, en los casos en que sean más favorables que la Constitución.

De otro lado, cabe señalar que la Constitución ha ampliando el catálogo, por lo que presenta un desarrollo extraordinario de los derechos fundamentales, consagrando un grupo de derechos esenciales para mejorar la calidad de vida; los derechos económicos, sociales y culturales que fueron omitidos por la anterior Constitución; los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y ampliando el catálogo de los derechos civiles y políticos; además de ello, la Constitución no se detiene en la mera consagración declarativa de los derechos, al contrario prevé las garantías constitucionales normativas y jurisdiccionales para su pleno goce y ejercicio efectivo, imponiendo obligaciones negativas y positivas al Estado; lo que de alguna manera garantiza la concreción de la fuerza normativa de la Constitución en materia de protección de los derechos fundamentales.

La Constitución impone al Estado el deber de promover, proteger y respetar los derechos fundamentales; garantizando su libre y eficaz ejercicio; determina la prohibición de toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras; sancionando cualquier conducta, acto u omisión de discriminación.

En su Capítulo Segundo, del Título II, la Constitución consagra, con el nombre de derechos fundamentales, un grupo de derechos que constituyen el mínimo esencial para garantizar la realización de la dignidad humana de toda persona, y así la calidad de vida de las personas. Esos derechos son los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual; el derecho a la salud; el derecho al agua; el derecho a la alimentación; derecho

a la educación; el derecho a un habitad; el derecho a la vivienda; derecho de acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, definiendo como responsabilidad del Estado el proveerlos (arts. 15 al 20).

Con relación a los derechos individuales civiles y políticos, la Constitución amplía el catálogo, consagrando los derechos a la autoidentificación cultural; derecho a la intimidad, los derechos al honor, la honra, la dignidad y la imagen; la libertad de conciencia y religión, derecho a la información, el derecho a la ciudadanía, y el derecho al asilo.

Como la expresión del Estado Plurinacional, y en coherencia con la integración al sistema constitucional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la Constitución consagra los derechos colectivos de estas colectividades sociales (art. 30).

Con relación a los derechos sociales y culturales, la Constitución ha integrado al catálogo aquellos derechos que fueron omitidos; por lo tanto ha consagrado el derecho al medio ambiente; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho al trabajo y al empleo digno; el derecho a la sindicalización de los trabajadores; adicionalmente ha consagrado los derechos de aquellos sectores sociales altamente vulnerables, como son niños, niñas, adolescentes y jóvenes; la familia; las personas adultas mayores; las personas con discapacidad; las personas privadas de libertad; las usuarias y los usuarios; y las consumidoras y los consumidores. Asimismo ha consagrado los derechos culturales a la educación superior; el derecho a las culturas; el derecho a la ciencia, tecnología e investigación; el derecho al deporte y recreación; y el derecho a la comunicación social.

Para garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos fundamentales consagrados, la Constitución consagra las garantías constitucionales normativas y jurisdiccionales. Como garantías constitucionales normativas impone obligaciones negativas y positivas al Estado. Entre las garantías jurisdiccionales, la Constitución crea dos nuevas acciones tutelares, la Acción de Cumplimiento, para resguardar los derechos fundamentales de las personas ante una eventual lesión por el incumplimiento de la Constitución y las Leyes por las autoridades públicas; y la Acción Popular, para resguardar y proteger los derechos colectivos o intereses difusos. De otro lado, como garantía jurisdiccional concede legitimación activa a las personas para que puedan plantear Acción de Inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que vulneren sus derechos fundamentales.

Para la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito de la administración pública, la Constitución ha consolidado la Defensoría del Pueblo ampliando sus funciones a la promoción y la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior.

5. La realidad práctica frente al diseño del sistema constitucional y la gobernabilidad

El diseño del nuevo sistema constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia sienta las bases esenciales para lograr la gobernabilidad democrática y constitucional. Sin embargo, la realidad práctica contrasta ese diseño; de manera que el logro material de la gobernabilidad dependerá del comportamiento de los actores políticos y sociales.

En efecto, más allá del diseño constitucional de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario democrático; en el que el ejercicio del poder político se configura sobre la base de los principios de la soberanía popular y la separación de funciones; la racionalización del ejercicio del poder político dependerá mucho de la composición y correlación de las fuerzas políticas en el gobierno central, así como en los gobiernos autónomos de las entidades territoriales; asimismo, dependerá del comportamiento y actitud de los actores políticos y sociales, de sí actúan con lealtad constitucional y vocación democrática.

Cabe advertir que uno de los factores principales que ponen el riesgo la gobernabilidad es el comportamiento que asumen las fuerzas políticas en la relación oficialismo oposición.

En ese orden de cosas, resulta necesario señalar que, tomando en cuenta que el órgano Ejecutivo tiene por misión principal el gobernar y dirigir política y funcionalmente el Estado, en cambio el órgano Legislativo la función primordial de controlar y fiscalizar, resultan igualmente contraproducentes una mayoría parlamentaria oficialista obsecuente, que renuncia a su misión de fiscalizar y ejercer control sobre el Ejecutivo, como una oposición que pretende "gobernar" o que asume el papel de bloquear sistemáticamente las propuestas del Ejecutivo; más aún cuando la oposición ostenta la mayoría parlamentaria. También resulta contraproducente que el Presidente del Estado, haciendo un mal uso de su legitimidad democrática expresada en las urnas, pretenda anular toda

iniciativa de control y fiscalización del órgano Legislativo; más aún cuando esas iniciativas provienen de la oposición.

La incomprensión de los principios democráticos y las reglas de convivencia y tolerancia política, impiden la racionalización del ejercicio del poder político y generan la crisis de gobernabilidad. La historia institucional y política de Bolivia está caracterizada por agudas crisis de ingobernabilidad originadas precisamente por los comportamientos poco antidemocráticos y actitudes de intolerancia asumidos por los actores políticos y sociales que, en muchos casos, tuvieron como desenlace asonadas o golpes militares para deponer el gobierno legalmente constituido.

En la realidad práctica, la concurrencia de factores como la fragilidad de las instituciones democráticas, acentuada por la crisis de representatividad y de legitimidad de los partidos políticos, así como la inmadurez e incomprensión que aún persiste en la mayoría de los actores políticos acerca del papel que corresponde tanto a las mayorías como a las minorías en el parlamento, así como al tipo de diálogo y contrapunto que debe existir entre gobierno y oposición; genera condiciones negativas y serias amenazas para la gobernabilidad.

El actual gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia ha accedido al poder con un amplio respaldo de los sectores populares y las organizaciones sociales, especialmente los indígenas originarios y campesinos, además de la clase media de las áreas urbanas. En las últimas elecciones ha obtenido una votación del 64%, con lo que ha logrado dos tercios en la conformación de las cámaras legislativas de Diputados y Senadores. En las elecciones para conformar los gobiernos autónomos Departamentales, ha obtenido victoria en seis de los nueve Departamentos. Finalmente en las elecciones para la conformación de los gobiernos autónomos Municipales también ha obtenido importantes victorias, de manera que tiene el control mayoritario de dichos gobiernos.

El significativo respaldo popular obtenido por el gobierno lamentablemente no está siendo canalizado por los causes del Estado democrático de Derecho; pues los actores políticos del oficialismo no muestran una verdadera vocación democrática; de manera que el oficialismo prescinde del diálogo para la construcción de consensos en el proceso de implementación del nuevo modelo de Estado, e impuso su mayoría parlamentaria para la aprobación de las leyes estructurales[18] que han sido promulgadas desde la instalación de la nueva

[18] Por mandato de la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, la Asamblea legislativa ha elaborado y sancionado las siguientes leyes, denominadas estructurales, para implementar el

Asamblea Legislativa Plurinacional. Asimismo ha aprobado leyes de reforma penal imponiendo su mayoría en el parlamento, con grave violación de las normas de la Constitución y de los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, desconociendo los estándares mínimos internacionales de protección de los derechos humanos[19]; agravando la situación en la medida en que con las disposiciones legales referidas, ha iniciado una persecución penal a los líderes cívicos y políticos de la oposición, judicializando la política e instrumentalizando el sistema judicial.

Tomando en cuenta la poca vocación democrática que ha caracterizado la posición asumida por el oficialismo, es posible expresar algunos temores fundados sobre el riesgo de que se produzca una peligrosa concentración del poder político en el oficialismo, toda vez que seis vocales del Tribunal Supremo Electoral serán designados por la Asamblea Legislativa Plurinacional con dos tercios de votos, y un vocal por el Presidente del Estado; cuatro vocales de los Tribunales Departamentales Electorales serán designados por la Cámara de Diputados con dos tercios de votos y un vocal por el Presidente del Estado; el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, y el Contralor General del Estado serán designados por la Asamblea Legislativa Plurinacional con dos tercios de votos; tomando en cuenta que el oficialismo cuenta con los dos tercios de votos en la Asamblea Legislativa y la poca vocación democrática demostrada, es posible pensar que designará a personas afines a su esquema en los cargos referidos. Finalmente, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Agroambiental,

nuevo modelo de Estado: la Ley del órgano Judicial; la Ley del órgano Electoral; la Ley del Régimen Electoral; la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

[19] La Asamblea Legislativa Plurinacional ha expedido la Ley Nº 004, de 31 de marzo de 2010, a través de la cual ha modificado el Código Penal agravando las penas para los delitos de corrupción o vinculados con la materia; y ha creado nuevos tipos penales; ha previsto el juzgamiento en rebeldía de las personas que incurran en delitos de corrupción; ha previsto la aplicación de la medida cautelar de la incautación, desde el inicio de las investigaciones, de los bienes y activos que razonablemente se presuman medio, instrumento o resultado del delito de corrupción, previendo que en sentencia se disponga la confiscación de los mismos a favor del Estado; finalmente ha previsto la aplicación retroactiva de dos nuevos tipos penales para la investigación y juzgamiento; desconociendo el principio de legalidad penal previsto por el art. 116.II de la Constitución; art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15.1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

y los miembros del Consejo de la Magistratura serán elegidos por voto popular directo con simple mayoría de votos, sobre la base de nóminas de candidatos aprobados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, con dos tercios de votos; el Consejo de la Magistratura designará Lugo a los jueces de instancia.

El inadecuado uso de la mayoría parlamentaria y la concentración del poder afectarán al principio de la separación de funciones; a la racionalización del ejercicio del Poder Político; en última instancia al Estado democrático constitucional de Derecho, generando condiciones para fracturar la gobernabilidad.

De otro lado, resulta necesario advertir que, por la falta de una cultura democrática y la conciencia constitucional, los actores sociales asumen posiciones poco democráticas y violatorias de los derechos humanos en contra de aquellos sectores sociales o líderes que expresan una opinión o posición contraria a las suyas; asumen medidas de hecho con el justificativo de aplicar la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina o Justicia Comunitaria[20]. Esas conductas y acciones ponen en grave riesgo la gobernabilidad en la realidad práctica.

Ante las acciones referidas, solo cabe una reflexión final. Para lograr una verdadera gobernabilidad no es suficiente contar con un buen diseño constitucional; toda vez que si los gobernantes no actúan con lealtad constitucional, y la sociedad no asimila una conciencia constitucional; si no se tienen profundas convicciones sobre la importancia del respeto y resguardo de los derechos fundamentales como base de la convivencia pacífica, el diseño constitucional no tiene una aplicación práctica quedando en la mera proclama formal. Por ello, se debe tener presente que es necesario que los actores políticos y actores sociales entiendan que el Estado democrático constitucional

[20] Dos casos concretos se pueden citar como ejemplo de esas posiciones poco democráticas asumidas por los actores sociales. El primero, cuando organizaciones sociales afines al gobierno tomaron por la fuerza la vivienda del ex Presidente de la República Víctor Hugo Cárdenas, agredieron físicamente a su esposa e hijas menores que se encontraban en la vivienda, vulnerando su derecho a la integridad física y psicológica consagrado por el art. 15 de la Constitución. El segundo, cuando dirigentes de algunos pueblos indígenas originarios sometieron a castigos físicos inhumanos a un ex líder de los pueblos originarios de las tierras bajas Marcial Fabricano, acusándolo de haber traicionado ideológicamente a los indígenas, justificando su acto con la justicia comunitaria; vulnerando su derecho a la integridad física, moral y psicológica, su derecho a la salud, y su derecho a la libertad de expresión, pensamiento y opinión. Lo grave del caso es que el gobierno no aplicó sanción alguna a los protagonistas de aquellos actos, arguyendo que se trataba de la aplicación de la "justicia comunitaria".

de Derecho tiene que contribuir a crear progresivamente mayor justicia social, igualdad de oportunidades y bienestar para la población; para lo que deben contribuir asumiendo posiciones democráticas y actuar con lealtad constitucional; ello es esencial para asegurar el componente democrático y social para lograr la gobernabilidad.

Cochabamba, invierno de 2010.

Direito Constitucional e Governança na América Latina e no Caribe Hoje

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Suponho que a palavra "governança" tenha sido criada sob a inspiração de outra, de fonética parecida, existente na língua inglesa dos Estados, Unidos da America e signifique a eficácia no exercício do poder público na analise da relação entre esta e o direito constitucional devo, por força de limitação de meu conhecimento, renunciar ao exame de situação apresentada por países do Caribe. Ater-me-ei então a uma exposição de caráter teórico e a apresentação eventual dos exemplos que me ocorrem.

Perto da verificação de que o conceito de direito como, solução de conflitos que afirma "a superioridade de um interesse sobre outro", de sorte que a bilateralidade atributiva [seja] essencial a toda regra de direito, "já se tornou hoje- uma convicção generalizada", mas não seria correto atribuir-lhe extensão que alcançasse as decisões autônomas, ou seja, e adotadas pelos próprios titulares dos interesses em conflito: o fenômeno Direito resid [iria antes] na intervenção de um terceiro (...) que se efetua entre os dois seres humanos".

Ajusta-se a essa verificação o conceito de "adjudicações de potencia e de impotência (...) [que] se relacionem com os seres humanos", usada por GOLDSCHMIDT no que chamou "jurística sociológica" (a teoria social dos fenômenos jurídicos). GOLDSCHMIDT denominou. "Partilhas" adjudicações de potencia e impotência que o homem promove", acerca das quais escreveu:

> *"qualquer homem pode ser, e é, partidor" não importe que se trate de uma criança, de um escravo, de uma pessoa incursa na chamada 'morte civil', de um delinqüente, pai de família, governante etc. se uma criança 'presenteia' outra com seu brinquedo, dá-lhe potencia, (...) ao contrario, a criança que dá uma pedrada em alguém produz-lhe impotência".*

A definição de poder como negação da liberdade, formulada por BOBBIO, só será porém correta se se atribuir a o conceito de liberdade o sentido de ausência de relações interpessoais. Não esqueçamos, com efeito, a lição de JHERING de que nem a força física abole a vontade, o que PAULO, com psicologia e concisão romanas, expressou na locução *coactus voluit*.

Para passarmos do poder em geral para o poder publico temos de atender no fenômeno que sociologia denomina diferenciação funcional e que LUHMANN apresentava nesses termos:

> *"[N] a passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e dest [a] s para as sociedades modernas (...) muda a forma de vigência do direito. (...) O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. (...) na diferenciação funcional os sistemas parciais (...) são formados para exercerem funções especiais e especificas, para a economia, para a satisfação de necessidade religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação). Etc. uma paulatina (...) diferenciação funcional nas mais importantes áreas funcionais da sociedade constitui, genericamente, um traço básico do desenvolvimento social".*

Ao examinar o reconhecimento, por certa comunidade, de determinados indivíduos como competentes para exercer funções por ela atribuídas à sociedade como um todo, KELSEN utiliza o conceito de diferenciação funcional. A esses indivíduos podemos, sem violência intelectual, chamar órgãos públicos, e poder público ao por eles exercido ao resolver super partes conflitos de interesses.

Foi atento a que, quando regular, a atuação desses indivíduos permitia que dela fossem induzidas normas que as justificassem, KELSEN então definiu o direito como "uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.

A máxima *ubi societas ibi ius* deve, destarte, ser entendida como expressão do juízo de que, para cada sociedade, a decisão super partes de certos conflitos de interesses compete ao poder público, enquanto a de outros – juridicamente indiferentes – compete ao exercício de outros poderes sociais, resultantes de fatores econômicos ou culturais *strictiore sensu*.

A importância do conceito de indiferente jurídico para a teoria do direito patenteia-se a quem observar a grande quantidade de conflitos de interesses que o poder público se abstém de resolver e com relação aos quais, assim, o direito silencia.

SAVIGNY contemplava outro caso de diferenciação funcional ao advertir que, "[C] om o progresso da civilização (...) aquilo que de outro modo teria permanecido comum (...) torna-se próprio de certas classes; (...) os juristas tornam-se uma classe diferente; o direito (...) toma uma direção científica e (...) agora se desenvolve nos juristas (...). Daqui por diante, o direito é mais artificial e complexo, posto que tem uma vida dupla; primeiro, como parte da existência agregada da comunidade, que não cessa de ser; e, em segundo lugar, corno um ramo distinto do conhecimento na mão dos juristas".

A esse ramo distinto do conhecimento chamamos dogmática e é nele que nascem conceitos como os de hipoteca, herdeiro necessário, obrigação solidária, avalista, quebra, câmbio marítimo, imputabilidade, legítima defesa, crime consumado, exceção dilatória, delineação da lide, ato administrativo, devido processo, desvio de poder, aviso prévio, legislador constituinte, compra e venda, ministério público, fraude a credores, culpa *in contrahendo* e milhares de outros. Vê-se que dogmática e teoria do direito não se confundem: os conceitos que esta produz, como os de licitude, dever ser, faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito de direito, indiferente jurídico, relação jurídica etc. destinam-se a ser usados no exame de qualquer ordem jurídica, enquanto a dogmática "tem em vista sempre um ordenamento; jurídico determinado". A teoria do direito não é monopólio dos juristas; é ramo de conhecimento aberto a todos os pensadores.

Os critérios de classificação dos chamados ramos do direito são dogmáticos e como tais próprios a cada ordem jurídica, embora o estudo do direito comparado permita identificar, entre algumas ordens jurídicas,

semelhanças de critério tanto maiores quanto maior a proximidade histórico-cultual entre as ordens de que se trate.

Se, fiéis a descoberta de JHERING de que afinal os destinatários do direito são os órgãos do poder publico, cuja conduta ele disciplina, teremos de concluir que todo direito é publico. Não podemos contudo ignorar que a dogmática de família jurídica romano-germanica, que a historia trouxe aos países da América Latina, tem empregado muito tempo e esforço em distinguir direito privado e direto publico.

Embora a maioria das ordens jurídicas determine que certo número de conflitos de interesses entre o poder público e particulares, variável de ordem para ordem seja resolvido pelo direito privado, parece correto chamar publico o direito que em principio resolve as espécies em que o poder publico é titular de um dos interesses em conflito; abrangeria ele então o direito constitucional, o administrativo, o penal e o processual.

Como direito público, o direito constitucional resolve dois conflitos de interesses entre o poder públicos e os demais sujeitos de direito: primeiro, o conflito quanto à identificação dos seres humanos que funcionam como órgãos do poder público, e segundo, o conflito quanto ao limite da competência destes.

KELSEN referiu-se ao que é o objeto juridicamente mais importante do direito constitucional quando escreveu:

> *"[a] Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas gerais. (...) A Constituição material pode consistir, em parte, de normas escritas, noutra parte, de normas não escritas (...). A Constituição [estatal] pode – como Constituição escrita – aparecer na específica forma constitucional, isto é, em normas que não podem ser revogadas ou alteradas como as leis normais, mas somente sob condições mais rigorosas. Mas não tem de ser necessariamente assim; e não é assim quando 'nem sequer exista Constituição escrita, quando a Constituição surgiu por via consuetudinária, quer dizer: através da conduta costumeira dos indivíduos submetidos à ordem [estatal] e não foi codificada.*

"Nesse caso, também as normas que têm o carácter de Constituição material podem ser revogadas ou alteradas por leis simples ou pelo Direito consuetudinário".

Ora, como PONTES DE MIRANDA observou, "[p] artindo-se de que há regras jurídicas que recaem em relações, e regras jurídicas que recaem em regras jurídicas, (...) [N]ão é possível tratar-se, com exatidão e clareza, dos dois campos, sem ver a diferença. As regras de direito substancial são criadoras imediatas de situações jurídicas. Distinguem-se daquelas que E. ZITELMANN 20 chamava 'sobredireito', *Uberrecht*. (...) Que é 'sobredireito'? São as regras sobre a incidência das leis. (...) As normas delimitadoras dos sistemas jurídicos coexistentes, ou sucessivos no tempo, constituem direito sobre direito, leis sobre leis".

E remata ainda constitui sobre direito o Método de Fontes e Interpretação das Leis, porque determina a formação das regras e do seu alcance lógico (conceptual e proposicional)".

Com efeito, regular a produção de regras jurídicas não e só determinar o funcionamento dos processos legislativos, mas também enumerar os tipos de processos admitidos (é o que PONTES DE MIRANDA chama método de fontes) e disciplinar a atribuição de sentido aos fenômenos que os apresentam (ê o que PONTES DE MIRANDA chama método de interpretação). Na delimitação dos tipos de processos legislativos admitidos funcionam inter alia as regras de direito internacional privado, que atribuem juridicidade a certas regras criadas por órgãos públicos legislativos estrangeiros, e são regras de interpretação que, por exemplo, permitem concluir, em cada conflito de interesses, se por causa do início ou do fim da própria vigência, alguma regra jurídica: incide ou não para solucioná-lo.

Quando as regras criadas por órgãos legislativos estrangeiros foi GHIRARDINI 24 quem primeiro assinalou que, ao determinar a recepção de parte de uma ordem jurídica estrangeira, a regra de direito internacional privado exercia a função, constitucional por excelência, de disciplinar a produção jurídica.

Assim, o sobredireito faz parte da constituição em sentido material, e a observação de FRIEDRICH MULLER, para quem "[as] regras vinculantes de preferência [hermenêutica] (...) atuam (...) como imperativos do direito constitucional positivo" e a de JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO, para quem "a disciplina do fenômeno da intemporalidade jurídica deve ser

entendida como questão de caráter substancialmente constitucional, podem ser entendidas a todo ele.

Por isso, ALESSANDRO PIZZORUSSO alertou que as disposições preliminares ao código civil italiano (como alias nossa Lei de Introdução ao Código Civil) eram "materialmente constitucionais".

E que, como KELSEN lecionou, "[d] a Constituição em sentido material, deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como 'Constituição' que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, alem disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos".

Entre nós, CELSO RIBEIRO BASTOS concorda ao escrever:

> *"Anote-se que a norma jurídica leva em conta a matéria de que trata, independentemente do lugar em que esteja. Pode-se encontrar normas substancialmente constitucionais tanto fora da Constituição, como também dentro da própria Constituição formal".*

O fato de que nem todas as, regras incidentes na produção do direito materialmente constitucionais, integrem o documento designado como "Constituição" causa menos perplexidade que a inclusão, nesse documento, de regras que a dogmática a normalmente coloca em outros ramos do direito público ou até no direi to privado. Elas não entram na Constituição pela porta do primeiro conflito, de interesses que o direito constitucional resolve – o relativa à identificação dos seres humanos que funcionam como órgãos do poder – mas pela do segundo – o relativo aos limites da competência ao poder publico em todos os aspectos: legislativo, executivo, judiciário, do ministério publico e quaisquer outros em que ele possa vir a apresentar-se.

Com efeito, tornou-se lugar comum historiográfico a observação de BENJAMIN CONSTANT segundo a qual o primeiro conflito era o que mais preocupava a dou trina política no mundo antigo, e o segundo o que mais preocupava a Europa moderna. A liberdade entendida como aptidão a participar do poder público era central no pensamento político antigo, e a liberdade como aptidão a opor-se ao poder público fundamentou no século

XVIII, os direitos do homem, conceito político individualista que a burguesia em ascensão econômica fora buscar no *Bill of Rights* inglês de 1689 para enfrentar o absolutismo que formara os Estados europeus.

Consignados em textos constitucionais, esses limites ação do poder, originalmente proibições de condutas contrárias a interesses individuais (manifestação do pensamento, exercício de cultos, locomoção, privacidade doméstica etc.), foram no século XX reforçados com a consagração de direitos a prestações positivas, como os tão abundantemente enumerados na Constituição brasileira de 1988 e que receberam do ROBERT ALEXY o comentário seguinte:

> *"Não são direitos do homem, segundo [um] critério de fundamentalidade, (...), por exemplo, o direito garantido no art.7º, VIII, da Constituição brasileira, a um 13º ordenado mensal, ou a garantia, lá escrita no art.230, § 2º, do livre aproveitamento dos meios de transporte urbanos públicos para maiores de 65 anos".*

É que a inclusão, em documentos designados como constituições de regras como as mencionadas por ALEXY levou a dogmática constitucional a distingui-las das que determinavam a proteção dos direitos do homem. Para tanto, definiu esses direitos como os que buscam satisfazer interesses cuja "não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca o núcleo essencial da autonomia". Aqui – explicou ALEXY "são compreendidos [não] só os direitos de defesa liberais clássicos, senão por exemplo também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial".

À luz dessa definição, o direito a indenização, protegido, por exemplo, pelo art.5º, V, da Constituição brasileira não integraria o conjunto dos direi tos do homem. Antes de 1988, por sinal, ele nunca fora contemplado pelo direito constitucional brasileiro, mas encontrava-se no direito civil. Os direitos à liberdade como aptidão a opor-se ao poder público, somados aos direitos prestação positivas destinadas a assegurar um mínimo existencial hoje integrariam dogmaticamente o conjunto dos direitos do homem "aparec [idos] com a revolução burguesa e (...) amplia [dos] com o correr dos tempos".

Fundada, pois, na teoria social do direito, viu-se assim a dogmática constitucional forçada a abandonar o critério interpretativo *prosubiecta materia* para julgar que algumas afirmações de superioridade de certos interesses, incluídas em documentos designados como constituições, não

integravam. a constituição em sentido material, embora sua inclusão tivesse o efeito formal de vedar fosse sua revogação realizada como a das leis simples.

Certas regras incluídas em textos constitucionais, todavia, protegem interesses não pelo estabelecimento de uma prestação mas pela determinação de um fim que o poder público deve perseguir.

A observação desse fato levou a dogmática constitucional a criar o conceito de constituição dirigente, como tal entendida aquela que não se limita a organizar o poder público, a fixar-lhe limites e a exigir-lhe prestações, mas indica-lhe objetivos que ele deve buscar por meios adequados.

Já sabíamos, desde o célebre prefácio de JHERING a seu "Fim no Direito", que "a finalidade é a criadora de todo o direito, que não há preceito jurídico algum que não deva sua origem a um objetivo, quer dizer, a um motivo prático". A finalidade dos preceitos, porém, era então descoberta a partir destes, interpretados à luz do que a semiótica viria a denominar "situação de discurso", numa aplicação do que, no século XVI" COKE chamara "*mischief rule*".

Ocorre que a maioria das constituições modernas freqüentemente força o intérprete à inversão do processo, já que o obriga a partir de uma finalidade proclamada para chegar à formulação de preceitos práticos.

A respeito dessas proclamações PONTES DE MIRANDA escrevia há mais de sessenta anos:

> *"Nas Constituições [brasileiras] de 1934, de 1937 e de 1946 (aliás na esteira aberta pela Constituição alemã de 1919), as regras de caráter programático apareceram amiúde. (...) Tal direção nova refletiu-se na própria técnica constitucional, e as Constituições contemporâneas receberão a sugestão. da necessidade (...) de se inserir nos textos constitucionais alguma coisa que dissesse para onde se vai e como se vai".*

E rematava:

> *"Longe estão, contudo, tais diplomas fundamentais dos Estados de hoje da adoção de fins precisos" o que exigiria mais imperatividade na caracterização dos fins do Estado do que a simples programaticidade cidade de algumas regras, as vezes assaz obscuras e vagas, das suas hesitantes Constituições".*

O processo que vai da regra programática aos preceitos hábeis a efetivá-la poder-se-ia apresentar, por exemplo" ao perguntarmo-nos que normas práticas deveriam ser construídas pelo intérprete do art. 170, VII, da Constituição Brasileira ex vi do qual a ordem econômica do pais tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observada inter alia a busca do pleno emprego.

Essa metamorfose funcional das regras constitucionais levou certos observadores a perguntar-se se, nos regimes das constituições dirigentes em que proliferam normas programáticas, toda ordem jurídica não estaria já contida na constituição, de sorte que esta serviria de "ovo jurídico ordinário (...) do qual tudo surg [iria], desde o Código Penal até a Lei sobre fabricação de termômetros". "A Constituição pode [ria então] ser vista como uma ordem fundamental, (...) considera [das] nele incluí [a] s tod [a] s as possibilidades de configuração de ordem jurídica. Sob essa ótica, segundo Alexy, a Constituição seria equivalente ao 'ovo jurídico originário' de Forsthoff, e o legislador estaria limitado a somente declarar – sob o controle do judiciário – o que já fora decidido pela Constituição".

Uma visão mais modesta, que se limita a reconhecer efeito negativo as regres programáticas remonte pelo menos ao PONTES DE MIRANDA de 1947, que assinalava: "com [a regra], cerceou-se a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado, não podem ter outro programa". Outro tanto concluía, pala mesma época, BALLADORE PALLIERE, para quem as regras programáticas "não consegu[iam] constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquele via, mas o compel [iam], quando nada, a não seguir outra diversa", e que acrescentava: "além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás". Não discrepam nossos contemporâneos, como JOSÉ AFONSO DA SILVA.

O exame da possibilidade real de que, em regime de constituição dirigente, toda a ordem jurídica possa estar já contida na constituição, não e tarefa de juristas dogmáticos, mas de teóricos do direito.

Era, alias, ao objeto da teoria do direito que SAVIGNY se referia quando falava da parte que, na existência agregada da sociedade, não era analisada pelos juristas de sua época.

Já em 1905, todavia, LASK pôde escrever:

> *"[N] a metodologia da ciência jurídica (...) não se pode avançar passo algum (...) sem considerar antes o dualismo metodológico, a*

que esta subordinado toda investigação, jurídica e que com razão poder-se-ia chamar ABC da metodologia do direito. Na atualidade, sobretudo JELLINEK, a quem já aderiram KISTIAKOWSKI, HOLD V. FERNECK e outros, instituiu uma distinção entre ciência do direito e teoria social do direito; (...) dessa fecunda contra posição só se encontram antecedentes rudimentares nos escritores menos recentes, como KNAPP, JHERING e o jurista russo PACHMANN. KISTIANOWSKI, mediante teorias 1ogicas a respeito do conceito e do juízo, soube sustentar a luta contra o sincretismo metódico e apreciar os conceitos' científicos sociais como o precipitados de diferentes finalidades do conhecimento.

O dualismo metodológico da ciência jurídica baseia-se no fato de que o direito pode ou ser considerado como um fator real da cultura como um acontecimento de vida social, ou ser examinado (...) como um complexo de significados mais exatamente de significados normativos (...) acerca de seu "conteúdo magmático" Já a teoria social do direito, como todas as ciências culturais formalistas, isola na verdade algo abstrato da totalidade concreta social, [algo] que como realidade, não existe em tal isolamento do entorno extra-jurídico".

WITTGENSTEIN referia-se ao dualismo metodológico ao perguntar:

E um livro de legislação um trabalho de antropologia que conte como o povo dessa nação trate um ladrão etc.? – Poderia ser dito: O juiz consulta um livro de antropologia e em conseqüência condena o ladrão a um termo de prisão? Ora o juiz não usa o livro de legislação como um manual de antropologia".

Para completar o quadro das relações entre o poder público e o direito constitucional. assinale-se, afinal, que um conceito de indiferente constitucional, análogo ao de indiferente jurídico empregado pela teoria do direito, pode ser útil para iluminar o "espaço no qual o legislador não esta obrigado agir nem proibido de agir: um espaço em que o legislador tem permissão para atuar ou para se omitir". Esse espaço de indiferença tem. em todo caso. dois limites: primeiro, a omissão não é permitida quanto a prestações de toda espécie estabelecidas na constituição; segundo. a

atuação, quanto aos assuntos das normas programáticas, voluntária embora, está sujeita ao efeito negativo mediante o qual elas cerceiam programas divergentes.

A diferença entre os dois limites fica patente ao compararmos ao já referido art.170. VIII. da Constituição brasileira o art.7º, XXVII. A primeira regra, como vimos, afirma que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna observada *inter alia* a busca do pleno emprego, enquanto a segunda atribui aos trabalhadores urbanos e rurais proteção em face da automação, na forma da lei. Parece óbvio que o fim da primeira regra engloba o da segunda.

Já tratamos do limite que regras programáticas como a do art.170, VIII, põem à atuação do poder. Quanto à proibição de omissão em efetivar o direito estabelecido pelo art.7º, XXVII, faz-se-nos mister consignar que, pelo menos no Brasil, parece estar em formação consenso dogmático e jurisprudencial de que a omissão do legislativo em fixar os termos normativos de efetivação de prestações consti tucionalmente estabelecidas configura lacuna que os juízes devem preencher de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, tal com:o determinado no art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, regra cujo caráter materialmente constitucional já assinalarmos.

Com efeito. se os indiferentes jurídicos não se constituem em lacunas do direito, mas simplesmente revelam abstenções das fontes, deles distinguem-se as lacunas que se apresentam "quando", são palavras de KELSEN, "o legislador omite norma algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse possível aplicar a lei".

Assim sumariamente descritas a estrutura e a função do direito constitucional, chegamos enfim à pergunta que calculo haja sido feita a este Encontro, a saber: qual a relação entre a eficácia do exercício do poder público e o direito constitucional?

Dir-se-ia que a questão pressupõe que a relação entre os dois fenômenos seja assimétrica e que, nela, o direito constitucional funcione corno pólo dominante. Fundados nesse pressuposto, podemos verificar desde logo se as variações do fenômeno dominante e as do dominante inverso (a eficácia no exercício do poder) são concomitantes.

A análise da evolução dos dois fenômenos parece indicar que os efeitos dessa concomitância possível são em todo caso bem menores que os de outras causas da variação da eficácia do poder.

Em verdade, a não ser que ignoremos a preeminência do conceito de Estado de direito no pensamento político ocidental e em conseqüência identifiquemos a eficácia do poder com a arbitrariedade de seu exercício, concluiremos que, das três técnicas usadas pelo direito constitucional para estabelecer adjudicações de potência – primeira, a vedação de certas condutas ao poder; segunda a imposição do dever de efetivar certas prestações; e terceira – o estabelecimento de regras programáticas – a segunda é aquela cujo emprego merece exame pormenorizado quanto a seus efeitos.

É que da primeira e da última resultam preceitos que, ao limitar a ação do poder, constituem-se em regras típicas de direito constitucional material, mas da segunda resultam regras de outro caráter, tradicionalmente integrantes do direito administrativo *lato sensu* mas agora formalmente constitucionalizadas.

Assim, é ao uso dessa segundo técnica que, mais ou menos exaurido o uso da primeira e patente o modesto efeito prático da terceira, com maior freqüência vai recorrendo o legislador constituinte, fato que se mostra relevante para o exercício ativo do poder.

Sintoma do efeito da imposição do dever constitucional de efetivar certas prestações positivas é o aparecimento, na dogmática, do conceito de "reserva do possível", criado há mais de quarenta anos pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e descendente remoto do brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.

O conceito significa o limite que a situação financeira do poder público impõe a satisfação de prestações positivas e sugere ao espírito a suspeita de que a concomitância entre o direito constitucional e a eficácia do poder público é menos intensa que a existente entre esta" e a situação econômico-financeira atual do mundo.

Em verdade, não se verificou na história constitucional dos últimos cem anos, variação significativa no nível das prestações positivas exigíveis do poder público: a idéia de Estado de bem-estar remonta pelo menos ao fim da segunda Guerra Mundial, quando não do da primeira. O capitalismo, todavia, transforrnou-se fundamentalrnente no período e principalmente nos últimos trinta anos.

Dois fenômenos parecem explicar a amplitude dessa transformação: a diminuição do estoque de recursos naturais e o progresso tecnológico.

A diminuição do estoque de recursos naturais e a tendência ao esgotamento mais ou menos próximo de muitos deles é o resultado de uma

civilização que identificou felicidade e consumo e cujo funcionamento assim consiste, como observou algum mal-humorado, em transformar natureza em lixo. A exploração colonial e mais tarde a concentração industrial nos países centrais deu a essa cultura naqueles país e nos que buscam imitá-los, certo fôlego que sobrevive mal à descolonização e à competição industrial global.

Forçado por essa escassez o capitalismo encaminhou o processo tecnológico para a diminuição da participação dos recursos naturais na produção, em cujo resultado os bens intangíveis tendem a representar parcela maior que os, tangíveis.

Não tem sido essa, contudo, a única contribuição do progresso tecnológico para transformação do capitalismo nos últimos trinta anos: ao lado da economia de recursos físicos, a estrutura tecnológica produtiva tem economizado também tem-se dado em chamar recursos humanos. O descompasso entre o resultado dessa economia e a realidade demográfica exclui da vida econômica contingentes populacionais relevantes.

Nessa situação, a participação do capital na apropriação do resultado da produção tem aumentado pela diminuição considerável do número relativo de trabalhadores nela empregados, que não chega a ser compensada pelo aumento de salário dos que restam.

O desemprego aberto ou larvado aumento o número dos particulares carentes de prestações positivas do poder público e cabe então indagar dos meios econômicos de que este pode dispor para efetivá-Ias.

O meio próprio ao poder público para obter dinheiro é a tributação. O de certos países pode também recorrer à emissão de moeda, desde que esta seja mundialmente conversível, ou melhor, aceita como pagamento em todo o mundo; caso contrário a emissão só servirá para compras no mercado do emissor e será compensada pela inflação de preços nesse mercado.

Além da tributação e da emissão o poder pode recorrer ao crédito que, para as classes abastadas nacionais e estrangeiras, tem o duplo mérito de substituir a tributação e de remunerá-las com juros.

Esse padrão de distribuição do rendimento do capital, oriundo seja da atividade produtiva, seja da financeira "entre seus detentores e o poder público dos diversos países configura a situação. financeira atual, em que ninguém imagina que o principal da dívida pública seja pago algum dia. Os credores, rentistas de variada espécie não se preocupam com isso,

pois, no agregado, se contentam com os juros e não levam em consideração o que ultrapasse seu tempo de vida próprio. Findo o tempo da vida de cada aplicador, transfere-se o saldo da acumulação aos herdeiros, muitos dos quais continuaria a contentar-se com o rendimento ou parte dele, sem que seja difícil proceder a um ou outro resgate.

A insolvência notória do poder público vai-se mantendo em toda parte, levado a trilhões de unidades monetárias o volume do passivo; as temidas moratórias raramente acontecem.

Aumentar tributos é politicamente impossível. A opinião publicada solidária com o capital proclama todos os dias que eles já são insuportáveis e que a ineficiência do poder em fazer frente a seus deveres constitucionais decorre da apropriação indébita de fundos pelos homens que o integram. Estes vi vem o dilema em que os põem seus deveres públicos e seus interesses privados como aplicadores e contribuintes pouco simpáticos, emprego de critérios de capacidade contributiva.

Seja como for, não parece que a ineficácia maior ou menor do poder público ou, como diria nosso programa, a deficiência de governança, seja, em princípio e mesmo em geral, responsabilidade do direito constitucional.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2010.

Derecho Constitucional y Gobernabilidad Problemática del Repliegue Acelerado, o de la Desaparición, de la Doctrina de las Cuestiones Políticas no Justiciables*

Néstor Pedro Sagüés

1. ¿Un tema de ciencia ficción?

Plantear la hipótesis de la extinción de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*), como áreas exentas del control de constitucionalidad, podía parecer, no más de un par de lustros atrás, un asunto de ciencia ficción, vale decir, algo así como el argumento para una novela muy poco creíble, o francamente delirante, o algo reservado para el teatro del absurdo. No obstante, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, dictada en 2004 en el caso "Zamora Bolaños"[1], viene a plantear esa cuestión en el terreno de las realidades.

El objeto de este trabajo es recapitular brevemente el origen y el desenvolvimiento de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, su auge y su deterioro, las razones esgrimidas para destruirla y el panorama que

---

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. El mismo reelabora y actualiza un estudio anterior del autor, publicado en el capítulo XIX de su libro *El tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial,* Buenos Aires, 2005, ed. Lexis Nexis, págs. 285-304.

[1] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, 8 de septiembre de 2004, 8 de septiembre de 2004, Expte. 03-004485-0007-CO, resolución 2004-09992.

presentaría su eventual desaparición, con particular referencia al impacto positivo o negativo que ello produciría en términos de gobernabilidad sistémica.

2. Perfil constitucional de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables

Interesa reseñar algunos aspectos de esta importante doctrina.

a) una tesis no escrita en las constituciones. El primero de ellos es que, por lo común, no está expuesta en los textos constitucionales. Pero hay excepciones, como siempre pasa en el derecho. Por ejemplo, la más llamativa y terminante de ellas es tal vez el art. 64 de la constitución de Brasil de 1934, cuando señaló que "está prohibido al Pode Judicial conocer de cuestiones exclusivamente políticas". En otros casos, se han previsto explícitamente vigencias parciales de la doctrina. Así, el art. 159 de la constitución de Venezuela de 1961 dispuso que "los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta constitución establece sobre extralimitación de atribuciones". Y el art. 241 inc. 1º de la constitución de Colombia de 1991 añade que es factible que la Corte Constitucional controle la constitucionalidad de los actos reformatorios de la constitución, como sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente, pero "sólo por vicios de procedimiento en su formación". Cabe concluir, entonces, que no es justiciable el control de constitucionalidad del contenido de esas normas.

La doctrina de las *political questions* ha tenido, en cambio, y por lo común, origen y soporte pretoriano. Vale decir, que fue diseñada, mantenida, dibujada y modificada por los tribunales, como una estrategia de auto restricción (*self restraint*). Fueron ellos quienes redactaron el catálogo de lo justiciable y de lo no justiciable, quizá a partir del caso del Duque de York (1640), que pretendió ante las cortes judiciales ser reconocido como heredero del trono de Inglaterra. Los tribunales le dijeron que no se atrevían a conocer en esa pretensión, que correspondía ser resuelta por los Lores del Reino[22]

[2] Ver Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno,* trad. por José J. Olloqui Labastida, México 1966, Universidad Nacional Autónoma de México, t. I pág. 582.

Ver Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno,* trad. por José J. Olloqui Labastida, México 1966, Universidad Nacional Autónoma de México, t. I pág. 582.

b) anida en el derecho constitucional consuetudinario. Pero también es interesante constatar que la doctrina de las *political questions* no es una tesis "extra constitucional", sino que se encuentra vigente, y por cierto con una salud admirable, en el seno del derecho constitucional. Claro está que su *habitat* no es el derecho constitucional formal (salvo raras excepciones, como las ya marcadas), sino el derecho constitucional consuetudinario de prácticamente todo el mundo.

Vivir en el derecho consuetudinario constitucional no es signo de debilidad alguna. Antes bien, puede ser una garantía de existencialidad, de presencia en la dimensión fáctica, y por tanto en la real, del mundo constitucional. Se trata del derecho efectivamente vivido y cumplido. Y de ser necesario, no faltarán las sentencias de los intérpretes supremos de ese derecho constitucional que describirán casuísticamente los mapas nacionales de las cuestiones políticas no justiciables. Esas cartografías son, por cierto, disímiles, heterogéneas, cambiantes. La superficie de las *political questions* varía de país en país. También, su morfología, vale decir, la altura y profundidad de tales figuras. No siempre su textura es coherente ni sólida: como en la naturaleza, hay aquí grietas, espacios acuosos, zonas aluvionales y otras en permanente transformación.

c) se aplica en el nacimiento mismo del control judicial de constitucionalidad. Es provechoso, también, apuntar que en la propia cuna estadounidense del control judicial de constitucionalidad, o *judicial review,* vale decir, en "Marbury vs. Madison" (1803), el *Chief Justice* Marshall inserta, junto al referido control, la abstinencia judicial en materias donde los funcionarios del Poder Ejecutivo "tienen completa discreción". La tesis, en síntesis, enseña esto: hay temas que la constitución confía al Presidente, y que por ende, no pueden ser decididos por el Poder Judicial[3]. La creación por la Corte del control judicial de constitucionalidad corre pareja, entonces, con la no injerencia de los jueces en las *political questions*. Esto último opera como

[3] Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional rgentino y comparado,* 2ª. ed., Buenos Aires 1978, ed. Plus Ultra, t. 3 págs. 435 y 446.

una suerte de seguro sistémico legitimatorio de lo primero. Digámoslo en otras palabras: si no existiesen ciertas áreas no justiciables, no debería haber control judicial de constitucionalidad. O si se prefiere: para que haya control judicial de constitucionalidad, es necesario que los jueces no incursionen en las competencias privativas, reservadas y excluyentes, del Capitolio o de la Casa Blanca.

d) implica una estrategia de supervivencia del Poder Judicial y del control judicial de constitucionalidad. La doctrina de las *political questions* fue formulada en un contexto histórico muy preciso, como el existente en los Estados Unidos a comienzos del siglo XIX. En concreto, su constitución no asignaba al Poder Judicial funciones de control de constitucionalidad. Cuando la Corte lo asume, en "Marbury vs. Madison", su decisión motivó aplausos y también fuertes críticas, que perduran hasta doy día, tanto por ocupar formalmente competencias que la constitución no le otorgaba explícitamente, como por arrogarse la judicatura (una rama del Gobierno federal no surgida de comicios, y por ende, con una especie de debilidad congénita, en términos corrientes de una democracia), funciones políticas que podían conducir al bloqueo de decisiones (leyes, decretos, resoluciones, etc.), tomadas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que sí tenían legitimación electoral.

Una fórmula transaccional, en este punto, bien esgrimida por la Corte del *Chief Justice* Marshall, fue enunciar el control judicial de constitucionalidad como una exigencia propia de la interpretación y aplicación del derecho de la constitución por parte de los tribunales[4], pero con una válvula de seguridad para los poderes "políticos": dicho control no comprendería las facultades reservadas y prsivativas del Presidente y del Poder Legislativo.

La fórmula, en su momento, pareció conformar, a veces a regañadientes, a tirios y troyanos. A los poderes "políticos", les garantizaba que la judicatura no se entrometería en temas tales como el manejo de las relaciones exteriores, declaración de guerra, aprobación del presupuesto, trámite de las leyes, políticas públicas, regulación de la moneda, etc. Al Poder Judicial, la receta le permitía

[4] El argumento, como se sabe, enseña que en la interpretación y aplicación del derecho la norma superior (Constitución), debe prevalecer sobre la inferior (ley), y que si esta última viola a la primera, debe ser inaplicada (ya que es inconstitucional), por los operadores judiciales. De no procederse así, la norma inferior triunfaría sobre la superior.

continuar con el control de constitucionalidad, bien que acotado para las cuestiones que no fueran "políticas". Además, a él le tocaba definir, en última instancia, cuándo un asunto era o no una *political question,* no justiciable, con lo que, con una sensible dosis de discrecionalidad y arbitrio, podría escoger los asuntos sobre los que desarrollaría aquel control, o *judicial review.*

3. Una doctrina axial para el equilibrio sistémico constitucional

Durante el siglo XIX y hasta los finales del XX, la doctrina de las *political questions* pasó a ser un dato decisivo (probablemente, el más vital) para el sistema de "*check and balances*" que patrocina cualquier constitución liberal y occidental que quiera tildarse de tal.

En palabras de Abraham Lincoln, por ejemplo, la autorestricción del Poder Judicial en tales asuntos era indispensable para mantener el autogobierno del pueblo, y para impedir que el gobierno pasase del pueblo a la Corte Suprema. Charles Hugues, ex presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló por su parte que la doctrina era el presupuesto que hacía practicable el sistema constitucional norteamericano. Y Karl Loewenstein alertó que la tesis de las *political questions* era un antídoto contra la *judiciocracia,* la *judicialización de la política,* al par que disipaba el espectro del Poder Judicial como superpoder[5].

4. Las razones de una crisis

No obstante su éxito, esta doctrina hoy se encuentra en repliegue. Los motivos que explican este fenómeno son varios. Seleccionamos cuatro.

a) afirmación del control judicial de constitucionalidad. En la actualidad, la magistratura constitucional, especializada u ordinaria, no tiene por qué pedir disculpas para ejercer funciones de control de constitucionalidad: ellas emergen expresamente, casi siempre, de los propios textos constitucionales. Naturalmente, muchos no compartirán tal sistema de control de constitucionalidad, pero para reformarlo, tendrán que cambiar en tal punto a la constitución.

[5] Sobre los fundamentos ideológicos y jurídicos de la doctrina de las *political questions* nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El tercer Poder,* ob. cit., págs. 287-290.

Una jurisdicción constitucional autorizada explícitamente por la constitución para cumplir los papeles de control de constitucionalidad, puede ejercitarlos con mayor solvencia y extensión que otra no autorizada, como ocurrió con la norteamericana de "Marbury vs. Madison", allá por el 1803. Ello conduce, paralelamente, a avanzar en más áreas de examen, en tanto ese contralor no esté prohibido por la constitución. De algún modo, la consagración expresa de la justicia constitucional en el texto de la Constitución invita al activismo judicial.

b) doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. La teoría de las *political questions* congelaba importantes tramos de la constitución con el argumento de la "mediación de la ley" (un derecho constitucional, para resultar practicable, debía estar reglamentado por normas subconstitucionales, en particular las leyes) o el de las "cláusulas programáticas" (muchas normas de la constitución no eran operativas por sí mismas: requerían ser puestas en marcha por leyes o decretos). Emitir las normas instrumentativas (infraconstitucionales) de la constitución, se entendía como una "cuestión política no justiciable", sometida a la discreción soberana de los poderes legislativo y ejecutivo.

Desde la célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1969, que reconoció la existencia de la "inconstitucionalidad por omisión" en la no producción de las normas subconstitucionales destinadas a motorizar las reglas de la constitución, la mora legislativa (o ejecutiva) pasó a ser un tema justiciable. Numerosas constituciones arbitraron, además, remedios para combatirla, mediante demandas ante los órganos de la jurisdicción constitucional[6].

c) reclamos sociales ante los tribunales. La vigencia de importantes derechos económico-sociales, especialmente en temas como salud, vivienda, alimentación y educación, quedaban otrora sometidos a los medios destinados a satisfacerlos según las previsiones del presupuesto aprobado por los representantes del pueblo en el Poder Legislativo. Si los fondos previstos resultaban insuficientes, no había alternativa alguna para gozarlos. Definir el

[6] En cuanto las modalidades de la inconstitucionalidad por omisión y su tratamiento constitucional, derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución,* 2ª ed., Buenos Aires 2006, ed. Lexis Nexis, págs. 129-142.

presupuesto y las políticas públicas en esas áreas era cuestión política no justiciable.

Actualmente el panorama ha variado. Quienes no obtienen satisfacción a las necesidades básicas tuteladas por dichos derechos en el ámbito del Congreso o de la Presidencia, ocurren a los tribunales para reclamar su cumplimiento. Un cambio en la cultura jurídica constitucional, auspiciado por una visión más exigente del estado social de derecho (en particular, por la presión del valor *justicia social*), ha legitimado la injerencia judicial en el plan estatal de asignación de recursos sociales, y aún, en determinadas hipótesis, ha autorizado el quiebre del presupuesto aprobado por el Poder Legislativo, en aras de cumplir con los mandatos constitucionales relativos a los derechos que hemos mencionado.

d) deslegitimación de la abstención judicial. Así como en el siglo XIX el activismo judicial estadounidense generó críticas en Europa, donde se habló incluso, y con fuerte sentido crítico, "del gobierno de los jueces", actualmente la abstención judicial en las cuestiones políticas provoca cada vez más comentarios adversos.

Desde acusar a la doctrina de las *political questions* como provocadora de la impunidad constitucional del Congreso y del Presidente, o juzgarla como teoría oportunista y acomodaticia, sin el menor desarrollo lógico y coherente, redactada empíricamente según los vaivenes políticos del momento, o mirarla como posición hedonista, fácil para justificar la irresponsabilidad de los jueces, o condenarla por implicar una negación del derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia por parte de los afectados por decisiones (o abstenciones) congresionales o presidenciales inimpugnables ante los estrados judiciales, lo cierto es que la valoración académica de esta tesis se encuentra en retirada.

Nuevos parámetros de legitimidad, cambios en los paradigmas colectivos, mutaciones en la calificación de lo que es éticamente correcto o incorrecto para los jueces, llevan hoy a preferir, para muchos, el riesgo de un desmadre activista de las competencias jurisdiccionales sobre control de constitucional, que aceptar la continuidad de una doctrina que pregonaba el silencio o el rechazo a esa fiscalización en áreas importantes de gobierno o de los derechos personales. En definitiva, en tal encrucijada, el *qué* (la motorización efectiva del derecho constitucional), puede importar más que el *quién* actúa como operador.

5. Una sentencia detonante. El caso "Zamora Bolaños y otros", de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

El 19 de marzo de 2003, el Presidente de Costa Rica emitió un comunicado de adhesión a la "Alianza Internacional contra el Terrorismo", liderada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, reafirmado el 22 del mismo mes por otro, que incluyó a Costa Rica en la nómina de naciones integrantes de la "Coalición Internacional Antiterrorista" contra Saddam Hussein.

Tales comunicados provocaron diversas demandas de inconstitucionalidad, planteadas por personas privadas, el Defensor de los Habitantes y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Los argumentos, no siempre coincidentes, residían en lo sustancial en que aquellos comunicados importaban una declaración de guerra que el Presidente no podría adoptar, por ser competencia del Poder Legislativo (arts. 140 incs. 6 y 149 de la constitución), violaban el art. 7º de la constitución de Costa Rica, que demanda el cumplimiento de las obligaciones internacionales (en particular, los comunicados iban contra la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que condena el uso de la fuerza por parte de los Estados, salvo por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización), atentaban contra el derecho a la paz de los pueblos, y violaban la declaración de neutralidad expuesta por Costa Rica a partir de una Proclama de 1983.

Del fallo de la Sala Constitucional, pronunciado el 8 de septiembre de 2004[7], vamos a seleccionar un punto: la justiciabilidad de las *political questions,* ya que, precisamente, el manejo de las relaciones exteriores y en su caso, los problemas de paz y de guerra, eran asuntos privilegiados como cuestiones políticas no justiciables para la doctrina tradicional. Estaban custodiados en el *sancta sanctorum* de esa teoría.

La Sala Constitucional parte de un supuesto histórico: estos temas se encontraban "excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia". Entiende, no obstante, que "en el actual desarrollo jurídico costarricense" no hay disenso alguno para el contralor judicial de constitucionalidad de los mismos, "pues, por principio, tales actos están sometidos a la Constitución política, o para

[7] Ver cita 1.

precisarlo mejor, al llamado derecho de la Constitución". Aquí la Sala constata que la constitución puede expresarse a través de normas y de principios, "que sirven como guías generales de actuación". Y para conocer de ellos, y ejecutarlos, está precisamente la Sala Constitucional, "como instrumento creado para esa tarea", por lo que puede entender en el fondo o mérito del problema.

Una línea argumental significativa, en esta materia, es el manejo de la doctrina de la "constitución viviente" *(living constitution),* que la Sala Constitucional denomina "constitución viva". Conforme a ella, la constitución no es solamente texto normativo, sino algo fluido, "entendido y actuado en la realidad por la sociedad". Es esta concepción la que le permite no solamente perforar la muralla de las cuestiones políticas no justiciables, sino, más todavía, entenderla derrumbada según las concepciones sociales imperantes en el país[8]. Para ello, ha hecho un llamado al dato sociológico actual para interpretar a la Constitución: concluye, al respecto, que no hay dudas en que hay consenso en realizar el control de constitucionalidad, aun en las cuestiones políticas (otrora) no justiciables.

Digamos que el manejo de la doctrina de la *constitución viva,* como la llama la Sala Constitucional de la Corte Suprema, le permite también realizar una interpretación mutatativa por adición respecto del valor *paz*, encapsulado en el art. 12 de la constitución de Costa Rica. Dicha norma no lo menciona expresamente, pero sí alude a la disolución, en tal país, del ejército, a lo que cabe sumar la "Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada" del Poder Ejecutivo (1983), y una serie de documentos internacionales suscriptos por tal nación, como la Declaración sobre los derechos de los pueblos a la paz, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1984), y la afirmación del valor paz en la Carta de Naciones Unidas, o en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Todo ello acarrea, concluimos, que una relectura contemporánea del mentado art. 12, así engrosado, haga surgir un derecho de los costarricenses a la paz, pero no como derecho gaseoso o poesía constitucional, sino como derecho reclamable y exigible ante los tribunales.

Como dato igualmente significativo, la Sala Constitucional constató que la mencionada Coalición Internacional Antiterrorista infringió la Carta

[8] Ver Sagüés Néstor Pedro, *Sobre el concepto de "constitución viviente",* en Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires 2000, ed. Ediar, Nº 1, pág. 55 y sigts.

de las Naciones Unidas, por emprender maniobras militares no autorizadas por el Consejo de Seguridad, extremo que importaría para Costa Rica violar también su propia constitución, respetuosa del derecho internacional.

En conclusión, la Sala Constitucional hizo lugar (parcialmente) a las demandas de inconstitucionalidad, reputó inconstitucionales los comunicados del Poder Ejecutivo mencionados precedentemente, que perdían entonces efectos jurídicos, y ordenó a la Presidencia realizar las gestiones necesarias para borrar el nombre de Costa Rica entre los aliados de la "Coalición" que figuraban en la página *web* de la Casa Blanca.

6. Recapitulación. Una doctrina local

La primera observación que emerge del fallo "Zamora Bolaños", es que la desaparición de las cuestiones políticas no justiciables es planteada por la Sala Constitucional dentro del marco jurídico-político de Costa Rica. La solución es comprensible, porque si para llegar a sus conclusiones ha recurrido a la doctrina de la *constitución viva,* y para ello ha hecho uso del recurso al dato sociológico local, la respuesta jurídica construida tiene valor dentro de las fronteras nacionales.

Con prudencia, la Sala no pretende fabricar un producto para la exportación, sino para el consumo doméstico. En Costa Rica, resumiendo, ya no hay *political questions* no justiciables. Las mismas, en ese escenario, son sometidas también al control de constitucionalidad. En otras regiones, la respuesta puede ser diferente. Por ejemplo, pensamos, si la conciencia colectiva las admite.

7. Conjeturas sobre la expansión de la doctrina negatoria de las cuestiones políticas no justiciables

Supongamos, no obstante, que la tesis sostenida por la Sala Constitucional costarricense tuviese predicamento y fuese *exportada a,* o *importada por,* otros tribunales constitucionales. Parte de la argumentación de la Sala Constitucional, en efecto, tiene vocación de generalidad, como la razón de que si hay un "derecho de la Constitución", el mismo debe ser afianzado por los órganos de la jurisdicción constitucional, sin admitir excepciones evasivas o "zonas francas" sin control de constitucionalidad.

Este argumento tiene como contraargumento el de la "omnipotencia judicial"[9]: si *todos* los actos y decisiones del Parlamento y del Poder Ejecutivo pudiesen ser fiscalizados completa e intensamente por la jurisdicción constitucional, y en su consecuencia, resultar anulados o modificados por ella, el gobierno se desplazaría de aquellos poderes, a la judicatura constitucional.

Este riesgo, que podríamos llamar el "síndrome de Abraham Lincoln" (quien lo previno explícitamente a mediados del siglo XIX), se puede acentuar en las actuales décadas, con nuevas alternativas jurídicas que han impactado en algunos ámbitos del neoconstitucionalismo.

Veamos el problema. El sobredimensionamiento de la magistratura constitucional parte del supuesto de que la constitución es un conjunto de normas, principios y valores, pero que estos dos últimos son superiores a las primeras, de tal modo que pueden modelarlas, o incluso restringirlas, al par que también pueden engendrar, en una suerte de nomogénesis, otras reglas de nivel constitucional. Ahora bien: la definición y modulación de tales principios y valores, que son de por sí indeterminados y cuentan con un alto grado de volatilidad, corre a cargo, básicamente, de dichos jueces constitucionales, quienes pronuncian la última palabra a su respecto.

Paralelamente, algunas corrientes, como la doctrina de la *constitución viviente,* consideran que la interpretación constitucional no consiste en *aplicar* recetas ya concebidas, y por tanto preexistentes, de la Constitución, sino en *elaborar* productos interpretativos, en función de las necesidades y creencias sociales del momento, traducidas y proyectadas por los jueces constitucionales. Ellos pasan a ser, de arqueólogos, a artífices de la constitución.

Al mismo tiempo, esa *sobreinterpretación constitucional* provoca que los márgenes de opción del legislador para sancionar las normas ejecutorias de la constitución resulte progresivamente limitado, sometido a un escrutinio judicial paulatinamente más severo. La "constitución invasiva", que "está en todas partes", pero cognoscible más que por su texto, por la interpretación que al mismo le hace la justicia constitucional, recorta así la libertad de elección legisferante del Congreso y la capacidad de gestión del Poder Ejecutivo.

---

[9] Ver sobre esta temática Prieto Sanchís Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2ª ed., Madrid 2005, ed. Trotta, pág. 131 y siguientes.

Si a eso se suma que la eliminación de la doctrina de las *political questions* implicaría que *todas* las decisiones ejecutivas y legislativas pueden ser fiscalizadas intensamente por el juez constitucional, operando éste con una potencia interpretativa como la indicada, no es difícil advertir que el ejercicio de tales poderes cuasi constituyentes permanentes traslada a la judicatura al epicentro del sistema constitucional, mutándola de *órgano de control* a prácticamente *órgano de gobierno* de dicho régimen.

El problema se multiplica cuando la jurisdicción constitucional no está concentrada en un solo Tribunal, Sala o Corte Constitucional especializado (del que cabe suponer una mejor calidad y responsabilidad en sus sentencias), sino diluida en miles de jueces, como ocurre en los sistemas difusos o desconcentrados de control de constitucionalidad. En tal escenario, y si se ponen en práctica las premisas que hemos descripto, un juez de primera instancia podría bloquear, v. gr. por medio de una medida cautelar, el pago de la deuda externa de un Estado, o modificar la integración de las comisiones de una Cámara del Congreso[10]. Mientras que otro, de igual condición, y esto va por vía de hipótesis, modificar, por ejemplo, el reconocimiento diplomático de un país por otro, la interrupción en las relaciones exteriores con determinado Estado, los movimientos de tropas en un teatro de operaciones, el llamado de reservistas para engrosar las fuerzas armadas, etc.

Desde luego, un reencuadre de este tipo no puede menos que motivar interrogantes sistémicos, en términos de gobernabilidad. Un avance ultraactivista de la jurisdicción constitucional, en aras de ocupar más y más espacios políticos, con la posibilidad de revisar lo actuado en todos ellos, bien puede entenderse como un riesgo importante para la funcionalidad del sistema constitucional. En efecto, ¿no puede estimular actitudes antisistémicas, como reacciones opuestas de los poderes "políticos" del Gobierno, expresadas, v. gr., (i) en la renuencia o elusión encubierta para cumplir ciertas decisiones de la justicia constitucional; (ii) en la promoción de acciones de

[10] En el caso "Pinedo Federico y otros c. Estado Nacional", la justicia argentina dispuso, en una medida cautelar requerida por diputados nacionales, suspender los efectos del decreto de necesidad y urgencia 2010/09, acusado de inconstitucional, que había creado un "Fondo del bicentenario" de varios miles de millones de dólares, para atender necesidades de la deuda pública. Ver Cámara Nacional Contencioso Administrativo, sala de Feria, 22 de enero de 2010, en Jurisprudencia Argentina del 7/4/2010, pág. 12 y siguientes. Pocos meses después, legisladores nacionales ocurrieron al Poder Judicial para cuestionar la modificación de la integración de unas comisiones del Senado, alegando que tales cambios violaron los reglamentos vigentes.

destitución de sus cuadros, vía juicio político, *impeachment* o dispositivos análogos; (iii) en presiones más o menos explícitas para condicionar el contenido de las sentencias de los jueces constitucionales, mediante críticas y llegado el caso, agravios públicos a esos decisorios y a quienes los firmaron; en pedidos, provenientes del Poder Ejecutivo e igualmente mediáticos, de renuncia o de jubilación de jueces constitucionales; (iv) o en la modificación legislativa de los códigos de procedimiento constitucional, a fin de cercenar la competencia de la justicia constitucional e impedir, v. gr., que sus tribunales dicten determinados tipos de sentencias, como las "exhortativas"[11]?

8. Vías de reencuadre sistémico ante un repliegue intenso del mapa de las cuestiones políticas no justiciables

Existen diversas estrategias de contención externa, o de autocontención judicial, para la atención del fenómeno – algunas veces galopante – de la judicialización de las *political questions.*

a) El primero estriba en el deber – para todos, incluso para la magistratura constitucional –, de reconocer al Presidente y al Congreso la significativa cuota de libertad de opción que la constitución – formal o consuetudinaria- les acuerda en ciertos temas, como por ejemplo declaraciones de guerra y de paz, manejo de relaciones exteriores, movimientos de tropas, nombramientos de ministros, intervención del gobierno central a los Estados federados, declaración del estado de sitio, regulación de la moneda, etc. En ese amplio abanico constitucional de posibles medidas que cada uno de los poderes "políticos" puede adoptar, y que le es propio y reservado, importa un terreno donde la jurisdicción constitucional no debe (comenzando por una actitud de *self* restraint) confundir sus roles, ni colocarse, so pretexto de controlar la constitucionalidad de las soluciones adoptadas por aquéllos, en verdadera artífice de la decisión cuestionada.

b) La jurisdicción constitucional debe tener igualmente presente dos criterios sistémicos significativos: (i) la presunción de constitucionalidad

[11] Cfr. sobre el tema *Palestra del Tribunal Constitucional,* Lima, 2006, año 1 nº 6, pág. 413 y siguientes, con referencia a la polémica desatada en Perú sobre una iniciativa legislativa como la que se menciona en el texto.

de las decisiones del Congreso y del Presidente, y (ii) que en caso de duda de si resultan o no constitucionales, debe reputarlas constitucionales.

c) También la jurisdicción constitucional tiene que practicar con cuidado (y con especial cuidado, añadimos), una interpretación consecuencialista o previsora de la Constitución[12], cuando revisa el ejercicio de una competencia constitucional del Presidente o del Congreso catalogada clásicamente como *political question*. Esto importa, en términos sistémicos, medir las consecuencias y verificar los resultados de sus veredictos, asumir las limitaciones y condicionamientos fácticos que recortan su margen de maniobra y auscultar cuidadosamente los pros y contras, también en el área política, económica, social, de seguridad, diplomática (entre otras) acerca de las ventajas y desventajas de dejar sin efecto lo resuelto por los poderes "políticos" en sus competencias específicas.

d) También debe atender la justicia constitucional que una cosa es que las cuestiones políticas no justiciables tengan hoy día una sensible reducción en su listado, y otra, que desaparezcan del escenario constitucional. El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica es un caso circunscripto al país que lo emitió, conforme a una versión local de la doctrina de la constitución viviente *(living constitution),* que puede tener una conclusión diferente en otro Estado donde su comunidad acepte la teoría de las *political questions.*

e) En los países donde hay control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, tiene que existir un mecanismo procesal constitucional expeditivo y urgente que permita al Poder Ejecutivo o al Legislativo que se considere invadido por un juez, en su esfera reservada o propia, plantear un "conflicto de poderes" ante el Tribunal o Sala Constitucional, o Corte Suprema que haga sus veces, para que el mismo lo dirima. Si dicho camino no está previsto por la constitución o por la ley, tendría que crearse pretorianamente[13].

---

[12] Respecto de la interpretación previsora (o consecuencialista) de la constitución, sus modalidades y topes, ver también Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución,* ob. cit., págs. 83-94.

[13] En Argentina, por ejemplo, los conflictos de poderes no están regulados por la constitución nacional, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado pretorianamente una doctrina (no del todo coherente ni armónica) respecto de los mismos, y de su trámite y competencia para resolverlos. Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario,* 4ª ed., Buenos Aires 2002, ed. Astrea, t. 2 págs. 538-551.

Tal conducto permitiría al órgano supremo de control de constitucionalidad neutralizar rápidamente los hipotéticos desbordes sistémicos de los jueces inferiores.

Los Procedimientos de Admisibilidad en los Procesos Constitucionales

Rubén Hernández Valle

I. Introducción

El tema de la admisibilidad en los procesos constitucionales ha sido objeto de escasa atención por parte de la doctrina especializada, a pesar de que cada día adquiere mayor relevancia práctica.

En nuestro concepto cuatro son los aspectos que deben analizarse en relación con este importante tema: 1. la justificación de los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales; 2. quién debe ejercer el control; 3. alcances y límites del control de admisibilidad y 4. las potestades del órgano encargado de ejercer el control de admisibilidad.

II. La justificación de los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales

Desde un punto de vista estrictamente teórico y de conformidad con algunos de los principios que informan la jurisdicción constitucional – como el derecho fundamental a la legalidad constitucional y el que prohíbe que los actos lesivos de los derechos fundamentales sean convalidables – los procedimientos de admisibilidad no deberían existir en los procesos constitucionales, por lo que las respectivas demandas deberían resolverse siempre en sentencia, aunque ésta última se fundamente

luego en la carencia de requisitos de procedibilidad de la pretensión del recurrente.

Sin embargo, existen al menos dos razones que justifican la existencia de una fase de admisibilidad en los procesos constitucionales.

La primera de ellas es la gran cantidad de asuntos que se ventila en la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellos procesos como el habeas corpus y el amparo – que tutelan directamente los derechos fundamentales. Este problema se agrava en los ordenamientos en que la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional es muy amplia, ya que ello permite una verdadera eclosión de demandas inclusive sobre asuntos de escasa importancia, lo que impide a los órganos competentes concentrarse en los casos relevantes.

Pero, además del criterio netamente cuantitativo, existe otro argumento que justifica la posibilidad del rechazo de los procesos constitucionales en la fase de admisibilidad.

En efecto, la jurisdicción constitucional actúa por medio de procedimientos, los cuales deben cumplir con un mínimo de exigencias formales y sustantivas para evitar la actuación arbitraria de los jueces encargados de ejercerla. Ante el incumplimiento manifiesto y evidente de tales exigencias, no deben crearse, por una parte, falsas expectativas en favor de los ciudadanos y, por la otra, no debe generarse trabajo innecesario para los órganos de la jurisdicción constitucional, pues todo ello desemboca en una inseguridad jurídica tanto para los ciudadanos como para los órganos jurisdiccionales.

En otros términos, la trascendencia de los procesos constitucionales y razones evidentes de seguridad jurídica justifican la existencia de procedimientos de admisibilidad en la jurisdicción constitucional, dado que de lo contrario asuntos de escasa importancia terminarían por impedir que se conocieran con celeridad asuntos de importancia vital no sólo para los propios ciudadanos, sino también para los intereses públicos.

Este problema no debe confundirse, sin embargo, con el de las exigencias formales que deben establecerse para que una demanda sea admisible.

Exigencias insoslayables, derivadas de la necesidad de defender la Constitución y de tutelar los derechos, principios y valores consagrados en ella, hacen necesaria la combinación armoniosa del rigor y de la seguridad jurídica con la flexibilidad.

De lo contrario, formalismos procesales podrían enervar la eficacia de las normas constitucionales; de donde se concluye que el principio en la materia es lograr la armonía entre la rigidez en el cumplimiento de requisitos imprescindibles (tales como el de la legitimación, los plazos de interposición, etc) y la flexibilidad en su interpretación . De esa forma se posibilita que los defectos procesales puedan ser subsanados.

La mayoría de los procesos constitucionales, en consecuencia, puede terminar en sentencia y no como consecuencia de resoluciones de carácter interlocutorio, basadas en defectos formales de la pretensión ejercitada, pues de lo contrario se violaría el principio "pro sentencia" que constituye uno de los contenidos esencial es de la garantía constitucional del debido proceso.

III. Quién debe ejercer el control

El problema inicial es determinar si debe o no existir un procedimiento específico de admisibilidad. Claras razones de seguridad jurídica, así como el interés de las partes en el proceso, justifican la existencia de un trámite de admisión para que el órgano jurisdiccional competente dicte una resolución expresa sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a quién debe ejercer el control, podemos individualizar tres sistemas diferentes.

1. La admisibilidad la ejerce un órgano diferente del que conoce el caso

El primero de ellos, como ocurre en la vía ordinaria con los recursos de apelación, es aquel en que un órgano distinto del que conoce del caso resuelve sobre la admisibilidad.

En la praxis un sistema del género tiene escasa viabilidad, pues la lógica del sistema debería otorgar el recurso de apelación contra la resolución de inadmisión ante el juez constitucional, lo que aumentaría el trabajo de este último y posibilitaría la existencia de divergencia de criterios técnicos, retrasos innecesarios, etc.

2. La admisibilidad se somete a un doble control

Un segundo sistema, en cambio, permite un doble control sobre la admisibilidad de la acción. En efecto, en aquellos ordenamientos en que los

procesos constitucionales son tramitados como cuestiones incidentales por los órganos judiciales ante los órganos de la jurisdicción constitucional las denominadas cuestiones de constitucionalidad en Italia y España, existe la posibilidad de que se ejerza un doble control de admisibilidad, tanto por el juez a quo como por el propio juez constitucional.

No obstante, deben aclararse dos aspectos: por una parte es la estructura misma del proceso constitucional lo que permite ese doble control y, segundo, en estos casos no existe propiamente una demanda, de manera que la intervención de ambos tribunales sirve más bien como un filtro a las pretensiones de las partes.

3. La admisibilidad la ejerce el mismo órgano que conoce el caso

El tercer sistema, que es el más usual, es aquel en que el propio tribunal constitucional ejerce la fiscalización para determinar que la demanda cumple con todos los requisitos establecidos para su tramitación.

Este último sistema ofrece varias alternativas en el Derecho Comparado, siendo las dos más desarrolladas las del Tribunal Federal Alemán y el adoptado por la Supreme Court norteamericana, a través del denominado "writ of certiorari".

a. El sistema alemán

En cuanto al modelo alemán, luego de la última reforma del 11 de agosto de l993, el artículo 93 a. de la LTCF establece expresamente que "1.- Las demandas de amparo requerirán admisión a trámite. 2.- Serán admitidas a trámite: a) En la medida en que tengan relevancia constitucional fundamental. b) Cuando esté indicado **(el amparo)** para tutelar los derechos mencionados en el artículo 90, apartado 1º **(de la Constitución)**. Podrá también ser éste el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave" **(los paréntesis no son del original).**

La causal contenida en la letra a) supracitada acoge la denominada función objetiva de la jurisdicción constitucional, de manera tal que, en esos casos, el TFCA actúa como un auténtico garante del Derecho Constitucional. Según la jurisprudencia consolidada de los tribunales federales alemanes, una demanda para ser admitida ante el TFCA debe plantear una cuestión jurídica cuya

resolución sea de esencial importancia para la interpretación o aplicación del Derecho Constitucional.

El primer párrafo del inciso b) también consagra un criterio objetivo, pues tal disposición es aplicable en los casos de desconocimiento reiterado de los derechos fundamentales, negligencia judicial grave y falta de experiencia en el manejo de las garantías constitucionales. En otros términos, el criterio relevante es la eficacia general de los derechos, por lo que en el juicio de admisibilidad se colocan, en primer plano, consideraciones relativas a la gravedad y a la trascendencia objetiva de la lesión, haciéndose abstracción de la situación concreta del demandante.

En cambio, en el segundo párrafo del mismo inciso b), se exige la importancia subjetiva del caso, pues se debe tratar de una decisión que cause al demandante "un perjuicio especialmente grave".

Dado que es sumamente difícil probar en un caso concreto la concurrencia de tal requisito, en el fondo se trata más bien de una habilitación al TFCA para rechazar demandas de plano, con independencia total de su fundamentación.

Desde el punto de vista operativo, la reforma perfecciona el sistema de distribución de funciones entre las Salas y las Secciones del TFCA.

Las Secciones tienen competencia general para decretar la inadmisibilidad en materia de amparo. Estas resoluciones requieren unanimidad y se adoptan sin celebración de vista y son inimpugnables. Desde l986, tales Secciones están también habilitadas para estimar directamente determinadas demandas, cuando sean manifiestamente fundadas y la cuestión de Derecho Constitucional a resolver, que sirva de fundamento a la sentencia, haya sido anteriormente decidida por el TCFA. Se trata, en el fondo, de la aplicación de precedentes del mismo tribunal en casos similares.

Las Secciones carecen de competencia para estimar demandas que , de manera directa o indirecta, tengan por objeto la impugnación de una norma, pues dicha competencia corresponde exclusivamente a las Salas del TCFA.

Por otra parte, para evitar que la Sección prejuzgue a la Sala, cuando la primera no haya decretado la inadmisibilidad ni estimado directamente la demanda, corresponde a la segunda decidir si procede admitir a trámite el asunto. Para que el asunto sea admisible, se requiere el voto favorable de tres Magistrados; en caso de no alcanzarse dicho número, la Sala dicta una resolución de inadmisibilidad. Por el contrario, la admisión no da lugar a ninguna

resolución expresa, sino que únicamente se manifiesta en la continuación del procedimiento.

Las resoluciones de inadmisibilidad no requieren motivación, lo que le confiere al TCFA una amplia discrecionalidad para decidir cuáles asuntos quiere resolver por el fondo y cuáles otros, en cambia, desea rechazar adportas.

b. El modelo norteamericano

El "writ of certiorari" norteamericano se encuentra regulado, en la actualidad, por el Capítulo 8l del Judicial Code (28 U.S.C.), secciones 1251 a 1259, y es desarrollada por las Reglas del Tribunal (Supreme Court Rules).

Luego de la reforma de 27 de junio de l988, el acceso a la jurisdicción de apelación del Supreme Court mediante el "writ of certiorari" se configura en la siguiente forma:

i. Desde el tribunal de última instancia estatal que tenga jurisdicción, de acuerdo con la ley, en el caso particular, cuando esté cuestionada la validez de un tratado o de una ley federal, o cuando la validez de la ley de un Estado es cuestionada por ser incompatible con la Constitución, los tratados y las leyes federales, o cuando un título, derecho o privilegio o inmunidad es invocado o reivindicado de conformidad con la Constitución, los tratados o las leyes federales.

ii. Desde los tribunales de (circuito) apelación y, en todos los casos pertinentes, desde otros tribunales inferiores de los Estados Unidos – tales como los tribunales legislativos – a petición de cualquiera de las partes en un juicio civil o en un caso penal antes o después de dictada la sentencia (judgment or decree).

El procedimiento de certiorari se inicia con la petición de certoriari dirigida al Tribunal Supremo a instancia de cualquier persona que haya sido parte en un litigio ante un tribunal de apelación. La petición no está sujeta a restricciones por razón de la materia objeto del litigio, la ciudadanía o carácter de las partes o la cuantía de la acción, aunque sí es necesario que en el caso concreto se discutan cuestiones relevantes de Derecho Federal.

La petición de certiorari no se configura como un derecho(right) para apelar la resolución judicial adversa, sino como un "privilegio" (privilege)

que permite a las partes solicitar del más alto tribunal del país la concesión del "writ of certiorari".

La parte que inicia el proceso se llama peticionario o demandante y la otra su oponente en el proceso previo – se denomina "respondent". El Tribunal examina las alegaciones que hacen las partes tanto en favor como en contra de la concesión del writ.

Del mismo modo que la petición no se configura como un derecho de parte de quien la ejerce, la concesión del "writ of certiorari" no produce otro efecto que la voluntad del tribunal de revisar el caso sobre la base de la petición, sopesadas las razones en pro y en contra para ello. Por tanto, la concesión o denegación del writ no constituye un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y dado que depende enteramente de la discreción del tribunal, no requiere ser motivada.

La negativa a otorgar el certiorari no produce ningún efecto en el proceso a quo, pues se trata de la simple negativa de la Supreme Court de entrar a revisar el caso. El otorgamiento del writ tampoco prejuzga sobre el fondo del asunto, pues aquella puede posteriormente confirmar, revocar o anular la sentencia del inferior, o, inclusive, desestimarlo si considera que la concesión del writ había sido improcedente.

Contra la decisión del Tribunal que deniega el writ no cabe apelación, aunque dentro de los veinticinco días siguientes a su notificación se puede solicitar, ante el mismo tribunal, reconsideración mediante la denominada "petition of the rehearing".

Los casos de certiorari son decididos por el pleno de la Corte todos los viernes a puerta cerrada, luego de escuchar el parecer de los jueces ponentes. Para que sea aceptado un certiorari, es necesario al menos el voto conforme de cuatro jueces, aunque en casos muy especiales dicho número se extiende a cinco.

Desde el punto de vista teórico ambos sistemas presentan graves inconsistencias, pues en el alemán el control lo ejerce un órgano que no es el titular de la competencia jurisdiccional, en tanto que en el norteamericano, si bien todos los jueces votan formalmente, lo cierto es que en la praxis se acoge siempre el dictamen del juez ponente. Los jueces sólo leen el informe del ponente, sin examinar, salvo casos de excepción, los expedientes originales. De esa forma, el control se ejercita efectivamente por un órgano que tampoco es titular de la potestad jurisdiccional.

Podemos concluir, en consecuencia, que no existe ningún sistema satisfactorio desde el punto de vista teórico acerca de cuál órgano debe ejercer el control, pues todos los posibles presentan serios inconvenientes.

IV. Alcances y límites del control de admisibilidad

El objeto del control de admisibilidad consiste en fiscalizar que el libelo de la demanda o el acto procesal que da inicio al proceso respectivo, cumplan con todos los requisitos, formales y materiales, exigidos constitucional y legalmente.

1. Control de los requisitos formales

Dentro de los primeros cabe distinguir, como lo hace la doctrina procesalista, entre presupuestos subjetivos (jurisdicción y/o competencia, capacidad para ser parte, legitimación, postulación y representación) y presupuestos procesales: plazo, demanda formalmente adecuada, agotamiento de recursos previos cuando proceda, invocación de los preceptos constitucionales violados, etc.

2. Control de los requisitos materiales

En cuanto a los requisitos materiales se deben incluir algunos que son comunes a todos los procesos (inexistencia de cosa juzgada, etc) y algunos otros que son más típicos de los procesos constitucionales, como los conceptos de "manifiestamente infundados", "relevancia para el Derecho Constitucional", etc.

Debe advertirse, sin embargo, que en numerosas ocasiones resulta harto difícil establecer las fronteras entre requisitos formales y materiales, pues, por ejemplo, la resolución de falta de legitimación sólo es posible hacerla cuando se haya determinado previamente el alcance de un derecho.

Nuestra disciplina presenta la característica, a diferencia del Derecho Procesal ordinario, que cuestiones de fondo se resuelven en forma liminar, sin esperar hasta sentencia, ni siquiera mediante una resolución interlocutoria luego de admitida la demanda a trámite.

En efecto, el control de admisibilidad en la jurisdicción constitucional se ejerce in limine sobre aspectos materiales de la demanda ante vicios

manifiestos, no susceptibles de subsanación, por lo que la demanda, en tales casos, debe desembocar en su inadmisibilidad ad portas. Verbigracia, cuando se plantea un habeas corpus contra un funcionario fallecido, o una acción de inconstitucionalidad contra un acto no susceptible de impugnación en esa vía. En tales casos, es evidente que la demanda debe rechazarse ad portas, por ser una pretensión manifiestamente infundada.

V. Las potestades del órgano encargado de ejercer el control de admisibilidad

En los sistemas de jurisdicción constitucional reglados, es decir, aquellos en que los tribunales competentes no pueden decidir discrecionalmente sobre su jurisdicción ni competencia, pues ambas están fijadas previamente por la Constitución y la ley, es posible precisar, de manera ejemplificativa, algunos de los poderes que tienen los jueces constitucionales en materia de admisibilidad de las demandas.

1. Los vicios son subsanables en principio

En primer término, salvo casos evidentes de vicios o defectos insubsanables, el principio en la materia es que las demandas en los procesos constitucionales son susbsanables.

Sin embargo, una vez vencido un plazo razonable otorgado por el tribunal al recurrente para que subsane el defecto sin haberse cumplido con la respectiva prevención, la demanda debe desestimarse ad portas, dado que se deben respetar los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de los derechos de los terceros, que también se encuentran involucrados en la tramitación de cualquier proceso constitucional.

2. Las demandas con vicios insubsanables deben rechazarse de plano

Cuando el defecto es insubsanable o los subsanables no hayan sido subsanados el tribunal tiene la potestad de rechazar en forma liminar la demanda, sin necesidad de ninguna otra etapa procesal ulterior, como una audiencia a las partes, una vista, etc.

3. Los vicios materiales de inadmisibilidad deben estar legalmente tasados

El punto más álgido en la materia lo constituye, sin duda alguna, la existencia de motivos materiales que justifiquen la inadmisibilidad de la demanda constitucional.

En primer lugar y por evidentes razones de seguridad jurídica, tales motivos deben estar tasados legalmente, aunque pueden expresarse mediante conceptos jurídicos indeterminados, tales como " manifiestamente infundados", "contenido constitucional", "relevancia constitucional", etc.

En otros términos, si bien es cierto que deben existir causales determinadas para la inadmisibilidad ad portas de demandas constitucionales por el fondo, lo cierto es que los tribunales respectivos gozan de una amplia discrecionalidad para interpretar los alcances de tales motivos, siempre tomando en cuenta las particularidades propias de cada caso concreto.

Para ello, los tribunales deben utilizar criterios, tales como la existencia de precedentes que resuelven en forma negativa casos similares al planteado. Sin embargo, el tribunal debe contar con la facultad de fallar contra sus propios precedentes cuando así lo aconsejen razones de interés público o un estudio más profundo del punto jurídico en discusión; de lo contrario, la jurisprudencia constitucional podría anquilosarse sin ninguna justificación.

También pueden rechazarse demandas por el fondo, aunque se trate de casos nuevos, pero que, a la luz de la doctrina dominante, carecen totalmente de posibilidades para ser estimadas.

Un tercer campo se refiere a aquellos casos – por desgracia muy frecuentes en que se plantean asuntos de mera legalidad disfrazados como procesos constitucionales. En tales hipótesis, por existir un evidente vicio de incompetencia, se justifica el rechazo ad portas de la demanda.

Un último criterio sería el de la escasa trascendencia constitucional y subjetiva, tal y como lo entiende la legislación, doctrina y jurisprudencia alemanas, sobre todo luego de la reforma de l993.

Según dicha doctrina los tribunales constitucionales deben valorar la viabilidad formal y material de una demanda partiendo de tres aspectos: fundamento jurídico para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del asunto.

No obstante, es nuestro criterio que por esta vía los jueces constitucionales podrían caer fácilmente en la arbitrariedad, lo que podría provocar que a la

mayoría de los ciudadanos sobre todo aquellos de escasos recursos económicos se les denegara la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, bajo el prurito de que su demanda reviste escaso interés subjetivo por no tratarse de una acción u omisión que pueda causar daños de imposible reparación, o que el punto jurídico en discusión carece de relevancia para el Derecho Constitucional.

En materia de protección a los derechos fundamentales no es posible utilizar tales argumentos, pues se terminaría por desnaturalizar la finalidad esencial de la jurisdicción constitucional.

Este es el pecado que, en nuestro criterio, tiene el sistema alemán de admisibilidad, pues prácticamente deja al decisionismo subjetivo de la Sección respectiva la escogencia de cuáles asuntos entrará a decidir por el fondo.

4. La motivación de las resoluciones de inadmisibilidad

El cuarto problema es el de si las resoluciones de inadmisiblidad deben ser o no motivadas. En Alemania y Estados Unidos – dos de las legislaciones más desarrolladas en la materia – tales decisiones no requieren ninguna motivación.

En nuestro criterio, tales decisiones deben ser siempre motivadas, no sólo por el carácter reglado que tienen las causales de inadmisibilidad, sino, además, porque la motivación puede tener relevancia ante la eventualidad de plantear contra tales resoluciones denegatorias de la jurisdicción constitucional interna, acciones ante tribunales internacionales.

Desde luego la exigencia de motivación no debe ser exhaustiva, pues por esa vía los tribunales constitucionales terminarían invirtiendo la mayor cantidad de su tiempo en resoluciones interlocutorias y no en dictar sentencias por el fondo. Por ello, en muchas ocasiones basta que la motivación remita a decisiones previas semejantes o haga una puntual referencia al motivo que impide continuar con el trámite de la demanda.

5. Las resoluciones de inadmisibilidad carecen de recurso

En principio, las resoluciones de inadmisibilidad deben carecer de recurso, pues de lo contrario los tribunales constitucionales, en vez de descargar trabajo por esta vía, estarían duplicándolo.

Sin embargo, debe quedar abierta la posibilidad de solicitar reconsideración en casos tasados, como por ejemplo, cuando la resolución de inadmisibilidad se haya dictado contra precedentes no revocados por el tribunal en la propia resolución.

6. El control de admisibilidad varía de acuerdo con la naturaleza de cada proceso constitucional

Finalmente, cabe agregar que el control de inadmisibilidad varía lógicamente de acuerdo con la naturaleza de cada proceso constitucional en particular.

Por ejemplo, las implicaciones políticas, sociales y económicas que puede producir una declaratoria de inconstitucionalidad *erga omnes* son bastante diferentes de los producidos por una sentencia estimatoria en un recurso de amparo en que se discuten asuntos meramente patrimoniales. Por tanto, es necesario que los requisitos de admisibilidad, en uno y otro caso, sean diferentes.

VI. Conclusión

Para hacer efectivo el principio constitucional de justicia pronta y cumplida es necesario que los procedimientos constitucionales sean resueltos en plazos razonables.

La existencia de procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales, que permitan rechazar ad-portas todas aquellas demandas manifiestamente infundadas, coadyuva en esa importante misión, ya que hace posible que los jueces fallen, dentro de plazos razonables, aquellos casos que sí requieren un pronunciamiento de fondo del órgano encargado de la justicia constitucional.

Constitutional Law and Governance in the Caribbean in Particular the Island of Saint Lucia

Suzie d'Auvergne

Firstly, I would like to state that my paper will place more emphasis on the Constitution and governance of Saint Lucia, an island in the Eastern Caribbean.

I am delighted to have been invited to participate in the First Meeting of Jurists of Latin America and the Caribbean.

Most of the Constitutions in the Caribbean have been modelled after the British Constitution since they were more or less handed to governments of these islands with very little input from the people.

What is a Constitution?

A Constitution is a body of fundamental principles governing a state or nation which may be written or unwritten. However, it is generally accepted that a written Constitution is the supreme law of the land and that it provides for the principal State organs and attempts to regulate the relationships between them. It regulates the relationship between the state and the citizens, as well as between citizen and citizens. It is the source from which all other laws derive their authority and validity.

Supreme Law

The Caribbean Constitutions though modelled after the British Constitution as stated earlier reflect a number of features not found in the British Constitution.

The most fundamental principle found in these Constitutions is the Supremacy of the Constitution. Except for the Constitution of Jamaica, all West Indian Constitutions proclaim their supremacy.

The Jamaican Constitution does not use the word Supreme whereas all the others such as Antigua and Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Guyana, St.Kitts and Nevis, St.Vincent and the Grenadines, Trinidad and Tobago and Saint Lucia do. However it should be noted that Guyana's legal system is not a replica of that in the Commonwealth Caribbean as a whole.

I pause here to note the years which the Commonwealth Caribbean Islands obtained their various constitutions and their independence from Britain.

Jamaica, Trinidad and Tobago in August 1962. Guyana in May 1966 and Barbados in November of the same year. Followed by Bahamas in 1973 and Grenada in 1974. In November 1978 the island of Dominica and in February 1979, Saint Lucia, followed by St.Vincent and the Grenadines in that same year. In 1981 Antigua and Barbuda and Belize and in 1983 St.Kitts and Nevis.

Section 120 of the Saint Lucia Constitution states as follows:

"This Constitution is the Supreme law of Saint Lucia and subject to Section 41 of this Constitution if any other law is inconsistent with this Constitution, this Constitution shall prevail and the other law shall, to the extent of the inconsistency, be void."

Section 41 of the Constitution states the manner in which the Constitution and the Supreme Court Order may be altered. The Section reads as follows:

"Parliament may alter any of the provisions of this Constitution or of the Supreme Court order in the manner specified in the following provisions of this Section."

Saint Lucia Constitution

The Saint Lucia Constitution is not an Act of the Saint Lucia Parliament but a Statutory Instrument, order in Council of the British Parliament and is known as 1978 No. 1901. The Saint Lucia Constitution Order came into force on the 22nd of February 1979. The Saint Lucia Constitution consists of ten (10) Chapters which are in turn divided into one hundred and twenty four (124) Sections.

Similarities between the British Constitution and some of the West Indian Constitutions

The Two Tier System

The Saint Lucia Constitution provides for the establishment of the bi-cameral nature of Parliament consisting of an elected Lower House and a nominated Upper House. In the Caribbean Islands, where the two tier system is followed, the Upper House or Chamber is called the Senate which in reality functions as a Lower House.

Section 23 of the Saint Lucia Constitution states:

> *"There shall be a Parliament of Saint Lucia which shall consist of Her Majesty, a Senate and a House of Assembly."*

The Senate is made up of selected or appointed persons whereas the House of Assembly comprises only elected members.

Elections

In Saint Lucia and most of the West Indian Islands, elections are held at regular intervals. The Saint Lucia Constitution mandates that Parliament *"shall continue for five years from the date of the first sitting of the House"* Section 55(3).

For purposes of electing a government the country is divided into Constituencies. Candidates are nominated for each constituency and the candidate attaining the highest number of votes is declared the representative for that constituency. This is known as the *First Past the Post* System and

every citizen of the age of eighteen (18) years and over is entitled to cast a vote.

Some Institutions and Organizations established by the Constitution

The Constitution provides for a Governor General who is Saint Lucia's Head of State and represents Her Majesty the Queen of Great Britain. As such, the Governor General sits at the head of each branch of Government. The Constitution also establishes the government, which is divided into The Executive, The Legislative and the Judiciary.

The Executive consists of the Cabinet of Ministers led by the Prime Minister.

The Legislative consists of the House of Assembly and the Senate.

The Judiciary consists of the Privy Council, Court of Appeal, the High Court and the Magistracy.

Dualism in the Executive

The Executive authority of most of those West Indian Islands mentioned earlier is vested in Her Majesty Queen Elizabeth II.

Section 59 of the Saint Lucia Constitution provides:

(1) "The Executive authority of Saint Lucia is vested in Her Majesty
(2) Subject to the provisions of this Constitution, the Executive Authority of Saint Lucia may be exercised on behalf of Her Majesty by the Governor General either directly or through officers subordinate to him."

However it is to be noted that the office of the Head of State, be it Governor-General or President is largely ceremonial with the exception of Guyana.

Cabinet

Section 61(1) of the Saint Lucia Constitution provides *"there shall be a Cabinet of Ministers for Saint Lucia which shall consist of the Prime Minister and the other Ministers."*

In reality the Prime Minister and his other Ministers are the political directorate exercising the executive authority of the State.

The Major Difference between British Constitution and the West Indian Constitutions

The doctrine of Constitutional Supremacy is unknown to the British Parliament. In England, Parliament is supreme. However in the Caribbean Islands there is a limitation on Parliament's power to make laws; that the laws enacted should be in accordance with the dictates of the Constitution.

Entrenched Sections

There is to be found in all the West Indian Constitutions certain entrenched parts which provide that amendments therefore must comply with special majorities and procedures as is to be found in Section 41 of the Saint Lucia Constitution.

Judicial Review

This is a provision found in West Indian Constitutions whereby citizens' grievances against the exercise of state power may be addressed. Section 105 of the Saint Lucian Constitution provides " *... any person who alleges that any provision of this Constitution ... has been or is being contravened may, if he has a relevant interest, apply to the High* Court for a declaration and for relief under this section."

Subsection 3 states *"....the High Court may grant to that person such remedy as it considers appropriate, being a remedy available generally under any law in proceedings in the High Court."*

Judicial review allows a person to challenge the acts or omissions of a public authority for legality. It is actually a process to ensure that the authorities use their powers in a proper manner; that there is no abuse of the power entrusted to them.

In recent times Judicial Review has assumed tremendous importance since it has provided a simpler method by which persons with legitimate grievances against a state are able to access the courts. The Courts actually pay a

supervisory role of ensuring that the discretionary power entrusted to the public authority has been lawfully exercised.

Decisions of the Cabinet are now among the decisions of public authorities that are subject to judicial review. This principle was clearly emphasized in ***HMB Holdings Ltd. v Cabinet of Antigua and Barbuda*** **1991 1 ALLER 720** and in the recent case of ***Attorney General v Kenny Anthony*** delivered on 14th June 2010 ***(HC v AP2009/031/St.Lucia).***

I will state this case fully, since in my view, it shows that the Judiciary is not subject to the Executive, that it is in reality a check on the Executive. This case is also an example of how power can be misused by one arm of government because the same persons who form the Executive are to be found in the Legislative. There is therefore an overlap with these two branches of the government.

Improper Use of Powers Granted by the Legislative

Attorney General vs Kenny Anthony

This case concerns a Minister of Government and a member of the Cabinet of Ministers of Saint Lucia who owns and operates a hotel known as Tuxedo Villas at Rodney Bay, Gros Islet in the island of Saint Lucia. That hotel had been granted duty free concessions in the past and on the 19th June, 2007 that Minister wrote to the Minister of Tourism applying for further concessions with regard to the refurbishment of the villas. The latter noted the composition of the Tuxedo Villas which included a three bedroom house at Bonne Terre Gros Islet, Saint Lucia.

Bonne Terre is a residential area, a little distance away from Rodney Bay but within the Gros Islet district.

The usual memorandum which is attached to any application for consideration by Cabinet was then signed by the Minister of Tourism.

The Cabinet of Ministers met on the 5th July 2007 and granted the exemptions and concessions applied for. Using that Cabinet Conclusion exemption and concession document the owner imported goods and electronic equipment some of which were offloaded at the house in Bonne Terre.

The Comptroller of Customs was informed of the above and he launched an investigation. The owner produced his Cabinet Conclusion document to support his position. The Comptroller was not satisfied and demanded proof

that Bonne Terre was part of Tuxedo Villas by a particular date or else action will be taken against the Minister. A second Cabinet decision was granted by the Cabinet of Ministers (of which the owner is a member as noted earlier) specifically stating that the house at Bonne Terre was part of the Tuxedo Villas.

The Comptroller of Customs was still not satisfied. This situation caused a public outcry in Saint Lucia. The media - in print, radio and television discussed the matter at length.

Consequently, Dr. Kenny Anthony, former Prime Minister of Saint Lucia and presently Leader of the Opposition of the Saint Lucia Parliament applied for Judicial Review of the Second Cabinet Decision on the grounds that it was made in bad faith for an improper purpose. The Judge at first instance quashed the Second Cabinet Decision as having been made without any reasonable basis.

The Attorney General of Saint Lucia appealed the case and once more the case was dismissed for the same reason. Moreover, the Appeal Court Judges found that the owner of the Villas was present at the Cabinet Meeting when the Second Cabinet Decision was granted, that there was conflict of interest and that no reasonable Cabinet should have made it.

They found and I quote: *"The Cabinet is the decision making body of the Executive of the Government of Saint Lucia with important fiduciary duties to the citizens of the country. It cannot make decisions that result in reducing the revenue that the government is entitled to collect in an arbitrary and cavalier manner, especially where the decision benefits one of its own members*."

The Judiciary

I noted earlier that the Judiciary was not subject to the Executive and the Legislative. The Judiciary is said to be independent and can thus keep checks and balances on the other arms of government.

We in the Commonwealth Caribbean follow the hierarchical system with the Privy Council being the final Court for most of the islands. Exceptions are Guyana, Barbados and Belize. The various governments provide funds for the existence of the Magistracy, the High Court and Court of Appeal. However, there is that curious stipulation that all the Heads of Governments of the OECS (Organisation of Eastern Caribbean States) must agree to the appointment of

a particular individual to the post of Chief Justice of the Eastern Caribbean States and also the extension of the tenure of appellate and first instant Judges.

Judiciary is not above the Law

While it is true that in the Caribbean the Judiciary acts as a check on the Executive and Legislature, it is not to be believed that the Judiciary is above the law. The case of ***Maharaj v AG of Trinidad and Tobago (No.2) 1979 AC385*** is a perfect demonstration that the Judiciary is not above judicial review for its wrongful acts which infringe the fundamental rights of the citizen.

These fundamental rights are to be found in all the Constitutions of the Caribbean Islands. However I must state that there is widespread clamour for the expansion of these rights to meet the needs of the changing societies hence the setting up of Constitutional Review Commissions in the various islands.

The fundamental rights provided in the Saint Lucia Constitution are as follows:

1. Fundamental rights and freedoms
2. Protection of right to life
3. Protection of right to personal liberty
4. Protection from slavery and forced labour
5. Protection from inhuman treatment
6. Protection from deprivation of property
7. Protection from arbitrary search or entry
8. Provision to secure protection of the law
9. Protection of freedom of conscience
10. Protection of freedom of expression
11. Protection of freedom of assembly and association
12. Protection of freedom of movement
13. Protection from discrimination on grounds of race, etc
14. Emergency powers
15. Protection of persons detained under emergency laws
16. Enforcement of protective provisions
17. Declaration of emergency
18. Interpretation and savings

The Maharaj case noted earlier is a Trinidad and Tobago case which involved the infringement of a fundamental right. This case emphasises that a person should be not be deprived of his fundamental rights otherwise than by due process of law.

A judge of the High Court of that twin island wrongfully committed a barrister to prison for Contempt of Court. The Barrister sued the State for the infringement of his rights. It was held by the Privy Council (one judge dissenting) that the failure of the judge to inform the barrister of the specific nature of the contempt with which he was charged before committing him to prison contravened a constitutional right of that barrister and that he was deserving of protection in law.

This decision by the Privy Council was both welcomed and castigated by academics. Some saw it as a "direct frontal assault" on judicial independence whereas others saw it as a meaningful enforcement of the rights conferred by Caribbean constitutions.

This decision has been followed in Guyana in cases of ***Barnwell v AG of Guyana, Civil Appeal No. 84 of 1991*** and ***Rees v Crane 1 ALLER 833*** and in Belize in case of ***Meerabux v AG of Belize, Privy Council Appeal 9 of 2003.*** It is noteworthy that these three cases involved judicial supervision over judges themselves.

In ***Emmanuel v AG*** a case from the island of Dominica, the judge refused to accept the termination in a termination clause which was done at the instance of the Government but without the involvement of the Public Service Commission.

Fundamental Rights

I intimitated earlier the Fundamental Rights and Freedoms to be found in the Commonwealth Caribbean Constitutions. It is therefore logical that a citizen of any of these countries would expect his or her government to account for any breaches of these rights.

Section 16 (2) (b) of the Constitution of Saint Lucia is representative of the other Constitutions. It provides that, in the enforcement of the protective provisions dealing with the fundamental rights, the Court "*may make such declarations and orders, issue such writs and give such directions as it may consider appropriate for the purpose of enforcing or securing the enforcement of these provisions".*

In pursuit of this mandate the Caribbean Courts encountered many legal hurdles.

The **Jaundoo Case, 1971 AC 972** (a case from Guyana) the Privy Council held that it could not grant injunctive relief. However thirty (30) years later in the case of **Jennifer Gairy v AG of Grenada Privy Council Appeal No.29 of 2000** the Privy Council confirmed the learned Chief Justice of the Eastern Caribbean States, Sir Dennis Byron whose pronouncement in that case is as follows:

> *"*The provisions of SS16 and 101 of the Constitution of Grenada confer unlimited jurisdiction on the Court to fashion remedies to secure the enforcement of the fundamental rights and freedoms provisions of the Constitution and grant protection against the contravention of the other provisions in accordance with the law"

The Gairy case has been hailed by many academics and practising barristers as a landmark decision and is widely followed.

The learned author Professor Albert Fiadjoe, a professor of Public Law at the University of the West Indies, Cave Hill Campus in Barbados and now back in his native home Accra, Ghana, Africa states in his book *Commonweatlh Caribbean Public Law. 3rd ed. Page 158*

> "In the area of Constitutional redress, Caribbean Courts seem to be in uncharted seas. It is important, however for the orderly development of Caribbean Constitutional jurisprudence that the Courts do not merely duplicate the redress provisions in the law of tort, nor should they stray beyond the limits of constitutional propriety."

The Caribbean Court of Justice

The Caribbean Court of Justice to which I will refer later as the CCJ was inaugurated in April 2005 having as its vision the following:

> "To provide for the Caribbean Community an accessible, fair, efficient, innovative and impartial justice system built on jurisprudence reflective of our history, values and traditions while maintaining an inspirational, independent institution worthy of emulation by the Courts of the region and the trust and confidence of its people."

The CCJ has two jurisdictions. It functions as a Court of final appeal in criminal and civil matters and is the only Court responsible for interpreting and applying the Revised Treaty of Chaguaramas (The CARICOM Treaty).

The revised list of members of the Treaty of Chaguaramas is as follows:

- Antigua
- The Bahamas
- Barbados
- Belize
- Dominica
- Grenada
- Guyana
- Jamaica
- Montserrat
- St.Kitts and Nevis
- Saint Lucia
- St.Vincent and the Grenadines
- Suriname
- Trinidad and Tobago

It is to be noted that the membership is open to any other state or territory of the Caribbean Region who is able and willing to exercise the rights and assume the obligations of membership.

The Treaty of Chaguaramas was first signed in Trinidad by the countries of Barbados, Jamaica and Guyana on the 4th July 1973 and came into effect on the 1st August 1973. On the 5th July 2001 the Revised Treaty of Chaguaramas including the Caricom Single Market and Economy (CSME) was signed by the Heads of Government of the Caribbean Community.

At present (July 2010) only the States of Guyana, Barbados and Belize have subscribed to the CCJ in its appellate jurisdiction.

Arguments For and Against the Retention of the Privy Council as the final Appellate Court for the Commonwealth Caribbean Islands.

The two most quoted arguments for the retention of the Privy Council as the final appeal Court for the Commonwealth Caribbean Countries are that

these countries are so closely linked through blood ties and politics that the ordinary man in the street is anxious about attempts at political interference in the judicial process. The second is the ability of the Caricom states to ensure that the Court is adequately funded.

I must state however that many who support the retention of the Privy Council are not happy with the British non hanging position and argue that the establishment of the CCJ is a direct result of the Privy Council's decision in ***Pratt & Morgan v The Attorney General of Jamaica (1993) 3 ALLER 769.***

In that case the Board held a delay in excess of five years or more would constitute "cruel or inhuman treatment". This I must point out is contrary to the Constitution of Jamaica and the Constitution of other countries in the Commonwealth.

The decision in ***Pratt & Morgan*** (above) overruled two previous decisions in the cases of ***Freitas v Benny (1976) AC239 and Riley v Attorney General of Jamaica (1982) 3WLR 557*** where it was held in each case that the delay in the execution of the death sentence could not be considered as cruel and unusual punishment.

In my opinion the argument that the establishment of the CCJ is the direct result of the Privy Council's policy on hanging is flawed for our judges in the Caribbean have demonstrated their independence with regard to the execution of the death sentence.

In the Saint Lucian case of ***Morrel Cox v The Attorney General Case No. 714/99*** (High Court) d'Auvergne J applied the principle in ***Pratt*** (above) and held that a stay of execution had to be granted since four (4) years and nine (9) months had elapsed since the accused had been convicted. This was done despite the widespread public outcry that the convicted man be hanged the following day.

The Attorney General of Barbados v Joseph and Boyce

On the 8th November 2006, the CCJ delivered its first judgment ***(Joseph and Boyce*** judgment). This matter involved the issue of the application of the death penalty. The CCJ upheld the commutation of the death sentences passed on Messrs. Boyce and Joseph by the Court of Appeal of Barbados to life imprisonment. The seven judges who sat wrote six separate judgments.

Many legal luminaries including the late Mr. Justice Telford Georges a Caribbean jurist who sat as a Privy Councillor states succinctly the reason for the establishment of the CCJ.

> "[It] appears to me that an independent country should assume the responsibility for providing a Court of its own choosing for the final determination of legal disputes arising from decisions in the Country. It is a compromise of sovereignty to leave that decision to a Court which is part of the former colonial hierarchy, a Court in the appointment of whose members we have absolutely no say".

Dr. the Hon. Kenny Anthony, former Prime Minister of Saint Lucia and presently leader of the Opposition of Saint Lucia in his address to the Norman Manley Law School on the 28th June 2003 reiterated his call to the citizens of the Commonwealth Caribbean to "complete our independence" with the establishment of the CCJ. At the inauguration of the CCJ in April 2004 he had this to say.

> "The Caribbean Court of Justice is therefore, not a leap into the darkness. It is a leap of enlightenment. This region has the most sturdy credentials for creating a Regional Court of Appeal that can respond, and respond with finality, to the most rigorous standard to the rule of law…"

Service Commissions

Another notable feature of Commonwealth Caribbean Constitutions (with the exception of Belize) is the establishment of Service Commissions.

Section 85 (1) of the Saint Lucia Constitution states:

> "There shall be a Public Service Commission for Saint Lucia (hereinafter in this section referred to as the Commission) which shall consist of a Chairman and not less than two nor more than four other members, who shall be appointed by the Governor-General acting in accordance with the advice of the Prime Minister;
> Provided that the Prime Minister shall consult the Leader of the Opposition before tendering any advice to the Governor-General for the purposes of this subsection".

Section 92(1) provides

"There shall be a Teaching Service Commission for Saint Lucia (hereinafter in this section referred to as the Commission) which shall consist of a Chairman and not less than two nor more than four other members who shall be appointed by the Governor-General, acting in accordance with the advice of the Prime Minister;
Provided that the Prime Minister shall consult the Leader of the Opposition before tendering any advice to the Governor-General for the purposes of this subsection".

Section 95 (1):

(1) "There shall be a Public Service Board of Appeal for Saint Lucia (hereinafter in this section and in section 96 of this Constitution referred to as the Board) which shall consist of-
a) one member appointed by the Governor-General, acting in his own deliberate judgment, who shall be chairman;
b) one member appointed by the Governor-General, acting in accordance with the advice of the Prime Minister; and
c) two members appointed by the Governor-General, acting in accordance with the advice of the appropriate representative bodies."

A perusal of all the Commonwealth Caribbean Constitutions will show the preservation of the concept of a neutral non-political public service. Moreover, the requirement in all the Constitutions for consultation with the Leader of the Opposition demonstrates that these Commissions are bi-partisan. Notable features are, the exclusion of members of Parliament and that members can only be removed for cause after an impartial tribunal adjudication by persons trained in the law.

The case of ***Dyer v Williams*** from Dominica (High Court Case No.4 of 1991) demonstrates that there is real power in the Public Service Commissions contrary to the general thinking that these Commissions have no teeth.

This case concerns a Miss Dyer who was appointed by the Public Service Commission of Dominica. About twenty-six (26) months after her appointment she received a letter from the Permanent Secretary of her Department informing her that she was to exchange places with a Senior Clerk in the same Ministry because that Permanent Secretary in

his opinion, thought she had acted in an unbecoming way. Miss Dyer filed an action in the High Court and the Court found that there was no delegation of powers from the Public Service Commission and that the Permanent Secretary had "usurped" the authority of the Public Service Commission and that the purported transfer was "unlawful".

In Trinidad and Tobago the Privy Council found in ***Thomas v AG*** 1982 AC 111 that the Public Service Commission of that country had exercised powers not conferred upon it. The Thomas principle has been invoked to protect many Civil Servants in different Caribbean Countries.

Finally I would like to note the manner in which the CCJ, the final Court of Appeal for the country of Guyana dealt with the case of ***Griffith v Guyanese Revenue Authority and AG (application No 1 of 2006).***

The Applicant was an employee of the Customs Department - a department in the Public Service - for 18 years. In 1996 Parliament passed the Revenue Authority Act whereby the functions, powers, assets and liabilities of the Customs were transferred to a new corporate body, the Revenue Authority. A few months later applying the Act the government notified the applicant of its desire to transfer him to that Authority to which the applicant agreed and began employment on the 28th January 2000 when the Act came into force. The applicant absented himself from work for (3) three days without a medical certificate and was promptly dismissed from office. He sued claiming to be a public officer. The CCJ found that he was not a public officer though the Revenue Authority is a public authority but distinct from the government.

Conclusion

In conclusion I will state that the independent Constitutions have made a difference but that difference in the evolving culture of the Caribbean is not sufficient. It is the expressed opinion of the majority of the Commonwealth Caribbean people that we need to reexamine our Constitutions in accordance with our historical and social experiences so that the principles of democracy could be strengthened and deepened so that governance could be enhanced.

The above then begs the question what should be changed? And what changes should be made?

Constitution Reform

It was because of this calling for change that most of the Caribbean Countries set up Constitutional Review Commissions.

In Saint Lucia, on the 16th July 2004 the Government set up the Constitutional Review Commission by Statutory Instrument No. 50 of 2004. The said Commission was launched on the 18th November 2005 but only came into active operation on the 1st of June 2006. The Commission was setup for two (2) years but its tenure has been extended. The Report should be delivered to Parliament on or about the 31st December 2010.

Renovación Constitucional en Latinoamérica y Golpe de Estado en Honduras

Walter Antillon

I. La Diplomacia de las Cañoneras y la Respuesta Sudamericana

1. La práctica europea de la intervención armada en América Latina, vigente hasta comienzos del Siglo XX cuyo objetivo era garantizar los créditos de sus nacionales, se fundamentaba en una desembozada ideología eurocéntrica, discriminatoria y racista que, naturalmente, desde hacía mucho tiempo no regía las relaciones entre los Estados del Viejo Continente.

2. Aquel Derecho internacional consagrado en textos célebres desde Vattel y Martens hasta Oppenheim y Dionisio Anzilotti, de hecho no se aplicaba a las jóvenes repúblicas de este lado del Atlántico, excepto a los Estados Unidos, que imponía exitosamente su Doctrina Monroe para su propio territorio y las zonas objeto de su interés político (por ejemplo las zonas de vocación "canalera" del Istmo Centroamericano).

3. En lo que atañe a América Latina, las reiteradas vejaciones que le impusieron las potencias europeas encontraron indiferencia o incluso connivencia de parte de los Estados Unidos. Será más bien en el Sur del Continente donde se producirá la respuesta justa y adecuada, en la forma de la llamada 'Doctrina Calvo', sostenida y difundida gracias al inmenso prestigio de su autor, el internacionalista y diplomático argentino Carlos Calvo (1822-1906).

En efecto, a través de muchos años, en varias de sus obras sostiene Calvo la tesis de la igualdad e independencia de los Estados soberanos, sin excepción alguna.

> *"...En Derecho internacional hay que recordar ante todo que los Estados soberanos son independientes e iguales, principio olvidado completamente por los que sostienen la necesidad de las convenciones extranjeras o de la aplicación de la regla inglesa a los Estados americanos. Entre éstos y los de Europa no cabe más que una relación de derecho, que debe estar fundada en su más completa igualdad..." (citado por Alfredo E. Rizzo Romano: Derecho Internacional Público, Buenos Aires, 1981, pág. 397).*

Y sostiene también la equiparación entre naturales y extranjeros dentro del territorio de cada Estado, de modo que los segundos deben atenerse en un todo a la protección de aquél, sin que pueda admitirse la intervención externa por la vía diplomática, ni por otras.

> *"...En el derecho internacional, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el cobro de los créditos y las reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos. Y como los Estados europeos siguen entre ellos invariablemente la regla de no intervención por problemas económicos, no hay ningún motivo para que no se impongan también en sus relaciones con las naciones del Nuevo Mundo..." (ob. y lug. cit.)*

4. En 1889 y 1890 se celebra en Washington la 1ª Conferencia Panamericana, en la que los juristas latinoamericanos introducen por primera vez algunos aspectos de la doctrina Calvo en el Continente. Y la misma es reiterada dos años después, en la 2ª Conferencia Panamericana celebrada en México (1901/1902).

5. Sin embargo, cuando a fines de 1902 se produce el sitio de los puertos de Venezuela por las armadas inglesa, italiana y alemana, el canciller Argentino Luis María Drago rechaza la agresión europea y solicita la colaboración de los Estados Unidos. Pero éstos se niegan a intervenir, invocando una interpretación sibilina de la Doctrina Monroe.

6. Recordemos, a propósito, que estamos en los ocho años de la presidencia de Teodoro Roosevelt; y que la tristemente célebre interpretación que éste hizo de la Doctrina Monroe (llamada precisamente "Corolario Roosevelt"), es lo que va a cubrir las apariencias de las numerosas ocupaciones militares que Estados Unidos perpetra en Centroamérica y el Caribe entre 1905 y 1911, que acarrearán funestas consecuencias para el Istmo.

7. Con todo, después del intervalo de la Primera Guerra Mundial, la diplomacia del Cono Sur vuelve a postular las Doctrinas Calvo y Drago en la 6ª Conferencia Panamericana celebrada en La Habana en 1928; pero las mismas sólo alcanzarán vigencia continental veinte años después, en la Convención de Bogotá institutivo de la Organización de Estados Americanos; y en el Pacto de Bogotá sobre los deberes y los derechos del hombre.

8. El paso siguiente es la inclusión gradual de dichas doctrinas (que habían pasado a la práctica diplomática con el nombre de 'Cláusula Calvo') en las Constituciones Políticas de América Latina, incluídos los países de Centroamérica.

En conclusión, América del Sur no tuvo que soportar las ocupaciones militares de los 'marines' y el ejército de los Estados Unidos, como si le ocurrió a casi todos los pequeños países de Centroamérica y el Caribe; aunque no pudo ciertamente librarse de otras formas de ingerencia económica y política. Porque lo cierto es que durante los muchos años de la Guerra Fría, las intervenciones o la influencia de los agentes de la CIA se dejaron sentir muchas veces en el terreno político militar, estimulando, asesorando y apoyando golpes de Estado y gobiernos castrenses; así como, por otro lado, también la AID, el Fondo Monetario, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo marcaban la pauta en las fundamentales materias financiera y económica.

Junto a los procesos descritos, durante todo el Siglo XX fue creciendo la penetración de los intereses norteamericanos y europeos en América del Sur a través de las inversiones de las transnacionales. Pero eso no les bastaba: sentían como un estorbo la Cláusula Calvo, que los mantanía sometidos a las leyes y a la jurisdicción de cada Estado receptor.

II. El Arbitraje: Arma Secreta de las Transnacionales

Así fue como los miembros de la 'intelligenzia' corporativa transnacional idearon la "ofensiva arbitral" como arma secreta contra la cláusula Calvo

contenida en nuestras constituciones. Con ese propósito fomentaron la formaciòn de agencias de arbitraje a través del Uncitral, el Ciadi y la Convención de Nueva York; y así pactar con cada país, mediante convenios bilaterales de inversión (CBI) o tratados de libre comercio (TLC), la elisión del inversionista extranjero del deber de someterse a las jurisdicciones nacionales, por virtud de un clausulado que operaba la transferencia de potestades jurisdiccionales del Estado a aquellas instancias extraestatales, en beneficio de las transnacionales y del gobierno norteamericano.

A este resultado coadyuvó el estallido de la Deuda Externa al comienzo de los años 80, y el sucesivo acoso a los Estados deudores por parte del Banco Mundial, el FMI y el BID. Lo cual hizo posible la ofensiva neoliberal de los Programas de Ajuste Estructural (PAE): todo ello se producía en el marco de una consolidación de la hegemonía neoliberal iniciada en la generación de Reagan, Thatcher y Pinochet; y continuada por los sedicentes socialdemócratas de la tercera vía (Blair, Clinton, Cardoso, Salinas, Fujimori y tantos otros, tan neoliberales como los primeros); quienes ocuparon en esos años prácticamente todo el espectro político.

Pero ese predominio neoliberal comenzó a resquebrajarse por su ineptitud para resolver los problemas más elementales de las grandes mayorías, lo cual se manifestó inequívocamente en Venezuela con el 'Caracazo', y años después con la elección de Hugo Chávez –1998–; a la que siguieron las derrotas electorales de aquellos que habían sido los promotores históricos del modelo neoliberal en América Latina –Pinochet, Cardoso, Menem, Fujimori. De esa manera nuestro Subcontinente pareció encaminarse decididamente hacia posiciones independentistas.

III. El Nuevo Constitucionalismo Sudamericano

En términos generales, en la doctrina jus-publicista tradicional recibe el nombre de *constitucionalismo* el producto teórico-practico del énfasis que pusieron los jurístas en el papel central de la constitución dentro del sistema estatal, el cual produjo, entre otras consecuencias: la postulación de una supremacía de la constitución sobre las otras fuentes normativas, y el sistema judicial de garantía de la constitucionalidad de los actos públicos, mediante mecanismos de control que se entregan a la iniciativa de los particulares o de ciertos órganos del Estado.

Pero el paradigma de ese constitucionalismo formalista, ejercido desde arriba, quedó rápidamente agotado en Latinoamérica por la cooptación o la neutralización de los órganos competentes por parte de los poderes fácticos que operan dentro y por encima de los Estados.

Frente al estado de las cosas antes referido, que durante un largo período ha llevado a algunos de nuestros países por la calle de la amargura, con un durísimo castigo sobre los grupos más vulnerables e incluso sobre las capas medias de la población, las respuestas populares fueron muy variadas, pero siempre masivas y mayoritariamente antiimperialistas; lo cual encontró eco en muchos gobernantes e hizo posible, entre otras cosas, que la América del Sur pensara en la posibilidad de unir sus fuerzas (Mercosur) y diera un rotundo carpetazo al ALCA propuesta por Bush en la Cumbre de las Américas que se celebró en Buenos Aires en 2005.

Pero además, esa misma respuesta popular produjo los triunfos electorales de Chávez (1998), Lula (2002), Kirchner (2003), Tabaré Vázquez (2004) y Daniel Ortega (2006), que conformaron un panorama notoriamente distinto al que los neoliberales esperaban.

Por su parte, el nítido y abrumador triunfo electoral que se anotaron Evo Morales (2005) y Rafael Correa (2006), junto con el lanzamiento por parte de Venezuela de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (Alba), el Banco del Sur, el gasoducto continental, Petrocaribe y su adhesión al Mercosur, conjuntamente con Bolivia, fortalecieron la tendencia a la integración regional ya mencionada, al diseño de políticas de amplia participación social y a la ruptura con el neoliberalismo. En tal sentido, las ulteriores elecciones del paraguayo Fernando Lugo (2008) y del salvadoreño Mauricio Funes (2009) a la Presidencia de la República en sus respectivos países, ampliaron el número de los regímenes progresistas del Continente; y terminaron de animar al Presidente Zelaya de Honduras, para que abandonara su postura inicial conservadora y dócil frente a Estados Unidos, y diera los primeros pasos hacia el favorecimiento de los intereses de su pueblo, la integración con los mencionados grupos sudamericanos y la toma de distancia con respecto al imperio**.**

En lo que atañe a los aspectos constitucionales, yendo más lejos de una postura independiente y antiimperialista como la asumida por Brasil, Argentina y Uruguay, los gobernantes de Venezuela, Bolivia y Ecuador han conseguido promulgar sendas Constituciones votadas masivamente por sus pueblos; y que además expresan sus más caros anhelos de soberanía, democracia y

justicia social. Es el nuevo **constitucionalismo**: el nuevo paradigma constitucional de matriz sudamericana, orientado más o menos explícitamente hacia la consigna ***'Sumak Kawsay'*** (en quechua: buen vivir); con un modelo de Estado en que se enfatiza la centralidad y el poder del pueblo soberano en la Constitución; que no se queda en declaraciones retóricas, como las constituciones liberales tradicionales, sino modificando efectivamente la organización de los poderes públicos, creando las instituciones mediante las cuales el pueblo gobierna, legisla, administra la justicia,etc.

En el artículo 1º de las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela se nos ofrece un esbozo del modelo de Estado diseñado por los constituyentes de dichos países:

Artículo 1.
Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 1.
El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.
La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa que autoriza esta Constitución.

Artículo 1.
Venezuela se declara República Bolivariana, irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.
Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Para ilustrar la normativa relacionada con el derecho fundamental de los pueblos a la *participación* en el ejercicio soberano del poder, tomaremos como ejemplo la Constitución de Venezuela:

Los artículos 5 y 62 preconizan la participación popular directa en el ejercicio del poder; el artículo 70 establece el referéndum, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa o constitucional, el cabildo abierto, etc.; el artículo 184 la participación de las comunidades en el poder local; el artículo 255: la participación ciudadana en la selección de los jueces; el artículo 258: la elección popular de los jueces de paz; el 264: la elección popular de los magistrados del Tribunal Supremo; el 265: su remoción por la Asamblea Nacional, por 2/3 de sus votos; el 273 instaura el Poder Ciudadano como atribución de un Consejo Moral Republicano, integrado por el contralor, el fiscal general y el defensor del Pueblo; el artículo 350, que consagra el derecho del pueblo a la rebelión; etc.

Se trata, en suma de un constitucionalismo con un modelo de Estado dentro del cual se privilegia la dignidad del pueblo, su derecho a una vida mejor, y se institucionaliza su participación en diferentes formas; se instaura un proceso electoral auténticamente democrático; se propicia el rescate, la intangibilidad y una administración transparente del patrimonio nacional, la tutela efectiva de los derechos humanos y la justa repartición de la riqueza entre los miembros de la comunidad. Un constitucionalismo del cual se ha apropiado el pueblo mismo y vive en la mente y en el corazón de las mayorías; de modo que no sería nada fácil suplantarlo o destruirlo.

IV. La Situación Singular de Centroamérica

Las naciones centroamericanas han caminado un derrotero distinto. Desde la independencia de los Estados que lo forman, el Istmo Centroamericano presentaba dos graves inconvenientes en orden a lograr una verdadera autonomía para dichos Estados:

Por su tamaño y escasa población, los países centroamericanos no constituyeron, ni siquiera unidos, una potencia militar disuasoria para los imperios, nuevos o tradicionales; cuánto menos lo sería cada uno de los Estados partes;

Por su conformación, Centroamérica es ***canalizable*** en varios puntos de su geografía; lo cual fue captado tempranamente por las estratégicas miradas imperiales de distinto signo; y

Por su ubicación en el Continente, está "muy lejos de Dios...y demasiado cerca de los Estados Unidos".

En resumen: una lección de Geopolítica.

Ya desde antes de su independencia Centroamérica presentaba otras serias dificultades para su desarrollo según los cánones occidentales: una sociedad acentuadamente estratificada, con una oligarquía monopolizadora de la riqueza; unas capas medias reducidas y débiles y un fuerte componente indìgena discriminado y marginad; una economía atrasada, basada en el monocultivo de exportación; y unas fuerzas armadas aptas únicamente para el mantenimiento de ese estado de cosas frente a los ciudadanos.

De ahí los resultados, exquisitamente geopolíticos: en 1856, en lo que aparentaba ser una aventura personal (William Walker) los EEUU ensayan la posiblidad de anexionarse Centroamérica para extender las plantaciones del sistema esclavista del Sur. Repito, se la hizo pasar como una aventura aislada; pero el gobierno yanki la apoyó subrepticiamente. Y la prueba más evidente de que dicha 'aventura' iba en la línea de sus intereses es que, en 1898 lo hizo de nuevo, ya oficialmente y con éxito, al arrebatarle Cuba, Puerto Rico y las Filipinas al moribundo Imperio Español; y que en 1905 invadió República Dominicana; en 1909 invadió Honduras; en 1910 invadió Haiti; y en 1912 invadió Nicaragua, extendiendo su ocupación directa del país hasta 1934, la cual prolongaría, por interposición del títere Anastasio Somoza y sus hijos, hasta 1979.

A continuación exponemos dos casos distantes en el tiempo, significativamente parecidos en sus fines, pero mostrando diferencias radicales en cuanto a los medios empleados.

V. El Caso de Guatemala (1954)

Entre las de América Central, la población de Guatemala es la que ha mantenido, y ostenta aún, las más acentuadas diferencias de clase y la mayor brecha económica: plausibles razones para explicarnos por qué razón, de un período de noventa y tres años de la historia de dicho País (de 1851 a 1944), sesenta corresponden a las cuatro dictaduras de Rafael Carrera, Justo Rufino Barrios, Manuel Estrada Cabrera y Jorge Ubico; y por qué en los treinta y tres años restantes de dicho período, unos pocos presidentes legalmente elegidos aparecen entreverados con abundantes golpes,

pronunciamientos e intervenciones militares. Y también explica por qué entre 1954 y 1982 el poder político rebotó una y otra vez en las manos de siete juntas militares.

En 1901, bajo los auspicios de la Embajada de los Estados Unidos y del tirano Estrada Cabrera, se establece en Guatemala la United Fruit Company. Empresa que en las décadas siguientes estaría llamada a ejercer una influencia agobiadora en varios países centro y sudamericanos y del Caribe; y que en el caso de Guatemala, se va acentuando a medida que transcurren las primeras cuatro décadas del Siglo XX, al punto de que al terminarse la 'Era de Ubico' (1931-44) la United Fruit había logrado acaparar, ella sola, el 42% de la tierra cultivable.

En medio de esa rutina de brutalidad, degradación y corrupción que amaga la historia de Guatemala, la presencia de Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz en el gobierno, abre un paréntesis luminoso que dura menos de diez años, pero está lleno de enseñanzas:

Jacobo Arbenz fue un militar de carrera con una brillante hoja de servicios: a la edad de treinta años presidió la Junta Militar que en 1944, tras la caída del dictador Jorge Ubico; hizo aprobar la nueva Constitución de Guatemala; celebró elecciones libres y democráticas y entregó el poder al Presidente escogido por el pueblo, doctor Juan José Arévalo.

> *I. En los seis de su gobierno (1945-51) y al abrigo de aquella pausa que precedió a la Guerra Fría, Arévalo promulgó el Código de Trabajo, fundó la Seguridad Social, introdujo la educación en el campo, mediante una vigorosa campaña de alfabetización, proclamó la autonomía universitaria, implantó el voto femenino.*
> *Esa obra alfabetizadora, civilizadora y dignificadora fue continuada y profundizada por Arbenz, electo Presidente en 1950, con el 62% de los votos.*
> *Ya en plena Guerra Fría y en lo más crudo de la cruzada 'maccartista', (entre 1951 y 1954). Arbenz construyó además la central eléctrica de Escuintla, la autovía al Atlántico (para comunicar ambas costas con carreteras nacionales) y el puerto de Matías de Gálvez, en Isabal. Pero la obra principal del gobierno de Arbenz, la base principal de su proyecto revolucionario fue su reforma agraria, dirigida a expropiar los latifundios para abrir oportunidades al campesinado pobre.*

Ahora bien, resulta que la nueva carretera perjudicaba al ferrocarril propiedad de la United Frut; el nuevo puerto perjudicaba el monopolio portuario de la United Fruit en el Atlántico; y la reforma agraria afectaba 600 kilómetros cuadrados de latifundios de la United Fruit, que serían entregados a miles de campesinos. Ergo: Arbenz era comunista.

En pleno reinado del 'macartismo', el Departamento de Estado y la CIA iniciaron una poderosa ofensiva militar y diplomática dirigida a aislar, desprestigiar y aplastar al gobierno de Arbenz; e implantar otro que respondiera a los ideales de entreguismo, venalidad y sometimiento propios de las naciones soberanas y democráticas de América Latina. Para ello contaron con la ayuda de los héroes y próceres de la Región: Anastasio Somoza de Nicaragua, Rafael Leonidas Trujillo de República Dominicana, Marcos Pérez Jiménez de Venezuela; y reclutaron como jefe del complot al oscuro ex-militar guatemalteco Carlos Castillo Armas, autor de un golpe fallido contra el gobierno de Arévalo y con vínculos en el ejército usano, quien a la sazón vivía olvidado en Tegucigalpa.

El ataque al gobierno legítimo de Guatemala, que el presidente Eisenhower y su vicepresidente Nixon no se molestaban en ocultar, fue preparado cuidadosamente con dos años de antelación, y en él participaron los mejores expertos en organización y tácticas militares, espionaje, desestabilización y sedición de la CIA y el Ejército de los Estados Unidos. Los bellacos John Foster Dulles (Secretario de Estado), Allan Dulles (Director de la CIA) y Henry Cabot Lodge (Embajador ante la ONU), -accionistas, los tres, de la United Fruit Company- flanqueados por un grupo de congresistas, senadores y funcionarios; y con el apoyo de la gran prensa norteamericana, desataron una prolongada y furibunda campaña para convencer al mundo entero de que el gobierno de Arbenz se había entregado a la Unión Soviética; que estaba en marcha un plan para la toma de América Latina por el comunismo; y que en los puertos de Guatemala se preparaban los submarinos soviéticos que tomarían el Canal de Panamá.

La United Fruit Company y muchos latifundistas y empresarios guatemaltecos juntaron una ingente millonada de dólares para financiar la operación. El embajador norteamericano John Peurifoy coordinó la operación 'in situ', viajando constantemente de Guatemala a Tegucigalpa, Managua, Caracas y Santo Domingo. Pagado a precio de oro se contrató un cuerpo de oficiales y se reclutó y se concentró en Tegucigalpa una soldadesca pergueñada entre desertores, exiliados y aventureros de todos los rincones

de América, al mando de Castillo Armas pero bajo la supervisión de oficiales norteamericanos. Los Estados Unidos proporcionaron los pilotos y los aviones de guerra más modernos, repintados para medio disimular su origen y pertenencia.

¡La fecha de la invasión fue anunciada! El 18 de junio de 1954, fuertemente armados y respaldados por una poderosa campaña de alarmantes informes y falsos partes de guerra que llovían desde los aviones sobre suelo guatemalteco, los cuatrocientos mercenarios de Castillo Armas penetraron por las fronteras de Honduras y El Salvador ...y fueron fácilmente derrotados por el Ejército nacional; pero los diarios bombardeos de la aviación yanqui sobre la capital y los puertos y sobre algunos objetivos militares; las noticias de la inminente intervención de los 'marines' norteamericanos; la complicidad de la OEA y la impotencia de la ONU; y finalmente algunos signos de desaliento y conatos de deserción de parte del Ejército, hicieron que el 27 del mismo mes el presidente Jacobo Arbenz abandonara su cargo y se exiliara en México.

¿Después? Una guerra de más de treinta años sostenida por un pueblo guatemalteco que no quería olvidar su efímera vivencia democrática, contra un ejército y unos escuadrones de la muerte asesorados y fuertemente financiados por la CIA y el ejército de los Estados Unidos. Durante ese largo período se produce el exterminio selectivo de la intelectualidad progresista y de los cuadros sindicales de Guatemala, un sistemático genocidio de la población indígena; y una gradual militarización de las instituciones: el Ejército está detrás de todo gobierno, y nada en el plano institucional puede hacerse sin su concurso.

VI. Honduras: el Golpe de Estado

El golpe de Estado propinado en Honduras al Presidente José Manuel Zelaya, y las operaciones que lo siguieron hasta la suplantación definitiva de aquél por un presidente 'elegido con el libre sufragio de los ciudadanos hondureños', constituye una de las más repugnantes prácticas de adulteración constitucional de los últimos años, realizada bajo la apariencia de un proceso jurídicamente irreprochable. Puede resumirse en pocas palabras: la diplomacia imperial, los poderes constituidos y las fuerzas armadas de Honduras, al servicio de los intereses de las transnacionales y de la oligarquía criolla, defenestraron al presidente elegido por el pueblo hondureño, lo sustituyeron por otro sometido a aquellos intereses; borraron los efectos de las políticas

adoptadas por el primero; restauraron la hegemonía oligárquica tradicional; y vanificaron las consecuencias de la condena internacional del golpe pronunciada con prácticamente la unanimidad de la comunidad internacional representada en sus más altos foros. Operación llevada a cabo reprimiendo y silenciando la fuerte y persistente protesta social que el golpe provocó, así como las aspiraciones constituyentes de un amplio sector del pueblo hondureño, con un elevadísimo costo en vidas humanas. Estamos ante un manejo de deconstrucción cívico-constitucional, dentro de un ciclo que, habiendo iniciado en la *dependencia*, se movió hacia la *independencia y la interdependencia*, para regresar otra vez a la *dependencia.*

I. Síntesis Histórica

Honduras ha sido hasta la fecha el país más pobre de Centroamérica, a pesar de haber gozado por épocas de multimillonarios aportes de fondos en ayuda internacional, especialmente de los Estados Unidos.

Esto parece deberse, según los entendidos, a la existencia de una oligarquía explotadora, fuertemente unificada en la defensa de sus intereses (aunque alineada en dos partidos políticos mayoritarios aparentemente antagónicos: Nacional y Liberal), que por virtud de complejísimos procesos sociohistóricos propios de las comunidades mesoamericanas, no tuvo que enfrentarse a un proletariado organizado o/y a una vigorosa clase media.

Entonces no podemos extrañarnos de que entre 1911 y 1925, los golpes de Estado impidieron que siete presidentes lograran completar su período. Y de que de 1933 a 1949 gobernara al servicio de la United Fruit el dictador General Tiburcio Carías Andino, quien se fue del gobierno dejando instalado a su pupilo Juan Manuel Gálvez hasta 1954. Y que de nuevo entre 1956 y 1980 se produjeran otros tres golpes de Estado contra sendos presidentes elegidos democráticamente, de modo que en ese lapso de 24 años, los militares gobernaron de facto 15 años y los civiles 9 años.

Hay que apuntar que en los años setentas del Siglo XX la economía hondureña empieza a depender menos de la exportación agrícola (banano, café y otros) y más de las maquilas, que se instalan masivamente en ese país atraídas por los bajos salarios; y de las remesas de los hondureños que trabajan en Estados Unidos, las cuales, en 2004, alcanzaron el 15.1% del Producto Interno Bruto..

En 1981, cuando Ronald Reagan asume la presidencia de Estados Unidos, Honduras tenía 19 años de vivir bajo régimen militar presidido en la última etapa por el general Policarpo Paz García; y debido a las presiones de Jimmy Carter (1977-1981), la Junta Militar de Policarpo estaba por aprobar una nueva constitución, y por celebrar elecciones presidenciales. Fue en ese momento que Reagan decidió tomar a Honduras como base para encender la guerra contra la Nicaragua sandinista, así como ayudar a los gobiernos de El Salvador y Guatemala a combatir la guerrilla. Para lo cual dispone que Honduras se convierta en una potencia militar: el centro desde donde dirigir y ejecutar la operación proyectada; y nombra como su embajador al siniestro John Dimitri Negroponte.

Éste empieza por acelerar la promulgación de la nueva Constitución y las elecciones presidenciales, a fin de que Policarpo y sus gorilas desaparezcan de la escena, sustituidos por una figura civil a quien hacer figurar como el restaurador de la democracia hondureña; y éste va a ser Roberto Suazo Córdoba, un médico del Partido Liberal que había sido diputado muchos años antes.

En consecuencia:

> *Promulgada la Constitución de 1982, y electo Presidente el Doctor Suazo Córdoba, Honduras está lista para aparecer como un régimen democrático aliado con los Estados Unidos en su lucha contra el comunismo sandinista y guerrillero.*
> *Entonces Negroponte coordina con el general Gustavo Alvarez Martínez, nuevo hombre fuerte de Honduras, la preparación del poderoso operativo militar planeado por la CIA; y en primer lugar el reclutamiento, entrenamiento, equipamiento y mantenimiento de la 'Contra' que va a sangrar a la vecina Nicaragua durante los 5 años siguientes.*
> *Bajo la supervisión de la CIA y de expertos militares argentinos Negroponte y los generales Alvarez Martínez y López Reyes crean el aciago Batallón 316 de Inteligencia Militar, encargado de apresar, torturar y aniquilar a todo partidario o simpatizante de los movimientos de izquierda en Honduras. Los miembros de ese batallón, entre los que figuraba Billy Joya Améndola (que ahora es ministro de Micheletti) fueron entrenados en la Escuela de las Américas y por la inteligencia militar argentina, autora de mas de 30.000 desapariciones de personas en su país.*

Entre 1981 y 1986, Negroponte consigue de Reagan una gigantesca ayuda militar para Honduras; la apertura de varias importantes bases en su territorio (incluyendo la de Palmerola); y también fuertes donaciones de la AID y de la banca internacional a favor de los gobiernos de Roberto Suazo Córdoba y José Azcona Hoyo (1986-1990).

Aunque se supone que el peligro de la subversión comunista en Centroamérica desapareció con la Paz de Esquipulas; y se extinguió para siempre con el colapso de la Unión Soviética y de los otros Estados socialistas europeos, las bases militares usanas quedaron en Honduras hasta la fecha, desempeñando un turbio cuanto ominoso papel tutelar sobre el Gobierno y las Fuerzas Armadas, que se ha hecho sentir palpablemente en los últimos acontecimientos.

La Constitución de 1982 oculta, bajo una vistosa pantalla retórica de derechos humanos, un designio muy claro de debilitar las instituciones civiles en beneficio de las fuerzas armadas, que de esa manera consolidan su posición (de hecho ya ocupada) como un poder por encima de aquellas instituciones; un poder que, a su vez, es mantenido bajo el control ***longa manus*** del Departamento de Estado y la CIA, por intermedio de su Embajada y sus bases militares.

Así pues, desde esas fechas los Estados Unidos estableció un centro de operaciones que les sirve para gravitar ominosamente sobre Centroamérica y El Caribe. Este es un elemento de gran peso para la correcta interpretación de lo que ocurre en nuestra zona, y más aún de lo que ocurre en la propia Honduras, donde las bases norteamericanas son parte de una simbiosis que aumenta extraordinariamente el peso de las fuerzas armadas hondureñas en el equilibrio de poderes del Estado.

Los gobiernos que siguieron entre 1990 y 2006 (Callejas, Reina, Flores Facussé y Maduro) acentuaron la distancia entre una débil economía de subsistencia en el interior del país, para una población con el 80% de pobres, con el 30% de desempleo, y con una tasa de analfabetismo del 40%; y por otro lado una economía muy dinámica hacia el exterior, dominada por empresas extranjeras de agroexportación, banca y finanzas, minería y maquila. En este período Honduras experimentó un notable crecimiento económico (entendido como 'aumento de la acumulación de ganancias'), pero sin que el mismo se reflejara significativamente en las

clases medias y bajas. No se produjo nunca el anunciado 'goteo' pregonado por los neoliberales.

II. El Gobierno de Zelaya

El pensamiento de Zelaya no era de izquierda: él es un terrateniente y fue electo como candidato del Partido Liberal, de tendencia centro-derecha. Pero cuando inició su gobierno en 2006, Zelaya se encontró con el aflictivo cuadro de la pobreza, el analfabetismo, el desempleo y los demás índices que hacen de Honduras el segundo país más pobre de América; con el agravante de que los altos precios del petróleo de aquel momento conducían inexorablemente a una situación aún más difícil para los sectores más empobrecidos.

Ante ese panorama, el Presidente Zelaya (algo insólito en nuestro medio) adoptó las siguientes medidas de orden económico y financiero:

1. Se unió al ALBA e ingresó al régimen de PETROCARIBE, que le permitió comprar el petróleo con un descuento del 40% de su valor de mercado, y poner los combustibles al alcance de los sectores de menos recursos.
2. Redujo en una tercera parte la tasa de interés de los préstamos para vivienda, con lo que estimuló la construcción, creando empleo y dinamismo en el sector.
3. Aumentó hasta en un 60% el salario mínimo de los trabajadores, lo cual significó una importante transferencia de recursos a costa de los ricos y a favor de los pobres.
4. Anunció la construcción de un aeropuerto comercial en la base militar de Soto Cano (Palmerota), con lo que se proponía acabar con la situación claramente inconstitucional en que la misma se hallaba.

Todo lo anterior desató en su contra una durísima agresión mediática de parte de la gran prensa escrita, radial y televisada al servicio de la oligarquía; agresión que fue subiendo de tono hasta el golpe de Estado de junio de este año.

III. La Cuarta Urna

Por último, a partir de marzo de 2009, Zelaya hizo emitir una serie de decretos ejecutivos para que el Instituto Nacional de Estadística pusiera en

marcha una encuesta dirigida a consultar al pueblo su parecer acerca de colocar o no una cuarta urna en los recintos electorales para los comicios de noviembre del año en curso, en los siguientes términos:

> *"¿Esta de usted de acuerdo que en las elecciones generales de noviembre de 2009 se instale una cuarta urna para decidir sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que emita una nueva Constitución de la República?".*

Esa era la pregunta a la que el ciudadano tenía que responder 'SÍ' o 'NO'; y de esa respuesta podían salir los más diversos resultados:

1. Si el pueblo decía 'NO', la 'cuarta urna' quedaba desechada; y ya no se produciría la segunda consulta para la convocatoria de una asamblea constituyente.
2. Si el pueblo decía 'SÍ', eso sólo sería un respaldo moral al proyecto de la 4ª urna: no sería un mandato legal para su colocaciòn en el recinto electoral, porque la encuesta no iba a ser jurídicamente vinculante para el Tribunal Supremo Electoral, y éste podía hacer caso omiso de ella.
3. Sin embargo, si el Tribunal Electoral se considerara moralmente obligado por la encuesta popular, y decidíera por su cuenta poner la 4ª urna, todavía quedaba por saber el resultado de la votación. Porque bien podía ocurrir que el pueblo hondureño, en las elecciones de noviembre, votara mayoritariamente para que 'NO' se convocara una asamblea constituyente, en cuyo caso el asunto terminaría allí.
4. Si el resultado de esa votación fuera 'SÍ' a la constituyente, entonces se iniciaria el correspondiente proceso para la elección de los diputados constituyentes, con listas de candidatos, campañas, etc.; luego vendría la votación, cuyos resultados determinarìan la composición de la asamblea constituyente.
5. Pero bien pudiera ocurrir que dicha asamblea, mayoritariamente, al redactar la nueva Constitución rechazara cualquier intento de introducir la reelección presidencial.

¿Cómo inferir de ese cuadro fáctico que la Cuarta Urna conducía a la inmediata reelección de Zelaya a la Presidencia de la República?

IV. La Cuestión Constitucional

Después de haber tomado aquellas medidas, desoyendo reclamos, amenazas e insultos, la situación del Presidente Zelaya en el seno del Estado, de su Partido Liberal, de los medios de comunicación, de las cúpulas militar y eclesiástica, y de las propias élites hondureños a las que había pertenecido, era no sólo de total aislamiento, sino de franca hostilidad. Se volvieron en su contra todos los diputados del Congreso Nacional (liberales incluídos), salvo los cinco de un partido de izquierda llamado Partido de Unificación Democrática; se volvieron en su contra la Corte Suprema de Justicia en pleno y muchos otros jueces, y el Tribunal Supremo Electoral; lo abandonaron algunos de sus colaboradores en el Poder Ejecutivo; la cúpula militar lo desafió y lo amenazó.

Entonces comenzó la batalla judicial de un presidente contra una oligarquía parapetada en las instituciones supremas del Estado, en las fuerzas armadas y en los principales medios de comunicación, y contra los intereses imperiales: batalla incruenta en sus inicios, que se decidió en contra de Zelaya, gracias a una operaciòn de alta cirugía constitucional:

1) En efecto, frente a los sucesivos decretos emitidos entre marzo y junio de este año, por el gobierno de Zelaya para realizar su encuesta, los empresarios, la Corte, el Ministerio Público, el Congreso, los medios de comunicación, parte de la jerarquía de la Iglesia Católica, los partidos tradicionales, las organizaciones empresariales, etc. se unieron en el propósito de combatir la iniciativa en todos los terrenos y con todas las armas del arsenal jurídico, mediático y militar a su disposición..

2) Esa oposición perseguía en última instancia el derrocamiento "legal" de Zelaya como Presidente, a través de un proyecto coordinado que se materializó primero en el plano judicial, en la demanda que el 18 de mayo interpuso el Ministerio Público ante un Juzgado Contencioso-administrativo, pidiendo la nulidad del decreto y la suspensión inmediata de sus efectos.

Y el 27 del mismo mes el Juzgado ordenó suspender el decreto, utilizando para ello el argumento de que en Honduras es inconstitucional e ilegal pretender una consulta sobre una asamblea constituyente; y que la implementación de semejante consulta: *"...redundaría en daños de carácter económico,*

político y social que serían de imposible reparación para el Estado de Honduras…"

Examinemos esa primera decisión a la luz de las disposiciones pertinentes de la Constitución Hondureña, las cuales, en mi criterio, son las que transcribo a continuación:

> *Articulo 1.*
> *Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.*
>
> *Articulo 2.*
> *La soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado que se ejercen por representación.*
> *La suplantación de la soberanía popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de traición a la patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano.*
>
> *Articulo 373.*
> *La reforma de esta Constitución podrá decretarse por el Congreso Nacional, en sesiones ordinarias, con dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros. El decreto señalará al efecto el artículo o artículos que hayan de reformarse, debiendo ratificarse por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigencia.*
>
> *Articulo 374.*
> *No podrán reformarse, en ningún caso, el artículo anterior, el presente artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al período presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser Presidentes de la República por el período subsiguiente.*

Como podemos apreciar, el artículo 374 contiene la prohibición de reformar una serie de artículos de la propia Constitución, lo cual es insostenible porque contradice un principio constitucional de mayor rango, que es la base de todo el sistema jurídico del Estado: el principio de la soberanía popular contenido en el artículo 2 ibídem.

De hecho, puede suceder que un texto constitucional albergue en su seno disposiciones contradictorias; y entonces corresponde al intérprete determinar cuál de las normas prevalece sobre la otra, atendiendo a su mayor importancia desde el punto de vista de los fundamentos lógicos y axiológicos del entero sistema.

En lo que se refiere al caso de Honduras, el artículo 2 de la Constitución dispone que el pueblo hondureño es el titular del poder soberano en el Estado, y que ese poder del pueblo es la fuente de todo otro poder; de donde se sigue que las potestades del Congreso Nacional en función constituyente (artículo 373 ibídem), y las de cualquier otra asamblea constituyente, deben caracterizarse como potestades subordinadas a la soberanía popular. Y entonces ¿podría una asamblea constituyente o el Congreso Nacional en función constituyente limitar o subordinar el poder soberano del pueblo? ¿Cómo podría subsistir dentro de la Constitución una regla como el artículo 374, que pretende impedir que el pueblo hondureño modifique ciertas disposiciones, o que pretende incluso impedir que el pueblo hondureño disponga la promulgación de otra Carta completamente nueva?

Cierto que la mayoría del pueblo no puede derogar los derechos fundamentales; pero también lo es que la atribución del carácter 'pétreo' a una o varias normas constitucionales puede encubrir una forma de vanificar la potestad originaria, constituyente, de la comunidad popular. En el fondo obedece a un razonamiento elitista, que coloca a las personas de los representantes populares por encima de su representado, que es el verdadero soberano; cuyo poder de disposición quedaría así limitado por aquellas normas. Y entonces la disyuntiva es inevitable para el intérprete: o valida las supuestas normas pétreas, y entonces atenta contra el principio de la soberanía popular; o reafirma dicho principio, y entonces debe rechazar la validez de aquéllas. Este último era, para mí, el camino correcto en el caso hondureño.

En todo caso no era necesario llegar a ese punto, porque los reiterados decretos del presidente Zelaya ni siquiera tenían por objeto la elección popular de una asamblea constituyente, ni la reforma de la Constitución. Lo único que el Presidente quería que se preguntara en la encuesta del último domingo de

junio, era si el pueblo hondureño estaba mayoritariamente de acuerdo con la idea de que, en las elecciones generales de noviembre, hubiera una urna adicional (una cuarta urna) para que allí, en dicha oportunidad, se votara a favor o en contra de la convocatoria a una asamblea constituyente.

¿Con qué argumentos sostener que el contenido de la indicada encuesta entrañaba una violación constitucional? Ordenar la realización de encuestas de toda índole es parte de las amplias y múltiples atribuciones del Poder Ejecutivo y del Presidente de la República, en los sistemas presidencialistas, ya sea que estén expresamente contempladas en la Constitución o la ley, o bien que formen parte de las facultades implícitas del órgano, que es lo más corriente.

Y en el caso de Honduras tenemos que el artículo 245 constitucional confiere al Presidente *"LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO"* y nadie podría discutir seriamente que la facultad de ordenar encuestas es uno de los muchos aspectos que componen la actividad administrativa general del Estado; y la prueba de ello es que existe el Instituto Nacional de Estadística (INE).

Pero además tenemos que el inciso 2) del citado artículo 245 consagra entre las atribuciones del Presidente, la de *"DIRIGIR LA POLÍTICA GENERAL DEL ESTADO"* ; y cualquiera puede entender que para realizar algo tan amplio y complicado como es dirigir la política general del Estado, hay que contar, entre las muchas e implícitas facultades instrumentales que se requieren, la de disponer la realización de encuestas de opinión que permitan tomarle la temperatura a la comunidad popular para saber qué decisiones tomar en tal o cual materia.

Pero además ¿Cómo sostener, como lo hizo el juez de lo contencioso-administrativo, que el hecho de que el pueblo opine si quiere o no que el día de las elecciones se coloque una cuarta urna en los recintos electorales "*…REDUNDARÍA EN DAÑOS DE CARÁCTER ECONÓMICO, POLÍTICO Y SOCIAL QUE SERÍAN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN PARA EL ESTADO DE HONDURAS…"?* ¿Podría alguien explicar en qué forma, de qué modo la simple respuesta popular no vinculante a una encuesta de opinión podría producir daños económicos, políticos y sociales de imposible reparación?

Pues bien, contra lo resuelto en lo contencioso-administrativo, Zelaya puso un amparo ante la Corte Suprema de Justicia, pero ésta lo rechazó, avalando el criterio del Juzgado.

Para destruir al adversario, tergiversemos sus argumentos. La tàctica seguida por la oligarquía hondureña contra su Presidente, tanto desde los tribunales de justicia, como desde el Congreso, o desde los medios de comunicación, se fundó en la repetida tergiversación de lo que Zelaya pretendía.

Para lo que los golpistas querían conseguir, que era demostrar que Zelaya había violado la Constitución y cometido delito, el mero propósito de realizar una encuesta popular sobre la cuarta urna tenía que aparecer siendo la misma cosa que una tentativa de reformar la Constitución, y tenía que aparecer siendo la misma cosa que un intento de reelegirse y perpetuarse en el poder.

Al frustrar los esfuerzos de Zelaya para activar la 4ª urna, lo que en el fondo persigue la oligarquía es impedir que el pueblo soberano sea puesto en posición de decidir si quiere o no una nueva Constitución. Al golpear a Zelaya lo que hacen es impedir la expresión de la voluntad del pueblo. Es un acto contra la soberanía popular; *y eso sí es un delito, a tenor de lo que dispone la Constitución hondureña.*

Según el art. 5 de la Constitución, el pueblo ejerce directamente el poder soberano mediante el referendum y el plebiscito; y el Presidente está facultado para iniciar dichos procedimientos. Pero Zelaya sólo proponía hacer algo mucho más modesto para el 28 de junio: una simple encuesta de opinión, a cargo del Instituto Nacional de Estadística, sobre la 4ª urna: una encuesta meramente indicativa, no vinculante. Pero aún eso los oligarcas lo veían como peligroso: los hondureños de a pie iban a ser consultados, iban a ponerse a pensar, se iban a organizar; es decir, en la mente de la oligarquía, iban a empezar a ponerse 'subversivos'.

Ante esa perspectiva se empieza a delinear la imagen de una oligarquía aterrorizada ante la eclosión inminente de la democracia participativa. A toda costa es preciso defenestrar a Zelaya, y entonces cada una de las instituciones confabuladas: la Corte Suprema y otros tribunales, el Tribunal Supremo Electoral, el Congreso Nacional, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República, las Fuerzas Armadas, se dispone a colocar su granito de arena en la gran prevaricación.

IV. La Destitución del General Vásquez Velásquez

3) El decreto ejecutivo del gobierno de Zelaya disponía que las fuerzas armadas supervisaran la encuesta a realizar, pero cuando el general Romeo

Vásquez, Jefe del Estado Mayor, se negò a obedecer el decreto, Zelaya lo destituyó.

Y bien podía hacerlo, de acuerdo con la Constitución. Veamos:

a) el Presidente de la República es el Comandante General de las FFAA, con mando directo sobre ellas (artículos 245, inciso 16, y 277);

b) sus órdenes deben ser acatadas de acuerdo con la Constitución, la ley, la disciplina y el profesionalismo militar (artículo 278);

c) es potestad del Presidente nombrar y remover libremente al Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas (artículo 280).

Sin embargo el General Vásquez planteo un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte; y de nuevo la Corte, saltando por encima de las disposiciones de la Constitución que acabamos de citar, ordenó suspender el despido del militar.

La relación entre el Presidente y el Jefe del Estado Mayor Conjunto, según la Constitución de Honduras, es una relación de confianza, semejante a la que preside la relación entre el Presidente y sus Secretarios de Estado (artículos 245, inciso 5, y 280). Este último artículo dice en forma literal que el Secretario de Defensa y el Jefe del Estado Mayor Conjunto serán nombrados o removidos "libremente"; y aunque la expresión no me parece del todo apropiada en lo que se refiere *al nombramiento* del alto cargo militar, porque acto seguido el texto de cita dice que éste "…será seleccionado por el Presidente de la República, entre los miembros que integran la Junta de Comandantes de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo que establece el Escalafón de Oficiales prescrito en la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas", lo cual significa que la libertad de elección del Presidente se limita a una escogencia entre los miembros de la Junta de Comandantes; en cambio, en lo que atañe a *la remoción,* ésta queda librada al albedrío del Presidente, al igual que la remoción de los Secretarios de Estado. En consecuencia, el despido del General Vásquez Velásquez por el Presidente Zelaya no es pasible de control a través de un recurso de amparo, al igual que a nadie se le ocurriría poner un amparo por el despido de un Secretario de Estado. Y de nuevo tenemos aquí a una Corte Suprema que ya no está actuando imparcialmente con apego a la Constitución y la ley, sino utilizando abusivamente sus potestades para conseguir una finalidad política, como partícipe de la conspiración golpista.

V. El Golpe de Estado

4) Siguiendo el plan trazado, el 25 de junio el Tribunal Supremo Electoral declaró ilegal la encuesta; y al día siguiente, 26 de junio, el Fiscal General presentadó a la Corte un requerimiento de instrucción criminal contra Zelaya nada menos que *por los delitos de traición a la patria, quebranto de las formas, abuso de autoridad y usurpación de funciones,* pidiendo el allanamiento y la detención del imputado; a todo lo cual la Corte accedió de plano el mismo día, ordenando a las fuerzas armadas que detuvieran a Zelaya y lo pusieran a la orden del juez competente.

La situación jurídica que en este punto se da es la siguiente: originalmente el inciso 15 del artículo 205 C:H. autorizaba al Congreso a levantar la inmunidad al Presidente, para que fuera juzgado por la Corte; pero ese inciso fue suprimido en una reforma constitucional del año 2003, que también facultó a la Corte para conocer de los procesos contra altos funcionarios y diputados, sin el clásico 'antejuicio' del órgano legislativo (art. 313, inciso 2º).

Esto significa que, teóricamente, la Corte Suprema de Honduras, que no representa directamente la voluntad popular, puede iniciar causa penal contra cualquier funcionario, incluyendo al presidente de la república y a los propios diputados, sin la previa autorización del Congreso Nacional, que sí es un órgano representativo. Lo cual contradice un principio básico del sistema democrático consagrado en los artículos 1º, 2 y 4 de la Carta Constitucional: el principio de que los órganos elegidos directamente por el soberano son inmunes frente a todos los demás, y su inmunidad cesa únicamente por voluntad expresa del propio pueblo (referéndum revocatorio) o por decisión de una asamblea nacional representativa (en el caso de Honduras, el Congreso): es el llamado 'antejuicio' que, en caso afirmativo, culmina con una autorización a proceder judicialmente contra la persona implicada.

Tenemos aquí, pues otra contradicción interconstitucional de la Constitución hondureña que se resuelve lógicamente en la reafirmación de los citados artículos 1º, 2 y 4, y en la ilegitimidad del inciso 2º del artículo 313.

En todo caso, lo que ocurrió fue que por orden de la Corte Suprema, orden impartida dentro de la secuela de una causa penal iniciada por el Ministerio Público contra el Presidente Zelaya, las fuerzas armadas detuvieron a éste en la madrugada del domingo 28 de junio; *pero en vez de ponerlo a la orden de juez competente, como rezaba el oficio de la Corte, los militares se lo trajeron para CR.*

Y es interesante observar que la Corte Suprema, que repite día y noche que todo se hizo para salvaguardar la Constitución, y defiende constantemente la actuación de los militares como indispensable para salvaguardar el orden constitucional y la soberanía, *PASA DE PUNTILLAS FRENTE A ESTA GRAVÍSIMA TRANSGRESIÓN, que además vulnera el artículo 102 de la Constitución, el cual impide la expatriación de nacionales.*

5) Ese mismo domingo 28 de junio sesiona el Congreso desde mediodía: se conoce el informe de una comisión investigadora sobre los actos de Zelaya; después se lee una carta de renuncia de éste; y finalmente se emite un decreto separando a Zelaya de su cargo de Presidente y se nombra a Micheletti en su reemplazo.

I. ¿Podían las autoridades hondureñas invocar textos normativos que si bien fueron incluidos en la Constitución, contradicen palmariamente los principios básicos en que ésta encuentra su origen y fundamento?

Claro que no, los mecanismos de reforma parcial de la Constitución están en manos del Congreso sin el menor resguardo ni control; y el Congreso los ha usado casuísticamente, por así decir "con las manos sucias", atropellando los principios básicos de todo sistema realmente democrático.

Hemos visto aquí dos ejemplos de ello: el de las normas pétreas del artículo 234 y el del enjuiciamiento de los miembros representativos sin antejuicio, que consagra el inciso 2) del artículo 313. En ambos casos se pisotea el principio supremo de la soberanía popular y el de la precedencia democrática de los órganos del Estado.

II. ¿Podía la Corte Suprema ordenar, de plano, la detención del Presidente de la República?

Según el citado art. 313, inciso 2º constitucional, que resulta seriamente cuestionado, por la razones dichas, la Corte conocería de los procesos (incluso penales) planteados contra altos funcionarios y diputados; y de ahí se deduce que en los casos penales de flagrancia, podría decretar la prisión preventiva del Presidente, como la de cualquier otro funcionario o simple ciudadano que tuviera la condición de imputado, dentro de los presupuestos que para esa medida contemplan los códigos de la materia. Pero ¿se observaron dichos

presupuestos? Ni siquiera se oyó ni se intimó a Zelaya, ni se le nombró defensor, etc., etc.

La Corte, que debió ser ejemplo de serenidad, moderación y objetividad, espejo de la Justicia, dio el trato festinado que se reserva a un malechor en flagrancia, a un presidente de la República que lo único que pretendía era que su pueblo, en una encuesta no vinculante, dijera si quería o no la llamada 'Cuarta urna'.

III. ¿Puede el Congreso decretar la separación del cargo del Presidente?

No conozco, en la Constitución hondureña, ninguna norma que lo autorice. El Congreso destituyó a Zelaya invocando el inciso 20 del artículo 205, pero ahí sólo dice que el Congreso tiene la facultad de aprobar o improbar la conducta administrativa de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del TSE, la Contraloría General de la República, etc.: *¡LO QUE NO DICE POR NINGUNA PARTE ES QUE LOS PUEDE DESTITUIR!*

Y cualquier estudiante de Derecho Público sabe que existe una gran diferencia entre improbar la 'conducta administrativa' de un funcionario, y destituirlo de su cargo; porque la aprobación de un acto administrativo se concibe en la doctrina del Derecho público como una instancia de control posterior; y su consecuencia es otorgar eficacia jurídica al acto aprobado; mientras que, viceversa, la 'improbación' significa privar al acto de dicha eficacia, *...pero no destituir al funcionario que lo dictó.* Si así fuera, la actividad administrativa arriesgaría convertirse en una carniceria, porque en la vida diaria de los funcionarios de las administraciones públicas se producen frecuentes desaprobaciones o improbaciones de actos públicos provenientes muchas veces de órganos no jerárquicos.

En todo caso, conviene que todos lean directamente los considerandos redactados por el juez contencioso, la Corte Suprema y el Congreso Nacional de Honduras para sustentar sus resoluciones, los que en mi opinión son manifiestamente inconsistentes: da vergüenza ajena pensar que provienen de las más altas autoridades de un Estado moderno.

Pero lo más importante de todo ¿en qué quedan las garantías del debido proceso que están consagradas para todas las personas (incluído el Presidente) en los artículos 84, 89, 94 y concordantes de la Constitución de Honduras, y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)? Tanto el Ministerio Público como el Juzgado, la Corte Suprema

y el Congreso Nacional, que han insistido hasta la extenuación en que todo lo hicieron por respeto a los valores y las garantías de la Constitución y la Ley, en su vertiginosa festinación para librarse a toda costa de Zelaya, pasaron por encima nada menos que de las reglas del debido proceso, con la aprobación del Defensor de los Habitantes y la bendición cardenalicia de monseñor Rodríguez Madariaga. Y parte sin novedad!

IV. En suma ¿Fue un golpe de Estado?

Los golpistas y sus favorecedores sostienen que en Honduras no se produjo un golpe de Estado sino una 'sucesión presidencial', porque no se trató de la mera irrupción de una manada de gorilas rompiendo puertas y arrastrando al exilio al Presidente Zelaya, sino de un proceso legal que comenzó por la orden de detención ordenada por la Corte Suprema de Justicia y ejecutada por el ejército, brazo armado de la legalidad; seguida de un decreto del Congreso Nacional que, en uso de sus atribuciones constitucionales, dispuso la separación del cargo del Presidente, y procedió a su reposición por la persona para ello designada por la ley, esto es, el Presidente del propio Congreso.

Pero estos señores pasan por alto lo que líneas arriba hemos destacado: que la Corte no podía proceder a la detención del Presidente de la República sin observar las reglas del debido proceso; que el ejército no ejecutó una orden de arresto de Zelaya, sino que saltando sobre las propias órdenes de la Corte, lo sacó del País, incurriendo con ello en otra violación constitucional; y que para decretar la separación del cargo de presidente, el Congreso invocó una norma que no lo autorizaba ni remotamente a tomar esa medida. Todo lo cual es constitucionalmente ilegítimo.

De modo que no sirve a los golpistas la hoja de parra con la que han pretendido cubrir sus vergüenzas. Al final aparece, en toda su desnudez, el golpe de Estado.

VI. La Condena Internacional

Se trataba de sacar a Zelaya de cualquier manera, atropellando normas, festinando procedimientos, para eliminar la posibilidad de que Honduras se convirtiera en un Estado Social y Democrático de Derecho, gobernado por un pueblo consciente y participante.

Así lo entendió la comunidad internacional, representada por la OEA, la ONU, la UE, el Grupo de Río, etc. Creo que nunca hubo un repudio tan generalizado y contundente como el que han sufrido Micheletti y la oligarquía hondureña en esta ocasión.

En efecto, frente al burdo y grotesco sainete montado por los golpistas, la reacción de las Asambleas Generales de la OEA y la ONU, máximos exponentes de la Comunidad Internacional, ha sido:

a) descalificar el golpe de Estado perpetrado contra el Presidente de Honduras (invalidez del acto viciado),
b) Exigir la restitución de Zelaya en su cargo de Presidente Constitucional,
c) Eliminar todos los demás efectos jurídicos y prácticos del golpe de Estado,
d) Sentar la responsabilidad jurídica y política de todos los participantes en el golpe.

Pero es interesante observar que, ante tanto repudio internacional, tanta expulsión, tanto aislamiento como se ha decretado contra los golpistas, éstos se muestran seguros, arrogantes y hasta desafiantes. ¿A qué se atenían? ¿Quién los respaldaba?

VII. Hillary Clinton y Oscar Arias Oxigenan a los Golpistas.

Aquí nos preguntamos ¿Participó la Administración Obama del golpe de Honduras? ¿Conoció y aceptó, o acaso alentó y promovió el gravísimo delito? Los hechos hablan; y de ahí se explica en primer lugar la reticencia general de calificar como 'golpe de Estado' el derrocamiento de Zelaya.

Empezando con la Secretaria de Estado Hillary Clinton, quien en sus declaraciones del domingo 28 de junio ni habló de un "golpe" ni exigió la restitución del presidente depuesto; sino que hacía una eufemística referencia a "las dos partes" de un conflicto cuyo responsable sería el propio Zelaya.

Y siguiendo con los voceros del Departamento de Estado, que el 1º de julio dieron a luz, en un parto difícil, una descripción de lo ocurrido en Honduras definiéndolo como *"un esfuerzo coordinado entre los militares y algunos actores civiles..." para sustituir al titular de la Presidencia.* Entonces ahora lo sabemos: no era un golpe sino un esfuerzo. ¿Qué tal?

Porque, en efecto, Hillary empezaba admitiendo que: ***"La acción*** contra el presidente hondureño Mel Zelaya viola los principios de la Carta Democrática de la OEA y debe ser condenada..."; pero luego, en vez de comprometer a su gobierno a aplicar las sanciones correspondientes, su discurso se diluía cínicamente en vagas e inocuas recomendaciones: *"...Llamamos a todas las partes en Honduras a que respeten el orden constitucional y el Estado de derecho, que reafirmen su vocación democrática y se comprometan a resolver las disputas políticas de manera pacífica a través del diálogo. Honduras debe abrazar a los mismos principios de la democracia que ratificamos hace un mes en la reunión de la OEA celebrada en ese país."*

Porque resulta que calificar 'la acción' como lo que es: como un golpe de Estado, obligaba a la Administración Obama a suspender toda clase de apoyo económico, diplomático y militar a los golpistas, y eso suponia el fin de éstos, que han vivido durante décadas entregados incondicionalmente a merced de los gobiernos usanos.

Además ¿quién financió el golpe? ¿quién dió a los empresarios y a los militares hondureños las millonadas de dólares que se necesitan para propiciar y sostener el financiamiento de todos los aspectos (militares, logísticos, mediáticos, 'lobbísticos' y corruptos) de un golpe de fuerza, con todas sus consecuencias?

Lo financió en primer lugar la USAID, que sostiene cuatro importantes bases militares (inconstitucionales) en territorio hondureño, y subvenciona las actividades de la hondureña Unión Cívica Democrática (UCD); y lo financió la National Endowment for Democracy (NED), fundada y sostenida por el capital privado norteamericano, que subvenciona las actividades del hondureño Instituto Republicano Internacional (IRI). Sobra decir que tanto la UCD como el IRI, grupos ultraderechistas, fueron factores principalísimos del golpe.

En esos tèrminos, la conducta sucesiva del gobierno estadunidense fue perfectamente congruente. Obama y Hillary Clinton, invocando la paz y la conciliación, pero en realidad mirando por los intereses de sus transnacionales, buscaban una salida airosa para los golpistas: en vez de exigir el cumplimiento de las decisiones de la Comunidad Internacional, propiciaron soluciones que daban protagonismo a los golpistas, con la complicidad del Presidente de Costa Rica y Premio Nobel de la Paz Oscar Arias Sánchez, que obviamente sabía del derrocamiento planeado.

La misión ético-jurídica de Arias al aceptar la mediación "sugerida" por Hillary era ceñirse a ejecutar la voluntad de la Comunidad Internacional, vinculante para todos sus miembros. Según dicha voluntad, las decisiones de la Corte de Justicia y de la Asamblea Legislativa de Honduras quedaban anuladas al decretarse la ilegitimidad del golpe; por ende, los actos de ejecución de las fuerzas armadas sobre la persona de Zelaya eran ilegítimos; y la investidura de Micheletti jurídicamente insubsistente, al igual que los nombramientos hechos por él. Tal se presentaba la situación, en términos de Derecho Internacional.

Así las cosas, el papel del Presidente Arias, como representante de un Estado miembro de la OEA y de la ONU, era el de mediar entre los protagonistas del conflicto para proponer una manera de liquidar los efectos del golpe y restituir a Zelaya en el puesto en que los hondureños lo pusieron.

Si por el contrario nos empeñamos maliciosamente en entender que su mediación equivale a obligar a Zelaya a una transacción en la que estaba en juego su presidencia (lo que en el fondo se ponía en juego era la voluntad soberana de su pueblo), es decir, un arreglo, una transacción en la que él tendría que ceder algo a cambio de recuperar su cargo y atribuciones, ello equivalía a pisotear la voluntad del pueblo de Honduras, y la concorde voluntad de la Comunidad Internacional; porque no estaba en manos de Zelaya, como presidente legítimo, ceder parte de sus potestades constitucionales.

Si en vez de hacer respetar la voluntad de la Comunidad Internacional, la mediación de Arias y la intervención del Departamento de Estado contribuyeron a poner en cuestión la investidura de Zelaya y sus atribuciones constitucionales, entonce queda claro que sus intenciones eran las de PERFECCIONAR EL GOLPE DE ESTADO, en el sentido de CERRAR Y CULMINAR EL CÍRCULO CUYA TRAYECTORIA SE ABRIÓ CON LA CONJURA GOLPISTA. Es decir, la maniobra subversiva de la oligarquía y los milicos completó su arco cuando Arias y la diplomacia imperial lograron forzar un acuerdo cuyo desenlace quedó en las manos de los órganos que fraguaron el derrocamiento de Zelaya: la Corte Suprema y el Congreso de Honduras.

A partir de ese momento los acontecimientos tomaron un rumbo definido: lo que restaba del período presidencial de Zelaya se agotó en maniobras dilatorias; las elecciones generales tuvieron lugar (a pesar de celebrarse bajo el clima opresivo del golpe de Estado y del toque de queda); el candidato vencedor fue proclamado Presidente, e inmediatamente reconocido por los Estados Unidos, Costa Rica, Israel y algunos Estados más, y tomó posesión

de su cargo. Pasados unos meses, otros países han reconocido al señor Lobo y han reanudado sus relaciones con la Honduras golpista.

Y así pudimos ver de nuevo a los Estados Unidos faltando a su deber de respaldar las decisiones de la OEA y de la ONU, de las cuales dicha potencia es miembro fundador; y *reafirmando su odiosa tradición de proteger, por encima de pueblos soberanos y gobiernos legítimos, los intereses de sus propias transnacionales.*

VII. El Futuro Constitucional de Centroamérica

El ejemplo de países como Venezuela, Bolivia y Ecuador nos estimula y reconforta en la lucha que, como ciudadanos y juristas centroamericanos, tenemos por delante; pero sería ingenuo pensar que existen hoy en nuestros países las mismas o parecidas condiciones materiales y culturales que estuvieron y están presentes en aquéllos. Desde hace más de cien años los países centroamericanos y caribeños viven una realidad geopolítica que ha condicionado fuertemente sus posibilidades de vida independiente como Estados. Hablamos de Constituciòn, hablamos de soberanía, pero ¿rige plenamente la Constitución? ¿prevalece en nuestros países la voluntad popular?

Para los Estados centroamericanos la cuestión primera es ¿cómo ser libres, soberanos y socialistas, si vivimos literalmente entre las garras del Imperio?

Todo lo expuesto en las páginas que anteceden nos indica que ninguna de las repúblicas centroamericanas reúne en este momento las condiciones para emprender una renovación constitucional radical, en sentido democrático, parecida a la de Ecuador, Bolivia, Venezuela o, incluso, a la de Colombia de 1991 (aunque ésta difiere de las otras en aspectos esenciales). Tal como ocurrió en Guatemala en 1954, y en Honduras en 2009, la pesada mano del Imperio se abate sobre nosotros cuando ve amenazados sus intereses; y nuestros pueblos no han alcanzado el nivel de conciencia ni el grado de organización y movilización necesarios para imponer su voluntad.

Ahora bien, cuando hablo de Derecho Constitucional ¿a qué me refiero? No a los textos constitucionales, con sus proclamas de independencia y soberanìa popular: son documentos pensados por intelectuales; pero sabemos que las construcciones y las reformas constitucionales que históricamente han significado un cambio positivo para sus comunidades se lograron y se consolidaron porque estaban sustentadas en movimientos populares. Sin éstos

ningún principio fundamental, ningún cambio significativo pueden considerarse logrado ni duradero. En consecuencia, los temas de fondo en el discurso constitucional, con frecuencia olvidados por la doctrina, son la conciencia política, la estrategia política, la acción política; mientras que los instrumentos y los métodos de la dogmática jurídico-constitucional juegan a posteriori.

Entonces, si aceptamos esas premisas ¿qué clase de doctrina constitucional deberíamos cultivar en América Central?

El análisis de la situación actual de Honduras a la luz de la propia Constitución hondureña le da la razòn a Zelaya y condena a los golpistas; y la comunidad internacional respaldó dicha condena de modo rápido y enérgico. Pero al final, de manera no disimulada el Imperio nos ha forzado a todos, grandes y pequeños, a aceptar un desenlace diferente, favorable a sus mezquinos intereses; y Zelaya no pudo resistirlo, porque dadas sus condiciones políticas y sus circunstancias geopolíticas carecía de una fuerza que oponer. ¿Hubiera ocurrido lo mismo si el territorio de Honduras se encontrara en el Cono Sur, entre Brasil y Argentina?

Precisamente por esas mismas condiciones y circunstancias me parece no probable que se vuelva a presentar en Centroamérica, en el corto o mediano plazo, una oportunidad como la que le dió el triunfo a los sandinistas en 1979, con Carter (un eslabón débil de la cadena) al frente del gobierno norteamericano. No la tuvieron ya, en los años siguientes, ni siquiera las fuertes y bien organizadas guerrillas de Guatemala y El Salvador; y desde entonces las condiciones a ese respecto han empeorado.

Cualquier grupo opositor que en nuestro tiempo pretenda recurrir a las armas lleva todas las de perder en su confrontación con las fuerzas armadas nacionales y su retaguardia imperial. El caso es que los ejércitos centroamericanos ya no son simplemente aquellos cuerpos mal entrenados de las oligarquìas criollas tradicionales, como los que en 1930 se enfrentaban a Augusto Sandino en las montañas de Nicaragua; ni los que en los años setentas combatían al Frente Sandinista. En la hora actual, los ejércitos centroamericanos han sido convertidos en vigorosos brazos locales de la CIA y del Pentágono; de éstos reciben entrenamiento táctico y de inteligencia militar, adoctrinamiento ideològico, férrea disciplina, moderno equipamiento, órdenes concretas: en última instancia, ni siquiera dependen ya de los mandos criollos.

Y lo que digo para los militares vale también y por igual razón para los políticos: el vínculo entre nuestros líderes oligárquicos y el Departamento de

Estado es cada vez más estrecho; y en tal escenario los embajadores de los Estados Unidos juegan el papel de enlace entre los principales agentes de los gobiernos nacionales y el Imperio.

Antes de la Guerra Fría, los partidos centroamericanos de izquierda tenían que lidiar con los partidos de las oligarquías nacionales en condiciones de desventaja; aunque se trataba de una desventaja que podía ser superada y muchas veces lo era. Mas en los cincuenta y cinco años transcurridos eso ha ido cambiando paulatinamente, hasta llegar al punto en que estamos, en el que nuestro adversario visible sigue siendo la oligarquía nacional; aunque sabemos de cierto que los adversarios reales son el Departamento de Estado y sus agencias: que nuestros ideales democráticos, antiimperialistas y socialistas se enfrentan, sin mediación, a la ideología y a la práxis neoliberales del Imperio, que son la ideología y la praxis que convienen a los intereses de sus transnacionales.

Así las cosas, debemos admitir que el futuro no es promisorio para Centroamérica: no hay razones para afirmar que en esa contienda los pueblos tomarán conciencia de sus derechos y que terminarán fatalmente por imponerse, ni siquiera a largo plazo. Lo único cierto y constatable es que las fuerzas reaccionarias que hoy gobiernan la Región, echando mano a los enormes y eficaces recursos militares, econòmicos, propagandísticos de que disponen, tendrán grandes posibilidades de mantenerse en el poder indefinidamente.

Existe en Honduras, en este momento, un movimiento popular que exige la convocatoria a una asamblea constituyente; y exige elecciones libres y limpias para instaurar la democracia y la justicia social en ese País. ¿Cuál es su fuerza actual? ¿responde masivamente el pueblo hondureño a dichas aspiraciones? No es fácil responder a estas preguntas, dado que se trata de un fenómeno muy dinámico, fuertemente contrastado y reprimido por la oligarquía, con todas las armas de que ésta dispone. En todo caso, si la gran mayoría del pueblo lo desea fervientemente, sus posibilidades de triunfo serán muchas; sobre todo si se descarta una invasión en toda regla de los 'marines'; porque, no lo olvidemos, Honduras está demasiado cerca del Canal de Panamá.

Porque precisamente el otro punto débil, esencial en Centroamérica, es la falta de una formación y una conciencia democráticas masivas. El pueblo carece de puntos cardinales para orientarse, y es fácil presa de los dos instrumentos que los partidos oligárquicos tienen para mantenerse en el poder: el clientelismo y la propaganda.

Preguntémonos ¿por qué Cuba no ha sido invadida en los más de 50 años que tiene su Revolución, estando su costa a escasas millas de la de los Estados Unidos? ¿Por qué el Imperio, en el ínterin, ha invadido Grenada y Panamá, ha desangrado a Nicaragua usando a los 'contras', ha sostenido y dirigido a los ejérecitos de Guatemala y El Salvador, ha invadido Irak y Afganistán, ha planeado y ejecutado el golpe de Estado en Honduras, etc., pero no ha intentado invadir Cuba, ni siquiera en aquel momento en que Bush estaba en la cúspide de su poder? Las razones que se vislumbran son complejas y múltiples, pero creo sin dudarlo que una de ellas es la conciencia alerta y militante del pueblo cubano.

En general, en Centroamérica la conciencia popular anda extraviada entre los apremios de la pobreza, el acecho de las religiones de salvación y la omnipresencia de los entretenimientos fáciles. La gente llena los estadios y los centros comerciales (aunque no pueden comprar nada), sigue fielmente las novelas lacrimógenas y los programas millonarios de la televisión, pero no suman treinta los que se reúnen a protestar contra las barrabasadas de los ministros y los diputados. De modo que, en esas condiciones, el pueblo es un "príncipe sin cetro", como diría Lelio Basso. Una reforma constitucional en sentido democrático no parece factible en el Istmo, en los días que corren.

Entonces, en el campo de la teoría política y constitucional conviene pensar en una metodología apropiada para Centroamérica, es decir, que se adapte a las condiciones propias de esta Región. Y me parece que esta metodología debe distinguir dos tiempos y dos líneas de acción:

a) la coyuntura por la que atraviesan nuestros Países aconseja una táctica de resistencia frente a la agresión actual de las oligarquías apoyadas en el Imperio, que amenazan destruir los restos del modelo de Estado de Bienestar sobrevivientes en las constituciones; No podemos rendirnos y entregar el campo a los neoliberales: es preciso defender con uñas y dientes lo poco que va quedando del viejo Estado y de su Constitución; es preciso participar en política electoral, denunciar los malos manejos del gobierno y la inconsistencia de los candidatos; tratar de mantener una presencia crítica en los parlamentos, etc.; y

b) Pero lo anterior, con ser importante, no es lo esencial: dado que no es sensato pensar en la vía armada, ni contar con las coincidencias felices ni con los golpes de suerte; y que la creencia de que el bien triunfará fatalmente

sobre el mal es sólo mala metafísica, nuestra principal vía de acción hacia un cambio estructural profundo, de efecto lento pero a la larga más seguro y firme, es hacer sistemáticamente lo que hasta ahora nadie hizo en Centroamérica, y en cambio veo que sí se está haciendo en Sudamérica: *formar al pueblo en democracia*; es decir, empeñarse en un esfuerzo sostenido cuyo fin sea estimular, procurar, fomentar la conciencia democrática de las mayorías desfavorecidas.

Es fundamental reconocer la principalía de la formación democrática del pueblo y, por ende, el carácter inaplazable de la labor que nos conduzca hacia esa meta; pero no se trata de un reconocimiento retórico: en el cuadro de las actividades a organizar, el peso de esa tarea debe ser el mayor: hay que empezar ya mismo a prepararse, organizarse y empeñarse en esa tarea con la tenacidad, la constancia y la sistematicidad de una secta religiosa, hasta conseguir que las masas se apropien y hagan suya la causa de la justicia y la dignidad humana, fundamentos de la verdadera democracia. Advirtamos de paso que en ese empeño no hay pérdida, sino mucho que ganar; porque la más pequeña ocasión favorable que se presente en el futuro en el plano de la realidad político-constitucional podrá ser mejor aprovechada si estamos mejor preparados; y porque finalmente esa lucha es lo que, en último término, dará sentido a nuestras vidas.

Sabemos que las contradicciones internas del capitalismo, su radical negación de la dignidad humana, sus resultados catastróficos para las clases subalternas, son algunos de los factores que abonarán positivamente al triunfo de la causa popular. Uno de esos factores, de incalculable importancia, es precisamente el efecto que produce la presencia de los actuales movimientos populares sudamericanos en el horizonte de los pueblos de Centroamérica y del Tercer Mundo en general; el ejemplo de sus instituciones democráticas y de sus logros en términos de libertad y de justicia social. Y es por ello que todos en América Latina y el Tercer Mundo tenemos que hacer lo más que podamos para a la defensa de dichos movimientos: porque sus pueblos los merecen, pero también porque son modelo e inspiración para nosotros.

En consecuencia, repito, me parece que para los centroamericanos la tarea principal, aunque de muy largo plazo, es la educación democrática del pueblo. Aparte de lo que coyunturalmente corresponda hacer durante los períodos electorales, o en la defensa de los derechos humanos o de los restos del Estado Social de Derecho que heredamos, en cada uno de nuestros países

hay que intensificar esfuerzos en el plano de la formaciòn de la conciencia popular, por mucho que sea un esfuerzo ingrato y lleno de dificultades.

Se trata entonces de "devolver el cetro al Príncipe" (Pasquino): de enseñar a nuestro pueblo a descubrir y practicar democracia, de ayudarle a pensar acerca de un modelo de Estado que conduzca a una sociedad más justa; de crear conciencia de la dignidad y los derechos de las personas. En una palabra, se trata de que nos pongamos a enseñar al pueblo a razonar acerca de su "derecho constitucional"; que nos empeñemos a fondo en la tarea de ayudarle a descubrir y amar los valores por los que debe luchar; para que recorra por sus propios pies la distancia que va de la dependencia a la independencia; y a una interdependencia justa e igualitaria con los hermanos latinoamericanos.

¿A quiénes les toca asumir esa carga que es, al mismo tiempo, un alto honor? A nosotros, juristas centroamericanos de hoy. Será la prueba de la fuerza y la hondura de nuestra solidaridad humana. Debemos organizarnos para la larga marcha, en pos de un resultado que seguramente no veremos: un pueblo plenamente consciente de sus derechos y de sus deberes solidarios.

¿Bastará con eso? Evidentemente no. En el momento presente estamos asistiendo a la involución de la democracia en Europa, donde se suponía que se había instalado de una vez y para siempre. Pero nada es para siempre, y Europe vive un notorio retroceso hacia formas políticas autoritarias. ¿Entonces? Significa que la propuesta anterior es deleznable? ¿Que no sirve de nada esforzarse en la profundización de la conciencia democrática del pueblo?

Lo que significa, en mi opinión, es que hay que ir más allá: cuando el hombre prehistorico descubrió la utilidad del fuego, pero sin saber aún cómo producirlo, debió organizarse para alimentarlo día y noche. Este trabajo de Sísifo era el precio de su supervivencia. Pues bien, a nosotros nos toca alimentar incesantemente, sin descanso, el fuego de la democracia y la solidaridad.

Entonces, para concluir, digo que desde esta perspectiva y desde esta práctica surgirán los paradigmas, la teoría y los métodos básicos del posible constitucionalismo centroamericano que nos toca construir en el futuro inmediato.

Formato	*15,5 x 22,5 cm*
Mancha gráfica	*12 x 18,3cm*
Papel	*pólen soft 80g (miolo), duo design 250g (capa)*
Fontes	*Times New Roman 17/20,4 (títulos),*
	12/14 (textos)