

**EL CONSTITUCIONALISMO  
EN LAS POSTRIMERÍAS  
DEL SIGLO XX**

**CONSTITUCIONALISMO**

COLABORACIONES EXTRANJERAS

Tomo III



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



EL CONSTITUCIONALISMO EN LAS POSTRIMERÍAS  
DEL SIGLO XX

CONSTITUCIONALISMO

COLABORACIONES EXTRANJERAS

Tomo III

20 FEB. 1989

UCL



EL CONSTITUCIONALISMO EN LAS POSTERIDADES  
DEL SIGLO XX

CONSTITUCIONALISMO

COLABORACIONES LATINOAMERICANAS

Tomo III

20 FEB. 1988



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
SERIE B. - ESTUDIOS COMPARATIVOS. - d) DERECHO LATINOAMERICANO  
Núm. 24

**EL CONSTITUCIONALISMO  
EN LAS POSTRIMERÍAS  
DEL SIGLO XX**

**CONSTITUCIONALISMO**

COLABORACIONES EXTRANJERAS

Tomo III



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1988

EL CONSTITUCIONALISMO

EN LAS POSTRIMERIAS

DEL SIGLO XX

CONSTITUCIONALISMO

COLABORACIONES EXTRANJERAS

Tomo III

Primera edición: 1988

DR © 1988 Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-837-547-0 (obra completa)

ISBN 968-837-563-2 (Tomo III)

## PRESENTACIÓN

*El año pasado la Constitución mexicana cumplió 70 años de haber sido promulgada y puesta en vigor. Para celebrar este acontecimiento la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, principalmente, organizó y llevó a cabo una serie de actos académicos de gran importancia; actualizó otros proyectos editoriales para que aparecieran dentro de este marco y promovió con intensidad la participación de constitucionalistas extranjeros para dar relieve internacional a su esfuerzo.*

*Estos esfuerzos, realizados mayormente el pasado año, se concretan ahora en la presente obra editorial, en seis volúmenes, que hemos intitulado El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX, título que quiere evocar la magnífica obra que el ilustre Mario de la Cueva coordinara con motivo de los cien años de la Constitución mexicana de 1857.*

*Como crisol de una serie de esfuerzos y proyectos, los dos primeros volúmenes de la obra están consagrados a las Constituciones de América Latina. En ellos se reproducen los textos constitucionales vigentes de 20 de los países de la región. La publicación de las Constituciones Latinoamericanas fue una idea que tiempo atrás había compartido el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Unión de Universidades de América Latina.*

*Fueron muchos los esfuerzos que se empeñaron por las instituciones mencionadas para obtener los textos constitucionales vigentes y totalmente actualizados. Incluso, fue necesario incorporar a la obra proyectos de Constitución que aún se encontraban en estudio o debate. Es tal la dinámica constitucional latinoamericana que varias veces los textos se hicieron viejos antes de entrar a las prensas.*

*Somos conscientes de que este fenómeno se seguirá presentando y de que será indispensable una permanente labor de revisión y actualización para que este esfuerzo sea trascendente y perdurable. Como quiera que desde 1954 no se realizaba en México un programa editorial de esta naturaleza, creemos poder contribuir modestamente con él al estudio del*

*derecho constitucional latinoamericano para el bien de nuestros países y de nuestra disciplina jurídica.*

*Los volúmenes tercero y cuarto recogen dos tipos distintos de trabajos extranjeros: los que el Instituto de Investigaciones Jurídicas solicitó para acompañar como doctrina latinoamericana y comparada a la edición de las constituciones y los que responden a la invitación para homenajear a la Constitución mexicana en el septuagésimo aniversario de su promulgación e inicio de su vigencia. Estos últimos reflejan la evolución constitucional que en siete décadas se ha operado en los países de los cuales sus autores son nacionales.*

*Así, estos dos volúmenes recogen, por un lado, estudios de derecho constitucional comparado y, estudios de derecho constitucional nacional, por el otro.*

*Estas líneas son propicias para agradecer a todos los autores extranjeros la magnífica respuesta que nos han dado, que refleja el profundo efecto que sienten por México y por los mexicanos y que es invariablemente correspondido.*

*La calidad académica de las contribuciones internacionales es extraordinaria y sumamente enriquecedora para todos los estudiosos del derecho constitucional contemporáneo.*

*Finalmente, los volúmenes quinto y sexto constituyen la memoria de las mesas redondas "La Constitución mexicana 70 años después", en las que intervinieron algunos de los constitucionalistas mexicanos más destacados.*

*En estos trabajos son estudiadas en lo particular las más importantes instituciones constitucionales mexicanas y se recoge el trabajo que da cuenta de la evolución de nuestra Constitución durante estas siete décadas.*

*Debo dejar testimonio de que las mesas redondas cuya memoria ahora se recoge fueron organizadas, además de por nuestro Instituto, por el Gobierno del Estado de Querétaro, por la Universidad Autónoma de Querétaro y por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. Sin la decidida colaboración de las instituciones mencionadas nuestro esfuerzo no hubiera cristalizado.*

*De esta forma El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX es la aportación que hacemos en homenaje a nuestra Ley Fundamental. Sin duda es una aportación modesta que no se corresponde con todos los méritos y el inmenso valor de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917. Por 70 años la Constitución ha definido el rumbo de la nación; ha marcado la ruta, ha sido guía y ha sido y es esperanza.*

*Durante 70 años ha tenido innumerables modificaciones y han sido precisamente estas reformas, en su mayoría, las que le han permitido seguir siendo el proyecto y el programa de los mexicanos.*

*No es todavía nuestra Constitución una de carácter normativo, son varios los artículos constitucionales que no se aplican cabal o totalmente; otros más permanecen como esperanza; su nominalidad es muchas veces evidente. Aún así sigue siendo nuestro proyecto histórico, nuestra principal arma de lucha, nuestra apasionada querencia.*

*Estamos decididos a seguir luchando con ella y por ella; deseamos perfeccionarla y aspiramos a que un día no lejano la Constitución sea para todos los mexicanos el traje que sienta bien; que se lleva cómodo y con dignidad, como decía Loewenstein. Espero que El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX pueda contribuir a ello, aunque sea mínimamente.*

Jorge MADRAZO

Director del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas  
de la UNAM



## THE BRITISH MODEL OF REPRESENTATIVE GOVERNMENT: POLITICAL ACCOUNTABILITY AND LEGAL CONTROL

T. R. S. ALLAN \*

SUMMARY: I. *Liability of Government in Private Law: Crown Proceedings and Crown Privilege.* II. *Administrative Law: the judicial control of statutory and prerogative power.* III. *The protection of individual rights and civil liberties.* IV. *The European Convention on Human Rights in English Law.* V. *Political Responsibility and Democratic Control.* VI. *Constitutional Monarchy.* VII. *The modern Constitution: legal doctrine and political principle.*

In 1885 A. V. Dicey, Vinerian professor of English Law at Oxford, published his introductory lectures on the Law of the Constitution.<sup>1</sup> He was anxious to provide a sound conceptual basis for British constitutional law and to demonstrate the importance of its exposition. The absence of any written Constitution —any single foundational document distributing the sovereign power of the state amongst its various elements— did not mean that Britain lacked a Constitution. It was necessary to separate the law of the Constitution, strictly defined, from those conventions, understandings and practices which made up constitutional morality. Accordingly, the rules which would be enforced by the courts must be distinguished from those maxims whose basis was solely political, such as the practice that a government which no longer enjoyed the confidence of the House of Commons should resign from office. The laws of the Constitution, suitably distinguished, might be either written or unwritten: important statutes, such as the Act of Settlement and the *Habeas Corpus* Acts, existed alongside the common law. The British Constitution was therefore both written and unwritten —an amalgam of statute, judicial decision and legal principle. In consequence, though the law of the Constitution might be isolated as an independent field of study, it could claim no special or overriding authority. The powers of public bodies, and the rights

\* Fellow of Pembroke College, Cambridge.

<sup>1</sup> *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. by E.C.S. Wade, hereinafter cited as Dicey.

and freedoms of the citizen, enjoyed no preferred constitutional protection and were alike the consequence of ordinary statutes and judicial precedent. In Dicey's words, "the Constitution [was] the result of the ordinary law of the land."<sup>2</sup>

In Dicey's analysis, the law of the Constitution, as distinct from convention and practice, enshrined and embodied two fundamental principles or characteristics. First, the sovereignty of Parliament granted complete legislative supremacy to the Queen in Parliament. The authority of Sir Edward Coke was cited in support: "The power and jurisdiction of Parliament is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds."<sup>3</sup> There were no limits to the scope or authority of ordinary legislation. The Act of Settlement 1701 fixed the descent of the Crown, and thereby secured the Sovereign's claim to reign. Acts of Indemnity had been regularly passed to free Dissenters from penalties, where they had accepted municipal offices without taking the Sacrament according to the rites of the Church of England. Such "legalisation of illegality" Dicey considered the "highest exertion and crowning proof of sovereign power."<sup>4</sup> The jurist, John Austin, had concluded that sovereignty was vested in the Queen, the House of Lords, and the Commons or the electorate: Members of Parliament were trustees for the electors. Here, however, he had confused legal with political sovereignty. Legally, Parliament itself was sovereign: no statute could be impugned in the courts merely on the ground that it lacked popular support.<sup>5</sup> The Septennial Act 1716 had extended the legal duration of Parliament from three to seven years: an existing Parliament thereby prolonged its own power for four years beyond the time for which the House of Commons had been elected. Clearly, sovereign legislative power in the state resided in Parliament itself: it was legally neither the agent of the electors nor a trustee for its constituents.<sup>6</sup>

The doctrine of legislative supremacy occupies in England the place taken in many countries by a written Constitution, declaring fundamental law. It remains, however, a question of some interest and controversy whether or not there is a formal Constitution for Great Britain

<sup>2</sup> Dicey, p. 203.

<sup>3</sup> 1 Blackstone's *Commentaries*, p. 160.

<sup>4</sup> Dicey, p. 50.

<sup>5</sup> *Idem*, pp. 71-76.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 48.

or of the United Kingdom as a whole, constituting fundamental law.<sup>7</sup> The Treaty of Union between England and Scotland in 1707 has not been regarded in England as imposing any restraints on the legislative authority of the British Parliament. This view has, however, been doubted in Scotland, where Lord President Cooper has stated that the principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle which has no counterpart in Scottish constitutional law.<sup>8</sup> The Treaty and Act of Union declared certain matters to be fundamental, seeking to secure the continuation of the Presbyterian religion and Church of Scotland and to preserve the authority of the Scottish superior courts. Article XVIII of the Act of Union provided that the Parliament of Great Britain might make no alteration in the laws concerning private right, as opposed to public policy and civil government, "except for evident utility of the subjects within Scotland." The Lord Advocate had accepted, in argument, that Parliament could not repeal or alter such "fundamental and essential" conditions, and Dicey had himself recognised the intention in 1707 to limit the powers of the new Parliament. However, Lord Cooper did not think that the Court of Session had jurisdiction to determine whether the governmental act in question (a proclamation describing the Queen as "Elizabeth the Second of the United Kingdom of Great Britain") conflicted with the provisions of the Treaty:

There is neither precedent nor authority of any kind for the view that the domestic Courts of either Scotland or England have jurisdiction to determine whether a governmental act of the type here in controversy is or is not conform to the provisions of a Treaty, least of all when that Treaty is one under which both Scotland and England ceased to be independent states and merged their identity in an incorporating union.<sup>9</sup>

Lord Cooper reserved his opinion concerning the powers of the court in relation to matters of private right, as opposed to "public right". More recently, however, the Court of Session has refused to grant a declarator that section 2 (1) of the European Communities Act 1972, in giving legal effect in the United Kingdom to a European regulation affecting fishing in the maritime waters of member states, was invalid because

<sup>7</sup> D.N. MacCormick, "Does the United Kingdom have a Constitution?" (1978) 29 *Northern Ireland L.Q.* 1.

<sup>8</sup> *MacCormick v. Lord Advocate* 1953, S.C., 396.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 413.

contrary to Article XVIII of the Act of Union.<sup>10</sup> Lord Keith held that the question whether a particular Act of the United Kingdom Parliament altering an aspect of Scots private law was or was not "for the evident utility" of the subjects within Scotland was not a justiciable issue. It was a political matter which lay outside the competence of the court. Dicey's first principle of the Constitution, that of parliamentary sovereignty, should therefore strictly be qualified, if only in theory, by the special status of the Articles of Union. In view of the likely absence of any practical legal sanction in the event of their violation, however, the qualification should not perhaps be pressed too far. Dicey noted that the Act of Union with Ireland 1800, which declared the continuation of the established Church of England and Ireland to be an "essential and fundamental part of the Union", had not in fact prevented the disestablishment of the Church in Ireland.<sup>11</sup>

It is Dicey's second fundamental principle or characteristic which marks the distinctively British contribution to constitutionalism: the observations of foreign writers, such as De Tocqueville, had pointed to "the rule, predominance, or supremacy of law as the distinguishing characteristic of English institutions."<sup>12</sup> The Rule of Law contained three distinct conceptions. It meant, first, that no man might be punished except for a breach of law established before the ordinary courts. In that sense, it denied the lawful exercise of arbitrary or discretionary powers of constraint.<sup>13</sup> Secondly, every man, whatever his rank or status, was equally subject to the ordinary law and to the jurisdiction of the ordinary courts. Accordingly, ministers and officials were personally responsible for every act done without legal justification: all men, public officials and private citizens, were equal before the law. The third aspect arose from the absence of any formal written guarantee of fundamental rights or freedoms. The principles of the Constitution were simply generalisations drawn from certain statutes and, more importantly, particular judicial decisions settling the rights of individuals:

We may say that the Constitution is pervaded by the Rule of Law on the ground that the general principles of the Constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the

<sup>10</sup> *Gibson v. Lord Advocate* 1975, S.L.T., 134.

<sup>11</sup> Irish Church Act 1869; Dicey, p. 66.

<sup>12</sup> Dicey, p. 187.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 188.

courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the Constitution.<sup>14</sup>

Although Dicey recognised the value of alternative approaches—he thought the Rule of Law as marked a feature of the United States of America as of England—, he nevertheless considered that the British model of constitutionalism had special strengths. It emphasised the connection between rights and remedies. The right to individual liberty was part of the Constitution because it was secured by judicial decisions, extended and confirmed by the *Habeas Corpus* Acts: “The *Habeas Corpus* Acts declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty.”<sup>15</sup>

Although Dicey's exegesis has continued to provide the main foundation of modern British constitutional law and theory, it has sometimes seemed hard to reconcile his two fundamental principles. The political power which derives from the supremacy of Parliament is concentrated today in the elected House of Commons, with the result that great power is exercised in practice by any government which commands a clear majority of members in the lower House. Since important rights and freedoms enjoy no preferred constitutional status, the Rule of Law seems unable to preserve their force and scope against encroaching legislation. Modern statutes often confer extensive powers of regulation and control on public authorities, whose exercise may threaten individual rights and freedoms. Dicey, however, denied that there was any contradiction between the sovereignty of Parliament and the Rule of Law. Since the parliamentary will could be expressed only through an Act of Parliament, it was subject in application to the interpretation of the judges, whose independence from government and Parliament was carefully preserved. Dicey therefore rejected the criticism that the despotism of Parliament, and therefore of the elected government, had been substituted for the ancient prerogative of the Crown:

The fact that the most arbitrary powers of the English executive must always be exercised under Act of Parliament places the government, even when armed with the widest authority, under the supervision, so to speak, of the courts. Powers, however extraordinary,

<sup>14</sup> *Idem*, pp. 195-96.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 199.

which are conferred or sanctioned by statute, are never really unlimited, for they are confined by the words of the Act itself, and, what is more, by the interpretation put upon the statute by the judges.<sup>16</sup>

The Rule of Law may be seen therefore to demand a separation of powers between government and Parliament, on the one hand, and the judiciary, on the other. The independence of the judges, in particular, preserves the freedom of the subject under the law. Since the members of the government are drawn from Parliament, however, there is no strict separation of powers between executive and legislature—in the sense that, although Parliament alone can change the law, the government is represented in Parliament. There is no strict division of personnel. It is a system of Cabinet government, in which Ministers are collectively responsible to Parliament in the performance of their duties. The British model of constitutional government therefore entails a combination of legal and political responsibility. The convention of ministerial responsibility ensures political accountability: Ministers must answer in Parliament for their decisions, and a government which forfeits the confidence of the House of Commons is expected to resign. Every Minister and official is, in addition, individually answerable in the courts for any action taken without legal justification. The traditional division of responsibility has been recently confirmed:

It is not... a sufficient answer to say that judicial review of the actions of officers or departments of central government is unnecessary because they are accountable to Parliament for the way in which they carry out their functions. They are accountable to Parliament for what they do so far as regards efficiency and policy, and of that Parliament is the only judge; they are responsible to a court of justice for the lawfulness of what they do, and of that the court is the only judge.<sup>17</sup>

The principle of equality before the law here serves to protect the liberties of the citizen against the abuse of power. In *Entick v. Carrington*,<sup>18</sup> the King's Messengers were held liable in trespass for breaking and entering the Plaintiff's house and seizing his papers in pursuance of a

<sup>16</sup> *Idem*, p. 413.

<sup>17</sup> *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self Employed* [1982] AC 617, 644 (Lord Diplock).

<sup>18</sup> (1765) 19 State Trials 1030.

warrant issued by the Secretary of State. The Minister had acted unlawfully, and had no special authority to act outside his legal powers for the benefit of the State: "With respect to the argument of State necessity, or the distinction that has been aimed at between State offences and others, the common law does not understand that kind of reasoning, nor do our books take notice of any such distinctions."<sup>19</sup>

#### I. LIABILITY OF GOVERNMENT IN PRIVATE LAW: CROWN PROCEEDINGS AND CROWN PRIVILEGE

Although an impressive ideal, well capable of development and refinement, Dicey's conception of the Rule Law was in some respects inadequate. The British contribution to constitutionalism during the last seventy years may be viewed as the gradual adaptation of his theory to modern conditions. In constitutional theory, all Ministers and civil servants are servants of the Crown.<sup>20</sup> The doctrine of equality before the law, though securing the liability of individual officials, nevertheless left the citizen at a disadvantage vis-a-vis the Crown. At common law, the principle applied that the King could do no wrong: nor could he be sued in his own courts. Accordingly, the Crown could not be made liable for wrongs committed by its servants in the course of their employment. The Crown Proceedings Act 1947, however, has established the principle that the Crown is, in general, subject to the same liabilities in tort as if it were a private person. The modern law thus imposes vicarious liability for the torts of Crown servants and renders the Crown liable for breach of a statutory duty, where the statute in question binds the Crown as well as private persons. The general principle that officials and public authorities are subject to the same law of civil liability as private persons may also be disadvantageous: it means that an action must be based on an independent tort. English law does not recognise any general right to compensation for loss inflicted as the consequence of invalid administrative action.<sup>21</sup> The scope of ordinary civil liability has, however, been recently widened. It is now clear that an individual may sometimes recover damages if he can establish negligence in the exercise of a discretion conferred on a public authority. The courts have distinguished between the sphere of policy or discretion, granted by statute to a public

<sup>19</sup> *Idem*, 1073 (Lord Camden C.J.).

<sup>20</sup> For modern discussion see *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment* [1978] AC 359.

<sup>21</sup> *Dunlop v. Woollahra Council* [1982] AC 158.

authority, and an operational area in which the policy once determined, would be carried out. Although the distinction was one of degree, it could "safely be said that the more 'operational' a power or duty may be, the easier it is to superimpose upon it a common law duty of care."<sup>22</sup> It does not follow, moreover, that the authority is accorded complete immunity from suit within the policy sphere. Damages may sometimes be awarded if a public body has failed to exercise a discretion in deciding whether or not to act, where its omission to act has resulted in loss to a citizen affected. An error of judgment in the exercise of a statutory discretion would not in itself be sufficient to found an action in negligence. "But there must come a stage when the discretion is exercised so carelessly or unreasonably that there has been no real exercise of the discretion which Parliament has conferred. The person purporting to exercise his discretion has acted in abuse or excess of his power."<sup>23</sup> In these circumstances, an ordinary civil action for damages may lie against the public or official body in question.

There has been an important development in the law of evidence which has assisted the citizen who wishes to bring proceedings against a public authority. The House of Lords has held that the disclosure of relevant documents in litigation cannot automatically be resisted on the ground that revelation of their contents would prejudice the public (or governmental) interest. In *Conway v. Rimmer*<sup>24</sup> the Home Secretary objected to the production of reports made on the progress of a probationer police constable, who had brought an action against his former superintendant for malicious prosecution. The Minister's contention that their production for use in the litigation would injure the public interest failed to persuade the court, which ordered their disclosure. Rejecting the view that the Minister's certificate, claiming immunity, was conclusive, the House of Lords held that the court had a duty to balance the public interest in non-disclosure against the countervailing public interest in ensuring the proper administration of justice. A litigant who was unable to obtain access to relevant evidence might be unable to prove his case against the government or other public authority. The Minister's wish to preserve the confidentiality of police probation reports, in order that the candour of senior officers should not be inhibited when writing them, was outweighed by their importance as evidence in the plaintiff's action. The traditional concept of "Crown privilege" has been replaced

<sup>22</sup> *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] AC 728, 754 (Lord Wilberforce).

<sup>23</sup> *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] AC 1004, 1031 (Lord Reid).

<sup>24</sup> [1968] AC 910.

by the modern notion of "public interest immunity" —reflecting its extension beyond the field of central government, where a legitimate interest in confidentiality can be established,<sup>25</sup> but also its vulnerability to judicial assessment of conflicting public interests.

The difficult question of the conflicting claims of government secrecy and the administration of justice was further considered in *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England*.<sup>26</sup> The Company sought to have a sale of stock to the Bank set aside as unconscionable. At the request of the Crown, the Bank objected to production in the litigation of documents recording the role of the government in the transaction. The Chief Secretary to the Treasury gave a certificate stating his opinion that their disclosure would be injurious to the public interest because it was "necessary for the proper functioning of the public service" that they be withheld. The documents consisted of memoranda of meetings attended by Ministers and government officials and related to the formulation of policy. The House of Lords considered that the documents were sufficiently likely to assist the fair disposal of the action to justify the court in inspecting them; although on inspection it was held that their contents did not demand an order for their production. In the result, therefore, the Crown's objection to production was upheld. There was, however, no rule against the discovery of important policy documents in a suitable case: disclosure of even the most sensitive communications at the highest level of government could be ordered if the nature of the litigation, and the importance to it of the relevant documents, demanded it in the interests of justice. Although Lord Wilberforce thought that it was important to recognise the need for frank and uninhibited advice from the Bank to the government, and between civil servants and Ministers, Lord Keith's view was more robust:

The notion that any competent and conscientious public servant would be inhibited at all in the candour of his writings by consideration of the off-chance that they might have to be produced in a litigation is in my opinion grotesque. To represent that the possibility of it might significantly impair the public service is even more so. Nowadays the State in multifarious manifestations impinges closely on the lives and activities of individual citizens. Where this has involved a citizen in litigation with the State or

<sup>25</sup> Eg. *D v. NSPCC* [1978] AC 171.

<sup>26</sup> [1980] AC 1090.

one of its agencies, the candour argument is an utterly insubstantial ground for denying him access to relevant documents.<sup>27</sup>

Government documents recording the formulation of policy were ordered to be disclosed in a subsequent case,<sup>28</sup> where the plaintiff, who had been detained in an experimental "control unit" set up within the prison system to isolate disruptive prisoners, claimed damages for false imprisonment against the Home Office and a declaration that the Home Secretary had acted *ultra vires*. McNeill J. decided that the claim for immunity was overridden by the interests of justice, which required that the liberty of a prisoner preserved by statute and prison rules must be protected. Accordingly, the judge inspected the documents, which were concerned with the consideration of policy by Ministers and senior officials, and ultimately ordered six of them to be disclosed. The modern law therefore strengthens the position of the citizen in litigation against public authority: but his task may sometimes be difficult nonetheless. The order of the trial judge for disclosure of documents in a later case<sup>29</sup> was reversed by the Court of Appeal and House of Lords. A number of international airlines challenged increased airport charges imposed by the British Airports Authority on the Ground that they were the result of *ultra vires* and unlawful directions of the Secretary of State. It was alleged that the Minister had imposed financial constraints on the Authority for the ulterior purpose of reducing the public sector borrowing requirement. Bingham J., at first instance, was prepared to order the production of communications between Ministers, or made for the use of Ministers, on the ground that they were likely to be necessary for the just determination of the plaintiff's case. In the House of Lords, Lord Scarman and Lord Templeman agreed that the judge should inspect the documents, although in the circumstances they did not think that disclosure was warranted. The majority, however, accepted the view of the Court of Appeal that no case for inspection had been made out: the plaintiff had not established that the documents were likely to contain material providing substantial support for its case. It may be commented that, when he has not seen the documents in question, it may be difficult for the plaintiff to meet this initial hurdle; and if the court is unwilling to inspect, it cannot usually undertake the necessary balancing of public interests.

<sup>27</sup> *Idem*, 1133.

<sup>28</sup> *Williams v. Home Office* [1981] 1 All E. R. 1151.

<sup>29</sup> *Air Canada v. Secretary of State for Trade* [1983] 2 AC 394.

To this extent, the Crown retains a privilege which may impede the citizen's attempt to litigate.<sup>30</sup>

## II. ADMINISTRATIVE LAW: THE JUDICIAL CONTROL OF STATUTORY AND PREROGATIVE POWER

It is not, however, in relation to the rules governing civil liability in private law that the Rule of Law makes its most important contribution. As a means of securing Lawful, constitutional government, the Rule of Law may be harnessed to provide a foundation for public law — the principles and doctrines applied at common law to check excess or abuse of power on the part of public authority. Dicey's initial characterisation was unable to offer much assistance here. He considered that the Rule of Law excluded the existence of "wide discretionary authority on the part of the government."<sup>31</sup> He also strongly opposed any separation of public and private law, insisting on the subjection of all officials to the jurisdiction of the ordinary courts. He therefore denied the existence of administrative law entirely as an idea "utterly unknown to the law of England, and indeed... fundamentally inconsistent with our traditions and customs."<sup>32</sup> By 1916, however, Dicey had begun to change his view. As the State assumed a wider range of administrative and social welfare functions in the early years of the century, legal principle had to be developed to meet the challenge. The very strict separation of powers between certain organs of state, which had underpinned earlier accounts of the Rule of Law, had to be modified to accommodate new demands. In *Local Government Board v. Arlidge*<sup>33</sup> the House of Lords rejected the claim that the Board was obliged to adopt the procedure of a court of law in hearing an objection to the imposition of a closing order on a house under the Housing and Town Planning Act 1909. It held that the Board could lawfully follow its own procedure without denial of natural justice to the appellant, provided that the appeal were fairly conducted and the objector afforded the opportunity to present his case. Parliament had to be understood as permitting the Board to follow the procedure it had devised for the efficient execution of its work: the appeal provided

<sup>30</sup> Allan (1985) 101 L.Q.R. 200. See generally *Cross on Evidence*, 6th ed., Ch. XIII; Zuckerman, "Privilege and Public Interest" in Tapper (ed.), *Crime, Proof and Punishment* (1981).

<sup>31</sup> Dicey, p. 202.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 203.

<sup>33</sup> [1915] AC 120.

was made to a department of State and not to a judicial body. Lord Loreburn laid down a similar principle in *Board of Education v. Rice*:<sup>34</sup> the Board must act in good faith and conduct its hearing of an appeal fairly, but need not adopt the formal procedures of a trial. Commenting on these decisions, Dicey considered that they prompted the general question:

Has recent legislation, as now interpreted by English courts, introduced or tended to introduce into the law of England a body of administrative law resembling in spirit, though certainly by no means identical with, the administrative law (*droit administratif*) which has for centuries been known to, and during the last hundred years been carefully developed by, the jurists and legislators of France?<sup>35</sup>

The question warranted, he concluded, a tentative but affirmative answer.

Although there can no longer be any doubt that English jurisprudence embraces a reasonably systematic body of administrative law, regulating the powers and duties of public bodies and governing their relations with the citizen, it is largely the product of the last twenty years.<sup>36</sup> It is also a developing body of common law —fashioned by the judges in response to their heightened perception of the danger of abuse of power by public authority. Its modern restatement as a coherent corpus of principle owes much to Lord Diplock, who considered that it constituted a system of administrative law which in substance was nearly as comprehensive in scope as French *droit administratif*.<sup>37</sup> In *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*<sup>38</sup> he set out the grounds on which administrative action was subject to control by judicial review. The first he classified as “illegality”: a power must be exercised in accordance with the law, correctly interpreted. In the case of a statutory power, its exercise is subject to the terms of the statute, whose final construction must be a matter of the court. Where Parliament conferred a discretion, it must be used to promote the policy and objects of the Act, as these are determined by the judges in a case of doubt. In *Padfield*

<sup>34</sup> [1911] AC 179.

<sup>35</sup> Dicey, pp. 494-95 (reprinted from the *L.Q.R.*, vol. 31 [1915]).

<sup>36</sup> Compare *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40 at 72 (Lord Reid) and *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237 at 279-80 (Lord Diplock).

<sup>37</sup> Administrative Law: Judicial Review Reviewed [1974] 2 *C.L.J.* 244.

<sup>38</sup> [1985] AC 374.

v. *Minister of Agriculture, Fisheries and Food*<sup>39</sup> the House of Lords upheld the award of mandamus, directing the Minister to appoint a committee of investigation under the Agricultural Marketing Act 1958. The court rejected a contention that the Minister had an unfettered discretion in the matter. His reasons for declining to act indicated that he had misdirected himself: in some circumstances he had a duty to appoint a committee, where his refusal to do so would frustrate the milk marketing scheme. In 1951 Lord Goddard C.J. had drawn attention to the power of the High Court to control inferior tribunals in their application of the law. The court could quash by order of certiorari a decision made in excess of jurisdiction; and the same remedy existed where it was apparent on the face of the written determination that there had been a mistake as to the applicable law.<sup>40</sup> Moreover, the Tribunals and Inquiries Act 1958 required the giving of reasons by the majority of statutory tribunals from which there was no provision for appeal on a point of law. An error of law would, therefore, be likely to appear "on the face of the record". Lord Diplock has stated extra-judicially that he would "select as having had the seminal influence upon the subsequent development of a system of administrative law those provisions of the Act which required written reasons to be given for administrative action taken by Ministers after holding a statutory inquiry or in respect of which a statutory inquiry could have been required."<sup>41</sup> The High Court was able to examine the record for errors of law, and the disclosure of the department's policy supplied material from which the court could infer a misunderstanding of the department's statutory powers.

Lord Diplock's second head, "irrationality", encompassed the grounds set out by Lord Greene M.R. in his famous judgment in *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*.<sup>42</sup> Here Lord Greene had distinguished between the role of the court on appeal from its function on review: on judicial review the court could not question the merits of the decision made, or action taken, as a matter of policy; but must nevertheless ensure that the discretion conferred on the public authority had been exercised within the limits of the law. The decision-taker must consider the questions relevant to his decision, and he must exclude from his consideration all irrelevant matters. Moreover, an un-

<sup>39</sup> [1968] AC 997.

<sup>40</sup> *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p Shaw* [1951] 1 KB 711; [1952] 1 KB 338.

<sup>41</sup> *Op. cit.* [1974] 2 C.L.J. 240.

<sup>42</sup> [1948] 1 KB 223.

satisfactory decision could be quashed if wholly unreasonable: "a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it."<sup>43</sup> "Procedural impropriety", the third limb of Lord Diplock's trichotomy, referred to the principles of natural justice or fairness which any authority taking decisions affecting an individual is required to satisfy. These principles do not apply solely to courts or similar tribunals. In *Ridge v. Baldwin*<sup>44</sup> the House of Lords quashed the decision of a watch committee to dismiss their chief constable, who had not been granted a hearing in which he could attempt to meet the criticisms made against him. An officer could not lawfully be dismissed without first telling him what was alleged against him and hearing his defence or explanation. The supervisory jurisdiction of the High Court, and the scope of the prerogative writs of certiorari and prohibition, had been examined by Atkin L.J. in an earlier case:

Whenever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs...<sup>45</sup>

The requirement that there must be a duty to act judicially did not prevent the application of the principles of natural justice to bodies of merely quasi-judicial or even administrative character. Lord Reid explained that such a duty was simply a corollary of the power to determine questions affecting the rights of subjects. Atkin L.J. and his brethren in the earlier case had "inferred the judicial element from the nature of the power."<sup>46</sup>

Recent developments in English administrative law have also embraced a wider conception of individual rights. The "rights of subjects" are no longer confined to ordinary civil rights primarily enforceable in private law, but encompass a larger sphere of interests protected solely as a matter of public law. In *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*<sup>47</sup> the appellant trade unions were challenging the withdrawal of union membership rights from a certain category of civil

<sup>43</sup> *C.C.S.U. v. Minister for the Civil Service*, *supra*, n. 38.

<sup>44</sup> [1964] AC 40.

<sup>45</sup> *R. v. Electricity Commissioners, ex p London E J C (1920) Ltd.* [1924] 1 KB 171.

<sup>46</sup> [1964] AC 40, 76.

<sup>47</sup> *Supra*, n. 38.

servants without prior consultation. The House of Lords accepted that neither the employees concerned nor their unions had any "legal right" to consultation before their terms of employment were varied. In strict theory, moreover, civil servants could be dismissed by the Crown at will. Nevertheless, the civil service unions could rely on a "legitimate expectation" that they would be consulted, based upon past practice. Failure on the part of the government to undertake the necessary consultation violated that expectation, but was in the circumstances of the case justified by the demands of national security. The foundation for the judgment had been laid by earlier decisions of the highest court. In particular, in *O'Reilly v. Mackman*<sup>48</sup> Lord Diplock had set out the basis upon which convicted prisoners could challenge a disciplinary award of forfeiture of remission of sentence made by the prison Board of Visitors. They alleged that the Board had failed to observe the rules of natural justice. It could not, of course, be contended that the Board's decision had infringed any right of the appellants in private law. Each appellant had only a legitimate expectation, based on his knowledge of the general practice, that he would be granted the maximum remission of one-third of his sentence.

In public law, as distinguished from private law, however, such legitimate expectation gave to each appellant a sufficient interest to challenge the legality of the adverse disciplinary award made against him by the board on the ground that in one way or another the board in reaching its decision had acted outwith the powers conferred on it by the legislation under which it was acting; and such grounds would include the board's failure to observe the rules of natural justice: which means no more than to act fairly towards him in carrying out their decision-making process...<sup>49</sup>

The *Council of Civil Service Unions* decision was of particular interest and importance, quite apart from Lord Diplock's systematisation of the grounds of judicial review, because it concerned the exercise of powers under the royal prerogative, not under statute. The royal prerogative consists of the powers and privileges inherently attaching to the Crown at common law, which have not been curtailed or abolished by Parliament powers which Dicey defined as "the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands

<sup>48</sup> [1983] 2 AC 237.

<sup>49</sup> *Idem*, 275.

of the Crown".<sup>50</sup> Although the courts had long claimed authority to determine the existence and extent of a prerogative power, they had declined jurisdiction to examine its exercise. It had been settled for centuries that the limits of prerogative were a matter of law, as expounded by the courts. Coke C.J. had declared that "the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him".<sup>51</sup> It had long been thought, however, that the mode of exercise of and admitted prerogative, which might for example concern defense of foreign relations or the treaty-making power, could not be subjected to judicial scrutiny.<sup>52</sup> In the *Council of Civil Service Unions* case, however, the government had acted under the authority of an Order in Council, made in the exercise of the royal prerogative.<sup>53</sup> The court did not think that the position could sensibly be distinguished from the exercise of power under a statutory order. The majority held that the previous limits on judicial review of the prerogative must be rejected: they had been "overwhelmed by the developing modern law of judicial review".<sup>54</sup> Provided that the subject-matter of the application was amenable to judicial review—that it could not be set aside as nonjusticiable—the exercise of a prerogative power was subject to review in the courts on the same basis, and in accordance with the same principles, as applied to the exercise of statutory power.

The supervisory jurisdiction of the High Court in respect of error of law was enlarged and strengthened by the decision in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*.<sup>55</sup> The House of Lords ruled that a clause<sup>56</sup> providing that "the determination by the Commission of any application made to them under this Act shall not be called in question in any court of law" did not preclude the court from setting aside what purported to be a determination, but was in fact a nullity. The Commission had misunderstood the law applicable to its decision and therefore grounded its rejection of the applicant's claim to compensation on matters which were irrelevant to a proper determination. Accordingly, the tribunal had exceeded its jurisdiction, and the ouster clause could not protect from judicial control a decision which was *ultra vires*. The

<sup>50</sup> Dicey's definition has been criticised: see Wade, H.W.R., *Constitutional Fundamentals*, The Hamlyn Lectures, 32nd series, p. 49.

<sup>51</sup> *Case of Proclamations* (1611) 12 Co. Rep. 74.

<sup>52</sup> See e.g. *Blackburn v. Attorney General* [1971] 1 W.L.R. 1037.

<sup>53</sup> Civil Service Order in Council 1982, Article 4.

<sup>54</sup> [1985] AC 374, 407 (Lord Scarman).

<sup>55</sup> [1969] 2 AC 147.

<sup>56</sup> Foreign Compensation Act 1950, s. 4 (4).

court denied that its decision conflicted with the intention of Parliament. Lord Wilberforce asked rhetorically: "What would be the purpose of defining by statute the limit of a tribunal's powers if, by means of a clause inserted in the instrument of definition, those limits could safely be passed?"<sup>57</sup> The result of the decision, however, is to narrow, or eliminate, the distinction between error of law made within and error of law outwith jurisdiction: a tribunal which mistakes the applicable law will necessarily embark on an inquiry as to the facts which it has no jurisdiction to entertain. Its effect has been summarised by Lord Diplock:

It is a legal landmark; it has made possible the rapid development in England of a rational and comprehensive system of administrative law on the foundation of the concept of *ultra vires*. It proceeds on the presumption that where Parliament confers on an administrative tribunal or authority, as distinct from a court of law, power to decide particular questions defined by the Act conferring the power, Parliament intends to confine that power to answering the questions as it has been so defined, and if there has been any doubt as to what that question is this is a matter for courts of law to resolve in fulfilment of their constitutional role as interpreters of the written law and expounders of the common law and rules of equity. . . . The breakthrough made by *Anisminic* was that, as respects administrative tribunals and authorities, the old distinction between errors of law that went to jurisdiction and errors of law that did not was for practical purposes abolished. Any error of law that could be shown to have been made by them in the course of reaching their decision on matters of fact or of administrative policy would result in their having asked themselves the wrong question with the result that the decision they reached would be a nullity.<sup>58</sup>

### III. THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS AND CIVIL LIBERTIES

Modern developments in English administrative law illustrate the protection afforded the individual by the Rule of Law. In *Anisminic*, the House of Lords refused to accept that the statute had deprived the complainant of recourse to the courts to remedy error of law by the tribunal. The grounds of judicial review set out in *Council of Civil*

<sup>57</sup> [1969] 2 AC 147, 208. See Wade, H.W.R. (1969) 85 *L.Q.R.* 198.

<sup>58</sup> *Re Racal Communications Ltd.* [1981] AC 374, 382.

*Service Unions v. Minister for the Civil Service* can be applied to safeguard important individual rights and freedoms. The doctrine of natural justice ensures compliance with minimum standards of procedural fairness. It had been applied in 1609 in *Dr. Bonham's Case*,<sup>59</sup> where Coke C.J. had expressed the view:

That in many cases the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: For when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.

No statute could be interpreted as constituting a man judge in his own cause. The modern doctrine of parliamentary sovereignty requires the courts to give full effect and obedience to every Act of Parliament—at least in all ordinary circumstances. No one would argue today that the common law was superior to statute. The interpretative function of the courts, however, is complementary to the legislative supremacy of Parliament: "Although there are no positive words in a statute requiring that the party shall be heard, yet the justice of the common law shall supply the omission of the legislature."<sup>60</sup> The courts will therefore supplement the procedure laid down in legislation in order to secure procedural fairness, provided that the statutory procedure is insufficient to achieve justice and that the requirement of additional measures would not frustrate the legislative purpose.<sup>61</sup> The important decision in *Ridge v. Baldwin*<sup>62</sup> is itself a fine illustration of this process.

The power to review the decisions of inferior tribunals and public officials on the grounds of rationality or reasonableness may also serve to protect important rights and freedoms. In *Wheeler v. Leicester City Council*<sup>63</sup> the court condemned a ban imposed by the Council on the use by a local football club of a recreation ground because of its refusal fully to endorse the Council's policy in respect of racial apartheid. The club had not condemned a forthcoming tour of South Africa, in which club players were to take part, in the terms which the Council required. The House of Lords held that the imposition of the ban was

<sup>59</sup> (1609) 8 Co. Rep. 107.

<sup>60</sup> *Cooper v Wandsworth Board of Works* (1863) 14 C.B. (N.S.) 180, 194 (Byles J.).

<sup>61</sup> *Wiseman v. Borneman* [1971] AC 297, 308 (Lord Reid).

<sup>62</sup> *Supra*, n. 44 and text.

<sup>63</sup> [1985] AC 1054.

unreasonable in the *Wednesbury* sense, or if not, could be impugned on the ground of procedural impropriety. The Council could not properly seek to use its statutory powers of management for the purposes of punishing the club, which had done nothing to justify the sanction imposed. The Council had a duty under the Race Relations Act 1976, section 71, to pursue a policy designed to promote good relations between persons of different racial groups. In determining the extent of the Council's powers, however, the statutory provisions had to be construed in the light of the individual's freedoms of speech and conscience. According to Browne-Wilkinson L.J., in the Court of Appeal, it was "undoubtedly part of the constitution of this country that, in the absence of express legislative provisions to the contrary, each individual has the right to hold and express his own views."<sup>64</sup> Since Parliament had not expressly authorised the punishment of citizens who reasonably dissented from the views of a public authority, the Council had acted unlawfully in discriminating against the club. This view was echoed by Lord Templeman, in the highest court, who stated: "A private individual or a private organisation cannot be obliged to display zeal in the pursuit of an object sought by a public authority and cannot be obliged to publish views dictated by a public authority."<sup>65</sup>

The interpretative function of the judges, which Dicey had emphasised as a means of preserving the Rule of Law in the face of the legislative supremacy of Parliament, remains an essential constitutional safeguard today. Accordingly, the application of statutes in the courts is governed by well established and publicly articulated constitutional standards, which seek to ensure that the reasonable expectations of the citizen are duly respected, and that his traditional liberties are curtailed only by clear and deliberate provision. Lord Wilberforce has described the constitutional role of the courts:

This power which has been devolved upon the judges from the earliest times is an essential part of the constitutional process by which subjects are brought under the Rule of Law — as distinct from the rule of the King or the rule of Parliament... The saying that it is the function of the courts to ascertain the will or intention of Parliament is often enough repeated... If too often or unreflectingly stated, it leads to neglect of the important element of judicial construction; an element not confined to a mechanical

<sup>64</sup> *Idem*, 1063.

<sup>65</sup> *Idem*, 1080.

analysis of today's words, but, if this task is to be properly done, related to such matters as intelligibility to the citizen, constitutional propriety, considerations of history, comity of nations, reasonable and non-retroactive effect and, no doubt, in some contexts, to social needs.<sup>66</sup>

The province of the Rule of Law may be illustrated in respect of the criminal law. Penal statutes are in general strictly construed so that the subject will not be entrapped by ambiguous laws. The common law presumption against according retrospective force to any statutory extension of the criminal law embodies the fundamental precept, *nulla poena sine lege*. The clearest statutory words are needed to impose such criminal liability since the courts adopt the view that "it is hardly credible that any government department would promote or the Parliament would pass retrospective criminal legislation."<sup>67</sup> There is a similar presumption that punishment cannot justly be inflicted in the absence of fault: it is a "cardinal principle of our law that *mens rea*, an evil intention or a knowledge of the wrongfulness of the act, is in all ordinary cases an essential ingredient of guilt of a criminal offence."<sup>68</sup> The presumption here is subject to displacement either by the express words of the statute or even by necessary implication. It is, nevertheless, an important contribution to fairness and justice, whose justification has been explained by Lord Diplock as being based on the principle "that it is contrary to a rational and civilised criminal code, such as Parliament must be presumed to have intended, to penalise one who has performed his duty as a citizen to ascertain what acts are prohibited by law (*ignorantia juris non excusat*) and has taken all proper care to inform himself of any facts which would make his conduct lawful."<sup>69</sup>

English criminal law recognises and enshrines the defendant's privilege against self-incrimination or "right of silence". He cannot normally be required to provide an account of his actions to the police, nor is he obliged to give evidence at his trial. If he confesses to the crime charged against him, his confession cannot be received in evidence unless it has been fairly obtained in accordance with legal safeguards.<sup>70</sup> A dispute as to the manner in which his confession was obtained will be settled

<sup>66</sup> *Black-Clawson Ltd. v. Papierwerke AG* [1975] AC 591, 629-30.

<sup>67</sup> *Waddington v. Miah* [1974] 1 WLR 683, 694 (Lord Reid).

<sup>68</sup> *Sweet v. Parsley* [1970] AC 132, 152 (Lord Morris).

<sup>69</sup> *Idem*, 163.

<sup>70</sup> Police and Criminal Evidence Act 1984, s 76, replacing earlier common law rules requiring that the confession be "voluntary".

by the judge, hearing evidence in the absence of the jury at a *voire dire*. If the judge rules the confession inadmissible, it will be excluded from the evidence at trial. Moreover, the defendant's own testimony at the *voire dire* cannot be used against him at the substantive trial, for this would infringe his right of silence.<sup>71</sup> The general principle, that all relevant evidence is admissible to prove that the defendant committed the offence with which he is charged, is qualified in fairness to him. Evidence which has been obtained from him by trickery or deception, in such a way as to invade his privilege against self-incrimination, may be excluded in the judge's discretion.<sup>72</sup> The relevant principles were set out by Lord Scarman:

No man is to be compelled to incriminate himself: *nemo tenetur se ipsum prodere*. No man is to be convicted save on the probative effect of legally admissible evidence. No admission or confession is to be received in evidence unless voluntary. If legally admissible evidence be tendered which endangers these principles... the judge may exercise his discretion to exclude it, thus ensuring that the accused has the benefit of principles which exist in the law to secure him a fair trial... If an accused is misled or tricked into providing evidence (whether it be an admission or the provision of fingerprints or medical evidence or some other evidence), the rule against self-incrimination—*nemo tenetur se ipsum prodere*, is likely to be infringed.<sup>73</sup>

The interpretation of statute should respect these principles. A refusal to answer questions cannot generally amount to obstruction of a police constable in the execution of his duty within the meaning of the Police Act 1964.<sup>74</sup> Since there is no general police power to detain a citizen for questioning, short of a *forma* arrest, a suspect who uses force to escape such an unlawful detention cannot be convicted of assaulting a police constable in the execution of his duty under that Act.<sup>75</sup> A statutory power of arrest may itself be lawfully exercised only if the suspect is informed of the offence of which he is suspected. Lord Simonds noted that in many cases the powers of arrest exercised by the police were the same as those of every other citizen:

<sup>71</sup> *R v. Brophy* [1982] AC 476.

<sup>72</sup> *R v. Sang* [1980] AC 402. See also Police and Criminal Evidence Act 1984 s 78.

<sup>73</sup> *Idem*, 455-56.

<sup>74</sup> *Rice v. Connolly* [1966] 2 QB 414.

<sup>75</sup> *Kenlin v. Gardiner* [1967] 2 QB 510.

Is citizen A bound to submit unresistingly to arrest by citizen B in ignorance of the charge made against him? I think, my Lords, that cannot be the law of England. Blind, unquestioning obedience is the law of tyrants and of slaves: it does not yet flourish on English soil... It is a condition of lawful arrest that the man arrested should be entitled to know why he is arrested...<sup>76</sup>

One aspect of the defendant's right of silence at his trial is what Lord Sankey called the "golden thread" of English criminal law: that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt.<sup>77</sup> If it fails to prove the defendant's guilt beyond reasonable doubt, he is entitled to an acquittal. The common law principle, however, is subject to certain exceptions: the defendant bears the burden of proving a defence of insanity since there is a legal presumption in favour of sanity. It is also settled that the burden of proving a statutory defence may lie on the defendant, either if the statute expressly so provides or even by implication. Nevertheless, in deciding where the burden of proof on an issue lies, the court is entitled to consider the position of the defendant, as well as the statutory purpose. How readily would he be able to discharge the burden of establishing the statutory defence? It has been recently stated that "Parliament can never lightly be taken to have intended to impose an onerous duty on a defendant to prove his innocence in a criminal case, and a court should be very slow to draw any such inference from the language of a statute."<sup>78</sup>

The decisions of the courts have not always adequately reflected the strength of these principles, however. Statutes have sometimes been applied harshly, when it might seem that individual liberty could have been more fully protected without flouting legislative supremacy. In *Wills v. Bowley*<sup>79</sup> the House of Lords held that the power of a constable under section 28 of the Town Police Clauses Act 1847, to arrest a person who "within his view commits" one of a prescribed series of offences, extended to cases where the constable honestly believed on reasonable grounds that an offence had been committed, even though the suspect arrested was subsequently acquitted. In his dissenting speech, Lord Lowry referred to the famous dictum of Pollock C.B., in a case where the Court of Exchequer had refused to accord a wide interpretation to a statute granting a power of arrest without warrant: "In a case in which the liberty of the subject is concerned, we cannot go beyond the natural

<sup>76</sup> *Christie v. Leachinsky* [1947] AC 573, 591. See now Police and Criminal Evidence Act 1984 s 28.

<sup>77</sup> *Woolmington v. D.P.P.* [1935] AC 462.

<sup>78</sup> *R v. Hunt* [1987] 1 All E R 1, 11 (Lord Griffiths).

<sup>79</sup> [1983] AC 57.

construction of the statute.”<sup>80</sup> He rejected the opinion of the majority, citing the speech of Lord Simonds in *Christie v. Leachinsky*,<sup>81</sup> in support of his view that the liberty of the subject and the convenience of the police or other executive authority could not be weighed equally in the scales against each other:

The principle that “ambiguous” statutory provisions, not least those dealing with the power of arrest, should be construed in favour of the liberty of the subject is not a mere incantation to be recited only where its observance can do no possible harm to the cause of public order. It is a real and compelling guide which has been hallowed by authority and usage and we must recognise that its application can have inconvenient consequences.<sup>82</sup>

In *Liversidge v. Anderson*<sup>83</sup> the House of Lords considered the powers of the Home Secretary under Defence Regulations, issued under the Emergency Powers (Defence) Act 1939, to order the detention of any person whom he had “reasonable cause to believe... to be of hostile origin or associations.” In his famous dissent, Lord Atkin was clear that the Minister must show reasonable grounds for his belief, which could be examined by the court. The statutory requirement of reasonable cause connoted an objective condition, which must be satisfied before any power of detention was given. The majority, however, were persuaded, on consideration of the context of the statute and the regulations, that the Minister’s discretion could not be examined in the courts: as long as he acted in good faith, he was answerable to Parliament alone for the performance of his duties. The statute envisaged the exercise of an extraordinary power in the interests of public safety in time of war. Lord Atkin’s forceful and eloquent dissenting speech has, nevertheless, made an important contribution to English public law:

In this country, amidst the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which on recent authority we are now fighting, that the judges are no respecter of persons and stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> *Bowditch v. Balchin* (1850) 5 Exch. 378, 381.

<sup>81</sup> *Supra* n. 76.

<sup>82</sup> [1983] AC 57, 88.

<sup>83</sup> [1942] AC 206.

<sup>84</sup> *Idem*, 244.

The highest tribunal has now accepted that Lord Atkin's speech correctly stated and applied the modern law.<sup>85</sup> Even where a Minister is required only to be "satisfied" of the existence of certain matters, it has been held that the court may examine the facts which form the basis of his judgment. It may enquire whether those facts exist and have been properly taken into account by the Minister in reaching his decision.<sup>86</sup> Moreover, the exercise of an executive power may depend, not on an evaluation of relevant facts by the Minister or official, but on the precedent establishment of an objective fact, in the sense that the court may decide whether or not the condition is satisfied on which his jurisdiction is founded. In *Khawaja v. Secretary of State for the Home Department*<sup>87</sup> the House of Lords decided that an immigration officer could only order the detention and removal of a person who had entered the country by virtue of an *ex facie* valid permission if the person was an illegal entrant, within the meaning of the Immigration Act 1971. That was a "precedent fact" which had to be established: it was not sufficient that the officer believed him to be an illegal entrant, even on reasonable grounds, if in the view of the court the evidence did not justify his belief. The contrary decision of the House of Lords in *Zamir v. Secretary of State for the Home Department*<sup>88</sup> was overruled. The scope of judicial review could not in this instance be confined within the limits of the *Wednesbury* principles; the *Zamir* decision had given insufficient weight to the important consideration that the executive power inevitably infringed the liberty of the individual. That consideration outweighed any difficulties in the administration of immigration control. In cases where a man sought the protection of his liberty by means of an application for *habeas corpus*, the *Wednesbury* principle was displaced, unless Parliament by plain words had provided otherwise. Nor was *habeas corpus* protection limited to British subjects: every person within the jurisdiction enjoyed the equal protection of the laws. Lord Scarman stated the principle of construction: "If Parliament intends to exclude effective judicial review of the exercise of a power in restraint of liberty, it must make its meaning crystal clear."<sup>89</sup>

Many critics of the British Constitution think that there is nevertheless insufficient protection for fundamental rights and basic civil liberties.

<sup>85</sup> *IRC v. Rossminster Ltd.* [1980] AC 952 at 1011, 1025.

<sup>86</sup> *Secretary of State for Education v. Tameside MB* [1977] AC 1014.

<sup>87</sup> [1984] AC 74.

<sup>88</sup> [1980] AC 930.

<sup>89</sup> [1984] AC 74, 111.

It is widely argued that the judicial role in interpreting statutes, in which Dicey placed his faith, is too weak to counteract the legislative sovereignty of Parliament, exerted at the behest and direction of government. Representative government, however fair its arrangements for securing democratic accountability, cannot of its nature guarantee the rights and interests of unpopular minorities against curtailment by the majority. human rights against encroachment by ordinary Act of Parliament, was The case for adopting a Bill of Rights, which would protect fundamental argued by Lord Scarman in 1974.<sup>90</sup> He thought *Liversidge v. Anderson* the classic example of the weakness of the common law in the face of extraordinary legislation:

When times are normal and fear is not stalking the land, English law sturdily protects the freedom of the individual and respects human personality. But when times are abnormally alive with fear and prejudice, the common law is at a disadvantage: it cannot resist the will, however frightened and prejudiced it may be, of Parliament. . . It is the helplessness of the law in face of the legislative sovereignty of Parliament which makes it difficult for the legal system to accommodate the concept of fundamental and inviolable human rights.<sup>91</sup>

It is not difficult to find other examples to support the argument for constitutional change. In *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*<sup>92</sup> Lord Scarman declared that the principles stated in *Entick v. Carrington*<sup>93</sup> remained good law: no official could lawfully set his foot upon the premises of any citizen unless he could show some positive law by way of justification. He nevertheless agreed with the decision of the House of Lords upholding the exercise by Inland Revenue officers of their power, under the Taxes Management Act 1970, to enter premises and seize and remove "any things whatsoever found there" which they had reasonable cause to think might be required as evidence in connection with any offence of tax fraud. The House rejected the submission that the warrants issued under the Act should have given particulars of the offences suspected: it was enough that they named the officers authorised to enter and search the premises which they identified. The legislative purpose might otherwise be defeated, for warrants were issued at the

<sup>90</sup> *English Law - The New Dimension* (The Hamlyn Lectures, 26th series).

<sup>91</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>92</sup> [1980] AC 952.

<sup>93</sup> *Supra* n. 18 and text.

20 FEB. 1989



stage of investigation when secrecy might be vital to the success of detection. The court further held, however, that the Revenue need not specify the particular tax offences suspected when the validity of the warrants and the legality of the seizure were challenged on judicial review. In a civil action for trespass, the Revenue could claim a public interest immunity from disclosure of the grounds of their belief that the documents might be evidence required to prove an offence involving tax fraud, at least until sufficient time had elapsed to complete the investigation and institute criminal proceedings. Such immunity from disclosure could not be circumvented by an application for judicial review: the presumption that the Revenue had acted *intra vires* could only be displaced by evidence of facts inconsistent with there having been reasonable cause for the belief that the documents might be required as evidence. The eighteenth century cases on the illegality of "general warrants", of which *Entick v. Carrington* is the most famous example, had been cited by Lord Denning in support of the contrary opinion of the Court of Appeal. In the higher court, however, the approach of the common law, jealous of the subject's rights, gave way to the obligation to give full effect to the statutory purpose of combatting offences involving tax fraud.<sup>94</sup>

#### IV. THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN ENGLISH LAW

There is an interesting contrast between the British approaches to the protection of civil liberties in domestic and in international law. The European Convention on Human Rights, drafted under the auspices of the Council of Europe and drawing inspiration from the United Nations Universal Declaration of Human Rights, was ratified by the United Kingdom in 1951. Although the Convention is therefore binding on the United Kingdom government as a matter of international law, it forms no part of English domestic law since no treaty or convention can achieve legal status within the real unless approved and enacted by Parliament. The Convention requires that states which are parties to it must secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms declared, and they must provide an effective remedy before a national authority for the violation of these rights.<sup>95</sup> Accordingly, the government must seek legislation to ensure that English law conforms with the requirements of the Convention, when it appears that any of the specified

<sup>94</sup> See especially Lords Scarman and Diplock. Compare the decision of the Court of Appeal [1979] 3 All E R 385.

<sup>95</sup> Articles 1 and 13.

rights are inadequately recognised in existing domestic law. For example, in 1973 the House of Lords upheld the grant of an injunction restraining the proprietors of the *Sunday Times* from publishing an article relating to pending civil actions for negligence concerning the manufacture and sale of the drug thalidomide.<sup>96</sup> Despite the strong public interest in the outcome of the negligence proceedings, the House of Lords held that it was a contempt of court to publish material prejudging their result by attributing blame to one party. The European Court of Human Rights at Strasbourg, empowered to interpret the Convention, subsequently held that the injunction could not be justified: it was not necessary in a democratic society for maintaining the authority of the judiciary—one of the qualifications, stipulated in Article 10 of the Convention, to the right to freedom of expression.<sup>97</sup> The Contempt of Court Act 1981 was enacted partly to bring United Kingdom law into conformity with the Convention. The *sub judice* rule now prohibits only publications which create a substantial risk that the course of justice in the relevant proceedings will be seriously impeded or prejudiced.<sup>98</sup>

The Convention may, however, have a more indirect effect on the scope and character of individual rights in municipal law. There is a presumption that "Parliament does not intend to act in breach of international law".<sup>99</sup> In interpreting a statute, therefore, the court will prefer a meaning which does not contradict the international obligations of the United Kingdom government under the Convention. Lord Reid referred to the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention when declining to accord retrospective force to an offence under the Immigration Act 1971.<sup>100</sup> Lord Denning has stated that in any case of uncertainty or ambiguity, the court could look to the Convention as an aid to construction, seeking to bring legislation into harmony with it.<sup>101</sup> In a case where a citizen of Bangladesh, seeking to enter the United Kingdom, obtained an order of mandamus requiring the Secretary of State to hear and determine her application for a certificate of patriality, the Court of Appeal supported her statutory right to enter the country<sup>102</sup> by reference to her right to respect for private and family life under Ar-

<sup>96</sup> *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.* [1974] AC 273.

<sup>97</sup> (1980) 2 EHRR 245.

<sup>98</sup> Section 2 (2).

<sup>99</sup> *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, 143 (Diplock L.J.).

<sup>100</sup> *Waddington v. Miah* [1974] 1 WLR 683.

<sup>101</sup> *R v. Chief Immigration Officer, ex p Salamat Bibi* [1976] 1 WLR 979.

<sup>102</sup> Immigration Act 1971 s 1.

ticle 8 of the Convention, and to the principle, derived from Magna Carta 1215, that justice delayed is justice denied.<sup>103</sup>

It may, of course, happen under our law that the basic rights to justice undeferred and to respect for family and private life have to yield to express requirements of a statute. But... it is the duty of the courts, so long as they do not defy or disregard clear unequivocal provision, to construe statutes in a manner which promotes, not endangers, those rights. Problems of ambiguity or omission, if they arise under the language of an Act, should be resolved so as to give effect to, or at least so as not to derogate from, the rights recognised by Magna Carta and the European Convention.<sup>104</sup>

The court's suggestion, however, that the executive should have regard to the Convention in administering the Act was subsequently disapproved: immigration officers should simply apply the immigration rules laid down by the Secretary of State pursuant to his powers under the statute.<sup>105</sup> A similar result obtained where an applicant, who faced extradition to California to stand trial for murder, sought judicial review of the Minister's warrant ordering his surrender, which was issued while his application under the European Convention was still pending.<sup>106</sup> He argued that infliction of the death penalty, involving inordinate delay, if he were convicted in California, would amount to inhuman and degrading treatment within the provisions of the Convention. The court refused the application on the ground that, when exercising his powers under the Extradition Act 1870, the Home Secretary was not obliged to consider the requirements of the Convention since it formed no part of municipal law. His decision to order extradition could not therefore be impugned on *Wednesbury* principles governing the exercise of executive discretion.

Moreover, the influence of the European Convention as an indirect source of law seems to be largely confined to statutory interpretation. It is doubtful how it can legitimately alter the development of the common law:<sup>107</sup> although increasingly frequent reference to the Convention

<sup>103</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Phansopkar* [1976] QB 606.

<sup>104</sup> *Idem*, 626 (Scarman L.J.) Magna Carta contained a statement of grievances and set out certain rights against the arbitrary power of the Crown.

<sup>105</sup> *Ex p Salamat Bibi, supra*.

<sup>106</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Kirkwood* [1984] 2 All E R 390.

<sup>107</sup> But see *Ahmad v. ILEA* [1978] QB 36, where Scarman L.J. stated that the courts

in the courts may serve to strengthen existing rights and freedoms, it cannot authorise the recognition of new ones. In *Malone v. Metropolitan Police Commissioner (No. 2)*<sup>108</sup> the plaintiff sought declarations to the effect that his telephone had been unlawfully tapped in connection with a police investigation into offences of handling stolen property. He sought to rely, in part, on Article 8 of the Convention, which guarantees everyone "the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence." Sir Robert Megarry V-C accepted that the absence of English authority was not in itself a barrier to recognition of the right to privacy for which the plaintiff contended: if the principles of English law, based on analogies from existing rules, together with the requirements of justice and common sense pointed firmly to such a right, the court could properly recognise it. He did not think, however, that the case for it had been made out. In the absence of legislation, Article 8 of the Convention could make little difference to the judge's view of the applicable law:

I readily accept that if the question before me were one of construing a statute enacted with the purpose of giving effect to obligations imposed by the Convention, the court would readily seek to construe the legislation in a way that would effectuate the Convention rather than frustrate it. However, no relevant legislation of that sort is in existence. It seems to me that where Parliament has abstained from legislating on a point that is plainly suitable for legislation, it is indeed difficult for the court to lay down new rules of common law or equity that will carry out the Crown's treaty obligations...<sup>109</sup>

#### V. POLITICAL RESPONSIBILITY AND DEMOCRATIC CONTROL

The efficacy of a model of responsible government cannot be judged in legal terms alone. The maintenance of constitutional government requires that legal control be supplemented by political accountability. It has been explained that the doctrine of ministerial responsibility, in both its collective and its individual aspects, traditionally operates to meet this need. In matters of policy and administration, the government must submit to the scrutiny of Parliament, and a wise government will

"will interpret statutory language and apply common law principles, wherever possible, so as to reach a conclusion consistent with our international obligations..."

<sup>108</sup> [1979] Ch 344.

<sup>109</sup> *Idem*, 379.

often allow Parliament to exert an important influence on the formation of policy. Central to the relationship between government and Parliament is the party system. It is an essential function of Parliament not merely to criticise but also to sustain the government: the electorate is able to judge between the various political parties; the party which wins a parliamentary majority is expected to form a government committed to the implementation of its policies.<sup>110</sup> The individual Member of Parliament is considered to be a representative of his constituents, and not a delegate committed to the support of any particular cause.<sup>111</sup> However, the government generally assume that it has a mandate to implement the major parts of its party manifesto at the general election; and it is widely thought to be unconstitutional (in the conventional sense) for important changes to be effected to which the electorate has not been asked to consent.<sup>112</sup> The domination of Parliament by party alliances, however, also permits systematic criticism of, and opposition to, the elected government. The official Opposition occupies an accepted and established position within the constitutional system:

The Opposition is at once the alternative to the Government and a focus for the discontent of the people. Its function is almost as important as that of the Government. If there be no Opposition there is no democracy. "Her Majesty's Opposition" is no idle phrase. Her Majesty needs an Opposition as well as a Government.<sup>113</sup>

Sir Ivor Jennings considered that the duty of the Opposition to attack the government was the major check which the Constitution provided upon corruption and defective administration.<sup>114</sup> The leaders of the Opposition and the chief party whips in each House of Parliament are paid salaries out of the Consolidated Fund. There is normally co-operation between government and Opposition as regards parliamentary business: the minority agrees that the majority must govern, and the majority agrees that the minority should criticise.<sup>115</sup> Nineteen days are allocated in each Session for debates on subjects chosen by opposition parties: by

<sup>110</sup> See Colin Turpin, *British Government and the Constitution*, p. 365.

<sup>111</sup> Edmund Burke, Speech to the Electors of Bristol 1774 (*Works*, 1826 ed. vol. III, pp. 19-20).

<sup>112</sup> Ivor Jennings, *Cabinet Government* (3rd ed. 1959), pp. 503-509.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 499.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 500.

convention the official Opposition consults with minor opposition parties and allocates some of the days to them.

Although debates on the floor of the House form the principal instrument for waging the party battle, they are supplemented by other means of scrutiny and control. Backbench Members, and Opposition spokesmen, may ask questions of Ministers relating to matters for which those Ministers are responsible. The Home Secretary may be questioned, for example, in his capacity as police authority for the Metropolitan Police, but cannot generally comment on operational matters which are the responsibility of the Police Commissioner. The device of the "open Question", followed by a supplementary question, is often used to elicit the Prime Minister's response to current events and matters of topical interest. An important recent development is the establishment in 1979 of fourteen Select Committees of the House of Commons, charged with the examination and scrutiny of the expenditure, administration and policy of each of the principal government departments. Each committee concentrates on the work of a particular department or departments, and the Foreign Affairs, Home Affairs, and Treasury and Civil Service Committees are empowered to establish sub-committees. The committees are staffed by Backbench Members, drawn from all the parties; but they have often adopted a non-partisan stance, adopting a unanimous report critical of government policy in their field of concern. Permitting more rigorous and sustained scrutiny of the administration than is possible through intervention on the floor of the House, the committees have wide powers, supported in the last resort by the jurisdiction of the House to determine a charge of contempt. A committee has power to "send for persons, papers and records": both Ministers and senior civil servants are questioned in detail, although certain categories of information are never disclosed. The importance and influence of the new departmental committees cannot be compared with the powerful committees of Congress in the United States of America; unlike the role of congressional committees in the context of the American separation of powers, the British parliamentary committees operate within a system in which the initiative in legislation and policy remains with the government. They do, however, afford a means for enhancing the Member's role—enabling Members of Parliament to extract information from government and to develop an expertise in their own field of enquiry. The general verdict on the first few years of the committee's work, from within Parliament, was that it had "considerably extended the range of

the House's activity, strengthened its position relative to that of the government, and deepened the quality of its debates."<sup>116</sup>

In addition to the new committees, the Public Accounts Committee, established by Gladstone in 1861, continues to examine the expenditure of government departments. Assisted by the Comptroller and Auditor-General, who is independent of government as an officer of the Commons,<sup>117</sup> this influential Select Committee has extended its auditing role to encompass investigation of administrative efficiency, economy and effectiveness. Its unusual strength derives from its exceptional freedom from the normal party divide: "The success of the Public Accounts Committee lies essentially in its ability to function as a reasonably unified group of parliamentarians, jealous of the role of Parliament as guardian of the taxpayer and the citizen."<sup>118</sup> Extensive powers to summon witnesses for examination, and to require the provision of information and documents, are also possessed by the Parliamentary Commissioner for Administration (or "Ombudsman"). He is empowered, under the Parliamentary Commissioner Act 1967 to investigate complaints of injustice resulting from "maladministration" by government departments, and further assists the work of Parliament in its scrutiny of the executive. A report on his work is made to the House of Commons by the Select Committee on the Parliamentary Commissioner, which considers whether the injustices which he has disclosed have been satisfactorily remedied by the departments concerned. The Commissioner is strictly concerned neither with the legality of administrative action and decision making nor with its merits: there may be administrative failure without abuse of power in the legal sense and where any relevant policy has been properly authorised. However, an inference of maladministration may sometimes be drawn where a decision is quite unreasonable or "thoroughly bad in quality".<sup>119</sup>

Informed and effective scrutiny of the exercise of power, by the public as well as by Parliament, depends on the availability of information. British government has been frequently and justly criticised for excessive secrecy: the decision-making process has often been hidden unnecessarily from public view. Since 1977 government departments have been instructed to publish more of the factual and analytical material used as the

<sup>116</sup> First Report from the Liaison Committee (1982-83) HC 92, para 6.

<sup>117</sup> National Audit Act 1983.

<sup>118</sup> Douglas Wass, *Government and the Governed*, BBC Reith Lectures 1983, p. 67. See also Drewry, *Select Committees and Back-bench Power*, *The Changing Constitution* ed Jowell and Oliver, Ch. 6.

<sup>119</sup> See generally Turpin, *op. cit.*, Ch. 7.

background to major policy studies.<sup>120</sup> In the absence of any legal right of access to information, which the citizen may assert, however, its provision remains dependent on government discretion. The doctrines of individual and collective ministerial responsibility are considered to demand the protection of official advice given to Ministers and of Cabinet papers and minutes. Neither the parliamentary Select Committees nor the Parliamentary Commissioner may demand evidence relating to the work of the Cabinet or of Cabinet committees. The courts have recognised a public interest in the maintenance of confidentiality in respect of Cabinet discussion.<sup>121</sup> Although it may be legitimate to protect the privacy of high level policy formation, at least in ordinary circumstances, the existing law is widely thought to encourage unnecessary secrecy. In particular, section 2 of the Official Secrets Act 1911 makes it unlawful for an official to disclose a wide range of material without authorisation: indeed it is a criminal offence to disclose any information which he has obtained by virtue of his holding office under the Crown. Whether or not a legal right to information is accorded the citizen, it is now widely considered that such Draconian penal provisions are unacceptable and should be repealed or amended. The statute provides a defence to the unauthorised disclosure of information by an official where communication is to someone "to whom it is in the interest of the State his duty to communicate it".<sup>122</sup> It is doubtful, however, whether the defendant can rely on any civil or moral duty or public interest beyond his official duty as a government employee and the public interest as interpreted by the government of the day.<sup>123</sup> Moreover, although a public authority is now no longer automatically accorded a public interest immunity in litigation, there remains judicial disagreement on the respective values of secrecy and openness as regards the working of government.<sup>124</sup>

Finally, in the context of political accountability, the recent use of the national referendum of public opinion must be recorded. Although an exceptional feature, in a system of representative democracy, the referendum device was first used to obtain popular approval of continued

<sup>120</sup> The Croham Directive, 6 July 1977: quoted by Turpin, *supra*, 465-66.

<sup>121</sup> *Attorney General v. Jonathan Cape Ltd.* [1976] QB 752.

<sup>122</sup> Section 2 (1) (a).

<sup>123</sup> *R v. Ponting* [1985] Crim L R 318; *Chandler v. DPP* [1964] AC 763; Drewry [1985] Public Law 203; Thomas [1986] Crim L R 491. See generally Williams, *Official Secrecy and the Courts in Glazebrook* (ed) *Reshaping the Criminal Law*.

<sup>124</sup> Compare the views of Lord Wilberforce and Lord Scarman in *Burmah Oil Co Ltd. v. Bank of England* [1980] AC 1090, 1112 and 1144. Cf. Lord Keith, *supra*, n. 27 and text.

United Kingdom membership of the European Economic Community in 1975. Following the publication of the Kilbrandon Report on the Constitution in 1973,<sup>125</sup> the government considered proposals for the further devolution of power from Westminster to Scotland and Wales. The Scotland Act 1978 and Wales Act 1978 were subsequently passed, establishing Scottish and Welsh Assemblies: the Scottish Assembly was to have legislative powers over matters of particular Scottish concern. The sovereignty of Parliament over the whole of the United Kingdom would remain unchanged, and no revenue-raising powers were granted to the new bodies. The schemes were submitted to referendums of the Scottish and Welsh electorates, in accordance with the provisions of the respective Acts, but did not obtain the stipulated forty per cent approval, and the Acts were duly repealed. It should be noted also that the Northern Ireland Constitution Act 1973 provides, in section 1, that Northern Ireland shall not cease to be part of the United Kingdom without the consent of the majority of the people of the province voting in a referendum.

## VI. CONSTITUTIONAL MONARCHY

The theory of the modern Constitution is that the powers and prerogatives of the monarch are exercised on the advice of her Ministers, who are responsible to Parliament. The Sovereign's personal influence is, in most circumstances, confined to the exercise of three rights identified by Bagehot—the right to be consulted, the right to encourage, and the right to warn—.<sup>126</sup> It remains, however, a matter of dispute whether there are any circumstances in which the Sovereign would be entitled to disregard the advice of her Ministers. For example, it is sometimes argued that the Queen would be constitutionally entitled to refuse a request to create Peers, where the purpose was to secure a majority in the House of Lords in favour of its abolition—at least if abolition of the upper House had not been endorsed by popular mandate as the result of a general election fought on that issue—. Admittedly, an undertaking was given by George V to create sufficient Peers, if it became necessary, to ensure the passing of the Parliament Act 1911. A similar undertaking had also been given reluctantly by William IV to ensure that the Reform Bill might be passed against the wishes of the Lords in 1832. However, the effect of the Parliament Acts 1911 and 1949 is to prevent the possibi-

<sup>125</sup> Report of the Royal Commission on the Constitution (Cmnd 5460 and 5460-1).

<sup>126</sup> Walter Bagehot, *The English Constitution*, 2nd ed., p. 75.

lity of constitutional deadlock between the two Houses: the upper House can now delay a Bill (other than a Bill to extend the duration of Parliament beyond five years) but cannot prevent its receiving the royal assent against the continued wishes, confirmed in the following session, of the Commons. It would therefore be possible to achieve the reform, or abolition, of the House of Lords even against its wishes if that were desired.

It is also widely thought that there would be some circumstances in which the Queen could properly refuse to accept the Prime Minister's advice to dissolve Parliament. In particular, a minority government would not automatically be entitled to seek a majority at a general election if an alternative government might be able to command the support of the House of Commons, at least where a previous election had been recently held. Although no Sovereign would today refuse a dissolution at the request of a government enjoying majority support in the lower House, in the event of a government formed by a minority party or by a coalition of such parties, there are no settled conventions which apply. The Governor-General of Canada in 1926 and the Governor-General of South Africa in 1939 refused their Prime Minister's requests for a dissolution, but these examples are not considered good precedents for the position of the Monarch in the United Kingdom.<sup>127</sup> It would seem, however, that there must be at least a realistic possibility of an alternative government being able to obtain a working majority before such a request could properly be refused.

Constitutional deadlock between the Lower House and the Senate, comparable perhaps with the crises in England of 1832 and 1911, was offered as justification for the dismissal of the Whitlam Government by the Governor-General of Australia in 1975. The Senate had refused to pass Appropriation Bills providing supply for the Government, but Sir John Kerr's decision to dismiss the Government has remained controversial.<sup>128</sup> Once again, such events are not necessarily a good precedent for the role of the Monarch in the United Kingdom, but they are consistent with the view that a government which was acting unlawfully might properly be dismissed as an act of last resort, or perhaps if the government were defeated on a motion of confidence but declined to resign or advise a dissolution of Parliament.<sup>129</sup> The possibility of dismissal was

<sup>127</sup> Marshall and Moodie, *Some Problems of the Constitution* (5th ed., 1971), pp. 40-41.

<sup>128</sup> See Howard and Saunders in Evans (ed.) *Labour and the Constitution* 1972-1975; Sir John Kerr, *Matters for Judgment*.

<sup>129</sup> See Marshall, *Constitutional Conventions*, pp. 25-28.

debated at the time of the crisis over the Bill to grant Home Rule to Ireland in 1913, when Dicey argued that the King would be entitled to dismiss his Ministers if he thought their policy did not have the approval of the people. Sir Ivor Jennings expressed a more cautious view:

The Queen's function is, it is suggested, to see that the Constitution functions in the normal manner. It functions in the normal manner so long as the electors are asked to decide between competing parties at intervals of reasonable length. She would be justified in refusing to assent to a policy which subverted the democratic basis of the Constitution, by unnecessary or indefinite prolongations of the life of Parliament, by a gerrymandering of the constituencies in the interests of one party, or by fundamental modification of the electoral system to the same end. She would not be justified in other circumstances; and certainly the King would not have been justified in 1913.<sup>130</sup>

The personal prerogatives are now few and rarely exercised, although not limited to hypothetical instances of illegality or unconstitutional behaviour on the part of the government. The Queen may confer certain honours at her own discretion, and may (it is thought) decline to accept the advice of the Prime Minister on the award of others. Moreover, since a retiring Prime Minister cannot give binding advice on the appointment of his successor, the Sovereign may sometimes exercise a personal choice. To that extent, she retains a personal prerogative in the appointment of Ministers. Since the Queen chose Lord Home to succeed Harold Macmillan in 1963, all the major parties have adopted formal procedures for the election of party leaders, and the monarch is naturally expected to appoint the party leader. If, however, a General Election were to produce a Parliament in which no single party had an overall majority, the Queen might still have to exercise an independent judgment in her choice of Prime Minister. The claims of the leader of the largest party to appointment might be balanced by those of someone else who appeared likely to be acceptable to majority of the House of Commons as leaders of a coalition.<sup>131</sup> It is generally agreed that political intervention of any kind by the monarch should today be avoided whenever possible. What was debateable in 1913 may well be quite unacceptable in 1987. Nevertheless, it cannot be denied that limited personal

<sup>130</sup> *Cabinet Government* (3rd ed. 1959), pp. 411-12. The King's role in the crisis is fully treated in Nicolson, *King George V: His Life and Reign*.

<sup>131</sup> Marshall, *Constitutional Conventions*, pp. 29-35.

prerogative powers remain, whose exercise cannot attract ministerial responsibility. The former view, for example, that an incoming government must accept responsibility for the Sovereign's dismissal of its predecessor must be rejected, as Jennings rejected it, as a fiction without legal or political foundation.<sup>132</sup>

#### VII. THE MODERN CONSTITUTION: LEGAL DOCTRINE AND POLITICAL PRINCIPLE

It is a consequence of the development of administrative law, and the enlargement of the scope of legal control of government, that there has been an increasing conjunction of legal doctrine and political principle. Matters which Dicey might once have assigned to the realm of convention or political practice, with only marginal effect on the rules of Constitutional law, have come to be debated in the courts. The legal status of the mandate, and the legitimate role in government of the party election manifesto, may be taken as an example. The courts have been obliged to consider the weight which an elected local authority may lawfully attribute to the manifesto which had formed the basis of the majority party's election campaign. In the *Fare's Fair* case<sup>133</sup> the House of Lords held unlawful a supplementary rate precept levied by the Greater London boroughs to finance the cost of reducing fares on public transport in London by twenty-five per cent in accordance with the Labour Party's manifesto. The court held that the levy was made in breach of the Transport (London) Act 1969. Lord Diplock accepted that a Council member should give considerable weight to approval of the manifesto by the electorate when deciding whether the policies in question should be implemented. The majority party on the Council had erred in law, however, by regarding themselves as irrevocably committed to the fare reduction. He endorsed the traditional view that the Council member once elected was not the delegate of those who had voted in his favour, but was the representative of all the electors in his ward. Accordingly, there was no difference between those Councillors who were members of the majority party and those of a minority:

In neither case when the time comes to play their part in performing the collective duty of the Greater London Council to make choices of policy or action on particular matters, must members

<sup>132</sup> *Op. cit.*, pp. 448-50.

<sup>133</sup> *Bromley LBC v. Greater London Council* [1983] AC 768.

treat themselves as irrevocably bound to carry out pre-announced policies contained in election manifestos even though, by that time, changes of circumstances have occurred that were unforeseen when those policies were announced and would add significantly to the disadvantages that would result from carrying the out.<sup>134</sup>

A moderate form of the doctrine of mandate has therefore received judicial approval: the party manifesto is a factor which may properly be weighed in the balance of competing considerations in settling policy; but it must not be allowed to fetter the decision-making process by imposing a binding commitment on elected representatives whose duties should be performed in the interests of the electorate as a whole.

The practice of ministerial responsibility to Parliament has also been accorded judicial recognition. Where a statute confers powers on a Minister, they may be exercised in his name by officials of his department: he cannot be expected personally to carry out all the functions of his office. The Minister nevertheless remains accountable to Parliament for the decisions of his officials.<sup>135</sup> In *Liversidge v. Anderson*<sup>136</sup> the majority of the House of Lords, in denying the power of judicial review, attached some importance to the duty of the Home Secretary to report regularly to Parliament on the cases of detention under the Defence Regulations. Similarly, the court has declined to give relief under the Extradition Act 1870 for a breach of natural justice by the foreign state requesting extradition, where the Home Secretary had discretion whether or not to permit extradition, and was responsible to Parliament.<sup>137</sup> Ministerial responsibility has thus formed part of the constitutional background against which statutes have been interpreted by the courts. The doctrine of collective responsibility took centre-stage, however, in *Attorney-General v. Jonathan Cape*.<sup>138</sup> The Attorney General sought an injunction to restrain the publication of the diaries of a former Minister on the ground that the disclosure of the views of Ministers, expressed in Cabinet, was contrary to the public interest. Lord Widgery C.J., considered that the equitable doctrine that a man shall not profit from the wrongful publication of information received in confidence could apply to protect

<sup>134</sup> *Idem*, 829. See also Lord Brandon at 853; Oliver L.J. in the Court of Appeal at 789-793. Compare *Tameside* case [1977] AC 1014, 1051.

<sup>135</sup> *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works* [1943] 2 All E R. 560.

<sup>136</sup> *Supra* n. 83 and text.

<sup>137</sup> *Atkinson v. U.S.A. Government* [1971] AC 197, 232-33 (Lord Reid).

<sup>138</sup> [1976] QB 752. Compare Dicey, p. 325, where the responsibility of Ministers to Parliament is described as a "matter depending on the conventions of the constitution with which the law has no direct concern."

public, as well as commercial, secrets. He also rejected the contention that the obligation of a Cabinet Minister was merely a "gentleman's agreement" to refrain from publication:

The general effect of the evidence is that the doctrine is an established feature of the English form of government, and it follows that some matters leading up to a Cabinet decision may be regarded as confidential. Furthermore, I am persuaded that the nature of the confidence is that spoken for by the Attorney General, namely, that since the confidence is imposed to enable the efficient conduct of the Queen's business, the confidence is owed to the Queen and cannot be released by the members of Cabinet themselves. . . . The maintenance of the doctrine of joint responsibility within the Cabinet is in the public interest, and the application of that doctrine might be prejudiced by premature disclosure of the views of individual Ministers.<sup>139</sup>

Accordingly, the Lord Chief Justice held that publication could be restrained by the court when that was clearly necessary in the public interest. It was not necessary, however, in that case since the relevant events had taken place ten years ago and the confidential character of the information had lapsed. The Attorney General had not persuaded the judge that publication of the diaries would inhibit free and open discussion within the modern Cabinet, nor could the court restrain publication of advice given by senior civil servants, which the diaries also disclosed.

The case perhaps casts some doubt on the distinction, made by Dicey, between law and convention: the latter, a set of rules which "consist of conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts".<sup>140</sup> Lord Widgery seemed to think that the convention of collective ministerial responsibility might be enforced in a suitable case, albeit by application of the equitable doctrine of breach of confidence. The House of Lord's decision, in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, that civil servants, who had no legal right to consultation before their terms of employment were varied, could nevertheless rely on a legitimate expectation based on past practice and good administration, might also be viewed, in one

<sup>139</sup> *Idem*, 770-71.

<sup>140</sup> Dicey, p. 24.

sense, as a judicial acknowledgement of the force of convention.<sup>141</sup> In strict constitutional theory, however, mere convention, rooted in political practice, cannot limit the sovereignty of Parliament. Before the unlawful declaration of independence by the Government of Southern Rhodesia in 1965, the convention existed that Parliament would not legislate for Southern Rhodesia on matters within the competence of the Rhodesian Legislative Assembly except with the Government's consent. Nevertheless, that convention could not curtail the power of Parliament at Westminster to pass the Southern Rhodesia Act 1965, removing all further legislative power from the Rhodesian legislature.

It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them the courts could not hold the Act of Parliament invalid.<sup>142</sup>

Sir Robert Megarry V-C took a similar view in a subsequent case, in which it was contended that Parliament had no power to legislate for Canada without the consent of the Dominion, meaning the consent of all the constituent constitutional fractions of the country, including the Indians.<sup>143</sup> It was argued that the Statute of Westminster 1931, section 4, requiring an express declaration of consent to legislation on the part of a Dominion, stated a binding convention which had already ripened into law. In rejecting this contention, the Vice Chancellor held that an English court was bound by the "simple rule that the duty of the court is to obey and apply every Act of Parliament, and that the court cannot hold any such Act to be *ultra vires*... once an instrument is recognised as being an Act of Parliament, no English court can refuse to obey it or question its validity".<sup>144</sup>

It cannot be doubted that the sovereignty of Parliament remains a basic tenet of British constitutional government: here Dicey's scheme survives intact. Nevertheless, as a result of modern international arrangements, the doctrine is under threat. By the Treaty of Brussels 1972 the United Kingdom acceded to the European Economic Community, created

<sup>141</sup> See Allan, *Law, Convention, Prerogative* [1986] *C.I.J.* 305.

<sup>142</sup> *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645, 723 (Lord Reid).

<sup>143</sup> *Manuel v. Attorney General* [1983] Ch. 77.

<sup>144</sup> *Idem*, 86.

by the Treaty of Rome 1957. The Community constitutes a supranational legal regime, in which its executive and legislative organs exercise wide powers within the territories of the member countries. In particular, Regulations made by the Council of Ministers are directly applicable in all member States, without further national implementation. Moreover, provisions of the Treaty of Rome and other Community measures may in certain instances create rights which can be enforced by individuals in national courts. The European Court of Justice, which has jurisdiction to determine questions of the validity and interpretation of Community law, has declared that:

The Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States, but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage.<sup>145</sup>

Rules of Community law having direct application within member States, or conferring rights directly on individuals, are given effect in United Kingdom law by virtue of the European Communities Act 1972, section 2 (1). There is, however, a conflict between the doctrine of parliamentary sovereignty, which requires the courts to recognise and apply every Act of Parliament, and the principle of the primacy of Community law, asserted by the European Court: Regulations and Treaty provisions cannot be overridden by domestic law in view of their special and original nature.<sup>146</sup> Admittedly, the European Court's interpretation of Community law is binding on United Kingdom courts under section 3 of the 1972 Act: to this extent the principle of primacy is also received into domestic law. However, the traditional doctrine of sovereignty requires the court to give effect to the most recent statute, any earlier statute or legal rule which is inconsistent being taken as *pro tanto* repealed or abolished. It is an aspect of the sovereignty doctrine that no Parliament can bind its successors by imposing special restrictions or conditions on future enactments: "the legislature cannot, according to our Constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation."<sup>147</sup>

<sup>145</sup> *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I.

<sup>146</sup> *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585; *Italian Finance Administration v. Simmenthal* [1978] ECR 629.

<sup>147</sup> *Ellen Street Estates v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590, 597 (Maugham L.J.).

Where, therefore, an Act of Parliament, enacted since the European Communities Act 1972, is inconsistent with Community law, the court would appear bound to apply the British statute, notwithstanding the primacy (in Community doctrine) of European law. European Community law derives its authority, as a matter of United Kingdom constitutional law, from its recognition by the European Communities Act alone, an Act which, in municipal law, has no greater legal authority than any other statute.

In *Macarthy's Ltd. v. Smith*<sup>148</sup> the Court of Appeal seemed to decide that Article 119 of the Treaty of Rome, establishing the principle that men and women should receive equal pay for equal work, prevailed over inconsistent British legislation.<sup>149</sup> Lord Denning stated that "the provisions of Article 119 of the EEC Treaty take priority over anything in our English statute on equal pay which is inconsistent with Article 119". On the other hand, the court expressed the view that *ultimate* sovereignty remained unimpaired: Parliament retained the power to repeal the European Communities Act, and could also legislate inconsistently with Community law by express provision. The solution emerging is therefore akin to that afforded the problem of legislation conflicting with the European Convention on Human Rights. Although Parliament retains its legislative supremacy, whenever possible the courts will *interpret* a statute so as to be in accordance with the international obligations undertaken by the United Kingdom under the European Convention and under the Treaty of Rome. In *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*<sup>150</sup> the House of Lords held that an ambiguous section of the Sex Discrimination Act 1975 must be construed so as to be consistent with Article 119, relying on the direction in the European Communities Act 1972 section 2(4) that "any enactment passed or to be passed... shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section". Although the ultimate tension between the legislative supremacy at Westminster and the overriding authority of European Community law remains unresolved, it is clear that the courts will in practice admit the contradiction only where it is impossible to interpret a statute in accordance with Community law. Lord Diplock's refusal to pronounce on the result of an irretrievable conflict of laws contained an important statement of the present judicial approach:

<sup>148</sup> [1979] 3 All E R 325; Allan (1983) 3 Oxford J Legal Stud 22.

<sup>149</sup> Equal Pay Act 1970, amended by the Sex Discrimination Act 1975.

<sup>150</sup> [1983] 2 AC 751.

The instant appeal does not present an appropriate occasion to consider whether, having regard to the express direction as to the construction of enactments "to be passed" which is contained in section 2 (4), anything short of an express positive statement in an Act of Parliament passed after January 1, 1973, that a particular provision is intended to be made in breach of an obligation assumed by the United Kingdom under a Community treaty would justify an English court in construing that provision in a manner inconsistent with a Community treaty obligation of the United Kingdom however wide a departure from the *prima facie* meaning of the language of the provision might be needed in order to achieve consistency.<sup>151</sup>

Finally, we should return to Dicey's insistence that Britain knew no system of administrative law and that Ministers and officials were subject to the ordinary law which governed the private citizen: his contention that "the Constitution is the result of the ordinary law of the land".<sup>152</sup> It is presently a matter of some contention between public lawyers as to the merits of accepting a sharp distinction between public and private law. Recognition of the special role of public law in protecting expectations which have no basis in private law, as in the *Civil Service Unions* case, has been accompanied, as we have seen, by modification of the rules of ordinary civil liability where they apply to local authorities and other governmental bodies. In applying the law of negligence, in *Anns v. Berton London Borough Council*,<sup>153</sup> Lord Wilberforce considered that special rules were necessitated by the "essential factor... that the local authority is a public body, discharging functions under statute: its powers and duties are definable in terms of public not private law."<sup>154</sup> Traditionally, English law distinguishes between public and private law at the remedial level: the prerogative remedies of certiorari, prohibition and mandamus lie only to public bodies, or bodies with a significant public character, or to enforce a public duty. The rigidity of this distinction prevented an applicant from seeking both the prerogative orders and also the remedies of injunction and declaration in the same proceedings, despite the utility of the latter remedies in public as well as private law litigation. Nor could the litigant combine a claim for prerogative relief with an action for damages. The procedure was reformed in 1977:

<sup>151</sup> *Idem*, 771; [1982] Public Law 562.

<sup>152</sup> Dicey, p. 203.

<sup>153</sup> [1977] 2 WLR 1024, *supra* n. 22 and text.

<sup>154</sup> *Idem*, 1034.

the High Court now has power to grant any appropriate remedy on an application for judicial review; and damages may also be awarded if the court is satisfied that they could have been obtained by an ordinary action.<sup>155</sup> The initial consequence of the procedural reform seems, however, to be to entrench the separation of public from private law since the House of Lords has held that it is no longer open to a litigant, in a public law case, to commence his action by writ.<sup>156</sup> Where he challenges the decision of a governmental authority on the ground that it has infringed his rights in public law, he is obliged to make an application for judicial review under the new procedure. Lord Diplock justified making the application an exclusive remedy on the ground of its containing measures to protect the public authority from vexatious claims which might impede performance of its statutory functions. The applicant must obtain leave to pursue his claim, which must be supported by affidavits verifying the facts relied on. He must normally apply for leave within three months of the decision he wishes to challenge.

The exclusivity of the application for judicial review procedure has been condemned by many commentators, afraid that complainants may fail to secure relief because they chose the wrong form of action.<sup>157</sup> More recent decisions, however, have tended to dilute the strict dichotomy which had formerly been established. Where the tenant of a council flat sought to resist an action by the local authority to recover arrears of rent on the ground that, in increasing the rent payable, the authority had acted *ultra vires*, the House of Lords refused to strike out the defence as an abuse of process.<sup>158</sup> Although the case would have an important effect on the financial administration of the Council, affecting both Council tenants and ratepayers, the defendant was entitled to resist the claim for arrears without resorting to judicial review. The reasons for according public authorities the special protection of the judicial review procedure must be set against the need to preserve the ordinary rights of private citizens to defend themselves against unfounded claims. Other decisions, at the highest judicial level, confirm this trend away from strict procedural dichotomy. A parent who wished to challenge the legality of a memorandum of advice from the Department of Health and Social Security to area health authorities, on the ground that it infringed her rights in relation to her child, has been held entitled to proceed by

<sup>155</sup> Supreme Court Act 1981 s 31; R.S.C. Order 53.

<sup>156</sup> *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237.

<sup>157</sup> E.g. Wade, H.W.R., "Procedure and Prerogative in Public Law", 101 *L.Q.R.* 180.

<sup>158</sup> *Wandsworth LBC v. Winder* [1985] AC 461.

way of an ordinary action rather than by way of judicial review.<sup>159</sup> Although on one view,<sup>160</sup> the claim was one made in public law, its "private law content" was sufficient to permit an exception to the rule.<sup>161</sup> Her rights of custody and guardianship in respect of her children were threatened by the guidance given by the Department to area health authorities and doctors. The case illustrates the difficulty of maintaining a clear division between public and private law rights. It may be doubted, therefore, whether English law will come to embrace a wholly separate administrative law jurisdiction: at both substantive and remedial levels, public and private law remain intertwined.<sup>162</sup> Lord Wilberforce has recently restated the basic principles in terms reminiscent of Dicey's exposition:

The expressions "private law" and "public law" have recently been imported into the law of England from countries which, unlike our own, have separate systems concerning public law and private law. No doubt they are convenient expressions for descriptive purposes. In this country they must be used with caution, for, typically, English law fastens not on principles but on remedies. The principle remains intact that public authorities and public servants are, unless clearly exempted, answerable in the ordinary courts for wrongs done to individuals. . . . We have not yet reached the point at which mere characterisation of a claim as a claim in public law is sufficient to exclude it from consideration by the ordinary courts: to permit this would be to create a dual system of law with the rigidity and procedural hardship for plaintiffs which it was the purpose of the recent reforms to remove.<sup>163</sup>

These words demonstrate that modern changes and developments in constitutional law and practice have taken place within the general scheme expounded by Dicey. The judicial fashioning of a system of administrative law has been a fine illustration of the creative strength of the common law in the face of the expansion of the power of central government. The European dimension, in which the European Convention and membership of the European Economic Community have each exercised a profound influence on our polity, has similarly been accom-

<sup>159</sup> *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

<sup>160</sup> *Idem*, 192 (Lord Bridge).

<sup>161</sup> *Idem*, 178 (Lord Scarman).

<sup>162</sup> See Harlow (1980) 43 MLR 241; Beatson (1987) 103 LQR 34. Compare Sir Harry Woolf [1986] Public Law 220.

<sup>163</sup> *Davy v. Spelthorne B.C.* [1984] AC 262, 276.



## LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA ENTRE 1917 Y 1987

Germán José BIDART CAMPOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución escrita*. III. *El acceso a 1917: la reforma electoral de la Ley " Sáenz Peña "*. IV. *La inestabilidad desde 1930 a 1983*. V. *Los derechos personales*. VI. *La ambivalencia de los derechos personales*. VII. *La incorporación de los pactos internacionales sobre derechos humanos*. VIII. *El amparo*. IX. *La interpretación dinámica de la Constitución*. X. *La Corte Suprema de Justicia como intérprete de la Constitución*. XI. *La jurisdicción constitucional*. XII. *El intervencionismo del Estado*. XIII. *El complejo cultural de la sociedad*. XIV. *El simbolismo de la Constitución*. XV. *Las fuerzas armadas*. XVI. *El sindicalismo*. XVII. *Los partidos políticos*. XVIII. *Los procesos políticos*. XIX. *La cultura política*. XX. *La estructura de poder*. XXI. *El novísimo constitucionalismo provincial*. XXII. *Algunos temas omitidos en nuestro ensayo panorámico*. XXIII. *Balance de recapitulación*.

### I. INTRODUCCIÓN

El campo para investigar la evolución constitucional de los últimos setenta años en Argentina se puede abrir desde dos ópticas: una muy estrecha y la otra amplia. La primera, que es estrecha, atiende únicamente a la referida evolución en el texto de nuestra Constitución escrita o codificada, y es estrecha por la escasez de reformas. La otra, que es amplia, se extiende a lo que nosotros denominamos el derecho constitucional material, o la Constitución material o real, espacios éstos en los que, sin reformas al texto constitucional, se producen transformaciones o cambios que hemos puesto bajo el nombre de mutaciones constitucionales, y que se descubren cuando se confronta la Constitución material con la formal o escrita. Y en este segundo ámbito sí es posible hurgar, por lo menos panorámicamente, el lineamiento evolutivo.

Que ese método y su terreno de exploración son tanto o más interesantes que el reduccionismo que se puede obtener a través del mero análisis de la Constitución escrita y sus enmiendas formales, lo prueba—por ejemplo— el interesante libro de José de Jesús Orozco Henríquez:

sobre *El derecho constitucional consuetudinario*,<sup>1</sup> al que precedió un estudio orientador de Rolando Tamayo y Salmorán sobre "El derecho consuetudinario y la Constitución".<sup>2</sup>

Nuestro panorama será presentado, entonces, entorno del derecho constitucional material argentino, entre 1917 y la actualidad.

## II. LA CONSTITUCIÓN ESCRITA

Al hacer esta reseña en 1987, hay que prevenir que setenta años atrás estaba en vigor la Constitución de 1853-1860, con sus dos muy pequeñísimas reformas de 1866 y 1898. Hoy se halla en vigencia la misma Constitución, con otra mínima añadidura de constitucionalismo social proveniente de la reforma de 1957. Por eso advertíamos que el texto normativo no nos iba a proporcionar sino un área sumamente pequeña para indagar evoluciones.

No obstante, el lapso 1917-1987 presenta otros hiatos dignos de mencionar. En 1949 entró en aplicación un texto que, aun elaborado formalmente bajo la apariencia de una reforma al de 1853-1860, tuvo a nuestro juicio el carácter de una nueva Constitución. Era la etapa del primer peronismo, y esa Constitución justicialista, de inspiración sectorial y muy combatida por la oposición, duró hasta comienzos de 1956, en que derrocado el régimen por un movimiento cívico-militar, fue dejada sin efecto por acto revolucionario, que reimplantó la Constitución anterior de 1853-1860 con todas sus reformas, excluida la de 1949. Tal decisión fue adoptada luego en 1957 por la convención constituyente que plasmó la pequeña enmienda de ese año, antes aludida.

En 1972, por acto unilateral del poder *de facto*, se introdujo una serie de enmiendas transitorias, cuyo lapso de aplicación temporario quedó extinguido, y produjo el retorno integral al ya aludido texto de 1853-1860 con las reformas de 1866, 1898 y 1957. Ésta sigue siendo la situación actual.

La Constitución de 1949, por su naturaleza conflictiva y su derogación en 1956, sólo será objeto de una escueta referencia, en la que por supuesto se ha de tener presente nuestra oposición a su orientación. Se dice repetidamente que avanzó decididamente hacia el constitucionalismo social, y tal vez quien sólo se detuviera en la simple lectura de su letra podría coincidir en la apreciación. Creemos que no es así, por unas pocas

<sup>1</sup> México, UNAM, 1983.

<sup>2</sup> Vid en la obra colectiva *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 155. También, del mismo autor, véase *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986, esp. cap. IX.

razones que proponemos: a) el constitucionalismo social solamente es tal cuando agrega —y no cuando elimina o deteriora— contenidos sociales al constitucionalismo clásico u originario; la Constitución de 1949 desracionalizó el poder y se apartó en la realidad de la afición a los clásicos derechos civiles y a la efectiva división de poderes; b) aun de no ser así, las fórmulas que simulaban enrolarse en el constitucionalismo social no consagraban, las más de las veces, verdaderos derechos subjetivos que tuvieran posibilidad de funcionamiento, entre otras cosas porque esos supuestos derechos no se reciprocaban con obligaciones posibles en un sujeto pasivo concreto (fue frecuente aludir literariamente a él con vagas menciones a la sociedad, la colectividad, la comunidad, etcétera).

Otra cosa distinta, que con sinceridad hay que reconocer, es que la Constitución de 1949 dio impulso a valoraciones sociales propicias a la llamada justicia social, y aunque esas valoraciones engancharon en un vasto sector con reacciones antiliberales (interpretétese como reacias al constitucionalismo clásico), dieron vivencia de que el rescate del liberalismo no podría llevarse a cabo en adelante sin incorporarle ingredientes del constitucionalismo social. Por otro lado, hay que anticipar que el derecho infraconstitucional ya había penetrado en ese sesgo social con anterioridad a la Constitución de 1949.

La enmienda transitoria de 1972, por su propia naturaleza, y por atender exclusivamente a aspectos de la parte orgánica de la Constitución (derecho constitucional del poder), no será objeto de nuestro examen, aparte de haber tenido margen de aplicación muy exiguo entre 1973 y el golpe militar de marzo de 1976, o sea sólo escasos tres años.

“Dentro” de la codificación constitucional argentina, resta exponer la pequeña reforma de 1957 que, en lo fundamental, y también en un período *de facto* (pese a lo cual fue llevada a cabo por una convención constituyente de origen electivo, aunque con proscripción del partido peronista) insertó un artículo nuevo entre los artículos 14 y 15 del texto de 1853-1860, que no alcanzó a numerarse en el conjunto normativo, y que todavía hoy llamamos el artículo “14 bis” (o 14 nuevo). Este artículo trae un diseño, en algunas partes de tipo programático y en otras de tipo operativo, del constitucionalismo social (derechos en relación con el trabajo, con las asociaciones sindicales, con los gremios y con la seguridad social). La brevedad de la norma adicionada, y la previsión expresa de un código de trabajo y seguridad social, no alcanzan para comparaciones con la Constitución mexicana, ni en su texto primitivo de 1917, ni en el actual.

Hay quienes, en la doctrina argentina, sostienen la opinión de que el artículo 14 bis responde a un techo ideológico diferente —o hasta opuesto— al originario de la Constitución de 1853-1860, por lo que acusan una cohabitación desarmónica —o hasta incompatible— de dos concepciones político-jurídicas en un mismo plexo normológico. Por nuestra parte, con interpretación conciliadora, juzgamos que el aditamento lineal del constitucionalismo social en el artículo 14 bis no ha destartado a la antigua Constitución de 1853-1860 (que mal pudo imaginar o prever al constitucionalismo social recién aparecido en la posguerra de 1914, como lo prueban las constituciones de México en 1917 y de Alemania de Weimar en 1919), sino que, sin oponerse a su proyecto político de justicia, libertad y bienestar general, ha completado y cubierto evolutivamente un plexo de valores que es congruente con los primitivos, y que lejos de desarmar su coherencia ha explicitado exigencias de las valoraciones sociales contemporáneas dentro de la apertura amplia propuesta por el constituyente originario de mitad del siglo XIX.

Ha de quedar entonces en claro al lector que el marco de normas codificadas en la Constitución argentina se cierra en la apretada síntesis que damos por concluida, y que sobre tal articulado no cabe indagar otras evoluciones. La única, valga insistirlo, se detecta con la reforma de 1957 en un tránsito moderado al constitucionalismo social que no pierde, sino refuerza, la tónica de un liberalismo (modernizado) sin desafinidades con el que conocieron y propiciaron los autores de 1853-1860.

### III. EL ACCESO A 1917: LA REFORMA ELECTORAL DE LA LEY "SÁENZ PEÑA"

Conviene entender cómo se entra en el ciclo 1917-1987. Ya sabemos cuál era en 1917 la Constitución formal, y cuál es en 1987. Desde fines del siglo pasado venía transcurriendo una etapa objetivamente estable, pero valorada de manera distinta según la diferencia de estimativa; hay, pese a todo, un dato indiscutible: Argentina empezó, con la llamada generación de 1880, un despegue hacia el progreso que la empujó a los primeros lugares del mundo de su época. No es del caso relatar el detalle de ese ritmo ascendente, pero sí de destacar que el "desierto" al que se refería Alberdi —inspirador en buena proporción de la Constitución de 1853— fue transformado en un país moderno. Uno de los factores de promoción y crecimiento fue la oleada inmigratoria de Europa.

Sin embargo, no faltan quienes imputan a este periodo de desarrollo el haber atado al país a la dependencia del imperialismo británico y a una europeización liberal reñida con las tradiciones vernáculas. La crítica está fuera de lugar en el repaso que intentamos hacer para introducirnos al año 1917. Valga solamente decir que el acelerado progreso antes referido, y casi imposible de desmentir imparcialmente, predispuso lentamente para descongestionar y descomprimir el hermetismo de las dirigencias políticas, el reclutamiento cerrado de los gobernantes, la impureza de un sufragio frenado y para, en otras palabras más actuales, facilitar las aperturas participativas de una sociedad todavía inmadura en las prácticas competitivas de los procesos electorales y del proceso político en general.

Nos hacía falta aclarar esto para comprender que por aplicación de la Ley "Sáenz Peña" de 1912, en el primer periodo presidencial posterior a su vigencia, accede al Poder Ejecutivo el presidente Hipólito Irigoyen, del partido radical. Fue la primera elección con voto universal, secreto y obligatorio, que dio oportunidad al desarrollo de procesos electorales con libertad y competencia y que, como suele decirse, permitió el acceso al poder de las clases medias. Terminaba así el ciclo del patriciado ilustrado y se ofrecía la posibilidad de la alternancia partidaria, del recambio, de la rotación. Quedaba purificado el sufragio popular y, con el sistema de representación que vulgarmente se apodó de "lista incompleta", los cargos a cubrir no serían ya copados monopólicamente por el partido que conquistara el mayor caudal de votos, porque un tercio quedaría a disposición de la primera minoría. El progreso que ello representaba era importante porque, entre otras cosas, se ampliaba y reforzaba la participación social en la etapa de formación del poder, se elastizaban los canales de reclutamiento de los elencos gubernativos, se estimulaba la actividad partidaria, se ablandaba la estratificación social, y con todo lo que ello significaba para la movilidad sociopolítica, se dejaba atrás un ciclo durante el cual muchas instituciones de la república no habían conseguido, por una concurrencia de diversos factores, el adecuado funcionamiento.

El horizonte se depuraba, pero por poco tiempo, ya que en 1930 empezaría un itinerario de inestabilidad con el primer golpe de Estado de este siglo, y de inmediato un lapso de fraude electoral. De todos modos, el derecho constitucional material había visto ingresar un sistema electoral compatible con la democracia para, sobre su experimentación, estar en condiciones de repudiar los retrocesos y de aspirar a nuevas formas electorales para hacer viable un reparto razonable de los caudales elec-

torales y de los cargos de gobierno, con márgenes de presencia para las minorías.

Si lo descrito pudo ser el punto de arranque de una evolución en materia de sufragio, participación electoral y nominación de los gobernantes, que significó un avance respecto de las épocas anteriores a 1917, hemos insinuado que el curso posterior de esa evolución padeció de estrangulamientos, parálisis, defraudaciones y vicios, pese a lo cual las valoraciones sociales no pudieron ser objeto de engaño ni de debilitamiento en la estimativa de los hechos. Las elecciones entre 1946 y 1955 fueron formalmente limpias, pero el clima político de la época y las repercusiones del mismo en las campañas preelectorales mostraron falta de libertad y de igualdad de oportunidades para las fuerzas de oposición al peronismo. Después de 1955, y hasta 1972, el peronismo proscripto no pudo hacer presencia franca en las competencias electorales, con lo que una ancha franja del electorado se vio privada de candidatos propios y de opciones reales. Súmese a ello los periodos *de facto* sin elecciones y sin efectiva vida partidaria entre 1966-1973 y 1976-1983, y se entenderá que sólo a contar de fines de 1983 asoma una perspectiva de estabilización y consolidación del pluralismo partidista, del genuino proceso electoral y de la libertad amplia de sufragio, de participación y de alternancia.

Después de setenta y cinco años de la Ley Sáenz Peña, asoma una posibilidad real de democracia entre partidos, con tolerancia y estrategias civilizadas, marcadas en algunos casos por la negociación conciliadora.

#### IV. LA INESTABILIDAD DESDE 1930 A 1983

La curva de progreso ascendente con que Argentina entró a la etapa abierta en 1917 se vio frenada por la crisis mundial de 1929-1930, que coincide con el primer golpe de Estado triunfante en este siglo y con la primera ruptura en la transmisión constitucional del poder. El periodo *de facto* duró menos de dos años. El hecho se repite en 1943, y el lapso se prolongó casi tres. En 1955 fue depuesto el presidente Perón y su régimen, y el gobierno *de facto* se extendió hasta el 1.º de mayo de 1958. Otro pronunciamiento militar puso fin al gobierno constitucional el 29 de marzo de 1962, y el paréntesis alcanzó hasta octubre de 1963. Dos largos periodos *de facto* de gobierno militar cubrieron los años 1966-1973 y 1976-1983. En este contexto cualquier observador entiende que, más allá de toda apreciación sobre las causas que provocaron las interrupciones de la normalidad constitucional y sobre las gestiones de

quienes ejercieron el poder *de facto* en cada ocasión, nuestra evolución constitucional se vio gravemente trastornada desde hace más de cincuenta años, se acostumbró a las intervenciones y los arbitrajes militares, se desentrenó en el funcionamiento pleno de los tres poderes del Estado, y soportó con excesiva frecuencia la alternancia de gobiernos constitucionales con periodos *de facto*. Repárese en el dato de que en cincuenta años, sólo un presidente constitucional concluyó su periodo de seis años (Justo, entre 1932 y 1938), aparte de Perón quien, durante la vigencia de la Constitución de 1949, completó su lapso inicial (1946-1952) y fue reelecto; pero no terminó el segundo. Las restauraciones de la normalidad constitucional después de cada etapa *de facto*, se volvieron precarias, y sólo la reciente de 1983 despunta con mejor perspectiva.

Por más acatamiento que a la Constitución puedan prestar los gobernantes *de facto*, siempre aparece —como mínimo, según la práctica argentina— una distorsión en la estructura de poder a causa de quedar disuelto el Congreso, y suplidas sus competencias —con variado alcance según las épocas y la jurisprudencia de la Corte Suprema— por el poder *de facto*. Y como máximo, no ha de ocultarse que en 1966 y 1976 se emitieron normas bajo invocación formal del poder constituyente, aparte de que en 1957 y 1972 se reformó la Constitución (en 1957, a través de una convención elegida por el cuerpo electoral, y en 1972 con carácter transitorio por acto unilateral del gobierno militar). Añádase que en los periodos *de facto* las provincias quedaron bajo gestión de autoridades designadas por el gobierno federal (al modo de los interventores federales), y que fue frecuente la aplicación del estado de sitio, y se tendrá un panorama aproximado de la anormalidad de la situación.

El derecho constitucional material, en el que la doctrina *de facto* fue interpretada y aplicada cada vez con mayor extensión favorable, ha tropezado —en un balance general— con un factor negativo para la consolidación y la prosperidad del sistema articulado en la Constitución formal. A raíz de ello, a contar de 1983 se palpa reacción social adversa a las interrupciones constitucionales por intervención militar, y a la doctrina *de facto*. Hay indicios en algunas leyes del Congreso federal, en fallos de la Corte Suprema, y en las normas de constituciones provinciales nuevas dictadas en 1986. Con ello, se ha reforzado la valoración predominante de que hay que salvar y apuntalar la continuidad constitucional, lo que como saldo resulta positivo.

## V. LOS DERECHOS PERSONALES

Al año 1917 se llegó con la concepción intacta de los clásicos derechos civiles, que la Constitución de 1853-1860 recogió fundamentalmente en su artículo 14, y reconoció a los extranjeros en el 20 en pie de igualdad con los ciudadanos. A estos derechos los acompañaban las garantías, cuya expresión cabal suele suponerse en el artículo 18. Para comodidad de lenguaje, es admisible hablar de libertad de autonomía. La libertad de participación o libertad política acababa de encontrar mejor cauce que antes con la ya citada ley electoral del presidente Roque Sáenz Peña, de 1912.

En niveles inferiores a la Constitución, el denominado derecho social tuvo expresiones legislativas, y el derecho del trabajo —originariamente encapsulado en el derecho civil y su respectivo código (cuyo contrato de locación de servicios fue utilizado para extender su normativa al contrato de trabajo)— llegó a alcanzar autonomía y regulación propia, aunque todavía hoy no ha sido objeto de legislación codificada. Decimos esto para afirmar que en el derecho constitucional material los derechos civiles fueron permeabilizándose a enfoques del derecho social y gestando la incorporación de los derechos sociales y económicos propios del constitucionalismo social —cuya fórmula mínima adquirió rango constitucional formal con la reforma de 1957.

Y es aquí donde la evolución constitucional enfrenta a dos concepciones que, reducidas a sus expresiones globales, podemos diseñar del siguiente modo: a) una se aferra a los clásicos derechos civiles (libertad civil o libertad de autonomía) y congela su interpretación en lo que pudo ser la cosmovisión propia de la época de nuestro Constituyente (mediados del siglo XIX), por lo que considera que el techo ideológico de la Constitución sólo ha dado recepción a derechos personales cuyo ejercicio debe quedar expedito y libre de interferencias para sus titulares; pero rechaza absolutamente como incompatible con aquel techo ideológico —y como oriunda de otro distinto y hasta opuesto— la admisión constitucional de derechos para cuya satisfacción el sujeto pasivo (Estado o particulares) deban cumplir prestaciones positivas de dar o de hacer; en tal sentido, repele simultáneamente toda limitación razonable que se pueda imponer a los derechos de algunos para aumentar la capacidad de ejercicio de los derechos de otros; b) otra concepción mantiene la fidelidad a los derechos civiles de la Constitución; pero en uso de una interpretación dinámica de la misma comprende que su apertura facilita, no repudia, y hasta requiere que valores como la solidaridad y la coope-

ración den ingreso a un mismo techo ideológico constitucional a los derechos sociales y económicos, aun cuando el sujeto pasivo quede obligado frente al titular de aquéllos a cumplir en su favor prestaciones positivas de dar o de hacer, y concomitantemente sostiene que es constitucionalmente válido limitar en forma razonable los derechos de algunos para aumentar y promover la capacidad de ejercicio de los derechos de otros.

El segundo enfoque juzga que nuestra Constitución deja margen a la llamada igualdad de oportunidades como complemento de la mera igualdad ante la ley; da pie para que políticas estatales tiendan a promover el goce efectivo de muchos derechos que por situaciones socio-económicas o culturales deficitarias no son accesibles para muchas personas, y habilita soluciones constitucionalmente posibles, dentro de la libertad civil o de autonomía, que integren la clásica libertad "de" con la libertad "para".

Estas dicotomías lineales pugnan con fuerza en la evolución constitucional, no sólo en el plano de las interpretaciones doctrinarias, sino en las políticas legislativas. En el campo de la jurisprudencia de la Corte Suprema creemos avizorar, con nuestra apreciación subjetiva, un sesgo que desde tiempo atrás tiende a asimilar y convalidar —como principio— el segundo enfoque, con recurso y alusiones a la justicia social, a la limitación razonable de los derechos individuales, a la solidaridad, a la libertad contra la opresión, etcétera. Derechos civiles tan fuertemente reconocidos en la Constitución, como la libertad de prensa, han sido, en fechas muy cercanas a este trabajo, puestos bajo interpretación limitativa por la Corte en casos en que estimó válido confrontarlos con el derecho al honor y a la dignidad personales para dar jerarquía prioritaria al último.

Cabe, en suma, y en juicio promedio, considerar que hay una tendencia evolutiva a reconocer e interpretar constitucionalmente los derechos dentro del molde del llamado Estado social de derecho, o Estado de bienestar, o Estado de democracia social, y ello dentro de las pautas de una Constitución que, como la de 1853-1860, ni alude a esas denominaciones, ni pudo conocerlas a la fecha de su sanción, ni contiene más referencias que las muy breves del artículo 14 bis a partir de 1957.

Sin embargo, y en parangón con la referida tendencia, también en fallos muy recientes la Corte, al declarar inconstitucional la ley de matrimonio civil en la norma sobre indisolubilidad vincular, prestó más atención a aspectos estrictamente individuales de los derechos y libertades que creyó comprometidos y cercenados con la imposibilidad de recuperar la aptitud nupcial mediante divorcio, que a las proyecciones so-

ciales susceptibles de análisis tanto en un sistema de indisolubilidad cuanto en otro de disolubilidad.

Tal vez quepa inducir que la jurisprudencia de la Corte intenta absorber en un equilibrio la faz puramente individual de los derechos con la dimensión social de los mismos. Y aunque quizás la crítica doctrinaria de sus fallos no siempre alcance a descubrir una perfecta armonía cuando compara unas soluciones con otras —según el ámbito de los derechos en juego— nos parece que hay que reconocer la inclinación ya antes esbozada —que nosotros en principio compartimos como tónica interpretativa de conjunto— de conciliar y aunar el plexo de los derechos personales con valores como la solidaridad, con la igualdad de oportunidades, con las limitaciones razonables en pro de la discapacidad en que de hecho se hallan otras personas para acceder al disfrute efectivo de los suyos, etcétera.

Seguramente sea en esta parte del complejo normativo de la Constitución donde mayor flexibilidad interpretativa muestra la evolución de nuestra jurisprudencia para asimilar los contenidos del constitucionalismo social en el Estado social de derecho, siempre dentro del cauce personalista de una Constitución cuya raigambre liberal no es posible ignorar ni desconocer sin renegar de su filiación.

## VI. LA AMBIVALENCIA DE LOS DERECHOS PERSONALES

Dentro del área de los derechos personales, se nos ocurre interesante detenernos en un punto que, a nuestro juicio, marca una importante evolución constitucional, fuera —por supuesto— de la Constitución formal; pero dentro de la material por fuente judicial. Inducimos nuestra interpretación a partir de 1958, desde un fallo de la Corte Suprema en materia de amparo contra actos de particulares (caso "KOT S.R.L.").

La línea que desde allí se inicia y se prolonga nos lleva a sostener que los derechos reconocidos por la Constitución son oponibles no sólo ante el Estado, sino también ante los demás hombres. Es decir, que se reputan bifrontes o ambivalentes en cuanto al doble sujeto pasivo gravado con una obligación.

Si se piensa que la tónica del constitucionalismo moderno acuñó los derechos personales como derechos públicos subjetivos en cuanto derechos del hombre frente al Estado, para reforzar el *status* jurídico-político del primero y limitar al segundo, se hace interesante destacar la proyección de esa concepción primitiva hacia otro tipo de relación jurídica, que hace exigibles esos mismos derechos frente a los demás hombres.

¿Cómo se atisba esto en nuestra jurisprudencia? Por supuesto que hasta su aparición, nadie negaba que en las relaciones privadas todo hombre y todos los hombres debían respetar los derechos ajenos. Pero lo que se debatía en el citado caso "Kot" era otra cosa: si un particular que consideraba gravemente violado un derecho suyo reconocido por la Constitución podía impetrar del Estado, a través del Poder Judicial, y como garantía constitucional específica, la tutela rápida a través del juicio de amparo, en vez de usar los procedimientos ordinarios que, por su índole, podían demorar la sentencia y convertir en tardía su eventual decisión. La Corte dijo que correspondía deparar la vía procesal del amparo con carácter excepcional, y dejar de lado las vías ordinarias, para evitar perjuicio irreparable al presunto derecho que se consideraba gravemente lesionado. Y hay que tener en cuenta que no existía legislación procesal alguna, ni norma constitucional expresa, que reglara el juicio amparista. (Un año antes la Corte había aceptado el amparo en protección de la libertad de prensa contra actos de autoridad pública, y ahora lo extendía contra actos de particulares en tutela de derechos de una sociedad comercial cuyo establecimiento había sido ocupado por su personal en huelga, con paralización de la actividad de la empresa.)

Interpretamos que la evolución abierta con el fallo del caso "Kot" significa principalmente que: a) las garantías constitucionales —como lo es el juicio de amparo— son disponibles para defender derechos personales contra actos violatorios de los particulares, y no sólo contra actos estatales; b) esas garantías pueden usarse también cuando el derecho presuntamente agraviado pertenece a entidades colectivas o personas jurídicas, y no a hombres o personas físicas. Ambas cosas demuestran que: 1º Se han de reputar inconstitucionales tanto las violaciones a los derechos que provienen de actividad del Estado cuanto las que derivan de actividades de los particulares; 2º Los derechos pueden hacerse valer y ser defendidos ante un doble sujeto pasivo: el Estado y los demás hombres (o grupos sociales).

Las consecuencias doctrinarias y prácticas de esta evolución han enriquecido en mucho a la ciencia del derecho constitucional, y al derecho constitucional material en la parte que enfoca el modo de situación e instalación del hombre y de la sociedad en la convivencia política que el mismo derecho constitucional capta y organiza. Tal vez sea una de las evoluciones que quepa destacar con mayor énfasis en lo que llamamos el derecho constitucional de la libertad.

## VII. LA INCORPORACIÓN DE LOS PACTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En el mismo ámbito de los derechos y garantías conviene señalar otra evolución trascendente: en 1984 Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), acatando expresamente la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, y en 1986 ratificó los dos pactos internacionales de Naciones Unidas de 1966: uno sobre derechos económicos, sociales y culturales, y otro sobre derechos civiles y políticos, además del Protocolo Facultativo que completa al segundo.

Por supuesto que antes de ello muchos tratados internacionales quedaron incorporados al derecho interno argentino, incluso en cuestiones relativas a la libertad y los derechos personales. Pero los tres pactos antes mencionados cobran singular relieve por el hecho de contener globalmente un espectro amplio de derechos y garantías. Abarcan, por ende, un espacio jurídico-político de dimensión análoga a la de la declaración de derechos (o parte dogmática) de la Constitución formal.

La evolución que nos place comprobar es ésta: el plexo de derechos y garantías de la Constitución ha quedado reforzado en cuanto el Estado se ha obligado internacionalmente del modo previsto en los tratados en que se ha hecho parte y, con igual importancia, ha dado ingreso a nuestro derecho interno a tales tratados, que desde las respectivas ratificaciones forman parte —con la Constitución y las leyes del Congreso— de lo que el artículo 31 de la primera llama “ley suprema de la nación”.

La incorporación al movimiento universal en pro de los derechos humanos cobra, más allá del derecho positivo, el sentido de un enrolamiento ideológico o filosófico de tipo personalista, que reitera y consolida la línea humanista de nuestra Constitución formal y la prolonga hacia la Constitución material.

No se trata aquí de hacer paralelos o comparaciones entre la declaración de derechos de nuestra Constitución y las contenidas en los tres pactos que nos ocupan. Más que la letra de una y otros, interesa la coincidencia o convergencia de base. Podrá decirse que respecto de algunos derechos y libertades hay casi una identidad normativa entre la Constitución y los pactos; podrá decirse que respecto de otros los segundos sobreabundan frente a la primera; se podrá hasta alegar que a veces la Constitución puede parecer más generosa o explícita. De todos modos tanto si se descubre coincidencia o mera afinidad, cuanto si se estima que los pactos exceden a la Constitución, o viceversa, la internacionali-

zación de los derechos que por vía de tratados se ha operado en nuestro derecho constitucional material se nos hace ponderable: consolida, añade y fortifica.

Y como otro efecto práctico, es dable aconsejar que en la interpretación constitucional de los derechos que giran entorno de nuestra Constitución formal se tenga presente una pauta que expresamente ha consagrado la Constitución española de 1978: las normas constitucionales sobre derechos personales admiten ser entendidas a la luz de los tratados internacionales que sobre el mismo tema vinculan y obligan a nuestro Estado, con lo que tales tratados coadyuvan a interpretar la Constitución. Ello resulta posible porque, aun cuando eventualmente un tratado —al igual que cualquier otra norma infraconstitucional— puede ser inconstitucional por violar a la Constitución, entendemos en líneas generales que estos pactos que nos ocupan no son discordantes con ella.

#### VIII. EL AMPARO

Una de las sorpresas más repentinas y menos esperadas fue un fallo de la Corte Suprema, del año 1957, en que por vez primera el tribunal, cambiando su jurisprudencia anterior, hizo lugar a un amparo para restablecer la libertad de prensa o imprenta. Fue el caso "Ángel Siri". Hasta entonces, siempre se entendió que por no existir en la legislación procesal el proceso amparista, resultaba imposible la pretensión de tramitarlo en defensa de derechos y libertades distintos de la libertad física o corporal.

No es del caso entrar al detalle del argumento racional que empleó la Corte al variar su jurisprudencia, pero a los fines de este estudio sí interesa comprender la proyección de su novedoso criterio, teniendo siempre presente que él surgió sin que hubiera ley procesal regulatoria del amparo, con sólo interpretar la Constitución.

Seguramente uno de los aspectos vitales de esa proyección de la sentencia consiste en admitir que, aun a título excepcional, la falta de ley no es obstáculo insuperable para dar andamio a derechos que emergen de la Constitución, y para su defensa judicial, a través de un tipo de procedimiento tampoco legislado. En el fallo, este aspecto quedó esclarecido con una afirmación que si, acaso, puede dar lugar a alguna crítica de tipo gramatical, traduce en cambio la idea directriz: "las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias." Lo que expresamente estaba consagrado en la

Constitución era la libertad de prensa, que, en rigor, es un derecho; la "garantía" —que era el juicio de amparo, en vez de un juicio ordinario— no estaba expresamente prevista en la Constitución, ni había ley procesal que la regulara; pero podía encontrar sustento implícito en el artículo 33 de la primera, que precisamente se refiere a la admisión de derechos y garantías no enumerados en el articulado constitucional. Pues bien, el acogimiento del amparo en protección de un derecho significó reconocer la operatividad de las cláusulas de la Constitución que reconocen derechos personales.

Otro aspecto involucrado en la proyección que asignamos al fallo comentado radica en la cobertura (o integración) de la carencia de norma procesal previsor de la falta de amparo. La Corte colmó la laguna, no para convertirse en legislador, sino para dar trámite sumario a una pretensión que podía malograrse si tenía que transitar el carril procesal de los juicios comunes y de las leyes reglamentarias de los mismos. La integración del orden legal lagunoso fue progresivamente demarcándose en jurisprudencia posterior, por remisión analógica al procedimiento del *habeas corpus* (que ya contaba con legislación reguladora).

De lo hasta aquí expuesto se infiere que la Corte fue ágil y expeditiva, y ello se comprobó y ratificó cuando un año después, en 1958, admitió un amparo contra actos de particulares, en el caso "Kot" —que explicamos separadamente—, donde exployó su doctrina. Con las dos sentencias en "Siri" y en "Kot", el derecho judicial abrió una brecha que dio crecimiento proficuo al derecho constitucional material. Si hubiéramos de condensar una idea, diríamos que se dio curso al principio de que la índole de los procesos judiciales debe corresponder —en cuanto a trámite y duración— a la índole de la pretensión material, y cuando ésta versa sobre un derecho gravemente vulnerado que requiere tutela inmediata, la sentencia útil y eficaz debe llegar mediante un proceso rápido. Si para conseguir ese resultado hay que suplir o desplazar excepcionalmente la aplicación de las leyes que regulan los procesos comunes, hay que hacerlo. La Corte lo hizo sin ley reglamentaria del amparo. La legislación (parcial) sobre amparo vino muchos años después. Pero el principio subsiste.

Este ingreso del amparo en el derecho constitucional material no significa que para cualquier protección de un derecho pueda echarse mano del amparo. Mucho menos significa que cada vez que procesalmente se inicia y se tramita un amparo vaya a ser acogida favorablemente la pretensión sobre el derecho que se hace valer por la vía sumaria. Significa que, como garantía o remedio excepcional, el amparo existe y

puede utilizarse; el resultado favorable o desfavorable que se logra en la sentencia ya depende de otras cosas. Lo importante es que, como garantía consistente en un proceso judicial sumario (más rápido o menos lento que los procesos comunes), el amparo existe en nuestra Constitución material. Y esa existencia, debida originariamente al derecho judicial de la Corte, ha sido una de las evoluciones más enriquecedoras que se registran en el lapso bajo análisis.

#### IX. LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN

Es habitual valorar que desde 1934 la Corte Suprema dio acogimiento y aplicación a un tipo de interpretación constitucional denominada dinámica, que consiste fundamentalmente en desentrañar el sentido de la Constitución adaptándolo a las circunstancias sobrevinientes a ella que van suscitándose con el transcurso del tiempo histórico. Al contrario, significa no paralizar ni congelar el sentido de la Constitución a la fecha en que ella fue sancionada. Y si se vuelve a repasar en qué esa fecha data de 1853-1860, se advierte que la interpretación dinámica de la Constitución facilita su perduración y su adaptación. El uso, pues, de una interpretación dinámica en vez de una interpretación estática, se ha vuelto una herramienta útil para la evolución constitucional argentina, sin que tal juicio genérico signifique, sin más, compartir todas y cada una de las decisiones adoptadas por la Corte. Lo bueno es el método interpretativo. Su resultado en cada caso en que se lo aplique queda abierto a la crítica estimativa de la doctrina.

Como aquí se trata de esbozar líneas evolutivas, no hay por qué desmenuzar ejemplos ni sentencias. Resta, en cambio, insinuar un tema que, en alguna manera, se vincula a la interpretación dinámica. Lo proponemos bajo el rótulo de "la inconstitucionalidad en el tiempo", y con él sugerimos que la inconstitucionalidad puede ser, a veces, un fenómeno temporal: aparecer o desaparecer. ¿Qué quiere decir esto?

Una ley puede estar de acuerdo con la Constitución al tiempo de entrar en vigor, y luego entrar en conflicto con ella; por ejemplo, si un cambio notorio de circunstancias provoca su incompatibilidad; así, una ley que prevé un determinado mecanismo para reajustar créditos a tono con la inflación de ese momento se considera constitucional; pero, si el ritmo de la inflación se acelera y el mecanismo de reajuste de los créditos no refleja posteriormente la realidad económica agravada, esa ley se torna inconstitucional. Hay jurisprudencia de nuestra Corte en ese sentido. También, aunque doctrinalmente el punto que vamos a proponer

sea mucho más dudoso, hay tendencia a admitir que una ley puede volverse inconstitucional con el paso del tiempo si se modifican las valoraciones sociales, y se nos ocurre imaginar que si actualmente en Argentina se privara del derecho a voto a las mujeres (que lo poseen desde hace cuarenta años) se diría que la ley es inconstitucional porque las valoraciones de hoy estiman como discriminación arbitraria la privación del derecho electoral por razón de sexo (femenino), en tanto antes de la ley de voto femenino encontramos jurisprudencia de la Corte que consideró admisible la exclusión entonces vigente por la ley de la época. También se juzgaría seguramente inconstitucional por variación de las valoraciones sociales una ley que hoy mantuviera las rígidas discriminaciones de filiación que en el siglo pasado traía nuestro Código Civil, y que luego fueron sucesivamente atenuadas hasta su definitiva supresión, en tanto a la fecha del Código Civil parece no haber existido una repulsa predominante al criterio legal de clasificar a los hijos según la situación de sus padres.

Es evidente que para auspiciar la posible transformación de una ley constitucional en inconstitucional resulta útil —o hasta necesario— acudir a la interpretación dinámica de la Constitución. Por supuesto que tal clase de interpretación no llega a validar una interpretación tan subjetiva de la Constitución por su intérprete, que se desconecte o se subleve respecto del parámetro objetivado de la misma Constitución (de su conjunto normativo, de sus principios, de sus valores, de filosofía política, etcétera), el cual parámetro es indisponible para el órgano aplicador que hace la interpretación constitucional. Valga esta aclaración para no dejar la impresión (falsa) de que la interpretación dinámica y las variaciones temporales de eventuales inconstitucionalidades pueden ser un capricho subjetivo; los cambios de realidad o de valoración sociales que hemos dado, por ejemplo, en este tema han de tener una objetividad suficiente, y han de ser ponderados también objetivamente cuando se verifica la interpretación dinámica de la Constitución, máxime si tal interpretación conduce a juzgar como inconstitucional algo que hasta entonces no lo era o no se tenía por tal, o viceversa.

#### X. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1853-1860 creó la Corte Suprema de Justicia como órgano cabeza o titular del Poder Judicial federal, y la dotó de jurisdicción constitucional; pero sin las características ni la especificidad

de los actualmente llamados "tribunales constitucionales" o cortes constitucionales, por otra parte no conocidos a aquella época.

Sin embargo, la Corte se ha dado a sí misma —y con acierto— el nombre o título de tribunal de garantías constitucionales, porque dentro de su jurisdicción constitucional se ha sentido, y actúa, en defensa y como custodio de los derechos y garantías que la Constitución reconoce. Dentro del marco en que se sitúa y ejerce nuestro control de constitucionalidad y nuestra interpretación constitucional (nos referimos al orden federal y no al propio de cada provincia), aquella denominación no es ficticia, ni es una decoración gramatical, sino una realidad. Nuestra Corte tiene —y ha ido ampliando bastante— un papel primario en la tutela de los derechos humanos.

Lo importante de esta reflexión consiste en mostrar como una evolución en el derecho constitucional material el funcionamiento de la Corte —que es el órgano supremo de la administración judicial común o general—, como un tribunal que, pesa a no detentar en jurisdicción concentrada y específica la decisión en los procesos constitucionales, actúa como intérprete final de la Constitución y guardián también último de los derechos y garantías que de ella emergen.

## XI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Es válido sostener que desde hora primeriza funcionó en Argentina el control judicial de constitucionalidad al estilo de la *judicial review* norteamericana. La Constitución de 1853-1860 daba —y da— la base en su artículo 100, al conferir a todo el Poder Judicial federal (Corte Suprema y demás tribunales inferiores a crearse por ley) la competencia para conocer y decidir "todas" las causas que versan sobre puntos regidos por la misma Constitución.

Es verdad que no adoptó un sistema de control concentrado en un órgano único ni creó, por ende, una magistratura especial, lo que, por otra parte, carecía de antecedentes y modelos en el siglo pasado. Pero incluyó dentro de la administración judicial del Poder Judicial el control difuso, con posibilidad de arribar en última instancia ante el máximo tribunal que la encabeza (Corte Suprema de Justicia).

Incardinado el control dentro de ese sistema, se accede al año 1917 con un entrenamiento en su práctica y en su ejercicio. Si lo abarcamos en lo que va de entonces a hoy, no nos queda duda sobre la existencia de lo que ahora se llama la jurisdicción constitucional. En nuestro derecho constitucional la hay, aun cuando no esté radicada con exclusividad

en un órgano único y específico, sino a cargo de todos los tribunales judiciales.

Con esta introducción explicativa, hemos de diseñar algunas evoluciones importantes. En primer lugar, nos parece que cabe señalar como una de ellas la operada alrededor de los que es el control; el control no ha de verse únicamente en los casos extremos en que su ejercicio concluye con una sentencia declarativa de inconstitucionalidad; ha de verse asimismo en los casos en que, a la inversa, la interpretación constitucional conduce a omitir declaraciones de ese tipo después de un razonamiento conciliador que ha producido compatibilidad a la norma supuesta o aparentemente inconstitucional con la Constitución. Estamos ciertos que cuando, en vez de un pronunciamiento desealificante de inconstitucionalidad, la sentencia decide que la norma es constitucional, también ha habido ejercicio pleno del control; o sea que tal ejercicio no depende del resultado que con él se obtiene. Es bueno, por eso, recordar que la jurisprudencia de la Corte, al enfocar ambos casos, trae señalado que la declaración de inconstitucionalidad es una *ratio última* de nuestro orden jurídico y que, como extremo, no se ha de llegar a él sin antes realizar el esfuerzo de compatibilización. En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad no debe ser fruto de un apresuramiento porque —lo ha dicho la propia Corte— la presunción está a favor de la constitucionalidad y no al revés.

Pero hay algo más. Personalmente inferimos del movimiento judicial del control que en instancia final está a cargo de la Corte, que también hay control en los procesos de pura interpretación de la Constitución, en los que la norma de ella que se debe aplicar al caso no aparece comparada ni confrontada con otra norma infraconstitucional; es decir, cuando no está en discusión para la solución del caso ninguna norma inferior en aparente conflicto con la Constitución. La mera y simple interpretación judicial de la Constitución es, así, otro tipo de control constitucional, porque si “la Constitución es lo que la Corte dice que es”, esa interpretación exacta de la Constitución es un modo de fijar y de defender su sentido, así como de señalar el significado con el que se tendrán que coordinar o invalidar las normas inferiores si es menester colocarlas bajo revisión controladora.

Queda un cuarto caso de control, que puede entenderse con facilidad si se es diestro en el conocimiento y el estudio de la jurisprudencia de la Corte, y que acumula infinidad de casos que lo hacen presente. Se trata de todas las situaciones en las que, dentro de un proceso, se controla cualquier acto —de autoridad o de particulares, cumplido antes y fuera

del proceso, o dentro de él—. Así, en el juicio de amparo; así, cada vez que se descalifica un allanamiento domiciliario o una prueba indebidamente obtenida, y se priva a uno u otra de todo efecto en el proceso; así, cuando en jurisprudencia abundantísima la Corte revisa y deja sin efecto sentencias inferiores que se recurren ante ella por arbitrariedad (debiendo aclararse que la tipología de las sentencias arbitrarias es una construcción hábil y fecunda de la propia Corte, sin ley que expresamente prevea esa categoría ya habitual en nuestro léxico judicial); así, cuando la Corte también descalifica el exceso ritual manifiesto en que se ha incurrido dentro de un proceso. Y la serie podría engrosar casi indefinidamente.

Como síntesis, marcamos el sesgo evolutivo del control y de la interpretación constitucionales en dimensión muy amplia.

Otro signo evolutivo que cobró expresión definitiva y clara en 1986 es el siguiente: el control (o la jurisdicción) constitucional en orden a la Constitución federal no es exclusivo y privativo del Poder Judicial federal, porque le incumbe también a los tribunales provinciales, de forma que cuando en procesos judiciales que se tramitan ante los últimos hay una "cuestión constitucional federal", el tribunal provincial no puede bajo ningún pretexto inhibirse de resolverla en su sentencia, y está obligado a hacerlo en aplicación de la Constitución federal. Tal principio —que, como dijimos, quedó bien diseñado recientemente— significa que la jurisdicción constitucional federal es compartida por el Poder Judicial federal y por el Poder Judicial local de cada provincia y de todas, sin perjuicio de que las cuestiones constitucionales federales que resuelven los tribunales provinciales dejen expedito el posterior acceso al Poder Judicial federal.

Desde las primeras normas que en el siglo pasado organizaron la justicia federal, la jurisprudencia de la Corte sostuvo —en aplicación e interpretación de las mismas— que las cuestiones constitucionales debían conocerse, articularse y decidirse en un proceso judicial "contencioso" que pudiera terminar con una sentencia de condena. Tal criterio quedó acuñado en el principio de que en el orden federal no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura o, dicho de otro modo, que no hay vía directa, de acción o de demanda, para atacar la inconstitucionalidad. Con un criterio muy personal, estimamos que ese principio no ha quedado totalmente desplazado hasta hoy, no obstante lo cual detectamos avances mitigadores de su rigidez. En efecto, vigente ya hace varios años el llamado Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, su artículo 322 regula la acción declarativa de certeza, rodeándola de algunos

requisitos que no hay por qué pormenorizar ahora. Lo interesante es decir que al entrar a regir la norma citada se planteó la duda de si la acción declarativa de certeza sólo podía ser usada en relaciones jurídicas de derecho privado, o si también era apta para resolver cuestiones de derecho público y, en ellas, una cuestión constitucional. En varios fallos de los últimos años la Corte despejó la duda, y resolvió que la acción declarativa de certeza es viable también en el segundo sentido, incluso para arribar a una declaración de inconstitucionalidad respecto de la norma que crea situación de incertidumbre dentro del molde del artículo 322 del Código Procesal. Y lo más curioso es que la ha aceptado en causas directamente promovidas ante ella cuando, conforme a la Constitución, entendió que eran propias de su competencia originaria y exclusiva.

Por otro lado, la cuestión se completa con otra apertura más, porque la Corte ha encuadrado en el trámite procesal de la referida acción a demandas que expresamente no la invocaban, y ha prescindido del *nomen juris* asignado a su acción por las partes promotoras, para descubrir su verdadera naturaleza —más allá del formalismo de los términos usados— en la entraña de la pretensión deducida.

Con un gran avance de vocabulario, la Corte ahora afirma que en nuestro orden federal existe la acción declarativa de inconstitucionalidad. Aunque desde nuestro enfoque ello sólo signifique que por medio de la acción declarativa de certeza es posible efectuar planteos de inconstitucionalidad —pero no más de eso—, se ha aligerado mucho el reduccionismo con que hasta producirse tal evolución se entendía el concepto de “causa judicial” capaz de provocar el control constitucional.

Empalmada con la aludida evolución, aparece ya un poco antes —y se prolonga— la admisión de la acción de amparo para impugnar leyes y normas generales en casos especiales de perjuicio grave y directo provocado por ellas en desmedro de derechos personales.

Al elastizarse de los modos expuestos la vía de promoción del control, y aun sin alcanzarse la facilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, se hace verdad que la jurisprudencia ha dado pasos trascendentes en nuestro sistema federal de control judicial de constitucionalidad. En concordancia, hacen presencia en la doctrina, y en algún proyecto legislativo, las iniciativas para introducir y regular por ley la referida acción de inconstitucionalidad.

Un punto más revela tendencias evolutivas. Presupuesto que en el orden federal las sentencias de la Corte que declaran la inconstitucionalidad de normas generales sólo producen un efecto “en el caso” para

desaplicar la norma descalificada, pero no la derogan, conviene atender brevemente a la proyección que pueden expandir, o que expanden, más allá del caso, en forma espontánea. Concretamente se trata de saber si cuando la Corte dicta una sentencia en materia constitucional (interpretación y control constitucionales), su criterio debe ser seguido por los demás tribunales del país, sean federales o provinciales. El tema es arduo y debatido en la doctrina argentina; pero aquí sólo tenemos que afrontarlo mínimamente para saber si hay o no alguna línea evolutiva en el derecho constitucional material. Puede responderse que la hay, y que su esbozo responde a las siguientes pautas: a) si en un proceso en el que la Corte ha dictado sentencia, esta sentencia es desconocida, tergiversada o frustrada por el tribunal inferior que debe darle cumplimiento, cabe una nueva intervención de la Corte para preservar su decisión anterior; b) fuera del mismo proceso en que la Corte ya ha dictado sentencia (o sea en otros procesos distintos) su jurisprudencia establecida en casos análogos anteriores no puede ser prescindida por el tribunal de la causa sin dar razones suficientes que funden su discrepancia, y si se aparta de aquella jurisprudencia omitiendo la argumentación valedera en contrario, es posible acudir a la Corte con apoyo en el indebido apartamiento ya explicado. Esto nos revela que aun cuando no está institucionalmente consagrada la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte, se advierte la tendencia a asegurar la continuidad del seguimiento a las mismas —o mejor, a la jurisprudencia que ellas sientan— por parte de los demás tribunales judiciales, como un modo de evitar o unificar la dispersión de criterios, lo cual es un problema de capital importancia para la seguridad jurídica. Hemos de decir que, en la realidad, una observación promedio permite describir como normal el seguimiento prestado a la jurisprudencia de nuestra Corte, fenómeno que se refuerza sobre todo en materia constitucional.

Por relación tangencial con lo recién dicho, recordamos que hay situaciones en las que, declarada la inconstitucionalidad de una norma por la Corte, el órgano autor de esa norma ha procedido voluntariamente a derogarla o modificarla, y tal proceder traduce un propósito de ajuste a la doctrina emanada del alto tribunal.

Se exterioriza así, a través del acápite que finalizamos, que la Corte es, como ella misma lo señala, el intérprete final de la Constitución. Y creemos que tal papel se ha ido acrecentando con vigor hasta la actualidad.

## XII. EL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO

Nuestra evolución constitucional no ha escapado a un fenómeno de dimensión universal, cual es el de un creciente intervencionismo del Estado en la sociedad, con el consiguiente reduccionismo del espacio de libertad e iniciativa privada en el campo de la segunda. Tal intervencionismo ha ido presentándose en distintas áreas, de diferentes formas y con efectos dispares a lo largo de los últimos setenta años. La valoración se hace, entonces, difícil, porque en algunos casos puede ser positiva y en otros negativa, aparte de su dependencia respecto a la ideología de quien valora. Objetivamente, es común señalar el ámbito de la economía como el que con más intensidad y con peores resultados —aun desde el mero punto de vista de la eficacia— ha soportado la intervención estatal y el recíproco estrangulamiento de la libertad y la iniciativa privada de los particulares.

Sea por razón de emergencia o crisis —real o ficticia—; sea por afición al dirigismo; sea por planificaciones o planeamientos; sea por autoritarismo o por impulso hacia el desarrollo, y muchas cosas más, la intervención estatal en la economía, cualquiera haya sido su intensidad variable según las épocas y las políticas de turno, ha dejado rezagado al modelo clásico del abstencionismo del Estado y del *laissez faire*, multiplicando los juicios estimativos en un tema que, expresamente, no viene definido en las normas de la Constitución formal, aun cuando de ella sea válido inferir preferencias a favor de la iniciativa privada y no del Estado, sin por eso negar rotundamente las posibles presencias moderadas del segundo con fines de bienestar general.

Sabemos que el aspecto, tanto doctrinario como práctico, de la intervención del Estado, no sólo en la economía sino en otros terrenos —como por ejemplo, el de la educación y la cultura—, es uno de los que más pluralizan y sectorializan a las ideas y a las políticas; pero ahora no tenemos que pasar revista a ese espectro ni tomar partido personal, sino solamente indicar evoluciones, es decir, qué curso constitucional empírico encontramos alrededor del problema. La breve Constitución de 1949 (breve por su tiempo de aplicación) abandonó explícitamente el esquema liberal que muchos creen encontrar en la de 1853-1860. Recobrada la vigencia de ésta; bástenos repetir que desde antes de 1949 (es fácil fechar el proceso por lo menos desde 1930) y después de 1956 (en que se cerró la temporalidad del texto de 1949) la presencia o intervención del Estado en la economía —entendida ésta en su más amplio sentido,

abarcador del sector bancario, financiero, comercial, agroganadero, laboral, sindical, etcétera— es un dato innegable y permanente.

El intervencionismo estatal, que a veces significa estrechar la libre iniciativa privada y otras encauzarla o regularla, siempre se muestra reglamentarista en las órbitas que quedan atrapadas. Nuestro lineamiento no descende a cada una, pero pretende relacionar el intervencionismo con el reglamentarismo, y éste con la muy marcada orientación a dictar normas de todo tipo —leyes, decretos, reglamentos o resoluciones ministeriales y de organismos estatales— que han llegado a componer con exceso y sucesiva movilidad un enorme conjunto normativo casi inaccesible al conocimiento, y que es muestrario de cómo la evolución constitucional ha ido asumiendo las creaciones normativas en todos los niveles de la estructura del poder, desde el de la ley hasta los más modestos que se puede imaginar, y en los que seguramente jamás pensó el Constituyente del siglo XIX. No es difícil hallar alguna vinculación del fenómeno evolutivo a que nos referimos (tanto cualitativa como cuantitativamente) con la aparición de las tendencias al constitucionalismo social, al Estado de bienestar o Estado social de derecho, a las economías sociales de mercado y mixtas, al papel promotor y planificador del Estado, así como con las dificultades socioeconómicas que sobre todo en América Latina presentan los procesos de cambio y de subdesarrollo, etcétera.

Y más allá de la realidad evolutiva en sí misma, interesa proponer que en el complejo cultural de creencias, valoraciones y representaciones colectivas, la evolución constitucional registra desde hace bastante en nuestro medio la comprensión de que el Estado no debe permanecer neutral ni indiferente en una retaguardia meramente vigilante ante los déficits socioeconómicos, culturales, y de toda clase, que al marginar a vastos sectores sociales obstan o impiden a los hombres que los integran el acceso a una vida digna, a un disfrute efectivo de su libertad y sus derechos, a igualdad de oportunidades, y a la liberación de situaciones opresivas, degradantes, o estranguladoras. Nuestra evolución constitucional se liga, por esta vertiente, a la línea que propone la Constitución italiana cuando se refiere al deber del Estado de remover una serie de obstáculos análogos a los aludidos en párrafos anteriores para promover el desarrollo de la personalidad humana y el goce de los derechos, así como la participación provechosa en el bienestar común. Hay constituciones provinciales que reproducen o imitan normas de este tipo. Pero siempre queda abierta a discusión la intensidad y oportunidad de la presencia razonable del Estado en los campos de su intervención.

## XIII. EL COMPLEJO CULTURAL DE LA SOCIEDAD

Las explicaciones vertidas en el acápite anterior hacen sugestiva una reflexión que, a lo mejor, puede parecer ajena al tema de la evolución constitucional. Esa reflexión apunta a destacar la evolución en el conjunto de ideas, creencias, representaciones colectivas y valoraciones que componen lo que Duverger llama el complejo cultural de la sociedad. Que este complejo cultural evoluciona, no es exactamente lo mismo que describir cómo evoluciona la realidad constitucional, o el derecho constitucional material, o acaso la serie articulada de normas de la Constitución codificada, y no es lo mismo porque hay factores que son capaces de distanciar una cosa de la otra. Pensemos, no más, en sociedades cuyo complejo cultural de ideas y valoraciones tiene predisposición democrática, pese a lo cual la Constitución material es impuesta por sectores adversos a la democracia. Sin embargo, hay algo a señalar: por una parte, el complejo cultural social es capaz de desplegar una fuerza de transformación cuando disiente con el régimen, o una fuerza de apoyo y consenso cuando se corresponde con él; por otra parte, toda Constitución material contiene su propio conjunto de ideas y valores que, aun cuando discrepe con el de la sociedad, acompaña a la vigencia sociológica de la misma Constitución material mientras ésta persiste.

Tal introducción retoma el enfoque con que concluíamos el acápite precedente. En la sociedad argentina, en que paulatinamente se fue fortaleciendo, expresando y organizando el pluralismo, el tejido de ideas y valoraciones integrantes de su complejo cultural ha sido un factor de influencia importante en la evolución constitucional. Ya esbozamos cómo la clase dirigente ilustrada cedió, poco antes de la fecha de acceso al período 1917-1987, al empuje de una clase media en ascenso que, en parte con su imagen del orden apetecido, y en parte con sus conductas, fracturó el hermetismo del reclutamiento político-gubernativo. Desde entonces, son muchos los ejemplos de ideas y valoraciones sociales que, con su presencia y su activismo, predispusieron evoluciones, como por ejemplo en la progresiva y cada vez más intensa participación social en el proceso de poder. La irrupción del sindicalismo a partir de 1945, y la generalizada afición democrática hacia 1983, son dos casos bastante evidentes y objetivos que prueban la incidencia del factor ideológico-cultural en el desarrollo de nuestro derecho constitucional material. Aun en los antagonismos y en las luchas sociopolíticas, que exteriorizan disensos o hasta conflictos intersectoriales, se advierte esa repercusión, sea porque un sector ha impuesto su proyecto al resto de la sociedad, como

entre 1946 y 1955, sea porque el sector segregado ha sido vitalmente pujante para superar a través del tiempo su marginamiento, como en el caso del peronismo desde 1955 hasta 1972, sea porque la negociación conciliadora ha buscado la integración en un acuerdo de base, como a contar de 1983.

Hay ideas cuyo vigor ha ido intensificándose, y aun a título de tolerancia han debido ser computadas por sectores de ideas adversas o contestatarias, y tal vez éste sea el ejemplo del constitucionalismo social que, resistido ideológicamente por grupos de rígido liberalismo, está presente en el complejo cultural, en el articulado de la Constitución formal, en el de las constituciones provinciales posteriores a 1957 y en el derecho constitucional material.

Sin insistir más en esto, y tampoco en los ejemplos, damos por verdad que la evolución constitucional argentina está tramada, con diversos matices, al compás de su paralela ideológico-cultural, y que este paralelismo ha dado lugar y sitio, en muchísimos casos, a intersecciones, a confluencias, a desembocaduras comunes, no sin otros de frontales discrepancias, pero siempre demostrando que nuestro derecho constitucional material ha dado circulación y movilidad a ideas y valoraciones sociales.

Como opinión personal, al filo del periodo que clausuramos en 1987, estimamos que la expresión ideológica y valorativa que inspira a la Constitución de 1853-1860 ha incrementado últimamente, entorno de su lineamiento de base, el consenso social en nuestro complejo cultural, afirmación que no se desmiente por los proyectos reformistas ni por la diversidad de políticas auspiciadas por el pluralismo sociopolítico y partidario. Y este juicio que formulamos ha de conectarse con las apreciaciones que en este mismo trabajo hacemos entorno del simbolismo de la Constitución.

#### XIV. EL SIMBOLISMO DE LA CONSTITUCIÓN

Con la Constitución de 1853-1860 ha acontecido un fenómeno socio-cultural que consideramos muy notorio y curioso, que ignoramos si tiene parangón en otras sociedades. Estamos seguros de descubrirlo ya avanzado el lapso que arranca de 1917, y a medida que a partir de 1930 se acentuó la crisis de inestabilidad que en otra parte es objeto de comentario.

Es muy probable que tal fenómeno se deba en buena parte al hecho de que nuestra Constitución, ya hoy más que centenaria, es vista como una Constitución histórica y, todavía más, como la Constitución funda-

cional de la República. Si alguien reniega de las constituciones de larga data, aquí tenemos un hecho positivo que deriva precisamente de la antigüedad de la Constitución. Digamos prontamente que el fenómeno aludido es el simbolismo de la Constitución de 1853-1860.

Una vez que se recuerde la importancia de los símbolos en la realidad de la vida política, se estará predispuesto a captar el significado del fenómeno. Si reducimos a dos sus proyecciones principales, decimos que ese simbolismo ha servido y sirve para defender el eje o tronco histórico-tradicional de nuestro orden constitucional y cuidar que no se deteriore, altere o sustituya, así como para fundar en la Constitución histórica y simbólica todas las reivindicaciones de libertad y democracia cada vez que en nuestra sociedad se ha creído o se ha sentido que la vida política se apartaba del proyecto de la Constitución. Y paradójicamente hemos comprobado que cuando tal sentimiento y tal creencia de apartamiento acusaban violaciones a la Constitución, desde y con sus principios y su filosofía política, se marcaba la distancia entre ellos y la realidad discordante y se convocaba a recuperar la fidelidad a los primeros. Los valores de la Constitución simbólica pudieron así movilizar —hasta emocionalmente— las representaciones colectivas en el complejo cultural de la sociedad, y actuar como ideas-fuerza y factores de recuperación o restauración de la normalidad constitucional.

Tal vez se suponga que esto poco o nada tiene que ver con el tema de la evolución constitucional; pero si así se piensa, discrepamos totalmente con la idea. En el caso argentino, la consolidación del simbolismo de la Constitución ha acompañado a aquella evolución de modo favorable, y hoy —aun con propósitos de reformarla— hace vanguardia para acentuar la convicción de que ningún cambio debe llevarse a cabo en desmedro o perjuicio del plexo básico de valores y principios que la Constitución contiene; en otras palabras, hay consenso entorno a ese plexo, y salvo disidencia de minorías muy pequeñas y de escaso peso social, hay suficiente conciencia de que el simbolismo de la Constitución revela que se la repunta como signo de identidad con nuestra tradición y nuestro estilo de convivencia política.

#### XV. LAS FUERZAS ARMADAS

La Constitución de 1853-1860 ha previsto a las fuerzas armadas como dependientes y subordinadas del poder civil, y ha conferido al presidente de la República la jefatura o comandancia de las mismas. En este

aspecto, pues, la cuestión no difiere del diseño habitual que es común a las constituciones latinoamericanas.

El derecho constitucional material, en cambio, registra situaciones distintas. Ya dijimos que en 1930 un golpe militar da comienzo a un período de inestabilidad de cincuenta años, durante los cuales las intervenciones militares se han sucedido con frecuencia, hasta desembocar en 1966 y 1976 en el ejercicio del poder por juntas militares formadas por los comandantes de las tres armas. Con independencia de ello, pero en íntima conexión, se ha observado a las fuerzas armadas en una función política de árbitros de los gobiernos constitucionales. Sería extenso relatar las presiones ejercidas sobre él, el estado deliberativo de los cuadros castrenses y toda la serie de fenómenos habidos en relación con ese protagonismo político.

Que el deterioro del papel profesional de las fuerzas armadas ha sido en buena parte causado por la asunción del aludido protagonismo político, ya sería un efecto importante para destacar. Que el ejercicio del poder político las ha desgastado, se agregaría seguramente con más gravedad. Y si todavía se señala que el conato de la guerra con Chile por el conflicto austral, la guerra con Gran Bretaña por las Malvinas y la represión al terrorismo subversivo crearon en grandes sectores de la población una vivencia de insolidaridad con la actitud de las fuerzas armadas, intensificada como hostilidad en otros, pero defendida por algunos, cabe decir que a la etapa constitucional iniciada en 1983 se llegó con una fisura entre la sociedad civil y la militar, que hoy se procura remediar. Los juicios penales contra los comandantes en jefe que a partir de 1976 condujeron la represión antiterrorista, y contra otros oficiales imputados de violación a los derechos humanos en ocasión de la misma, ha sido un episodio inédito, que despertó similares estimativas opuestas entre sí. No obstante, las jerarquías castrenses actuales han dado señales de acatamiento a los poderes constitucionales, y de subordinación al presidente de la República como su comandante en jefe por imperio de la Constitución.

Más allá de los juicios que un análisis politológico puede suscitar, lo que aquí interesa es mostrar que desde el punto de vista constitucional —e intenciones aparte en los autores de las intervenciones y los arbitrajes militares— las fuerzas armadas se atribuyeron un papel político protagónico de fuerte y prolongada repercusión.

En 1984 se realiza una reforma legislativa al Código de Justicia Militar que representa una innovación profunda en el derecho constitucional material, y que en síntesis presentamos en dos aspectos: uno, la reduc-

ción de los delitos incluidos en dicho Código a los estrictamente militares, lo que significó una nueva concepción y dimensión sobre la jurisdicción que los juzga, y sobre el acto de servicio y los delitos comunes conexos con él; otro, la sujeción de las sentencias dictadas por los tribunales militares a revisión por tribunales del Poder Judicial. La Corte Suprema, por su parte, varió una jurisprudencia centenaria que reputaba válidas aquellas sentencias dentro de un sistema que hasta 1984 las hacía irrevisables por tribunales judiciales, y ahora sostiene que —de acuerdo a la nueva legislación citada— deben contar con control judicial posterior.

Este breve cuadro descriptivo puede enmarcarse en la apreciación de una predisposición a reinsertar profesionalmente a las fuerzas armadas en la Constitución de 1853-1860 y en su proyecto democrático.

#### XVI. EL SINDICALISMO

Así como se acostumbra a marcar el año 1916 como el acceso de las clases medias a la participación política activa, se sitúa en 1945-1946 la fecha en que similar acceso es alcanzado por las clases trabajadoras y por el sindicalismo.

Vamos a soslayar las referencias a fechas anteriores, y a la progresiva formación de los grupos sindicales, para arrancar solamente de cuarenta años atrás, en que con el impulso del peronismo las organizaciones obreras asumen perfiles destacados, que lejos de desdibujarse, desde 1956 en adelante se han mantenido y hasta acentuado.

Es bueno recordar que la legislación sobre asociaciones sindicales de la etapa peronista, pese a su derogación posterior y a su reemplazo por nuevas leyes, inoculó en nuestro derecho constitucional material la práctica de la unidad sindical, entendida ésta como el sistema de un solo sindicato por área de actividad (por ejemplo, empleados de comercio, bancarios, metalúrgicos, etcétera). Y tal práctica no pudo erradicarse con la introducción a la Constitución formal del artículo 14 bis, que establece la organización sindical "libre y democrática" mediante la inscripción en un registro especial. El pluralismo sindical no ha arraigado entre nosotros, pues si bien es libre la existencia de más de una asociación por área de actividad, solamente la que queda reconocida con la llamada "personalidad gremial" tiene el ejercicio de los derechos típicamente gremiales (por ejemplo, la concertación de los convenios colectivos de trabajo).

A esto ha de sumarse el hecho de una única central obrera, la Confe-

deración General del Trabajo (CGT), que moviliza recursos humanos y materiales más poderosos, casi, que los de los partidos políticos, y que tanto en los momentos en que, según su línea político-partidista, ha sido aliada del poder de turno como en los que ha estado en oposición o confrontación, ha sido y es un factor de poder, más que un simple factor de presión.

Al entrar vigorosamente en escena el sindicalismo, o como a veces se lo apoda: el poder sindical, el derecho constitucional material ha sufrido evoluciones. No es la menor el reforzamiento de las tendencias de constitucionalismo social en la relación empresariado-trabajadores-Estado, aunque aquí debemos formular la misma aclaración que hacemos al abordar el tema del constitucionalismo social: no cabe identificar esa tendencia cuando la apariencia se desvirtúa por la reducción o el alejamiento de los contenidos del constitucionalismo clásico (libertad, derechos personales, organización racional del poder distribuido, limitado y controlado).

Más allá de lo que cada cual pueda valorar como conquistas sociales para el sector del trabajo o para los sindicatos, al estudio de la evolución constitucional le atrae otra cosa, que es el papel que en el sistema político ha conquistado el sindicalismo, del cual es indudable que no caben y que no se darán —previsiblemente— retrocesos. Para el caso argentino, dado el hábito regular de cuarenta años, lo que parece difícil es elastizar la unidad sindical con el pluralismo o la libertad sindicales, a tono con la cláusula constitucional de organización sindical libre y democrática del artículo 14 bis, introducido en 1957.

## XVII. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos anteceden en mucho al lapso que abarcamos en este estudio, pero con el triunfo electoral del radicalismo en 1916 puede convencionalmente darse por abierta una etapa en la que su fisonomía se acentúa. Hacemos el recordatorio de que la Constitución de 1853-1860 no contiene ninguna norma expresa sobre los partidos, no obstante lo cual siempre decimos que nadie negaría seriamente su presencia en la Constitución material: hay partidos, esos partidos actúan e intervienen en múltiples campos —en su propia estructura interna, interpartidariamente, intrasocialmente y en la estructura del poder estatal—, proveen los candidatos a los cargos gubernamentales de origen electivo, se convierten en partidos gobernantes o en partidos de oposición o de control, hacen de intermediarios entre el poder y la sociedad, movilizan opinio-

nes públicas, canalizan consenso y disensos, marcan las políticas oficiales cuando desde el poder despliegan sus programas, etcétera.

Tal vez uno de los fenómenos que más ha llamado la atención —por lo menos desde la década del 50 en adelante— es la proliferación de facciones y líneas internas que han dividido a los partidos. Casi no queda uno que no haya conocido desprendimientos y separaciones que dieron lugar a la aparición de partidos nuevos. El partido que con más antigüedad —próxima al siglo— sobrevive con una organización y una presencia sólidas es el radicalismo, hoy en el poder; pues bien, en la época citada se bifurcó en Unión Cívica Radical del Pueblo y Unión Cívica Radical Intransigente; la última dio lugar al MID, y al desgajamiento de un núcleo que ahora se llama Partido Intransigente. El peronismo, por su lado, no ha escapado a las disidencias de sus líneas internas, sobre todo al perder la rígida verticalidad inicial después de la muerte de Perón.

Si este fenómeno de disgregaciones a partir de un tronco partidario común puede parecer privativo de la vida interna de los partidos, hay que comentar que, hacia afuera, proyecta dificultades para las convergencias interpartidarias y para la formación de un acuerdo o consenso de base entorno de grandes políticas comunes, o del mismo sistema constitucional, porque quienes no se pueden entender entre sí dentro de la afinidad de un mismo partido, mal pueden entenderse con extraños que militan en otros. No obstante, se avizora desde la restauración de la normalidad a fines de 1983 una predisposición pluripartidaria a integrar el consenso de base hacia el régimen constitucional, sin abdicación de los disensos —a veces muy marcados— sobre políticas concretas.

Las conducciones partidarias han mostrado, cuando con suficiente fuerza han ejercido el poder estatal, algunos rasgos interesantes. Así, muchas veces desde el gobierno federal se ha intervenido a las provincias con gobiernos opositores o disidentes; otras, la composición del Congreso con mayorías del mismo partido del presidente de la República ha mostrado condescendencias nada republicanas, muy distantes del sentido constitucional de la división de poderes; algunas, legisladores tenidos como díscolos o indisciplinados respecto de la conducción partidaria unificada en el presidente de la República, quedaron apartados de sus bancas. Estos son solamente algunos de los ejemplos más sobresalientes que sirven para demostrar cómo la actividad de los partidos se intercala en el aparato del poder y en su funcionamiento.

Las afiliaciones partidarias no han sido altas, aunque han crecido en los últimos años, y han reclutado adhesiones juveniles. Pero, como la en

cuesta de adhesiones y repulsas adquiere su mayor patencia en el reclutamiento de los caudales electorales, hay que añadir por lo menos dos reflexiones: tanto como el número de afiliados, es importante el de quienes, sin serlo, tienen afinidad —permanente u ocasional— con cada partido; como reflejo, el electorado independiente cobra mucho peso en los actos electorales.

Y sobre este último punto, el fenómeno de polarización bipartidista en las elecciones con que salimos del último período *de facto* en 1983, pone en entredicho la teoría de que los sistemas electorales inciden fuertemente en los sistemas de partidos. En Argentina, con un sistema de representación proporcional, un 90% aproximadamente de los votos populares se acumuló y repartió en 1983 entre dos grandes partidos, el radicalismo y el peronismo.

En otro orden de cosas, no es un secreto que la vida y las relaciones interpartidarias en la sociedad argentina han estado signadas hasta casi nuestros días por la intolerancia y la agresividad, lo que en parte ha obstaculizado los hábitos democráticos y pluralistas. La rivalidad entre conservadores y radicales, entre peronistas y antiperonistas, marcó largos años de nuestra convivencia, y coadyuvó a retardar la estabilidad institucional. También creemos atisbar hoy actitudes mejores y conciliadoras.

Los partidos sufrieron, como la sociedad toda, la inestabilidad cincuentenaria que en otro acápite enfocamos: disoluciones, proscripciones, prohibición de sus actividades, etcétera. Estas situaciones anómalas retardaron la formación y renovación de dirigencias, atrofiaron o desentronaron a las estructuras internas y a las relaciones interpartidarias e intrasociales, y se reflejaron a su tiempo —y hasta hoy— en muchos aspectos (negativos) dentro del organigrama del poder; así, es frecuente que ciertos desajustes en el funcionamiento del Congreso se atribuyan a los largos períodos de paralización de dicho órgano y de inactividad partidaria recíproca durante las épocas *de facto*.

Por su parte, la jurisprudencia ha sido, en general, propicia al reconocimiento de los partidos como organismos indispensables en el sistema republicano y democrático de la Constitución, lo que acredita que a pesar del silencio de ésta entorno de aquéllos, el derecho judicial confirma su presencia valiosa en el derecho constitucional material y la apuntala.

## XVIII. LOS PROCESOS POLÍTICOS

La ciencia política contemporánea se hace cargo del estudio de los procesos políticos (en plural) o del proceso político (en singular). Un

estudio sobre la evolución constitucional no necesita incursionar previamente en ese fenómeno, y debe presuponerlo. Esta disquisición nos permite entrar directamente en nuestro tema, para dar idea de que, a nuestro juicio, el derecho constitucional material ha ido dando cabida progresiva a una intensificación de los procesos políticos que, en alguna medida y en ciertos aspectos, han existido desde la primera hora. La evolución no radica, entonces, en que hayan hecho presencia, sino en que dicha presencia se ha acentuado y reforzado. Sólo insinuaremos algunos rasgos.

Si se da por cierto que existe un proceso de mediación política, nuestra evolución constitucional registra un incremento en las estructuras y las formas de mediación, que acusa aumento cuantitativo en las primeras, variedad en las segundas y democratización en el conjunto. Ello porque hemos ido —aunque con recesos— avanzando hacia un pluralismo social que es el ámbito donde se forman y actúan los sujetos mediadores (asociaciones de múltiple índole, sindicatos, partidos, etcétera) por iniciativa de la propia sociedad; porque, además, la movilidad social y los medios de comunicación social han facilitado generalmente su acción, y porque los factores de interés y de presión han hecho de portavoces a las demandas dirigidas al Estado para provocar respuestas beneficiosas. Tal vez, hasta sea el caso proponer que hay un exceso en la carga de demandas que el proceso de mediación hace presentes, y que dificulta su conversión en decisiones satisfactorias. De todos modos, esta multiplicación y aceleración de las mediaciones sirve para descongestionar y descomprimir la acumulación de los requerimientos sectoriales y facilitarles alguna forma de presencia ante el Estado, cualquiera sea después el resultado sobre la articulación de intereses. Y son esos canales transmisores los que progresivamente han permitido cada vez más el contacto entre sociedad y poder.

Paralelamente, el proceso de comunicación política ha ido también proporcionando una mayor circulación y publicidad de las ideas, creencias, opiniones y valoraciones, tanto dentro de la sociedad como desde ésta hacia el poder y desde el poder hacia ella. En nuestra evolución constitucional ha alcanzado hondo arraigo —después de etapas de muy deficiente comunicación política civilizada— la firme reivindicación de libertad para formar opiniones públicas, para difundirlas, para tener acceso a la información, para demandarla del gobierno, para abrir el diálogo, para repeler restricciones estatales a los medios de comunicación masiva (prensa, radio, televisión, cinematógrafo, etcétera), para hacer publicidad y propaganda, para exigir igualdad de oportunidades.

Nos parece interesante dar nuestra idea personal sobre el proceso de participación política. Su primera apertura ha sido fechada, en cuanto al proceso electoral se refiere, en 1912 con la Ley de Sáenz Peña, y en 1916, con su primer resultado para la provisión del cargo presidencial; hacia 1945-1946 se produce la segunda, con el protagonismo obrero y sindical; la tercera, en 1947, con el voto femenino. Pero más allá de la importancia del sufragio, del proceso electoral y de los partidos políticos en el proceso de participación, nos parece posible observar bastante objetivamente a la fecha de este estudio (1987) que el proceso de poder en general ha cobrado apertura, entendiendo por apertura (o por proceso de poder abierto, en oposición a poder cerrado) la intervención de un número cada vez mayor de protagonistas (normalmente colectivos y no individuales) con roles políticos activos en el proceso donde se gestan, adoptan, ejecutan y controlan las decisiones políticas que afectan a los intereses de tales intervinientes. Nuestra sociedad, sus grupos pluralistas, sus dirigencias de todo tipo, han adquirido y reforzado la vivencia y la pretensión de ser interlocutores e intervinientes en el proceso de poder, y los propios titulares del poder se han predispuesto a esa apertura facilitando el diálogo, la mediación, la negociación y la comunicación. Este proceso, pues, no se moviliza solamente a través de los procesos electorales, ni del acceso formal a las estructuras gubernativas de representantes de los partidos. En forma más fluida, espontánea e informal, se vive cotidianamente —hasta a veces de modo áspero o conflictivo— a través de encuentros, reuniones, audiencias, petitorios, consultas, debates, medios de comunicación social, etcétera.

Toda esta red de procesos políticos cuya ampliación progresiva venimos destacando permite un resumen englobante, que nos muestra en la más próxima evolución constitucional un mejoramiento del proceso de desarrollo político. Tal vez la afirmación pudiera ser desmentida si al desarrollo político se lo viera única o preponderantemente como desarrollo económico; pero no si en vez del enfoque economicista se adoptara otro cualquiera (cultural, institucional, etcétera). Recientemente creemos descubrir indicios de modernización, de estabilización del sistema político, de capacidad del mismo para absorber mayores niveles de participación, para fortificar la legitimidad, para suscitar el consenso de base, para acentuar la libertad política, la movilización política, la integración social, la democratización.

No es demasiado arriesgado, entonces, perfilar un avance en la evolución constitucional cuando se pasa revista a la diversidad de los procesos políticos, y cuando al filo de 1987 se puede extraer la conclusión de:

que, superado el largo ciclo de inestabilidad durante más de cincuenta años desde 1930, la sociedad argentina se ha aferrado a una recia representación colectiva entorno a la necesidad de preservar y mantener la continuidad constitucional dentro de un modelo democrático. Ahí radica el reclutamiento multisectorial del consenso acerca de la legitimidad del sistema para, de ahí en más, canalizar la lucha "en" (o dentro del régimen) y no "sobre" (o contral él). Nos tentamos de afirmar que tal fenómeno es, seguramente, el que expresa la más vital y sólida característica de nuestra evolución constitucional.

### XIX. LA CULTURA POLÍTICA

Así como es propio, dentro de un análisis de la evolución constitucional, prestar atención a la influencia que juega el repertorio de ideas, creencias, valoraciones y representaciones colectivas que forman el complejo o conjunto cultural de una sociedad, vale también examinar, siquiera a grandes trazos, la cultura política, como signo de la misma evolución.

Todo régimen constitucional cuenta en el ambiente social con una cultura política, buena o mala, rudimentaria o avanzada, en cuanto en el mismo ambiente hay actitudes, orientaciones, predisposiciones y conductas referidas al sistema político. Si coincidimos en que la sociedad argentina arrancó en 1853-1860 de una cultura política precaria, cabe intentar conocer si la misma ha acusado un mejoramiento, y tomar como fecha inicial la de los setenta años que cubre este estudio desde 1917. Podemos coincidir también en algo ya repetido: se accede a 1917 con una predisposición favorable al progreso de nuestra cultura política, debido al sistema electoral que estimuló —con la Ley Sáenz Peña— la depuración de los procesos electorales, la expectativa de alternancia partidaria en el poder, el papel más activo de los partidos y la apertura de la participación social. Es sabido que todo progreso que se crea descubrir desde tal época tendrá que ser puesto globalmente entre paréntesis desde 1930 hasta 1983, bien que también en este periodo —y hasta por causa de su signo negativo— la sociedad haya tomado conciencia de muchas ventajas propias de la normalidad constitucional repetidamente interrumpida, y haya dado cabida a tendencias propicias para restablecer y desarrollar su cultura política.

Para un primer esquema de análisis, vamos a tomar, por un lado, el pluralismo social y, por el otro, las categorías de cultura política de

“parroquiano”, de “súbdito” y de “participante”, debidas a Almond y Powell.

Por pluralismo entendemos la posibilidad de formación, existencia libre y actividad, también libre, de los grupos y asociaciones que cada sociedad alberga o puede albergar en su seno. Hay que partir, pues, del concepto tan simple de que para decir si una sociedad es o no es pluralista hay que saber primero si quiere serlo, y después, si la dejan que lo sea; ello porque si no apetece el pluralismo, y si éste no existe por causas atribuibles a ella misma (por ejemplo, por indiferencia, apatía, masificación, apelmazamiento, etcétera), habrá que afirmar que su cultura política es baja; pero no podrá decirse que no la dejan (especialmente el Estado) ser pluralista, dato éste que ya acusaría un vicio de otra índole en el sistema político, porque estaría bloqueada la libertad para el pluralismo deseado.

Una vez que pasamos esta primera observación, la segunda nos hace verificar que se asciende un escalón en la cultura política cuando una sociedad que ambiciona el pluralismo, es pluralista porque ella le da origen y porque la dejan (el Estado) ser pluralista.

El tramo siguiente en la cultura política se recorre cuando “entre” los grupos del pluralismo social hay convivencia tolerante y civilizada. Diríamos, hay democracia “entre” los grupos.

Por fin, es posible añadir una exigencia más: la de que también haya democracia “dentro” de los grupos, o “en” los grupos, además de “entre” ellos.

Yendo ahora a la clasificación citada de Almond y Powell, habría cultura “parroquial” cuando las personas creen que el Estado, el gobierno, la política, el sistema político, nada tienen que ver con sus vidas, o sea cuando creen no contar con esas realidades y se sienten al margen de ellas, o las ignoran. Habría cultura de “súbdito” en quienes tienen conciencia de las mismas realidades, pero no se interesan ni participan en ellas. Y habría cultura “participativa” en la intervención personal dentro del sistema político.

Combinando estos esquemas, notamos que el pluralismo social se ha intensificado desde 1917, no sólo por el mayor número de los grupos, por la calidad de muchos de ellos, por la pretensión colectiva de que los haya, y por la creciente libertad para darles origen, vida y presencia, sino porque el pluralismo ha tomado intervención en los procesos políticos; ha difundido cultura participativa; ha desestimulado la indiferencia, la neutralidad y la retracción; ha hecho reclutamientos juveniles. Estos resultados se refieren a una realidad promedio que creemos

encontrar en 1987. Omitimos recurrir a etapas intermedias (1930-1945, 1946-1955, 1955-1973, 1973-1983) en las que periodos *de facto*, fraude electoral, ausencia de libertad, proscripción de partidos, terrorismo subversivo, represión antiterrorista, etcétera, pusieron trabas, amenazas, impedimentos, o parálisis al pluralismo social.

En orden a la relación intergrupal, sólo a este momento parece suavizarse entre muchos grupos la agresividad, la intolerancia y hasta el odio, para predisponerse a una convivencia sin exasperaciones ni divisiones violentas. Realmente, a la sociedad argentina le cuesta todavía acceder a un nivel de cultura política que permita reemplazar la dualidad de amigo-enemigo por la de simple adversario; cargamos el peso de un maniqueísmo que siempre coloca a los malos en el sector opuesto al que cada uno integra con título de buenos.

Lentamente atisba asimismo una tendencia a lograr la democracia interna en los grupos, todo lo que en un balance respalda la impresión de que en materia de cultura política estamos mejor que antes; pero nos falta todavía recorrer un trayecto arduo de evolución. Y está de más añadir que el reflejo de una cultura deficiente en el sistema constitucional ha sido un ingreso nocivo o desfavorable que ha entrado al sistema político desde el subsistema cultural, y que si ahora remontamos una cuesta ascendente podremos hacer un aporte benéfico para la evolución constitucional.

Para completar el panorama que, en materia de cultura política, no es demasiado halagüeño, pero tampoco desesperanzador, es dable encontrar entre 1930 y 1983, con matices variables, una pérdida de la juridicidad que a contar de la última fecha parece remediarse, simultáneamente con una reducción de la acción directa y de la violencia en orden a la toma del poder, y con una predisposición —avalada por consenso predominante— a aceptar ciertas reglas de juego básicas y comunes en el tablero democrático. Se cuenta, por otro lado, más alto porcentaje de afiliaciones partidarias y de participación popular en los actos electorales. Por fin, el empeño en promover el desarrollo político como constructor de la democracia, la propensión a la estabilidad del sistema y al cambio modernizador ordenado, así como a la capacidad y eficiencia del poder, hacen atisbar un ascenso de la cultura política.

## XX. LA ESTRUCTURA DE PODER

Nos corresponde ahora un rápido esbozo de la estructura de poder. Y en este campo podemos encontrar muchas similitudes con la evolución

constitucional de los países latinoamericanos. Tres son los rasgos, que no precisan demasiada explicación: un acrecentamiento del Poder Ejecutivo, una declinación del Congreso o Parlamento y una debilidad del Poder Judicial.

En Argentina, el fortalecimiento presidencial es un hecho notorio, aun en los casos de figuras presidenciales desteñidas. Nuestra vida política gira entorno del presidente, y no hay más que advertir la diferencia que media entre una elección presidencial y una elección de diputados para el común de la gente. Al presidente le llega la más grande y pesada carga de demandas sociales, aun en orden a cuestiones que son de competencia legislativa; al presidente se le acercan el consenso y el disenso más fuertes; al presidente se lo ve como el conductor de la política. La general habitualidad del fenómeno desde México al sur, y hasta en Estados Unidos, nos exime de otros comentarios.

En el caso de la opacidad del Congreso, los argentinos hallamos la exculpación en la frecuencia y duración de las épocas *de facto* en que ha estado disuelto. Es algo, pero no es todo. Hay un desentrenamiento parlamentario, eso es cierto. Hay una imagen social de poca eficiencia del Congreso, de excesivo partidismo, de intereses sectorialistas, de obstrucciones opositoras mezquinas, de lentitud en el trabajo legislativo. Tal vez se demanda del Congreso la sanción de muchas leyes como signo de su eficiencia, porque quizás también nos hemos acostumbrado a que nada, o casi nada, quede sin reglamentación normativa. Pero la verdad es que, independientemente de la rapidez o la demora y de la cantidad de las sanciones legislativas, el Congreso no ha funcionado en plenitud como órgano de control político del Ejecutivo. Han habido etapas en que el Congreso ha actuado como dependencia del Ejecutivo, y a veces hasta con servilismo, cuando la mayoría de sus miembros ha dado acompañamiento casi irreflexivo a un presidente de su mismo partido, con escaso margen para la actuación eficaz de la oposición. Las iniciativas legislativas del Congreso son escasas frente a los proyectos que le envía el Ejecutivo. El reclutamiento de los miembros del Congreso moviliza candidaturas partidarias entre quienes cuentan con margen de mayor atracción para la clientela electoral, sin demasiado sentido de búsqueda por la idoneidad técnica y moral. El Congreso no cuenta con una tecnoburocracia de apoyo y asesoramiento similar a la del Ejecutivo. En fin, son muchos los factores que acuden a explicar la mayor debilidad del Congreso, y a crear conciencia de que hay que neutralizarlos y superarlos para vigorizar a un órgano fundamental de la estructura tripartita del poder.

En cuanto al Poder Judicial, baste señalar que la inestabilidad sufrida desde 1930 se ha proyectado a él, no sólo con recambios marcados en su integración humana (hasta en el máximo nivel de la Corte Suprema de Justicia), sino con repercusiones partidarias en su actuación durante algunas etapas. Entre 1947 —en que por juicio político el peronismo destituyó a la mayoría de los jueces de la Corte— y 1955, el más alto tribunal no supo mostrar independencia respecto de la política partidaria y del Poder Ejecutivo, como tampoco muchos de los jueces de tribunales inferiores. Por poradoja, la Corte integrada después de los golpes de Estado militares de 1966 y 1976 fue el único equilibrio del poder *de facto*, y actuó con toda la independencia, honestidad y prudencia que cabía esperar de un tribunal de garantías constitucionales en la difícil circunstancia del momento, aun cuando —como personalmente lo hemos hecho en sus oportunidades— se pueda disentir con algunas líneas doctrinarias de su jurisprudencia. Pero eso ocurre siempre con cualquier integración de la Corte, porque para eso está la crítica y la estimativa constitucionales.

En otra parte destacamos la categoría de verdadero tribunal constitucional que ha adquirido la Corte Suprema, y sería redundante insistir. Otra vez, más allá del margen de acierto o error de sus sentencias, la sociedad, y los otros poderes del Estado, han comprendido que ella es el intérprete final de la Constitución. Sin aspirar a que la Corte se politice en sentido partidario, ni a que invada las esferas del Congreso y del Ejecutivo, se ha ido abriendo paso la vivencia de que, como cabeza de un poder del Estado (el Poder Judicial), ella es y tiene también que ser, a su modo, dentro de la muy especial función de administrar justicia, un poder político en el sentido científico de la palabra "político". Sin duda, esto ayuda a fortalecer al Poder Judicial y a visualizarlo en pie de igualdad con los otros dos poderes.

Como no es éste el marco para delinear en su síntesis total la jurisprudencia constitucional de la Corte, sólo nos ceñiremos a recordar alguna pauta en reivindicación de las competencias judiciales. Tiene establecido la Corte Suprema que en las controversias individuales que se refieren a derechos personales es inconstitucional la detracción definitiva y/o compulsiva de su decisión por parte de los tribunales de justicia; en aplicación de este principio, la Corte sostiene desde hace más de veinte años que las decisiones de los tribunales administrativos y de cualquier órgano que, sin integrar el Poder Judicial, ejerce función jurisdiccional similar a la de los jueces, deben contar con posibilidad de posterior control judicial suficiente.

En suma, el organigrama del poder, con sus funciones y relaciones, acentúa la estructura de poder limitado, repartido y controlado, que diseña la Constitución formal. Nuestra evolución constitucional acusa, por cierto, desviaciones y errores; pero el esquema de la supremacía de la Constitución, dentro del cual aquella estructura aparece subordinada a ella, tiende a afianzarse.

El tiempo de los desbordes institucionales, del autoritarismo, de los liderazgos presidenciales verticalistas y prepotentes, parece pertenecer al pasado, al igual que el poder militar *de facto* en ejercicio del poder político. En la estructura de poder, entonces, la evolución constitucional se encamina cada vez más a la racionalización del poder dentro del proyecto democrático global de la Constitución escrita.

## XXI. EL NOVÍSIMO CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL

Con el recordatorio de que la República Argentina es un Estado federal, dejamos aclarado que sólo hemos discurrido entorno del constitucionalismo federal, y que hemos omitido al provincial. Seguramente, si también recordamos que, en virtud de la Constitución federal en sus artículos 5º y 31, las constituciones de las provincias deben ajustarse a aquélla, se comprende que la evolución constitucional en el orden federal absorbe, de cierta forma, a la del constitucionalismo provincial.

Al tiempo de finalizar este estudio, son varias las provincias que desde 1986 han dictado constituciones locales íntegramente nuevas, de cuyo examen comparativo podría inducirse cuáles son las tendencias troncales de este reciente constitucionalismo provincial. Para no sacar el punto del tema que hemos expuesto entorno de la evolución constitucional, sólo haremos una reflexión final.

Es probable que un repaso minucioso y pulcro de estas nuevas constituciones conduzca a la conclusión de que en algunas de sus normas hay excesos rayanos en inconstitucionalidad (por ejemplo, por referirse a cuestiones que son de competencia federal y no provincial); pero aclarando que tales defectos se nos escapan aquí del tema propuesto, es posible insinuar esta idea: el nuevo constitucionalismo provincial es útil para observar, a través de sus rasgos comunes o afines, las tendencias evolutivas en las sociedades provincianas que, a la postre, son las que mayoritariamente revelan las valoraciones sociales predominantes en nuestra sociedad total. También el esfuerzo de tal indagación detallada queda ajeno a nuestro estudio; pero si en un muy apretado horizonte hubiéramos de visualizar el aporte del novísimo constitucionalismo pro-

vincial a la evolución constitucional argentina, nos atreveríamos a indicar que él radica en la adhesión al constitucionalismo social o, más bien, al Estado social de derecho o Estado de democracia social. Ello no quiere decir, sin más, que Argentina haya conseguido alcanzar el nivel de exigencia y optimización que ese tipo de organización trae consigo; pero sí que nuestra evolución constitucional está signada por su tendencia. Y, sin duda, de ser cierta nuestra observación, se trataría de un buen acompañamiento al modelo que en América Latina difundió la Constitución mexicana de 1917. No en vano el punto de arranque cronológico de esta reseña parte de la misma fecha.

Queda una evaluación final. Quienes rotundamente piensan en Argentina que la Constitución escrita de 1853-1860 no admite, ni siquiera con una interpretación dinámica, absorber en su clásico modelo liberal al modelo complementario del constitucionalismo social, han de sostener que este sesgo indicador del nuevo constitucionalismo provincial es disidente y, aún más, inconstitucional, por contrariar a la Constitución federal. En cambio, quienes para nada compartimos esa visión rígida, estamos en condiciones de aseverar algo distinto: la inclinación marcada del constitucionalismo provincial reciente hacia el constitucionalismo social es buen indicio —presupuesto que en lo esencial no rompe la subordinación a la Constitución federal en sus principios viscerales de base— de que la evolución constitucional gira entorno de una interpretación dinámica que permite reputar al constitucionalismo social como perfectamente compatible con la Constitución de 1853-1860. Las provincias, al dictar las suyas, y al presuponer que las dictan dentro, y no fuera, del marco subordinante de la Constitución federal, nos están advirtiendo que en las sociedades provincianas se da por cierto que, sin dislocar esa subordinación, el diseño del Estado de democracia social responde a la interpretación dinámica que actualmente hay que imprimir a la vieja Constitución escrita de la etapa fundacional de la República.

## XXII. ALGUNOS TEMAS OMITIDOS EN NUESTRO ENSAYO PANORÁMICO

Con razón podrá decirse que la visión global que hemos sintetizado incurre en muchas omisiones. Es verdad que esas lagunas obedecen, en general, a una selección parcialmente subjetiva y preferencial por los temas presentes, aparte de la imposibilidad de abastecer en un trabajo de la naturaleza de éste la totalidad de nuestra evolución constitucional de los últimos setenta años.

Seguramente, se ha de pensar que quedaron relegados dos temas, al

menos, muy importantes: uno es el federalismo y otro el estado de sitio. No supliremos tardíamente el vacío, pero acotaremos una reflexión. La evolución de nuestro federalismo no ha sido feliz, como tal vez no lo ha sido en ninguna de las federaciones latinoamericanas ante el avance de la centralización. En Argentina, no obstante, el ideario federal y las valoraciones sociales provincianas no han cedido ni se han aflojado. Si ello es nada más que una tendencia, es algo, y peor es nada. A dicha tendencia la acompaña un impulso gubernamental hacia mayor descentralización, que todavía requiere pasar de la intención y la propuesta a la realidad; pero también es otro algo. Nos viene a la memoria —como un ejemplo fortalecedor— la línea jurisprudencial de la Corte en materia tributaria entorno de las competencias provinciales, que han merecido mayor reconocimiento que hasta hace algunos años. Y el nuevo constitucionalismo provincial hace aflorar la vocación federalista (algunos nuevos textos reproducen en una cláusula federal las sugerencias doctrinariamente proyectadas por Pedro José Frías). ¿Y del estado de sitio, qué diremos? Que traduce una de las mutaciones más desviadas de la ortodoxia constitucional, tanto por la frecuencia de su uso como por la larga duración de los periodos de aplicación y la recíproca limitación de los derechos afectados, especialmente la libertad corporal. Pero aquí también hay algo a rescatar, y es la vigorosa penetración del control judicial de razonabilidad sobre las medidas restrictivas dispuestas durante el estado de sitio, tanto en juicios de *habeas corpus* como de amparo, todo ello por imperio de la jurisprudencia de la Corte, a partir especialmente del año 1976.

Un tercer tema formalmente omitido es el de lo que suele llamarse los factos reales de poder; a algunos los hemos enfocado: partidos, fuerzas armadas, sindicalismo; a otros no, como la Iglesia católica. Acerca de ella, cabe recordar que los ribetes regalistas desaparecieron en nuestra Constitución material por virtud de un tratado internacional, que fue el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y Argentina, por aplicación del cual cesó la vigencia sociológica de algunas normas de la Constitución formal sobre patronato, pase de documentos papales y conciliares, admisión de órdenes religiosas, etcétera. La evolución constitucional ha sido, en esto, benéfica, al eliminar injerencias estatales en la jurisdicción religiosa de la Iglesia.

Y ahora sí, lo que permanezca en silencio sólo merecerá de nuestra parte la sugerencia de unos puntos suspensivos. Ellos llevarían a la guerrilla subversiva de la década del 70, a la lucha de represión, y desde

finés de 1983 a los procesos penales (inéditos en nuestra historia) por excesos violatorios de los derechos humanos.

### XXIII. BALANCE DE RECAPITULACIÓN

De todo nuestro examen se desprende que en nuestro derecho constitucional material ha habido evolución. Hemos arrancado convencionalmente del año 1917 hasta hoy, setenta años después. Tal evolución ha transcurrido casi sin reformas al texto de la Constitución formal. La primera conclusión es entonces que, sin modificar el articulado de la codificación constitucional, ha sido posible, y ha acontecido, una evolución.

Habría que valorar si ella ha sido positiva o negativa. De cada párrafo, el lector puede extractar su propio punto de vista, y también el personal nuestro. Han habido etapas y aspectos de regresión; pero, en un saldo equilibrado del periodo completo de siete décadas, nos animamos a afirmar, sobre el filo del año 1987, que la línea evolutiva general resulta favorable. Con la segunda conclusión, y con las dos, elaboramos una tercera: evoluciones de signo valioso positivamente en la Constitución material se pueden alcanzar, y se han alcanzado en el caso argentino, sin reformar la Constitución formal.

Después de la época cincuentenaria de inestabilidad, la actual de transición hacia la consolidación de las instituciones constitucionales afronta un tema hoy de moda: la gobernabilidad de la democracia y, junto con ella, la gobernabilidad de un Estado social de derecho, no como prótesis, sino como complemento del Estado de derecho clásico. La tendencia de constitucionalismo social hacia el *welfare state* ha entrado en nuestra evolución; pero pone un alerta sobre la necesidad de hacerlo eficaz, y de no identificarlo con la sola formulación normativa de declaraciones que, más que derechos subjetivos operables y posibles, acumulan muchas veces catálogos de ilusiones o promesas sin contenido jurídico efectivo. La Constitución, en cuanto suprema, y en cuanto derecho, no consiente expectativas destinadas a dilatarse o a frustrarse, sino demanda vigencia sociológica en la observancia y el cumplimiento. Y aquí desconfiamos de una tendencia que nos parece negativa: la tendencia a la inflación normológica en la codificación constitucional, fácil de advertir en las nuevas constituciones de provincia desde 1986 al menos. Se nos escapa explicar esta prevención, pero la consignamos, porque se ha comenzado a hablar de una crisis del Estado de bienestar en razón de causas que, como la incorporación de cláusulas sobreabundantes a la Constitución escrita, pero inútiles o literarias, o la dificultad o imposi-

bilidad del Estado para satisfacer una sobrecarga de demandas individuales y sociales, son capaces de debilitar la legitimidad constitucional de la democracia social. La última conclusión es, entonces, la apuntada sensación de que la evolución constitucional debe evitar esos riesgos, y asegurar la gobernabilidad de la democracia dentro de un Estado social de derecho.

La imagen relativamente optimista con que evaluamos nuestra evolución constitucional debe ser bien interpretada. Está lejos de coincidir con una realidad suficientemente desarrollada que satisfaga nuestro proyecto de convivencia; pero muestra y abre un camino. De todos modos, nos deja perplejos ante una duda, que es ésta: habíamos dicho que el acceso al año 1917 se produjo dando continuidad a una etapa de acelerado progreso iniciada en las últimas décadas del siglo pasado, y esa continuidad no sólo se frenó en muchos aspectos hacia 1930, sino que dejó lugar a una retrogradación todavía no superada; entonces, ¿cómo compatibilizar la afirmación de que el saldo promedio de la evolución constitucional hacia 1987 es positivo, con la comparación negativa entre el ascenso de 1880-1930 y el retroceso posterior? Podría quedar la impresión de que antes de recorrer la evolución generalmente favorable del periodo 1917-1987 estábamos mejor que durante el aludido ciclo y que ahora. Ello llevaría a pensar que la curva evolutiva ascendente en lo constitucional no fue demasiado útil, o que el progreso social no tiene nada que ver —o muy poco— con el desarrollo constitucional. Pero lo que ocurre es que, como tantas veces lo decimos, el sistema constitucional necesita acompañamientos propicios en una serie de subsistemas, entre los que conviene destacar el económico, y cuando los condicionamientos socioeconómicos hacen ingresar aportes negativos al sistema constitucional, sin que sea fácil o posible neutralizarlos, tal sistema sufre discapacidades y disfuncionalidades a las que por sí solo no puede brindar respuestas satisfactorias. De ahí que aun aceptada la línea ascendente de nuestra evolución constitucional, el progreso social no le haya sido paralelo, porque una palanca primordial como es la economía, quedó trabada, y apenas hoy se empieza a movilizar. Esto sin computar el ambiente extrasocietal —sobre todo el entorno de interrelaciones económicas mundiales— que nos desplazó desde la inserción vanguardista lograda a comienzos de este siglo, a sitios comparativamente muy rezagados.



20 FEB. 1989



## LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL URUGUAY EN LOS ÚLTIMOS SETENTA AÑOS (1917-1987)

HÉCTOR GROS ESPIELL

### I

En los últimos setenta años, la evolución constitucional del Uruguay ha sido particularmente rica e interesante. En efecto, su primera Constitución, adoptada en 1830, rigió hasta 1919. Pese a varios intentos de reforma constitucional, fue el proceso iniciado en 1907 el único que pudo culminar y que finalizó con la nueva Constitución que, adoptada por la Convención Nacional Constituyente —elegida el 30 de julio de 1916—, con fecha 15 de octubre de 1917, plebiscitada popularmente el 25 de noviembre de 1917, entró en vigencia el 1.º de marzo de 1919.

A partir de ese momento se sucedieron las constituciones de 1919, 1934 —reformada parcialmente en 1936—, 1942, 1952 y 1966, que es la que actualmente está en vigencia. En este mismo período, la continuidad constitucional sufrió breves fracturas entre el 31 de marzo de 1933 y el 18 de mayo de 1934, y entre el 21 de febrero de 1942 y el 15 de febrero de 1943, y un largo período de anormalidad jurídica y política que se extendió desde el 27 de junio de 1973 hasta el 1.º de marzo de 1985.

En verdad, los gobiernos *de facto* de 1933-34 y 1942-43 fueron interrupciones momentáneas que no alteraron esencial y radicalmente el proceso político del país; prolegómenos de las reformas constitucionales de 1934 y 1942 y que no supusieron una ruptura ideológica con el sistema democrático republicano en que siempre se basó la república; mientras que el largo período que va de 1973 a 1985 constituyó una quiebra gravísima de la evolución constitucional del país, con un sistema político inspirado en criterios ajenos a la tradición nacional, que implicó la exclusión prácticamente total de la Constitución de 1966 durante once años y el menosprecio de todos los principios que habían inspirado siempre al derecho constitucional uruguayo. Es por eso que el retorno, en 1985, a la carta de 1966, resultado del fin del gobierno "cívico-militar" como consecuencia de las elecciones de noviembre de 1984, significó una vuelta

a la tradición constitucional y democrática de la República y un reencontro del país con las instituciones y los principios jurídicos y políticos que siempre han estado en la base de su organización constitucional.

## II

En 1957 Aníbal Luis Barbagelata, en su estudio sobre "El constitucionalismo uruguayo en la mitad del siglo XIX" —publicado en la obra *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México en ocasión del Centenario de la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1857—, analizó la Constitución uruguayana de 1830 y su aplicación entre 1840-1860.

Este trabajo del ilustre constitucionalista uruguayo, ya fallecido —que fue mi amigo y mi compañero en la cátedra de derecho constitucional de la Facultad de Derecho—, es el antecedente necesario del que hoy me ha tocado el honor de escribir. La monografía de Barbagelata fue preparada en ocasión del Centenario de la Constitución Mexicana de 1857. La mía se ha elaborado ante otro aniversario: los setenta años de la Constitución de México de 1917.

Deseo que estas páginas sean un homenaje a la memoria de Aníbal Barbagelata y un tributo a las ideas democráticas y al fervor constitucionalista que siempre inspiraron su vida y a los que hoy yo —en un Uruguay nuevamente dignificado, luego del oscuro periodo político en que estuvo sumergido entre 1973 y 1985— no puedo menos que invocar emocionadamente.

## III

Para que este trabajo, que se debería iniciar con el examen de la Constitución de 1919, pueda ser plenamente comprendido y para que sea capaz de constituir una unidad con el que escribió Barbagelata, es preciso comenzar con una rápida reseña de la vida política del Uruguay a fines del siglo XIX y un análisis de la significación de la carta de 1830 y del proceso de su reforma.\*

\* Esta monografía está basada en los libros y artículos que hemos dedicado al estudio de la evolución constitucional y política del Uruguay. En ellos se puede encontrar una extensa información bibliográfica sobre cada uno de los temas tratados que, por razones de brevedad, no se reproduce ahora. Nos limitaremos, por ello, a indicar nuestros trabajos sobre la cuestión: Libros: *Las Constituciones del Uruguay*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1956 (2a. edición, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1976); *El Partido Nacional y la reforma de la Constitución*, Montevideo,

La carta de 1830 cumplió una magnífica obra de docencia constitucional. Las violaciones de que fue objeto nunca quebraron el respeto que se tuvo a sus normas y a sus principios inspiradores. Si bien muchas de las soluciones constitucionales que adoptaba podían haber continuado rigiendo la vida del país, era evidente que, en otros muchos aspectos, se imponía una reforma que adaptara los textos a los resultados de la evolución de un pueblo en casi cien años de vida. Por ello, sancionada la ley de 1912, era previsible que en un corto número de años esta reforma constitucional se produjera.

Un ciclo histórico se cerraba con el fin de la Constitución de 1830. El Uruguay dominado por el caudillismo, determinado en largos periodos del siglo XIX por el militarismo, caracterizado por las revoluciones sangrientas en que se enfrentaron hasta 1904 los dos partidos tradicionales, tocaba a su fin.

El lento proceso de formación de una clase media; el aumento de la cultura popular —fruto de las leyes de educación general, laica y gratui-

1953; *La Corte Electoral*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones, 1959; *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1965. Y las siguientes monografías: "Un proyecto olvidado de reforma constitucional", *Revista Histórica*, Montevideo, año XLVII, tomo, XIX, 1953; "El Poder Ejecutivo colegiado en el Uruguay", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XIV, núm. 4, 1964; *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, 1964; *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés*, La Paz, Bolivia, enero-diciembre, 1964; "Antecedentes del neoparlamentarismo uruguayo", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XIII, núm. 1, 1962; "Los partidos políticos en el Uruguay", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 164, 1969; *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1969; Martínez, Martín C., en la *Bibliografía de nuestro derecho constitucional*, Montevideo, Biblioteca Artigas, Montevideo, 1965; *Carlos María Ramírez y la Cátedra de Derecho Constitucional*, Montevideo, Biblioteca Artigas, 1965; *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XVI, núm. 34, 1965; "El curso de derecho constitucional" de Carlos de Castro, *Revista Nacional*, Montevideo, tomo XIII, 1969; *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XX, núm. 1-2, 1969; "El proceso de la reforma constitucional", *Cuaderno*, Montevideo, núm. 19, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967; "Evolución de la organización político constitucional en América Latina, 1950-1976: Uruguay", en *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979; "La Constitución y su defensa en Uruguay", en *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984; "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 35, 1979; "El control político de la Constitución", *Política*, Santiago, núm. 2, Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, 1983; "La restauración democrática en el Uruguay", *Ya*, Madrid, febrero de 1985; "El Uruguay en la actual evolución constitucional democrática en Iberoamérica", *III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, noviembre de 1985; "Justino Jiménez de Aréchaga y la cátedra de derecho constitucional", *El Día, La Semana*, 19 de abril de 1986.

ta, proyectadas por José Pedro Varela—; la transformación de la campaña en un elemento de producción y de riqueza; el desarrollo económico impulsado vigorosamente luego de 1904; el comienzo de la general comprensión de la necesidad de la tolerancia política; el inicio del proceso hacia la libertad electoral y política; la influencia determinante de la nueva inmigración europea, que sumó al tradicional aporte español importantísimos grupos de inmigrantes provenientes de otros países europeos, en especial de Italia, y que llegó masivamente en las últimas décadas del siglo XIX y en las primeras del actual, terminando con el paisanaje tradicional y alterando toda la estructura social del país; la acción de las ideas liberales y laicas, recogidas en un conjunto de leyes sancionadas en los últimos años del siglo XIX y en los primeros del siglo XX, y el surgimiento de una legislación social y laboral, a partir de 1905, excepcionalmente adelantada y audaz para la época, son algunos de los factores que causan y anuncian el fin del Uruguay al que se había aplicado la carta de 1830.

Económica, social, cultural y políticamente, la República estaba preparada para iniciar otra etapa constitucional.

#### IV

La ley de 28 de agosto de 1912 modificó esencialmente el sistema de reforma constitucional que adoptaba la Constitución en 1830. Ésta fijaba como competencia privativa del Poder Legislativo la de reformar la Constitución, mediante un proceso especial, que exigía la previa declaración de la necesidad de la revisión constitucional por el Parlamento, y luego la aprobación de la o de las reformas por dos legislaturas sucesivas.

El largo proceso que terminó en la modificación de la Constitución de 1830 se inició con la ley de 7 de noviembre de 1907, que declaró la necesidad de la reforma; continuó con la ley de 7 de noviembre de 1910, por la cual se propusieron a la siguiente legislatura siete fórmulas de modificación de la sección XII de la carta de 1830, y se completó al sancionarse la ley de 28 de agosto de 1912, que reformó los artículos 152 a 159 de la Constitución de 1830.

El nuevo régimen de revisión constitucional exigía la previa declaración de la conveniencia nacional de la reforma por las dos terceras partes de votos de ambas cámaras, producido lo cual se convocaría a una Convención Nacional Constituyente, que debía estudiar las enmiendas, las cuales, si resultaren aprobadas por mayoría absoluta de votos, se someterían a la aprobación del Cuerpo Electoral.

Este sistema de reforma se puso en funcionamiento al declararse, por ley de 9 de septiembre de 1912, la conveniencia nacional de reformar la Constitución.

Era preciso entonces que el Poder Ejecutivo convocara a elecciones de una Convención Nacional Constituyente; pero diversas circunstancias políticas habrían de postergar momentáneamente esa convocatoria.

Mientras tanto, el 4 de marzo de 1913, José Batlle y Ordóñez, publicaba sus *Apuntes*, documento en el que preconizaban un conjunto de reformas fundamentales a la Constitución de 1830. El proyecto proponía la sustitución de la presidencia de la República por una Junta de Gobierno, compuesta de nueve miembros, que se renovarían a razón de uno por año, y que serían elegidos directamente por el pueblo, a simple mayoría de votos.

En el pensamiento de Batlle, esta sustitución de la presidencia de la República por una Junta de Gobierno tenía como causa y fundamento la idea de eliminar el poder personal y de impedir la injusticia y la arbitrariedad en la acción del Poder Ejecutivo. Pese a las diferencias fundamentales que existían entre este proyecto, en lo relativo a la organización del Poder Ejecutivo, y el sistema suizo, la verdad es que José Batlle y Ordóñez se inspiró directamente en las instituciones helvéticas.

También se proyectaba la modificación del régimen de gobierno y administración de los departamentos, estableciéndose que en cada departamento habría una asamblea departamental y un consejo ejecutivo.

La publicación de estos *Apuntes* produjo una honda conmoción pública. Pese a que se conocían las ideas reformistas de José Batlle y Ordóñez, no por ello dejó de elevarse en ciertos sectores del país una enérgica reacción contra su iniciativa. Incluso, aquellos que no eran contrarios a la idea de un Ejecutivo colegiado, señalaban que el proyecto aumentaba, en vez de disminuir, las facultades del Poder Ejecutivo, que no acentuaba ni precisaba los poderes de contralor del Parlamento, ni constitucionalizaba las normas relativas a la organización y garantías del sufragio.

Dentro del Partido Colorado, que era el de Batlle y Ordóñez, se produjo una escisión y un fuerte grupo levantó la bandera anticolegialista.

En el Partido Nacional fue unánime la oposición al proyecto presentado en los *Apuntes*.

En todo el país la discusión de la reforma fue intensa. En un ambiente apasionado se dictó, el 27 de junio de 1915, la ley relativa a la forma de elección de la Convención Nacional Constituyente, estableciéndose

que los cargos se distribuirían mediante el sistema de representación proporcional integral, adoptándose, asimismo, el régimen del voto secreto.

Cumplidos ya todos los trámites previos para la reforma, y tonificado el espíritu cívico por las garantías con que se elegiría la Convención, se convocó por el Poder Ejecutivo a elecciones para integrar la Convención Nacional Constituyente, las que se realizaron el 30 de julio de 1916, en un acto electoral en el cual triunfaron ampliamente los sectores opuestos a las ideas reformistas expuestas por Batlle en sus *Apuntes*. De esta manera, reunida la Convención Constituyente, venían a tener mayoría en la misma los opositores, puesto que reunidos los representantes nacionalistas con los colorados antioficialistas, la dominaban totalmente.

Con anterioridad a la elección de la Constituyente se habían manifestado en los opositores diversas tendencias en lo que respecta a la reforma constitucional, siendo en general los colorados antioficialistas favorables a la aprobación de algunas enmiendas a la carta de 1830, mientras que por motivos esencialmente políticos, el Partido Nacional se oponía a toda modificación.

Pero, producido el triunfo del 30 de julio, y teniendo una fuerza decisiva en la Constituyente, el Partido Nacional presentó, a su vez, algunos proyectos de reforma, manifestando que "toda idea que defienda la democracia, favorezca a la República, asegure el Derecho, beneficie o perjudique a nuestro Partido, contará con nuestro sufragio".

Era, pues, evidente que la Convención Nacional Constituyente habría de reformar la carta de 1830.

Dentro de este ambiente reformista, comenzó sus tareas la Convención, iniciándose la preparación de un proyecto de modificaciones constitucionales por los sectores no oficialistas, en la Comisión de la Constitución. Sin embargo, las circunstancias políticas alterarían profundamente este proceso constituyente.

Frente a la situación política existente surgió la idea de un acuerdo entre el oficialismo batllista y el Partido Nacional, única solución que podía salvaguardar las conquistas cívicas alcanzadas. El oficialismo aceptaría el reconocimiento constitucional de las garantías esenciales de la verdad del sufragio y el Partido Nacional haría concesiones respecto a la organización colegiada del Poder Ejecutivo. Fue entonces que se acordó un conjunto de bases respecto de las que se logró acuerdo entre el batllismo y el Partido Nacional y que formaron el núcleo sobre el cual se redactaron las reformas a la Constitución.

A partir del momento de la aprobación del Pacto de los Partidos, la labor de la Convención quedó reducida a trasladar a un proyecto com-

pleto de reforma constitucional las bases del Pacto. Aprobado el proyecto por la Convención, el 15 de octubre de 1917, fue sometido a plebiscito el 25 de noviembre de 1917 y ratificado por gran mayoría.

La nueva Constitución promulgada el 3 de enero de 1918 entró en vigencia el 1.º de marzo de 1919. Ésta delegaba el Poder Ejecutivo al presidente de la República y al Consejo Nacional de Administración.

La solución que se adoptaba de dividir el Poder Ejecutivo en dos órganos era parcialmente el resultado de una transacción entre aquellos que preconizaban una solución integralmente colegialista y aquellos que bregaban por el mantenimiento de la presidencia de la República. Pero esta solución era, asimismo, el fruto de una corriente de opinión que sostenía la conveniencia de separar las funciones esencialmente ejecutivas de aquellas de naturaleza administrativa, asignándolas a órganos distintos.

La Constitución establecía que el presidente de la República sería elegido directamente por el pueblo a mayoría simple de votantes; duraría cuatro años en su cargo y no podría ser reelecto sin que mediaran ocho años entre su cese y la reelección.

La Constitución asignaba al presidente de la República, entre otras competencias: la representación del Estado; la conservación del orden; el mando de todas las fuerzas armadas; tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interna, y nombrar y destituir a los jefes de Policía, eligiéndolos de una terna propuesta por el Consejo.

El Consejo Nacional de Administración se componía de nueve miembros, elegidos directamente por el pueblo, correspondiendo las dos terceras partes de la representación a la lista más votada y la tercera parte restante a la del partido que siguiera en suma de sufragios. Ejercía su presidencia el consejero elegido en primer término, en la lista de la mayoría. Los consejeros duraban seis años en el ejercicio de sus funciones, pero se renovaban por terceras partes cada bienio.

El Consejo Nacional de Administración, tal como se estableció en la Constitución de 1918, tenía diferencias fundamentales con el Consejo federal helvético. Quizás baste con señalar que mientras el Consejo Nacional de Administración actuaba en un régimen presidencialista, ya que no existía la responsabilidad política del Ejecutivo frente al Parlamento, el Colegiado suizo funciona en un sistema que se ha llamado convencional, así como también el hecho fundamental de que en tanto que en la Constitución uruguaya de 1918 existían ministros, designados por el

Consejo de Administración, en el régimen suizo cada Consejo federal desempeña un departamento ejecutivo.

Correspondían al Consejo todos los cometidos de administración que expresamente no se hubieran reservado al presidente de la República o a otro poder, y en especial lo relativo a instrucción pública, obras públicas, trabajo, industrias, hacienda, asistencia e higiene.

Tanto el presidente como el Consejo tendrían competencia dentro de sus materias, en lo relativo a iniciativa, observación, promulgación y publicación de las leyes.

Los ministros de Relaciones Exteriores, Guerra y Marina e Interior serían designados por el presidente de la República, y los restantes, cuyo número sería determinado por ley, habrían de ser designados por el Consejo Nacional de Administración.

Los ministros no eran, al igual que en 1830, responsables políticamente ante el Parlamento, es decir, que los intentos de establecer un régimen parlamentario, que se esbozaron en el proceso de la reforma, no pudieron lograr su consagración.

Sin embargo, al facilitarse el llamado a sala, al preverse otros institutos de contralor parlamentarios, al hacerse compatible el cargo de ministro con el de legislador —ya que los legisladores llamados a ser ministros mantenían su cargo legislativo, quedando sólo suspendidos en él mientras ejercieran funciones ministeriales—, al permitirse la concurrencia de los ministros —aunque no fueran legisladores— al recinto parlamentario, y al elevarse la jerarquía de los ministros por la asignación de competencias propias, se acentuaban los elementos que podían hacer políticamente posible una parlamentarización del sistema.

La fórmula adoptada en lo que respecta a la organización del Poder Ejecutivo fue indudablemente original, y teóricamente no dejaba de ser interesante la división entre las funciones ejecutivas y administrativas, asignándolas a órganos distintos. No obstante, era previsible que la división del Poder Ejecutivo en dos órganos puestos frente a frente, uno de los cuales poseyera la fuerza y todo el prestigio derivado de una elección popular directa, habría de ser una peligrosa fuente de conflictos.

Al reunirse la Convención Nacional Constituyente para diversos grupos políticos y, en especial, para el Partido Nacional, la consagración de las llamadas garantías del sufragio constituía una de las más importantes conquistas a lograr en la nueva Constitución. Se decía que el "voto libre" debía ser uno de los fundamentales de la reforma, y por tal se entendía no sólo el conjunto de garantías directas para autonomizar el

sufragio de la coacción y de las influencias directrices, sino también el voto secreto y la representación proporcional.

Durante su labor, la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente aprobó un proyecto que reconocía estas garantías, y el Pacto de los Partidos —y subsiguientemente la Constitución— las adoptó, ampliándolas y mejorándolas.

La Constitución de 1918 estableció, así, que el sufragio se ejercería sobre las bases siguientes: 1) Inscripción obligatoria en el Registro Cívico; 2) Prohibición a los funcionarios policiales y militares de toda actividad política salvo el voto; 3) Voto secreto, y 4) Representación proporcional integral.

Las garantías del sufragio tuvieron, a partir de este momento, una trascendencia fundamental en la vida política del país. Bajo su vigencia, la República conoció, quizás por vez primera, lo que era el ejercicio libre y autónomo del derecho al voto. Aunque no puede pensarse que bastó la sanción de tales textos constitucionales para evitar toda coacción y toda eventual corrupción, lo evidente fue que con ellas se puso parcialmente fin a una de las cuestiones que más habían desnaturalizado al gobierno representativo durante la vigencia de la Constitución de 1830, y que más conflictos y protestas armadas había ocasionado en la historia de la República.

Las garantías constitucionales del sufragio se complementaron en los años posteriores a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, con algunas leyes de primordial importancia.

La ley de 9 de enero de 1924 reformó el Registro Cívico Nacional y creó la Corte Electoral, organismo cuyas funciones eran, entre otras, la de organizar, formar y guardar el registro cívico y conocer en todas las apelaciones y reclamos que se produjeron sobre actos y procedimientos electorales; las leyes de 16 de enero y 22 de octubre de 1925 reorganizaron todo el procedimiento electoral.

La Constitución de 1918, además de otras reformas en esta materia, democratizó e hizo más liberales las normas anteriores respecto a la ciudadanía. Entre otras modificaciones de menor importancia, merece destacarse la que suprimió las normas incluidas en la Constitución de 1830, por las cuales se suspendía la ciudadanía a los sirvientes a sueldo, a los peones jornaleros, a los vagos, a los ebrios habituales, a los analfabetos, a los fallidos y a los deudores morosos del fisco.

Estas reformas acentuaron el carácter democrático del régimen, eliminando todo vestigio de sistema censitario, del tipo del establecido en la carta de 1830. Por lo demás, no puede olvidarse que la forma de gobier-

no se calificó como "democrática", usando una expresión que la carta de 1830 no utilizaba, con lo que se quiso que la República, que mantenía su sistema representativo, proclamara expresamente el carácter democrático de su organización política.

Asimismo presenta interés la reforma relativa al voto de la mujer; la Constitución de 1830 reconocía la ciudadanía sólo a los hombres libres, por lo cual se entendió que una ley que otorgara el voto a la mujer sería inconstitucional.

La Constitución de 1918, aunque no dio directamente la ciudadanía a la mujer, estableció que por ley le podría reconocer el derecho al voto activo y pasivo. Esta ley se dictó el 16 de septiembre de 1932, fecha a partir de la cual, la mujer tuvo los mismos derechos respecto al sufragio que el hombre.

La Constitución de 1830 establecía que la religión del Estado era la católica, apostólica y romana, y no proclamaba en forma expresa la libertad de cultos.

La intensidad del movimiento liberal a partir del último tercio del siglo XIX —que se había traducido ya en una legislación que, al margen del texto constitucional, había ido en múltiples cuestiones específicas (por ejemplo, matrimonio civil, secularización de cementerios, divorcio, asistencia hospitalaria, etcétera), dando soluciones laicas, incompatibles, en su momento, con la afirmación constitucional de la existencia de un Estado católico—, hizo evidente que el régimen de 1830 en este aspecto habría de ser modificado en la primera reforma que se efectuara en la Constitución. Por lo demás, las ideas de Batlle y Ordóñez, aseguraban que el oficialismo colorado habría de bregar por la separación de la Iglesia y del Estado, al reformarse el Código político. Fue éste uno de los temas más largamente debatidos en la Constituyente, y, como en tantos otros, la solución adoptada fue el resultado de una transacción. Separaba la Iglesia del Estado, con lo cual se instauraba un régimen laico o agnóstico en materia religiosa y se establecía la libertad de todos los cultos religiosos. Pero, asimismo, se reconocía a la Iglesia católica el dominio de todos los templos que hubieran sido, total o parcialmente, construidos con fondos del erario nacional, con ciertas excepciones. Declaraba, también, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados "actualmente" al culto de las diversas religiones. Bajo este régimen, el país ha vivido hasta hoy, por lo que puede decirse que la fórmula transaccional adoptada en 1918, en esta materia, ha logrado reglar en forma adecuada para la República lo relativo a las relaciones de la Iglesia y el Estado.

En lo referente a los derechos y garantías de la persona humana, se introdujeron algunas reformas. Sólo hemos de señalar aquella dirigida a prohibir la aplicación de la pena de muerte que recogía una fórmula adoptada legalmente en 1907, y la inclusión de una nueva norma que establecía que la enumeración de derechos, deberes y garantías no excluye los otros que son inherentes a la persona humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Este nuevo texto reafirmaba el principio, sostenido ya en 1830, de que la declaración de derechos hecha por la Constitución no era constitutiva, sino meramente declarativa de derechos preexistentes del hombre, que el Estado no crea o atribuye, sino que se limita a reconocer y garantizar. De igual modo, resultaba ahora más clara e indiscutible la tesis de que la declaración de derechos poseía un carácter meramente enumerativo, sin que pudiera entenderse que el texto que enunciaba los derechos de la persona humana lo hacía con carácter taxativo y excluyente de los derechos no enunciados.

La Constitución de 1918 no modificó la estructura ni la organización del Poder Legislativo. En lo que se refiere al Senado, cuya elección era indirecta en las constituciones de 1830 y 1918, las leyes de reforma constitucional de 22 de octubre de 1930 y 27 de octubre de 1932, establecieron un sistema directo.

El número de senadores se mantuvo igual que en 1830 (uno por departamento).

En cuanto a los representantes, la Constitución no determinaba su número, dejando la materia a la Ley de Elecciones. Esta norma era prácticamente igual al artículo 18 de la Constitución de 1830; pero se eliminó el primitivo artículo 19, que determinaba que se elegiría un representante por cada tres mil almas o por una fracción que no baje de dos mil.

La ley complementaria de las elecciones de 22 de octubre de 1925, fijó en ciento veintitrés el número de miembros de la Cámara de Representantes.

En cuanto a los contralores del Parlamento sobre el Poder Ejecutivo, la nueva Constitución estableció que todo legislador tendría derecho a pedir a los ministros de Estado los datos e informes que estimara necesarios para llenar su cometido, régimen que no se consagraba en la Constitución de 1830. Asimismo, modificó lo relativo al llamado a sala a los ministros, que en la primera Constitución se resolvía por mayoría de votos, estableciéndose ahora que cada Cámara, por resolución de la tercera parte de sus miembros, podría hacer venir a su sala a los ministros para pedirles y recibir los informes que estimara convenientes. También

se autorizó que las cámaras nombraran comisiones parlamentarias de investigación.

El proceso hacia la descentralización administrativa, que se había manifestado con tanta intensidad en la legislación, encontró su consagración en el artículo 100 de la carta de 1918, que vino a constitucionalizar así las autonomías logradas anteriormente por obra legislativa. Era ésta la única norma referente a los entes autónomos que incluía la Constitución de 1918. Lógicamente dejaba innúmeros problemas por resolver y múltiples cuestiones planteadas, que las posteriores reformas constitucionales deberían enfocar y solucionar.

La Constitución de 1918 trató de establecer un régimen local autónomo, creando, dentro de lo posible, una verdadera autonomía departamental.

La nueva Constitución establecía como órganos del gobierno local una asamblea representativa y uno o varios consejos de administración autónomos. Las asambleas tendrían competencia para crear impuestos, con algunas salvedades. Se establecían ciertas formas de gobierno directo (artículo 134 y 141) y se dejaba librado a la ley no sólo la reglamentación de estas normas constitucionales, sino también la fijación de las competencias de los órganos. Esta ley fue promulgada el 23 de diciembre de 1919.

La solución dada por la Constitución de 1918 al problema del gobierno local, tuvo como defecto fundamental desvincular exageradamente el poder central de las autoridades departamentales, y, asimismo, entregarles a éstas la facultad impositiva, sin delimitar con claridad y precisión la materia imponible, con lo cual podría darse fácilmente el caso de una duplicación impositiva entre impuestos creados por las autoridades centrales e impuestos sancionados por los órganos de la administración local.

Aunque la Constitución no entró a reglamentar la existencia y funcionamiento de los partidos políticos, los tomó en cuenta, refiriéndose expresamente a ellos y fundando las soluciones políticas adoptadas en la realidad de su existencia y acción.

La Constitución de 1918 modificó el sistema de reforma constitucional que había establecido la ley de 1912, volviendo a un sistema similar—aunque más simple—al de la Constitución de 1830.

El nuevo régimen requería que las reformas proyectadas fueran aprobadas por el voto conforme a los dos tercios del total de los miembros de cada Cámara en una primera legislatura, y ratificadas por el mismo quórum en la siguiente legislatura. Se eliminaba de este modo el siste-

ma de Convención Constituyente y de ratificación plebiscitaria que había adoptado la ley de 1912, y de acuerdo con la cual se había podido efectuar dentro de los cauces constitucionales la reforma de la Constitución de 1830.

## V

Bajo la Constitución de 1918 —y como consecuencia de la coparticipación política que se establecía, de la evolución y el progreso del país en todos los órdenes y de la efectividad de un sistema de libertad política que la carta consagraba expresamente—, la República alcanzó su pacificación política. Por primera vez, en los años que siguieron a la entrada en vigencia de la Constitución de 1918, la República se acostumbró a ver a dos partidos opuestos, que hasta ese momento dirimían, en general, sus contiendas en el campo de batalla, sentar a sus representantes en una misma mesa, discutiendo con serenidad y razón los problemas de gobierno y administración. Puede decirse que fue a partir de 1918 que se consagró en el Uruguay la existencia de un régimen verdaderamente democrático y una realidad electoral de pureza y respeto por la libertad y el derecho.

La aplicación de los nuevos contralores parlamentarios provocó más renunciaciones ministeriales como consecuencia de votos de censura unicamerales o de declaraciones de falta de confianza.

Esta realidad política, vivida a partir de 1918 y fundada en los nuevos textos constitucionales, es la fórmula neoparlamentarista que se habría de adoptar en 1934.

Debilitado y casi sin representación por la legislación electoral injusta, salido de una lucha revolucionaria que había terminado con una coparticipación consagrada en los pactos de 1897 y 1903, el Partido Nacional comenzó en 1905 un lento proceso de recuperación, que culminó en el triunfo del 30 de julio de 1916, en las elecciones para la Convención Nacional Constituyente. Pero el triunfo en esta ocasión no fue sólo suyo, sino, en verdad, de los sectores contrarios a los proyectos colegialistas del grupo gobernante.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1918, el Partido Nacional continuó su progreso electoral. En las elecciones para presidente de la República de noviembre de 1926, el Partido Nacional no alcanzó la victoria por escaso margen. En las elecciones para tres cargos del Consejo Nacional de Administración, en febrero de 1925, el Partido Nacional triunfó sobre el Partido Colorado, obteniendo la presidencia

del Consejo. Pero no llegó posteriormente a alcanzar la presidencia de la República, y, por el contrario, quizás por causas de las divisiones internas que se agudizaban cada vez más, inició un retroceso electoral que se apreció en las elecciones para consejeros de noviembre de 1928, y especialmente en la elección presidencial de noviembre de 1930.

La legislación electoral dictada después de la entrada en vigencia de la Constitución, tomó en consideración la existencia real de los partidos políticos.

Así, la ley de enero de 1924, que creó la Corte Electoral y el Registro Cívico Permanente, se refirió en una gran cantidad de artículos a los partidos, recogiendo, ampliando y sistematizando las soluciones de 1893 y 1909. Organizó la intervención de los partidos políticos en los actos electorales y en los actos de control de los actos electorales; previó la actuación de los delegados de los partidos políticos en la Corte Electoral y le dio a los partidos un verdadero estatuto jurídico.

La ley del 16 de enero de 1925, que es, con muchas modificaciones, la ley de elecciones vigente, tenía naturalmente que recoger esta tradición, reconociendo la existencia de los partidos políticos y su actuación en el proceso electoral. Pero, además, estableció las normas, en su mayoría vigentes, referentes a la clasificación, inscripción y actuación de los partidos políticos en el proceso pre y postelectoral. En este periodo se aseguró la aceptación de un concepto amplio en lo relativo a la intervención del Estado en el campo económico a través de la gestión directa de sus entes, continuándose así la política iniciada, en la materia, en las dos primeras décadas del siglo y que tan positivamente singularizó la evolución política, social y económica del Uruguay.

En este lapso se afirmó también un amplio reconocimiento de la autonomía de los servicios docentes del Estado, en especial de la Universidad. Si bien es cierto que no llegó a dictarse una nueva ley orgánica, manteniéndose en vigencia los textos adoptados bajo la carta de 1830, se acentuó la realidad de una gestión autónoma de los organismos docentes estatales, por aplicación de criterios interpretativos que resultaban del artículo 100 de la Constitución de 1918.

## VI

La división del Poder Ejecutivo en dos órganos separados e independientes, en las condiciones en que lo hizo la Constitución de 1918, tenía que producir ineludibles conflictos.

Por lo demás, se hizo evidente que tal división del Ejecutivo entorpe-

cía e impedía el normal desarrollo de la acción de gobierno. Se creó de esta manera el convencimiento, en amplios sectores políticos, de la necesidad de reformar la Constitución de 1918, ya fuera mediante la supresión de la presidencia y la instauración de un colegiado integral o, por el contrario, por medio de la supresión del Consejo Nacional de Administración y la vuelta al régimen unipersonal.

Cuando hacia 1930 comenzó a concretarse la idea de llevar adelante la reforma, sólo se procuraba ir a ella por las vías jurídicamente posibles, es decir, mediante el empleo estricto del sistema de reforma establecido por la Constitución entonces vigente.

En diciembre de 1932, el presidente de la República presentó sus Bases de Reforma Constitucional. El proyecto modificaba la organización del Poder Ejecutivo, estableciendo un régimen colegiado integral, formado por una Junta de Gobierno de cinco miembros, tres de la mayoría y dos de la minoría, elegidos cada cuatro años directamente por el pueblo.

En este ambiente de tensión política, con los dos partidos tradicionales divididos, se produjo una aguda crisis económica y financiera, manifestación y reflejo de la crisis mundial de 1929. El presidente de la República sostuvo el criterio de que el defectuoso sistema constitucional vigente le impedía enfrentar la crisis, contando en este planteamiento con la simpatía y el apoyo de diversos sectores políticos y de grupos vinculados a la producción y a la exportación.

Si bien ya entonces la idea de modificar la Constitución se había abierto camino entre diversos sectores políticos, no existía acuerdo de clase alguna entre los partidarios de la reforma, en cuanto a los cambios que debían introducirse.

Aunque se tenía conciencia de la crisis que vivía el país, no se pensaba, en general, en una solución de fuerza, porque treinta años de pacífica vida constitucional habían hecho olvidar la posibilidad de tales procedimientos.

En esas circunstancias, algunos grupos políticos, en particular el sector herrerista del Partido Nacional, y el presidente de la República, sostuvieron la necesidad de una consulta directa al pueblo respecto del problema constitucional. Tal actitud provocó una violenta reacción por parte de un numeroso grupo de legisladores y miembros del Consejo de Administración, que en un manifiesto público acusaron al presidente de la República de "montar en la sombra la máquina de la dictadura". El presidente, considerando subersiva esta actitud, y para evitar que el país pudiera caer en estado de convulsión, adoptó las medidas prontas



20 FEB. 1989

de seguridad autorizadas por la Constitución de 1918, que consistieron, entre otras, en censurar la emisión del pensamiento e intervenir diversos organismos públicos.

La Asamblea General, a la que se debían comunicar las decisiones adoptadas —estándose a lo que ella resolviera—, desaprobó, en la madrugada del 31 de marzo de 1933, las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo. Ante este pronunciamiento, el presidente dio un golpe de Estado disolviendo el Parlamento y el Consejo Nacional de Administración, contando con el apoyo, ya anteriormente acordado, de un gran sector del Partido Colorado y del Partido Nacional herrerista.

Nadie creía viable en el Uruguay, en las vísperas mismas del golpe de Estado, esa quiebra de la continuidad constitucional; tan arraigada estaba en el ser del país la idea de que en la República no era posible ya, por su progreso político, una solución de fuerza.

El mismo día, el presidente de la República manifestó su voluntad de ir a la reforma de la Constitución, previendo la convocatoria de una Asamblea Constituyente para que elaborara la Constitución en vigencia a la ratificación popular.

Suspendida parcialmente la vigencia de la Constitución de 1918, era preciso organizar el sistema de autoridades que regirían la vida política del país en el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 1933 y la entrada en vigencia de la Constitución que se proyectaba.

El Decreto-ley número 8.941, creó una Junta de Gobierno compuesta de nueve miembros, y cuyos cometidos eran asesorar al Poder Ejecutivo en todos los asuntos políticos y de administración que se considerasen de importancia, estableciéndose, además, que el presidente de la República actuaría con siete ministros.

Por Ley número 9.088, de 5 de septiembre de 1933, se facultó al Poder Ejecutivo para designar hasta tres ministros sin cartera, para la gestión de los asuntos que exigía el interés público.

En el Decreto-ley número 8.941 y en el Decreto número 8.995 de 27 de abril de 1933, se elaboró el estatuto jurídico de la Junta de Gobierno y de sus miembros, estableciéndose que en caso de vacancia de la presidencia de la República, la mayoría de la Junta designaría su sucesor y que los componentes de la Junta podrían asistir a las sesiones de la Asamblea Deliberante, así como también los ministros, e intervenir en sus debates, no teniendo voto. Esta Junta de Gobierno actuó hasta el 18 de mayo de 1934.

El Poder Legislativo, durante el régimen *de facto*, estuvo constituido por una Asamblea Deliberante, primero, y por una Comisión Legislativa

Permanente, después. La Asamblea Deliberante fue prevista en el Decreto-ley número 8.942, "con el encargo de desempeñar automáticamente las funciones propias del Poder Legislativo", y sus miembros serían designados por el Ejecutivo, gozando en el ejercicio de sus funciones de las inmunidades de los legisladores.

Este órgano actuó desde el 3 de mayo de 1933 hasta noviembre de ese año en que entró en receso. Durante este receso, que se prolongó hasta la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el 18 de mayo de 1934, la Comisión Legislativa Permanente, compuesta de trece miembros elegidos por la Asamblea Deliberante, ejercería todas las facultades de esta Asamblea, es decir, que, a diferencia de la Comisión Permanente de todas las constituciones uruguayas, esta Comisión Legislativa sustituía en la totalidad de sus competencias, incluso legislativas, a la Asamblea Deliberante.

Por Decreto-ley número 8.942, del 31 de marzo de 1933, se declararon disueltos los directorios de los entes autónomos, hasta que se procediera a designar los nuevos consejos, "que se compondrán de tres o de cinco miembros". Pero esta resolución se aplicó sólo a los entes autónomos comerciales o industriales y al Consejo de Enseñanza Primaria y Normal, subsistiendo las autoridades del ente autónomo Universidad de la República.

En cuanto a las autoridades municipales, por Decreto-ley número 8.943, se disolvieron el Consejo de Administración Departamental y la Asamblea Representativa de Montevideo, y se designó un interventor. Por Decreto-ley número 8.958 se suprimieron todos los consejos y asambleas representativas, y como régimen provisorio se estableció en cada departamento un intendente municipal y una Junta Deliberante, honoraria, de nueve miembros, cuyas competencias serían las que establecían las leyes de 18 de diciembre de 1908 y 20 de diciembre de 1909, para los intendentes y las juntas económico-administrativas, existentes bajo la vigencia de la Constitución de 1830, por Decreto-ley número 8.979, se dictaron normas sobre la confección de los presupuestos municipales.

Asimismo, por Decreto del 22 de abril de 1933 se declaró disuelta la Corte Electoral, encomendándose a la Asamblea Deliberante la integración de ese Cuerpo.

El Poder Judicial no fue afectado por el golpe de Estado.

Constituido el gobierno *de facto*, se adoptaron de inmediato las medidas conducentes a poner en marcha la reforma constitucional y se comunicó a la Corte Electoral que las elecciones para la elección de la Convención Nacional Constituyente se realizarían el 25 de junio de 1933.

La Ley número 9.038 organizó la elección de la Convención Constituyente, estableciéndose que "la Constitución que sancione la Convención Nacional Constituyente será sometida a un plebiscito de ratificación, que se consideraría aprobatorio si resultaran por sí la mayoría de los votos emitidos en el plebiscito".

Realizado el acto eleccionario el 25 de junio de 1933, la Convención comenzó su labor y, sobre la base de un acuerdo o pacto realizado entre el grupo colorado terrista y el sector herrerista del Partido Nacional, aprobó, el 24 de marzo de 1934, un proyecto de Constitución.

El plebiscito de ratificación se realizó el 19 de abril de 1934, resultando aprobatorio, por lo cual, promulgada la nueva Constitución por la Convención Nacional Constituyente el 18 de mayo de 1934, entró en vigencia.

En virtud de la disposición transitoria letra C, se le atribuyó a la Convención la competencia de elegir al presidente y al vicepresidente de la República para el periodo 1934-1938. La elección recayó en Gabriel Terra.

De tal modo, pese a que se mantenía la prohibición constitucional de la reelección presidencial, Terra —que había sido elegido popularmente en 1930 y que fue presidente constitucional entre 1931 y el 31 de marzo de 1933 y mayo de 1934— permanecería en la presidencia de la República hasta la toma de posesión del nuevo presidente que habría de ser elegido en 1938.

La Constitución de 1934, modificó en forma sustancial la carta de 1918. El nuevo texto reformó no sólo las secciones y capítulos de la parte orgánica, que habían merecido críticas durante la vigencia de la Constitución del 18, sino que introdujo cambios fundamentales en casi todo el articulado.

La carta de 1934 intentó, acentuando una tendencia manifestada ya en 1918, adoptar soluciones constitucionales basadas en la realidad política del país. De este modo, la integración de los más importantes órganos de administración y de gobierno se realizó sobre la base de una coparticipación de los dos grandes partidos políticos de la República. Pero al mismo tiempo, la Constitución del 34, influida directamente por el constitucionalismo europeo de la posguerra, y por otras corrientes de opinión que prevalecían en Europa en el momento, adoptó nuevas soluciones respecto de los problemas constitucionales que se debían enfrentar. Y la verdad es que, dejando de lado la parte esencialmente política que ha sido objeto de posterior revisión en las reformas de

1942, 1952 y 1966, la estructura de la Constitución de 1934 se ha mantenido incambiada hasta hoy.

Al comienzo mismo de la parte dogmática, se agregó una nueva norma que se ha mantenido hasta hoy y que dispone: "En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las Partes Contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos." Se innovó fundamentalmente en lo relativo a la declaración de derechos y deberes.

Las constituciones anteriores, siguiendo la tradición constitucional del liberalismo, se habían limitado a declarar el deber del Estado de proteger ciertos derechos individuales de la persona humana, como la libertad y la igualdad. La carta del 34, aparte de ciertas ampliaciones de los textos anteriores, e inspirándose en las constituciones de la posguerra europea y en la Constitución de México de 1917, incluyó un conjunto de normas que reconocen derechos de contenido económico, social y cultural, respecto de los cuales el Estado no asume ya una actividad pasiva, sino que, por el contrario, declara derechos que implican para el Estado el deber de brindar o de dar a los individuos determinado apoyo económico, social o cultural, definiendo también la actitud que el Estado debe asumir frente a la familia, la maternidad, la enseñanza, el trabajo, la vivienda, el derecho obrero, la propiedad intelectual, la riqueza artística e histórica del país, los monopolios, los sindicatos, la huelga y los funcionarios públicos. Asimismo se incluyeron disposiciones que establecieron determinados deberes, tales como: el deber de trabajar, de cuidar la salud, de educar a los hijos, etcétera.

Por último, debe hacerse notar que se previó constitucionalmente lo relativo a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos —y la subsidiaria del Estado—, por el perjuicio causado por éstos a terceros, en el ejercicio de la función pública a su cargo, con incumplimiento de sus deberes.

La reforma de 1934, en este aspecto, estuvo motivada por un afán renovador y progresista frente a los nuevos tiempos. El hecho de haberse mantenido hasta hoy, a través de las sucesivas reformas, demuestra el acierto de sus redactores.

La Constitución del 34 abandonó definitivamente toda diferencia entre el hombre y la mujer en lo que se refiere a los derechos políticos. Si bien la Ley número 8.927, de diciembre de 1932, había reconocido la ciudadanía a la mujer, de acuerdo con la autorización establecida por el artículo 10 de la Constitución de 1918, en 1934 se superó esta etapa,

modificándose los textos anteriores en el sentido de equiparar la situación del hombre y de la mujer frente a la ciudadanía y sus derechos.

La Constitución de 1918, en su artículo 99, había establecido las bases y las garantías del sufragio. La experiencia de su aplicación demostró la necesidad de perfeccionar las normas de aquella Constitución previendo algunas situaciones que escapaban a la aplicación de los antiguos textos.

De este modo, la primitiva prohibición de actuar en política, que en la Constitución de 1918 se aplicaba sólo a los funcionarios policiales y militares en actividad, fue extendida a los magistrados judiciales, a los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas y a los directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y, con ciertas limitaciones, al presidente de la República, a los miembros de la Corte Electoral y a los intendentes municipales, y se estableció la obligatoriedad del voto.

La forma de gobierno de la República, bajo las constituciones de 1830 y 1918, había sido la representativa. Siguiendo la doctrina clásica, de que el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes, nuestras primeras constituciones no establecieron ninguna forma de gobierno directo o semidirecto. La Constitución de 1934, innovando también en esta materia, eliminó la referencia al gobierno representativo diciendo sólo que el sistema de gobierno era el democrático republicano, reforma natural y lógica, en una Constitución que establecía, para ciertas materias, la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum.

De esta manera, su artículo 72 pudo decir que la soberanía de la nación sería ejercida por el Cuerpo Electoral, en los casos de elección, iniciativas y referéndum, e indirectamente, por los poderes representativos que ella establecía. La forma de gobierno era, así, semidirecta, o mejor dicho, semirrepresentativa. El Cuerpo Electoral actuaba directamente en los casos taxativamente previstos por la Constitución y en los restantes actuaban los poderes representativos.

Dejando de lado algunas otras reformas introducidas en las normas relativas al Poder Legislativo, la modificación sustancial que adoptó en este aspecto la Constitución de 1934 fue la relativa a la organización del Senado. Hasta entonces, la Cámara de Senadores había estado integrada por un número de senadores igual al de los departamentos que tenía la República, eligiendo cada departamento un senador. En un país de organización unitaria, este sistema, adoptado en los regímenes federalistas, no era el más conveniente, produciéndose además la circunstancia, hasta cierto punto anómala, de que el Partido Nacional, minoría

en el país, poseía mayoría en el Senado, por el hecho de tener mayoría en varios departamentos de pequeño electorado.

La reforma del 34 aportó una modificación fundamental a este régimen. En realidad, la organización del Senado entonces adoptada constituyó una manifestación particular de uno de los presupuestos políticos de la nueva Constitución: la coparticipación de los dos grandes partidos tradicionales en el gobierno de la República mediante un régimen que institucionalizara la realidad viva del país. De este modo se estructuró un Senado integrado por treinta senadores, de los cuales quince corresponderían a la lista más votada del lema más votado, y quince a la lista más votada del lema que le siguiera en número de votos. Como el vicepresidente de la República integraba y presidía el Senado con voz y voto, y pertenecía necesariamente al lema que habían elegido los quince senadores de la mayoría, el partido mayoritario contaba con dieciseis votos en el Senado. Este Senado de la Constitución de 1934 fue uno de los aspectos más encarnizadamente criticados por la oposición de aquella reforma. Se le llamó despectivamente el Senado "de medio y medio" o el Senado "de quince y quince", presentándolo como el resultado de un reparto político entre los dos partidos mayoritarios. Retocado el sistema en la reforma de 1936, había de ser sustancialmente modificado en 1942 y sustituido por el régimen que hoy todavía rige.

La Cámara de Representantes se compondría de noventa y nueve miembros, número que se mantiene hasta hoy.

Quizás la reforma más original e interesante introducida por la Constitución de 1934 fue la relativa a la organización del Poder Ejecutivo.

En el debate previo a la reforma, y durante el proceso de elaboración de la nueva carta, se barajaron todas las posibilidades existiendo iniciativas tendentes a organizar el Ejecutivo, ya en forma unipersonal, ya en forma pluripersonal o colegiada, ya bajo un régimen presidencialista, ya bajo uno parlamentario. La fórmula finalmente adoptada fue, evidentemente, original. En lo que respecta al problema del unipersonalismo o del pluripersonalismo en la organización de este poder, se adoptó una fórmula que implica un régimen mixto, que su inspirador llamó duplex, ya que hacía posible que el Ejecutivo actuase normalmente en forma unipersonal, pero previendo que en ciertos casos y para determinadas materias funcionase como un sistema pluripersonal o colegiado.

De acuerdo con este régimen, el Poder Ejecutivo sería ejercido por el presidente de la República, que actuaría con el ministro del ramo o con el Consejo de Ministros, según los casos.

El presidente de la República sería elegido, conjuntamente con el vi-

cepresidente, por el pueblo en forma directa, a mayoría simple de votantes, mediante el sistema de doble voto simultáneo y sin que en ningún caso pudiera efectuarse la acumulación por sublemas. Duraría cuatro años en sus funciones y para volver a desempeñarlas se requeriría que hubieran transcurrido cuatro años desde la fecha de su cese. Las competencias del Poder Ejecutivo se ejercían normalmente, con algunas expresas excepciones constitucionales, por el presidente de la República, actuando con él o los ministros respectivos. Pero, al mismo tiempo, se creaba un órgano, el Consejo de Ministros, integrado por los titulares de todas las carteras, o quienes hicieran sus veces, con algunas facultades privativas y con competencia en todos los actos de administración y de gobierno que plantearan en su seno el presidente de la República o cualquiera de sus ministros, con el derecho de revocar las resoluciones que originariamente hubieren sido acordadas por el presidente de la República. De este modo, se pensó en estructurar un régimen que uniera a la rapidez y facilidad de decisión de los sistemas unipersonales, las garantías de contralor interno en la gestión del Poder Ejecutivo del sistema colegiado, ya que bastaba que un ministro planteara cualquier asunto en el Consejo de Ministros para que ese asunto saliera de la competencia del presidente con el ministro del ramo, para entrar en la del Consejo.

Asimismo, se pensó que con un régimen tal, el trámite administrativo normal sería resuelto por el presidente y el ministro, quedando en manos del Consejo el planteamiento de las grandes líneas políticas del gobierno.

Los ministros serían nombrados por el presidente de la República, por medio de un sistema que significaba que obligatoriamente éstos se distribuirían entre los dos partidos mayoritarios. Tal régimen era un complemento del adoptado para la integración del Senado y significa instaurar la coparticipación en lo que se refiere a la integración del Poder Ejecutivo, dado que cinco o seis ministros habrían de pertenecer al partido mayoritario y tres a la minoría mayor.

En el dilema entre el sistema presidencial y el parlamentarismo, la Constitución de 1934 se inclinó por este último, aunque reglamentándolo en una forma muy especial, por lo que pudo decirse que se trataba de un caso de semiparlamentarismo o de parlamentarismo racionalizado, de características muy particulares.

Por medio de un procedimiento especial, se daba a la Asamblea General competencia para juzgar políticamente la conducta de los ministros, desaprobando sus actos de administración o de gobierno. Esta desaprobación debía ser dictada por un quórum especial; pero si era

pronunciada por menos de dos tercios del total de componentes de la Asamblea, el presidente de la República podía observar el voto de desaprobarción. Si la Asamblea mantenía su censura por un número inferior al mencionado, el presidente podía disolver las cámaras, convocando de inmediato a elecciones. Si las nuevas cámaras reunidas mantenían el voto de censura, caería el presidente de la República y el Consejo de Ministros.

La desaprobarción por la Asamblea General, determinaría la renuncia del o de los ministros censurados; pero las sustituciones, es decir, el nombramiento de nuevos ministros por el presidente de la República, siempre debían hacerse dentro del régimen de coparticipación.

La originalidad de este tipo de parlamentarismo radicaba fundamentalmente en que la censura no podría implicar nunca un cambio de partidos en el gobierno, sino tan sólo un cambio de hombres y en que el presidente de la República era a la vez un jefe de Estado y un jefe de gobierno.

El sistema ideado por los constituyentes de 1934, para la organización del Poder Ejecutivo, no dio los frutos que de él se esperaban.

En primer término, el Consejo de Ministros nunca funcionó como un órgano moderador y de control del poder presidencial. El Ejecutivo siguió centrado en el presidente de la República y los ministros, nombrados y revocados por él, nunca tuvieron en el seno del Consejo la fuerza política necesaria para hacer actuar este órgano de acuerdo con las finalidades que inspiraron su creación.

En segundo término, la coparticipación obligatoria en lo que se refiere a la distribución de las carteras ministeriales, fue objeto de muy severas críticas por los mismos que objetaban la forma de integración del Senado. En este aspecto el sistema de 1934 habría de ser radicalmente modificado en la reforma de 1942.

Por último, en lo relativo al control parlamentario, el sistema, lento y complicado, nunca funcionó normalmente. La Asamblea General, salvo una o dos excepciones, jamás llegó a censurar a ningún ministro, y en verdad la censura por la Asamblea se sustituyó en la vida política del país, por meras declaraciones unicamerales de desaprobarción a la acción ministerial, sin efectos constitucionalmente establecidos, pero que en diversas ocasiones provocaron, por su fuerza política, la caída del ministro cuya conducta fue objeto de crítica.

Otro de los rasgos esenciales de la Constitución de 1934 fue el sistema de contralores que instituyó sobre la acción de los diversos órganos constitucionales. Dejando de lado los contralores a cargo del Parlamento y

del Poder Ejecutivo, pueden señalarse en esta carta diversos institutos, muchos de ellos novedosos en nuestro derecho, tendientes a estructurar un riguroso sistema de contralores jurídicos. En primer término, se instituyó en forma expresa el contralor de la constitucionalidad de las leyes, asignándolo, como competencia privativa, a la Suprema Corte de Justicia. En segundo lugar, se constitucionalizó la Corte Electoral que había sido creada por ley hacía casi diez años, otorgándole el contralor y el juzgamiento de todos los procedimientos electorales, incluso los correspondientes a las elecciones de los legisladores, que hasta entonces habían sido una competencia de las propias cámaras. En tercer término, se creó el Tribunal de Cuentas como órgano encargado del contralor de toda la gestión financiera de la administración. Por último, se previó la creación, por ley, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, con el cometido de controlar la regularidad jurídica de los actos administrativos y al cual se le asignaba la competencia de anular las resoluciones ilegales de la administración.

Este sistema de contralores, instaurado en 1934, indudablemente significó un progreso fundamental en nuestro derecho.

Debe señalarse también que la carta de 1934 previó la creación por la ley de un Consejo de Economía Nacional, con carácter consultivo e integrado con representantes de los intereses económicos y profesionales del país.

La Constitución de 1918 había constitucionalizado la existencia de los entes autónomos, dedicando un solo artículo a la cuestión de la descentralización por servicios.

La Constitución del 34 dedicó un capítulo entero a los entes autónomos y a los servicios descentralizados. De este modo se estableció que la actividad industrial y comercial del Estado se realizaría por medio de entes autónomos, administrados por directorios nombrados por el Poder Ejecutivo, con venia del Senado, por medio de un sistema que implicaba también para la integración de estos órganos la coparticipación de los dos partidos tradicionales.

Para dichos entes industriales y comerciales se organizaba un régimen presupuestal especial, compatible con la flexibilidad requerida por servicios industriales o comerciales, de acuerdo con lo cual dichos presupuestos no requerían normalmente aprobación legislativa, sino que solamente eran aprobados por el Poder Ejecutivo.

Para los otros entes autónomos (enseñanza primaria, enseñanza secundaria y enseñanza superior), que serían administrados y dirigidos en la

forma que establecieran las respectivas leyes orgánicas y para los servicios descentralizados, los presupuestos, si bien se elaboran en forma distinta a la de la administración centralizada, necesitaban aprobación legislativa.

Se estableció asimismo un contralor de la conveniencia y de la legalidad de los directorios de los entes autónomos y servicios descentralizados a cargo del Poder Ejecutivo.

Desde 1830, el sistema presupuestal que la Constitución organizaba, admitía las reglas clásicas de anualidad, universalidad y unidad, asignando al Poder Ejecutivo la preparación del proyecto de presupuesto y estableciendo como competencia del Poder Legislativo la aprobación del mismo. El Parlamento era dueño de disminuir o aumentar los gastos, lo mismo que de reducir o acrecentar los recursos. La reforma de 1934, disminuyó las competencias del Legislativo, impidiendo que este poder redujera los recursos o aumentara los gastos, estableciendo asimismo otras normas limitativas de las facultades parlamentarias a este respecto.

Durante la campaña reformista de la carta de 1918 se hizo caudal de los defectos de aquella Constitución en lo que se refiere al gobierno departamental.

No sólo la Constitución de 1934 suprimió los consejos y las asambleas departamentales, sustituyéndolos por intendentes y juntas, sino que también se puso fin a la autonomía financiera de los departamentos, eliminando la facultad que éstos tenían de establecer impuestos, reduciendo y delimitando sus recursos financieros. Se creó así un régimen presupuestal para los gobiernos departamentales, sujeto al contralor del Tribunal de Cuentas y eventualmente del Poder Legislativo.

Este sistema de gobierno departamental fue aceptado por la reforma de 1942 y rigió hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1952.

Asimismo, la carta de 1934 constitucionalizó lo referente a los recursos contra los actos jurídicos dictados por los órganos de gobierno municipal, previendo el referéndum en materia municipal y estableciendo la iniciativa popular. Con algunas modificaciones introducidas en la reforma de 1952, estos institutos pueden considerarse definitivamente incorporados a nuestro derecho constitucional.

Aunque la Constitución de 1934 no reglamentó tampoco la organización y funcionamiento de los partidos políticos, la base política en la que se sustentaba y la creciente importancia jurídica de los partidos trajo como consecuencia que múltiples normas se refirieran a ellos, principalmente en lo relativo a la integración de diferentes órganos.

La Alta Corte de Justicia, prevista en la Constitución de 1830, creada por la ley del 28 de octubre de 1907, cambió su nombre, transformán-

dose en Suprema Corte de Justicia. Pero, además, la nueva carta aportó a la regulación constitucional de la organización y competencias del órgano supremo del Poder Judicial numerosas modificaciones. En cuanto a su integración, se determinó por texto constitucional el número de sus miembros, fijándolo en cinco, estableciéndose que la elección que se hacía, como era tradicional, por la Asamblea General, debería realizarse por dos tercios de votos. La existencia de esta mayoría especial se eliminó en 1942, para restablecerse en 1952 y mantenerse en la de 1966, agregándose una nueva previsión a este respecto, que luego será analizada. Se ampliaron también, en 1934, las competencias de la Corte, especialmente en lo que se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, a la lesión a la autonomía de los gobiernos departamentales y a la limitación de la jurisdicción militar. En 1942 se atribuyó también a la Suprema Corte jurisdicción para resolver todas las contiendas, fundadas en la Constitución, que se produjeran entre el Poder Ejecutivo y las intendencias, las juntas departamentales, los servicios descentralizados y los entes autónomos, lo que se mantuvo en la carta de 1952 y en la de 1966.

Si a las competencias que ya la carta de 1830 preveía atribuir a la Alta Corte, en especial "la de juzgar a todos los infractores de la Constitución sin excepción alguna", se agregan las que hemos enumerado, asignadas a la Suprema Corte por las constituciones de 1934, 1942, 1952 y 1966, debemos concluir que la Corte se ha transformado en un verdadero tribunal para juzgar de la regularidad constitucional de todo el proceso de creación y aplicación del derecho.

Finalmente, la Constitución de 1934 modificó en forma total los procedimientos de reforma constitucional, estableciendo un régimen que hacía posible la revisión de la Constitución por varios métodos diferentes. Todos ellos, sin embargo, requerían la manifestación directa de la voluntad popular por medio del plebiscito.

El régimen establecido a este respecto por la carta de 1934 se ha mantenido, pese a algunas modificaciones, en especial tendientes a simplificar los procedimientos, hasta el momento actual.

## VII

La entrada en vigencia de la Constitución de 1934 no logró crear un clima de general tranquilidad política. En las principales fuerzas opositoras al régimen instaurado el 31 de marzo de 1933, que se habían mantenido en la abstención desde entonces, surgió la idea de la posi-

bilidad de una coalición electoral, bajo un lema común para disputar el gobierno.

Este fue el hecho político que movió a los partidos que habían contribuido a elaborar la Constitución de 1934, a presentar algunas reformas a la misma, que —aparte de ciertas modificaciones de detalle— les permitieran enfrentar con ventaja, o por lo menos sin desventaja, la contienda electoral que se vislumbraba frente a los grupos opositores coligados. Para los constituyentes de 1934, la reforma de 1936 era la continuación y el coronamiento de la obra emprendida; para los opositores, en cambio, era un mecanismo constitucional que se proyectaba para debilitar a la oposición.

El método de reforma elegido fue previsto por el apartado C del artículo 284 de la Constitución.

Dejando de lado el análisis de todas las normas reformadas, señalaremos especialmente las modificaciones introducidas por la ley constitucional de 1936, que se refirieron a la integración del Senado —cuya presidencia no correspondería más al vicepresidente de la República—, a la distribución de ministerios por el presidente de la República y a las mayorías especiales exigidas por la Constitución, que se consideraban alcanzadas cuando concurriera a formarlas la mayoría de los integrantes de cada uno de los dos sectores parlamentarios. Éstas, así como las otras modificaciones introducidas en la Constitución, estaban dirigidas a acentuar la coparticipación, a impedir la coalición electoral de los partidos opositores y a equilibrar la representación de los dos partidos tradicionales cogobernantes, a través de la acción de los grupos que colaboraban desde 1933 en la gestión del gobierno. Asimismo, como es lógico, se incluyeron algunas otras disposiciones tendientes a lograr, mediante normas constitucionales, la finalidad política que tuvo la reforma.

La entrada en vigencia de esta ley constitucional mantuvo a los principales partidos opositores en la abstención electoral, ya que el batllismo y el futuro Partido Nacional Independiente no se presentaron a las elecciones presidenciales del año 1938. Continuaron, en cambio, con su política concurrencista los partidos Comunista, Socialista y Unión Cívica.

Habría de ser necesario el golpe de Estado de 1933 para que las dos corrientes antagónicas existentes desde antes en el Partido Nacional se separaran formalmente, separación que se mantendría hasta las elecciones de 1958.

En el Partido Colorado, en cambio, las diferencias políticas provocadas por el golpe de Estado no llegaron a romper la unidad electoral del partido, que se mantuvo en 1933 pese a que en las elecciones de 1934 y

1938 el sector batllista se abstuvo, lo mismo que el futuro Partido Nacional Colorado se rehizo totalmente en 1942, cuando todo el coloradismo votó unido, frente a un Partido Nacional dividido por la escisión del Partido Nacional Independiente que en esas elecciones, como en las de 1946, 1950 y 1954 (en este año un sector ya se había reintegrado al lema tradicional), votó con lema separado.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1934 —que estableció, como se ha visto, un régimen de coparticipación necesaria en el Consejo de Ministros y en el Senado—, con el Partido Nacional escindido y un poderoso grupo en la abstención, se mantuvo una gran distancia electoral a favor del Partido Colorado.

Es sumamente importante, institucional y políticamente, la legislación electoral posterior a la Constitución de 1934.

La ley del 5 de mayo de 1934 fue la primera Ley de Lemas. Esta ley recoge, organiza y da nueva trascendencia y proyecciones al principio del doble voto simultáneo.

El lema es el nombre del partido, que lo distingue y que es de su propiedad. Afirmando este principio, era necesario establecer a quién pertenece el lema y resolver todos los conflictos que la propiedad del lema puede originar. Así, la Ley de Lemas, en su artículo primero, determinó que el lema de cada partido pertenece exclusivamente a la mayoría de sus componentes. Y luego, en los artículos subsiguientes, estableció el procedimiento para resolver los casos en que más de una autoridad política pretenda el carácter de autoridad nacional del partido político, a los efectos de saber cuál es la propietaria del lema.

La ley del 11 de diciembre de 1935 atribuyó el carácter de persona jurídica a los partidos políticos. Es decir, que el partido político, por el hecho de serlo, es persona jurídica. La ley, en los artículos 2 y siguientes, reglamentó el procedimiento para el reconocimiento de esta personería jurídica y estableció las consecuencias de derecho que de ello se derivan.

Por último, la ley del 23 de mayo de 1939, que es la segunda Ley de Lemas, completó la ley de 1934 y reguló lo relativo al uso de los sublemas, reglamentando además el problema del procedimiento para la obtención del lema y del sublema.

La importancia de esta legislación para la vida política del Uruguay ha sido enorme. El régimen del doble voto simultáneo y el establecido por las leyes de lemas, defendido y criticado apasionadamente, ha traído como consecuencia el mantenimiento de la unidad, por lo menos formal, de los dos partidos tradicionales.

## VIII

La Constitución de 1934 no logró nunca una aceptación general, ni pudo tampoco crear un clima de normalidad política.

Dos importantes sectores políticos, el Partido Colorado batllista y el grupo no herrerista del Partido Nacional, se habían mantenido desde el golpe de Estado de 1933 en la abstención electoral, y otros partidos menores, como la Unión Cívica, el Partido Socialista y el Partido Comunista, habían manifestado una permanente oposición a las soluciones adoptadas por la Constitución de 1934.

La iniciación del movimiento reformista tuvo lugar poco después de las elecciones presidenciales de 1938, cuando el nuevo presidente, general Alfredo Baldomir —que había sido elegido como consecuencia de su postulación por el Partido Colorado, recibiendo y acumulando los votos de los sectores que, frente al abstencionismo del batllismo, habían concurrido a las elecciones—, manifestó que era favorable a una modificación de la carta política.

Esta posición se concretó con el nombramiento por el presidente de la República de una Comisión de Reforma Constitucional, órgano no previsto, naturalmente, dentro del sistema de reforma de la Constitución de 1934, con la finalidad de estudiar las posibles modificaciones a la Constitución entonces vigente.

En 1941, un grupo de legisladores presentaron a la Asamblea General un proyecto de reforma, inspirado en el informe elaborado por la Comisión, para ser tramitado según el procedimiento de modificación constitucional, previsto por el apartado B del artículo 284 de la Constitución.

Poco después, en octubre del mismo año, se reunió, convocada por el presidente de la República, una Junta Consultiva de los partidos, que, a su vez, elaboró un nuevo proyecto de reforma constitucional, inspirado en los mismos principios del informe redactado por la Comisión de Reforma, aunque con algunas soluciones distintas, y que fue también presentado por un grupo de legisladores a la Asamblea General el 19 de enero de 1942.

Todo este proceso reformista, que buscaba políticamente lograr el fin del abstencionismo batllista y nacionalista independiente, estaba condenado al fracaso.

La oposición decidida a la reforma que mantenía el sector herrerista del Partido Nacional y la circunstancia de que el artículo 284, apartado B de la Constitución de 1934, exigía que la ratificación plebiscitaria contara con votos afirmativos que significaran la mayoría absoluta de

los ciudadanos hábiles para votar, hacía poco menos que imposible que la reforma se realizara dentro de los cauces constitucionales.

En tales circunstancias, y decidido el presidente de la República a llevar adelante la reforma, incluso contra los textos pertinentes de la Constitución anterior, dio un golpe de Estado, disolviendo el Parlamento el 21 de febrero de 1942.

En realidad, el país vivía en un régimen *de facto* desde varios meses antes, a partir del momento en que el presidente de la República expulsó a los tres ministros nacionalistas, sustituyéndolos con ministros de su propio partido político, con violación del artículo 163 de la Constitución de 1934, modificado en 1936, que imponía una composición bipartidaria del Consejo de Ministros. Aunque el Parlamento continuó funcionando hasta el 21 de febrero de 1942, es evidente que el gobierno se encontraba totalmente al margen de la Constitución desde que el presidente decidió no aplicar el artículo 163 de la carta política entonces vigente.

Establecido el gobierno *de facto* el 21 de febrero de 1942 y disuelto el Parlamento, se procedió a la organización de las nuevas autoridades de hecho, que sustituirían a las establecidas de acuerdo con el régimen constitucional.

Por Decreto-ley número 10.124, de fecha 21 de febrero de 1942, se creó un Consejo de Estado con la función de "asesorar al Poder Ejecutivo en todos los asuntos de administración que éste considere necesarios y las de actuar como órgano legislativo". También se estableció que durante el régimen *de facto* o extraordinario, el presidente de la República actuaría asistido de los mismos secretarios de Estado que actuaban en el momento de producirse el golpe de Estado, que en caso de vacancia de la presidencia de la República, el Consejo de Estado designaría la persona del nuevo titular.

En cuanto a los gobiernos departamentales, su situación durante el régimen extraordinario fue resuelta por el Decreto-ley número 10.172, el 22 de junio de 1942, que sustituyó los intendentes por interventores, designados directamente por el Poder Ejecutivo, estableciéndose que las funciones de las juntas departamentales serían desempeñadas por el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio del Interior, pero no con carácter general, sino sólo en los casos en que fuera necesario requerir la aprobación o autorización de las juntas.

Durante el régimen *de facto* de 1942 no hubo, como en 1933, intervenciones en todos los entes autónomos. Sólo por decreto del 24 de febrero de 1942 se designó un interventor para la Administración de Com-

bustibles, Alcohol y Portland, y por decreto del mismo día se intervino la Corte Electoral.

El Poder Judicial no fue afectado como consecuencia del golpe de Estado.

Organizado el gobierno *de facto*, el Poder Ejecutivo llevó adelante de inmediato la reforma constitucional, contando con el apoyo, más o menos directo, de todos los sectores políticos, exclusión hecha del Partido Nacional herrerista.

El 27 de marzo de 1942 remitió en consulta al Consejo de Estado el proyecto de reforma que había elaborado la Junta Consultiva de los Partidos, el que fue aprobado con algunas modificaciones el 28 de mayo de 1942.

Por Decreto-ley número 10.466, de 29 de mayo de 1942, el presidente de la República "decretó" dichas reformas constitucionales, estableciéndose que las mismas se considerarían promulgadas si fueren ratificadas por la mayoría de los votos válidos que se emitieran en el acto plebiscitario. El voto, por sí o por no, debía hacerse en la misma hoja de votación que contenía los candidatos a todos los cargos electivos. Esta consulta popular se realizó el 29 de noviembre de 1942 y en ella sufragaron 443,444 ciudadanos por "sí" y 131,163 por "no".

En consecuencia, aprobado el nuevo texto constitucional de acuerdo con el sistema de reforma decretado por el presidente de la República, las reformas entraron en vigencia el 15 de febrero de 1945.

Las elecciones para presidente de la República, Cámara de Senadores, Cámara de Representantes y autoridades departamentales, debían haberse celebrado en marzo de 1942. Como consecuencia del golpe de Estado, dado en plena campaña electoral, el 21 de febrero de 1942, este acto electoral no se realizó. El presidente de la República, general Alfredo Baldomir, continuó *de facto* al frente del gobierno.

Las elecciones se realizaron el 29 de noviembre de 1942, junto con el acto plebiscitario para la aprobación o rechazo popular del proyecto de Constitución elaborado por el gobierno *de facto*.

En estas elecciones, las primeras en que actuaban el Partido Colorado batllista y el Partido Nacional Independiente después del golpe de Estado de 1933, triunfó el Partido Colorado y dentro de él una coalición que llevó a la presidencia de la República a Juan José Amézagá. Esta coalición estaba integrada por el batllismo y ciertos otros sectores colorados. Hubieron otros candidatos colorados dentro del lema. El Partido Nacional actuó dividido en dos lemas no acumulables: Partido Nacional y Partido Nacional Independiente.



20 FEB. 1989

La reforma constitucional de 1942 no modificó fundamentalmente la carta del 34, limitándose a alterar la base política en que ésta se asentaba.

De tal modo, se cambió la forma de integración del Senado, estableciéndose que los treinta senadores se atribuirían por el sistema de la representación proporcional y que este cuerpo estaría además integrado por el vicepresidente. Se ponía así fin a la coparticipación de los dos grandes partidos en la integración del Senado, y el tan criticado sistema del "quince y quince" era sustituido por un régimen que utilizaba para la organización del Senado el mismo sistema usado para la Cámara de Representantes. La innovación fue severamente criticada en cuanto establecía la misma forma de organización para las dos cámaras, con lo cual se eliminaba uno de los supuestos del bicameralismo; pero la verdad fue que debido a ciertas diferencias basadas en el sistema electoral, así como por razones políticas, las dos cámaras se integraron de hecho con distinto criterio y actuación en forma racionalmente diversa, por lo que el régimen bicameral no fue afectado en verdad por la reforma de 1942.

Dicho Senado, de integración proporcional, subsistió a través de las reformas de 1952 y 1966.

La misma razón política que provocó el cambio en el sistema de integración del Senado, aparejó en 1942 la reforma del sistema de designación de los ministros. El régimen de 1934 obligaba al presidente de la República a distribuir los ministerios entre los dos partidos mayoritarios, en una fórmula que tenía que permanecer invariable, en cuanto a su composición política, aunque se produjera la censura parlamentaria que obligaba la renuncia de los ministros y, por lo tanto, su sustitución. El sistema de la Constitución del 34 permitía sólo el cambio de las personas; es decir, de los titulares de los ministerios; pero la distribución de las carteras quedaba irremediabilmente fijada por el resultado de las elecciones para presidente de la República. En 1942 se eliminó este sistema, estableciéndose que el presidente de la República distribuiría los ministerios entre personas que por contar con apoyo parlamentario asegurase su permanencia en el cargo. Así, no se prefijaba la distribución de las carteras y se daba flexibilidad al sistema, permitiendo que el presidente de la República tuviera en cuenta, para efectuar las designaciones, el apoyo parlamentario presumible de los ministros a designar.

Evidentemente, esto importaba una acentuación del parlamentarismo, puesto que con el nuevo texto, la censura, al hacer caer uno o va-

rios ministros, podía aparejar que los nuevos ministros no pertenecieran al partido del o de los censurados. Pero, al mismo tiempo, el nuevo régimen ponía fin al sistema de la coparticipación obligatoria de los grandes partidos, que, según sus defensores, descansaba en la realidad histórica y política del país.

En cuanto a la integración de los consejos o directorios de los entes autónomos industriales y comerciales y de los servicios descentralizados, la reforma de 1942 eliminó también, naturalmente, el sistema instaurado en 1934, que implicaba la coparticipación. El artículo 183 de esta Constitución fue modificado, estableciéndose que los miembros de los directorios serían designados por el Poder Ejecutivo, en Consejo de Ministros, con venia del Senado. Sin embargo, con la reforma de la integración del Consejo de Ministros, a partir de entonces la minoría mayor no estaría imprescindiblemente representada en los directorios o consejos autónomos. Por lo demás, la carta de 1934 establecía en el inciso 3 del artículo 183, suprimido en 1942, que las personas designadas por el Consejo de Ministros deberían contar con el voto conforme de la mayoría absoluta de los ministros correspondientes a cada uno de los dos partidos representados por el Consejo de Ministros, con lo cual se aseguraba la representación de la minoría en todos los órganos de dirección de la administración descentralizada.

El plan político que era el fundamento de la reforma de 1942 se complementaba con la supresión de casi todas las mayorías especiales establecidas por la Constitución de 1934. En efecto, esta Constitución exigía que los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Electoral, fueran designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes, lo que implicaba la necesidad de acuerdo entre los dos sectores mayoritarios del Parlamento, ya que de otra forma era imposible reunir los dos tercios de sufragios.

La reforma de 1942 eliminó esa exigencia de los dos tercios, es decir, que los integrantes de esos órganos podrían ser nombrados sin que fuere necesario el acuerdo de las mayorías.

Otras muchas normas de la carta de 1934 fueron objeto de modificación en 1942. No cabe en esta ocasión hacer su enumeración y estudio particular.

Debe destacarse, sin embargo, por su importancia y por la trascendente aplicación doctrinaria y jurisprudencial que ha tenido, la inclusión de un nuevo artículo, el 282, que dice: "Los preceptos de la presente Constitución que imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán

de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas". Este texto, que hacía indudable un criterio que se había sostenido ya bajo las constituciones anteriores, permitiendo la aplicación plena de las normas constitucionales, sin necesidad de atender a la reglamentación legal, se ha mantenido sin cambio hasta hoy.

En realidad, casi todas las reformas respondían a la finalidad de reintegrar a la actividad electoral a los partidos abstencionistas en el periodo 1934-1942 (Partido Colorado batllista y Partido Nacional Independiente) y de eliminar la presencia obligatoria en el gobierno y la influencia fundamental de la minoría mayor, el llamado herrerismo, es decir, la fracción mayoritaria del Partido Nacional.

Así, para hacer posible la concurrencia electoral del Partido Nacional Independiente, en forma que pudiera usar esta denominación, lo que parecía imposible con la legislación electoral vigente, se incluyó una disposición permisiva especial, que fue precedida del Decreto-ley número 10.192, de 13 de julio de 1942, para que pudiera ya votar en tal forma en las elecciones y en el plebiscito de noviembre de 1942, es decir, antes de la posible aprobación popular del texto constitucional proyectado.

Las finalidades buscadas con la reforma constitucional fueron logradas y de 1942 a 1952 puede afirmarse que todos los partidos actuaron en el escenario político electoral de la República.

En las elecciones de 1942, 1946 y 1950 triunfó siempre el Partido Colorado, con una gran ventaja electoral sobre el Partido Nacional, dividido en esas tres elecciones en dos lemas no acumulables, el total de cuyos votos, incluso sumados, se mantuvo por debajo del electorado aportado por el coloradismo.

Fue el periodo de aplicación de la carta de 1942, en especial a partir de 1945, una época de auge económico y de evidente progreso social, en que se completó el cuadro de la legislación laboral, cuyo primer impulso había sido dado a principios de siglo. El orgullo por la obra cumplida, el espectáculo de estabilidad y progreso que parecía dar el país y la comparación con la situación de otros Estados latinoamericanos, contribuyó a crear una falsa idea de autosuficiencia y de satisfacción. Fue entonces cuando se acuñó la lamentable expresión: "Como el Uruguay no hay."

En estos años de rápido y acentuado crecimiento burocrático y de progreso social, continuó el proceso de nacionalización de los servicios públicos, en especial como consecuencia de la adquisición de empresas

extranjeras con las divisas congeladas producidas por las exportaciones hechas durante la guerra.

## IX

Así como la Constitución de 1934 había provocado durante su vigencia la protesta y la abstención de diversos grupos políticos, la carta de 1942 contó con la oposición tenaz y constante del Partido Nacional, que llegó a negar reiteradamente su validez, y en diversas ocasiones planteó la conveniencia de la reforma.

Pero, incluso aquellos partidos políticos, que, como el Partido Colorado batllista y el Partido Nacional Independiente, habían colaborado en la reforma de 1942, presentaron ya en 1946 un proyecto de reformas constitucionales que organizaba el Poder Ejecutivo en forma pluripersonal, estableciendo un sistema colegiado integral e introduciendo algunas otras modificaciones a los textos vigentes. Este proyecto, de acuerdo con el sistema de reforma previsto por el artículo 281, apartado B, de la Constitución de 1942, fue sometido a ratificación popular en las elecciones del 25 de noviembre de 1946, con resultado negativo.

Las elecciones presidenciales de noviembre de 1950 plantearon nuevamente la cuestión de la reforma constitucional.

Por un lado, el Partido Nacional tenía que mirar con interés político todo intento de reforma de la Constitución de 1942. A este hecho primario se agregaban una serie de consideraciones favorables a la reforma por parte de este partido, como son: el deseo de limitar el poder del presidente de la República, frente al cual de poco habían valido los contralores parlamentarios; el interés de volver a un régimen de coparticipación política, y, por último, la conveniencia de estructurar fórmulas institucionales que facilitarían la unión, la reconstrucción o el acuerdo electoral del nacionalismo, dividido desde 1933. Asimismo, el hecho de que durante ochenta y seis años el Partido Colorado hubiera detentado la presidencia de la República, hacía natural todo intento del Partido Nacional de suprimir constitucionalmente este instituto.

Por su parte, el Partido Colorado batllista, vencedor en las elecciones de 1950, tenía lógicamente que intentar el triunfo de su ideal colegialista, que constituía desde 1913 uno de sus postulados básicos.

Aunque el Partido Nacional había manifestado en reiteradas ocasiones su pensamiento contrario a la consagración de un Ejecutivo pluripersonal o colegiado, se hizo evidente que sólo mediante un acuerdo

con su adversario político, en que cediera en este aspecto, podría lograrse la reforma de la carta de 1942 y el logro de otros de sus objetivos.

Al asumir la presidencia el señor Andrés Martínez Irueba, en su discurso del 10. de marzo, manifestó sus intenciones reformistas, quedando con ello abierto el camino para ir de inmediato a la modificación de la Constitución.

Iniciadas las conversaciones entre los delegados del Partido Colorado batllista y del Partido Nacional, se redactaron las bases de un acuerdo político, que fueron firmadas el 31 de julio de 1951, después de ser aprobadas por las respectivas autoridades partidarias.

La Constitución de 1952 tuvo su origen en un proyecto de ley constitucional (artículo 281, apartado *D*, de la Constitución de 1942), presentado el 28 de agosto de 1951, a la Cámara de Representantes por la totalidad de los legisladores integrantes de las bancadas del Partido Nacional del Partido Colorado batllista.

Dicho proyecto fue redactado por una comisión extraparlamentaria, que lo estructuró de acuerdo con las Bases de Reforma suscritas por los delegados del Partido Nacional y del Partido Colorado batllista.

El proyecto fue estudiado por una Comisión Especial de la Cámara de Representantes, la cual modificó en muchos puntos el proyecto originario. La Cámara de Representantes luego de introducirle numerosas enmiendas, lo aprobó el 10 de octubre de 1954, por 85 votos contra 14.

Elevado el Senado, fue objeto de un minucioso estudio por la Comisión Especial, que se expidió aconsejando la aprobación del proyecto, lo que se realizó por la Cámara de Senadores el 26 de octubre de 1951, por 26 votos contra 4. De inmediato, la Cámara de Representantes consideró las modificaciones introducidas por el Senado, aprobándolas por 74 votos contra 6, con lo cual quedaba sancionado el proyecto de ley constitucional.

La ley constitucional fue aprobada en el plebiscito realizado el 16 de diciembre de 1951, habiéndose emitido 232.076 votos por sí y 194.684 votos por no. Puede resultar ilustrativo un cuadro de los resultados de los principales plebiscitos constitucionales realizados en el país hasta ese momento. No se hace referencia a los plebiscitos en que no se llegaron a aprobar los proyectos sometidos al Cuerpo Electoral.

La nueva Constitución fue promulgada por el presidente de la Asamblea General el 25 de enero de 1952, entrando en vigencia dicho día, de acuerdo con lo establecido por el artículo 281, letra *D*, de la Constitución de 1942.

Plebiscito	Personas hábiles para votar	Votantes	Por sí	Por no
25-XI-1917 . . . . .	233.850	90.149	86.000	4.149
19-IV-1934 . . . . .	422.865	238.269	228.145	10.124
29-XI-1942 . . . . .	858.913	457.577	343.414	131.163
25-XII-1951 . . . . .	1.158.939	429.760	232.076	197.684

La reforma de 1952 aportó un conjunto muy grande de modificaciones a la Constitución del 42. En especial, deben destacarse las relativas a la organización del Poder Ejecutivo, las que se refieren a la integración de los directorios de los entes autónomos y servicios descentralizados, al régimen presupuestal, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al gobierno y administración de los departamentos.

La Constitución de 1952 estableció que el Poder Ejecutivo sería ejercido por el Consejo Nacional de Gobierno, organismo colegiado de nueve miembros, de los cuales seis se distribuirían entre los candidatos del partido mayoritario y tres entre los de la minoría mayor. De este modo, se adoptó en el país una solución pluripersonal integral en la organización del Poder Ejecutivo, superándose la fórmula híbrida a que se había llegado en 1918.

Los ministros, cuyo número y competencias no fueron modificados, eran designados por el Consejo Nacional de Gobierno, por mayoría de votos.

La fórmula adoptada de colegialismo integral con representación bipartita, suponía una coparticipación de los dos partidos mayoritarios en la integración del Consejo, entendiendo por coparticipación no obligatoriamente la colaboración en la gestión del gobierno, sino tan sólo la integración necesaria del Consejo, con representantes de los dos partidos históricos. En realidad, esta coparticipación implicaba, con fórmulas constitucionales diferentes, volver al mismo fundamento político que servía de presupuesto a la Constitución de 1934. Tal finalidad, que en 1934 se lograba por medio de la integración del Senado de la distribución de los ministerios y de las mayorías especiales, se buscaba en la Constitución de 1951 por la distribución de los cargos en el Consejo de Gobierno, por la forma de integración de los directorios de los entes autónomos y servicios descentralizados y la instauración de las mismas mayorías especiales que había establecido la Constitución del 34 para la designación por la Asamblea General de los miembros de la Suprema

Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Electoral y del Tribunal de Cuentas.

La Constitución del 52 modificó también el régimen de semiparlamentarismo existente en la República desde 1934.

Se estableció que los ministros serían políticamente responsables ante la Asamblea General; pero esta responsabilidad no alcanzaría a los miembros del Consejo Nacional de Gobierno. El sistema por el cual la Asamblea podía censurar a los ministros fue simplificado, tratando de hacerlo más efectivo y viable. Además, se eliminó el instituto de la disolución del Parlamento, con lo cual el parlamentarismo —para usar un calificativo, pero sin que ello suponga afirmar que el régimen era realmente parlamentario— de la Constitución del 52 se estructuró sin uno de los elementos más característicos del sistema parlamentario clásico, haciendo posible que se le objetara que no daba ninguna solución para el caso de que se planteara un conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo. Sin embargo, si se tiene en cuenta que desde 1934, en que se quiso establecer un régimen parlamentarizado en el país, nunca fueron disueltas las cámaras dentro del sistema organizado por la Constitución, puede verse cómo en ninguna ocasión un conflicto de poderes fue resuelto en el Uruguay por medio de la disolución del Parlamento y de las subsiguientes elecciones. Es por ello que esta crítica, cierta desde un punto de vista teórico, carece realmente de entidad.

El mismo propósito político relativo a la distribución bipartita de los cargos del Consejo Nacional de Gobierno encontró su consagración en las normas sobre integración de los directores o consejos de los entes autónomos y servicios descentralizados. Los miembros de estos organismos son designados, en sesión del Consejo Nacional de Gobierno, tres a pluralidad de votos por la mayoría del Consejo y dos a pluralidad de votos por la minoría. Este texto asegura la representación de la minoría en los directorios o consejos autónomos.

Asimismo, la carta de 1952 modificó el régimen anterior, sustituyendo la venia del Senado, que se requería para efectuar las designaciones de los miembros de estos organismos, por un nuevo sistema consistente en poner las designaciones en conocimiento de la Cámara de Senadores, para que ésta pueda hacer observaciones sobre ellas dentro de un plazo perentorio. Si dichas observaciones se efectúan por tres quintos de componentes del Senado, las mismas quedan sin efecto, previéndose un procedimiento especial para el caso de que las observaciones se formulen por un número de senadores inferior al señalado.

El mismo régimen de integración se aplicaría, sin el requisito rela-

tivo a la intervención del Senado, para la designación de los consejos, directorios o comisiones de carácter honorario de los organismos con función permanente.

La nueva Constitución, asimismo, agrupó las normas referentes a la organización autónoma de los servicios docentes del Estado, en un capítulo especial, el II, de la sección XI.

Otra de las finalidades que tuvieron en vista los constituyentes de 1951 fue la de reforzar la cohesión de los partidos tradicionales, permitiendo la acumulación de votos para las agrupaciones del mismo origen histórico. Toda la reforma de 1952 se basa y se fundamenta en el deseo de edificar la organización constitucional de la República sobre su realidad política.

Para lograr y facilitar la reconstrucción de los partidos tradicionales, se incluyó un artículo en la Constitución, derogando en favor de éstos la legislación electoral general y haciendo posible, en condiciones muy especiales, la acumulación de los votos de sus distintas fracciones.

Las normas anteriores sobre estatuto de los funcionarios fueron sustancialmente modificadas, reformándose algunas e incluyendo disposiciones nuevas. Los textos aprobados aseguraron la directa protección constitucional de los derechos funcionales, en especial del derecho al ascenso, logrando así, pese a la actitud no siempre loable de las autoridades administrativas, una de las más significativas conquistas de la carta de 1952. Se modificó también el régimen de responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

Una de las características esenciales de la constitución del 52 fue la acentuación de los contralores jurídicos sobre la acción de los órganos integrantes de los diversos poderes.

Tanto en lo que se refiere a la ampliación del régimen relativo a la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes a cargo de la Suprema Corte como en lo relativo a la anulabilidad de los actos administrativos ilegales, el progreso ha sido evidente. Así, en materia de inconstitucionalidad, se previó expresamente la posibilidad de planteamiento por vía de acción y la solicitud de oficio por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. De igual modo se estableció que los derechos de los gobiernos departamentales, con fuerza de ley en su jurisdicción, podrán ser declarados inconstitucionales.

En lo que se refiere a la anulación de los actos administrativos, la Constitución de 1934 lo había asignado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano que no era creado por vía constitucional, sino que se encomendaba a la ley su creación. La Constitución de 1942

mantuvo el problema en términos similares, sin que dictara en el ínterin la ley necesaria para el establecimiento del Tribunal. Se hizo entonces evidente que era muy difícil que por vía legal pudiera crearse este órgano, puesto que, pese a que la Constitución dictaba un mandato al legislador en este sentido, y a pesar de la existencia de diversos proyectos, habían transcurrido diecisiete años, sin que el mandato constitucional se cumpliera. La creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo revestía en el Uruguay una importancia especial debida a que era en el país una tradición jurídica inmovible la de que la Justicia Ordinaria no tenía facultades para anular actos administrativos. No existiendo un contencioso de anulación, sino tan sólo de reparación, era evidentemente necesario organizar un Tribunal que pudiera tener competencia en aquel.

La Constitución de 1952 puso fin a la cuestión, creando directamente el Tribunal y dictando las normas que fijan su competencia y regulan su acción. A esta reforma se le asignó una gran importancia, puesto que se afirmó que, desde el punto de vista jurídico, ella significaba la conquista y el progreso más significativo logrado en 1952, al dotar a nuestro sistema institucional de un órgano capaz de asegurar la regularidad jurídica de la administración y, en consecuencia, la protección de los individuos frente a toda posible arbitrariedad proveniente de actos administrativos dictados por el Poder Ejecutivo central, entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales.

Finalmente, otra de las reformas efectuadas en 1952 que debe destacarse es la referente al gobierno y administración de los departamentos. El régimen vigente desde 1934 estructurado sobre la base de Intendentes encargados de la función Ejecutiva y de juntas departamentales, con los cometidos legislativos en materia municipal, fue sustituido por el de consejos y juntas departamentales. Los consejos tenían las facultades ejecutivas y se integraban sobre una base bipartita, es decir, de acuerdo con el mismo principio adoptado para la organización del Consejo de Gobierno. El ejecutivo departamental se transforma así en pluripersonal o colegiado, al igual que el Poder Ejecutivo central. En cuanto a las juntas, con algunas reformas, se mantuvo el sistema de 1934.

Pero la reforma constitucional del 52 en ese aspecto no se limitó a modificar el sistema de autoridades, sino que además amplió las facultades de los gobiernos departamentales, designándose, en especial, competencia para establecer por sí determinados impuestos. Esto sig-

nificaba la consagración parcial de lo que se ha llamado en el país la autonomía departamental, lo que había mantenido incambiado en la reforma de 1942, fue modificado parcialmente en la Constitución de 1952. De los tres principios clásicos de unidad, universalidad y anualidad, que poseía el presupuesto general en 1934, se mantuvo el principio de universalidad; pero se sustituyó el régimen de un presupuesto anual por el de un presupuesto de sueldos, otro de gastos y otro de recursos para todo el periodo de gobierno, es decir, que se estableció, con ciertas salvedades, un presupuesto para cada cuatro años.

La reforma tendió a recoger la experiencia que demostraba que no había sido posible en los últimos años elaborar anualmente un presupuesto, al mismo tiempo que se estimaba que siendo el presupuesto el plan financiero del gobierno, era necesario que ese plan cubriera todo el periodo de actuación del Ejecutivo.

Se sustituyó el régimen de la unidad presupuestal, esto es, el sistema de un presupuesto general de sueldos y gastos, por el de un presupuesto de sueldos, otro de gastos y otro de recursos.

Al mismo tiempo, se incluyeron normas en la Constitución para impedir que los gastos públicos fueran un elemento de propaganda o proselitismo electoral.

En lo que se refiere a la Corte Electoral, se estableció su integración con nueve miembros, cinco neutrales y cuatro representantes de los partidos; se ampliaron sus competencias, volviendo al régimen de 1934 y asignándole la de ser juez de los actos de plebiscito y referéndum, previéndose expresamente lo relativo a la anulación de elecciones, y se precisó el estatuto jurídico de sus miembros.

La Constitución de 1952, aunque no reguló y reglamentó la organización y funcionamiento de los partidos políticos, se refiere a ellos directa o indirectamente en forma reiterada tomándolos como base de toda la organización política, fundada especialmente en la coexistencia de los dos partidos tradicionales, sin perjuicio de que todo el sistema constitucional se basa en el principio de la pluralidad de partidos, cuya existencia y constitución es absolutamente libre.

La carta de 1952 comenzó a aplicarse en años de bonanza económica y social, cuando todavía se vivía la ilusión de la permanencia indefinida del alto nivel de vida y de bienestar general que caracterizaban al Uruguay.

Pero ya había comenzado, aunque no fuera muy perceptible todavía, la crisis económica que, manifestada a partir de 1955, provocó un cambio fundamental en la vida política e institucional del país. El triunfo

electoral del Partido Nacional en 1958 se realizó ya en medio de esta crisis, que aún no se quería reconocer y comprender en toda su amplitud su proyección.

El Partido Nacional volvió a triunfar, aunque por escaso margen, en las elecciones de 1962, manteniéndose el régimen de la Constitución de 1952; pero la crisis económica se acentuaba.

La realidad económica social y política preparaba así un proceso de cambio constitucional particularmente difícil, y en especial permitía augurar un proceso de aplicación de la Constitución que habría de sustituir a la de 1952, complejo y crítico.

## X

Las circunstancias en que había nacido la reforma constitucional de 1952, tanto por la mayoría con que fue apoyada plebiscitariamente, como por las características del pacto político en que se basó, hacían previsible que a muy breve plazo se replantearía la cuestión reformista.

Era evidente que el problema de la organización del Poder Ejecutivo no estaba definitivamente solucionado y que, por el contrario, era una materia esencialmente polémica, sobre la que no existía un pacífico acuerdo en la opinión pública.

Las críticas al nuevo texto comenzaron de inmediato, inicialmente a cargo de los sectores políticos tradicional e invariablemente opuestos al régimen colegiado y de sectores provenientes de los partidos minoritarios.

Pero fue en realidad, después de las elecciones de noviembre de 1954, que las críticas arreciaron y que los grupos políticos en cuya acción conjunta se había basado la reforma de 1951, dejaron ya de defender unidos el texto aprobado en el plebiscito del 16 de diciembre de 1951.

A pesar del fracaso de los intentos reformistas de 1958 y 1962, comentados en los resultados negativos de los plebiscitos que entonces se realizaron, no podía decirse que el sistema colegiado estaba pacíficamente adoptado.

La situación era distinta. El colegiado sólo se aceptaba con la acquiescencia relativa, cautelosa y crítica de la opinión pública, que no se había convencido de las eventuales ventajas concretas de ninguno de los proyectos sometidos a su ratificación plebiscitaria, y que, pese evidentemente a no ser colegialista y a criticar muchos aspectos de este sistema por motivos políticos circunstanciales, no había votado en los

plebiscitos contra la organización del Poder Ejecutivo establecida en 1952.

En los partidos políticos no había tampoco, si se exceptiona al batllismo, e incluso en este caso no era posible hacer entonces una generalización total, una voluntad clara de mantener el régimen colegiado y de oponerse a toda reforma del Poder Ejecutivo. Muchos sectores políticos fueron contrarios a los proyectos anticolegialistas por razones circunstanciales, de táctica política inmediata y de intereses electorales directos. Pero no podía dudarse que la mayoría de los dirigentes políticos pensaban en la necesidad de encarar una nueva reforma del Poder Ejecutivo para superar las críticas que el sistema había provocado.

Sin embargo, las críticas a la Constitución de 1952 no se limitaron a la organización del Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, el sistema de designación de los directorios de los entes autónomos y servicios descentralizados fue objeto de serias objeciones.

El sistema, en sí, basado en la institucionalización y coparticipación administrativa de los dos partidos mayoritarios, resultado de la historia y de la realidad política del país, podía no ser tan malo como se pretendía; pero resultaba evidente que su aplicación, hecha con pequeño y mezquino criterio, buscando el pago de favores partidarios y no la designación de los mejores administradores posibles, sin exclusiones basadas en razones políticas, resultó lamentable.

También el régimen autonómico de los entes y servicios descentralizados provocó una reacción para precisar y limitar constitucionalmente la autonomía administrativa, ya que la experiencia mostraba una realidad de servicios desconectados entre sí, actuando independientemente, en función sólo de sus intereses particulares, sin coordinación de especie alguna. Este absurdo, que a todas sus consecuencias negativas sumaba la de impedir la planificación económica y el planteamiento gubernamental del desarrollo, no derivaba de una adecuada interpretación constitucional, sino de un constante y degenerativo proceso político administrativo.

De igual modo, el sistema adoptado para el gobierno y administración de los departamentos había resultado, en lo que se refiere a la acción de los concejos departamentales, pasible de las críticas.

En cuanto a las competencias impositivas de estos gobiernos departamentales, nadie dudaba de que, si bien era necesario un régimen que les asegure una racional autonomía financiera, sin la que no es posible obra alguna de gobierno en lo departamental, era preciso modificar un sistema que, como el de 1952, hacía dificultosa una coordinación

impositiva y había aparejado, en esta materia, una situación que a veces era caótica.

Estas críticas no podían hacer olvidar el aporte positivo, en su momento, del sistema colegiado, a la democratización política de la República.

Para nosotros, la pacificación política, la verdad del sufragio, la intervención activa de la ciudadanía en la lucha electoral y los altos porcentajes de votantes en las elecciones, derivaron, en gran parte en el Uruguay, de aspectos positivos de las constituciones de 1918 y 1952.

No es posible tampoco dejar de señalar que el sistema colegiado ha hecho posible en el Uruguay la rotación de los partidos políticos en el poder. Esta consecuencia se insinuó ya bajo el régimen de la Constitución de 1918, en el que el Partido Nacional obtuvo un acrecentamiento de su electorado, llegando a triunfar en las elecciones para integrar el Consejo Nacional de Administración el 8 de febrero de 1952, pero se manifestó integralmente bajo la Constitución de 1952, que preparó el resultado electoral de noviembre de 1958.

El Partido Nacional venció en las elecciones de 1958 y 1962. En 1966, en cambio, triunfó el Partido Colorado sobre el Partido Nacional y volvió a ganar en 1971, últimas elecciones antes de la dictadura, y en 1984, en las primeras elecciones, luego del periodo *de facto*.

La rotación de los dos partidos mayoritarios se ha transformado así en un hecho político innegable.

No se comprendería el régimen constitucional uruguayo sin tener en cuenta no sólo la realidad de dos partidos históricos que en conjunto recogen y han recogido siempre más del setenta por ciento del electorado activo del país, sino también la circunstancia de que hasta 1958, durante más de noventa años, no hubo un sistema bipartidista con rotación de los partidos en el poder.

En efecto, después de la caída de los gobiernos de Berro y Aguirre —como consecuencia de la revolución de Flores y de la intervención en la sexta década del siglo XIX brasileña—, el Partido Blanco y luego el Partido Nacional, no volvieron al gobierno hasta el triunfo en las elecciones de noviembre de 1958. Es cierto que los gobiernos del Partido Colorado no siempre fueron apoyados por todos los sectores de dicho partido, que, en cambio, muchos gobiernos colorados contaron con la colaboración de grupos nacionalistas, que en muchos momentos de nuestra historia, ya sea como consecuencia de pactos o normas constitucionales, hubo una coparticipación en el gobierno de los dos par-

tidos, pero no es menos cierto que hasta 1958 el Partido Nacional no alcanzó nuevamente el gobierno.

Poco después de la iniciación, el 10. de marzo de 1963, del gobierno elegido en noviembre de 1962, comenzó nuevamente a plantearse la cuestión de la reforma constitucional.

Inicialmente se presentaron dos proyectos de reforma, de acuerdo con las distintas posibilidades abiertas por los diferentes procedimientos de modificación constitucional previstos por la carta de 1951. Uno se originaba en una iniciativa del Partido Nacional y otro en la de varios sectores del Pueblo Colorado.

Pero la convicción de la imposibilidad de obtener un resultado positivo en el plebiscito si no se iba a un proyecto fundado en un acuerdo interpartidario, la acentuación en algunos sectores políticos de la idea de que era imprescindible ir a la reforma constitucional y la resolución de la Corte Electoral del 25 de mayo de 1966 de que no se podía votar por sí más de un proyecto, fueron algunos de los principales factores que provocaron conversaciones interpartidarias dirigidas a redactar un proyecto común, que llevaron a la creación de una comisión, en la que actuaron delegados del Partido Nacional, de diversos sectores del Partido Colorado y del Partido Demócrata Cristiano. El 26 de julio de 1966, esta Comisión aprobó el proyecto de bases de reforma constitucional.

El Partido Democristiano no dio su apoyo a las Bases, aunque dejó abierto el camino para una posible y posterior colaboración en la etapa parlamentaria.

Pero, como resultado de un complejo proceso político, los dos partidos mayoritarios no llegan a apoyar unánimemente el proyecto interpartidario. De tal modo, su discusión en la Asamblea General mostró grandes discrepancias en el interior de los dos partidos tradicionales, además de la oposición total del Partido Comunista y de otros grupos de izquierda.

Como consecuencia de todo ello, se presentaron al plebiscito del 27 de noviembre de 1966 cuatro proyectos: uno de un sector del Partido Nacional, otro del Partido Colorado, otro de los grupos de izquierda y uno interpartidario apoyado por la gran mayoría del Partido Colorado y un gran sector del Partido Nacional.

La voluntad reformista del Cuerpo Electoral se centró fundamentalmente en el proyecto interpartidario, único que, en función de los presupuestos políticos existentes, podía llegar a ser aprobado.

La reforma interpartidaria, logró en el plebiscito del 27 de noviem-

bre de 1966 una mayoría de votos que superó ampliamente el 35 por 100 de los ciudadanos hábiles para votar y la mayoría de los votantes.

La nueva Constitución promulgada por el presidente de la Asamblea General el 10. de febrero de 1967, de acuerdo con lo establecido en la disposición especial (letra A), entró en vigencia el 15 de febrero de 1967, con excepción, según lo dispuesto en la letra B, de las secciones, VIII, IX, X, XI y XVI que comenzaron a regir el 10. de marzo de 1967.

## XI

La más importante reforma, o por lo menos a la que se atribuyó mayor trascendencia y entorno a la que se centró el debate en el proceso previo a su sanción parlamentaria y a su aprobación plebiscitaria, fue la relativa a la organización del Poder Ejecutivo y al retorno a un régimen unipersonal.

Pero, junto a esas reformas, la nueva carta introdujo una larga serie de modificaciones al anterior texto constitucional. Muchas de ellas se fundaron en la idea de la necesidad de fortalecer y aumentar las competencias del Poder Ejecutivo a efectos de hacer posible una política más dinámica y eficaz, apta para dar impulso a una gestión económica y social desarrollista. La previsión del instituto de las leyes de urgencia y la voluntad de coordinar la acción de los organismos estatales autónomos dentro de la planificación general de la política económica del Estado, son ejemplos de estos objetivos primarios que tuvieron los redactores de la carta de 1966.

Sin que sea posible el análisis particular de cada una de las normas constitucionales modificadas, pasaremos rápida revista a las principales reformas y adiciones introducidas.

En el artículo 6 se agregó un inciso segundo que dice: "La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos." Esta norma, de carácter programático, que impone y determina la política gubernamental en la materia, implica también importantes consecuencias jurídicas respecto de la posición del Uruguay ante los tratados de integración vigentes.

El artículo 32 referente al derecho de propiedad y al instituto de la expropiación, se mantiene en los términos que tenía en el texto ante-

rior, agregándose sólo que la indemnización deberá incluir los daños y perjuicios que se deriven de las variaciones en el valor de la moneda.

Sin embargo, en la sección XIV, capítulo VI, se agregan dos importantes disposiciones. El artículo 231, autoriza a la ley dictada por mayoría especial a disponer expropiaciones correspondientes a planes y programas de desarrollo económico, propuestos por el Poder Ejecutivo, mediante justa indemnización, que podrá, según el artículo 232, ser o no previa, estableciéndose en este último caso las condiciones en que deberá pagarse.

Estas normas de innegable trascendencia práctica para una adecuada planificación del desarrollo, especialmente en materia agraria y con referencia a la nacionalización de servicios públicos que pudieran todavía ser de propiedad privada, están dirigidas a hacer posible una política que no era factible, en los hechos, con la rígida redacción del artículo 32 de la Constitución anterior, que, aunque podía sostenerse que se fundaba en la idea de la función social de la propiedad, había sido interpretado tradicionalmente por una jurisprudencia que había dado predominancia a la defensa del derecho individual de propiedad frente al interés general de la colectividad.

Los artículos 40, 45, 50, 60, 69 y 70, todos ellos norman programáticas de carácter socioeconómico, ampliaron los textos sobre las materias a las que ellos se refieren, ya existentes en la Constitución de 1952.

Así, el artículo 40, sin alterar la idea que se aceptaba desde el artículo 39 de la carta de 1934, precisa más clara y comprensivamente el concepto, afirmando que: "La familia es la base de la sociedad" y que "El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad"; el 45 concreta: "El derecho de todo habitante al goce de la vivienda decorosa", asignando a la ley el cometido de "asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin"; el 50 mantiene, en su inciso segundo, el antiguo texto proveniente de 1934, pero agrega un inciso primero que determina que "el Estado orientará el comercio exterior protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación y que la ley promoverá las inversiones destinadas a ese fin y encauzará con este destino el ahorro público"; el 69, mantiene la exoneración de impuestos nacionales y municipales a las instituciones de enseñanza privada y las culturales de igual naturaleza, pero sin subordinarlo, como en el texto anterior, a que suministraran clases gratuitas a un porcentaje de los alumnos, y el artículo

70, reafirmando la ya existente obligatoriedad de la enseñanza primaria, hace también obligatoria la enseñanza media, agraria o industrial, atribuyendo expresamente al Estado el cometido de propender al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica.

Se agregó un inciso al artículo 60, que establecía y regulaba la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados a la administración central, por el que se atribuye a la ley la creación del Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Se estableció (artículo 77, numeral 9), alterando una tradición que se remontaba a la Constitución de 1830, que las elecciones se realizarían cada cinco años. Esta ampliación del periodo de gobierno estuvo básicamente fundada en la voluntad de hacer posible una mejor gestión gubernamental, con tiempo para planificar y realizar.

Las listas de candidatos para los cargos electivos nacionales se incluirían en una hoja de votación y en otra, individualizados con el mismo lema, los cargos departamentales o locales (artículo 77, numeral 9, inciso 2). Se modificaba así el sistema de 1952, que, en principio, era el de una sola hoja de votación.

Se incluyó en el numeral 10 del artículo 77 una disposición para sancionar pecuniariamente las renunciaciones inmediatamente posteriores a la elección, sin causa justificada, de los legisladores e intendentes municipales.

En cuanto a los partidos políticos, cuya constitucionalización ha seguido un proceso progresivo, se agregó una norma expresa que, con carácter general, determinó las bases y los principios generales de su existencia y acción. El Estado les asegurará la más amplia libertad. Sin perjuicio de ello, los partidos deberán ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades y dar la máxima publicidad a sus cartas orgánicas y programas de principios.

Se modificó el régimen de acumulación de lemas, eliminándose los incisos 2 y 3 del artículo 79 de la Constitución de 1952, condicionado por razones políticas de aquellos momentos. Con esta eliminación se afirmó el principio de igualdad jurídica de los partidos, al mismo tiempo que se aceptó el principio de acumulación por lemas, se previó la posibilidad de su modificación por ley especial y se definió el concepto del lema permanente.

Se estableció el recurso de referéndum contra las leyes y el derecho de iniciativa popular. Se regularon estos institutos determinándose los casos de las leyes frente a las que, por razón de materia, ellos no eran

aplicables y se encomendó a la ley su reglamentación (artículo 79, inciso 2).

Se eliminó la causal de suspensión de ciudadanía por la condición de soldado de línea que, con diferentes formulaciones, se había mantenido desde 1830. Esta importante modificación que permitió votar a los integrantes de las fuerzas armadas de grado inferior a cabo, se aplicó por vez primera en las elecciones de 1971. Si bien el desarrollo del país no permite hoy la subsistencia de sistemas que suspendan el ejercicio de la ciudadanía por el hecho de ser soldado, no existe aún, ciertamente en todos los casos, la plena autonomía de voluntad para ejercer, en tal situación funcional, un voto consciente y libre.

Otro de los objetivos que se tuvieron en vista en la reforma de 1966, fue el de limitar las competencias del Parlamento en materia presupuestal y financiera.

El artículo 86 de la carta de 1952 que respondía a una norma originaria de la de 1934 se modificó, agregando a los casos que requieren necesariamente iniciativa del Poder Ejecutivo el de los "cómputos y beneficios jubilatorios".

La organización del Poder Legislativo no sufrió alteraciones mayores; sólo hubo modificaciones de poca entidad.

En cuanto al estatuto de los legisladores, en un intento de corregir irregularidades, se previó la posibilidad de que se efectuaran descuentos en los sueldos por inasistencias injustificadas y estatuyendo que los senadores y representantes, además de sus emolumentos, "no pudieran recibir beneficios económicos de ninguna naturaleza que deriven del ejercicio del cargo" (artículo 117).

En cuanto a la responsabilidad política de los ministros ante la Asamblea General, se efectuaron retoques al sistema anterior. Se volvió así a la posibilidad, establecida en 1934 y suprimida en 1952, de que el presidente observara el voto de censura cuando fuera pronunciado por menos de dos tercios del total de componentes de la Asamblea General y se estableció un complejo procedimiento posterior similar, aunque no idéntico, al de la carta de 1934. Si la censura, luego de la observación, es mantenida por menos de tres quintos de votos, el presidente puede mantener al o a los ministros censurados y disolver las cámaras. En tal caso se celebran elecciones y, si la nueva Asamblea mantiene el voto de desaprobación, cae el Consejo de Ministros.

A diferencia de las constituciones de 1934 en la Constitución vigente si la nueva Asamblea mantiene el voto de censura, no cae el presidente de la República.

En los años transcurridos desde 1967, si bien han habido censuras ministeriales que han sido observadas por el presidente y que, mantenidas, han determinado la renuncia del ministro censurado, no se ha llegado nunca a la disolución de las cámaras y a la celebración de nuevas elecciones. El sistema de censura simplificada que había establecido la carta de 1952, sin posibilidad de disolución del Parlamento y, naturalmente, sin responsabilidad política ante la Asamblea General de los miembros del Consejo Nacional de Gobierno, objeto de encontradas opiniones, no llegó a funcionar. El de la carta de 1966, pese a su complejidad, fue puesto en marcha y permitió llegar a la censura ministerial. Demostración, una vez más, de que este tipo de instituciones funciona en base a la realidad política que hoy, en el Uruguay, por la distribución de las fuerzas parlamentarias y por la influencia de otros factores, hace posible, por lo menos formalmente, la puesta en práctica efectiva de la responsabilidad política de los ministros. La previsión constitucional de la eventualidad de disolución del Parlamento, cuya inexistencia en la carta de 1952 no llegó a afectar realmente el equilibrio de los poderes, es hoy, y lo ha sido en los años posteriores de 1966, un importante elemento para impedir o dificultar el ejercicio eventualmente irresponsable de las competencias parlamentarias respecto de la responsabilidad política de los ministros.

En un intento de acelerar el procedimiento parlamentario, ante la experiencia negativa de los años anteriores a 1966 en que las cámaras habían demostrado una extrema lentitud e incluso una evidente reticencia para considerar proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo, se estableció un sistema especial que permite enviar a la Asamblea General proyectos "con declaratoria de urgente consideración" (artículo 168, numeral 7). Estos proyectos deben ser considerados en los plazos que la Constitución determina y si en esos lapsos no han sido expresamente desechados o se ha sancionado un proyecto sustitutivo, se tendrán por sancionados.

La reforma no ha dado todos los resultados que se esperaron de ella; sin embargo, respondía a una necesidad. Pese a las críticas que han hecho algunos sectores, es éste un procedimiento que permite legislar, constitucionalmente, en cualquier materia propia de la ley ordinaria y que sin coartar ninguna posibilidad de razonable discusión parlamentaria, que puede ejercerse plenamente en los plazos fijados por la Constitución, puede impedir los proyectos de ley de especial importancia en las comisiones o en el plenario de las cámaras.

Ya señalamos que la principal reforma, desde el punto de vista po-

lítico, fue la vuelta de un régimen unipersonal, con un Poder Ejecutivo ejercido por el presidente de la República, elegido directamente por el Cuerpo Electoral, que debería actuar con el ministro o ministros o con el Consejo de Ministros.

El sistema sigue las características del establecido en 1934 en cuanto a la actuación de los Ministros; pero, como en 1942, la Constitución de 1966 no impone la coparticipación obligatoria en la distribución de los ministros. La cuestión es dejada al libre juego político.

El presidente y el vicepresidente durarán cinco años en sus funciones y no podrán ser reelectos, debiendo, para volver a desempeñar esas funciones, haber transcurrido cinco años desde la fecha de su cese.

La no reelección ha sido un criterio invariablemente afirmado en nuestro derecho constitucional desde 1830 (Constitución 1830: artículo 75; Constitución 1918: artículo 73; Constitución 1934: artículo 150; Constitución 1952: artículo 150).

Con respecto a los ministerios, se aumentó su número a once. Sus competencias y atribuciones serán fijadas por ley; pero se prevé que puedan ser redistribuidas por el presidente de la República en Consejo de Ministros.

En lo que respecta a la coparticipación referida a la integración de los directorios de los entes autónomos y servicios descentralizados, se dispone que serán designados por el presidente de la República, en acuerdo con el Consejo de Ministros, previa venia de la Cámara de Senadores, otorgada sobre propuesta motivada en las condiciones personales, funcionales y técnicas, por un número de votos equivalente a tres quintos de los componentes. Si la venia no fuera otorgada dentro del término de sesenta días, el Poder Ejecutivo podrá formular propuestas nuevas o reiterar su propuesta anterior, y en este caso deberá obtener el voto conforme de la mayoría absoluta de los integrantes del Senado. Se prevé, asimismo, que la ley, por mayoría especial, podrá establecer otro sistema de designación.

Este régimen modificó sustancialmente el sistema de la carta de 1952 y se basó en el deseo de mejorar el nivel técnico y profesional de los integrantes de los directorios, de no subordinarlos en su designación a un acuerdo político y de no hacer preceptiva la coparticipación en su integración.

La fórmula actual, en cuanto a la mayoría exigida, es igual a la de 1942; pero facilita la tarea del Poder Ejecutivo, ya que fija un plazo dentro del que, si las venias no son otorgadas por esa mayoría, cabe

la posibilidad de reiterarlas y obtener el acuerdo por la mayoría absoluta, es decir, por un número menor de los tres quintos.

En un intento para limitar la burocracia que había sido uno de los resultados de las administraciones estatales autónomas, se estableció que los directorios rentados de los servicios del dominio industrial y comercial del Estado se compondrían de tres a cinco miembros, según lo estableciera la ley en cada caso; se disminuía, de tal modo, el número de cinco o siete previsto por la carta de 1952. Asimismo, se estableció que la ley, por mayoría especial, podría disponer que los servicios descentralizados estuvieran dirigidos por un director general. Se revisó así el principio de la dirección colegiada de los servicios descentralizados, que se había mantenido inmovible en el derecho constitucional uruguayo.

El concepto de la descentralización administrativa fue precisado para evitar las aberraciones a que se había llegado bajo la práctica de las constituciones anteriores.

Se mantuvo la prohibición de que ciertos servicios pudieran ser descentralizados en forma de entes autónomos; pero se agregó que los "diversos servicios del dominio industrial y comercial del Estado tendrán el grado de descentralización que fija la Constitución y las leyes que se dictaron con la conformidad de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara", con lo que se hizo posible que la ley determine el grado de descentralización de los diversos entes y pueda graduarla y/o limitarla, en función de diversas consideraciones, por ejemplo, la necesidad de coordinación de la política económica general.

De la misma forma, y para evitar excesos que se habían cometido bajo la vigencia de la Constitución anterior, se dispuso que "en la concertación de convenios entre los Consejos o directorios con organismos internacionales, institutos o Gobiernos extranjeros, el Poder Ejecutivo señalará los casos que requerirán su aprobación previa, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Poder Legislativo".

Se precisó y reguló la eventual participación del Estado en actividades industriales, agropecuarias o comerciales privadas, ampliando el texto anterior que sólo se refería a la admisión de capitales privados en la Constitución o ampliación del patrimonio de los entes autónomos y servicios descentralizados.

Se crearon dos nuevos entes autónomos: el Banco de Previsión Social, "con el cometido de coordinar los servicios estatales de previsión social y organizar la seguridad social".

Se acentuaron los controles sobre la gestión y la conducta de los directorios y de los directores.

Así, en el artículo 197 se precisó que cuando el Poder Ejecutivo considere inconveniente o ilegal la gestión de los directorios, podrá disponer la suspensión de los actos observados. Si las observaciones no son atendidas, el Poder Ejecutivo dispondrá las rectificaciones, cesantías o remociones que considere el caso, comunicándolas al Senado, que decidirá en definitiva. En el régimen anterior, el Poder Ejecutivo sólo podía hacer propuestas al Senado, que debía decidir por mayoría especial.

En el artículo 198 se agregaron dos incisos, previendo el reemplazo interino de los directores para cuya destitución se ha solicitado la venia del Senado y se estableció que las remociones y destituciones previstas en los artículos 197 y 198 no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En el capítulo relativo a los servicios docentes del Estado se mantuvo la redacción del artículo 204 de la carta de 1952, con el solo agregado de un inciso, asignando a la ley "la coordinación de la enseñanza".

En lo relativo a la hacienda pública, manteniéndose el principio de presupuestos por periodo de gobierno, con rendición de cuentas y posibles modificaciones anuales y el criterio de que el Poder Legislativo no puede efectuar modificaciones que signifiquen mayores gastos que los propuestos, se modificó lo relativo a la estructura presupuestal y se precisaron y limitaron las facultades del Parlamento.

Se creó la Oficina del Planeamiento y Presupuesto, que depende directamente de la presidencia de la República.

El artículo 236, manteniendo el régimen de designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia por la Asamblea General de dos tercios de votos del total de sus componentes, que se encontraba en las constituciones de 1934 y 1952, establece para el caso de que dentro de los noventa días la Asamblea no provea las vacantes, un régimen de designación automática en favor del miembro de mayor antigüedad en el cargo de los tribunales de apelaciones y, a igualdad de antigüedad en tal cargo, por el que tenga más años en el ejercicio de la judicatura o del Ministerio Público y Fiscal. Igual régimen se aplica para los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En los gobiernos departamentales se sustituyen los consejos por intendentes, elegidos por el Cuerpo Electoral Departamental; durarán cinco años en sus funciones y podrán ser reelectos por una sola vez. (artículo 266).

No es fácil hacer un juicio equilibrado y ecuánime sobre la Constitución de 1966. En verdad, la mayoría de las reformas que introdujo respondían a necesidades evidentes. Sin embargo, los defectos y carencias que se señalaban entonces en la vida política y en la gestión gubernamental no podían ser automáticamente corregidos con enmiendas constitucionales del tipo de las aprobadas en el plebiscito de noviembre de 1966. Era necesario que, además y fundamentalmente, cambiaran las costumbres políticas y se efectuara un intenso proceso de modernización en las estructuras políticas y partidarias. Y ello fue lo que no ocurrió.

## XII

En realidad, la Constitución de 1966 se aplicó en tres momentos esencialmente distintos, con carácter político absolutamente diferentes.

Entre 1967 y 1973 se aplicó en un periodo de relativa normalidad jurídica, en gobiernos regularmente elegidos en las elecciones de 1966 y 1971.

Entre 1973 y 1985, durante la larga dictadura, la Constitución de 1966 fue sólo un residuo, un texto invocado y vigente sólo en parte, sobre el que se superponía la estructura "institucional" del gobierno *de facto* y la realidad de un poder autoritario e ilimitado.

Después del 10. de marzo de 1985 —y como resultado de las elecciones de noviembre de 1984—, la Constitución de 1966 ha retomado vigencia plena y una nueva etapa política democrática se ha abierto en el Uruguay.

Comenzaremos por exponer algunos elementos de juicio sobre la aplicación de la Constitución de 1966 entre 1967 y 1973.

Los años posteriores a 1966 fueron años de crisis política en los dos partidos tradicionales, que se venían manteniendo, ya desde antes, como estructuras electorales, con un carácter esencialmente histórico y tradicional, sin mayor unidad de acción ni pensamiento político propio, limitándose a acumular los votos de sus diferentes candidatos y facciones. Los dos partidos históricos, en efecto, se mostraban, al parecer, incapaces de renovarse y nutrirse con el nuevo contenido que los tiempos exigían. Pese a esto, seguían contando con un amplísimo apoyo popular, ya que la ciudadanía se aferraba todavía a ellos con esperanza.

Estos años fueron, asimismo, años de acentuación extrema de la crisis económica y social, de esa larga y aguda crisis que se inició ya antes de las elecciones de 1958, con descenso del nivel real de vida del uru-

guayo medio; de crisis intelectual y moral y de pérdida de fe y de confianza en el futuro; años en que todo uruguayo pensaba con nostalgia en el pasado y con tristeza en el presente. Fueron los años en que apareció el movimiento subversivo, la guerrilla urbana, los tupamaros, el llamado "Movimiento de Liberación Nacional". El proceso de su iniciación y de sus primeras acciones se remonta a 1962-1963; pero verdaderamente el Uruguay recién tomó conciencia de su existencia en 1967. Es imposible intentar comprender este movimiento, fuera del marco de la crisis nacional uruguaya, que fue, en cierta forma, causa del mismo. Pero, de igual modo, la guerrilla tupamara no puede explicarse fuera del cuadro latinoamericano, de la influencia ideológica de movimientos más o menos similares, que habían aparecido y se habían desarrollado en América.

Si la relativa decadencia del país en esos años podía explicar el complejo proceso de aparición de este movimiento, nada justificaba el hecho de que fuera justamente en un Estado formalmente democrático, que admitía y respetaba la libertad y la disidencia y que hacía posible la plena participación electoral, donde iba a fructificar la violencia política, a través de la guerrilla urbana, que apareció y se desarrolló en el Uruguay en un proceso en el que no se dio el tradicional esquema: represión-violencia-represión. En efecto, la represión y la adopción de enérgicas medidas de defensa del régimen democrático, fueron muy posteriores a la aparición de la guerrilla, que empezó a actuar y a realizar sus primeras operaciones en un Estado con un gobierno prácticamente inerme, sin efectivos policiales preparados para ese tipo de acción y con fuerzas armadas reticentes a intervenir.

No obstante, la larga crisis económica y la inoperancia para sacar al país de la situación, al parecer sin perspectivas, en que se debatía, creaban un estado de espíritu proclive al surgimiento de movimientos del tipo del que apareció. La conciencia de vivir en un periodo de decadencia económica, la falta de voluntad y de energía para encarar la recuperación, la convicción de que las estructuras políticas vigentes eran incapaces de impulsar el desarrollo requerido, fueron los elementos que crearon el confuso ambiente de tristeza, decepción, abatimiento y desconfianza en medio del que surgió y se desarrolló el movimiento tupamaro.

La guerrilla tupamara no fue nunca popular en el Uruguay, manteniéndose siempre como un movimiento sostenido por una pequeña "élite", extraída fundamentalmente de algunos sectores de la clase media. Este extremo señalaba su ineludible derrota. Sin el apoyo popu-

lar, sin profundas raíces en las masas, un proceso revolucionario como el pensado por los tupamaros no podría jamás realizarse. El valor y la importancia de una "élite" revolucionaria es innegable; pero una vanguardia revolucionaria que es, antes que otra cosa, un modelo dinámico de organización, no puede sustituir a las masas ni establecer, por sí, arbitrariamente las formas totales de la acción.

Lo que podríamos llamar su programa o ideario, difícil de situar doctrinariamente, tuvo un contenido vago, sin fórmulas concretas, que provenía de orígenes muy diversos. Se contentaba, en general, con una apelación genérica a la justicia, a la lucha contra la oligarquía y el imperialismo, a la afirmación de un difuso nacionalismo y a la crítica de la inoperancia de las formaciones políticas tradicionales. Pero lo fundamental no era este contenido, que podía ser compartido por amplísimos sectores de la sociedad uruguaya, sino el método de acción política, el recurso irreductible a la violencia que patrocinaba y los procedimientos adoptados para la lucha revolucionaria. Con la acción se suplía la indefinición ideológica y se hacía posible la aglutinación de esfuerzos de diversos orígenes y discímil procedencia.

La población permaneció ajena, primero indiferente, luego aterrizada y finalmente resuelta a combatir al "Movimiento" con las armas. Esta actitud pudo ser el resultado de un cierto conservadurismo de la sociedad uruguaya, de su deseo de paz y de orden, de su nostalgia de un pasado que se añoraba; pero también fue la evidente consecuencia de la profunda adhesión del país a las soluciones democráticas, de su solidaridad con el régimen constitucional y de su convicción de que el triunfo de los grupos guerrilleros habría de significar la instauración de un Estado esencialmente totalitario en el que, finalmente, la discrepancia ideológica dejaría de existir y el pluralismo democrático habría de ser radicalmente excluido.

La aplicación de la nueva Constitución en estos años posteriores a 1966, tan distinto al país al que se habían aplicado las constituciones de 1918, 1934, 1942 y 1952, debía ser así, necesaria e irremediamente compleja y difícil. Se habrían de crear situaciones nuevas, que, a su vez, habrían de provocar actitudes esencialmente diferentes de las que en el pasado habían constituido la tradición político-constitucional del Uruguay.

La lucha contra la guerrilla era imposible que fuera realizada exitosamente con los procedimientos policiales tradicionales. Pese a que se mantuvo la continuidad constitucional, pese a que los institutos que utilizó el gobierno (medidas prontas de seguridad, suspensión de

las garantías individuales, estado de guerra) estaban previstos en la Constitución, a que el Parlamento aprobó o toleró la acción del Ejecutivo, a que el Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguieran actuando con la más completa independencia formal, no hay duda de que la idea del Estado de derecho, tal como se le concibió durante largos años en la República, se alteró profundamente.

En estos años se estructuró el fatal proceso que llevó finalmente al golpe de Estado de 1973.

La lucha contra la subversión, dirigida por las fuerzas armadas a partir del Decreto del 9 de septiembre de 1971 permitió, en los primeros siete meses de 1972, poner fin, prácticamente, a la actividad guerrillera en todo el territorio del país. Desde un punto de vista militar el movimiento tupamara fue vencido y su actividad, o por lo menos la manifestación externa de su acción, dejó de existir.

La derrota de la guerrilla tupamara fue fundamentalmente la consecuencia de los comicios de noviembre de 1971, de la masiva y entusiasta expresión popular que de ellos resultó a favor de las soluciones normales fundadas en la libre, democrática y pacífica expresión de la voluntad y, asimismo, de la acción represiva excepcionalmente eficaz de las fuerzas armadas.

Pero las elecciones de 1971, en las que triunfó nuevamente el Partido Colorado, llevaron a la presidencia de la República a un hombre, Juan Ma. Bordaberry, sin tradición política y sin convicción ni fe democrática.

Lo ocurrido en estos años acentuó el decaimiento en los partidos políticos y con su actividad se debilitó la fe en la gestión de los cuerpos legislativos y se adormeció la sensibilidad frente a los problemas de los derechos humanos. Las fuerzas armadas, sobre las que reposó la responsabilidad de la lucha contra la subversión, influidas por la doctrina de la seguridad nacional, abandonaron abiertamente su tradicional posición de respeto al orden constitucional y político y adquirieron un nuevo concepto de su misión, que se proyectó en su forma de actuar ante los grandes problemas nacionales y en su voluntad de hacerse oír y de influir en el proceso político, económico y social de la República.

El 27 de junio de 1973 se decretó por el presidente de la República la disolución del Parlamento y de las juntas departamentales. Nada justificaba esta acción, que violaba de manera flagrante el sistema constitucional.

Los banales, absurdos e hipócritas argumentos seudojurídicos con

que se pretendió justificar el golpe de Estado, hacen hoy sonreír con tristeza.

Pero esa acción del presidente de la República —aislado políticamente, sin apoyo expreso de ningún partido, aunque hubieron grupos que le fueron favorables, que actuaba influido y condicionado por las fuerzas armadas envenenadas por la doctrina de la seguridad nacional e imbuidas de una prepotencia y de un desprecio por los principios constitucionales que nunca se había conocido en el Uruguay— daba inicio a uno de los periodos más tristes y lamentables de la historia institucional y política de la República.

### XIII

Las elecciones del 25 de noviembre de 1984 marcaron el fin del oscuro periodo, iniciado con el golpe de Estado de 1973, en que el Uruguay fue sometido a una dictadura militar que significó la negación de todas tradiciones democráticas de la República, la desaparición del Estado de derecho, la destrucción económica y el empobrecimiento social del país.

Este golpe de Estado rompió con la historia democrática del país e instauró una dictadura militar —que se pretendió disimular bajo el rótulo de proceso cívico-militar— que por primera vez en la historia del Uruguay quiso ser no sólo una realidad de poder al margen del sistema constitucional, sino que deseó imponer, aunque sin coherencia ni unidad sistemática, un pensamiento y una filosofía reaccionarios, negadores de los derechos humanos, de la soberanía nacional y de todo lo que, ideológicamente, había constituido la esencia de nuestro desarrollo político, republicano y democrático desde 1811. Fundado en teorías ajenas al Uruguay —como la de la seguridad nacional—, e imbuido de odio y resentimiento contra la “política” y los partidos políticos, desconocedor de la historia de la República, el régimen fue una absurda mascarada, pero trágica y dolorosa.

Desde el punto de vista constitucional, aunque nunca se derogó o abrogó globalmente la Constitución de 1967, se modificó sustancialmente por el injerto de dieciocho “actos institucionales”, verdaderos engendros jurídico-políticos por medio de los cuales el Poder Ejecutivo *de facto*, que se había atribuido las competencias del Poder Constituyente, alteró en aspectos esenciales la estructura democrática institucional de la República.

■ No tiene ya sentido analizar cada uno de esos actos institucionales

y describir en detalle el régimen constitucional que establecieron. Sólo cabe decir que formalmente fueron el resultado de decisiones del Poder Ejecutivo *de facto*, que se atribuyó el Poder Constituyente, que jamás fueron sometidos a aprobación popular plebiscitaria y que, en realidad, fueron la expresión del poder absoluto e ilimitado de las fuerzas armadas.

Sin Parlamento, con un Consejo de Estado destinado a sustituirlo, integrado por adeptos designados a "dedo" por el gobierno *de facto*, con un Poder Judicial dependiente y sumiso, sin contralores de ninguna naturaleza, utilizando la represión, la violencia y la tortura como formas de atemorizar al país, esos actos institucionales eran sólo la máscara externa de la realidad de un poder arbitrario que no conocía ni aceptaba ninguna limitación jurídica en su acción.

La lectura de estos "actos institucionales" hoy nos asombra, estremece y avergüenza, ya que además de que disponen en su parte resolutive, afirman en su parte expositiva criterios que niegan radicalmente toda la concepción democrática constitucional de la República. En base a ellos se elaboró una legislación —inconcebible para los uruguayos, incompatible con la filosofía y los principios de la Constitución y negadora de toda la tradición institucional y política de la nación—, que en muchos de sus textos más relevantes habrá de constituir un imborrable baldón para la historia del Uruguay y un triste y lamentable paréntesis en el proceso de la evolución legislativa del país.

Esta legislación, además, desde el punto de vista formal, constituyó una anacrónica maraña, en la que coexistieron las denominaciones de "decretos leyes", "leyes", "leyes especiales" y "leyes fundamentales", creando un caos normativo desconocido en la historia constitucional del Uruguay, que al retornarse a la democracia y a la razonabilidad, ha obligado a adoptar complejas —y naturalmente discutibles— medidas de declaración de nulidad, derogación y/o suspensión, que no ha podido resolver aún todos los problemas planteados.

Pero la realidad fue incluso más allá de toda esa absurda construcción jurídica, y el fenómeno de un poder arbitrario, incontrolado y discriminatorio, hizo pasar al pueblo uruguayo por una inédita y traumática experiencia política que, por la historia de la República y por sus tradiciones cívicas, parecía imposible que pudiera acaecer.

El régimen dictatorial, cuerpo extraño a la estructura política del país, absolutamente incompatible con el querer y el sentir del pueblo, sólo pudo subsistir por el empleo de la fuerza, mediante la imposición de un sistema fundado en el terror y la coacción. Pretendió que se

adoptara en 1980 una Constitución destinada a perpetuar, bajo algún ropaje jurídico, el sistema instaurado en el 73.

Pese a la presión oficial, a la propaganda distorsionante y de haberse realizado un plebiscito bajo las normas impuestas por un gobierno dictatorial, el pueblo repudió el proyecto constitucional, y en un plebiscito, el 57.9% de los votantes rechazó el texto elaborado y patrocinado por el gobierno. Este plebiscito, gran derrota de la dictadura, marcó el resurgir de la vida política en el Uruguay, que pese a las proscripciones y a las persecuciones, tuvo otro momento histórico en 1982, con las elecciones internas para elegir las autoridades de los partidos políticos entonces autorizados.

La crisis económica, el repudio popular, el hastío, el agotamiento de la pretendida "ideología" del "proceso" (mezcla de resentimientos, reaccionarismos, ignorancia, supervivencias fascistas y miedo a la democracia y al cambio, a la libertad y al progreso), el aislamiento internacional y, sobre todo, la absoluta incompatibilidad de la dictadura con el país, fueron las causas que en 1984 llevaron a su disolución progresiva, como prólogo ineludible a su desaparición. El renacimiento de la vida política y por el reencuentro del país con su tradición democrática, borrarón todos los residuos del régimen dictatorial que en once años de ejercicio absoluto del poder no dejó, por su misma naturaleza y caracteres, nada como herencia ideológica o cultural. Ni un solo cambio se produjo en la forma de vida y en el sistema tradicional de la República. Fue un cuerpo extraño que, para bien, no pudo alterar ninguno de los elementos esenciales del ser nacional. Pasó sin dejar huella, aunque las enseñanzas que resultan de este periodo y los sufrimientos derivados de las masivas, graves y reiteradas violaciones de los derechos humanos en que incurrió, son extremos que estarán siempre presentes en el futuro.

La etapa final de la dictadura y el inicio del proceso hacia la restauración democrática comenzó con el "Acuerdo" logrado entre los comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y los representantes del Partido Colorado y de la Coalición Política "Frente Amplio". Este "Acuerdo", consecuencia de largas negociaciones previas, muchas de ellas frustradas, hizo posible que se dictara el Acto Institucional N° 19, que abrió el camino para que se realizaran las elecciones del 25 de noviembre de 1984 y se estableciera, a partir del 1° de marzo de 1985, un gobierno constitucional y democrático.

El "Acuerdo", en el que no intervino el Partido Nacional, cuyo líder Wilson Ferreira Aldunate estaba proscripto y en prisión (de la que

sólo saldría al ser liberado días después de las elecciones), posee elementos negativos y criticables, que se reflejan directamente en el contenido, muy objetable en varios aspectos, del Acto Institucional No. 19 del 15 de agosto de 1984. Pero no hay duda que el Acuerdo y el Acto Institucional que fue su consecuencia hicieron posible que el proceso electoral pudiera cumplirse y que el pueblo se pronunciara en libertad, en un acto electoral, el del 25 de noviembre de 1984, que, en sí mismo, fue ejemplar e inobjetable.

Los elementos negativos de ese "Acuerdo" y de ese Acto Institucional, las proscripciones subsistentes, el mantenimiento de las limitaciones a ciertas libertades, las inicuas detenciones de algunos líderes políticos y la continuación de procesamientos y condenas irregulares pronunciadas por la justicia militar, no impiden comprender, en perspectiva histórica, que el "Acuerdo" abrió el camino para poner fin a la dictadura.

Las elecciones uruguayas del 25 de noviembre de 1984, con una muy alta participación, dieron el triunfo al Partido Colorado, con un 38.63% de los votos emitidos, seguido del Partido Nacional con un 32.88% y del Frente Amplio (coalición de la Democracia Cristiana, Comunistas, Socialistas e Independientes), con un 20.43%.

No tiene ya sentido analizar qué es lo que resta, jurídicamente, del Acto Institucional No. 19. En noviembre de 1985 efectué ese análisis en un estudio para el III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Hoy la cuestión está en gran parte superada y puede decirse que, pese a que subsisten elementos políticos y fácticos que demuestran que el gobierno se encuentra realmente en la etapa final de proceso de transición hacia la plena constitucionalidad democrática, jurídicamente la Constitución de 1966 está vigente en su integridad y nada resta de las modificaciones y alteraciones resultantes del Acto Institucional No. 19 y, por aplicación de él, de elementos residuales de algunos de los anteriores actos institucionales.

Lo ocurrido en la República entre 1973 y 1985 es un ejemplo, de alta importancia docente, de la necesidad de preservar siempre, mediante una lucha diaria, la democracia y la libertad; de no considerar nunca que estos valores están definitivamente adquiridos y son inmovibles; de comprender los trágicos peligros, y contradictorios efectos de los movimientos subversivos del tipo de los que asolaron al Uruguay entre 1969 y 1972, y de la fuerza decisiva de la voluntad del pueblo de restablecer la democracia, simbolizada en el retorno a la vigencia de la Constitución arrasada por la dictadura. La tradicional "vocación democrática" del pueblo uruguayo pudo finalmente, luego de los oscuros años de



20 FEB. 1989

la dictadura, imponerse y el país fue así capaz de retornar a la gran línea de su desarrollo histórico.

La Constitución retomó, de tal modo, su significado más alto: el de ser no sólo un conjunto de normas situadas en la cúspide normativa del orden jurídico estatal, sino el de simbolizar las aspiraciones democráticas del pueblo y construir la bandera de la lucha por el progreso, el desarrollo y por la convivencia pacífica de todos, en un orden de libertad y justicia.

La vuelta a la Constitución de 1966 —que no es ni puede considerarse que sea un texto perfecto y que habrá de ser modificado en el futuro de manera democrática, en otras circunstancias políticas, de acuerdo con los procedimientos de reforma que la propia Constitución establece—, ha sido el retorno a la democracia en el Uruguay.

#### XIV

En setenta años de evolución constitucional, el Uruguay ha tenido cinco constituciones (1918, 1934, 1942, 1951 y 1966) y tres golpes de Estado (marzo 1933, febrero 1942 y junio 1973). Dos de estos golpes significaron sólo una quiebra momentánea de la continuidad constitucional y fueron el prólogo de reformas constitucionales aprobadas plebiscitariamente por el pueblo. El tercero abrió un periodo *de facto* de once años, que se tradujo en una ruptura radical con la tradición y con los principios del país. Su fin no trajo como consecuencia la adopción de una nueva Constitución, sino en la vuelta de la carta de 1966, como símbolo del retorno a una Constitución democrática, adoptada en su momento por el pueblo en un libre pronunciamiento plebiscitario.



## EL CONSTITUCIONALISMO COSTARRICENSE EN LOS ÚLTIMOS SETENTA AÑOS \*

Rubén HERNÁNDEZ VALLE y  
Rafael VILLEGAS ANTILLÓN

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La evolución del principio de la división de poderes.* 1. *Contenido y valor del principio de la división de poderes en la doctrina constitucional.* 2. *El principio de la división de poderes en la Constitución Política de Costa Rica de 1949.* 3. *Transformación del principio clásico de la división de poderes por la práctica legislativa.* 4. *El principio de la división de poderes en la jurisprudencia.* III. *Las garantías sociales.* 1. *Estado de derecho y Estado social de derecho.* 2. *La génesis de las garantías sociales.* 3. *La discusión de las garantías sociales.* 4. *Del Estado de derecho al Estado social de derecho.* IV. *Evolución de las instituciones electorales.* 1. *La Constitución política de 1871.* 2. *La Constitución política de 1917.* 3. *La Constitución política de 1949.* V. *Conclusión.* VI. *Anexo al punto IV.*

### I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo constitucional costarricense de los últimos setenta años (1917-1987) presenta algunas características interesantes. Durante este periodo nos han regido tres constituciones: la de 1871, la efímera de 1917 y la vigente, que data de 1949.

Con justa razón se ha afirmado que el desarrollo de las instituciones constitucionales costarricenses es autóctono; que su evolución ha sido el resultado de las respuestas que nuestros constituyentes y políticos le han dado a los problemas concretos que hemos afrontado en las diferentes etapas de nuestra historia político-constitucional.<sup>1</sup>

En el presente estudio analizaremos tres instituciones vertebrales en la evolución de nuestro régimen institucional democrático: el principio de la división de poderes, las garantías sociales y los derechos electorales. Su evolución constituye un buen ejemplo del desarrollo constitucional

\* Los puntos II y III son redacción del doctor Hernández Valle, así como el anexo al punto IV, y los puntos IV y V son redacción del licenciado Villegas Antillón.

<sup>1</sup> Véase Gutiérrez, C. J., *El funcionamiento del sistema jurídico costarricense*, San José.

costarricense de los últimos setenta años y ayuda a explicar, en buena medida, el por qué Costa Rica se ha mantenido al margen del doloroso conflicto centroamericano.

El principio de la división de poderes ha permitido, en la *praxis*, la adaptación de nuestro régimen político a las necesidades de una administración moderna y ágil, sin haber tenido que caer en soluciones autoritarias. Por ello, el equilibrio de la prerrogativa-garantía es una realidad vigente en la Costa Rica de 1987, pues simultáneamente a una estructura política ágil existen mecanismos de autocontrol entre los distintos detentadores del poder político, que garantizan el respeto efectivo de los derechos fundamentales de los gobernados.

La evolución de las garantías sociales<sup>2</sup> —cuyo antecedente inmediato lo constituye la Constitución de los Estados Unidos de México de 1917— ha permitido que nuestro tradicional Estado de derecho se haya transformado en el Estado social de derecho, con todas las connotaciones jurídicas, económicas y sociales que ello implica.

Finalmente, la evolución de nuestras instituciones electorales ha permitido la consolidación de un amplio régimen de respeto mutuo entre las mayorías y los grupos políticos minoritarios que integran el espectro electoral costarricense. Nuestras instituciones electorales constituyen hoy día un ejemplo para las demás naciones latinoamericanas, sobre todo con su sistema innovador de un órgano apolítico e independiente, con rango de poder estatal, que se encarga de organizar y supervigilar los procesos electorales. Por otra parte, los mecanismos de democratización interna de los partidos políticos han consolidado cada día más la efectiva participación del electorado costarricense en la determinación de las decisiones políticas fundamentales.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

### 1. *Contenido y valor actual del principio de la división de poderes en la doctrina constitucional*

El proceso del poder político en el Estado moderno se realiza por medio de órganos e instituciones que concretan, a través de actos jurídicos y actividades materiales de diversa naturaleza, las diferentes ideologías políticas en juego.

En términos generales, los sistemas políticos pueden ser clasificados

<sup>2</sup> Usamos la expresión en el sentido de Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, México.

según que el ejercicio efectivo del poder se encuentre concentrado o distribuido entre uno o varios detentadores.

El sistema se denomina autocrático cuando el ejercicio del poder político se encuentra concentrado en las manos de un solo detentador, que puede ser una persona (dictador), una asamblea, un comité, etcétera.

Por el contrario, el sistema político democrático o constitucional se basa sobre el principio de la distribución y control del poder político, de tal suerte que una pluralidad de órganos participa en la formación de la voluntad estatal.<sup>3</sup>

Ahora bien, el régimen constitucionalista moderno ha hecho descansar toda su estructura organizativa y funcional sobre los goznes del dogma clásico de la "división de poderes", cuyos orígenes modernos se remontan hasta Montesquieu,<sup>4</sup> pero cuyo embrión se encontraba ya en los escritos de Locke.<sup>5</sup>

Posteriormente, el principio encontró su consagración definitiva en la "Declaración Francesa de los Derechos del Hombre".<sup>6</sup>

El principio de la "división de poderes" es la traducción al plano jurídico del problema básico planteado a toda organización humana de la división del trabajo, en el sentido de que los diferentes órganos estatales tienen que cumplir determinadas funciones. El citado principio trata de garantizar, al mismo tiempo, la libertad de los gobernados, ya que la distribución del poder político entre varios detentadores tiende precisamente a evitar su concentración y ejercicio abusivo por parte de un solo órgano estatal. En el fondo, el sustrato ideológico del principio de la "división de poderes" es la preservación de la libertad de los administrados.

En términos constitucionales, lo anterior se expresa como la necesidad

<sup>3</sup> Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, pp. 49-52.

<sup>4</sup> Según Montesquieu, sólo cuando los distintos detentadores del poder fuesen independientes entre sí y se controlasen recíprocamente, los gobernados estarían a salvo de cualquier abuso de poder. De ahí su célebre expresión "le pouvoir arrete le pouvoir", capítulo IV del libro XI de *Espirit des lois*, París, 1957.

<sup>5</sup> Locke, *Two treatises on Government*, London, 1962.

<sup>6</sup> Establecía el artículo 6 de la citada Declaración: "Cualquier sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de los poderes no esté determinada, carece de Constitución." En la Asamblea Constituyente, el diputado Lally-Tollendal lapidariamente razonaba que sólo podían existir tres "poderes" separados: "Un poder terminaría necesariamente por devorar todo. Dos se combatirían hasta que uno hubiera aplastado al otro. Pero tres se mantendrían en un perfecto equilibrio, de manera que si dos lucharan entre sí, el tercero, igualmente interesado al mantenimiento del uno como del otro, se uniría a aquel que estuviera siendo oprimido contra el opresor, y lograría la paz entre todos." Sesión de la Asamblea Nacional del 31 de agosto de 1789, citado por Laferriere, *Manuel de Droit Constitutionnel*, París, 1947, p. 630.

de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Por lo tanto, lo que usual aunque erróneamente se suele designar como la "división de poderes" estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones públicas entre diferentes órganos del Estado. El concepto de "poderes", pese a lo profundamente enraizado que se encuentra, debe ser entendido de una manera meramente figurativa.<sup>7</sup>

En una de las constituciones más modernas, la de la República Federal Alemana, se habla todavía de la clásica triada de Montesquieu en el artículo 20, inciso 2. No obstante, la doctrina es unánime en reconocer que el planteamiento de Montesquieu es inaplicable al Estado moderno. Su teoría, hoy día, se entiende más bien como una "distinción y colaboración de poderes".<sup>8</sup>

En realidad, es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales, según sus diversos elementos sustanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni constituye una verdad evidente y válida para todos los tiempos.<sup>9</sup>

Históricamente, el principio de la división de funciones surgió con el liberalismo constitucional, que lo utilizó como instrumento político-jurídico para garantizar la libertad individual. El principio de la división de funciones, por lo tanto, nació como una protesta ideológica de los pensadores del liberalismo político —especialmente Locke, Montesquieu y la Ilustración francesa— contra el férreo absolutismo monárquico de los siglos XVII y XVIII.

Con anterioridad al apogeo del liberalismo político, el principio de la división de funciones era desconocido, aunque ya Aristóteles había agudamente observado que la diferencia entre las diversas constituciones —los distintos regímenes políticos de acuerdo con la terminología moderna— reside en la diferente disposición de las funciones estatales, que de acuerdo con el ilustre estagirita eran "las deliberaciones sobre los asuntos de interés común", la "organización de los cargos o magistraturas" y la "función judicial".<sup>10</sup>

Para nadie es un secreto que todas las formas políticas antiguas, desde la *polis* griega, pasando luego por la república romana, la *civitas cris-*

<sup>7</sup> En la doctrina francesa ha dominado siempre la expresión "séparation des pouvoirs"; en la italiana "divisione dei poteri" y en la anglosajona "separation of powers". Véase Bassi, "Il principio della separazione dei poteri", en *Riv. Tri. Dir. Pub.*, 1965, pp. 112 y 113 y la bibliografía allí citada.

<sup>8</sup> Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, Nápoli, 1968, p. 1971.

<sup>9</sup> Lowenstein, *supra* nota 3, p. 56.

<sup>10</sup> Aristóteles, *La política*, Madrid, 1962, libro IV, p. 168.

tiana, hasta desembocar en el Estado absoluto, desconocieron la técnica de la división de poderes, la cual puede considerarse como una invención del pensamiento político liberal.

En nuestra época, todos los regímenes de corte autocrático, como el nazismo, los regímenes de las llamadas "democracias socialistas populares"<sup>11</sup> y las dictaduras, representan ejemplos sobre la concentración efectiva de las diversas funciones estatales en las manos de un solo órgano político, a pesar de que traten de legitimarse ante los ojos de sus gobernados con el ropaje de las técnicas propias de los regímenes democráticos.

Dentro de los mismos regímenes democráticos de gobierno, donde el ejercicio del poder político se encuentra distribuido entre varios órganos estatales, la separación de funciones de corte liberal ya no tiene vigencia alguna.<sup>12</sup>

En efecto, es normal que en la actualidad un órgano estatal desempeñe varias funciones simultáneamente, de tal forma que la rígida separación de funciones entre órganos diferentes e independientes entre sí es contraria a la realidad. Lo que realmente se da es una interdependencia funcional entre los diferentes órganos estatales.<sup>13</sup>

Además, las necesidades de la vida moderna han obligado al Estado a perseguir y satisfacer multitud de nuevos y diversos cometidos, lo que ha ensanchado necesariamente en forma considerable el radio de acción de los órganos estatales. Por consiguiente, toda actividad desplegada por los distintos órganos estatales en la dinámica del poder político, es imposible encuadrarla dentro de las tres funciones tradicionalmente recogidas por la legislación y la doctrina constitucional. Por todas las razones

<sup>11</sup> En relación con la separación de funciones en las democracias populares, véase Biscaretti di Ruffia, *Il principio della divisione dei poteri ed il suo netto disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato sovietico*, Studi in onore de Francesco, Milano, 1957, t. 1, pp. 45 y ss.

<sup>12</sup> Decía un jurista alemán al respecto: "El esquema de una separación rigurosamente practicada lleva a concebir la Legislación, el Ejecutivo y la Justicia como tres organizaciones de la actividad del Estado aisladas entre sí... Se podría obtener también la necesidad de la separación de la consecuencia de que tampoco podría tener lugar ningún control judicial sobre los actos del Legislativo, así que la comprobación judicial de la Constitucionalidad de las Leyes, según la práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, frente al Legislativo es contrario al esquema que después se hace de una separación de poderes. Estos ejemplos nos muestran ya que con el sistema de una separación de poderes no tratamos de una organización histórica completa que se hubiera practicado en cualquier sitio con todo detalle, sino sólo de un esquema teórico cuya construcción aclara el principio de organización." Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, México, 1961, pp. 216 y 217.

<sup>13</sup> Sin ir más lejos, la llamada función legislativa en Costa Rica, al tenor de lo dispuesto en los artículos 121, inciso 1, y 140, inciso 3, de la Constitución política, es compartida por los "Poderes Ejecutivo y Legislativo".

enunciadas, la vieja fórmula acuñada por Montesquieu es totalmente obsoleta y riñe con la realidad.<sup>14</sup>

Numerosas clasificaciones han sido propuestas para sustituir la de Montesquieu; entre ellas sobresalen las de juristas de la talla de Goodnow,<sup>15</sup> Kelsen<sup>16</sup> y Burdeau;<sup>17</sup> no obstante, ninguna de ellas logra explicar de manera satisfactoria toda la amplia gama de las funciones estatales.

Los criterios tradicionales para clasificar las funciones estatales resultan insuficientes porque analizan el poder político desde un plano estático. Creemos que la única forma de clasificar con algún criterio de racionalidad las diferentes funciones estatales es mediante el análisis de cómo el poder político es efectivamente ejercido y controlado en las distintas comunidades estatales.

En la década de los años cincuenta Lowenstein propuso una clasificación bastante satisfactoria desde el punto de vista señalado, pretendiendo encuadrar toda la actividad dentro de tres funciones genéricas: a) la decisión política fundamental (*policy determination*); b) la ejecución de la decisión política (*policy execution*), y c) el control político (*policy control*).<sup>18</sup>

De acuerdo con Lowenstein, dichas funciones pueden ser definidas de la siguiente manera:

a) *La decisión política fundamental*

La decisión política fundamental o conformadora consiste en la elec-

<sup>14</sup> Desde el punto de vista jurídico, el ensanchamiento de los cometidos estatales ha dado lugar a la transformación del llamado "Estado burgués de derecho" en el "Estado social o intervencionista". Bassi, *supra* nota 7, pp. 95-99, y Sandulli, "Stato di Diritto e Stato Sociale", *Riv. Nord. e Sud*, 1963, pp. 8 y ss.; Fohrstoff, *La Repubblica federale tedesca come Stato di Diritto e Stato Sociale*, Milano, 1956, pp. 547-561; Manzdurig-Herzog, *Grundgesetz*, Kommentir Berlin Munchen, 1971, arts. 20 y 28; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundes Republik Deutschland*, Karlsruhe, 1972, pp. 84-87.

<sup>15</sup> Goodnow, F., *Politics and Administration*, New York, 1900, quien en el primer capítulo de su obra sostenía que las funciones estatales podían sintetizarse en dos: la legislativa y la administrativa.

<sup>16</sup> Kelsen, *General Theory of the State*, Cambridge, 1945. La conocida doctrina del jurista vienés admite la tripartición esbozada por Montesquieu, pero clasifica las funciones estatales de acuerdo con la jerarquía que guardan los actos de cada uno de los "poderes" que las ejercitan respecto a la Constitución (*Grundnorm*).

<sup>17</sup> De acuerdo con nuestro autor, "una función es una tarea en vista de un fin... por lo que quien quiera clasificar las funciones debe discernir los fines". Conforme a estas premisas reduce toda la actividad estatal a dos funciones: gobierno (toma de decisiones) y administración (ejecución de la decisión tomada); Burdeau, *Traité de Science Politique*, Paris, 1952, pp. 301-310.

<sup>18</sup> Lowenstein, *supra* nota 3, p. 62.

ción de una entre varias posibilidades políticas fundamentales, frente a las que se encuentra la comunidad estatal. Como decisiones políticas fundamentales, deben considerarse aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y con frecuencia en el futuro, para la conformación de dicha comunidad. Conciernen tanto a asuntos externos como internos, y materialmente pueden ser de naturaleza política, socioeconómica y hasta moral. Desde un punto de vista técnico, los principales medios para la realización de la decisión política son la legislación y la función constituyente. Dentro del régimen democrático, la función de la decisión política se distribuye entre el gobierno, el Parlamento y el electorado.<sup>19</sup>

#### b) *La ejecución de la decisión política fundamental*

En términos generales, la ejecución política es la puesta en práctica de la decisión fundamental y abarca múltiples campos de la actividad estatal.

En la función de ejecución política intervienen el Parlamento, el gobierno, en cuanto despliegue de actividad administrativa, y los tribunales de justicia.

El Parlamento interviene en la ejecución política cuando emana leyes que vienen a desarrollar las normas programáticas contenidas en la Constitución.<sup>20</sup>

Los órganos gubernamentales —en Costa Rica deben incluirse entre ellos el Poder Ejecutivo y las instituciones de la administración descentralizada— son los encargados de desarrollar la mayor parte de la función de ejecución política, por cuanto las principales actividades administrativas del Estado se materializan a través de ellos.

En realidad, uno de los fenómenos característicos del Estado del siglo xx es la paulatina y creciente transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> *Idem*, pp. 63-66.

<sup>20</sup> Norma programática es aquella que en relación con los órganos estatales, y fundamentalmente con los encargados de la función legislativa, prescribe ciertos comportamientos o directivas a seguir en la disciplina de determinadas materias que la Constitución considera vitales para la comunidad, especialmente en los campos económico y social. Véase Crisafulli, *Le norme Programatiche della Costituzione*, Studi in memoria di Luigi Rossi, Milano, 1952, pp. 61-69; Lavagna, *Istituzione di Diritto Pubblico*, Torino, 1970, VI, pp. 223-227. Ejemplos de normas programáticas pueden ser los artículos 50 y 67 de nuestra Constitución.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958 ha desplazado gran parte de la potestad normativa de las manos del Parlamento al Poder Ejecutivo. Dice un autorizado tratadista francés al efecto: "Una de las particularidades de la Constitución

No obstante, la legislación y la administración no agotan la función de ejecución política, sino que ésta se extiende además a la actividad judicial. En efecto, y dado que los tribunales ejecutan las leyes en forma semejante a como lo hacen los órganos administrativos, aunque empleando técnicas radicalmente diferentes, no cabe considerar su función con categoría autónoma en el proceso del poder político estatal. La función judicial, por lo tanto, es fundamentalmente una ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente.<sup>22</sup>

c) *El control de la decisión política fundamental*

El núcleo central de la nueva división planteada por Lowenstein radica en la función de control político. No en balde toda la historia constitucional moderna está jalonada por la búsqueda incesante del modo más eficaz para atemperar y limitar el poder político.<sup>23</sup>

La experiencia política de varios siglos ha enseñado a los hombres que el mecanismo más eficaz para controlar al poder político consiste en la atribución de las diferentes funciones estatales a diversas fuerzas detentadoras del poder u órganos estatales, los cuales, si bien ejercen tal función con plena autonomía y propia responsabilidad, están obligados en último término a cooperar para que sea posible la manifestación de una voluntad estatal válida.<sup>24</sup>

Es obvio que la función de control político varía de acuerdo con el régimen político de gobierno, los que se distinguen, a su vez, de acuerdo a la forma de control que exista entre los diferentes detentadores del poder, así como en el grado de intensidad con que funcionan tales controles.<sup>25</sup>

En el Estado constitucional moderno la función de control es doble:

de 1958 reside en la extensión del Poder reglamentario que ella reconoce al Gobierno... ella descarta la distinción entre la ley y el reglamento sobre la base de la subordinación jerárquica de éste sobre aquélla. En consecuencia, ella procede a una enumeración de las materias reservadas a la Ley formal, es decir a un voto del Parlamento. Y enseguida dice que todas las materias que no están incluidas en esta lista, pueden ser reglamentadas por decreto. De hecho, deriva la autonomía del reglamento, porque éste no tiene necesidad de una ley preexistente para ser dictado; por consiguiente, la competencia reglamentaria se encuentra considerablemente ensanchada" (art. 37); Burdeau, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, París, 1972, p. 507; Cheli, E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, 1957, p. 158 y Leclercq, C., *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, París, 1977, pp. 283-288.

<sup>22</sup> Lowenstein, *supra* nota 3, pp. 66-68.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>24</sup> *Idem*, pp. 68 y 69.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 69.

por una parte consiste en el hecho de que un acto estatal sólo tiene lugar cuando los diversos detentadores del poder están dispuestos a una común actuación. Aquí se da el control por la distribución del poder. Pero el control puede también consistir en que un detentador del poder impida la realización de un acto estatal, o que ponga en juego su existencia, como ocurre en el régimen político parlamentario, cuando se da un voto de no confianza de parte del Parlamento al gabinete, o el Parlamento sea disuelto por el gobierno. En estas hipótesis se da un verdadero control autónomo del poder. No obstante, distribución y control del poder no son en todas las circunstancias idénticos.<sup>26</sup>

El control político es realizado, dentro del régimen democrático, por el Parlamento, el gobierno, el electorado y los tribunales de justicia.

Las técnicas del control político en su totalidad están ancladas en la Constitución. Por ello, la supremacía de la Constitución es en realidad el remate de un sistema integral de controles políticos.<sup>27</sup>

Ahora bien, los controles del poder político pueden ser clasificados en: a) controles horizontales y b) controles verticales.

Los controles horizontales están constituidos por las diversas técnicas de controles intraórganos y controles interórganos, mientras que los controles verticales aluden a todos aquellos controles que se dan entre la totalidad de los detentadores del poder establecidos constitucionalmente y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las demás fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, las cuales pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual.<sup>28</sup>

Los controles interórganos —encasillados como ya sabemos dentro de los controles horizontales— están constituidos por todas las recíprocas influencias que se dan dentro de los cuatro detentadores en el marco del proceso político.<sup>29</sup> Ejemplos típicos de los controles interórganos son el veto del presidente, a las leyes aprobadas por el Congreso en el sistema presidencialista; la disolución de la Cámara de los Comunes por el primer ministro de Inglaterra, cuando el electorado, con ocasión de unas elecciones generales, elige una nueva mayoría y con ello el nuevo gobierno,

<sup>26</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 233.

<sup>29</sup> Los controles intraórganos constituyen un fenómeno jurídico-político bastante complejo para ser explicado en pocas palabras. Dado que en lo sucesivo dicha categoría no tendrá importancia alguna para el desarrollo del presente trabajo, remitimos al lector al texto del profesor Lowenstein, *supra* nota 3, pp. 233 y ss.

y especialmente la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma de rango inferior a la Constitución.<sup>30</sup>

Es evidente que el planteamiento del profesor Lowenstein sobre el principio de la división de poderes refleja con mayor exactitud la dinámica político-constitucional del Estado moderno. Desde este punto de vista, el detentador denominado gobierno ya no está exclusivamente integrado por el Poder Ejecutivo, sino además por todos los entes que integran la administración descentralizada, lo que ha ensanchado el número de instituciones encargadas de la ejecución política. Por otra parte, se han creado otros órganos a nivel constitucional, como los encargados de las funciones electorales, que también comparten con el Parlamento, el gobierno y los tribunales la función de control político.

En síntesis, el principio de la división de poderes en el Estado moderno debe concebirse como un principio en constante evolución, íntimamente relacionado con su dinámica política, cuya función, además de la tradicional protección de la libertad de los administrados, es la de intentar la realización de un Estado más eficiente en el que, al mismo tiempo, se respeten los derechos fundamentales de los gobernadores. En suma, hacer realidad la ecuación prerrogativa-garantía.

## 2. *El principio de la división de poderes en la Constitución Política de Costa Rica de 1949*

El artículo 9 de la carta política vigente en Costa Rica dispone, en lo conducente: "El Gobierno de la República es popular, representativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias."

Nuestro ordenamiento constitucional, como se constata con la simple lectura de la norma transcrita, sigue la doctrina clásica del principio de la división de poderes. Dicho principio se encuentra luego reforzado específicamente en el artículo 149, incisos 3 y 5, de la misma Constitución, que disponen en lo conducente:

El Presidente de la República y el Ministro de Gobierno que hubiera participado en los actos que en seguida se indican, serán también conjuntamente responsables: 1)... 2)... 3) Cuando impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa, o coarten su libertad o independencia; 4)... 5) Cuando impidan

<sup>30</sup> *Idem*, p. 233.

o estorben las funciones propias del Poder Judicial, o coarten a los tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión, o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que correspondan a los organismos electorales o a las Municipalidades.

En ambos incisos se trata de explicitar la prohibición implícita contenida en el artículo 9 constitucional precitado, en el sentido de que a ningún poder le está permitido, en virtud del principio de división de poderes, invadir válidamente la competencia otorgada exclusivamente por la Constitución a otro poder, al mismo tiempo que se extiende la cobertura del principio de la división de poderes también a otros órganos estatales, como los llamados órganos constitucionales y las municipalidades.

No obstante, el artículo 121, inciso 23, del mismo cuerpo de leyes, señala que corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa "nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende y rindan el informe correspondiente".

Si interpretamos esta norma de forma aislada, prácticamente dejaríamos sin asidero el principio de división de poderes, pues las comisiones de investigación nombradas por la Asamblea Legislativa estarían facultadas para investigar inclusive asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, de la Contraloría General de la República y del Tribunal Supremo de Elecciones.<sup>31</sup>

En la práctica han ocurrido dos casos muy ilustrativos: en 1981 la Asamblea nombró una comisión de investigación para que rindiera un dictamen en relación con supuestas irregularidades cometidas a raíz de la importación de un lujoso yate al país, asunto que se encontraba en discusión ante los tribunales penales. Por la misma época y como consecuencia de la adjudicación de una importante licitación en favor de una firma norteamericana en materia de telecomunicaciones, la Asamblea nombró una comisión investigadora, pues había rumores de que el acto adjudicatario se había dado con serias violaciones del ordenamiento jurídico y mediante el abandono de dictámenes técnicos que recomendaban otros adjudicatarios, a pesar de que el asunto se encontraba en apelación ante la Contraloría General de la República.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo de Elecciones es un órgano constitucional, con total independencia en el ejercicio de sus funciones. Inclusive el artículo 103 de la Constitución política prohíbe el contencioso-electoral contra sus resoluciones, por lo que, en materia electoral, pasan en autoridad de cosa juzgada material.

<sup>32</sup> La Contraloría General de la República es también otro órgano constitucional. Entre las facultades se encuentra la resolución de las apelaciones que se planteen contra los actos adjudicatarios en las licitaciones públicas (artículo 101 de la Ley de Administración Financiera de la República).

En ambos casos las respectivas resoluciones judiciales y administrativas se produjeron antes de que las comisiones de investigación vertieran sus informes y fueran conocidos por el plenario de la Asamblea Legislativa.

No obstante, la interpretación lógico-sistemática de los artículos 9; 121, inciso 23, y 149, incisos 3 y 5, de la carta política costarricense nos lleva a la conclusión de que las potestades de las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa, en virtud del principio de la división de poderes, están constitucional y lógicamente limitadas por las atribuciones constitucional y legalmente otorgadas a otros poderes y órganos constitucionales, por lo que no es jurídicamente factible que tales comisiones investiguen válidamente asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, o que se encuentren en apelación ante la Contraloría General de la República o sean de la competencia exclusiva del Tribunal Supremo de Elecciones.

### 3. *Transformación del principio clásico de la división de poderes por la práctica legislativa*

Por el dinamismo de las situaciones constitucionales en los modernos ordenamientos se producen numerosas "rupturas constitucionales" por la vía de las "reformas legales". Este fenómeno ha sido analizado cuidadosamente tanto por la doctrina alemana como por algunos estudiosos italianos. La doctrina suele denominar a estos fenómenos normativos como "modificaciones tácitas de la Constitución" y su finalidad es la de adaptar el texto constitucional a la realidad imperante en cada momento.<sup>33</sup>

El principio de la división de poderes no puede escapar tampoco a esta realidad, de manera que la práctica legislativa ha ido paulatinamente transformando nuestro sistema constitucional original en uno totalmente diferente y que, en alguna medida, constituye un retorno al régimen que prevalecía en la Constitución de 1871. Esta transformación ha implicado también una transformación del principio clásico de la división de poderes.

La Constitución de 1949, como reacción a ciertos abusos que se dieron durante los gobiernos de los años cuarenta, planteó una reforma radical en el sistema de gobierno imperante. De un típico régimen presidencialista, que algún autor llamó "luisicatorcismo republicano", se pasó a un sistema más moderado, en el que las competencias públicas se distribu-

<sup>33</sup> Tosi, S., *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il Diritto Parlamentare*, Milano, 1959, pp. 86 y ss.

yeron con el criterio de establecer contrapesos y contralores especialmente al Poder Ejecutivo.

Las principales reformas fueron las siguientes:

a) El Poder Ejecutivo pasó de ser un órgano unipersonal, como es lo típico de los regímenes presidencialistas, a un Poder Ejecutivo compartido. Por ello, la mayoría de las atribuciones administrativas del Poder Ejecutivo se encargan conjuntamente al presidente y al respectivo ministro,<sup>34</sup> tales como la ejecución y reglamentación de las leyes, la iniciativa en la formación de la ley, la emisión de reglamentos y decretos ejecutivos, la celebración de contratos administrativos, etcétera. Algunos asuntos de carácter político fueron atribuidos a un órgano colegiado denominado Consejo de Gobierno, creado a imitación de los gabinetes de los regímenes parlamentarios; verbigracia, el nombramiento de embajadores, el ejercicio del derecho de gracia, etcétera. El presidente sólo conserva las atribuciones de nombrar y destituir discrecionalmente a los ministros y de ser jefe supremo de la fuerza pública, además de representar oficialmente a la nación;

b) Todas las funciones electorales, hasta ese momento compartidas entre el presidente y la Asamblea Legislativa, fueron atribuidas a un órgano constitucional especializado en la materia: el Tribunal Supremo de Elecciones;

c) A la Asamblea Legislativa se le otorgaron las facultades de censurar ministros; de interpelarlos y nombrar comisiones de investigación, al mismo tiempo que se extendió su periodo de sesiones ordinarias de tres a seis meses;

d) Se creó la Contraloría General de la República a nivel de órgano constitucional, como encargado de vigilar la hacienda pública;

e) Se constitucionalizaron algunas pocas instituciones descentralizadas existentes en esa época y se sentaron las bases de su futuro régimen jurídico, lo que dio lugar a que rápidamente comenzaran a proliferar. A tales instituciones se les dotó de autonomía en materia administrativa y de gobierno;

f) Las municipalidades fueron elevadas a categoría de entes autónomos, desligándolas totalmente de la tutela político-jurídica que hasta entonces había ejercido el Poder Ejecutivo sobre ellas.

Tales son, en apretada síntesis, las principales transformaciones que sufrió el régimen político costarricense en 1949.

La reforma de 1949 a nuestro régimen político, sin lugar a dudas, sig-

<sup>34</sup> Inclusive los tradicionales secretarios del Estado pasaron a llamarse ministros, a imitación de los regímenes parlamentarios.

nificó un cambio en la concepción tradicional del principio de la división de poderes. En efecto, junto a los tradicionales poderes se crearon numerosos centros de poder político y administrativo, como lo fueron las instituciones autónomas y las municipalidades, a los que se dotó de autonomía plena. Además, la creación del Tribunal Supremo de Elecciones, como un órgano constitucional con independencia absoluta en el ejercicio de sus funciones, planteó la duda en algunos estudiosos de si no estábamos en presencia de un cuarto poder. La consagración constitucional de la Contraloría General de la República, como encargada de la vigilancia de la hacienda pública, también creó un centro de control importante. De manera que el clásico y tradicional concepto de la división de poderes se vio cuestionado seriamente, pues ya el Poder Ejecutivo dejó de ser el único órgano ejecutivo del Estado, para pasar a compartir dicha función con numerosas instituciones descentralizadas. Su función política también pasó a ser compartida en parte por esas mismas instituciones descentralizadas y en parte por las municipalidades. Por otro lado, la Asamblea Legislativa pasó a ser un tradicional órgano legislativo a un auténtico órgano de control político sobre el Poder Ejecutivo. Inclusive, la potestad de investigación consagrada en el artículo 121, inciso 23 implica, en cierta forma, una quiebra al principio clásico de la división de poderes.

En síntesis, la Constitución de 1949, aunque formalmente consagra el principio de división de poderes, al mismo tiempo se aparta de su tradicional concepción al distribuir y controlar el ejercicio del poder político no sólo entre los tres tradicionales detentadores, sino más bien entre una pluralidad de entes y órganos estatales de variada naturaleza jurídica.

Ahora bien, ¿cuál fue el resultado de ese mosaico de instituciones con poderes autónomos exagerados? Desde luego que no podía ser otro que el de la proliferación de centros de poder, con las consecuentes interferencias de competencia, descoordinación y anarquía administrativa y política. Su resultado final fue un Estado burocratizado, ineficiente, entrabado e innecesariamente complicado.

Durante la década del sesenta el modelo entró en crisis y se inició un movimiento político tendiente a reformarlo. El error de ese movimiento ha consistido en sostener que la única forma de racionalizar el aparato estatal costarricense es a través de una reforma general constitucional, la cual ha sido rechazada sistemáticamente por una porción importante de la opinión pública y de los medios de comunicación, pues a su principal propulsor, el ex presidente Oduber, se le acusa de que sus intenciones de convocatoria a una Constituyente sólo tienen como único ob-

jetivo la reforma del artículo constitucional que prohíbe la reelección presidencial. Esta circunstancia ha evitado que la discusión sobre la necesidad de la convocatoria a una Constituyente se haya podido plantear sobre bases serias; de ahí que la transformación del sistema político se haya tenido que realizar por la vía legislativa.

No obstante, en 1968 se reformó la Constitución política para someter la autonomía de gobierno de las instituciones autónomas a la ley, con lo cual se abrió la posibilidad de coordinar su actividad con la de la administración centralizada.

Durante seis años no se dictó ninguna legislación que viniera a restringir la autonomía de gobierno que de hecho gozaban las instituciones autónomas en ese momento, por lo que la situación de descoordinación siguió imperando en el ámbito.

Recién en 1974 se dieron dos importantes avances legislativos en la materia: a) la reforma de la Ley de Planificación Nacional, que sometió los presupuestos de inversión de todas las instituciones autónomas a la previa aprobación de la Oficina de Planificación, y b) la ley de creación de las llamadas presidencias ejecutivas. En este último texto normativo se creó un funcionario nombrado directamente por el Consejo de Gobierno, que sería el jerarca administrativo de la institución y el encargado de velar porque las políticas de la institución fueran congruentes con los lineamientos del Poder Ejecutivo en la respectiva materia.

Esta reforma le devolvió al Poder Ejecutivo el control que había perdido sobre las instituciones descentralizadas en 1949, lo que permitió que la fijación de las principales políticas se realizara en lo sucesivo a nivel centralizado y en forma coordinada con los demás entes estatales.

Este proceso de centralización política se reforzó en 1979 al emitirse la Ley General de la Administración Pública. En ella, expresamente se sancionó la potestad de los ministros de gobierno de coordinar los respectivos sectores descentralizados objeto de su especialidad, lo mismo que la potestad del Poder Ejecutivo de emitir directrices a tales instituciones y la facultad del presidente de la República para dirimir conflictos de competencia o de otra índole que se susciten entre instituciones descentralizadas.

Todo este conjunto de medidas legislativas cerró el círculo del fortalecimiento del Poder Ejecutivo, que desde entonces ha vuelto a ser jurídica y políticamente un órgano poderoso; pero, al mismo tiempo, sujeto a una serie de controles políticos y jurídicos que no existían en la Constitución de 1871.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> A partir de 1949, entre otros órganos de control, existen la Contraloría General

Paralelamente con el sometimiento jurídico-político de las instituciones autónomas al Poder Ejecutivo, comenzó a proliferar en Costa Rica la creación de importantes empresas públicas, cuyo esquema normativo se basó en el modelo italiano, donde se organizan como sociedades anónimas.

Este fenómeno también permitió la concentración efectiva del poder en manos del Ejecutivo, pues el nombramiento de los administradores de tales empresas es potestad exclusiva del Consejo de Gobierno. Como tales empresas están exentas, por su propia naturaleza de sociedades anónimas, de controles presupuestarios, de los procedimientos de concurso público para adquirir bienes y servicios y de controles de legalidad, etcétera, a que sí están sometidas las demás instituciones públicas, el Poder Ejecutivo comenzó a utilizarlas cada vez con mayor frecuencia para la realización de actividades en las que el Estado estaba interesado en participar y que en el pasado no había podido hacerlo por carencia de estructuras jurídicas ágiles. El resultado final fue que el Estado costarricense terminó convirtiéndose en un Estado-empresario, todopoderoso y embarcado en aventuras económicas muy riesgosas y altamente deficitarias.

Toda esta transformación legislativa ha ido en una dirección muy clara: el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y su consecuente concentración efectiva de poder, de manera que en estos momentos la toma y la ejecución de la decisión política fundamental están prácticamente concentradas en el presidente y en sus inmediatos colaboradores. Ello ha obligado a que la Asamblea Legislativa se haya convertido, en la *praxis*, en un órgano más bien de control político, antes que en un órgano legislativo. Durante los últimos ocho años es escasa la legislación de importancia aprobada por nuestra Asamblea Legislativa; sin embargo, el órgano legislativo ha jugado un papel decisivo como órgano de control político, mediante la interpelación constante de ministros, la discusión de votos de censura, el nombramiento de comisiones de investigación que han detenido a tiempo más de un negociado; la introducción de normas generales en el presupuesto, que impiden la creación de nuevas plazas en las oficinas públicas y restrinjan, en diversa forma, el gasto público. También la Corte Suprema de Justicia, en su condición de contralora de la constitucionalidad de las leyes, ha emitido importantes decisiones sobre asuntos de alto contenido político, tales como la declara-

de la República (control legal-financiero de los presupuestos de las instituciones públicas); Tribunal Supremo de Elecciones (órgano con competencia exclusiva en materia electoral); etcétera.

toria de inconstitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo que en 1980 establecieron la flotación libre del colón respecto al dólar, o la sentencia en un juicio de amparo que ordenó al presidente de la República entregar a un diputado un informe sobre el sector agropecuario que el primer magistrado había tildado de secreto de Estado, etcétera.

La Contraloría General de la República también ha jugado un papel de control político importante, pues en su función de tribunal administrativo en materia de licitaciones públicas, ha anulado numerosas adjudicaciones en las que se presumía que hubo presiones oficiales o intereses político-partidistas muy acusados, tales como la adjudicación para la compra masiva de vagonetas a una firma española, la construcción de un complejo de agua potable a una firma brasileña y la compra millonaria de centrales telefónicas a una empresa norteamericana.

No obstante, el Poder Ejecutivo ha neutralizado este poder del control político que ejerce la Contraloría General de la República en materia de licitaciones, mediante la utilización de la llamada Ley de Emergencia, cuya aplicación permite la adquisición de bienes y servicios en forma directa de los proveedores sin necesidad de acudir a los trámites de la licitación pública, con lo que se evita la intervención de la Contraloría en la materia. Esta ley se dio bajo el pretexto de agilizar los procedimientos de selección del contratista en casos de emergencia. En la práctica, sin embargo, numerosos proyectos que objetivamente no son de emergencia han sido clasificados como tales por el Poder Ejecutivo, por obvias razones electorales.

En consecuencia, la función de control político ejercida tanto por la Asamblea Legislativa como por la Corte Suprema de Justicia y otros órganos estatales, ha equilibrado un poco la concentración de poder que por vía legislativa ha ido paulatinamente obteniendo el Poder Ejecutivo.

La conclusión lógica de la evolución experimentada por el Estado costarricense en los últimos diez años es que el principio clásico de la división de poderes tampoco opera en nuestro ordenamiento. Por ello creo que el esquema del profesor Lowenstein es mucho más acertado, pues toma en cuenta el ingrediente político, que es el elemento dinámico del sistema constitucional, lo que nos permite entender mejor la realidad político-constitucional del Estado moderno, despojándola de dogmas que en su momento histórico tuvieron mucha importancia, sobre todo en salvaguarda de la libertad de los administrados, pero que hoy día son inaplicables.

#### 4. *El principio de la división de poderes en la jurisprudencia*

En este acápite quiero ilustrar cómo las necesidades del Estado moderno hacen que inclusive los tribunales tengan muchas veces que dictar fallos al margen de la estricta técnica jurídica, a fin de compaginar las exigencias de seguridad jurídica con la equidad y la razón política del Estado.

El caso, en apretada síntesis, fue el siguiente: la Ley número 4961 del 10 de marzo de 1972 autorizó al Poder Ejecutivo para que, por vía de decreto, fijara las tarifas de los impuestos creados por esa ley (Ley de Impuestos Selectivos de Consumo).

Conforme al artículo 121, inciso 13, de la Constitución política corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa "establecer los impuestos nacionales".

La Cámara de Comercio, que solicitó la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la citada ley y de los reglamentos y decretos ejecutivos que fijaron las respectivas tarifas, sostuvo que si sólo por la ley es dable establecer los impuestos, ello se ha de referir a todos los elementos del tributo, entre los que tiene singular importancia "la tarifa", el *quantum* que, dada la respectiva situación de hecho, ha de ser la base para determinar lo que en el caso debe cubrir el contribuyente. De modo que no basta que la ley marque ciertas pautas o señale mínimos o máximos dentro de los cuales la administración pueda establecer, de manera general, la tarifa o base imponible, porque entonces el impuesto, en cuanto a ese extremo, no proviene de manera inmediata de la ley, sino del decreto ejecutivo. Y en la materia no puede aceptarse que en definitiva sea la discrecionalidad de la administración, del decisionismo administrativo, del que dependa el tan señalado importante elemento del impuesto, porque (se esté ante una autorización, habilitación o delegación) con ello se vulneran los artículos 9 de la Constitución política (que prohíbe delegar las funciones propias de un poder en otro) y el 121, inciso 13, de la misma Constitución (la potestad exclusiva de la Asamblea Legislativa para establecer los impuestos nacionales).

La Corte Plena, por resolución de las 8 horas del 29 de noviembre de 1973, declaró sin lugar el recurso y argumentó lo siguiente: establecer un impuesto es ordenar o decretar una cierta carga tributaria, o sea crear el tributo y determinar "los objetos imponibles, las bases y los tipos". En el presente caso la ley en cuestión hizo tal determinación, por lo que no pudo haber violación ni al principio de división de poderes, pues el Ejecutivo no invadió materia reservada constitucionalmente

al Poder Legislativo, ni al principio de reserva legal en materia tributaria, pues dicho principio es sancionado en Costa Rica en forma relativa, es decir, que admite complementación por vía reglamentaria y no en forma absoluta.

El transfondo político del caso era que los comerciantes habían cobrado dicho impuesto a los consumidores y ya lo habían pagado al Estado. Su monto, hasta ese momento, ascendía más o menos a diez millones de dólares. Si el recurso se hubiera declarado con lugar, entonces la administración hubiera tenido que devolver una importante suma de dinero que en esos momentos no tenía, además de que los comerciantes se habrían embolsado directamente el dinero, pues habría sido imposible localizar a los consumidores que habían cancelado el tributo.

Es evidente que la decisión de la Corte no fue, desde el punto de vista jurídico, muy feliz, pues hubo una clara violación de los principios de reserva absoluta de la ley en materia tributaria y del principio de la división de poderes; sin embargo, desde el punto de vista político y de la equidad, la resolución es plausible, pues evitó que el Estado tuviera que devolver una importante suma de dinero que no tenía, además de que se hubiera producido un enriquecimiento sin causa en favor de los comerciantes.

Nuevamente aquí tenemos un ejemplo concreto de quiebra del principio de la división de poderes en su concepción clásica, que fue necesaria para resolver un problema de política tributaria.

##### 5. Conclusión

El caso costarricense no es una excepción respecto al valor actual y vigencia del principio de división de poderes. La dinámica político-constitucional del Estado moderno, como lo indiqué al principio, exige constantes cambios y adaptaciones de las instituciones jurídicas.

Por tanto, la labor del jurista, sobre todo la del especialista en el campo del derecho constitucional, es justamente la de revisar y someter a crítica constante los dogmas político-jurídicos clásicos a fin de replantearlos y adaptarlos a las necesidades del momento histórico. Por ello nuestra labor no debe ser meramente descriptiva de las instituciones políticas, sino más bien de crítica y de planteamiento de nuevas soluciones. El constitucionalista debe convertirse en una especie de ingeniero jurídico-político, en el sentido de plantear soluciones a los problemas presentes y tratar de anticipar los futuros. Su actuación debe ser "una técnica sobre el problema", pues las constituciones políticas, como decía

el maestro Calamandrei, son en definitiva "una polémica contra el pasado y un programa de reformas hacia el futuro".<sup>36</sup>

### III. LAS GARANTÍAS SOCIALES

#### 1. *Estado de derecho y Estado social de derecho*

Todo Estado moderno aspira a ser un Estado de derecho. Como es sabido, su finalidad primordial es la protección de la propiedad y la libertad. En otros términos, el Estado de derecho tiene como finalidad específica la protección de la personalidad y sus inalienables derechos subjetivos. Para ello utiliza cuatro técnicas fundamentales, que son, a saber: *a*) el principio de la división de poderes, como medio para evitar su concentración en las manos de pocos detentadores; *b*) la sujeción del poder público al ordenamiento jurídico (principio de legalidad); *c*) la responsabilidad del Estado cuando, por su conducta lícita o ilícita, daña el patrimonio físico o moral de los administrados, y *d*) existencia de un control autónomo de legalidad (jurisdicción contencioso-administrativa).<sup>37</sup>

La finalidad de tales mecanismos de protección es crear una esfera inviolable al poder estatal, al cual sólo puede válidamente ingresarse por autorización constitucional expresa. Además, los mecanismos de regulación específicos están fijados por ley; verbigracia, limitaciones a la libertad de domicilio, al secreto de las comunicaciones, etcétera.

El Estado social significa en cambio, un aumento del poder en beneficio de la igualdad, más que de la propiedad y de la libertad. Su finalidad es repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho del que más necesita. Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a determinadas personas, clases o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los más necesitados en el goce de la propiedad, aunque jurídica y supuestamente tengan tanta libertad como el rico. Las técnicas del Estado Social están en los servicios públicos, en las prestaciones de socorro a ciertos grupos o de fomento de ciertas actividades y, sobre todo, en las políticas económicas del Estado, sobre precios, moneda, crédito y hacienda pública (básicamente tributaria). A la inversa de lo que ocurre con las técnicas del Estado de Derecho

<sup>36</sup> Citado por Cappelletti, M., *Il controllo di costituzionalità delle leggi nell Diritto Comparato*, Milano, 1971, p. 73.

<sup>37</sup> Como sobre el Estado de derecho existe profusa literatura, por todos véase Forsthoff, E., *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, pp. 109-119.

que representan una prohibición al Estado y una abstención de éste frente al individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado Social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen riqueza. La agravación del régimen impositivo, la maniobra crediticia para evitar la inflación o la recesión económica, la intervención de precios, el aumento de los servicios públicos, etcétera o de las prestaciones pecuniarias del Estado en favor del individuo, representa una acentuación de su carácter social.<sup>38</sup>

Es claro que el Estado puede aspirar a realizar los fines sociales por medio del individuo mismo, o bien, mediante el fomento de su actividad a través de incentivos de diversa índole, o finalmente a través de la imposición de deberes entre los particulares cuya finalidad sea la de elevar y mantener en un mínimo razonable el bienestar económico y social del grupo. Dentro de esta óptica, tanto las políticas de fomento, así como las garantías sociales, constituyen síntomas del interés estatal por la igualdad en el reparto económico y constituyen una técnica propia del Estado social de derecho.

Aunque en apariencia pueda existir una contradicción entre la necesidad libertaria y la necesidad social del Estado, lo cierto es que, en la práctica, es posible compaginarlas, ya que sólo mediante el disfrute de un mínimo de bienes económico-social puede el individuo desarrollar plénamente su libertad. Por ello, el problema cardinal del Estado social de derecho es la búsqueda de un equilibrio saludable entre la intervención del Estado en los campos económico-social en búsqueda de una mejor igualdad de sus habitantes, y el efectivo respeto de áreas intangibles de libertad y propiedad de los administrados.

## 2. La génesis de las garantías sociales

La Constitución de 1871, promulgada el 7 de diciembre de 1871, bajo la administración del entonces presidente general Tomás Guardia (uno de los pocos militares que han ejercido el cargo de presidente en Costa Rica), ha sido la de más larga duración en nuestra historia constitucional, pues estuvo vigente por espacio de 67 años, habiendo sido objeto de 19 reformas durante su vigencia.

Cuando esa Constitución fue emitida Costa Rica era un país de escasos

<sup>38</sup> En estos términos, Ortiz, E., "Costa Rica: Estado social de derecho", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 29, 1976, p. 57.

300 000 habitantes, que basaba su economía exclusivamente en la exportación del café hacia los mercados europeos. Su estructura social era simple: los grandes hacendados y los peones de fincas que vivían una relación más bien familiar antes que de patrono-empleado, constituían su base fundamental. Junto a ellos estaba el núcleo de comerciantes importadores, los pequeños artesanos y un incipiente número de profesionales. Por ello, no es de extrañar que dicha Constitución se inscriba, tanto orgánica como dogmáticamente, dentro de las líneas del liberalismo económico clásico, con un sistema político de corte presidencialista centralizado y fuerte.

No obstante, la evolución social, económica y política también tocó a las puertas de nuestro país, por lo que el modelo creado en esta carta política entró en crisis a inicios de la década de los años cuarenta.

La sociedad costarricense, a lo largo del periodo liberal, seguía siendo pobre, al punto que uno de nuestros mejores prosistas afirmara cáusticamente que lo único bien repartido en Costa Rica era la pobreza.<sup>39</sup> En efecto, desde finales del siglo XIX y los primeros 40 años del siglo XX, la división de clases se había hecho manifiesta, por lo que aquella sociedad de gentes iguales en su común pobreza había desaparecido. Por ejemplo, el 71% de la población tenía, en ese entonces, un ingreso per cápita de US\$90.<sup>40</sup>

La Segunda Guerra Mundial aceleró la crisis económica y social del Estado costarricense, pues nuestros principales mercados eran los europeos. Lógicamente sobrevino la escasez y una alza desmedida en el precio de los artículos de primera necesidad, de manera que la mera subsistencia material comenzó a ser un problema real y concreto para las clases más menesterosas. El gobierno de entonces tuvo que tomar medidas fuertes como el control de los precios de los productos de primera necesidad, para evitar la especulación.<sup>41</sup> Simultáneamente, el Estado se convirtió en un importador y expendedor de artículos de primera necesidad.

Durante el cuatrienio 1940-44 se dictaron disposiciones constitucionales y legales muy importantes, al mismo tiempo que se crearon instituciones que vinieron a cambiar para siempre el modelo del Estado costarricense.

En efecto, mediante Ley número 17 de 10 de noviembre de 1941, el

<sup>39</sup> Las palabras son de Mario Sancho, *Memorias*, San José, 1961, p. 284.

<sup>40</sup> Carvajal, M., *Political attitudes and Political Change in Costa Rica*, tesis doctoral presentada ante la Universidad de Pennsylvania, 1972, pp. 60 y 61.

<sup>41</sup> Periódico *La Tribuna*, abril de 1942.

gobierno del doctor Calderón Guardia<sup>42</sup> creó la Caja Costarricense de Seguro Social, hoy día la institución pública más poderosa del país, mediante un sistema tripartito de financiación por el Estado, el patrono y el trabajador, que se puso en marcha dos años después mediante una ley orgánica, la número 17 del 22 de octubre de 1943.

Por la misma época se crea el Consejo Nacional de Producción (CNP), órgano encargado de regular la producción y, por ende, el precio de los productos de primera necesidad. Además de las funciones propiamente reguladoras, el CNP abrió expendios comerciales para combatir la supesta especulación de los comerciantes privados.

No obstante, el hito más importante en esta materia fue la reforma constitucional de 2 de junio de 1942, mediante la cual se introdujeron las llamadas reformas sociales a la carta política de 1871. Con esta reforma, por primera vez en nuestra historia constitucional, se incorporan a un texto fundamental las garantías sociales, consistentes en derecho mínimos para los trabajadores, la madre y la infancia, además de que se le introduce un segundo párrafo al artículo que regulaba la propiedad privada, a fin de que por ley se puedan establecer limitaciones por razones de interés social. Con ello se trata de variar el concepto clásico del derecho de propiedad, para darle una función social como pregonaban entonces las modernas doctrinas jurídicas y políticas.

Dentro de esta tesitura el 15 de septiembre de 1943 se promulgaba el primer Código de Trabajo, ejecución de la reforma constitucional antes citada, con lo cual se le confiere a las relaciones obrero-patronales un marco constitucional y legal adecuado, tanto en las relaciones individuales como colectivas.

### 3. La discusión de las garantías sociales

En el mensaje presidencial del 16 de mayo de 1942, el presidente Calderón Guardia propuso al Congreso una reforma a la Constitución vigente, incluyendo en el título III una "Sección tercera" que se llamaría "De las garantías sociales", compuesta por quince artículos.

La propuesta del Poder Ejecutivo produjo un interés relativo en la ciudadanía, la cual se encontraba inmersa en los problemas cotidianos

<sup>42</sup> El doctor Calderón Guardia, quien vivió exiliado por 10 años en la ciudad de México, fue un médico carismático, de gran arraigo popular, que hizo sus estudios en Lovaina, Bélgica junto al cardenal Mercier. Toda su carrera política, como veremos *infra*, se inspiró en el pensamiento social cristiano reformista que por entonces estaba de moda en Europa.

de la escasez y de la alza constante de precios en los artículos de primera necesidad, como consecuencia lógica del cierre de nuestros mercados de exportación y de las restricciones impuestas en el comercio exterior por la Segunda Guerra Mundial.

Los opositores a las reformas sociales, núcleo de cafetaleros tradicionales y los dueños de la banca y el gran comercio importador, sostenían que las condiciones económicas del país no aconsejaban el establecimiento de la legislación laboral y que la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social podría convertirse en una fuente de problemas por una gestión desacertada o deshonesta de sus directores.<sup>43</sup>

En cuanto al derecho de propiedad, los comentarios eran más bien escasos y casi siempre matizados con intereses político-electorales. Sus opositores calificaron a la proposición de "socialista", "comunista" o "importación exótica de otros regímenes incompatibles con nuestro modo de ser"; pero no hicieron un análisis serio y detallado de todos sus alcances.<sup>44</sup>

Los que favorecían afirmaban que pretendía "modernizar" el texto fundamental en materia de propiedad, aduciendo, además, que textos similares se encontraban ya consagrados en otros países latinoamericanos. Pero tampoco se ocuparon de explicar en forma amplia y satisfactoria el sentido y los alcances de dicho segundo párrafo.<sup>45</sup>

El factor más importante y que coadyuvó a que la propuesta del Poder Ejecutivo tuviera éxito, fue el apoyo decidido que dió a las garantías sociales la jerarquía eclesiástica y las tendencias de izquierda, representadas por el Partido Comunista. Casi simultáneamente después de haber sido propuesta por el doctor Calderón Guardia, en su mensaje citado del 16 de mayo de 1942, los obispos Sanabria, Solís y Odehndal calificaron la reforma de "expresión legítima de los postulados católicos en materias sociales".<sup>46</sup> Los opositores los tildaron inmediatamente de "comunistas", a lo que respondió en forma muy hábil monseñor Sanabria con la siguiente frase: "Me asustan los caminos de la izquierda, pero nunca me han asustado los caminos de la justicia."<sup>47</sup>

En la Exposición de Motivos de la reforma al artículo 29 de la Constitución política de 1871, que consagraba el derecho de propiedad pri-

<sup>43</sup> *Diario de Costa Rica*, 29 de mayo de 1942.

<sup>44</sup> Arias, J. L., "Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional", *Revista Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 15, 1970, p. 348.

<sup>45</sup> *La Tribuna*, 29 de mayo de 1942.

<sup>46</sup> *La Tribuna*, 24 de mayo de 1942.

<sup>47</sup> *La Tribuna*, 30 de mayo de 1942.

vada, se pueden captar claramente las ideas que inspiraron toda la reforma social de 1942. Decía dicha Explicación de Motivos, en lo que nos interesa, lo siguiente:

La reforma del artículo 29 de la Constitución no atenta, sino que robustece y da eficacia, al principio de que el Estado costarricense reconoce la existencia de la propiedad privada como base de todo nuestro sistema social. El nuevo concepto que introduce constituye una sana limitación al poder abusivo que se haga del derecho de propiedad. Véase lo que al respecto dice la Encíclica *Quadragessimo Anno*: Los hombres deben tener en cuenta, no sólo de su felicidad, sino también del bien común, como se deduce de la índole misma del dominio, que es a la vez individual y social, según queda dicho. Determinar por menudo esos deberes cuando la necesidad lo pide y la ley natural no lo ha hecho, eso atañe a los que gobiernan el Estado. Por lo tanto la autoridad pública, guiándose siempre por la ley natural y Divina, e inspirándose en verdaderas necesidades del bien común, puede determinar más exactamente lo que es lícito o ilícito a los poseedores en el uso de sus bienes. (*Doctrina social*, de G. C. Rutten, p. 269.)

Y seguidamente agrega:

He ahí también por qué el Sagrado Pontífice León XIII declaraba que el Estado no tiene derecho a otorgar la propiedad privada con un exceso de cargas o imposiciones. El derecho de propiedad individual emana, no de relaciones humanas, sino de la misma naturaleza; la autoridad pública no puede, por tanto, abolirla; sólo puede atemperar su uso y conciliarlo con el bien común (*Encíclica Rerum Novarum*)... Con el propósito de dar respaldo constitucional a ciertas medidas, que también os anuncié, tendientes a resolver nuestro problema agrario, fomentando la pequeña propiedad, base de nuestra paz social y de la tranquilidad que al respecto lograron nuestros antepasados, es urgente flexibilizar el texto del artículo 29 en estudio, y adaptarlo a las necesidades del momento histórico que vivimos. Nuestra política se define en dos conceptos esenciales: absoluto respeto a la propiedad privada, dentro del marco de las necesidades públicas y mantenimiento de la pequeña propiedad, dando el derecho a nuestros campesinos de cultivar aquellas parcelas incultas o abandonadas por sus propietarios originales. Estas ideas no son nuevas en América las recogen los artículos 87 de la Constitución Cubana (cuya vigencia data de octubre de 1940); 26, párrafo segundo de la Colombiana según reforma del Ac-

to Legislativo No. 1 de 1936; y 10 de la Constitución Política de Chile.<sup>48</sup>

En el mensaje de 1943, el doctor Calderón Guardia justifica las “garantías sociales”, afirmando que “protegen en forma especial a la familia, como base que es de la Nación... estimulando el más adecuado reparto de la riqueza y reglamentando el trabajo sobre bases de equidad.”<sup>49</sup>

Queda claro, entonces, que las garantías sociales introducidas en nuestro texto constitucional en 1942 tuvieron una influencia decisiva de las doctrinas sociales de la Iglesia católica. Por otra parte, la vigencia de las garantías sociales a partir de 1942 quebró para siempre el esquema del Estado liberal clásico, pues a partir de entonces el Estado costarricense empezaría a intervenir, cada vez con mayor frecuencia, en los ámbitos económicos y sociales para garantizar ya no sólo la libertad de los administrados, sino fundamentalmente para tratar de lograr su igualdad material.

#### 4. *Del Estado de derecho al Estado social de derecho*

En la carta política vigente, que data del 7 de noviembre de 1949, se reforzaron las garantías sociales introducidas por la reforma de 1942 antes comentada. Asimismo, se intentó modelar un Estado dirigista o benefactor tanto estructural como dogmáticamente.

La Constitución de 1949, como toda carta política, fue el resultado del equilibrio de las fuerzas políticas dominantes<sup>50</sup> en ese momento histórico. En efecto, luego de los hechos armados de 1948, que culminaron con la fundación de la llamada segunda república por parte del caudillo vencedor, don José Figueres Ferrer y el exilio del doctor Rafael Angel Calderón Guardia, el creador de las garantías sociales, la proscripción del Partido Comunista y la consecuente expulsión de sus principales líderes, la Junta de Gobierno convocó a una Asamblea Constituyente. Su integración fue un perfecto reflejo de la realidad política de entonces: predominio absoluto del conservador Partido Unión Nacional, algunos pocos diputados de la naciente fuerza social-demócrata, que aglutinaba a su alrededor a la juventud intelectual más valiosa de la época y dos

<sup>48</sup> Expediente original de la ley, Asamblea Legislativa, p. 8.

<sup>49</sup> Calderón Guardia, R. A., *Mensaje presidencial*, San José, Imprenta Nacional, 1943, p. 7.

<sup>50</sup> Sobre el tema véase Martínez, T., *Contributo ad una Teoria Giuridica delle Forza Politiche*, Milano, 1957, pp. 80-85.

diputados independientes. El Partido Calderonista —que históricamente ha representado siempre alrededor del 40% del electorado— y el Partido Comunista —históricamente el 5% de los votantes— no participaron en esas elecciones por obvias razones. En tales condiciones, la Asamblea Constituyente tuvo una composición netamente conservadora. Tal es el pecado original de nuestro texto político vigente, la carencia de que en su redacción y aprobación no intervinieran representantes de los partidos políticos que en ese momento representaban casi la mitad del electorado. En otras palabras, casi el 50% de los costarricenses de 1949 no estuvieron representados en la Asamblea Constituyente que promulgó la carta política que actualmente nos rige.

La Junta Fundadora encargó a una comisión de alto nivel que redactara un proyecto de Constitución que sirviera de base de discusión a la Constituyente. En ese proyecto se consolidaban y mejoraban las garantías sociales introducidas en 1942 a la Constitución de 1871, al mismo tiempo que se le daban claras potestades al Estado para intervenir en el ámbito económico y social. Así, por ejemplo, el artículo 59 del citado proyecto, disponía que: “El Estado orientará la economía nacional en beneficio de la colectividad tratando de asegurarle a cada actividad económica los medios adecuados para incrementar la riqueza y hacerla accesible al pueblo. Son de utilidad pública la producción y distribución de los artículos de primera necesidad.” No obstante, en la carta política vigente y debido a la oposición beligerante de la mayoría parlamentaria del conservador Partido Unión Nacional, dicho texto se convirtió en número 50, que a la letra dice así: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.”

Es curioso observar, sin embargo, que la transacción entre ambas fuerzas políticas en la Asamblea Constituyente, los conservadores (Partido Unión Nacional) y los social-demócratas, de corte intervencionista, produjo una norma que atenta más contra la empresa privada y le confiere, al mismo tiempo, más claro fundamento constitucional a la intervención estatal en los campos económico y social, en tanto no se trate de imponer al empresario o inversionista su existencia, o funcionamiento, ni tipos de giro, de fines o de organización, ni políticas de desarrollo y/o de inversión,<sup>51</sup> que en el texto del proyecto de la Junta de Gobierno.

El Proyecto de la Junta de Gobierno, preparado por los intelectuales del Partido Social Demócrata —que sólo eligió cuatro escaños de cua-

<sup>51</sup> Véase Ortiz, *supra* nota 38, pp. 61 y 62.

renta y cinco en la Asamblea Constituyente— contenía numerosas normas de corte intervencionista como la transcrita. Dicho proyecto, sin embargo, pecaba de ser demasiado reglamentista. Por ello, al no tener mayoría en la Asamblea, la fracción social-demócrata se vio obligada a tratar de imponer sus ideas por medio de la presentación de mociones, artículo por artículo, en la discusión de la Constitución de 1871, la que, por acuerdo mayoritario de los constituyentes del Partido Unión Nacional, sirvió de base de discusión a los constituyentes de 1949, en vez del proyecto enviado por la Junta de Gobierno.

El resultado final es que nuestra Constitución vigente no es socialista ni totalmente conservadora, pues simultáneamente otorga poderes de intervención al Estado en los campos económico y social y respeta los derechos económicos de los particulares (propiedad privada, libertad de comercio e industria, libertad de trabajo). Por ello, repetimos, la Constitución vigente es el resultado del compromiso de las fuerzas políticas dominantes en 1949.

Desde el punto de vista que aquí nos interesa, las principales innovaciones de la Constitución de 1949 son las siguientes:

a) Fijación de las bases constitucionales para la creación y organización de las instituciones descentralizadas, que, a partir de entonces, han venido a compartir el ejercicio de la función administrativa con el Poder Ejecutivo.

b) Definición de las bases, libertades y garantías necesarias para un sistema económico y social más justo, con potestades de organización y dirección del Estado, dentro del respeto a la propiedad privada y a la libre empresa, concebidas como fundamentales pero claramente relativas.<sup>52</sup>

c) Creación de mecanismos jurídicos de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales de los administrados (*Habeas Corpus*, amparo, recurso de inconstitucionalidad, juicio contencioso-administrativo).

d) Introducción de varias normas programáticas en materia económica y social, que tienden a la mayor distribución de la riqueza (obligación del Estado de procurar trabajo honesto y bien remunerado —artículo 56—; fomento a la creación de cooperativas para facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores —artículo 64—; promover la construcción de viviendas populares y creación del patrimonio familiar del trabajador —artículo 65—; deber de velar por la preparación técnica y cultural

<sup>52</sup> En ese sentido, Ortiz, E., *idem*, p. 63.

del trabajador —artículo 67—; creación del seguro de desempleo —artículo 72—, etcétera).

En resumen, la Constitución política de 1949 crea un Estado benefactor, tanto estructural como dogmáticamente, ya que al autorizar la creación de instituciones descentralizadas en forma expresa y tácitamente de empresas públicas, permitió su crecimiento burocrático acelerado, al mismo tiempo que autorizó la intervención activa en los campos económico y social, pues justamente esas instituciones descentralizadas se dedicaron a ejercer funciones anteriormente en manos de particulares, tales como el suministro de energía eléctrica y la prestación del servicio telefónico (ICE); la construcción de viviendas populares (INVU e IMAS); la preparación de mano de obra artesanal y obrera (INA); la distribución de los combustibles (RECOPE), etcétera. En otros términos, el aparato estatal se ensanchó para que el Estado pudiera intervenir activamente en la actividad económica y social, la cual, antes de 1949, estaba en manos exclusivas de los particulares. Dentro de este contexto merece especial mención la nacionalización de los bancos privados en 1948 y la prohibición legal —todavía no ha podido elevarse a rango constitucional— de que la banca privada reciba depósitos del público. Hoy día esta prohibición se considera como una de las conquistas irreversibles del pueblo costarricense, pues ello ha permitido que el crédito bancario sea administrado con criterio de beneficio social y no de simple ganancia privada.

Desde el punto de vista dogmático, consagra una serie de garantías sociales y económicas en favor de los gobernadores, como los derechos laborales, las garantías sindicales, los derechos familiares y todas las normas de carácter programático arriba citadas.

Con justa razón puede hablarse, entonces, que la Constitución de 1949 marca el tránsito del Estado de derecho hacia el Estado social de derecho. Creemos que sólo falta la creación de una Corte Constitucional, fuera de la estructura del Poder Judicial, como encargada suprema de la defensa de la Constitución, para coronarlo.

#### IV. EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES ELECTORALES

“En el transcurso del siglo XIX y parte del XX, el sistema electoral fue uno de los mecanismos a través de los cuales los miembros de la clase política pudieron mantener su monopolio del poder.”<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Stone, Samuel, *La dinastía de los conquistadores*, San José, EDUCA, 1975.

Efectivamente, como lo apunta el doctor Stone, en forma muy hábil y "legal", la oligarquía cafetalera logró incorporar tanto a la Constitución política como a las leyes electorales, normas que restringían el sufragio en forma notoria. "En la práctica el sistema imponía una serie de obstáculos en las vías de acceso al poder y apartaba a la mayoría de la población del proceso político. Sólo podían participar los grandes terratenientes, los que poseían capitales, los profesores y los que sabían leer y escribir, es decir, casi exclusivamente la élite."<sup>54</sup>

El acceso a los puestos políticos es también manipulado, y en forma "legal", pues se incorpora al derecho positivo, y se establecen requisitos de ser propietario de bienes inmuebles por un valor que, en su tiempo, hacía que fueran muy pocos los que estaban en tal posición económica para tener derecho a optar por un cargo público. Asimismo, se establecía, como una alternativa, tener un capital que excluía posiblemente al 97 o 98% de la población. Otro requisito fue el de ser profesor; pero llegamos a lo mismo, pues sólo las familias muy acomodadas estaban en la posibilidad de enviar a sus hijos a estudiar fuera de nuestras fronteras e ingresar con un título que le daba la posibilidad y el derecho de postular su nombre para un cargo público.

No se puede decir, de ninguna manera, que esta bien organizada limitación al sufragio fuera una modalidad inventada por nuestra clase política, y que estos personajes de la política costarricense del siglo pasado tuvieron la malvada idea de excluir a la inmensa mayoría de los costarricenses, no sólo del derecho del sufragio, sino del derecho de ser electos a cargos de responsabilidad en la administración del Estado. En verdad era la tónica de los tiempos, no hicieron más que copiar de legislaciones de las que ellos consideraron eran los países más cultos y adelantados en esas materias, y por medio de las cuales habían organizado a sus respectivos Estados. El sufragio universal, directo y secreto, estaba ya en las mentes esclarecidas de los grandes pensadores de la humanidad; pero, de ahí a que fuera una hermosa realidad operando en algún sistema político del siglo pasado, había un gran trecho que recorrer, plagado de intensas luchas por la igualdad y la libertad.

Pero no debemos engañarnos en cuanto a la realidad costarricense, si se compara, y necesariamente debe hacerse, con otros países del área y aun del sur de nuestro continente. ¿Por qué, a pesar de tales limitaciones en los derechos políticos, la vida del costarricense transcurre en una paz

<sup>54</sup> *Ibidem.*

que es la envidia y la admiración de esos eruditos y valientes viajeros europeos que recorren Centroamérica en el siglo pasado?

No es tema de este trabajo ahondar en procura de esas respuestas, ya se ha escrito mucho, no sólo por los historiadores nacionales que han escudriñado todas las facetas del ser costarricense, sino también por asombrados investigadores de varios continentes y que a la larga cada uno encuentra una razón para explicar por qué si Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua se desangran en constantes luchas intestinas de liberales y conservadores, y de vez en cuando, como para variar el panorama, se entrelazan en furibundas y estériles luchas entre ellos, la pacífica Costa Rica sigue su vida pastoril, ignorando, adrede, lo que sucede en el norte de Centroamérica.

Limitaciones al sufragio, como explicamos, las hubo hasta el límite de excluir en determinado momento hasta el 94% de la población, al establecer en el siglo pasado, en 1847, que no podían ejercer el sufragio los que no sabían leer y escribir. Lo mismo sucedió en los otros países. El citado autor Samuel Stone llega a manifestar en forma terminante: "Efectivamente, la clase excluyó al resto de la población del acceso a los cargos públicos a través de un mecanismo casi 'impermeable'." <sup>55</sup>

Como lo que aquí se trata es de estudiar en el lapso de 70 años el constitucionalismo costarricense, y este capítulo se refiere a ese derecho humano de poder escoger al gobernante, por medio de un sistema libre, directo y secreto, por las razones que ya se han dado, en ese periodo únicamente dos constituciones nos rigieron, pues en verdad la brevísima vigencia de la Constitución de 1917, en lo que respecta a este capítulo, carece de interés, pues bajo sus dictadores no se llevaron a cabo procesos electorales. Eso no impide que la comentemos, pues a pesar de lo dicho, se crearon sistemas y procedimientos electorales definitivamente elitistas que iban a contrapelo de la manera de ser costarricense.

### 1. *La Constitución política de 1871*

Que la Constitución costarricense de 1871 tuvo larga vida, es un hecho, y sus 77 años, con la breve interrupción de 1917, bien puede tenerse ésta como una de las más longevas en el istmo centroamericano.

Es pues con la Constitución de 1871, que iniciaremos el estudio de cómo los costarricenses del siglo pasado y hasta mediados del presente, establecieron los procedimientos electorales para elegir a sus gobernan-

<sup>55</sup> *Ibidem.*

tes, con la advertencia que es a partir de la Constitución actual que nos rige, que Costa Rica logra incorporar en la carta fundamental de 1949 disposiciones que pusieron al sistema político costarricense (por ejemplo, la perfecta simbiosis entre el registro civil y el registro electoral, artículos 93 y 104 de la Constitución) a la vanguardia en las legislaciones electorales; nueve elecciones nacionales, y varias elecciones a nivel municipal, de indiscutible pureza, han confirmado que los constituyentes de la época no se equivocaron y que su visión de la realidad política costarricense fortaleció el sistema democrático y la vocación de orden, paz y libertad, que desde la Colonia se viene perfilando como una especial característica del ser costarricense.

La proclamación del principio de la soberanía y del sufragio universal en el *Contrato social* de Rousseau, el estudio de la naturaleza de los gobiernos en el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu, los discursos fogosos de los tribunos de la revolución francesa, y las sabias y liberales disposiciones de Carlos III en España, constituyen la fuente de inspiración de donde las nacientes repúblicas de América extraen sus instituciones políticas.<sup>56</sup>

La Constitución de 1871 recoge, cuando se promulga, las comunes limitaciones al sufragio, propias de la época. Es con el advenimiento de los vientos liberales que nos llegan tanto de Europa como de México, que se van fraguando las reformas que la *intelligentsia* liberal logró implantar en sus esfuerzos por consolidar la democracia liberal. Y es en verdad espectacular el impacto que se produce, a nivel de la participación política de los ciudadanos, con las reformas que ese grupo, que nace en las postrimerías del siglo pasado y que se conoce como "el Olimpo" o la generación de 1888, logra introducir a la mecánica electoral.

En efecto, en las elecciones de primer grado de la provincia de San José de 1897 votaron 6.793 ciudadanos, en 1901 su número había subido a 10.281 para saltar en 1909 a 15.580, en vísperas de las reformas municipales y electorales impulsadas exitosamente por don Ricardo Jiménez que condujeron tanto a la irrupción definitiva de los "gamonales" rurales a la palestra política, como a implantar el voto directo. Estos cambios se reflejaron de inmediato en las votaciones a escala nacional. En éstas observamos que, cuando existía el sistema de dos grados, en las de primer grado en 1901

<sup>56</sup> González, Luis Felipe, *Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento cultural y científico de Costa Rica*, Editorial Costa Rica.

votaron 35.772 electores, en 1905 aumentaron a 51.789 y se mantuvieron casi iguales en 1909 con 51.623. Pero una vez institucionalizado el voto directo para las elecciones de 1913 el número se elevó a 64.147 electores y en la década siguiente se estabilizó en alrededor de 70-71.000 votantes.<sup>57</sup>

En general, se observa un notable incremento en la participación política electoral, que conllevó al auge de los partidos políticos personalistas o caudillistas, de la prensa escrita y de los procesos de formación de la opinión pública; en síntesis, a una etapa mucho más avanzada en la formación de una ciudadanía que sirviera de sustento y legitimación al régimen político-administrativo de los liberales.<sup>58</sup>

Entre las reformas que se pueden catalogar como las que marcan un hito en la historia electoral de Costa Rica, se encuentra la que se refiere a la Ley de Elecciones No. 75, de 23 de julio de 1925, en la que se establece el voto secreto. Es casi innecesario mencionar la clase de presión que se puede ejercer contra un ciudadano si éste tiene que presentarse ante la Junta Receptora de Votos y manifestar a viva voz por quién vota. Las caricaturas que se pueden ver en los periódicos de la época hacen aparecer al humilde "concho"<sup>59</sup> costarricense, descalzo y temeroso ante la Junta Receptora, y asomado por una ventana del local se ve al patrono atento y vigilante para verificar si cumple con sus instrucciones. Posiblemente la historia latinoamericana estará llena de ejemplos como el que señaló el caricaturista hace más de cincuenta años.

El Decreto Constitucional No. 13 de 16 de junio de 1936, reforma el inciso 2 del artículo 73 de la Constitución política del 71, y establece el voto como un deber; a su vez innova con un mecanismo para la elección de presidente por mayoría relativa no inferior al 40% de los votos válidos.

Esta reforma, que deroga la disposición que le otorga al Congreso la atribución de "declarar la elección de éste, cuando resulte por la mayoría absoluta", ha sido no sólo poco estudiada en Costa Rica, sino también poco valorada, pues estimo que el costarricense en general no ha comprendido la especial significación que tal mecánica produce.

Que el presidente, con un sistema de partidos políticos como el que disfruta Costa Rica, sea electo usualmente en una sola vuelta, sin caer

<sup>57</sup> Stone, Samuel, *op. cit.*, supra nota 53.

<sup>58</sup> Vega, José Luis C., *Orden y progreso: La formación del Estado nacional en Costa Rica*, ICAP, 1981.

<sup>59</sup> Costarriqueñismo para denotar al campesino.

en el error de la simple mayoría relativa, o de la desgastadora mayoría absoluta, que con harta frecuencia obliga a una segunda vuelta en la que es posible que el país quede prácticamente paralizado ante la expectativa de otras elecciones, los partidos políticos en su organización y en las personas de sus dirigentes agotados, las finanzas igual y las pasiones al máximo, ha provocado —en mi criterio y en el de otros estudiosos de la realidad político-electoral costarricense— la consolidación de un bipartidismo, sin que de ninguna manera deba entenderse que tal mecanismo impide la participación de otros grupos que representan al mosaico ideológico o de intereses que es común en nuestros países; aún más, porque algunos dirigentes políticos todavía no han entendido que la elección se decide a una sola vuelta, con frecuencia dan declaraciones públicas en el sentido que ellos estiman que tienen oportunidad que la balanza cambie en las segundas elecciones y que la clientela electoral, con las alianzas que pueda lograr, se fortalezca de tal manera que puedan alcanzar el poder.

La otra alternativa es la que sea el Congreso, si ninguno llegó a la mayoría absoluta, el que decida la elección entre los dos que mayor número de votos obtuvieron. La historia latinoamericana está plagada de negras páginas de componendas de oscuro origen y de actos de violencia, cuando se le concede al Congreso la atribución de decidir, según las fuerzas políticas que componen ese cuerpo, cuál de los dos finalistas asume el mando de la República.

La reforma que se menciona, en la que se establece el 40% como mínimo de los votos válidos para ocupar la primera magistratura del país, a su vez señala que:

Si ninguno de los candidatos hubiere alcanzado dicha mayoría, se practicará una segunda elección popular el primer domingo de abril del mismo año, entre los tres candidatos que hubieren recibido mayor número de votos y quedará electo el que de ellos obtenga la mayor suma de sufragios. Si en la primera o segunda elección dos candidatos resultan con igual número de sufragios que constituyan elección, se tendrá por electo el de mayor edad.

Estimo importante transcribir, respetando la ortografía original, unos pocos artículos constitucionales que se refieren a la ciudadanía y al sufragio de dos grados y a la disposición que a la postre provocaría una guerra civil, y es la que disponía, entre las atribuciones del Congreso, la de calificar y escutar las actas electorales y declarar la elección de presidente cuando resultare por mayoría absoluta.

## De los ciudadanos

ART. 90. Son ciudadanos costarricenses todos los naturales de la República, ó naturalizados en ella, que tengan veinte años cumplidos ó dieziocho si fuesen casados ó profesores de alguna ciencia; siempre que unos y otros posean ademas alguna propiedad ú oficio honesto, cuyos frutos ó ganancias sean suficientes para mantenerlos en proporcion á su estado.

## Del sufragio

ART. 54. El sufragio tiene dos grados.

ART. 55. El derecho de sufragar en el primero corresponde á todos los ciudadanos en ejercicio. El de sufragar en el segundo es privativo de los electores que aquellos nombren.

ART. 56. Los primeros los ejercen en juntas populares; los segundos en asambleas electorales.

ART. 57. El objeto de estas es el nombramiento de electores que correspondan al Distrito á razón de tres propietarios y un suplente por cada mil individuos de poblacion; mas el Distrito que no los tenga, nombrará sinembargo los cuatro electores dichos.

## De las Asambleas Electorales

ART. 58. Estas se componen de los electores nombrados en las juntas populares.

ART. 59. Para ser elector se requiere:

1o. Ser ciudadano en ejercicio.

2o. Tener veintiun años cumplidos.

3o. Saber leer y escribir.

4o. Ser vecino de la Provincia á que pertenece el Distrito que le nombra; y

5o. Ser propietario de cantidad que no baje de quinientos pesos, ó tener una renta anual de doscientos.

ART. 60. No pueden ser electores el Presidente de la República, el Obispo, los Secretarios de Estado, los Magistrados de la Corte de Justicia y los Gobernadores.

ART. 61. El encargo de elector es obligatorio conforme á la ley: dura cuatro años y los que lo ejerzan son reelegibles indefinidamente.

ART. 62. Son atribuciones de las asambleas electorales:

1o. Sufragar para Presidente de la República.

2o. Hacer las elecciones de Diputados que á cada Provincia co-

responda, á razón de un propietario por cada ocho mil habitantes, ó por un residuo que no exceda a cuatro mil, y un suplente por cada doce mil. La Provincia de Guanaste elejirá, sin embargo dos diputados propietarios y un suplente, y la Comarca de Puntarenas un propietario y un suplente.

3o. Elejir los individuos que deban componer las Municipalidades, y hacer las demas elecciones que les atribuya la ley.

ART. 63. Una ley particular arreglará sobre estas bases la calificación de los ciudadanos, las elecciones como mejor convenga á la legalidad, libertad y órden del sufragio en dos grados.

#### Atribuciones del Congreso

ART. 73. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

2o. Hacer la apertura de las actas electorales, la calificación y escrutinio de los sufragios para Presidente de la República; y declarar la eleccion de éste, cuando resulte por mayoría absoluta; y no habiéndola, hacer la eleccion entre los dos individuos que hayan obtenido mayor número de sufragios; pero en el caso que dos o mas tuvieren igual número y algun otro mayor número de éstos, el Congreso elejirá entre ellos el Presidente de la República.

## 2. La Constitución política de 1917

Antes de pasar a estudiar el sufragio en la Constitución de 1949, y como ya se había comentado, es necesario por lo menos una referencia a la Constitución de 8 de junio de 1917, en lo que a la normatividad electoral estatuyó.

Llama la atención, por su pretención antidemocrática de limitar el sufragio, la forma en que se redactó al artículo 55 de esa carta fundamental; el primer párrafo de dicho artículo dice así:

Art. 55. La elección de Diputados, Senadores, Múncipes, Intendentes, Vice-Intendentes y Síndicos se practicará por el sufragio directo conforme al sistema vigente. La elección de Presidente y de Vicepresidente de la República se hará en votación secreta por un Colegio Electoral compuesto de los Diputados y Senadores, propietarios y suplentes, de los Regidores propietarios de todas las Municipalidades de la República, y de todas aquellas personas que hayan desempeñado por un periodo no menor de seis meses los puestos de Presidente de la República, Secretario o Subsecretario de Estado, Diputado, Senador y Magistrado.

Como se puede apreciar, los constituyentes excluyeron de su derecho al sufragio a la mayoría del pueblo costarricense, y establecieron un sistema elitista. Por fortuna esta Constitución fue de corta vida y en lo que se refiere a la materia que estudiamos no tuvo oportunidad de aplicarse.

### 3. *La Constitución política de 1949*

En el periodo que va de 1950 a 1987, sólo México y Costa Rica no han sufrido un cambio de administración por vías inconstitucionales. La realidad mexicana político-electoral, como es obvio, no es el objeto de este estudio, así es que entraremos a mostrar una de las facetas que han contribuido en gran medida a la estabilidad política de Costa Rica, a su paz tradicional, y en gran medida la estabilidad social que a su vez ha logrado que un país sin recursos mineros, y casi sin industria, con una población y territorio reducido, se sitúe, dentro de los estrechos márgenes que permiten esas circunstancias, en una posición de líder en varios de los campos de trabajo del ser humano que requiere dedicación y estudio.

Estamos de acuerdo en que no es sólo la inclusión de sabias normas en la carta política razón para que los derechos políticos tengan plena vigencia. Es de todos sabido que las disposiciones constitucionales que protegen la libertad, la vida, la propiedad y demás derechos del ser humano, están bellamente incluidos en las cartas fundamentales que han redactado los plumarios de los más perversos y sanguinarios gobernantes de algunos de nuestros países hermanos. La educación del pueblo, la alfabetización y posibilidad de una educación superior, la seguridad social, etcétera, contribuyen al deseo de la mayoría del pueblo de que los procesos políticos electorales que lleven al cambio de sus gobernantes se mantengan dentro de los cauces de la normalidad. Por supuesto que tal situación se puede lograr si, a su vez, los procedimientos dispuestos para proceder al cambio de los gobernantes de turno sean los adecuados y estén diseñados, no sólo para evitar el fraude electoral y llevar el ánimo del elector que sufra la derrota al convencimiento de que la pérdida se debió a cualquier causa que no fuera relativa a la pureza electoral, sino, además, ofrecer todas las garantías a los partidos políticos, sean mayoritarios, o a los que representan a las minorías.

El costarricense, sin duda, en virtud de su acusado desarrollo político, ha mostrado una seria disposición de arreglar sus asuntos dentro de un régimen de legalidad, y es muy explicativo lo que manifiesta nuestro historiador Hernán G. Peralta: "hay un hecho incontrovertible: que los

españoles de Costa Rica demostraron una inclinación por los regímenes de ley desde la propia independencia, y que esta característica ha dado el tono a su historia con las excepciones y con los defectos de su humana condición.”<sup>60</sup>

Agrega luego:

Posteriormente se organizaron civilmente otros pueblos, pero originariamente Costa Rica fue la única nación hispanoamericana que se acogió al derecho desde el instante mismo de su emancipación política y que ha conservado esa tendencia, no obstante las corrientes contrarias que en varias ocasiones han logrado intervenirla con la fractura momentánea de su regla de conducta.<sup>61</sup>

Asimismo, lo que dice el jurista Carlos José Gutiérrez:

Hay algo que impresiona en la actividad constitucional de los primeros años: es el ferviente propósito de los hombres de la época en sujetar la vida costarricense a un régimen de derecho. Llegada la noticia de la independencia el 13 de octubre de 1821, mes y medio después ya se tenía en el Pacto de Concordia, una base constitucional para la estructuración del Gobierno. Como muy bien dijo don José Santos Lombardo el año siguiente: “El Pacto y forma de Gobierno que en el Estado de Independencia y Libertad constituyó Costa Rica, es singular en todo el Imperio Mexicano, a lo menos no se sabe que en otra Provincia se haya observado igual procedimiento.” Para verificación de ello basta con apuntar las diferencias entre ese caso costarricense y lo ocurrido en los otros países centroamericanos: en Guatemala, se espera hasta el 2 de agosto de 1823 para declarar vigente la Constitución de Cádiz de 1812; en Honduras, no hay ninguna Constitución previa a la del Estado, que se aprobó, con base en la Federal Centroamericana, el 11 de diciembre de 1825; cosa parecida ocurre en El Salvador cuya primera Constitución tiene fecha de 12 de junio de 1824, y en Nicaragua, donde la Constitución es del 8 de abril de 1826.<sup>62</sup>

El artículo 99 de la Constitución política establece que:

<sup>60</sup> Peralta, Hernán G., *Las constituciones de Costa Rica*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> “Una convergencia de iusnaturalismos. El sustrato filosófico de tres artículos de la Constitución de 1825”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 6, Universidad de Costa Rica, noviembre de 1965.

La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales.

Es importante señalar, entonces, a quién le corresponde nombrar a los integrantes de ese organismo en el ordenamiento institucional de Costa Rica. El artículo 100 expresa que el Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado ordinariamente por tres magistrados propietarios y seis suplentes, nombrados por la Corte Suprema de Justicia con los votos de no menos de los dos tercios del total de sus miembros, y deberán reunir iguales condiciones y estarán sujetos a las mismas responsabilidades que los magistrados que integran la Corte (artículo 159). Nótese la disposición tan estricta que somete a la persona nombrada por la Corte a la aceptación de por lo menos los dos tercios de la totalidad de sus magistrados (en la actualidad 17 magistrados componen la Corte Suprema de Justicia y dos tercios equivalen a 12 votos). Esta disposición obliga a la Corte, en algunas oportunidades, a llevar a cabo varias votaciones, hasta que alguno de los candidatos alcanza los votos necesarios. Este mismo artículo establece que desde un año antes y seis meses después de la celebración de las elecciones, el Tribunal deberá ampliarse con dos de sus magistrados suplentes para formar, en este lapso, un tribunal de cinco miembros. Por supuesto, este nombramiento de los dos magistrados suplentes lo lleva a cabo la misma Corte Suprema de Justicia.

Al establecer la Constitución que para ser magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones se requiere de las mismas condiciones que para serlo de la Corte Suprema de Justicia, como ya ha quedado señalado, se excluye la condición de pertenecer a un partido político y de que el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica esté integrado por representantes de los partidos políticos activos, como sucede en otros países de América. Acerca de esta modalidad, se puede decir que la experiencia costarricense ha sido positiva; el magistrado del Tribunal no representa a ningún partido político, y aunque nunca faltan las suspicacias, lo cierto es que la experiencia ha dado resultados excelentes y que la obligación primaria del magistrado es la de velar porque el proceso electoral se desenvuelva dentro del marco de la legalidad.

#### A. El Tribunal y la Constitución

El Tribunal Supremo de Elecciones, considerado como un cuarto

poder, llegó a tener el rango e independencia de los poderes del Estado a partir de la reforma al artículo 9 de la Constitución, que establece la división tripartita de poderes.

Entre las funciones que más interesa destacar y que son garantía al sufragio, están las siguientes:

a. *Interpretación de toda la materia electoral*

El artículo 102, inciso 3 de la Constitución política señala que corresponde al Tribunal:

Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral.

A su vez, en el artículo 121, inciso 1, que se refiere a las atribuciones de la Asamblea Legislativa, este poder, reconociendo esa limitación, establece entre sus atribuciones lo siguiente:

Dictar las leyes, reformas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el artículo referente al Tribunal Supremo de Elecciones.

Asimismo, no deja de ser una limitación real al Poder Legislativo y un respeto al fuero del Tribunal Supremo de Elecciones lo que establece el artículo 97 de la Constitución política, que textualmente expresa:

Para la discusión y aprobación de proyectos de ley, relativos a materias electorales, la Asamblea deberá consultar al Tribunal Supremo de Elecciones; para apartarse de su opinión se necesitará el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros. Dentro de los seis meses anteriores y los cuatro posteriores a una elección popular, la Asamblea Legislativa no podrá, sin embargo, convertir en leyes los proyectos sobre dichas materias respecto de los cuales el Tribunal Supremo de Elecciones se hubiese manifestado en desacuerdo.

Estas disposiciones garantizan la competencia exclusiva del órgano llamado a organizar, dirigir y vigilar los actos del sufragio.

No establece la Constitución ningún límite a la potestad que tiene la Asamblea Legislativa de reformar la Constitución en materia electoral, en época de elecciones. Si bien es cierto que se desprende

del espíritu de la Constitución en forma clara que prevalecía la idea de garantizar la pureza electoral e impedir que la Asamblea Legislativa, en época electoral, aprobara proyectos de ley en materia electoral, también lo es que el Constituyente no estableció límite alguno a la potestad de revisión constitucional en esa materia. En todo caso, si lo estableció para la ley, lo debió establecer para la reforma constitucional.<sup>63</sup>

#### b. *El presupuesto del Tribunal*

Siguiendo la idea de revestir de gran independencia al órgano rector de los procesos electorales, aparece la norma del artículo 177, que se refiere a la preparación del proyecto ordinario de presupuesto de gastos de la República, en donde se consigna el siguiente párrafo:

Los gastos presupuestados por el Tribunal Supremo de Elecciones para dar efectividad al sufragio, no podrán ser objetados por el departamento a que se refiere este artículo.

Esta limitación se le impone al Poder Ejecutivo y estimamos que, al ser incluida como norma constitucional la figura de un cuarto poder, se va delimitando con mayor claridad. No quiere decir esto que la Asamblea Legislativa está obligada también a aprobar el presupuesto que con ese propósito presente el Tribunal Supremo de Elecciones; bien puede la Asamblea cuestionar el gasto. En la práctica, y por estar representados los partidos políticos en ese primer poder de la República, su actitud es la de facilitar los medios necesarios para que el proceso electoral cuente con los recursos necesarios para hacerle frente a los siempre crecientes gastos que requiere la preparación de unas elecciones a nivel nacional. Por supuesto, el ideal sería la independencia absoluta en materia de presupuesto y que los organismos electorales contaran con una norma constitucional como la que logró el Poder Judicial de un porcentaje fijo del presupuesto nacional (la Corte disfruta de un 6% de los ingresos ordinarios).

#### c. *La fuerza pública y el Tribunal Supremo de Elecciones*

Una garantía especial al sufragio la establece el inciso 6 del artículo

<sup>63</sup> Muñoz, Hugo Alfonso, *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*, Editorial Costa Rica, 1977.

102, pues dispone que entre las funciones del Tribunal Supremo de Elecciones está la de citar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. Dichas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de delegados (los que mencionaremos adelante). Al no contar Costa Rica, por norma constitucional, con ejército permanente (artículo 12 de la Constitución política), la vigilancia y el orden público están a cargo de una Guardia Civil y una Guardia Rural. Es digno de mencionar que es hasta después de cincuenta años de vida independiente que llega al poder un militar, quien decreta en 1881 la abolición de la pena de muerte.

Al convocar a elecciones el Tribunal, seis meses antes del día señalado, el presidente de la República acompañado de su ministro de seguridad pública se presenta a las oficinas del Tribunal y pone bajo las órdenes de éste la fuerza pública, acto simbólico que revela el respeto de las autoridades encargadas de la seguridad del Estado por la suprema autoridad del Tribunal en el proceso electoral. Sumada a esta disposición está la prohibición a todas las autoridades del país de participar en los asuntos político-electorales, con lo que se viene a consolidar la norma legal según la cual la única acción de las autoridades de policía en el proceso electoral es la de presentarse a votar, sin armas, el día de las elecciones.

Como no deja de ser cierto que esa norma prohibitiva de la no participación de las autoridades en el proceso electoral, en algunas oportunidades, no se cumple estrictamente o no se cumple del todo, el inciso 5 del artículo 102 ha creado un procedimiento de investigación de esos hechos, por parte del propio Tribunal o por medio de delegados. Tal disposición ha creado lo que se ha llamado el Cuerpo de Delegados del Tribunal Supremo de Elecciones, que ya cuenta con una excelente hoja de servicios en beneficio de la tranquilidad con que deben llevarse a cabo los actos públicos de los partidos políticos y de la mejor coordinación del organismo electoral con las fuerzas de policía del país, ya que durante la visita mencionada al Tribunal Supremo de Elecciones, el ministro de Seguridad informa quién será el oficial que servirá de enlace con el Tribunal y los delegados.

#### *d. Las resoluciones del Tribunal*

El artículo 103 de la Constitución política dispone que: "Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato." Acerca del verdadero sentido que a esta dis-

posición debe dársele, el jurista costarricense, de reconocido prestigio, el profesor Eduardo Ortiz Ortiz, analiza con certera apreciación, en su obra "Costa Rica, Estado social de derecho", todo el contenido y trascendencia que las dos frases citadas en el artículo mencionado, representan para la cabal independencia del órgano rector de los procesos electorales en Costa Rica:

Cabe advertir, en primer término, que por la palabra "resolución" empleada por el Artículo 103 no se puede entender ni el acto preparatorio, ni el acto de ejecución de otro Tribunal, pues en este aspecto sí es posible remitirse al derecho procesal administrativo, dado que siempre habrá en el procesal-electoral actos de procedimiento, con función y estructura iguales a los propios de la vía administrativa. Resolución ha de significar única y exclusivamente la que —aparte de "causar estado" y agotar la vía administrativa— decide sobre el fondo del procedimiento electoral, con efecto externo sobre el administrado, en quien producirá situaciones jurídicas activas o pasivas, obligaciones o derechos, etc., frente al Estado. ¿Serán no accionables judicial y jurisdiccionalmente tales actos del Tribunal?

La respuesta se impone fácilmente: Los artículos 99 y 102 confieren al Tribunal la realización de todos los actos necesarios para la organización, dirección y vigilancia del proceso electoral y lo facultan para interpretar las leyes existentes en su materia, con potestad que alcanza también para juzgar sobre la aplicación de esas leyes por otros, si es que su competencia sobre lo electoral es, como lo manda la Constitución, exclusiva.

Esta exclusividad comprende necesariamente todas las formas posibles de interpretación de la ley electoral y claramente la de aplicarla en hipótesis de conflicto, con ejercicio de la función jurisdiccional de legalidad, sin lo cual se fragmentaría su sentido y se incurriría en abusos y contradicciones; y así como no es posible recurrir contra sentencias de la Corte Plena o de las de Casación, por ser de última instancia, es imposible recurrir contra los fallos del Tribunal en materia electoral, que también son la voz suprema para dictar la justicia dentro de ese campo, el contencioso-electoral. La única conclusión aceptable y congrua con la esencia libertaria y garantista del proceso electoral y de su régimen jurídico, es reputar cosa juzgada los actos o "resoluciones" (para emplear vocablo contenido en el Artículo 103) dictados por el Tribunal Supremo en única instancia, y tener como sujetos al contencioso-electoral y al Tribunal mismo (como última instancia) los demás actos electorales, provenientes de otros órganos o dependencias subordinadas

al Tribunal. En consecuencia: juez de última instancia en lo contencioso-electoral, eso es lo que es hoy nuestro Tribunal Supremo de Elecciones.<sup>64</sup>

Termina manifestando el profesor Ortiz Ortiz:

El Tribunal representa, con alto grado de autonomía orgánica, económica y funcional, la más acabada contribución de Costa Rica al perfeccionamiento de los sistemas electorales latinoamericanos.<sup>65</sup>

e. *El escrutinio de los sufragios*

Respecto al escrutinio de los sufragios —otra de las principales funciones del Tribunal—, se establece, en el inciso 7 del artículo 102 constitucional, lo siguiente:

Efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las Municipalidades y Representantes a Asambleas Constituyentes.

Y el inciso 8 de ese mismo artículo expresa:

Hacer la declaratoria definitiva de la elección de Presidente de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación y en el plazo que la ley determine, la de los otros funcionarios citados en el inciso anterior.

Es decir, que la competencia que se concede al Tribunal es tan amplia, que conocerá de todo género de elecciones, nacionales y locales, y de la de unos posibles constituyentes.

Costa Rica tiene algunos recuerdos de su historia política, cuando el escrutinio definitivo de los sufragios, por norma constitucional, lo llevaba a cabo el Congreso (hoy Asamblea Legislativa), cuerpo político al que, por error, se le otorgó tan delicada y técnica labor. Se rectifica pues ese procedimiento y es el Tribunal el que hace el escrutinio definitivo de los sufragios. Es necesario indicar que las juntas receptoras de votos, integradas todas con miembros de los partidos inscritos en escala nacional

<sup>64</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo, "Costa Rica, Estado social de derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 29, mayo-agosto, 1976.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

y que a su vez inscribieron candidaturas, cerrada la votación el día de las elecciones, llevan a cabo el escrutinio provisional de los votos recibidos. Estas juntas receptoras, que además tienen fiscales de los respectivos partidos, finalizando el escrutinio y aprovechando la infraestructura de telecomunicaciones con que cuenta el país y fortaleciéndola con medidas especiales de seguridad muy técnicas, comunican el resultado al Tribunal, de tal manera que a las pocas horas el país, por medio de boletines que emite el Tribunal constantemente, se va enterando de cuál ha sido la voluntad mayoritaria del elector costarricense. Para dar estos resultados provisionales, la comunicación ha sido ingresada y verificada previamente por el Centro de Cómputo del Tribunal.

#### f. *La propaganda política y la Iglesia*

Una medida excelente es la que establece la prohibición de hacer propaganda política, por parte de clérigos o seglares, invocando motivos religiosos; así consta en el párrafo tercero del artículo 28 constitucional, que expresa:

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio de creencias religiosas.

Sobra comentar la importancia que reviste esta prohibición, pues no hay duda de que en nuestros pueblos, principalmente en las áreas rurales, los curas podrían ser, si esta prohibición no existiera, los grandes electores; amén de que se iniciaría una disposición de su ministerio, como ya ha sucedido con harta frecuencia en otros países del continente.

#### g. *Libertad de reunión y de expresión*

En lo que se refiere a la libertad de reunión y de expresión, el artículo 26 expresa:

Todos tienen derecho a reunirse pacíficamente sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios. Reuniones en recintos privados no necesitan autorización previa. Las que se celebren en sitios públicos serán reglamentadas por la ley.

En lo que toca a la libertad de expresión, dice el párrafo primero del artículo 28:

Nadie podrá ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Y para completar esa libertad, expresa el artículo 29:

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlo sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.

#### *h. Las regulaciones del ejercicio del sufragio*

El artículo 95 de la Constitución establece que la ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios:

1o. Autonomía de la función electoral.

2o. Obligación del Estado de inscribir de oficio a los ciudadanos en el Registro Civil y de proveerlos de cédula de identidad para ejercer el sufragio.

3o. Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas.

4o. Prohibición al ciudadano para sufragar en lugar diferente al de su domicilio.

5o. Identificación del elector por medio de cédula con fotografía.

6o. Garantías de representación para minorías.

El Registro Civil, conforme lo establece el artículo 104, funciona bajo la dependencia exclusiva del Tribunal Supremo de Elecciones.

#### *i. El financiamiento estatal de los partidos políticos*

Es necesario mencionar la disposición constitucional del artículo 96 que norma la contribución del Estado a la financiación de los gastos de los partidos políticos, para elegir a los miembros de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

El inciso *a* del mencionado artículo establece:

La contribución total no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del promedio de los Presupuestos Ordinarios de la República durante los tres años anteriores a aquel en que se celebra la elección.

Los restantes cuatro incisos desarrollan el procedimiento necesario para determinar en qué condiciones el partido político tiene derecho a recibir esa contribución; como, por ejemplo, que no tendrán derecho los partidos que, inscritos en escala nacional o provincial, no hubieren obtenido un cinco por ciento (5%) de los sufragios válidamente emitidos en el país o en la provincia respectiva. Además, que están obligados, para recibir ese aporte, a comprobar sus gastos ante el Tribunal Supremo de Elecciones. En todo periodo electoral esta contribución estatal a los gastos de los partidos políticos cuenta siempre con adversarios y es frecuente que se inicie una polémica acerca de la conveniencia del gasto. Quizá la reforma que se introdujo en 1971, estableciendo que el Estado contribuirá a la financiación previa de los gastos que demanden las actividades electorales de los partidos políticos, es la que más ha sido combatida, siempre por supuesto en los periodos electorales.

La complejidad de la política actual, los modernos partidos de masas, las poderosas fuerzas que intervienen dentro de los partidos políticos, hacen necesaria una razonable y adecuada financiación para asegurar la existencia de los partidos políticos, máxime cuando no existen regulaciones al financiamiento exclusivamente privado. Acerca de este tema, estimo que no es conveniente extenderse, pues se rebasarían los propósitos de este trabajo.

## V. CONCLUSIÓN

Para concluir, cabe destacar que el sistema electoral costarricense, con esa simbiosis perfecta que lo caracteriza, entre el Registro del Estado Civil y el Registro Electoral, que viene a ser un solo organismo bajo una sola dirección, ha servido como meta de algunos otros pueblos hermanos que buscan en la pureza de las listas electorales la consolidación de su anhelo de contar con un sistema democrático en la elección de sus gobernantes.

## VI. ANEXO AL PUNTO IV

### 1. *Contenido de la democratización interna de los partidos políticos*

La democratización interna de los partidos está históricamente ligada a cuatro aspectos: 1) su financiación; 2) la forma de escogencia interna de los candidatos a puestos electivos; 3) la determinación de su plataforma política, y 4) el control de legalidad de la actividad interna de los partidos.

### A. Financiación

Para nadie es un secreto que las modernas campañas electorales, en las que se dan a conocer a los electores las personalidades y los programas de los partidos en la lid, están esencialmente determinados por el efecto de la propaganda de los partidos en cada elector. Además, la organización para el día de los comicios y toda la actividad proselitista demandan una gran cantidad de dinero, que los partidos deben obtener de alguna parte. Tradicionalmente, la financiación de los partidos provenía de dos fuentes: a) las cuotas de los afiliados y b) las contribuciones de tipo voluntario general. A medida que fueron subiendo los gastos, las contribuciones corrían el peligro de causar un grado muy serio de dependencia en cuanto a la preferencia personal de cada gran donante, si es que no se iba directo a la corrupción de los ideales.

Para remediar esos males se han tomado tres medidas: a) la publicidad de los estados financieros de los partidos; b) la financiación por parte del Estado de las campañas políticas, y c) control y límite de las contribuciones privadas.

### B. La publicidad de los estados financieros de los partidos

Algunas legislaciones, como la inglesa, y algunos estados norteamericanos, imponen la obligación a los partidos de hacer públicos sus presupuestos, a fin de permitir a sus adherentes y a los órganos estatales correspondientes de ejercitar un control sobre las fuentes de las que se nutre la financiación del partido y la forma en que son invertidas tales sumas. En caso de omisiones o falsedades, las diversas legislaciones establecen sanciones penales severas.

### C. La financiación por parte del Estado de los partidos políticos

En contra de la financiación estatal de las campañas políticas se ha argumentado que no es compatible con el principio de la libre formación de la voluntad y de la opinión pública, pues ésta debe ser absolutamente independiente de la actuación del Estado. Se ha dicho también, dentro de ese mismo orden de ideas, que aunque la financiación parcial de los partidos políticos no suponga la incorporación de los partidos a la esfera estatal, sin embargo es evidente que su ámbito de libertad queda limitado.

A tales objeciones basta con oponer el irrefutable argumento del Tribunal Constitucional alemán de que:

Las elecciones constituyen una función pública cuya ejecución obliga a los órganos estatales constitucionales. Éstos se hallan obligados a crear las condiciones necesarias para el desarrollo de las elecciones. Debido a la importancia fundamental que los partidos tienen en relación con el proceso electoral, está justificado que se les proporcionen los medios para hacer frente a los gastos necesarios para una adecuada campaña electoral.

En Venezuela la financiación de las campañas electorales está prevista en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Sufragio y se circunscribe al pago de la propaganda electoral. En Costa Rica, por ejemplo, la financiación estatal es más amplia y está prevista en el artículo 96 de la Constitución política y desarrollada en los numerales 176 y siguientes del Código Electoral.

Sus principios fundamentales son los siguientes: *a*) la contribución total no puede ser superior al dos por ciento del promedio de los presupuestos ordinarios de la República (poder central) durante los tres años anteriores a aquel en que se celebra la elección; *b*) la suma que aporte el Estado se distribuye entre los distintos partidos que tomen parte en la elección, en estricta proporción al número de votos obtenidos por cada uno de ellos en favor de sus respectivas papeletas; *c*) sólo tienen derecho a recibir contribución los partidos que, escritos a escala nacional, hubieren obtenido al menos un cinco por ciento de los sufragios emitidos en todo el país, o los que inscritos en escala provincial hubieren obtenido ese mismo porcentaje en los sufragios válidamente emitidos en la provincia o provincias respectivas; *d*) para recibir el aporte del Estado, los partidos deberán comprobar sus gastos ante el Tribunal Supremo de Elecciones; *e*) la financiación se extiende a los gastos previos que demanden las actividades electorales de los partidos políticos, dentro de los montos arriba indicados y mediante los procedimientos fijados por la ley. El monto del aporte estatal se empieza a girar en desembolsos mensuales diez meses antes de la celebración de las elecciones generales.

#### D. Control y límite de las contribuciones privadas

La idea latente detrás del establecimiento de controles y límites a las contribuciones privadas se fundamenta en la preocupación de que a tra-

vés de tales contribuciones a los partidos se pudieran camuflar tentativas de corrupción respecto de los futuros gobernantes.

Es innegable, por otra parte, que las personas y grupos que contribuyen a la financiación de un determinado partido, esperan obtener luego alguna retribución si sus candidatos resultaren electos. Esta influencia económica puede y suele ser muy dañina para los gobiernos democráticos, pues atenta contra el principio de la representación nacional.

En Alemania, por ejemplo, se han establecido límites cuantitativos a las contribuciones que pueden realizar tanto las personas físicas como las sociedades. Dado que los presupuestos de los partidos se deben hacer públicos, entonces resulta fácil controlar influencias excesivas de determinadas personas o grupos.

En Venezuela el artículo 25, inciso 4, de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, prohíbe a los partidos políticos aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio o de bienes propiedad del Estado; de Estados extranjeros, y de organizaciones políticas extranjeras.

## *2. La forma de escogencia de los candidatos a puestos de elección popular*

En general, se han ideado dos métodos para la escogencia de los candidatos a elecciones populares: *a)* las convenciones y *b)* las primarias.

### *A. Las convenciones*

Bajo este sistema, los candidatos son elegidos por un pequeño grupo de miembros del partido, que supuestamente representan a los distintos sectores sociales, económicos y políticos que conforman el partido. La forma de elegir esos representantes varía, pues a veces se hace mediante votaciones cerradas entre los distintos grupos de intereses que representa el partido (cooperativas, sindicatos, asociaciones profesionales, sector comercial, sector industrial, etcétera), ora mediante la realización de votaciones populares desde el nivel de distrito que nombran representantes que a su vez votan por otros representantes en circunscripciones territoriales más grandes, y así sucesivamente hasta conformar una asamblea (convención) a nivel nacional. Como el sistema de votación es indirecto, con gran frecuencia los candidatos electos no resultan ser los que apoyan

las bases del partido, sino los que han logrado influir a los miembros de la Convención, ya sea por pactos o dádivas, o bien los que son producto de la imposición de la dirigencia del partido.

### B. Las primarias

Esta modalidad de elección se ha desarrollado con gran suceso en los Estados Unidos de América, donde encontramos dos versiones: i) las primarias abiertas y ii) las primarias cerradas. En el primer sistema el votante puede escoger la papeleta de cualquier partido y no está obligado a declarar a cuál partido pertenece. En las primarias cerradas el elector debe declarar a cuál partido pertenece y solicitar la papeleta del propio partido. Si su pertenencia al partido es puesta en duda, entonces debe jurar que en la elección anterior dio el voto a ese partido.

Ambos sistemas presentan serios defectos en la práctica, pues el primero permite a los partidos contrarios interferir en la designación para favorecer a los candidatos más débiles, en tanto que el segundo viola el principio del voto secreto.

Otro grave problema de las primarias es la relación que existe entre ellas y las sucesivas votaciones. La mayor parte de las legislaciones establecen que el aspirante que obtenga la mayoría relativa de votos en la primaria será declarado candidato del partido. Con este sistema puede ocurrir que un representante de la minoría resultare electo candidato con sólo obtener una mayoría relativa entre varios candidatos. Para eliminar este inconveniente se han sugerido tres sistemas:

i) *La Convención postprimaria*: mediante la cual la designación se hace por medio de la convención (Asamblea de Delegados), cuando ningún candidato obtenga un determinado porcentaje de votación;

ii) *Sistema de voto preferencial*: en la votación cada elector debe expresar un voto preferencial por un segundo candidato y de tal voto se hará uso si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta;

iii) *Segundas primarias (run off)*: cuando ninguno de los candidatos obtiene una mayoría suficiente se recurre a una segunda votación, limitada sólo a los dos candidatos que obtuvieron más votos en la primera vuelta.

Los tres sistemas presentan graves inconvenientes: el primero, porque desemboca en el sistema de convención; el segundo, porque la experiencia ha demostrado que la mayoría de los electores omite expresar su preferencia en la primera vuelta, y el tercero, porque implica cuantiosos gastos y obliga a los electores a ir a las urnas de votaciones tres veces.

En Uruguay primero y posteriormente en Honduras ha surgido una cuarta posibilidad, que consiste en que las primarias se celebren simultáneamente con las elecciones generales. En esta forma, los partidos presentan diversas precandidaturas dentro de su casilla, resultando vencedor lógicamente el partido que obtenga la mayoría exigida por la legislación electoral y elegido como presidente el precandidato del partido vencedor que obtenga el mayor número de votos.

### 3. *La determinación de la plataforma política*

El problema más grave, sin embargo, es aquel relativo a la influencia que tienen las primarias sobre la línea ideológico-programática del partido. En realidad, todo sistema de designación no sólo debe responder al fin de favorecer a los aspirantes más idóneos en el seno del partido, sino que además debe satisfacer la exigencia que sea garantizada la adhesión de los candidatos designados a la corriente ideológico-programática del partido. Por tal motivo los estatutos de los partidos europeos establecen la exigencia de que ninguna persona puede ser obligada como candidato si no ha sido militante activo del partido por un determinado número de años antes de su postulación.

En cambio, con el sistema de las primarias directas, no sólo basta la simple inscripción al partido para presentarse como precandidato, sino que la determinación del programa electoral es realizada por órganos del partido al que con frecuencia no pertenecen los futuros candidatos.

Para resolver tales problemas, en los Estados Unidos se han adoptado diversas soluciones:

#### A. *Celebración de convenciones para la elaboración de programas (plataform)*

Sólo en algunos pocos estados las convenciones preceden a las primarias, porque hay escasas posibilidades de que el programa será aceptado por los candidatos designados. Normalmente, la Convención encargada de preparar el programa se realiza después de las primarias; pero en tales convenciones los delegados terminan generalmente por aceptar el programa del candidato vencedor, aunque sea exponente de una corriente minoritaria, ya que éste difícilmente aceptará un programa diferente del suyo, aunque provenga de la mayoría de los delegados.

*B. Determinación del programa por parte de un comité privado (Part Council)*

Formado no sólo por los candidatos designados, sino por algunos senadores y congresistas electos en las anteriores elecciones, es un sistema preferible al precedente, porque atribuye en definitiva la elaboración del programa a quienes deberán eventualmente ejecutarlo. No obstante, no se elimina todavía el inconveniente de que los candidatos designados pertenecientes a una corriente de minoría puedan imponer un programa que no sea de la aceptación de la mayoría.

No obstante, la experiencia ha demostrado que el sistema de primarias presenta inconvenientes muy graves: *a)* complica enormemente las operaciones electorales, imponiendo un notable aumento de los gastos; *b)* favorece el abstencionismo en las votaciones, polarizando el interés de los electores sobre las competiciones personalistas; *c)* aumenta los gastos de propaganda de cada candidato, favoreciendo en consecuencia a los que cuentan con mayor apoyo económico; *ch)* finalmente, fomenta las luchas internas en el seno de los partidos. Por todas esas razones las primarias no han podido realizar su objetivo primario: sustraer la designación de los candidatos de la influencia de las hegemonías oligárquicas del partido. No obstante, y a pesar de sus defectos, es el sistema más democrático para la elección de los candidatos a cargos de elección popular.

*4. Control de legalidad sobre la actividad interna de los partidos políticos*

La complejidad de las actividades internas de los partidos políticos, donde se mueven numerosos intereses político-electorales contrapuestos, hace necesaria la instauración de mecanismos jurídicos que garanticen la legalidad de las decisiones que toman los órganos internos del partido.

Así entonces, los actos de expulsión de miembros del Partido por Tribunales de Ética, las decisiones sobre elecciones internas, etcétera, deben ajustarse estrictamente al ordenamiento interno y a las normas externas que regulan la organización y funcionamiento de los partidos políticos. Por ello es necesaria la creación de un control autónomo de legalidad sobre su actividad interna.



20 FEB. 1989

### 5. *La democratización interna de los partidos políticos en Costa Rica*

En Costa Rica se ha avanzado bastante en esta materia; sin embargo, quedan algunos aspectos por mejorar y otros sobre los cuales se debe legislar.

Por ejemplo, se deben regular mejor las primarias, a fin de darles igualdad de oportunidades a todos los precandidatos.

También se debe legislar en cuanto a las contribuciones para las campañas políticas, a fin de que se hagan públicos los presupuestos de los partidos y limitar el monto de las contribuciones de los particulares y prohibir las que provengan de extranjeros.

Finalmente, se debe otorgar más facultades al Tribunal Supremo de Elecciones, a fin de que pueda ejercer un control de legalidad sobre la actividad interna de los partidos.

Con estas reformas se lograría una auténtica democratización de los partidos políticos costarricenses y, por ende, una amplia participación de todos los grupos sociales que constituyen las bases electorales.

En síntesis, se haría realidad el sueño anhelado de una democracia no sólo representativa, sino también participativa.

## EL CONSTITUCIONALISMO ALEMÁN EN LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XX

Hans-Rudolf HORN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Constitución de Weimar-hermana de la Constitución de Querétaro.* 1. *Paralelas respecto a los orígenes.* 2. *Previsión social.* 3. *Derecho de trabajo.* 4. *Alcance y fin de la Constitución de Weimar.* III. *El régimen parlamentario en la República Federal de Alemania.* 1. *Algunas peculiaridades del parlamentarismo alemán.* 2. *La disolución del Parlamento federal.* 3. *El problema de las dietas.* 4. *Control parlamentario.* IV. *Cooperación democrática dentro del régimen constitucional.* 1. *División de poderes y reserva de la ley.* 2. *La participación en sufragios como cooperación democrática.* 3. *Miseria y esplendor del parlamentarismo moderno.* 4. *El sistema federativo y el Consejo federal.* V. *Desde el rechazo histórico a la constitucionalización de los partidos políticos.* 1. *El desprecio histórico frente a los partidos políticos.* 2. *La constitucionalización de los partidos políticos.* 3. *Advertencias breves sobre el sistema electoral.* VI. *Legitimación y límites de la justicia constitucional.* 1. *Alcance y orígenes de la justicia constitucional en Alemania.* 2. *Estructuras esenciales de la justicia constitucional alemana.* 3. *La revisión judicial de leyes.* 4. *El problema de la nulidad de leyes inconstitucionales.* 5. *La reserva judicial.* 6. *Funcionamiento y potencia del Tribunal Constitucional de la Federación.* 7. *El futuro de la justicia constitucional.*

### I. INTRODUCCIÓN

En la *República Federal de Alemania* todavía surgen “*las sombras de Weimar*” en discusiones actuales acerca de rasgos dudosos de la vida política, aunque, entretanto, ha pasado más de medio siglo desde el ocaso de la República de Weimar.

En la parte central del imperio alemán, en la *República Alemana Democrática*, se dedica menos a tales pensamientos resignativos sobre el pasado, y suele subrayarse la novedad y singularidad del “primer estado de trabajadores y campesinos” en el territorio alemán. Solamente en tiempos más recientes se cultivan ciertos aspectos de la historia alemana, incluyendo hasta la tradición prusiana, antes difamada como mero dechado del militarismo, especialmente al preparar el aniversario 750 de la fundación de Berlín en el año 1987.

La República de Bonn se considera como sucesor del imperio alemán en todos aspectos, reconociendo así las obligaciones legales y morales del imperio alemán, primordialmente el deber de pagar compensaciones de muchos miles de millones de marcos por los crímenes indecibles cometidos a nombre de Alemania. La República Alemana Democrática sigue descuidando las hipotecas históricas y disimulando la continuidad del desarrollo nacional. Aunque, sin lugar a duda, nunca será posible despedirse de su historia como de una estancia provisional, cabe decir que tales actitudes también tienen ventajas obvias. En Alemania occidental, en cambio, están divulgadas tendencias opuestas en el sentido de que se concentre a las experiencias negativas del pasado de tal manera que, en algunos casos, parecen perderse de la vista las peculiaridades de la actualidad.

La *Ley fundamental de Bonn del año 1949*, siendo el fundamento reconocido de la vida política, contiene normas que se pueden explicar meramente por eventos de la época de Weimar. Hoy en día, casi 40 años después de la promulgación de la ley fundamental, a veces debe preguntarse si ciertas normas todavía siguen teniendo sentido. Las discusiones sobre las posibilidades constitucionales de disolver el Parlamento federal, realizadas en los años 1972 y 1982, constituyen un ejemplo significativo de que no se deberá sacrificar una solución razonable a consideraciones que tienen en el fondo exclusivamente carácter histórico. Es verdad que ningún Parlamento imperial alcanzó el fin de su periodo constitucional entre los años 1919 y 1933, y que las disoluciones del Parlamento por el presidente imperial, a propuesta del canciller imperial, finalmente llevaron consigo mayores aumentos de votos en favor del movimiento nacionalsocialista, que nunca disimuló su desprecio del parlamentarismo completo.

Cuando, sin embargo, existe una unanimidad sobre cierta necesidad política, se debe encontrar una solución constitucionalmente legítima para evitar que gobierno y Parlamento se apoyen en un remedio menos adecuado. Se trata de un problema del *régimen parlamentario* que merece reflexiones más detalladas en dicho contexto (véase *infra* III.2).

Investigaciones sobre el constitucionalismo en las postrimerías del siglo xx, no podrán descuidar las raíces históricas de la República Federal de Alemania. Tal ensayo no fue justificado tampoco bajo el punto de vista de que se ha nombrado a la Constitución de Weimar *la hermana de la Constitución de Querétaro* a cuyo homenaje sean dedicadas estas líneas. Pondremos de relieve algunas paralelas significativas adicionales entre nuestras dos constituciones. De esta manera, tendremos también la oportu-

tunidad de destacar elementos favorables de la Constitución de Weimar en el campo del desarrollo social que se aprecia también en México.

“Las sombras de Weimar”, que se refieren al fracaso del régimen de partidos, no tienen que desempeñar un papel crucial en el constitucionalismo alemán del futuro. Conviene contribuir a los esfuerzos necesarios para superar el escepticismo infundado que desemboca a veces en una actitud del catastrofismo. La falta de confianza en la democracia y en la razón y la voluntad general de los ciudadanos, constituye un peligro serio para la democracia misma, como también en la vida económica el anuncio de la quiebra de cierta empresa generalmente significa el desastre verdadero de ella. Sin subestimar las experiencias históricas, se debe partir de las conquistas de la República Federal de Alemania en los ámbitos de la estabilidad política, del aseguramiento social y de los procedimientos efectivos del Estado de derecho, entre los cuales merece atención especial la justicia constitucional. Serán precisos esfuerzos adicionales para conservar y fortalecer el sistema político y social contemporáneo, a pesar de sus deficiencias que tiene y siempre tendrá.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR-HERMANA DE LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

### 1. Paralelas respecto a los orígenes

Cuando se comparan las constituciones de Querétaro y Weimar, llama la atención una serie de rasgos comunes, refiriéndose tanto a detalles de sus orígenes como a sus contenidos y sus funciones. La primera paralela se manifiesta en las denominaciones mismas de las dos constituciones. Las capitales de las dos naciones fueron afectadas por tantas perturbaciones revolucionarias, que los constituyentes fueron forzados a retirarse a las ciudades de la provincia cuyos nombres caracterizan las dos constituciones, aunque, desde luego, oficialmente no fueron nombradas de Querétaro y de Weimar, respectivamente.

*La Constitución mexicana de 1917* es la obra de una asamblea constituyente que fue convocada por el jefe victorioso de la revolución mexicana, Venustiano Carranza; los diputados fueron elegidos en las partes de la República dominadas por él. En Alemania, los diputados de la *Asamblea Nacional* fueron elegidos de acuerdo con un decreto del Consejo de los Mandatarios Populares, que fue el gremio central de los Consejos de los Obreros y Soldados, fundados en la revolución de noviembre de 1918. El decreto sobre la elección de los diputados de la

Asamblea Nacional del 30 de noviembre de 1918 confirmó los principios ya vigentes para los sufragios del Parlamento imperial (*Reichstag*) que ya habían sido generales, iguales, inmediados y secretos. Simultáneamente, se introdujeron tres innovaciones esenciales: se disminuyó la edad para participar en elecciones de 25 a 20 años, se concedió la potestad electoral a las mujeres y se estableció el sistema proporcional puro. Todas estas innovaciones correspondían a los postulados tradicionales del *Partido Social-demócrata de Alemania (SPD)*; pero solamente la concesión de la potestad electoral a ciudadanos más jóvenes se comprobó favorable para él, mientras que las otras dos innovaciones, ciertamente, previnieron su mayoría absoluta, pues las mujeres prefirieron partidos conservadores, y el sistema proporcional posibilitó la representación de los extremistas de la izquierda y de la derecha tanto en la Asamblea Nacional como, después, en el Parlamento imperial. La mayoría de los socialistas rechazaron el sistema comunista según el modelo de la revolución soviética de octubre de 1917. Su minoría se sentía traicionada por los socialdemócratas que regresaron a la coalición con partidos burgueses, convenida ya en octubre de 1918 antes de la revolución. Se habló de la coalición grande de Weimar con el partido católico, el llamado Zentrum, y el partido liberal progresivo, que durante la guerra ya habían votado juntos para una paz de conciliación.

Al respecto, no hay semejanzas con México, en donde no existían organizaciones de partidos políticos con las cuales se hubiese podido colaborar. Ni siquiera los mismos revolucionarios victoriosos, antes de la fundación del Partido de Revolución por Calles, dispusieron de algo que se pudiera equiparar con el aparato de un partido político. Pero sí existe otra paralela importante en el sentido de que las dos constituciones no fueron aprobadas por un plebiscito. En México se ha criticado esta deficiencia de la Constitución bajo el punto de vista de que, propiamente, no se puede excusar la omisión de un referendo cuando se toma en serio el principio de la soberanía del pueblo. Por eso, Tena Ramírez habló de *una Constitución impuesta*.<sup>1</sup> También en la época de Weimar hubo voces que consideraron la Constitución imperial como impuesta, puesto que fue la consecuencia de la guerra perdida y del Contrato de Paz de Versalles, según esta opinión. En Alemania no se pensó en un plebiscito sobre la nueva Constitución. Llama la atención que hasta la monografía renombrada sobre la historia constitucional alema-

<sup>1</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 14ª ed., México, 1976 p. 81. Cfr., mi artículo "Legitimación y límites del Poder Ejecutivo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 37, 1980, pp. 61 y ss.

na, de Ernst Rudolf Huber, ni siquiera menciona la posibilidad de una aprobación popular del código constitucional.<sup>2</sup>

La votación final de la Asamblea Nacional, que aprobó el proyecto constitucional primoroidalmente elaborado por Hugo Preuss, con una mayoría de 62 por ciento, representó la resolución definitiva. Tampoco se requirieron las aprobaciones del Consejo de los Estados (después Consejo Imperial) ni de los gobiernos ni de los parlamentos de las entidades federativas, aunque la facultad exclusiva de la Asamblea Nacional —como órgano meramente unitario— no correspondía al principio federativo, que no fue abandonado. En los casos de la Federación de Alemania del Norte de 1867 y del imperio alemán de 1871, los estados, sus gobiernos y parlamentos habían cooperado esencialmente en la fundación del código constitucional.

De una manera semejante, la *ley fundamental* de 1949 fue adoptada por los parlamentos de las *entidades federativas*, excepto por el de Baviera. Los parlamentos estatales también habían enviado a los diputados para el Consejo Parlamentario que elaboró la Constitución provisional, tampoco aprobada por un referendo.

## 2. La previsión social

La palabra de la Constitución de Weimar como hermana de la Constitución de Querétaro, sin embargo, no se refiere a los aspectos últimamente mencionados, que significan más bien deficiencias, sino, en primer lugar, a las normas de *carácter social*. Los constituyentes de Weimar, así como los de Querétaro, se dieron cuenta de las tareas sociales indispensables del Estado moderno, que no se pueden limitar a la función de un guardián de la seguridad pública (*Nachtwächterstaat*), como correspondía a la teoría clásica del liberalismo. Ya desde la mitad del siglo XIX surgió la convicción de que el Estado puede proteger a la sociedad en contra de peligros serios solamente por la intervención social para garantizar la subsistencia y las necesidades de los ciudadanos.

<sup>2</sup> Huber, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Tomo VI: Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart, 1981, que tampoco en su capítulo "Legalität und Legitimität der Verfassungsschöpfung" (legalidad y legitimidad de la creación de la Constitución) menciona la posibilidad de un referendo (pp. 14 y ss.). En el tomo V, que trata la época entre 1914 y 1919, el autor declara lapidariamente que la aprobación de la Asamblea Nacional fue la decisión definitiva y que no fueron necesarias las aprobaciones de las entidades federativas (Stuttgart, 1978, p. 1205). Cfr., por otro lado, Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt, 1971, pp. 278 y ss., según el cual una Constitución sin el consentimiento popular, propiamente queda nada más que en un proyecto.

Una consecuencia esencial de estas ideas fue la introducción del *sistema de seguro social* por el imperio alemán, ya comenzada en el año 1883. La legislación social alemana en la posterioridad fue el modelo para muchos otros países, mientras que en la época anterior Francia había sido la vanguardia en este ámbito. El canciller imperial, von Bismarck, trató de superar de esta manera la influencia creciente del Partido Social-demócrata; pero fue en vano. A pesar de tales intenciones superficiales de la táctica política, no se puede poner en duda la importancia de la legislación social. La Constitución de Weimar, adoptando tales ideas, estableció en su artículo 161 que el imperio creará un sistema completo para conservar la salud y la capacidad de trabajar, proteger la maternidad y garantizar la previsión contra consecuencias económicas de edad, invalidez y las vicisitudes de la vida humana. El legislador ha cumplido estos mandatos constitucionales en la posterioridad. Los ramos del seguro social, que son los seguros de obreros de enfermedad, de accidentes, de invalidez y de edad, como también los seguros de los empleados (desde 1911) y el seguro del trabajo minero, fueron objeto de nuevas codificaciones detenidas, entre las cuales merece ser destacada la nueva Ordenanza Imperial de Seguro (*Reichsversicherungsordnung —RVO—*) del año 1924, que fue modificada y extendida repetidas veces; pero sigue teniendo vigencia en su núcleo hasta la actualidad. De ahí que se conservara su denominación tradicional, mientras se sustituía en todos los demás casos la palabra *Reich* (imperial) por *Bundes* (federal). En el mismo texto constitucional fue consagrada la cooperación esencial de los asegurados en gremios de autodeterminación. En los tiempos más recientes han empezado las regulaciones de los procedimientos en asuntos sociales por un Código Social (*Sozialgesetzbuch*).

### 3. Derecho de trabajo

Aún no existe en la República Federal de Alemania un código laboral, aunque la Constitución de Weimar ya había impuesto al imperio la obligación de crear un derecho de trabajo uniforme (artículo 157). Todavía en la actualidad siguen existiendo normas laborales y sociales que distinguen entre obreros, empleados y funcionarios, aunque se disminuyeron las diferencias en esencia, especialmente en los casos de enfermedad, de tal suerte que todos reciben su salario completo. Una de las obras más importantes del moderno Estado de derecho social, el derecho de trabajo, fue el resultado de esfuerzos comunes de la jurisdicción, de las ciencias jurídicas y de la administración, las cuales tomaron en cuenta

los postulados de las fuerzas de la sociedad, primordialmente de los sindicatos. La legislación, por lo general perfeccionada a un nivel muy alto, se limitó a atribuir regulaciones específicas de ciertos campos importantes del derecho laboral. Paulatinamente se había superado la idea liberal de que la relación entre el obrero y el empresario sería nada más que un contrato del derecho civil según el cual la mano de obra será tratada como una mera mercancía regular.

Originalmente se había pensado en consagrar constitucionalmente tanto la obligación de trabajar como el derecho a trabajo.<sup>3</sup> La Asamblea Nacional de Weimar encontró un compromiso que fue expresado en el artículo 163 de la Constitución. Habló solamente de una obligación moral de actuar, destacando al mismo tiempo la libertad personal. Simultáneamente, fue establecido que se ha de dar la oportunidad de ganar su subsistencia por trabajo económico a cada alemán. En cuanto no se puede procurar una posibilidad de trabajo, la subsistencia necesaria será proveída como estaba asentado en el mismo artículo 163.

El *servicio de colocaciones* que durante la Primera Guerra Mundial fue concentrado en el llamado Oficio de Guerra, en el año 1920 fue encargado a un nuevo oficio central que cooperó con los servicios de colocaciones regionales para resolver los problemas del desempleo al fin de la guerra. En el año 1927, un código nuevo introdujo el sistema del seguro de desempleo, creando al mismo tiempo una administración propia imperial en asuntos laborales. El *Instituto Imperial para Colocación y Seguro de Desempleo* obtuvo el monopolio de la colocación en el año 1931. A pesar de numerosas modificaciones legales en el núcleo, siguen existiendo los mismos principios hasta la actualidad. Las funciones legales están encargadas al Instituto Federal de Trabajo, como se llama hoy en día, y sus autoridades estatales y locales.

Cuando el desempleado no sigue recibiendo prestaciones de dichas autoridades laborales después de los plazos legalmente fijados, tiene derecho a asistencia social (*Sozialhilfe*), según los principios desarrollados en la República de Weimar que entretanto fueron asentados en leyes específicas.

<sup>3</sup> Según postulados socialistas alemanes tradicionales, correspondía al derecho a trabajo al deber de trabajar, apoyados también por pensadores liberales como Friedrich Naumann; *cfr.*, por ejemplo, Singer, R., *Das Recht auf Arbeit in geschichtlicher Darstellung*, 1895. El ministro imperial de Trabajo, Wissell (Partido Social-demócrata), en un discurso ante la Asamblea Nacional del 7 de marzo de 1919, destacó energicamente la idea de que la época nueva no solamente llevará consigo libertades, sino también deberes, encontrando resistencia primordialmente en su propio partido. Más detalles interesantes véanse con Huber, *loc. cit. supra*, tomo VI, pp. 1088 y ss.

Trágicamente, una de las conquistas sociales más importantes de la República de Weimar, el seguro de desempleo obligatorio, fue una de las muchas razones de su desastre, pues el instituto laboral, en su presupuesto para 1928/29, solamente se había proveído las prestaciones necesarias para 800 000 desempleados. Por el invierno severo y la crisis económica mundial que se iniciaba, el número de los desempleados alcanzó la cantidad de dos millones, que se aumentó en los años siguientes hasta seis millones. Al ensayar el saneamiento de las finanzas del seguro de desempleo, el canciller imperial Hermann Müller perdió su mayoría parlamentaria, apoyada en la gran coalición de Weimar. En la posterioridad no fue posible restablecer un gobierno parlamentario. De ahí que fue inevitable formar gabinetes presidenciales, que se apoyaron exclusivamente en la confianza del presidente imperial Paul von Hindenburg, antes generalísimo de la Primera Guerra Mundial, elegido por sufragios populares en 1925 y 1932. Fue éste quien nombró también a Hitler como canciller imperial, como ya había nombrado a otros jefes del gobierno que no habían encontrado una mayoría parlamentaria.

La Constitución de Weimar no sólo consagró la *libertad de coaliciones* en su artículo 159, sino también otorgó a los trabajadores y empleados el derecho de cooperar al establecer las condiciones de salarios y de trabajo en su artículo 165. Así, fue confirmado el desarrollo del *tratado colectivo de trabajo* que se iba realizando sin fundamento legal desde la mitad del siglo XIX. Ya había sido reconocido legalmente por la Ordenanza del Consejo de los Mandatarios Populares del 23 de diciembre de 1918. Las normas del contrato colectivo entre un sindicato y un empresario o una asociación de empresarios, que esencialmente tiene vigencia hasta la actualidad, favorece inmediata y obligatoriamente a todos los obreros del ámbito del contrato colectivo. Por acto estatal, los efectos de éste podrán ser extendidos también a aquellos que no son miembros del sindicato en cuestión.

El derecho a *huelga* no fue mencionado expresamente en el texto constitucional. Por eso en la época de Weimar hubo voces que negaron su índole constitucional. En verdad se trata de una parte de la libertad de coalición, consagrada en la Constitución.

La falta de regulaciones claras llevó consigo conflictos serios, por ejemplo, en la industria de acero, que no podían resolver ni el gobierno imperial ni el Tribunal Imperial de Trabajo, que se contradijeron en puntos esenciales. De esta manera, la República de Weimar otra vez perdió una gran parte de su prestigio.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> La sentencia del Tribunal Imperial de Trabajo del 22 de enero de 1929 signi-

El artículo 165 consagró también el principio de la *cogestión de los trabajadores*. Como en el caso de los contratos colectivos, se trata de concepciones que tienen sus raíces en épocas anteriores. Su fundamento fue la *idea de la fábrica constitucional*, que fue realizada por primera vez en la ley prusiana sobre la protección laboral de 1891 y en la novela de la ley minera prusiana. En el año 1920 fue promulgada la Ley de Consejos de Empresas de 1892, cuyos miembros fueron elegidos por los obreros y los empleados de las empresas; éstos tuvieron el derecho de cooperar con el empresario en asuntos laborales y convenir acuerdos sobre ciertas cuestiones del orden del trabajo; además, enviaron representantes al Consejo de Vigilancia de la empresa.

Las ideas de cogestión fueron objeto de discusiones muy controvertidas. Sus adversarios podían apuntar a declaraciones de los extremistas de la izquierda, que proclamaron los consejos obreros como instrumentos de la revolución comunista. En la realidad, sin embargo, los consejos de la empresa alcanzaron mucho por su cooperación objetiva que fue posible por obstrucción. Aunque los representantes obreros no obtuvieron la mayoría en los consejos de vigilancia, los representantes del capital no descuidaron objeciones fundadas de aquéllos en su propio interés.<sup>5</sup> Cabe decir que las ideas de la cogestión fueron articuladas en la República de Weimar de una manera eficaz para el futuro. Encima de tales fundamentos se podía establecer no solamente el sistema de la cogestión y la "fábrica constitucional", desarrollado después de la Segunda Guerra Mundial, sino también el conjunto del seguro social, según el postulado del Estado de derecho social consagrado en la ley fundamental, que, sin embargo, renunció a regulaciones detalladas en el estilo de Constitución de Weimar. Destacamiento especial merece el principio de la *pensión dinámica*, introducida en el año 1957 bajo el canciller federal Konrad Adenauer, la cual garantiza que las pensiones crecen en el mismo grado que los salarios.

#### 4. Alcance y fin de la Constitución de Weimar

Las constituciones de Querétaro y de Weimar cumplieron su función principal de asegurar la *unidad nacional*. Entonces, en Alemania, la

ficó una derrota del ministro de Trabajo Wissell; *cfr.*, Huber, *loc. cit. supra*, tomo VI, quien dedica al conflicto laboral de la industria de acero en el terreno del río Ruhr un capítulo especial (pp. 1138 y ss., 1145).

<sup>5</sup> Huber, *loc. cit.*, p. 1112, sobre el derecho de la cogestión por lo general, pp. 1103 y ss.

tarea de conservar la unidad del imperio obviamente fue más difícil que en el caso de la República Mexicana, al tomar en cuenta que desde la fundación del Reich en 1871 ni siquiera había pasado medio siglo. Además, es preciso recordar que, en el fondo, se había tratado de una federación de reyes, duques grandes, duques, condes y príncipes, cuyas coronas habían sido echadas a la basura, como lo demostró una caricatura significativa de esta época; solamente las ciudades libres quedaron como habían sido antes. De ahí que parece impresionante que la derrota del imperio en la Primera Guerra Mundial no llevó consigo una disolución de él; al contrario, los elementos unitarios fueron fortalecidos, sin abandonar la estructura federativa.

Los méritos de los políticos de Weimar, al conservar la unidad y el orden del imperio alemán, sin embargo, fueron desconocidos no sólo por los extremistas, sino también por grandes partes de la burguesía, que siguieron más y más al creciente número de voceros derechistas y su leyenda del golpe de puñal, la cual pretendió contrariar a la verdad histórica respecto a que el ejército bravo fue traicionado por "los criminales de noviembre", es decir, los revolucionarios, que crearon la República de Weimar.

Otra hipótesis de ella fue la circunstancia de que de veras ya antes de la derrota se había introducido el régimen parlamentario y exigido la abdicación del emperador para cumplir las exigencias del presidente estadounidense Wilson, que había prometido en este caso una paz de conciliación; pero todos los esfuerzos fueron en vano: el Tratado de Versalles no tuvo que ver nada con una paz de conciliación. Formalmente, sin embargo, la Constitución de Weimar no fue impuesta por los aliados victoriosos, sino que fue obra de la revolución de los alemanes mismos, que anuló la carta imperial de 1871.

En México, la situación fue completamente distinta. Venustiano Carranza se consideró como el *restaurador de la Constitución de 1857*; había declarado solemnemente en una circular, que fue telegráficamente transmitida a toda la República, su intención de ponerse al frente del sentimiento nacional y desplegar la bandera de la legalidad para sostener el gobierno constitucional, según una vieja idea en el derecho mexicano de que las entidades federativas controlarían la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso de la Unión.<sup>6</sup> Es verdad que, después en su famoso discurso de Hermosillo, declaró que iba a crear una nueva Constitución, puesto que faltaban leyes que favorecieran al cam-

<sup>6</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3ª ed., México, 1979, p. 47.

pesino y al obrero; pero el título oficial del nuevo código constitucional, decidido bajo su presidencia por la Asamblea Constituyente de Querétaro, fue: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*. No obstante, la creación y el contenido de la Constitución de 1917 comprueban que se trata de una Constitución auténticamente nueva, siendo el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo xx.<sup>7</sup>

Fue el destino común de las constituciones de Querétaro y de Weimar, el que necesitaran luchas duras para obtener su reconocimiento efectivo. Fue el destino de aquellos que habían restaurado el orden público, ser asesinados por fanáticos, como Carranza y Obregón en México, Erzberger y Rathenau en Alemania. En Alemania el ministro de la defensa Noske fue criticado por la supresión sangrienta de rebeliones, especialmente en Berlín, de parte de sus seguidores, sin encontrar el reconocimiento permanente de las fuerzas burguesas.<sup>8</sup>

A pesar de su origen revolucionario, la República de Weimar, en el fondo, no puede considerarse como el resultado de una revolución auténtica. Aparte de la destitución de los príncipes, ya mencionada, no se realizó un cambio fundamental ni en la política ni en el campo social. La renuncia a modificaciones radicales no se debe vituperar como traición a la idea socialista, como lo hicieron las izquierdistas, por ejemplo, del "Pacto Spartacus", sino que significa una visión de las realidades sociales. No fue necesario un cambio total de las circunstancias, ni siquiera el sistema parlamentario fue una cosa absolutamente nueva. Hubo también una tradición democrática desde la revolución fracasada de

<sup>7</sup> *Idem*, pp. 21 y ss. El carácter revolucionario de la Constitución mexicana de 1917 está reconocido internacionalmente; *cfr.*, por ejemplo, Mols, Manfred, *Mexiko im 20. Jahrhundert*, Paderborn, 1981, especialmente pp. 18 y ss., citando la palabra de Neebler del "milagro mexicano". *Cfr.* también la literatura mencionada en mis investigaciones "Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts", publicadas en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, tomo 29 (1980), pp. 479 y ss., y en mi libro *Legitimation und Grenzen der Exekutive - Vergleichende Betrachtungen zur gegenwärtigen Verfassungsentwicklung in Mexiko und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1979, pp. 20 y ss.

<sup>8</sup> En este respecto desempeña un papel eminente la rebelión de marzo de 1919 en Berlín, que desembocó en una lucha dura entre las tropas del general V. Lüttwitz en la parte del gobierno cuyo jefe en el caso de emergencia fue el ministro de Defensa Noske, y las tropas comunistas del ejército de los soldados republicanos y la división de marineros populares, en la parte de los revolucionarios izquierdistas. Muy controvertida fue después la ordenanza de Noske de fusilar a los revolucionarios armados, justificada por él ante la Asamblea Nacional por la necesidad estatal de restaurar orden y seguridad cuanto antes. Su declaración entonces encontró aplauso fulminante de la mayoría, aunque sus medidas no fueron legales. *Cfr.*, Huber, tomo V, *loc. cit.*, pp. 1099 y ss., especialmente p. 1104.

1848. Recientemente se ha destacado la importancia de la *Constitución de la Iglesia de San Pablo*, que, sin tener vigencia oficial en ningún momento, ha influido mucho las ideas sobre Estado y derecho.<sup>9</sup>

Llama la atención que los constituyentes de la ley fundamental de Bonn nunca pensaron en restaurar la Constitución de Weimar, que oficialmente nunca había perdido su vigencia. La toma de poder por Adolfo Hitler como jefe del partido más fuerte, constitucionalmente, no podía ser puesta en duda después del nombramiento de tantos cancilleres imperiales anteriores sin mayoría parlamentaria. Como en los casos anteriores, se buscó también una legitimación democrática por nuevas elecciones. Tampoco la Ley de Plenos Poderes del 24 de marzo de 1933, que entregó temporalmente la legislación al gobierno imperial, significó la anulación de la Constitución. Efectivamente, debe decirse que el fin de la República de Weimar como Estado constitucional, sin embargo, fue la "ordenanza del presidente imperial para la protección del pueblo y del imperio" del 27 de febrero de 1933, que abrogó todos los derechos fundamentales de los ciudadanos y de las entidades federativas, sin que se hubiese escuchado una voz de crítica de aquellos que habían dedicado al constitucionalismo monografías famosas. Ni siquiera los representantes de la oposición contra Hitler defendieron verbalmente la Constitución de Weimar. Ésta, sin embargo, no merece tal desprecio que parece seguir dominando hasta nuestros días.

La ley fundamental de Bonn fue una continuación lógica de Weimar, también respecto a regulaciones estrictamente opuestas.

### III. EL RÉGIMEN PARLAMENTARIO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

#### 1. *Algunas peculiaridades del parlamentarismo alemán*

La idea del régimen parlamentario no está consagrada en la ley fundamental expresamente, sino meramente de una manera indirecta por las normas sobre la elección del canciller federal como jefe del gobierno federal y dispersas regulaciones acerca de ciertas formas del control parlamentario. Dichas normas constitucionales no gozan de la garantía

<sup>9</sup> Kühne, Jörg Detlef, *Die Reichsverfassung der Paulskirche, Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, Frankfurt del Meno, 1985, p. 30, destaca la continuidad significativa del desarrollo del derecho constitucional alemán desde la Constitución de la Iglesia de San Pablo, encontrando, sin embargo, también reservas, como en la reseña de Koch, en *Die Öffentliche, Verwaltung*, 1987, p. 263.

del artículo 79 de la ley fundamental, que sólo prohíbe cada modificación constitucional que afecte a la división de la Federación en entidades federativas, al principio de la cooperación de éstas en la legislación y a los derechos o principios fundamentales. De ahí que no fuese admisible restringir las facultades del *Consejo Federal* esencialmente, pues mediante él las entidades federativas cooperan en la legislación federal; pero sí se podría inferir teóricamente al Parlamento federal, al *Bundestag*, la facultad de elegir al jefe del gobierno e introducir la elección popular de él. Un sistema presidencial correspondería también al artículo 20 de la ley fundamental que prescribe un régimen democrático.

Tal reserva de los constituyentes de Bonn respecto a la descripción de la importancia de la Cámara de Diputados alemana, podría tal vez explicarse por el *carácter provisional* de la ley fundamental, que contiene la norma constitucional de que perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiese sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán, siendo este aspecto provisional también la razón de que se había evitado el término "Constitución" y preferido la denominación "ley fundamental". Pero tampoco la Constitución de Weimar había dicho algo sobre la naturaleza del Parlamento nacional, sino lo describió solamente de una manera indirecta para establecer que los diputados son representantes del pueblo en su conjunto y que el canciller y los ministros necesitan la confianza del Parlamento.

Una innovación esencial de la ley fundamental es la *moción de censura constructiva*, que puede ser realizada solamente en el caso de que el Parlamento elija simultáneamente a un nuevo jefe de gobierno. De esta manera se intentó prevenir que el canciller pierda su mayoría parlamentaria sin que los partidos políticos puedan convenir sobre la persona del nuevo jefe del gobierno, como sucedía muchas veces en la República de Weimar, cuando el Parlamento se excluyó a sí mismo del proceso de la decisión política y la dejó al presidente imperial que nombró al canciller según el artículo 53 de la Constitución de Weimar. El nuevo sistema de la moción de censura, integrada con la presentación de un candidato a la presidencia del gobierno, fue modelo también para el artículo 113 de la Constitución española de 1978.

## 2. La disolución del Parlamento federal

En la historia de la República Federal de Alemania, solamente en

un caso se logró elegir a un nuevo canciller federal mediante una moción de censura constructiva. Sucedió en el año 1982, cuando el partido liberal quitó la coalición con el Partido Social-demócrata bajo Helmut Schmidt y eligió a Helmut Kohl del Partido Demócrata-cristiano. Este proceso parlamentario corresponde, sin lugar a dudas, a la letra y al espíritu de la ley fundamental. A pesar de todo, tanto el gobierno nuevo como la oposición buscaron una posibilidad de nuevas elecciones, que propiamente los constituyentes querían prevenir por condiciones extraordinarias.

Se habían discutido las posibilidades de una disolución de la Cámara de Diputados alemana por primera vez en el año 1972, cuando el entonces canciller federal Willy Brandt había perdido su mayoría parlamentaria; pero también una moción de censura constructiva había fracasado. La ley federal solamente menciona la disolución del Parlamento como fin de un procedimiento complicado en los artículos 63 y 68. Entonces se fundó por primera vez en el artículo 68, en la medida de que el canciller federal pidió una moción de confianza con la intención francamente expresada de que el Parlamento le rechace, para obtener la facultad de proponer la disolución de la Cámara al presidente federal. El mismo procedimiento se prefirió en el año 1982 para posibilitar las elecciones en el comienzo del año siguiente.

La otra posibilidad constitucional que concede la ley fundamental en el artículo 63, es más complicada. Presupone que el canciller federal se retire y que fracasen tres ensayos de alcanzar la mayoría absoluta. En este caso, el presidente federal ni siquiera está obligado a disolver el Parlamento, sino que puede nombrar también a un canciller que sólo haya obtenido la mayoría simple de los diputados presentes.

Desde luego, ya se había constatado antes que dichas regulaciones constitucionales no pueden considerarse satisfactorias. Cuando no se quiere conceder el derecho de disolver el Parlamento al gobierno como en España y Gran Bretaña, queda solamente el remedio de otorgar la facultad al Parlamento mismo. Hace algunos años la *Comisión de Encuesta* de la Cámara de Diputados alemana había sometido la sugerencia de que la Cámara tenga la capacidad de *disolverse por una mayoría de dos tercios*.<sup>10</sup> Hubiese sido posible modificar la Constitución en este

<sup>10</sup> Schlugbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, *Bundestragsdrucksache 7/5924* (impreso del Parlamento federal), pp. 39 y ss. El dictamen de la Comisión de Encuesta fue publicado también en la serie del Bundestag "Zur Sache", 7/76. Cfr., Achterberg, Norbert, *Parlamentsrecht*, Tübingen, 1984, pp. 202 y ss. El Tribunal Constitucional de la Federación confirmó la disolución del Parlamento como la decretó el presidente federal (véase *supra* en el texto), pese a sus dudas

sentido, porque existía en 1982 una mayoría clara política en favor de elecciones nuevas; pero prevaleció la opinión de que no debe modificarse la ley fundamental sólo para resolver el problema de una situación política particular. Aunque tal argumento no puede convencer al tomar en cuenta que cada reforma constitucional es la consecuencia de una necesidad política actual, fue preferido el procedimiento complicado establecido en el artículo 68, como en el año 1972, aunque entonces la situación política fue distinta, pues en 1982 el canciller había obtenido una mayoría clara, que faltó diez años antes. El presidente federal, doctor Carstens, al fin y al cabo suprimió sus dudas severas que tenía como catedrático de derecho constitucional, disolvió la Cámara de Diputados alemana y abrió el camino a nuevas elecciones.

Al resumir la discusión acerca del tema de la disolución del Parlamento, cabe decirse que fue adecuado introducir una regulación clara

apenas disimuladas, también expresadas en la literatura, citada por Achterberg, *loc. cit.*, p. 203, nota de pie 14. La ley fundamental, en el capítulo acerca del gobierno federal, establece las siguientes normas que son decisivas para el problema de la disolución del Bundestag según el derecho constitucional vigente:

*Artículo 63 (Elección y nombramiento)*

(1) El Canciller Federal es elegido sin debate por el Parlamento Federal a propuesta del Presidente Federal.

(2) Resulta elegido el que reuniera los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal. El electo deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

(3) Si la persona propuesta por el Presidente Federal no resultare elegida por el Parlamento Federal, éste podrá elegir, por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

(4) Si en dicho plazo no se realizare la elección, se efectuará de inmediato otra votación, resultando elegido el que reciba la simple mayoría de los votos. Si el electo reuniera los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal deberá nombrarlo dentro de los siete días siguientes a la elección, si no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal dentro de los siete días, deberá nombrarlo o disolver el Parlamento Federal.

*Artículo 67 (Voto constructivo de desconfianza)*

(1) El Parlamento Federal no podrá expresar su desconfianza al Canciller Federal sino mediante la elección, por la mayoría de sus miembros, de un sucesor y solicitando del Presidente Federal el relevo del Canciller. El Presidente Federal deberá acceder a esta solicitud nombrando al que resulte electo.

(2) Entre la moción y la votación deberán transcurrir 48 horas.

*Artículo 68 (Voto de confianza, disolución del Parlamento Federal)*

(1) Si una moción de voto de confianza del Canciller Federal no fuere aprobada por la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal, a propuesta del Canciller, podrá disolver el Parlamento Federal dentro de un plazo de 21 días. El derecho a la disolución expirará tan pronto como el Parlamento por la mayoría de sus miembros elija otro Canciller Federal.

(2) Entre la moción y la votación deberán transcurrir 48 horas.

y entendible que no hiciera necesarios los procedimientos descritos, que podrían llamarse farsas o burlas que no corresponden al rango del Parlamento en una democracia constitucional. El temor de que el gobierno federal tenga demasiada potencia, cuando obtenga la facultad de decidir sobre el plazo de las elecciones, no está justificado, cuando se exige una mayoría de dos tercios de los votos de la Cámara de Diputados. Tampoco se puede decir que el diputado tiene el derecho ilimitable de quedar como miembro del Parlamento, hasta que éste termine su legislatura regular.

### 3. *El problema de las dietas*

La discusión de la pregunta respecto a si se concederá una asignación por ejercer la función del representante del pueblo, tiene raíces históricas en los comienzos de la democracia clásica en Grecia. Entonces, los intensos pleitos finalmente eran resueltos otorgando indemnizaciones a los participantes de las asambleas populares, para fomentar el funcionamiento de la democracia. Desde este punto de vista, en la Alemania del siglo XIX, la Constitución de Prusia de 1850 tuvo rasgos progresivos de establecer no sólo la inmunidad del diputado, sino también el pago irrenunciable de dietas para asegurar la independencia de los diputados; mientras, por lo general, la Constitución prusiana es considerada como modelo escolar negativo por haber fijado el sistema electoral de las tres categorías tributarias que representa lo opuesto de sufragios universales, directos, iguales y secretos. Estos elementos de un derecho electoral verdaderamente democrático, en cambio, fueron adoptados en la carta imperial alemana de 1871. Menos avanzada, sin embargo, fue la norma constitucional prohibiendo expresamente dietas o pagos al diputado. La razón de esta regulación fue la intención del canciller imperial von Bismarck de prevenir políticos profesionales en el Parlamento.

En el año 1906 se introdujo el pago de dietas a los diputados, después de que la jurisdicción había extendido la prohibición de dietas también a prestaciones de parte privada. Así, prácticamente se había excluido de la vida parlamentaria a los candidatos menos adinerados, presentados especialmente por los partidos laborales. De hecho, el relevo de la prohibición de dietas favoreció al Partido Social-demócrata de Alemania, que alcanzó la mayoría de los curules en las elecciones nacionales del año 1912.

En 1874 ya se había otorgado el uso gratuito de los ferrocarrileros a los diputados. Diez años después, en cambio, dicho privilegio fue limitado,

de una manera muy poco generosa, a los viajes entre el domicilio del diputado y la capital de Berlín. El texto de la Constitución de Weimar confirmó una regulación posterior sobre el derecho al uso gratuito de todos los ferrocarriles alemanes. La ley fundamental de Bonn lo extendió a todos los medios de transporte estatales.

Según el artículo 48, inciso 3, de la ley fundamental, los diputados tienen *derecho a una indemnización adecuada* que asegure su independencia. La ley federal acerca de los diputados de 1977 adoptó la reglamentación que había prescrito el Tribunal Constitucional de la Federación en su sentencia de 1975, el llamado fallo de dietas.

El Tribunal abandonó el principio de la exención tributaria antes vigente, considerándole solamente justificado cuando se partiera de la idea de que se trate meramente de indemnizaciones especiales por actuaciones parlamentarias, mientras que será una compensación por una profesión de tiempo completo la profesión del diputado.<sup>11</sup>

Aparte de las asignaciones, el diputado tiene derecho a prestaciones reales o financieras que se refieren inmediatamente al ejercicio de su función, como son los gastos de una oficina, el empleo de ayudantes y los equipos, que necesita no sólo para su trabajo en el Parlamento mismo, sino también para conservar las relaciones en su distrito electoral.

En México, los mismos textos constitucionales regulan las sanciones en contra de los diputados que falten en sesiones parlamentarias; por ejemplo, el artículo 64 de la Constitución mexicana de 1917 asienta que los diputados que no concurren a una sesión sin causa justificada o sin permiso de la Cámara respectiva, no tendrán derecho a la dieta correspondiente el día en que falten. Cuando ellos falten diez días consecutivos, como rige la norma constitucional mexicana, se supone que el diputado en cuestión renuncia a su escaño en virtud de que su suplente se hace cargo del escaño. En España y en la República Federal de Alemania estas cuestiones son objeto de los reglamentos parlamen-

<sup>11</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación del 5 de noviembre de 1975 es objeto de múltiples discusiones controvertidas. El mismo juez constitucional Seuffert criticó por voto disidente la tendencia de la mayoría de los jueces que consideran la diputación como una carrera especial del servicio público, publicado también en la *colección oficial* de los fallos constitucionales, tomo 40, p. 335. Cfr., especialmente, Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber: Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, 1984, pp. 96 y ss. En los debates parlamentarios sobre la nueva ley sobre las dietas deploraron muchos diputados que el Tribunal les había prescrito todos los detalles esenciales (*Protocolos del Bundestag de la sesión del 10 de julio de 1976*, p. 18415).

tarios, cuya promulgación está constitucionalmente encargada a los mismos parlamentos.

#### 4. Control parlamentario

El control parlamentario se realiza a través de acciones parlamentarias en tres niveles: primero, en el momento de la formación del gobierno; segundo, durante el funcionamiento de éste, y tercero, como uno de los modos de terminación de su mandato. La formación y el cese del gobierno ya se han discutido en el contexto del problema de la disolución de la Cámara de Diputados alemana.

Por lo general, se distingue estrictamente entre la *función legislativa* y la *función fiscalizadora* del Parlamento. La diferencia entre dichas dos funciones puede ser útil para describir mejor el régimen parlamentario; pero, en el fondo, no existe un antagonismo real, pues la legislación representa una medida del control parlamentario anticipado. Este aspecto es obvio en sistemas presidenciales, como en los Estados Unidos, en donde por razones entendibles el presidente a veces trata de prevenir una ley que amenaza limitar sus facultades constitucionales, por su veto. Pero tampoco en sistemas parlamentarios se debe descuidar este aspecto del control anticipado.

La *pregunta y la interpelación* —en alemán se habla de “pregunta pequeña” y “pregunta grande”; en el Parlamento de Baviera se usa también la denominación *Interpellation*— son dos manifestaciones centrales del régimen parlamentario y tienen distinta finalidad y efectos diferenciados. Contestada la pregunta, se termina el trámite sin debate y sin más consecuencias. Por el contrario, la interpelación tiene mayor trascendencia y produce debate sobre el tema tratado, en el cual pueden participar los demás grupos parlamentarios.

La *hora de las preguntas* o el turno de ruegos y preguntas está regulado en el Reglamento de la Cámara y por directrices especiales, que conceden al diputado individual el derecho de hacer preguntas breves singulares. De esta manera, cada diputado por sí solo puede ejercer su derecho fiscalizador sin apoyarse en su grupo parlamentario. Se trata de una excepción de la regla principal del Reglamento que cada presentación necesita: por lo general, las firmas de un grupo parlamentario con *status* de fracción o de cinco por ciento de los miembros de la Cámara de Diputados. “Presentaciones”, en el sentido de dicha norma del Reglamento, no solamente son proyectos de ley, todas las formas de

solicitudes importantes e interpelaciones, sino también preguntas regulares.

Cabe decirse que hubo horas de las preguntas que obtuvieron importancia histórica. En tres días del mes de noviembre de 1962, dieciocho preguntas apuntadas de seis diputados de la oposición y muchas preguntas adicionales sobre el asunto de la revista *Der Spiegel*, la cual fue acusada indebidamente por traición al país, condujeron inmediatamente al retiro del entonces ministro de defensa Straub. Las experiencias respecto a tales horas de preguntas fueron la razón de introducir en el año 1965 la llamada *hora actual*, pues se había enseñado que las regulaciones acerca de la hora de las preguntas son demasiado rígidas, por no conceder al diputado la oportunidad de declaraciones propias.<sup>12</sup>

Mientras que el derecho de preguntas e interpelaciones no está consagrado expresamente en la ley fundamental, contiene prescripciones sobre otra medida importante del control parlamentario, las *comisiones de investigación* según el modelo del artículo 34 de la Constitución de Weimar de acuerdo con la sugerencia de Max Weber. El artículo 44 de la ley fundamental otorga al Parlamento el derecho y la petición de una cuarta parte de sus miembros; es su deber el nombrar comisiones investigadoras que reúnan las pruebas necesarias en sesión pública. A las prácticas de prueba se aplicarán análogamente las disposiciones relativas al proceso penal. Esta regulación constitucional ha causado varias dificultades en la *praxis*, las cuales fueron discutidas, por ejemplo en el año 1986, muy detenidamente sobre la publicidad. El Tribunal Constitucional de la Federación tuvo que decidir sobre la delicada cuestión de si la Comisión de Investigaciones podría solicitar que se le entregasen protocolos secretos de una sociedad mercantil. La sensación pública se fundó en la circunstancia de que se trató de la sociedad *holding* de la Federación Sindical Alemana, cuya constructora benéfica había sido afectada por un escándalo financiero. El gerente de la sociedad *holding* fue detenido por haber negado la declaración como testigo citado por la Comisión de Investigaciones, al salir de un congreso sindical. La sociedad *holding* había negado los protocolos del Consejo de Administración, cuyos miembros son los líderes de los sindicatos, para no publicar detalles sobre los fondos sindicales. El Tribunal ordenó la entrega de los protocolos a la Comisión, pero simultáneamente la obligó respetar las normas de guardar secreto meticulosamente.

<sup>12</sup> Busch, Eckart, *Parlamentarische Kontrolle, Ausgestaltung und Wirkung*, 2ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 126 y ss.

Falta todavía una ley sobre el procedimiento de las comisiones investigadoras, como lo había propuesto la Comisión de Encuesta acerca de la reforma constitucional. Con toda razón se había destacado que tales comisiones y los tribunales no pueden observar principios mismos o semejantes del proceso, pues un proceso judicial debe ser imparcial y neutral, mientras que las investigaciones de una comisión parlamentaria en el fondo son nada más una serie de discusiones pleitosas políticas, siendo completamente distintas de los debates objetivos en las comisiones de materias especiales, cuyas sesiones no son públicas. Los pleitos políticos dentro de la Comisión de Investigaciones se fundan en la circunstancia de que, por un lado, espera ventajas de las informaciones buscadas, y por el otro, trata de prevenir investigaciones desfavorables para él. Los frentes no son siempre los mismos, sino se cambian según las cuestiones tratadas en el caso particular. De ahí se puede entender que, generalmente, los resultados de las investigaciones calurosamente discutidas no valen la pena. La regla es que se publica una relación de la mayoría y otra de la minoría. Es verdad que ésta tiene el derecho importante de exigir una comisión investigadora; pero no puede dirigir las investigaciones como lo quiera, sino debe restringirse a la satisfacción de que el escándalo discutido haya ocupado a la publicidad durante algún tiempo.

La *Comisión de la Defensa*, según el artículo 45, *a*, de la ley fundamental, tiene los derechos de una comisión investigadora dentro de su competencia para guardar los secretos militares.

A los asuntos de la defensa se refiere otro artículo más, insertado asimismo en la ley fundamental posteriormente. El artículo 45, *b*, prescribe la elección de un comisionado de la Cámara de Diputados alemana para defender los derechos fundamentales y con carácter de órgano auxiliar de la Cámara en el ejercicio del *control parlamentario*. Este término se usa sólo una vez en la ley fundamental.

Las *comisiones de la encuesta* no están mencionadas en la ley fundamental; se difieren principalmente de todas las demás comisiones parlamentarias. Sus miembros pueden ser expertos sin ser diputados. Las discusiones comúnmente son objetivas y no se refieren a las funciones actuales del Parlamento, sino se dedican a asuntos principales, como la reforma de la ley fundamental, como ya hemos mencionado. Dicha Comisión de Encuesta también elaboró sugerencias para el trabajo de comisiones de encuesta, especialmente respecto a su consagración constitucional y un orden de su procedimiento, asegurando sus facultades de obtener las informaciones necesitadas. En el mes de enero de 1987

fue publicado un dictamen voluminoso sobre las oportunidades y los riesgos de la tecnología a los genes.

Un campo crucial en donde se realiza la función fiscalizadora es el *control financiero*. Puesto que, según Cicerón, las finanzas son los nervios del Estado, el *nervus rerum*, se trata de una tarea decisiva el establecer el presupuesto que solamente puede efectuarse por una cooperación estrecha entre el gobierno y el Parlamento. El presupuesto fija principalmente los límites de los gastos públicos; el ministro de Hacienda tiene derecho de conceder recursos en casos urgentes, de una necesidad imprevista e ineludible, como está asentado en el artículo 112 de la ley fundamental. Mientras que al comienzo de la historia del parlamentarismo los diputados habían seguido su obligación principal de limitar gastos innecesarios del príncipe, en la actualidad muchas veces los parlamentos enseñan la tendencia de gastar más dinero que el mismo gobierno estime admisible. De ahí se puede explicar que, según el artículo 113 de la ley fundamental, requieren su aprobación aquellas leyes que eleven los gastos del presupuesto sugeridos por el gobierno federal o que impliquen nuevos gastos o los involucren para el futuro.

#### IV. COOPERACIÓN DEMOCRÁTICA DENTRO DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

##### 1. *División de poderes y reserva de la ley*

Al discutir algunos rasgos fundamentales del régimen parlamentario llamó la atención que la función del control parlamentario, aun, sin lugar a dudas, siendo un principio crucial de la Constitución, no siempre corresponde al esquema continental-europeo del gobierno parlamentario que centra la relación entre un gobierno que gobierna y un Parlamento que controla. Se trata de un antagonismo que no existe en la terminología inglesa, que abarca también el Parlamento por la palabra *government*, es decir, gobierno.

La doctrina del liberalismo clásico partió de la opinión simplista de que fuese necesario separar los poderes públicos para garantizar la libertad del individuo; según las palabras famosas de Montesquieu: "para que no pueda abusarse del poder, es preciso, que por disposición misma de las cosas, el poder detenga el poder." De ahí que se llegó a la conclusión errónea de que la unidad del poder público fuera algo dado por sí mismo, que se debería separar para posibilitar la libertad del ciudadano, que se consideró como posible solamente en un rincón no accesible al poder público. En verdad, la unidad del poder

público es el resultado de esfuerzos indispensables de coordinación, fundándose en los principios de la democracia y del Estado de derecho. El mismo Montesquieu había expresado la necesidad de consenso y compromiso político en su obra *Pensées*. Las modificaciones del texto primitivo, que realizó en el curso de la redacción al adoptar dicha idea en su obra principal, *El espíritu de las leyes*, no significan que hubiese querido abandonar su convencimiento original, sino que se trató de un lenguaje muy usual en su época de las grandes investigaciones de las ciencias naturales, al describir las fuerzas físicas y el paralelogramo de éstas. Según las teorías del Estado, que ya prevalecieron en la Antigüedad y en la Edad Media, una colaboración de funciones públicas hacia un fin común era considerada como indispensable para la existencia de la comunidad.<sup>13</sup>

La supremacía del Parlamento en un sistema democrático se funda en la idea de la soberanía popular. Sin embargo, las relaciones entre gobierno y Parlamento, así como entre ellos y el Poder Judicial, son demasiado difíciles y diferenciadas para abarcarlas mediante meras categorías de rango y subordinación. Hay múltiples doctrinas que deducen resultados relevantes de la idea de la supremacía del Parlamento. Conviene restringirse a un aspecto de tales discusiones que todavía desempeña un papel importante en la *praxis* jurídica, es decir, a la *doctrina de la reserva de la ley*, que contiene también la Constitución española, pero sin dar una definición, mientras que en Alemania la ley fundamental ni siquiera la menciona.

En la doctrina alemana parece dominar todavía la tesis de reserva de la ley total, en el sentido de que cada acto de la administración pública debe fundarse en una norma legal, no importando si se trata de una intervención o de una prestación pública. En el caso de una intervención es obvio que necesita la autorización de una ley específica; pero cuando se trata de prestaciones, especialmente para garantizar la subsistencia vital, la situación es distinta. La reserva legal estrictamente entendida se deriva de varios principios, como son la soberanía orgá-

<sup>13</sup> Lange, Ulrich, "Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu", en la revista *Der Staat*, 1980, pp. 213 y ss., esp. p. 217. Cfr., también especialmente, Sánchez Agesta, Luis, *Principios de la teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976, pp. 462 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, pp. 15 y ss.; Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt del Meno, 1971, pp. 232 y ss.; Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado* (traducción del alemán por Héctor Fix-Fierro), México, 1985, pp. 321 y ss.; Horn, Hans-Rudolf, "República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución", en *La Constitución y su defensa*, México, 1984, pp. 569 y ss., pp. 606 y ss.

nica del Parlamento, la idea del Estado de derecho, la división de poderes, la interdependencia de intervenciones y prestaciones, el principio de la igualdad, abarcando a los actos tanto onerosos como favorables, y la jerarquía normativa, que garantizará la primacía del Parlamento.<sup>14</sup>

Sin subestimar la importancia de los argumentos discutidos del principio de la legalidad de la administración, cabe decirse que la teoría de la obligatoriedad absoluta de la reserva legal parece perder su influencia con toda razón. Se adelanta la convicción de que el Poder Ejecutivo tiene originalmente competencias propias, fundadas en la Constitución, que permite actividades públicas no sólo dentro de determinadas normas legales específicas sino también más allá de ellas. En casos de emergencias imprevistas, las autoridades competentes deben apoyarse en facultades originarias para poder prestar la ayuda necesaria a los ciudadanos afectados, sin esperar hasta que se despida una ley que regule precisamente las prestaciones para las necesidades en el caso particular.

Las doctrinas que fundan la reserva de la ley total en el principio de la democracia parten, erróneamente, de la idea de que el Parlamento tuviese el monopolio de la legitimación democrática. En realidad, no se debe descuidar la posibilidad de una *mediación de la legitimación democrática* que se extiende al Ejecutivo, cuyo jefe es elegido por el Parlamento y es responsable ante él. En un sistema presidencial no surgen problemas teóricos de esta manera, puesto que tanto el presidente como los diputados son elegidos por el pueblo mismo.

Sin dejar aparte la supremacía del Parlamento, cabe decirse que la relación entre legislación y Ejecutivo, así como entre estos dos y el Poder Judicial, estará regida por una *cooperación democrática*, como lo describió el actual juez constitucional Böckenförde en una publicación del año 1964.<sup>15</sup>

La idea de tal cooperación democrática corresponde a los resultados del derecho comparado constitucional y las ciencias políticas. El problema de la división de poderes se ha tratado bajo la luz del proceso de decisión. En la medida en que se atribuye a cada órgano o agencia de decisión una función específica con cierto rigor, se puede hablar de una división de funciones que tiene un sentido un poco más profundo

<sup>14</sup> Cfr., Achterberg, *loc. cit. supra* nota 10, pp. 337 y ss., apuntando a un sinnúmero de publicaciones sobre el tema. Respecto a España véase Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 292 y ss., esp. p. 364.

<sup>15</sup> Böckenförde, Christoph, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, pp. 59 y ss.

que lo que significaría una simple división del trabajo.<sup>16</sup> En el mismo sentido se suele preferir el término *división de funciones* al término “división de poderes”.<sup>17</sup>

## 2. La participación en sufragios como cooperación democrática

El concepto de la cooperación democrática desempeña un papel importante, no solamente para describir las relaciones de los poderes públicos entre sí, sino también la participación del pueblo en la democracia viva. El derecho eminente del ciudadano democrático es participar en elecciones, aunque, desde luego, la soberanía popular no se limita a los sufragios que tienen lugar cada cuatro o cinco años.

El problema del *abstencionismo* se discute en muchas partes del mundo como señal dudosa de la falta de adhesión popular al sistema político. Asimismo, en la República Federal de Alemania, ya se hablaba de un abstencionismo peligroso, refiriéndose otra vez a las ya citadas “sombras de Weimar”. En los últimos sufragios federales de enero de 1987, la participación alcanzó el 84.4 por ciento, en lugar del 89.1 por ciento en 1983. Este retroceso, junto con los éxitos electorales del partido ecologista, llamados “Los Verdes”, que obtuvieron 8.3 por ciento de los votos, fueron deplorados muy seriamente en algunos comentarios, como también en un simposio acerca de la cultura cívica realizado en el mes de febrero de 1987 en Mainz, la capital de Renania-Palatinado. Con toda razón, las opiniones de que se debería pensar en el desastre de la República de Weimar, fueron rechazadas por los representantes de los grandes partidos políticos. La doctora Hanna Renate Laurien, antes ministro de Educación en Mainz y actualmente de la Democracia Cristiana en Berlín, apuntó al consenso básico vivo de la República Federal de Alemania. El gerente federal del Partido Social-demócrata, Peter Glotz, refutó las tendencias de un llamado “catastrofismo”, expresadas por algunos participantes del simposio mencionado.

Cuando se toman en cuenta las realidades políticas en el mundo contemporáneo, inclusive en México, el hablar de un abstencionismo en el caso de una participación electoral de casi 85 por ciento de la población completa parece absurdo. Ciertamente, una participación electoral entre 60 y 70 por ciento —según Luis Sánchez Agesta— ya significa un sentimiento de adhesión al sistema democrático,<sup>18</sup> sin que se pudiera decir

<sup>16</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 6ª ed., 1976, pp. 461 y ss.

<sup>17</sup> Achterberg, *loc. cit. supra* nota 10, pp. 341 y ss.; *idem*, *Probleme der Funktion-entlehre*, p. 114.

<sup>18</sup> *Loc. cit. supra* nota 16, p. 288.

que una tasa menor fuese automáticamente la prueba de una cooperación democrática insuficiente. En países tradicionalmente democráticos como Suiza y Estados Unidos, menos de la mitad de la población participan en elecciones federales.

Por otra parte, naturalmente, sería peligroso subestimar las señales obvias del descontento del parlamentarismo y asegurar que las “*sombras de Weimar*” sean superadas para siempre. Por ello, se expresó la hostilidad frente al parlamentarismo en la denominación desdeñosa por el Parlamento imperial *Schwatzbude*, palabra que tal vez se podría traducir por “tinglado del parloteo”.

### 3. Miseria y esplendor del parlamentarismo moderno

La publicidad del trabajo parlamentario desempeña un papel importante en un sistema democrático, pues es el presupuesto de una relación estrecha entre el pueblo y su representación. Desgraciadamente, las posibilidades modernas de la telecomunicación no solamente tienen ventajas, sino también desventajas obvias en el sentido de que provocan la impresión de que los debates parlamentarios son nada más que polémicas entre algunos pocos diputados, mientras que la mayoría de ellos no cumplen sus deberes de presencia, como demuestran los asientos vacíos que enseñan las cámaras televisoras. La televisión alemana tiene el acceso más libre cuando se compara la situación con otros países. Notoriamente, por ejemplo, el Parlamento inglés no admite la televisión en ningún caso; también en el Bundestag hubo voces que exigieron la exclusión de la misma. Aunque no se puede dudar que el parlamentarismo aparece en mala luz, cuando el público está forzado a participar en pleitos parlamentarios desagradables, mirar los asientos vacíos y saber de nuevos aumentos de las dietas —decididas por los mismos diputados—, no es probable que el Parlamento mismo pudiera dirigir las actividades de la televisión, que junto con la prensa se ha llamado “el cuarto poder”, a veces más poderoso que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La ausencia de los diputados que propiamente tendrían que estar presentes, tiene múltiples razones. El problema de los curules vacíos está conectado con cuestiones cruciales del parlamentarismo actual, especialmente la transparencia de los procesos de decisión. Las decisiones fundamentales no suceden en el pleno del Parlamento, sino antes, en las deliberaciones de las *comisiones parlamentarias*; estas mismas preparadas en los grupos parlamentarios, que también tienen de su parte gremios de expertos que siguen las directrices de su partido. Por eso, en el fondo,

no se puede vituperar al diputado que no tiene tiempo suficiente para escuchar otra vez los argumentos que ya conoce de memoria, y por tanto prefiere trabajar en su oficina, participar en la sesión de una comisión o un gremio o discutir con los electores de su distrito.

Como remedio para la enmienda de la publicidad del trabajo parlamentario, se ha propuesto que las comisiones parlamentarias negocien públicamente. Prescindiendo de que esto es posible en cada momento, según el Reglamento actual, no puede decirse que esta forma de publicidad siempre sería útil, pues en la mayoría de los casos los asuntos son demasiados complicados para alcanzar el interés público. Parece preferible extender las informaciones por escrito, por ejemplo, por publicar más relaciones sumarias sobre todas las formas del trabajo parlamentario, destinadas especialmente para escuelas y universidades, comentarios sobre eventos actuales del Parlamento, etcétera. Con toda razón se ha destacado la importancia de que se ofrecen los protocolos parlamentarios en forma atractiva, como es usual en Inglaterra.

Los esfuerzos para enmendar el *trabajo parlamentario* y el *prestigio de la representación popular* deben ser vistos como parte de una dirección política que tiene la función de expulsar las citadas actitudes anti-parlamentarias que habían favorecido al movimiento nacionalsocialista. Según investigaciones demoscópicas, el Parlamento federal no goza de un prestigio grande con la mayoría de la población. Una razón es la falta de comprensión frente a los eventos políticos. A muchos disgustan las disputas y polémicas de los políticos. Quien se asusta en un debate político controvertido entre los partidos, sin embargo, debe preguntarse si preferiría un gremio de mera concordancia y armonía, como lo fue el llamado Parlamento imperial durante la época del "Tercer Reich", el cual se reunió primordialmente para escuchar las declaraciones del "caudillo y canciller imperial" y cantar juntos el himno nacional.

El parlamentarismo alemán merece mejores calificaciones por los jornaleros, comentaristas y profesores que le critican indebidamente. El Parlamento federal seguramente no siempre cumple sus funciones de una manera perfecta, despidiendo todavía demasiadas leyes que deben ser modificadas y completadas después. Pero lo que importa es la circunstancia de que no acepta ciegamente los proyectos del gobierno federal, sino se concentra en su tarea de despedir las leyes indispensables para conservar el Estado de derecho social y los fundamentos financieros.

También respecto al *control parlamentario*, que en parlamentos modernos llegó a ser en primer lugar un *derecho de la minoría*, no se puede hablar de deficiencias insoportables, cuando se compara la situación con

sistemas democráticos tradicionales. En Francia, por ejemplo, a pesar de su doctrina tradicional de la supremacía del Parlamento, uno no podría imaginarse que los ministros del gabinete, inclusive su jefe de él, sean citados y encuestados tan inexorablemente como sucede en las comisiones de investigación alemanas en sesiones públicas.

#### 4. *El sistema federativo y el Consejo federal*

El control político del gobierno central no es el monopolio del Parlamento. En Estados federales desempeñan papeles similares, o hasta más importantes, las estructuras del federalismo, cuyo desarrollo merece consideraciones más detalladas. Los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania subrayan, por sus denominaciones oficiales, su estructura federal. En ambos países existían opiniones erróneas, acerca de que el federalismo es un sistema impuesto o importado.<sup>18 bis</sup>

El imperio alemán de 1871, que excluyó la monarquía austríaca, era una Estado federal. El primer ministro de Prusia, al mismo tiempo, tuvo la función de canciller del imperio. El "Consejo Federal" (*Bundesrat*) era el órgano más importante; estaba compuesto por representantes de los príncipes alemanes y de las ciudades libres. Podía dejar sin efecto por su voto todas las leyes promulgadas por el Parlamento libremente elegido. En la República de Weimar no existía una representación tan poderosa de las entidades federativas que habían perdido sus príncipes. Frecuentemente se desconoce que la Constitución de Weimar era mucho menos federativa que el imperio alemán de 1871. Bajo la dominación del nacional-socialismo, los estados se convirtieron en meros distritos administrativos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania fue dividida por las cuatro fuerzas aliadas, que siguieron políticas propias en su zona de ocupación respectiva. Los americanos fueron los primeros que formaron entidades federativas. Los primeros ministros de los Estados en las zonas americana, inglesa y francesa decidieron formar un "Consejo Parlamentario" (*Parlamentarischer Rat*), formado por diputados de los parlamentos estatales, para preparar una Constitución provisional. La ley fundamental de 1949 fue el resultado de estos esfuerzos.

El sistema del Consejo Federal, consagrado con la ley fundamental, es

<sup>18 bis</sup> Cfr., respecto a las exposiciones siguientes, Horn, Hans-Rudolf, "Legitimación y límites del Poder Ejecutivo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 37, 1980, pp. 53 y ss., especialmente pp. 81-93, con varias indicaciones de literatura.

el resultado de un compromiso de los constituyentes. Se rechazó la supremacía del Consejo Federal, que existió en el imperio de 1871, y se adoptó la llamada "solución atenuada" del Consejo Federal. Éste tiene la facultad de participar en toda forma de legislación; sólo determinadas leyes necesitan, en cambio, su aprobación; sus miembros no son elegidos por los habitantes de un estado, como los senadores, sino que son los ministros de los gobiernos de las entidades federativas o sus mandatarios. La ley fundamental otorga a cada estado por lo menos tres votos (artículo 51). Los estados con más de dos millones de habitantes, tienen cuatro, y los estados con más de seis millones, cinco votos. Cada estado envía tantos representantes como votos tiene; sin embargo, éstos sólo pueden votar unánimemente. Berlín tiene cuatro votos; pero, por la reserva de las fuerzas aliadas al aprobar la ley fundamental, sus votos no cuentan cuando se refieren a asuntos que tienen eficacia exterior, es decir, leyes, contratos internacionales, etcétera. La misma regla tiene vigencia respecto de los diputados berlineses.

Aunque las facultades del Consejo Federal no se pueden equiparar a las de un Senado en el sistema del bicameralismo, juegan papeles políticamente importantes.

Antes de remitir un proyecto legal a la Cámara de Diputados, el gobierno federal tiene que someterlo al Consejo Federal, para que éste tenga la oportunidad de expresar su actitud sobre la iniciativa legislativa, dentro de 6 semanas (artículo 76 de la ley fundamental). Su decisión es preparada por comisiones especiales de cada materia legislativa, como por ejemplo la Comisión del Trabajo y Orden Social, de la Hacienda, etcétera. En las comisiones del Consejo Federal, por lo general no actúan los propios miembros del Consejo, sino otros funcionarios competentes. Sólo el presidente de la Comisión suele ser un ministro de un estado. Los gobiernos estatales pueden contribuir con sus experiencias de administración, pues los estados-miembros asumen las leyes federales como asuntos propios (artículo 83). En muchos casos, el gobierno federal asiente a las recomendaciones del Consejo Federal al remitir el proyecto a la Cámara de Diputados. Ésta tampoco descuida las advertencias de los expertos de la administración local, sin razones importantes. Las recomendaciones del Consejo Federal no se limitan a críticas generales, sino que articulan modificaciones textuales al proyecto legal. Prevalcen en el trabajo regular del Consejo Federal los casos sobre los cuales no existen controversias desde el punto de vista político. La causa de las divergencias puede ser que los expertos de una materia no están de acuerdo con los de otra; por ejemplo, pueden hacer prevalecer

sus intenciones los expertos de hacienda, pues no solamente disponen de conocimientos detallados sobre las partidas del presupuesto, sino que tienen más influencia en la distribución de los recursos públicos. La cuestión de cómo el gobierno estatal votará en el pleno del Consejo Federal, muchas veces no es resuelta por el Consejo de Ministros, sino por sesiones de los funcionarios de todas las secretarías, que se realizan antes de cada sesión del Consejo Federal. Puesto que dicho trabajo legislativo tiene lugar a un nivel primordialmente burocrático, es casi desconocido públicamente, y aun por los juristas que no se dedican al derecho público. En realidad se trata de un procedimiento eficaz del federalismo cooperativo.

La importancia —obviamente política— del Consejo Federal, se funda en su atribución de vetar una ley aprobada por la Cámara de Diputados. Los constituyentes probablemente no previeron que mucho más de la mitad de las leyes necesitarían de la aprobación del Consejo Federal, al establecer que todas las leyes referentes a la hacienda de los estados y al procedimiento administrativo pertenecen a esta categoría.

El principio del federalismo goza de la protección especial de la ley fundamental, la cual prohíbe una reforma constitucional que toque a la estructura federal y a la participación de los estados en la legislación federal.

El federalismo no puede ser un instrumento para librar a la política de los conflictos, sino que significa regulación institucional de esos conflictos y tensiones, por una síntesis que no puede tener la meta de aniquilar los contrastes, sino de ordenarlos por un diálogo permanente, en una dialéctica abierta, fundándose en la lealtad federal.

El renombrado comentarista de la ley fundamental y actual segundo presidente del Tribunal Constitucional de la Federación, Román Herzog, ha llamado al sistema federal alemán “nuestro artículo de exportación decisivo constitucional”. Se puede advertir —especialmente en países unitarios— un interés creciente en las estructuras federativas, como forma de resolver problemas que no puede arreglar el poder central. El autor francés d'Ohson, en 1962, exigió que Francia fuera una república federal, democrática y social, refiriéndose a los modelos suizo y alemán, pues considera a las instituciones federales como el origen de la prosperidad y equilibrio de un país en donde se había descubierto un régimen verdaderamente democrático. Actualmente, en muchos países del mundo crecen los esfuerzos políticos por adoptar elementos federales. En Francia e Italia se crearon regiones, como primeros grados del federalismo. Se discuten soluciones similares en Portugal, Gran Bretaña,

Bélgica, Checoslovaquia, que ya concedió ciertos derechos de autonomía a los slovaques; pero también en países de África y Asia. En países que ya tienen estructuras federativas, se dedican estudios detenidos a las instituciones federativas alemanas, como en Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Yugoslavia y otros.

#### V. DESDE EL RECHAZO HISTÓRICO A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

##### 1. *El desprecio histórico frente a los partidos políticos*

La actitud de rechazo frente a los partidos políticos, divulgada en muchos países, tiene múltiples razones que se pueden explicar por las actividades de ellos mismos en la actualidad. No obstante, resulta una tarea fascinante indagar las raíces históricas del desprecio de los partidos hasta la antigüedad. Aquí parece suficiente apuntar a la época de la Ilustración como la fuente del constitucionalismo moderno, donde se consideró a los partidos, por sus rasgos a veces menos racionales, como contradicciones insoportables a la razón y la voluntad general. La aversión común en contra de las particularidades de la vida política fue articulada no solamente por poetas, escritores satíricos<sup>19</sup> o filósofos, tal vez motivados por el anhelo irracional de un mundo raro, dominado por la armonía y concordancia, sino también por los pensadores de la teoría política y del derecho constitucional, ya que los mismos políticos expresaron su desprecio frente a los partidos en el curso de la época nueva.

Los constituyentes en Europa y América, partiendo de las ideas del liberalismo, estaban dominados por el temor "al peligroso vicio del espíritu de partido", como dijo Pedro Molina, uno de los diputados más renombrados del Primer Congreso Constituyente Centroamericano de 1823-1824, que habló de "partidos o más bien facciones, perniciosas siempre a un Estado libre".<sup>20</sup> En los Estados Unidos de América, Hamilton había llamado a los partidos: "contrarios a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes y generales de la comunidad." Para los constituyentes de Filadelfia esta idea fue la razón de introducir

<sup>19</sup> Cfr., mis "Reflexiones comparativas sobre consenso real y partidos políticos", en *Anuario Jurídico*, México, IX, 1982, p. 121. Una narración satírica muy impresionante contiene el libro de Jonathan Swift, *Los viajes de Guilliver*, en el cual describe una isla de caballos sabios y felices que no conocen ni disputas ni partidos ni crímenes ni dolor, siguiendo exclusivamente a la razón.

<sup>20</sup> García Laguardia, Jorge Mario, *La Constitución y su defensa*, México, 1984, p. 685.

un sistema de electores, en lugar de la elección directa del presidente, todavía vigente hasta la actualidad; pues se había supuesto que de esta manera se pudiese excluir la influencia de partidos al evento crucial de la república, la elección del jefe del Estado y del gobierno.

La actitud de rechazo frente a los partidos políticos prevalecía hasta el primer tercio de este siglo en la teoría del Estado. Jorge Jellinek opinó en su famosa *Teoría general del Estado*, en el año 1919, que la vida de los partidos tiene tantos elementos extraños e impredecibles que es imposible describirlos desde el punto de vista científico.<sup>21</sup> Henrique Triepel, quien dedicó fructíferas investigaciones al problema de los partidos, los llamó "fenómenos extraconstitucionales", cuyas decisiones son expresiones de cuerpos sociales ajenos al organismo del Estado, sin compromiso ni trascendencia.<sup>22</sup>

## 2. La constitucionalización de los partidos políticos

A pesar de las mencionadas objeciones contra los partidos políticos que al comienzo de su historia fueron perseguidos como asociaciones criminales en muchos países hasta el siglo xx, su constitucionalización, como fin natural del desarrollo político, ya fue prevista por algunos escritores, especialmente por el mismo Triepel, quien no escondió su espanto respecto a su propia profecía.

Uno de los primeros que postuló francamente, sin reservas mentales y sin deplorar tal desarrollo, fue Hans Kelsen, cuyas obras, que no se refieren a su famosa *Teoría pura del derecho*, merecen más atención. Con toda razón, destacó la idea esencial de que el rechazo rotundo de los partidos políticos es nada más que la expresión de la hostilidad frente a la democracia misma;<sup>23</sup> habló, en este contexto, de la necesidad de una *racionalización del poder* usando el mismo término que aquel que le sirvió para fundar la justicia constitucional, realizada por primera vez en el Tribunal Constitucional austriaco de 1920, que llamó orgullosamente

<sup>21</sup> Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 1919, p. 114, mientras que Schmidt, Richard, *Allgemeine Staatslehre*, 1901, pp. 238 y ss., ya había descrito la necesidad de los partidos y también de polémicas políticas; *cfr.*, especialmente Leibholz, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 4ª ed., Frankfurt del Meno, 1974, pp. 84 y ss., y *passim*, siendo el autor el protagonista más destacado de una teoría realista de los partidos políticos.

<sup>22</sup> Triepel, Heinrich, *Staatsverfassung und politische Parteien*, 1928, pp. 24 y ss.; en un sentido semejante, también Lachenal, *Le Parti Politique*, Basiles, 1944, p. 152.

<sup>23</sup> Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, nueva imprenta a la 2ª ed. de 1929, 1963, pp. 19 y ss.; *cfr.*, mi aportación al *Libro de homenaje para Héctor Fix-Zamudio*, Justicia constitucional y consenso básico, México.

“su hijo favorito”. Todavía no cabe decirse que, comúnmente, esté reconocida la convicción de que los partidos políticos representan partes integrantes de la cultura cívica.

En el Parlamento, el diputado individual, por lo general mediante su grupo parlamentario, obtiene la oportunidad de cooperar en el proceso de la decisión parlamentaria. El principio de la independencia del diputado, consagrado constitucionalmente, en la práctica no puede ser tomado por absoluto. En la mayoría de los casos, el diputado participa primordialmente en la formación de la voluntad de su grupo parlamentario, después en el Parlamento y sus comisiones. Los debates que conceden la oportunidad de expresar nada más que convicciones personales representan excepciones. El procedimiento de consideración, discusión y exposición de ideas políticas, primero dentro del propio grupo parlamentario, tiene la ventaja obvia que lleva consigo cierta diligencia y premeditación. De esta manera, el Parlamento, en su conjunto, es protegido en contra de opiniones menos fundadas y emociones incomprensibles, que no puedan dar orientación ni al gobierno ni a la publicidad.

Algunas críticas frente a los partidos políticos que se pueden escuchar también de parte de muchos diputados, parten todavía de una visión del Parlamento que tal vez correspondía a los siglos pasados, si en algún tiempo verdaderamente hubiese existido un Parlamento de tal manera. De todo alcance, en la actualidad sería ficticio imaginarse diputados aislados que sigan exclusivamente sus convicciones muy personales fundadas en sus propios estudios, y vean su función primordial en luchar juntos en contra del predominio del gobierno. Una condición indispensable de la libertad absoluta del diputado individual sería una independencia económica absoluta, como, por ejemplo, la posibilidad de retirarse a su hacienda cuando el negocio político no guste más al diputado en cuestión. Tales criterios no parecen adecuados para caracterizar una democracia verdadera.

Muchas veces se deplora que ya antes de los debates parlamentarios se constate su resultado, siendo esta circunstancia una razón de que los debates ni interesan a los diputados mismos ni a la publicidad. Es verdad que los debates en el *Parlamento Nacional de la Cuarta República Francesa* fueron más fascinantes, especialmente por la razón de que todavía no se sabía en la mañana si en la noche el gobierno seguiría ejerciendo su cargo después de un discurso fulminante de un diputado de la oposición. Los mismos franceses, sin embargo, han abandonado ese sistema en la Constitución de la Quinta República por causas entendibles. Rousseau no tiene razón al rechazar los partidos como enemigos

de la soberanía popular; los grupos parlamentarios y sus organizaciones canalizan mejor los movimientos políticos sin su ayuda. El *régimen de los partidos políticos* no se debe considerar exclusivamente bajo el punto de vista de la restricción de la independencia del diputado, sino más bien como base del funcionamiento de una democracia parlamentaria que merece dicho nombre verdaderamente.

### 3. Advertencias breves sobre el sistema electoral

Los partidos políticos desempeñan un papel crucial especialmente por nominar los candidatos. Dos terceras partes de los diputados de la Cámara Federal ya antes de las elecciones pueden estar seguros de obtener un escaño parlamentario, puesto que fueron nominados en distritos electorales en donde su partido comúnmente alcanza una mayoría cierta o porque tiene un lugar seguro en la lista estatal. La única incertidumbre puede originarse cuando un partido obtenga más candidatos en los singulares distritos que se previó, pues quedan menos curules que concede el partido mediante la lista electoral. Entonces, un candidato que no ganó en su distrito puede perder su asiento, a pesar de su lugar medio en la lista, que de lo contrario hubiese garantizado un curul parlamentario.

En el Parlamento federal alemán actualmente están representados solamente cuatro grupos parlamentarios, que son: la democracia cristiana, los social-demócratas, los liberales y los "Verdes". Según el derecho electoral, está excluido que un partido que no alcance por lo menos cinco por ciento de los votos en total, obtenga asientos parlamentarios. El Tribunal Constitucional de la Federación ha confirmado la constitucionalidad de la *cláusula del cinco por ciento*. A pesar de todo, parece aumentar una crítica que la niega, refiriéndose a la circunstancia de que no está consagrada en la ley fundamental, aunque fue discutida en el Consejo Parlamentario, sino introducida sólo en el año 1953 por una ley simple natural. La objeción principal contra la regulación vigente consiste en la consideración de que puede suceder que un gran número de votos válidos estén perdidos, porque fueron dados a un partido que alcanzó meramente muy poco menos del cinco por ciento de los votos; de ahí que se pueda entender la sugerencia de que se introduzca un *voto facultativo* que subsidiariamente sea efectivo cuando el voto principal fue dado a un partido fracasado. Cuando en un caso supuesto los liberales ganen menos del cinco por ciento, como sucedió en algunos parlamentos estatales, el elector —según dicho propósito— podría deter-

minar que su voto en favor de los liberales sea atribuido al Partido Cristinano-demócrata o al Partido Social-demócrata.<sup>24</sup> Por la actitud conocida del Tribunal Constitucional, sin embargo, no parece probable la introducción de tal regulación.

## VI. LEGITIMACIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. Alcance y orígenes de la justicia constitucional en Alemania

El *Tribunal Constitucional de la Federación* (TCF) desempeña un papel crucial dentro del sistema político-constitucional de la República Federal de Alemania. Puede caracterizarse su función en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y del Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque oficialmente suele declarar que no es una instancia adicional de jurisprudencia. En la realidad, sin embargo, en muchos casos el TCF destaca un aspecto del derecho constitucional; por ejemplo, la negación de la audiencia judicial, para fundar su facultad de revisar las sentencias de tribunales generales. Puede hablarse de una paralela interesante con el desarrollo del *juicio de amparo* en México que paulatinamente fue extendido a todos los ámbitos de la jurisdicción, inclusive las materias sin referencia inmediata al derecho constitucional. La diferencia esencial entre los dos sistemas consiste en la circunstancia de que el TCF es un tribunal especializado en asuntos constitucionales al lado de Cortes Supremas de los demás ramos jurídicos con propios códigos de procedimiento, mientras que la Suprema Corte de Justicia en México es el único tribunal supremo, cuya función está establecida por la Constitución, leyes, jurisprudencia y doctrina.

El TCF, por otro lado, definió sus competencias por sí mismo, de una manera muy independiente, a veces decidiendo en un caso, cuando se hubiese negado su competencia al tomar en cuenta la jurisprudencia anterior; a veces negando una sentencia sustancial en un caso, en el cual se hubiese esperado un fallo sobre una cuestión importante. El gran prestigio del TCF podría despertar la impresión de que se funda en una

<sup>24</sup> Linck, Joachim, "Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5% - Klausel", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1984, pp. 884 y ss.; Wenner, Ulrich, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt, Bern, Nueva York, 1986, niega la constitucionalidad de la cláusula de los cinco por ciento por razones jurídicas y desde el punto de vista de las ciencias políticas.

tradición de siglos, mientras que en realidad ni siquiera alcanzó la edad de cuarenta años que, según un dicho popular de Suebia, es el presupuesto de la sabiduría.

En Alemania ya hubo en el siglo XIX intentos de asignar la defensa constitucional a un tribunal supremo. Debe mencionarse en este contexto a la Constitución de 28 de marzo de 1849, resultante de la revolución alemana de 1848, nombrada la "*Constitución de la Iglesia de San Pablo*"; según el lugar en donde se reunió el primer Parlamento libremente elegido en Frankfurt del Meno. Se había previsto una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones. Un Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) como supremo tribunal de Alemania, la que entonces estaba formada por un sinnúmero de reinados, ducados, principados y ciudades libres soberanos, decidiría también sobre una acción que hoy sería denominada "recurso constitucional": al ciudadano alemán individualmente le fue concedido interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución.

La idea de la justicia constitucional apenas jugó un papel en la posterioridad. El Tribunal del Imperio, establecido en el imperio creado por Bismark en el año 1879 en Leipzig, era exclusivamente un tribunal supremo para decidir sobre asuntos civiles y penales. En la República de Weimar este tribunal reclamó la competencia de *decidir sobre la constitucionalidad de leyes*. En su famoso fallo del 4 de noviembre de 1925 examinó la cuestión de si las leyes de devaluación, regulando las consecuencias de la inflación de 1923, eran compatibles con la garantía constitucional de la propiedad. Tal investigación judicial presupone que el tribunal tenía a la facultad de declarar nula una ley, como contrato que contravenga a la ley o las buenas costumbres, de acuerdo con los artículos 134 y 138 del Código Civil. En este caso, el contrato es nulo de antemano (*ex tunc*). El Tribunal no llegó a la conclusión de que las leyes en cuestión eran inconstitucionales. Lo esencial de la sentencia fue el reconocimiento principal de la *Revista Judicial de Leyes*; de ahí que debe decirse que el precursor del TCF ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte Estatal, aunque la ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.<sup>25</sup>

Los constituyentes de Bonn fueron más allá de la tradición de la *Corte Estatal para el imperio alemán*, provista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar. La ley orgánica concedió solamente muy pocas facultades a la Corte Estatal, facultades que no abarcan la protección

<sup>25</sup> Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, p. 84 y ss., esp. p. 89.

de los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 109 y ss. de la Constitución de Weimar.

## 2. Estructuras esenciales de la jurisprudencia constitucional

Las estructuras esenciales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación son objeto de un sinnúmero de publicaciones en la República Federal de Alemania; pero también, de una manera creciente, en el campo del derecho constitucional comparado, especialmente en el mundo hispánico. Muchas investigaciones alemanas desembocan en la desilusión de los autores que se funda en su experiencia de que no habían podido encontrar un sistema o un esquema imaginados por ellos. Tales desiluciones son una consecuencia natural de la opinión errónea de que se podría comprender la jurisdicción constitucional por medio de un sistema deductivo. Se trata de un error entendible, puesto que muchos giros en las mismas sentencias del Tribunal Constitucional parecen insinuar un sistema de tal carácter. Al buscar otro remedio para acercarse a los rasgos típicos de la jurisdicción que juega un papel eminente en la vida política y jurídica alemana, se ha examinado su argumentación bajo los puntos de vista no exclusivamente jurídicos, en el sentido más estricto, sino más bien lingüístico. El lenguaje específico que se ha elaborado y confirmado de una manera impresionante será el punto de partida para indagar las consideraciones del Tribunal más alto.<sup>26</sup>

En una primera aproximación, el uso de ciertos términos, especialmente el uso frecuente del *esquema valorativo*, puede despertar la impresión de que el TCF parte de un esencialismo axiológico que conoce valores absolutos que serían comprendidos con la ayuda de una intuición axiológica especial. La jurisprudencia del TCF ofrece un amplio repertorio de esquemas que se encuentran entre nociones centrales de la filosofía y la teoría del derecho, tales como "idea del derecho", "idea rectora",

<sup>26</sup> Los aspectos pragmáticos y retóricos del derecho constitucional y de la justicia constitucional son investigados especialmente por Schreckenberger, Waldemar, *Rhetorische Semiotik-Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg, München, 1978. La versión castellana en la traducción de Ernesto Garzón Valdés será publicada dentro de poco por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Respecto al análisis semiótico del principio de la igualdad, *cfr.* especialmente pp. 245 y ss.; en este contexto es importante la idea de la naturaleza de la cosa, p. 255; un papel crucial desempeña el esquema valorativo; *cfr.*, pp. 263 y ss., más detalles en el texto que sigue. La traducción de la obra tendrá el título *Semiótica del discurso jurídico-Análisis retórico de textos constitucionales*.

“postulado”, “razón práctica”, “pensamiento de la justicia”, etcétera. No es muy difícil ver que aquí se trata de esquemas que juegan un papel decisivo ante todo en la filosofía neokantiana. Sin embargo, sería apresurado inferir de ahí un aseguramiento racional en el sentido de un idealismo neokantiano. El TCF utiliza como sinónimos de la *idea de justicia* expresiones tales como intuición o sentimiento o sensibilidad de justicia, las cuales se adaptan más al vocabulario de teorías jurídicas psicológicas o fenomenológicas. Otros esquemas, en cambio, revelan la proximidad con las concepciones jusnaturalistas y ontológicas; aquí hay que mencionar primordialmente el uso frecuente del esquema de la *naturaleza de la cosa*. Expresiones tales como *bienestar general* o *bien común* se remontan a tradiciones antiguas europeas que han adquirido una importancia relevante en las teorías jurídicas, que parten de las doctrinas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Pero no cabe decir que el TCF se refiere a criterios universales, pues muy a menudo se encuentra también el uso del esquema de interés que recuerda más bien a concepciones de orientación sociológicas.

Finalmente, no faltan las referencias a la tradición idealista de origen hegeliano al utilizar versiones también de una metáfora organológica o sistemático-funcional. Elementos similares encontramos también en la *tradición de la teoría general del Estado alemana* que hasta ahora —independientemente de su localización teórica— muestra la influencia del estilo de Hegel.

La forma de hablar axiológica del TCF tropieza crecientemente con la crítica. Se debe poner de relieve, sin embargo, que nunca se limita a una constatación intuitiva, si no presenta una especie de procedimiento inductivo, de suerte que la “ley moral”, a la cual se refiere el artículo 2 de la ley fundamental, parece convertirse en una función de constataciones científico-sociales especialmente demoscópicas. En esta medida, el *positivismo legal*, temido por los constituyentes, queda superado por un *positivismo cultural pragmático* de mayor alcance. Los criterios más importantes han demostrado ser la cultura, la tradición, el consenso, la “concordancia ideológica” y el “procedimiento democrático”.

El uso reiterado de términos como juicio valorativo tiene su origen primordialmente en el fallo del 15 de enero de 1958, la famosa *sentencia de Lüth*, así llamado según el reclamante del recurso constitucional que inició el proceso. Se trata del fundamento de una jurisprudencia sentada.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> “La sentencia de Lüth” de la primera sala del TCF del 15 de enero de 1958 (Colección oficial tomo 7, pp. 198 y ss.) sigue siendo el fundamento de una teoría

Según la sentencia de Lüth, la ley fundamental no desea ser un "orden neutro al valor", sino que en la parte dedicada a los derechos fundamentales ha "establecido un sistema valorativo objetivo", expresado precisamente aquí como un reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales". "Este sistema valorativo que encuentra su punto central en la personalidad humana, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad humana y en su dignidad, tiene que valer en tanto la decisión básica jurídico-constitucional, para todos los ámbitos del derecho."

El TCF concibe a los derechos fundamentales no sólo como regulaciones de mecanismos de competencia general y pública, sino también individual y privada. No extiende, por otro lado, su competencia totalmente en el ámbito del derecho civil, sino limita la realización de la influencia de los derechos fundamentales primordialmente a las cláusulas generales, tales como las buenas costumbres, que nombra "lugares de irrupción", rechazando doctrinas de efectos inmediatos de los derechos fundamentales hacia terceros, que llevaría consigo una disolución de la autonomía privada. El resultado esencial, en cambio, es que se supera la separación esquemática entre individuo y comunidad, de suerte que se puede hablar de la construcción de una "teoría básica del derecho positivo" de tipo dogmático constitucional. La valoración de la función legislativa de la jurisprudencia encuentra una confirmación expresa que le faculta "hacer valer", o sea "realizar" la significación de los derechos fundamentales en el derecho privado.

El mismo TCF suele hablar de *Güterabwägung*, palabra que significa literalmente "ponderación de los bienes"; se puede traducir por *valoración de los bienes*. Se trata de un ensayo de describir el procedimiento para resolver un conflicto, una divergencia o una tensión de distintos valores relevantes en el caso concreto. Hay investigaciones que parten de ella para aclarar las estructuras de la jurisprudencia constitucional, pero que generalmente no encuentran resultados satisfactorios.<sup>28</sup>

La valoración de los bienes", sin embargo, describe el proceso de encontrar una resolución sólo parcialmente. Parece más adecuado hablar

general de la Constitución (cfr., Schreckenberger, *loc. cit. supra*, pp. 180 y ss.), que en tiempos más recientes fue confirmado por una sentencia de la segunda sala del 23 de abril de 1986, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 827 y ss.

<sup>28</sup> Cfr., por ejemplo, el estudio empírico de Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden 1979, que nombra la valoración de bienes un "mal necesario" (p. 253); cfr. mi reseña en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982, p. 752. Los ensayos de abarcan la jurisdicción constitucional mediante un sistema deductivo, como el emprendido por ejemplo por Peine, Franz-Joseph, *Das Recht als System*, Berlín 1983; naturalmente deben fracasar; cfr., Horns, Hans-Rudolf, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1985, p. 743 y ss.

del *modelo preferético*, o simplemente de la *preferética*, como lo hace Schreckenberger para exponer las estrategias retóricas del TCF.<sup>29</sup> Tales elementos aparecen con mayor frecuencia en el ámbito de la argumentación de los derechos fundamentales y en algunas argumentaciones con respecto al principio del Estado de derecho que se encuentra cerca de la dogmática de los derechos fundamentales.

Un papel importante juega en la argumentación preferética también la *cuestión de la competencia* respectiva. El TCF deja a las distintas autoridades y poderes —especialmente al legislador— decidir sobre los puntos de vista de exigibilidad, de proporcionalidad y de la probabilidad del equilibrio de intereses; los fundamentos empíricos, las consideraciones y valoraciones del legislador tienen siempre “la mayor importancia para el TCF” y, cuando no es posible disvirtuarlos, poseen a su favor la “suposición de rectitud”.

### 3. La revisión judicial de leyes

Todavía se divulgan opiniones respecto a que la justicia constitucional amenace la soberanía popular que se manifieste en el Parlamento libremente elegido, por revisar los actos parlamentarios. La revisión judicial de leyes es una cuestión crucial de la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial que despierta naturalmente también críticas serias. Respecto al Tribunal de la Federación (TCF) se ha hablado de los “contra-capitanes de Karlsruhe” (en donde la TCF tiene su sede) que no se restringen a la función del piloto, evitando los arrecifes y bancos de arena.<sup>30</sup> Cuando los jueces constitucionales deciden sobre asuntos políticos, no estarán excluidas las intervenciones judiciales en el ámbito del Parlamento, las cuales pueden efectuarse mediante el control abstracto de la constitucionalidad y el control normativo concreto, pero también bajo condiciones excepcionales a través de un *recurso constitucional* de un ciudadano particular.

El *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por partes de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones ante el TCF es de ca-

<sup>29</sup> Schreckenberger, *loc. cit. supra* nota 26, pp. 332 y ss.

<sup>30</sup> Schüler, Hans, “Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von den Verfassungsgerichten regiert?” en *Die Zeit*, Nr. 9 vom 24 de febrero 1978, p. 9; *cfr.*, Landfried, *loc. cit. supra* nota 11; pero también Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlín, 1985, con la reseña de Häberle, Peter, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1986, pp. 206 y ss.

rácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*. Cuando un tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al TCF —salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudir al tribunal constitucional de ella—, a fin de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteando.

El TCF, en su propia jurisprudencia, modificaba las normas de competencia en el sentido de que valgan las regulaciones constitucionales y legales sobre *el control normativo concreto*, exclusivamente en los casos de *leyes formales promulgadas durante la vigencia de la ley fundamental*, es decir, los demás tribunales podrán decidir por sí mismos cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal. Dichas restricciones de la competencia del TCF no valen en los casos del *control normativo abstracto*, porque el Tribunal parte de la idea de que entonces debe cumplir su función como *guardián de la Constitución en sentido amplio*, mientras que con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal de Alemania. El TCF extiende esta jurisprudencia también a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión se aclara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma; pero también cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. Por ejemplo, no es admisible que un juez ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil, aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.

#### 4. *El problema de la nulidad de leyes inconstitucionales*

Si el TCF llega a la convicción de que una regulación de derecho federal es incompatible con la Constitución o una regulación jurídica de una entidad federativa con la ley fundamental u otra norma federal, en su resolución debería *declarar su nulidad*, como establece el artículo 78 de la ley orgánica. La versión primitiva de la ley había hablado de que el Tribunal *constata* la nulidad de una ley; mediante la reforma de la ley orgánica se quiso aclarar, como se destacó en la exposición de

motivos del proyecto legal, que el conocimiento de la jurisdicción constitucional abarca un elemento dispositivo. A pesar del texto claro, todavía domina la doctrina de que la nulidad existe *ipso iure*, es decir, también sin fallo del TCF.

En la discusión jurídica a veces se confunde dicha nulidad automática con la nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*). Según esta doctrina, la nulidad depende del fallo judicial, pero produce efectos retroactivos. Teóricamente, dicha opinión corresponde a la jurisprudencia del mismo TCF, expuesta en muchas decisiones, y a la doctrina dominante. En la práctica, sin embargo, el Tribunal logró encontrar pluriformes posibilidades para evitar resultados desfavorables de la nulidad retroactiva. Cabe decirse que la regla mantenida propiamente casi representa una excepción que motiva discusiones especiales.

La teoría de la nulidad retroactiva tiene sus raíces en dos tradiciones distintas. Una de ellas, el derecho civil, partió de ideas del *derecho romano*. Cuando un negocio jurídico contraviene a la ley o las buenas costumbres, es nulo de antemano.

El principio de la nulidad total, sin embargo, en el derecho privado tampoco se puede tomar como absoluto. Cuando por ejemplo en el caso frecuentemente discutido del negocio usurario, la nulidad abarcaría todas las prestaciones, la víctima de la usura sería privilegiada sobremanera, en el sentido de que no tendría que devolver el dinero recibido como préstamo ni pagar intereses. En México, el Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de la reducción equitativa de su obligación (artículo 17), aunque, por lo general, parte del principio de la nulidad, como demuestran los ordenamientos del derecho de obligaciones.

Puesto que el TCF reanuda más bien la jurisprudencia del Tribunal del Imperio, no es de extrañar que sigue pensando en categorías del derecho civil de manera tradicional, abandonándolas sólo paulatinamente. La otra raíz de la nulidad retroactiva es la jurisprudencia de la *Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos*, que representa el origen de la justicia constitucional moderna. En la famosa sentencia *Marbury versus Medison* fueron destacados los efectos de nulidad de una ley inconstitucional como cosa natural y obvia. Se ha denominado esta argumentación como una *teoría ingenua del derecho natural*, pues no se trata de una argumentación auténticamente jurídica, sino más bien de reflexiones que parecen plausibles a primera vista, pero que presuponen lo que propiamente quieren comprobar, el principio de la revisión judi-

cial, que uno podría solamente imaginarse en el supuesto que una ley inconstitucional sea nula de antemano.<sup>31</sup>

La jurisprudencia de la misma Corte estadounidense ha resuelto los problemas surgidos de esta teoría reconocida hasta la actualidad, por respetar los llamados efectos consolidados (*consolidated effects*).<sup>32</sup> Respecto de los resultados, dicha jurisprudencia no difiere esencialmente de la del TCF o la de la Corte Constitucional austriaca. Cabe hablarse de una divergencia entre la doctrina tradicional, adoptada por los tribunales, y el *uso judicial*, que es más pragmático de lo que se quiere admitir. Para resolver los problemas de una manera convincente, sin embargo, conviene abandonar las categorías del derecho civil tradicional —abandonadas ya parcialmente por los mismos civilistas—, como lo ha hecho también el derecho público actual respecto de la dogmática del derecho civil en los demás campos. La teoría de la nulidad viene de una época anterior al desarrollo de las codificaciones procesales.

Por otra parte, tampoco puede negarse que la *doctrina austriaca*, en que el fallo constitucional tiene efectos sólo para el futuro, necesita ciertas modificaciones, pues el resultado sería absurdo; cuando el acto impugnado sea una sentencia judicial, un acto administrativo o un contrato, seguiría teniendo vigor, aunque la ley sobre la cual se fundó haya sido declarada inconstitucional. Para prevenir estos resultados, el sistema austriaco fue modificado en el año 1929 a fin de que el demandante tenga la ventaja de que se haya declarado nula una ley, mientras que los efectos generales del fallo valgan solamente para el futuro.<sup>33</sup> A veces se opina que dicho resultado no corresponde al principio de la igualdad. Bajo los puntos de vista de la seguridad jurídica, sin embargo, no se puede admitir una confianza en la inconstitucionalidad de leyes, sino, por el contrario, exclusivamente en la vigencia de las leyes, publicadas en la *Gaceta Oficial*, hasta que se publique un fallo derogatorio. Conviendría establecer los detalles necesarios mediante normas constitucio-

<sup>31</sup> Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84 y ss., refiriéndose al artículo de Paulson, Stanley L. para el Congreso Internacional de la Filosofía del Derecho de Basilea de 1980. Un panorama excelente sobre "La jurisdicción constitucional en Europa: una comparación", por Albrecht Weber, fue publicado en el número 17 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, mayo-agosto de 1986, pp. 47 y ss., especialmente por los efectos retroactivos de las sentencias constitucionales; *cfr.*, pp. 64 y ss., en contra del título abarcando también la jurisdicción estadounidense.

<sup>32</sup> Cappelletti, Mauro y William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Stanford, 1979, pp. 73 y ss., esp. p. 101.

<sup>33</sup> *Loc. cit. supra*, p. 66.

nales legales para que tanto el ciudadano como las autoridades y los tribunales sepan con certeza qué regulación y desde qué plazo y en qué alcance no seguirá teniendo vigencia, y bajo cuáles condiciones una ley no corresponde a la Constitución y cuáles son los efectos de la inconstitucionalidad. Se debe tomar en cuenta que los constituyentes, entonces, no habían dedicado la debida atención a dichos asuntos, al intentar solamente una Constitución provisional. A pesar de la necesidad teóricamente obvia de la mencionada regulación constitucional y legal, no parece probable una reforma del tipo descrito, por razones políticas.

En la práctica, el mismo TCF ha suavizado las consecuencias de la doctrina sobre la nulidad absoluta y retroactiva por una jurisprudencia flexible según las particularidades del caso concreto que debe resolverse. Un papel importante desempeña la llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*), que permite armonizar la norma cuestionada con los principios y disposiciones de la ley fundamental, y que por las evidentes ventajas que implica se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de anulación. Este procedimiento de la interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la ley fundamental, puede describirse como la declaración de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones, o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la Constitución. Tanto los tribunales como las autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo del acuerdo con el criterio interpretativo del TCF, el cual orienta el organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad. El Tribunal llama la atención del Parlamento para que subsane las omisiones en que hubiesen incurrido o tome las medidas legislativas necesarias.

##### 5. La reserva judicial

El TCF no sigue a la doctrina de la cuestión política y principalmente reclama la competencia de averiguar todos los asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial (*judicial self-restraint*) —aunque en cierto sentido vinculada con la otra doctrina—, en cambio, está adoptada generalmente; pero, en realidad, no era un obstáculo eficaz en contra de resoluciones judiciales que se podrían considerar intervenciones del TCF en la esfera del legislador, como tampoco

en los Estados Unidos la decisión de que se trata de una cuestión política.

Decretar la abstención por parte de los jueces en tales cuestiones, sería un gran renunciamiento a su función específica, en perjuicio, precisamente, de la política, campo que se pretende preservar con la abstención judicial.

Hasta ahora el TCF ha resistido la tentación de ensayar él mismo un catálogo de las tareas estatales que definen el bien común; pero, desde el comienzo, se ha apartado del manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como mera realización de libertades puntuales de acción y les ha otorgado el rango de un sistema de objeciones del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, se ha prescindido de avanzar en una clasificación profunda de las funciones del Estado. La jurisprudencia corresponde más bien a la imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales del Estado. La publicidad es un elemento esencial de tal sociedad abierta, porque posibilita *el control mediante la transparencia*. La eficacia de este instrumento depende de la medida en que logre hacer comprensible la situación de decisión. Como un obstáculo para esta comprensión, se presenta ante todo el carácter puntual de la situación de decisión, pues una decisión sobre preferencias supone necesariamente alternativas de acción. Existe una estrecha vinculación funcional entre la eficacia de los controles y los esfuerzos por una más fuerte "racionalización" de los procesos de decisión pública.<sup>34</sup>

#### 6. *Funcionamiento y potencia del Tribunal Constitucional de la Federación*

El TCF se compone de jueces federales y otros miembros, como dice el artículo 94 de la ley fundamental. Los constituyentes confiaron la reglamentación de todos los detalles a la ley orgánica. El Tribunal está integrado por dos salas (*Senate*): cada una de ellas cuenta con ocho miembros; antes de la reforma de 1956 fueron doce en cada sala. En la actualidad, tres magistrados, en cada sala, son electos entre los jueces de las Supremas Cortes Federales. También los demás jueces deben haber cumplido su carrera jurídica; su periodo de función dura doce años; la

<sup>34</sup> Cfr., Schreckenberger, *loc. cit. supra* nota 26, p. 354, sin hacer referencia a Kelsen y Getzewitsch, cuya idea de la "racionización del poder" tenía repercusiones grandes en Austria y en el mundo hispánico, pero apenas en Alemania.

reelección está prohibida. Todos los jueces deben tener más de 40 años y se les prohíbe ejercer otra profesión que la de un catedrático de derecho en una universidad alemana.

Mientras el Consejo Federal elige a los jueces constitucionales que le corresponden, en votación directa, en la Cámara de Diputados rige un sistema indirecto de una comisión de doce electores. Las elecciones en ambos gremios requieren mayoría de dos tercios. El presidente y el vicepresidente son electos de manera alterna por la Cámara de Diputados y el Consejo Federal.

Las dos salas, en cierto modo, son autónomas en el sentido de que además de poseer competencias específicas, los miembros de una no pueden ser trasladados a la otra. Por eso se ha hablado de *tribunales gemelos*, ya que sólo en contadas ocasiones se reúnen en sesión plenaria para resolver la tesis que debe prevalecer, cuando una de las salas pretenda apartarse en determinados asuntos de los criterios sostenidos por la otra.

Puesto que no se había previsto la *interposición de tantos recursos constitucionales*, fue inevitable introducir un procedimiento previo de admisión de los mismos, a cargo de comisiones integradas por magistrados del propio tribunal con la facultad de desestimar aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los demandantes. Las reformas de la ley orgánica de 1956, 1963, 1970 y 1985 se dedicaron a estos problemas.

El procedimiento previo que había sido objeto de discusiones controvertidas, se elevó al rango de disposición constitucional, al adicionarse por una reforma de 1969 el inciso 2 del artículo 94 de la ley fundamental, en el sentido de que la ley orgánica puede exigir como condición previa el agotamiento de las vías judiciales ordinarias y establece un procedimiento especial de admisión, requisitos que ya se habían establecido antes por la ley.

Por el creciente número de los recursos constitucionales en el año 1985 se introdujo una tarifa penal de 1000 marcos, que puede ser impuesta al reclamante en el caso del abuso del derecho. A pesar de todo, no se puede esperar una exoneración eficaz del TCF, que sigue estando cargado por procesos sobre muchos asuntos políticos muy delicados.

Al tomar en cuenta que la elección de los jueces constitucionales primordialmente es la obra de los *partidos políticos* entre los cuales se suelen distribuir ciertos curules judiciales desde muchos años, se podría asumir que los partidos también tengan influencia decisiva en la jurisdicción constitucional. Lo opuesto es cierto. Los mismos jueces destacan

muy enérgicamente que la política del partido no desempeñe papel alguno y que los mismos políticos, ni siquiera de una manera indirecta, ensayen influirles.<sup>35</sup> Inclusive, investigaciones objetivas y detenidas de extranjeros, como la del prestigiado conocedor de la justicia constitucional Donald Kommers, llegaron a la conclusión de que la influencia de los partidos no entre en cuenta.<sup>36</sup> Otro observador americano constató que se forman lealtades dentro de una sala que poco tienen que ver con ser miembro o seguidor de un partido determinado.<sup>37</sup> Tal imparcialidad parece menos asombrosa cuando se considera que se trata de decisiones de un colegio, en donde tendencias de política de partido en la mayoría de los casos no pueden conseguirse, aunque naturalmente se pueden nombrar también algunas excepciones importantes, que, sin embargo, solamente confirman la regla.

Las sentencias del TCF que afectaron a los partidos políticos en su conjunto, casi siempre resultaron desfavorables para ellos. Atención primordial merece la jurisprudencia sobre el *financiamiento de los partidos políticos* desde 1958 hasta la actualidad; en esta materia, el TCF ha prescrito siempre nuevas codificaciones que todavía no son completas, puesto que también su sentencia de 1986 ha reclamado contra una regulación de la ley vigente.

El TCF tiene, sin lugar a dudas, la tarea importante de proteger a los partidos pequeños contra los partidos establecidos y fomentar la fundación de nuevos partidos. Con toda razón toma muy en serio esta función, que, sin embargo, no puede consistir en regular cuestiones especiales de una manera demasiado detallada. La regulación vigente antes del año de 1958, según la cual una donación para un partido político disminuía la suma que debe ser tributada, cuando no exceda el 10 por ciento de los

<sup>35</sup> Así, Christine Landfried, *loc. cit. supra* nota 11, pp. 15 y ss., donde se cita al juez constitucional Mahrenholz quien declaró en una entrevista que nunca les haya alcanzado una llamada, una carta o una insinuación delicada por mediadores, para buscar un resultado jurídico que fuera acaso bastante útil para su partido.

<sup>36</sup> Kommers, Donald, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, London, 1976, p. 155.

<sup>37</sup> Cole, Taylor, "Three Constitutional Courts: A Comparison", en Apter, David y Harry Eckstein (compiladores), *Comparative Politics*, 6ª ed., Nueva York, London, 1968, p. 166. En el mismo sentido subraya Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 181, que las votaciones de los jueces que desde la publicación de opiniones discrepantes en 1970 no siguen siendo más un secreto, no se dirigen a las actitudes de los partidos que habían nombrado al juez en cuestión. Landfried, *loc. cit. supra* nota 11, pp. 16 y ss.; menciona, sin embargo, también algunos casos en los cuales la política de los partidos ha influido a las sentencias según su opinión.

ingresos, fue impugnada por el gobierno de la entidad federativa de Hesse en un procedimiento del control abstracto de normas y anulada por el TCF. Fue consecuencia natural que en la posterioridad se disminuyeron esencialmente las donaciones para los partidos, sin las cuales no podrían cumplir sus funciones; de ahí que el Parlamento otorgara sucosos públicos a los partidos políticos, estando convencido de que se seguían las intenciones del TCF. Pero el gobierno de Hesse otra vez impugnó la ley sobre el financiamiento de los partidos políticos. El juez constitucional Gerhard Leibholz, constitucionalista internacionalmente renombrado, fue acusado de sospechoso por un discurso en el Congreso de los maestros del derecho político en 1965, en el cual había recomendado un financiamiento oficial de los partidos según la ley.<sup>38</sup> Por la exclusión de Leibholz, se cambió la mayoría en la sala segunda del TCF en el sentido de que será anticonstitucional el financiamiento de las actividades políticas por la hacienda pública, abandonando de esta manera silenciosamente una de las pocas sentencias del pleno del TCF, según la cual los partidos se equipararon a órganos del Estado por cooperar a la formación de la voluntad política del pueblo, de acuerdo con el artículo 21 de la ley fundamental. Exclusivamente los gastos de las campañas electorales adecuadas serán desembolsados según una ley que respetará los principios de la libertad de partidos y de la igualdad de oportunidades de los partidos.

Los diputados, al discutir la nueva ley que corresponda a los postulados del más alto tribunal, deploraron que sus manos estén atadas por el fallo constitucional. Ellos hubiesen preferido el camino opuesto en el sentido de que los mismos partidos financien sus campañas electorales, porque entonces los miembros prestarían donaciones adicionales, mientras que se necesitarían recursos públicos para posibilitar los negocios permanentes, siendo funciones públicas según la Constitución. El Parlamento, después de haber superado los temores de una nueva anulación por el TCF, despidió con gran mayoría una ley que proveyó un favor tributario para donaciones a los partidos hasta la suma de 600 marcos y una compensación de los gastos de campañas electorales de aquellos partidos, que alcancen *por lo menos el 2.5 por ciento de los votos*, como está establecido, por ejemplo, en Suecia. El TCF, en cambio, decretó que también los partidos con *más del medio por ciento* de votos tendrán derecho a subsidios públicos. Cuando otro gobierno estatal, el de Baja Sajonia, trató de conseguir una sentencia más favorable para las cajas vacías de los

<sup>38</sup> Landfried, *loc. cit.*, p. 103.

partidos, el TCF adoptó más o menos la *doctrina de la cuestión política*, antes siempre verbalmente rechazada, y dejó la decisión a la potestad decrecional del legislador.<sup>39</sup>

La ley vigente de 1984 sobre el financiamiento de los partidos políticos, confirmado en su núcleo por una sentencia del TCF de 1986, favorece a los partidos de una manera semejante como a las asociaciones de beneficio común. Antes de dicha ley, las donaciones fueron entregadas a organizaciones ficticiamente de beneficio común, por ejemplo, en el campo de la enseñanza pública; en realidad, fueron nada más que cajas indirectas de los partidos. Por la incertidumbre legal, entretanto hubo una serie de procesos penales que en muchos casos llevaron consigo una condenación de donadores y políticos. La víctima más prominente de dichos procesos penales fue el exministro federal de Economía, el conde Lambsdorff, acusado por haber aceptado donaciones para su partido, los liberales, las cuales no habían sido tributadas regularmente.

#### 7. *El futuro de la justicia constitucional*

En la República Federal de Alemania el TCF sigue gozando de la más alta autoridad, aunque, desde luego, también existen algunas voces escépticas importantes. Parece significativo que no solamente en discusiones jurídicas en sentido estricto, sino también en debates políticos, inclusive con la elaboración de leyes, siempre de nuevo se refiere a la jurisprudencia constitucional para fundar sus propias sugerencias y para refutar las opiniones de los adversarios. Se ha hablado de una "astrología sobre Karlsruhe" para caracterizar la actitud típica de adivinar las sentencias posibles del TCF.

Las funciones del TCF, sin embargo, no se deben juzgar meramente bajo puntos de vista últimamente discutidos. Su sistema valorativo, abierto a nuevas ideas de la sociedad, que ha creado *criterios para proteger las decisiones cruciales de la ley fundamental*, representa una garantía de que no se repita el destino de la República de Weimar, cuya Constitución contenía principios articulados de una manera impresionante; pero no dispuso de *procedimientos eficaces para proteger los derechos humanos* en contra de un barbarismo que nadie había podido imaginarse en el siglo xx. Teniendo en memoria estos fundamentos de una cooperación democrática, no parece necesario citar "las sombras de Weimar" cada día.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 107.

En el contexto del derecho constitucional comparado debe destacarse que la justicia constitucional sólo puede funcionar eficazmente cuando se consideran su legitimación y sus límites, respecto a los cuales el sistema alemán enseña criterios en sentido tanto positivo como negativo. El *Tribunal Constitucional de España* es un ejemplo más reciente de cómo se puede apoyar en las experiencias de otros países, como Australia, Italia, México y también Alemania, para desarrollar un modelo propio, que se ha caracterizado como el más avanzado del mundo.<sup>40</sup>

Algunas sugerencias para reformar el régimen de la justicia constitucional alemán pueden ser útiles tal vez para otros países que están introduciendo una justicia constitucional, mientras que en la misma República Federal de Alemania apenas tienen oportunidad de realizarse. En investigaciones más recientes se ha referido a Alexis de Tocqueville, que, sin lugar a duda, fue el protagonista clásico de la justicia constitucional, para fundar la *abolición del control abstracto de normas*, puesto que en muchos casos lleva consigo una mera continuación de las controversias políticas, sin fomentar consenso común sobre el asunto controvertido.<sup>41</sup> Cuando las dos partes esperan que el TCF confirme su convicción, no se busca un compromiso posible. Otras sugerencias se refieren a los efectos obligatorios de los fallos constitucionales que son menos variables que una ley. Parece difícil encontrar una solución para limitar los efectos de una sentencia del TCF.<sup>42</sup> Parece preferible el *sistema austriaco* en el sentido de que los fallos constitucionales no tienen vigencias retroactivas, sino *meramente para el futuro*.<sup>43</sup>

El *proceso del diálogo y compromiso*, mediante el cual se realiza la vida constitucional, primordialmente debe tener lugar en el Parlamento. Al considerar la primacía del Parlamento, países democráticos importantes como Gran Bretaña —aparte de ciertas posibilidades de revisar una ley antes de su promulgación— y Francia, el principio de la revisión judicial de leyes después de su promulgación no se acepta. En Alemania,

<sup>40</sup> Sommermann, Karl-Peter, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Berlín, 1984, especialmente p. 349 de acuerdo con el austriaco Herbert Schambeck.

<sup>41</sup> Landfried, *loc. cit.*, pp. 175 y ss., refiriéndose a los Estados Unidos de América, y Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, p. 171, quien previno que el juez sea el campeón o el adversario de un partido.

<sup>42</sup> Se ha propuesto restringir los efectos de una sentencia judicial a un periodo legislativo; pero éste sería demasiado esquemático, como opina también Landfried, *loc. cit.*, p. 174, que de su parte somete también la sugerencia de establecer un servicio científico con el TCF (actualmente cada juez tiene a uno o dos ayudantes).

<sup>43</sup> Esta sugerencia ha sido fundada un poco más detenidamente en mi aportación al *Libro de homenaje para Héctor Fix-Zamudio*. Cfr., también *supra* VI. 4 y nota 23.

sin embargo, como también en otros países, el monopolio del Parlamento de decidir por sí solo sobre las cuestiones constitucionales fundamentales fue puesto en duda por razones históricas entendibles.

La justicia constitucional tiene la función crucial de velar sobre la cultura cívica, fundándose en un *consenso básico* de la comunidad y en los derechos fundamentales. De ahí que crece el número de países en todo el mundo, especialmente en Iberoamérica, que atribuyen la defensa de la Constitución a los tribunales.

## EL PODER EJECUTIVO EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA

César QUINTERO

SUMARIO: I. *Denominaciones cuestionables*. 1. *América Latina*. 2. *Poder Ejecutivo*. 3. *Otras denominaciones*. 4. *Resumen*. II. *Versiones imperantes*. 1. *Breve examen de las citadas versiones*. III. *Características esenciales del presidencialismo latinoamericano*. 1. *Modalidades referentes al presidente de la República*. 2. *Los ministros de Estado*. IV. *Funciones del presidente de la República*. 1. *Diferentes criterios para clasificar las funciones del presidente*. 2. *Funciones del presidente según la naturaleza de éstas*. V. *Conclusiones*.

### I. DENOMINACIONES CUESTIONABLES

A fin de acatar la terminología preponderante en nuestros países, hemos titulado el presente estudio *El Poder Ejecutivo en las constituciones de América Latina*. Mas debemos consignar nuestras reservas con respecto a las dos expresiones claves de este epígrafe; aludimos, desde luego, a los términos *América Latina* y *Poder Ejecutivo*.

#### 1. *América Latina*

Sin duda, injustamente se dio el nombre de América al continente descubierto por Colón, y en forma aún más injusta las antiguas trece colonias inglesas del litoral noreste de este continente se apropiaron el referido nombre al independizarse. La denominación oficial de Estados Unidos de *América* ha dado lugar, desde su adopción, a los más inconvenientes equívocos con respecto a la palabra "América". Lo cierto es que desde el comienzo de su vida independiente dichos llamados Estados Unidos —en realidad se trataba y se trata de un solo Estado— se adueñaron de los vocablos *América*, *americano*, etcétera, y los han usado para denominar respectivamente a su nación y a sus nacionales, posesiones y bienes.

Por su parte, los nacientes Estados hispánicos del sector meridional

del mismo continente comenzaron a usar la palabra *América* y sus derivados para designar sólo a los países hoy llamados "latinoamericanos". De modo que únicamente a éstos se referían nuestros libertadores cuando hablaban de "América", ya que para aludir a la nación nórdica decían invariablemente "Estados Unidos" o los "Estados Unidos del Norte".

Como es sabido, las circunstancias definitivamente favorecieron a los Estados Unidos en cuanto al uso del controvertido vocablo. De ahí que cuando se emplea la palabra "América" a solas se piensa ante todo en el extenso Estado anglosajón situado al norte del hemisferio occidental, y cuando se habla de "americano" o de "americanos" primordialmente se piensa en naciones o bienes de dicho Estado.

Consciente, sin duda, de esta fatal y peligrosa realidad, Francisco Miranda adoptó a fines del siglo XVIII el término *Colombia* para designar al nuevo continente y en especial al sector meridional o hispánico del mismo. Este fue el nombre que usó en sus escritos a partir de 1784 y su primer manifiesto revolucionario apareció bajo el título de "Proclamación a los pueblos del continente colombiano, alias Hispanoamérica".<sup>1</sup> Esta denominación, ya propuesta en el siglo XVI por fray Bartolomé de las Casas,<sup>2</sup> habría sido la ideal para nuestro continente, sobre todo después que los Estados Unidos se apropiaron el nombre de América con todos sus derivados. Pero, como es sabido, Bolívar dio la aludida denominación al Estado sudamericano por él creado en 1821 y desde 1863 lo adoptó la actual República de Colombia. Ésta no ha sido, sin embargo, la causa esencial de que no haya prosperado el nombre de Colombia para designar al continente occidental o, al menos, al sector meridional del mismo. Como anota Rafael Cuevas en su trabajo que aquí citamos, "en el periodo que media entre 1830 y 1863, en el que no existe ya la vieja Colombia ni todavía la nueva", José Enrique Rodó y otros distinguidos intelectuales trataron sin éxito de restaurar la aludida denominación. Mucha mejor fortuna tuvo la iniciativa francesa de llamar a estos países *América Latina* o *Latinoamérica*. Desde entonces (segunda mitad del siglo XIX), España ha luchado para que, en lugar de la denominación francesa se use la de *Hispanoamérica* o, al menos, la de *Iberoamérica*. Mas estos esfuerzos hispánicos no han tenido muy buen éxito.

El nombre de América Latina, apoyado por los Estados Unidos y por

<sup>1</sup> *Archivo General Miranda*, XVI, La Habana 1950, pp. 108-120. Cf., Cuevas, Rafael, "Notas sobre la idea de América Latina", *Temas de nuestra América*, Panamá, núm. 57, noviembre de 1986.

<sup>2</sup> Casas, Fray Bartolomé de las, *Historia de las Indias*, México, Editora Nacional, 1951, t. I, p. 422 (cf., Cuevas, Rafael, *op. cit.*).

la gran mayoría de los países europeos, es el que prevalece. De ahí que, respetuosos del uso —árbitro supremo del idioma—, nos hayamos resignado a titular este trabajo con la denominación preponderante, a pesar de que personalmente preferiríamos hablar de Hispanoamérica.<sup>3</sup>

Con todo, no podemos abstenernos de hacer ciertos comentarios con respecto a las denominaciones de nuestros países que llevan insertado el término "América".

Se ha dicho que la expresión Latinoamérica es más correcta que Hispanoamérica o Iberoamérica porque incluye a Haití, ex colonia francesa de 27,750 kilómetros cuadrados cuyo idioma oficial es el francés. Pero, ¿qué decimos con respecto a Jamaica, Trinidad-Tobago, Guyana y otras ex colonias británicas de habla inglesa que han sido admitidas en las Naciones Unidas como parte del grupo "latinoamericano"? ¿Y qué hacemos con Canadá? ¿Son latinoamericanos los francocanadienses? Y los anglocanadienses, ¿qué son? Canadá misma, ¿qué es?, ¿es una nación "americana"? ¿es parte de "América"? El pueblo canadiense, que tiene buen sentido político, jamás ha aceptado ser llamado país "americano" o ser parte de "América". Bien sabe el peligro que estas denominaciones equívocas entrañan para su integridad nacional y su personalidad internacional. Sabe ese pueblo, asimismo, que el *slogan* "América para los americanos" tiene un significado muy distinto cuando lo invocan los habitantes de los Estados Unidos que cuando lo proclaman los ilusos "americanistas" hispánicos.

A fin de evitar tan inconvenientes confusiones, en los propios Estados Unidos se habla de *hemisferio occidental* en vez de continente "americano". Para nosotros, lo correcto sería seguir la línea de Miranda y de Rodó, es decir, adoptar un nombre para este continente que excluyera la palabra "América", y dejar a los Estados Unidos, como han hecho los canadienses, la exclusividad de este vocablo, del cual, en realidad, hace dos siglos se adueñaron. Mas dada la renuencia o la apatía de nuestros países por adoptar un nuevo nombre, preferimos la expresión *hemisferio occidental*. Sin embargo, la mayoría de los historiadores y políticos hispanoamericanos, rebosantes de "americanismo", se aferran a la perjudicial confusión y siguen hablando de "América" para designar a este continente y de "americanos" para denominar a todos sus habitantes. Con ello, nuestros países y nuestros pueblos quedan conceptualmente adscritos en la única nación que efectivamente tiene el nombre de América y

<sup>3</sup> Según acreditados autores, los términos *hispania* e *hispánico* incluyen al Brasil, toda vez que Portugal también es un pueblo hispánico. Cf., Frank, Waldo, *América hispánica* (trad. española), Madrid, 1932, pp. 120 y ss.

cuyos nacionales son los únicos que oficialmente llevan el correspondiente gentilicio.

Expuestas nuestras aprensiones con respecto a la expresión América Latina, advertimos que cuando aquí la usamos nos referimos sólo a los diecinueve Estados del hemisferio occidental que en el pasado siglo adquirieron su independencia de España o de Portugal. Por eso, en el presente trabajo emplearemos, asimismo, la expresión Hispanoamérica.

## 2. Poder Ejecutivo

Generalmente se habla de dos grandes sistemas de gobierno: el parlamentario o de gabinete, elaborado paulatinamente por Inglaterra, y el presidencial o presidencialista, creado por la Constitución de los Estados Unidos de América promulgada en 1787. La mayoría de los países europeos y algunos de Asia y África han adoptado el sistema parlamentario con variadas modificaciones; asimismo, lo han establecido los Estados de la mancomunidad británica, tanto del hemisferio occidental (Canadá, Jamaica, Guyana, etcétera) como de Oceanía (Australia y Nueva Zelanda). Por su parte, todos los países llamados latinoamericanos han implantado —con algunas excepciones temporales que adelante veremos— el sistema presidencial de gobierno.

Según la mayoría de los autores, el llamado Poder Ejecutivo del Estado es ejercido, en los gobiernos parlamentarios, por un órgano colegiado, el gabinete; al paso que en los sistemas presidenciales lo ejerce un órgano unipersonal, el presidente de la República. En efecto, el artículo II de la Constitución creadora de este último sistema dice: "The executive power shall be vested in a President of the United States of America..."

Este breve y categórico precepto ha llevado a algunos distinguidos constitucionalistas americanos a preguntarse si, de acuerdo con el mismo, sólo el presidente de la República ejerce el Poder Ejecutivo, y si, a tenor de dicho artículo, el presidente no puede ejercer otro poder que no sea el Ejecutivo.<sup>4</sup>

Corwin, el eminente autor que plantea estas interrogantes, opta por advertir que el presidente de los Estados Unidos no es el único funcionario que ejerce el Poder Ejecutivo y que no solamente ejerce dicho poder.

<sup>4</sup> Corwin, Edward S., *The President: Office and Powers*, 4th. ed., New York, New York University Press, 1957, p. 4.

Estas y otras sutiles cuestiones obedecen principalmente a la circunstancia de que el sistema presidencial pretende basarse en una rígida interpretación de la teoría de la separación de los poderes.

Las aludidas cuestiones se acentúan en el constitucionalismo latinoamericano porque utiliza en un doble sentido el término poder.

La mayoría de las constituciones latinoamericanas contienen tres títulos o capítulos denominados respectivamente "Del Poder Legislativo", "Del Poder Ejecutivo" y "Del Poder Judicial". Y, por lo general, el primer artículo de cada uno de estos títulos o capítulos indica qué *autoridad* —ya sea corporación, funcionario u organismo— ejerce el correspondiente poder.

De acuerdo, pues, con los referidos títulos o capítulos constitucionales, el Estado posee tres poderes, los cuales ejerce por medio de diferentes autoridades u órganos. En consecuencia, el Congreso o la Asamblea Legislativa no son el Poder Legislativo, sino la corporación que ejerce este poder; los tribunales de justicia no son el Poder Judicial, sino el organismo que lo ejerce, y el presidente de la República vendría a ser sólo la autoridad o funcionario que ejerce el Poder Ejecutivo del Estado.

Sucede, sin embargo, que las propias constituciones a veces usan el término poder para designar, no la potestad, sino la autoridad o funcionario que la ejerce. Y, a su vez, los autores, tanto en Latinoamérica como en algunos países europeos, hablan de *poder* para aludir, ya sea a cada una de las tres supuestas potestades del Estado, como a la autoridad que primordialmente ejerce cada una de dichas potestades. Para evitar esta impropiedad técnica, varios autores y algunas constituciones latinoamericanas han empleado otros términos, tales como *rama*, *organismo* y *órgano*; pero sucede, como adelante veremos, que tampoco están exentas de objeciones técnicas.

En cuanto al "poder" cuyo estudio nos ocupa, la mayoría de las constituciones latinoamericanas tiene un artículo cuyo contenido puede resumirse en la siguiente fórmula: "El Poder Ejecutivo será ejercido por un dignatario que se denominará Presidente de la República."

Así, el artículo 74 de la Constitución argentina dice: "El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina." A su vez, el artículo 235 de la Constitución de Honduras dice: "El Poder Ejecutivo lo ejerce, en representación y para beneficio del pueblo, el Presidente de la República." Por su parte, el artículo 171 de la Constitución paraguaya expresa: "El Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la República del Paraguay." Asimismo, el artículo 49 de la

Constitución de la República Dominicana dice: "El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República..."

El contenido de estos preceptos es esencialmente igual al ya citado de la Constitución americana, que, vertido al español, diría: "El poder ejecutivo será conferido a un Presidente de los Estados Unidos de América..."

En todas estas transcritas disposiciones queda claramente establecido que el Poder Ejecutivo de los respectivos Estados será ejercido por un funcionario, o sea por un órgano unipersonal, a diferencia de los Estados con sistemas parlamentarios en que dicho poder lo ejerce el gabinete, esto es, un órgano colegiado.

Las objeciones —luego de aceptar la existencia de los tres poderes estatales— serían más o menos las mismas que, como hemos visto, Corwin hace a la fórmula americana. Surgiría, pues, el problema de si sólo el presidente de la República ejerce el Poder Ejecutivo del Estado y de si dicho presidente no ejerce también parte de los otros poderes estatales. Con respecto a la primer interrogante se podría inquirir si un gobernador de provincia o un alcalde municipal ejercen Poder Ejecutivo cuando precisamente *ejecutan* una ley o un decreto, y, con respecto a la segunda interrogante, se podría argüir que el presidente de la República ejerce Poder Legislativo cuando veta una ley y, especialmente, cuando dicta normas con valor de ley, y que, de igual manera, ejerce Poder Judicial cuando indulta y cuando conmuta o rebaja penas.

Sobre el particular es preciso advertir que, en virtud del buen sentido jurídico, cuando los citados preceptos atribuyen formalmente el Poder Ejecutivo al presidente de la República, en realidad lo que establecen es que él está investido de la máxima expresión de dicho poder, y que, por tanto, es el órgano que ejerce primordialmente la función ejecutiva. La investidura de este poder no impide, sino que determina, el ejercicio por dicho dignatario de ciertas funciones emanantes de los otros poderes del Estado. De igual modo, la atribución formal del Poder Ejecutivo al presidente de la República no veda, sino que condiciona, el ejercicio por otros órganos o funcionarios de determinadas formas o modalidades de Poder Ejecutivo.

La Constitución mexicana parece tomar en cuenta esta descrita realidad cuando en su artículo 80 dice: "Se deposita el ejercicio del *Supremo* Poder Ejecutivo de la *Unión* en un solo individuo, que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos."

Nos hemos permitido subrayar las dos palabras esenciales con respecto al punto de vista que hemos expuesto. Una de dichas palabras indica

que el Poder Ejecutivo que se deposita en el presidente de la República es el de la *unión* mexicana, con lo cual parece excluirse no sólo el Poder Ejecutivo correspondiente a los llamados "estados" de dicha unión, sino también el Poder Ejecutivo que se ejerce en menores comunidades autónomas de la Federación, como, por ejemplo, los municipios. La otra palabra, que nos parece aún más importante, es el término *supremo*. Con este calificativo se indica que al presidente sólo se atribuye el *más alto* Poder Ejecutivo. Por eso discrepamos de quienes critican la inserción del término supremo en el mencionado artículo, porque consideran que su finalidad es la de magnificar aún más la figura y el poder del presidente de la República.

Nuestro dilatado análisis sobre este punto no obedece en realidad al afán de precisar la localización o distribución del ejercicio del Poder Ejecutivo, concebido por supuesto como potestad y como función. Nuestra preocupación a este respecto se debe a la necesidad de determinar *quién* es el "Poder" Ejecutivo concebido en la otra acepción que se le da en nuestros países, o sea la de autoridad u órgano.

Sobre el particular parece evidente que a tenor de los preceptos hasta ahora citados —tanto de la Constitución de los Estados Unidos, como de varios Estados latinoamericanos—, el "Poder" Ejecutivo es el presidente de la República.

Pero sucede que las constituciones de algunos países de nuestro subcontinente, que también consagran la expresión Poder Ejecutivo, le atribuyen una concepción distinta.

Así tenemos que, según el artículo 85 de la Constitución de Bolivia: "El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República conjuntamente con los Ministros de Estado." A su vez, el artículo 73 de la Constitución de Brasil dice: "El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, auxiliado por los Ministros de Estado." De igual manera el artículo 130 de la Constitución de Costa Rica establece que: "El Poder Ejecutivo lo ejercen, en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores." Asimismo, el artículo 149 de la Constitución de Uruguay dice: "El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros."

La fraseología de los transcritos preceptos indica que éstos no atribuyen el Poder Ejecutivo sólo al Presidente de la República, sino a éste con sus ministros de Estado. De esta manera las citadas disposiciones constitucionales parecen configurar un órgano ejecutivo *colegiado*, al

igual que en los sistemas parlamentarios. Como luego veremos, algunos ven en esquemas como éstos una manifestación más del alejamiento gradual del presidencialismo latinoamericano con respecto al instituido por la Constitución de los Estados Unidos de América.

La Constitución de la República de Venezuela pareciera ir aún más lejos en cuanto a la amplitud del ejercicio del Poder Ejecutivo. Así, según el primer párrafo de su artículo 181: "El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República y los demás funcionarios que determinen esta Constitución y las leyes."

A tenor del citado párrafo, el Poder Ejecutivo no corresponde sólo al Presidente de la República, ni a éste y sus ministros, sino a todos los funcionarios que ejerzan alguna función "ejecutiva", que técnicamente vendría a ser administrativa. Esta tesis es, en cierto modo, correcta, ya que es imposible que un solo hombre o un solo órgano —aun cuando sea colegiado— ejerza todas las actividades inherentes al Poder Ejecutivo del Estado; pero su aceptación incondicionada podría dar lugar a la admisión de que el llamado "Poder" Ejecutivo, o sea el órgano ejecutivo superior del Estado, está constituido por toda la administración pública. Esta inadmisibles tesis, como después examinaremos, ha sido expuesta por algunos autores y convertida en derecho positivo por ciertas constituciones latinoamericanas.

El segundo párrafo del citado artículo de la Constitución venezolana pareciera adherir a la referida tesis cuando dice: "El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional."

Todo indica que el transcrito párrafo concibe el "Ejecutivo nacional", no como poder o función, sino como autoridad u órgano. Si esto es así, cabría indagar quién o quiénes constituyen ese "Ejecutivo nacional" del cual es jefe el presidente. Siguiendo el sentido del primer párrafo del citado artículo, dicho "Ejecutivo" estaría constituido por todos los funcionarios nacionales a quienes la Constitución o las leyes atribuyan funciones "ejecutivas", es decir, administrativas. De ser así, el constitucionalismo venezolano considera como "Poder" (órgano) Ejecutivo a la administración pública nacional.

Todas estas ambigüedades y confusiones jurídicas fundamentalmente provienen, pues, de atribuir un doble sentido al concepto de Poder Ejecutivo concibiéndolo ya sea como potestad o función, o bien como funcionario u órgano.

Estimamos que la acepción correcta es la primera; pero cuando en América Latina se habla del Poder Ejecutivo, generalmente no se alude

a la potestad, sino al funcionario o autoridad que la ejerce.<sup>5</sup> De ahí que el lector, al ver el título de este trabajo, lo que en verdad espera es un estudio sobre la autoridad ejecutiva en Latinoamérica. Por ello y porque esa es precisamente nuestra finalidad, estudiaremos esencialmente el órgano Ejecutivo, o mejor dicho, el órgano Ejecutivo *superior* de nuestros países, entendiéndolo por tal al presidente de la República o al presidente y los ministros de Estado.

Antes de concluir esta parte destinada al problema terminológico, es necesario que consideremos brevemente los preceptos pertinentes de aquellas constituciones de América Latina que no emplean la expresión Poder Ejecutivo.

### 3. Otras denominaciones

#### A. Rama ejecutiva

La Constitución de Colombia sustituye el término *poderes* por el de *ramas* del poder público. Así, el artículo 55 de dicha carta dice: "Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional." Y en su segundo párrafo agrega: "El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado."

En cuanto a la rama Ejecutiva, el artículo 57 dispone que: "El Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno."

El término rama parece tomado de la literatura constitucional estadounidense, en la cual se habla de *branches* para referirse a las tres clásicas divisiones del gobierno estatal; e individualmente se dice *the legislative, judicial or executive branch of government*. Esta adopción del referido término al español, aunque un tanto forzada, parece obedecer a la preocupación técnica de evitar el empleo ambiguo del término poder. Sin embargo, la palabra rama, se entiende que debe incluir toda la sección ejecutiva del gobierno, es decir, la administración pública, y

<sup>5</sup> La obra de Corwin que aquí citamos, denominada en inglés *The President: Office and Powers*, o sea *El Presidente: cargo y poderes*, fue traducida al español con el título de *El Poder Ejecutivo: Función y poderes*. Vemos, pues, cómo en nuestro idioma se prefiere la expresión ambigua de Poder Ejecutivo, aun incurriendo, como en este caso, en la incoherencia de hablar de "poderes" del "Poder" Ejecutivo.

no sólo la cúpula de ésta como prescribe el citado artículo 57 de la Constitución colombiana.

En cuanto al término "gobierno" para designar la cúpula de la administración pública, o sea el supremo órgano Ejecutivo, se advierte la influencia del constitucionalismo de ciertos países europeos. Especialmente en Francia, en Italia y en España llaman "el gobierno" a lo que Inglaterra, correctamente, denomina *the Cabinet*. A este respecto, huelga subrayar la impropiedad y la inconveniencia de identificar el Ejecutivo con el gobierno. Además, esta identificación no se aviene a la tradición constitucional latinoamericana —y americana—, según la cual el gobierno es el conjunto de los tres "poderes" u órganos superiores del Estado. Menos admisible es aún esta denominación en los aludidos países europeos donde el llamado "gobierno" emana y depende del Parlamento, el cual, a su vez, suele realizar por sí mismo ciertos actos de gobierno. Ya a comienzos de siglo señalaba Barthélemy la impropiedad en la terminología política de usar como sinónimos los términos *Ejecutivo* y *gobierno*, toda vez que éste está constituido por el conjunto de los tres poderes.<sup>6</sup>

#### B. El gobierno

Los capítulos IV, V y VI de la Constitución chilena se denominan, respectivamente, "Gobierno", "Congreso Nacional" y "Poder Judicial". Este esquema difiere también de la prevaleciente terminología latinoamericana, aunque inexplicablemente reserva el término poder para el Judicial, que es, con mucho, el más débil de los tres poderes. En lo que concierne al Ejecutivo, el artículo 24 de la citada Constitución dice: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado."

A la fraseología utilizada por la Constitución chilena sólo nos cabe hacer la misma crítica que a la colombiana en lo que concierne al uso del término gobierno como sinónimo de Ejecutivo.

#### C. Función Ejecutiva

La Constitución del Ecuador también omite el empleo del término *poder*. En su lugar habla de la Función Legislativa, la Función Ejecutiva y la Función Jurisdiccional. En cuanto a la que nos interesa, su artículo

<sup>6</sup> Cf., Barthélemy, Joseph, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, París, 1906, p. 8.

73 dice: "La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República, quien representa al Estado..."

Es preciso sobreentender que el precepto en realidad alude a la suprema Función Ejecutiva, pues es inadmisibles que un solo funcionario, por poderoso y elevado que sea, ejerza todas las manifestaciones y modalidades de la llamada Función Ejecutiva.

#### D. Órgano Ejecutivo

Se ha dicho que la teoría del *órgano* surgió como una reacción contra la concepción monárquica de la *representación*, según la cual las autoridades y funcionarios actuaban en nombre y como *representantes* del rey, titular absoluto del poder público. Con la desaparición de los regímenes monárquicos y el advenimiento de los gobiernos nacionales de derecho, se sustituyó este concepto de representación por el de la llamada organicidad. Los expositores de esta concepción sostienen que "el Estado... no necesita de representantes que integren su capacidad jurídica, sino que actúa y quiere por medio de *órganos* los cuales aparecen como parte integrante de su estructura y de su organización".<sup>7</sup>

Según esta teoría, y en términos más simples, los órganos del Estado están constituidos por un individuo o un grupo de individuos que se considera expresan directamente, sin representación, la voluntad estatal.<sup>8</sup>

De acuerdo, pues, con la referida teoría, los órganos del Estado, sean unipersonales o colegiados, no son contrapartes del Estado ligadas a él por un vínculo jurídico (mandato, representación, comisión, etcétera) sino partes integrantes del mismo, a través de las cuales el Estado quiere, decide y actúa.

La teoría expuesta ha contribuido, sin duda, a que dos constituciones latinoamericanas (la de El Salvador y la de Panamá) hayan sustituido el término poder por el de órgano. De modo que sus correspondientes títulos o capítulos aparecen con los nombres de Órgano Legislativo, Órgano Ejecutivo y Órgano Judicial.

##### a. Constitución de Panamá

El artículo 2 de la Constitución de Panamá está formulado en los siguientes términos:

<sup>7</sup> Cereti, Carlo, *Corso di diritto costituzionale italiano*, 3a. ed., Torino, G. Giappachelli, 1953, p. 56.

<sup>8</sup> Cf., Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico* (trad. española), Buenos Aires, Edit. Depalma, 1966, p. 407.

El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.

El transcrito precepto obedece, entre otras cosas, al propósito de distinguir entre el poder público y las autoridades que lo ejercen, de reafirmar el principio de la unicidad de aquél, y de distribuir su ejercicio entre tres clases de autoridades, que denomina *órganos*.

En acuerdo con el citado precepto, el artículo 170 de la aludida Constitución dice: "El Órgano Ejecutivo está constituido por el Presidente de la República y los Ministros de Estado..."

Según este artículo, el llamado Poder Ejecutivo no está atribuido a un solo funcionario, el presidente, sino a éste y los ministros, es decir, al Gabinete. Por tanto, el Órgano Ejecutivo es colegiado y no unipersonal, a diferencia de la Constitución de los Estados Unidos y de las de varios países latinoamericanos.

Cabe observar, sin embargo, que esta fórmula, a pesar de que denota un esfuerzo por mejorar el inexacto y equívoco lenguaje constitucional reinante, es susceptible de una crítica técnica. Según la teoría del órgano, éste es toda autoridad (unipersonal o colegiada) que expresa la voluntad del Estado. Por tanto, todas las autoridades —desde el presidente de la República hasta los corregidores de barrios— que tienen atribuidas funciones gubernativas o administrativas son órganos ejecutivos del Estado. En consecuencia, es impropio, a tenor de la referida teoría, hablar del Órgano Ejecutivo del Estado, es decir, de un *solo* órgano constituido por el presidente o por el presidente y los ministros. La impropiedad se corregiría y la teoría política se mejoraría notablemente si en este caso se hablara de órganos superiores del Estado. Así, el presidente o éste y los ministros serían el Órgano Ejecutivo supremo o el Órgano Ejecutivo superior del Estado.

#### b. *La Constitución de El Salvador*

La modalidad adoptada por la Constitución salvadoreña es más problemática y, en nuestro concepto, menos admisible; pues, según dicha Constitución, el Órgano Ejecutivo equivale prácticamente a toda la administración pública. Así, su artículo 150 dice: "El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado y sus funcionarios dependientes, integran el Órgano Ejecutivo."

Esta equiparación del Órgano Ejecutivo a la administración pública fue hecha por autores, ya clásicos, como Maurice Hauriou en Francia y James Garner en los Estados Unidos. Para este último autor, el Órgano Ejecutivo, "en un sentido amplio", equivale a "toda la organización gubernamental, con excepción de las ramas legislativa y judicial".<sup>9</sup> De igual modo, Hauriou dice que "el Órgano Ejecutivo del Estado" comprende una *organización central* y una *regional*; en la primera incluye al presidente de la República, a los ministros de Estado y a los consejeros administrativos, y en la segunda a todas las autoridades regionales, departamentales y municipales.<sup>10</sup>

Con todo nuestro respeto por tan ilustres autores, no podemos admitir semejante acepción del concepto de órgano ni en las ciencias biológicas ni en las jurídicas. En aquéllas, como es sabido, órgano es una parte vital de un organismo que desempeña una función específica, y en el derecho, que ha tomado dicho concepto de la biología, un órgano estatal es un medio o conducto específico por el cual actúa el Estado. Por tanto, es una impropiedad decir, con Hauriou, que el Órgano Ejecutivo abarca (comprende) una *organización central* y otra *regional*, ya que es precisamente lo opuesto: una organización requiere la concurrencia y correlación de muchos órganos.

#### E. Organismo Ejecutivo

La Constitución de Guatemala, sin duda para evitar la ambigüedad y la connotación autoritaria inherentes al término *poder*, habla de Organismo Legislativo, Organismo Ejecutivo y Organismo Judicial. En cuanto al Ejecutivo, el artículo 182 de dicha carta, en el segundo párrafo, dice: "El Presidente y Vicepresidente de la República, ministros y viceministros de Estado y funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo."

Si, como hemos visto, un organismo es un conjunto funcional de órganos, la locución Organismo Ejecutivo es más o menos adecuada para denominar la administración pública, o sea, una de las tres tradicionales ramas gubernamentales. Pero no lo es, desde luego, para designar al órgano superior de dicho organismo, pues resulta obviamente impropio considerar al presidente de la República o a éste y los ministros de Es-

<sup>9</sup> Garner, James W., *Political Science and Government*, New York, American Book Co., 1935, p. 677.

<sup>10</sup> Hauriou, Maurice, *Précis de droit administrative et droit public*, 11 éme. ed., Paris, Edit Recueil Sirey, 1927, p. 110.

tado, como el "Organismo Ejecutivo". En consecuencia, la Constitución de Guatemala no establece cuál es el órgano superior de la rama ejecutiva, ni si dicho órgano es unipersonal o colegiado. Pero cualquier duda objetiva que haya al respecto se desvanece si advertimos que, según el primer párrafo del propio artículo 182: "El Presidente de la República es el Jefe del Estado, representa la unidad nacional y los intereses del pueblo de Guatemala." Además, el artículo 183 de la mencionada carta atribuye expresamente, no al Organismo Ejecutivo ni al Gabinete, sino sólo al presidente de la República, un impresionante cúmulo de funciones y poderes.

#### F. Órganos estatales

La Constitución de Cuba habla de órganos estatales y los clasifica como: a) Órganos de poder del Estado; b) Órganos ejecutivos (dependientes de los órganos de poder), y c) Tribunales (dependientes también de los órganos de poder). Aun cuando el derecho constitucional cubano no se basa en la doctrina de la separación de los poderes —tan cara a los regímenes demoliberales—, implícitamente establece tres categorías de órganos, que son las que acabamos de anotar. Según el artículo 67: "La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado." Y, según el artículo 68, dicha Asamblea "es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República".

De acuerdo, pues, con el segundo de estos preceptos, la Asamblea Nacional del Poder Popular correspondería *grossomodo* al llamado Poder Legislativo de los demás países latinoamericanos; pero, no olvidemos que posee algo más que potestad legislativa, ya que también tiene potestad constituyente. Además, la propia Constitución, en diferentes artículos, confiere a dicha Asamblea varias e importantes atribuciones que no son de carácter legislativo. Así, según el artículo 72: "La Asamblea Nacional del Poder Popular elige de entre sus diputados al Consejo de Estado, integrado por un Presidente, un Primer Vicepresidente, cinco Vicepresidentes, un Secretario y veintitrés miembros más." De acuerdo con las funciones que la Constitución atribuye a dicho Consejo de treinta y un miembros, éste parecería ser el Órgano Ejecutivo superior del Estado. Corroboramos este aserto la circunstancia de que el mismo artículo 72 establece que: "El Presidente del Consejo de Estado es jefe de Estado y jefe de Gobierno." Sin embargo, el artículo 93 de la citada carta dice: "El Consejo de Ministros es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República." Ahora bien, este Consejo de

Ministros es presidido por el jefe de Estado y de gobierno y, además de los ministros de Estado, forma parte de él el presidente de la Junta Central de Planificación.

En cuanto al aspecto puramente terminológico, es preciso observar que la Constitución cubana sí utiliza con propiedad y corrección el concepto de órgano estatal, aunque no así el de gobierno.

Con respecto a la rama ejecutiva, reiteramos que todos sus órganos, según dicha Constitución, están formalmente supeditados a los órganos del poder popular y especialmente a la Asamblea Nacional como supremo órgano de dicho poder.

#### 4. Resumen

Podemos concluir esta parte del presente estudio diciendo que doce constituciones latinoamericanas usan la denominación Poder Ejecutivo para referirse a la autoridad u órgano superior de la rama ejecutiva del Estado, o sea de la administración pública. Estos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.<sup>11</sup> A su vez, siete constituciones utilizan otros términos, tales como Rama Ejecutiva (Colombia); Gobierno (Chile); Función Ejecutiva (Ecuador); Órgano Ejecutivo (El Salvador y Panamá); Organismo Ejecutivo (Guatemala), y Consejo de Ministros (Cuba). Se habrá observado que a veces hemos empleado el término *el Ejecutivo* para referirnos al supremo Órgano Ejecutivo del Estado. El uso de esta denominación es muy común en Latinoamérica y también la utilizan los autores franceses, aunque no los angloamericanos. El léxico de la lengua española sólo admite la palabra Ejecutivo como adjetivo; pero su sustantivación resulta útil y cómoda, ya que con ella se evitan las ambigüedades de la expresión Poder Ejecutivo.

Luego de todo lo expuesto, hemos de concluir admitiendo que ninguna de las examinadas denominaciones es del todo precisa y realista. De ahí que quizá hubiera sido más exacto haber titulado este trabajo "El presidente de la República en las constituciones de Hispanoamérica"; pero, como ya advertimos, nos inclinamos ante la terminología imperante.

<sup>11</sup> Advertimos que el dato referente a Nicaragua lo hemos tomado del Proyecto de Constitución que acaba de ser aprobado en Nicaragua, cuyo texto definitivo aún no hemos podido adquirir.

## II. VERSIONES IMPERANTES

Constituye, sin duda, un tópico o lugar común referirse al constitucionalismo latinoamericano diciendo que se caracteriza por un impresionante divorcio entre el texto constitucional y la realidad política. Es, asimismo, tesis admitida la de que los gobiernos latinoamericanos, basados teóricamente en la separación de los poderes, en la práctica se hallan sujetos a la voluntad omnímota de sus respectivos jefes de Estado o presidentes.

Aun cuando el presente trabajo, como su título indica, se circunscribe a estudiar al Ejecutivo *en las constituciones* de América Latina, no podemos abstenernos de anotar y comentar estas y otras prevalecientes versiones sobre la realidad constitucional latinoamericana.

Desde mediados del pasado siglo autores europeos comenzaron a escribir sobre las instituciones políticas de Latinoamérica y a sostener las tesis a que hemos aludido.

A fines del siglo XIX, lord Bryce hizo un detenido viaje de estudio a varios países latinoamericanos y en la obra que escribió con motivo de ese periplo indicó que las constituciones de estos países, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, adoptaron "el sistema de investir el Poder Ejecutivo en un presidente que se mantiene en el cargo por un término de años". Y advirtió que dicho sistema por lo general ha llevado a dichos países "directamente a la dictadura". Reconoce, no obstante, que el buen o mal éxito del régimen depende en gran parte del carácter del hombre que ejerza el poder. Los individuos de mala condición abusan del poder para enriquecerse con sus amigos; "los hombres buenos encuentran en él el medio más rápido y posiblemente el único para realizar las reformas que el país necesita y para extender su autoridad constitucional".<sup>12</sup>

Otros autores europeos, también de fines del pasado siglo y de comienzos del actual, se han expresado en términos similares, o aún más críticos, con respecto a los gobiernos latinoamericanos. Barthélemy, por ejemplo, los calificó de "dictaduras democráticas".<sup>13</sup>

Los autores norteamericanos, que son los que más estudios han hecho sobre los gobiernos latinoamericanos, son asimismo los que más severos juicios han emitido sobre los mismos. Según Pierson y Gil, "todos los países latinoamericanos establecen en principio la separación de los po-

<sup>12</sup> Bryce, James, *South America: Observations and Impressions*, New York, 1913, p. 538.

<sup>13</sup> Barthélemy, Joseph, *op. cit.*, p. 197.

deres políticos..."; pero, "en la práctica la separación de poderes no es rígidamente observada. Con el transcurso del tiempo... la tendencia ha sido hacia el predominio del Ejecutivo." Y agregan: "El papel dominante desempeñado por el jefe ejecutivo en todo el proceso gubernativo, y la resultante subordinación a la que las ramas legislativa y judicial quedan relegadas es el rasgo más saliente del gobierno latinoamericano."<sup>14</sup>

Otro autor norteamericano, MacDonald, dice lo siguiente:

El ciudadano medio de los Estados Unidos no tiene idea acerca de la dimensión del poder colocado en las manos del Presidente de virtualmente todo Estado latinoamericano. Desde nuestro punto de vista, tal concentración de poder es peligrosa. Los latinoamericanos se inclinan a aceptarlo, pero consideran que es necesario. Piensan sobre él en términos de crisis —una revolución sucede a otra con inusitada rapidez— y anticipan el plausible argumento de que la crisis no espera las deliberaciones razonadas de muchos hombres. Uno, dicen, debe tener el poder necesario para actuar; sus manos no deben estar atadas cuando surja la emergencia.<sup>15</sup>

Los autores franceses contemporáneos, así como los españoles, no son menos caústicos al referirse al sistema de gobierno latinoamericano. En un apéndice titulado "Los regímenes políticos iberoamericanos", añadido a la versión española de la obra de Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, el autor de dicho apéndice dice lo siguiente:

El principio de la separación de los poderes fue plenamente incorporado al constitucionalismo iberoamericano y la gran mayoría de los textos constitucionales están estructurados de acuerdo con ese principio... Mas a pesar de estos reconocimientos constitucionales la realidad histórica, pasada y presente, de los pueblos iberoamericanos muestra claramente que el equilibrio y la armonía entre los poderes no se ha conseguido y que, en cambio, el poder ejecutivo ejerce un claro predominio sobre los otros dos. Este hecho ha llevado al profesor Lambert a denominar los regímenes iberoamericanos como de *preponderancia presidencial*.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Pierson, W. W. y F. G. Gil, *Governments of Latin America*. Citados por Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1963, t. IX, p. 165.

<sup>15</sup> MacDonald, Austin F., *Latin American Politics and Government*, New York, 1949, p. 8.

<sup>16</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6a. ed. española, Barcelona, Edit. Ariel, 1980, p. 606.

De igual modo, Lambert, en su difundida obra *Amérique Latine*, hace las siguientes afirmaciones:

... la característica del régimen presidencial en la América Latina es que, a pesar de contar con análogas instituciones que los Estados Unidos, el presidente consigue habitualmente asegurarse una preponderancia tal que, incluso fuera de los periodos de inexistencia de la legalidad, tiende hacia su hegemonía.<sup>17</sup>

Y en otra parte de la citada obra agrega:

El vicio inherente al régimen de preponderancia presidencialista en la América Latina, no es, como se afirma con frecuencia, su aptitud para engendrar dictaduras, puesto que éstas se producen del mismo modo, y quizá con mayor facilidad, con otros regímenes, sino la de prestarse a disimular las dictaduras bajo formas constitucionales...<sup>18</sup>

Los autores latinoamericanos no son menos duros al calificar las formas y prácticas de gobierno de nuestros países. Linares Quintana, en su extenso y documentado *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, dice sobre el particular:

No existe duda de que tiene raíces profundas en los antecedentes y la tradición de América Hispana, la tendencia predominante en el panorama institucional de dichos países, que hace del presidente de la república un caudillo que absorbe los más importantes poderes del Estado...<sup>19</sup>

Uno de los temas del I Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional se denominó precisamente "El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina". En este congreso, celebrado en la ciudad de México en agosto de 1975 y organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se presentaron numerosas ponencias por constitucionalistas de la mayoría de los países latinoamericanos y hubo dos ponencias generales presentadas, respectivamente, por Héctor Gros Espiell (del Uruguay) y Luiz Pinto Ferreira (del Brasil).

<sup>17</sup> Lambert, Jacques, *América Latina*, 3a. ed., versión española, Barcelona, Ediciones Ariel, 1973, p. 521.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 523.

<sup>19</sup> Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, t. IX, p. 167.

El primero de los citados constitucionalistas dice en su ponencia general:

La realidad política ha ido en Latinoamérica mucho más allá que los textos constitucionales en cuanto al predominio del poder ejecutivo. Y esto, naturalmente, ha sido así no sólo en la mayoría de los regímenes constitucionales, como consecuencia de una práctica que ha ampliado las competencias del ejecutivo y de una realidad política y social proclive a la personalización presidencial del poder, sino también, y principalmente, en los sistemas *de facto*...<sup>20</sup>

A su vez, Pinto Ferreira concluye su ponencia general afirmando lo siguiente:

Ha existido siempre en la historia latinoamericana una tendencia al predominio del poder ejecutivo. La forma de gobierno preferida ha sido el presidencialismo de los Estados Unidos aclimatado a nuestros países, que se ha traducido en una extrema concentración de poderes en las manos de los presidentes de la República...<sup>21</sup>

Las contadas y extensas citas que nos hemos permitido hacer de autores de diferentes épocas y latitudes comprueban nuestro aserto sobre la generalizada tesis del predominio del Ejecutivo en Latinoamérica.

En cuanto a las causas de dicho predominio, casi todos los autores coinciden también en los mismos lugares comunes. En consecuencia, según la mayoría de éstos, todos los países latinoamericanos calcaron la Constitución de los Estados Unidos; pero los resabios del despótico colonialismo ibérico han malogrado en nuestros Estados el buen éxito que dicho sistema constitucional ha tenido en la república anglosajona. A este adverso factor añaden otros que estiman igualmente desfavorables, tales como las cruentas guerras de independencia que dieron origen a los caudillos militares y, en consecuencia, al militarismo.

Algunos incluyen, asimismo, el factor racial y otros el climático. Con respecto al primero aducen que la mezcolanza de razas, con predominio frecuente de la etnia indígena o de la africana, ha impedido el desarrollo adecuado de las instituciones políticas en estos países. Así, Lambert menciona "el diferente temperamento nacional de las poblaciones de origen anglosajón y el de las poblaciones latinas, mestizas de africanos y ame-

<sup>20</sup> Gros Espiell, Héctor, *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, p. 16.

<sup>21</sup> Pinto Ferreira, Luiz, *op. cit.*, p. 64.



20 FEB. 1989

rindios".<sup>22</sup> En el mismo sentido, Waldo Frank, refiriéndose también a Hispanoamérica, dice que "este cuerpo formado en parte por españoles, por indios y por mestizos, suspira por unidad, y sólo un dictador puede crearla".<sup>23</sup> En cuanto al clima, un autor francés manifiesta que: "Los caracteres dictatoriales del régimen han sido más acusados en los Estados tropicales y mucho más atenuados en los Estados de la zona templada..."<sup>24</sup>

Algunos escritores destacan factores institucionales y culturales tales como el analfabetismo, naturalmente vinculado al bajo índice cultural de nuestros pueblos; la pobreza reinante en amplios sectores populares; la escasa urbanización; la ausencia de una verdadera clase media; la falta de auténticos partidos políticos; la inautenticidad electoral y otros similares factores adversos a la existencia de gobiernos estables, legítimos, equilibrados y populares, es decir, a lo que laxamente se denomina hoy democracia. Se afirma que estas señaladas causas se agravan en la actualidad con la explosión demográfica de nuestros pueblos, con el desempleo, con la inflación y con el endeudamiento.

Lo cierto es que todas estas supuestas causas pueden sintetizarse en una: el subdesarrollo, con sus característicos monocultivos y su dependencia del capitalismo extranjero y, por tanto, del imperialismo.

Otros críticos de las instituciones políticas latinoamericanas inciden en la naturaleza y estructura mismas de nuestras cartas fundamentales. Arguyen que éstas confieren demasiados poderes al Ejecutivo y disminuyen apreciablemente la potestad de los otros dos órganos superiores del Estado. Especialmente critican la concesión de facultades legislativas al presidente, así como la institución constitucional de los estados de excepción y del consiguiente otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo.

### 1. Breve examen de las citadas versiones

Un somero examen de las mencionadas y prevaletentes tesis sobre las instituciones políticas latinoamericanas, exige ciertos planteamientos previos. Entre éstos es preciso plantear si la democracia liberal, especialmente en su versión angloamericana, ha sido el régimen político econó-

<sup>22</sup> Lambert, Jacques, *op. cit.*, p. 574.

<sup>23</sup> Frank, Waldo, *América Hispana. Un retrato y una perspectiva*, Buenos Aires, 1950, p. 153.

<sup>24</sup> Giraud, Emile, *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, París, 1938, citado por Linares Quintana, S. V., *op. cit.*, t. IX, p. 189.

mico más adecuado para nuestros países. Asimismo, es necesario determinar si realmente las constituciones latinoamericanas son una copia de la de los Estados Unidos, como sostienen casi todos los autores norteamericanos, y si, como también afirman algunos autores extranjeros, la discrepancia entre las normas jurídicas y las prácticas políticas sólo es típica de América Latina. Es igualmente imprescindible verificar si la preponderancia del llamado Poder Ejecutivo es exclusiva o primordialmente una modalidad de Hispanoamérica.

Trataremos, pues, de dilucidar éstas y otras generalizadas tesis con respecto a la forma de gobierno de los países latinoamericanos.

#### A. La democracia liberal

La democracia liberal o individualista, llamada también representativa y que Duverger denomina *plutodemocracia*, se formó lentamente en Inglaterra durante el siglo XVIII y se proclamó doctrinariamente en las dos grandes revoluciones demoliberales de fines de dicho siglo: la americana y la francesa. Es, desde luego, una democracia capitalista que se consolida durante el siglo XIX en las dos grandes potencias anglosajonas al iniciarse en ellas la revolución industrial. Puede decirse que esta clase de democracia sólo funcionó de manera estable e ininterrumpida en Inglaterra y en los Estados Unidos, o sea en las dos grandes potencias capitalistas que, durante el pasado siglo y gran parte del presente, han monopolizado los grandes mercados y dominado a la mayor parte de los países subdesarrollados mediante el colonialismo y el semicolonialismo. Por tanto, dicha forma de democracia fue enteramente desconocida en Asia y África durante el siglo XIX y la primera mitad del actual,<sup>25</sup> y funcionó precariamente en casi todos los países europeos, aun en los más civilizados y avanzados. Basta recordar, a este respecto, las dictaduras personalistas de los dos Napoleones en Francia, el régimen de Vichy y el inestable sistema parlamentario de ese país hasta el establecimiento en 1958 de su actual Constitución bajo el gobierno, también personalista, de De Gaulle. Y en cuanto a Alemania, Italia y España, confirman nuestro aserto, entre otras vicisitudes políticas de esos países, las prolongadas autocracias que imperaron en ellos durante el presente siglo.

Ante semejantes realidades, resulta casi prodigioso que al independizarse los países hispanoamericanos, en medio de su pobreza y de su atraso,

<sup>25</sup> En Japón fue adoptada, después de la ocupación americana, con la Constitución de 1947, y en la India, luego de su independencia de Inglaterra efectuada también en 1947.

hubiesen optado por la república demoliberal y hubiesen podido sobrevivir y aun prosperar en la práctica, desde luego, defectuosa de ella, que era la única factible dentro de las circunstancias de estos países.

A tenor del principio fundamental de la ideología liberal, según Duverger, "el Estado debía ser tan débil como fuese posible, reducido a su más simple expresión, confinado a tareas elementales de policía interior y de defensa nacional, para no oprimir a los individuos y, sobre todo, para no estorbar a los empresarios en su iniciativa y libre competencia".<sup>26</sup>

En efecto, la llamada democracia individualista —que no se llamó democracia inicialmente, sino gobierno representativo— fue adoptada y organizada en las dos mencionadas naciones anglosajonas por una naciente y dinámica clase burguesa que adversaba cualquier intervencionismo económico del Estado, pues sólo necesitaba amplia libertad jurídica para crecer y expandirse ilimitadamente.

Siendo éstas las características del sistema en cierto modo adoptado por los países latinoamericanos, parece infundado afirmar que era el más conveniente para los mismos. Ante todo, en nuestros países no había —ni hay aún— esa vigorosa y auténtica clase burguesa nacional. Además, la democracia liberal —al menos en su expresión netamente individualista— supone la primacía del Órgano Legislativo, y tal primacía era y es inadmisibles en países subdesarrollados. Por tanto, en los nuestros surgió, como tenía que ser, el predominio del Ejecutivo.

Se ha dicho que el *desideratum* para América Latina es una vigorosa democracia social; pero, para llegar a ella, nuestros países necesitan lograr su independencia económica, y algunos sólo podrán obtenerla mediante revoluciones sociales y la subsecuente implantación de transitorios regímenes autoritarios.

### B. El supuesto plagio constitucional

La tesis de que los nacientes Estados latinoamericanos adoptaron irreflexivamente la Constitución de los Estados Unidos es generalmente admitida, a pesar de ser fundamentalmente inexacta.

Como hemos indicado, el liberalismo individualista era la nueva e imperante ideología cuando, a comienzos del siglo XIX, se independizaron los países hispanoamericanos. En la práctica dicha ideología se concretaba en los entonces llamados gobiernos representativos. Se exaltaba

<sup>26</sup> Duverger, Maurice, *Las dos caras de occidente*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, p. 75.

la libertad política, pero no se hablaba de democracia. Esta palabra y este concepto no figuran en la aún vigente Constitución de los Estados Unidos y en las latinoamericanas sólo se vino a insertar en el presente siglo. Sin embargo, los conceptos de libertad y de gobierno representativo equivalían *grosso modo* a lo que hoy se llama democracia. La primera Constitución nacional que consagró los aludidos principios de libertad y de representación política fue la de los Estados Unidos. Era indicado y necesario, por tanto, que los libertadores y los fundadores de los Estados latinoamericanos recurrieran a tan nueva y valiosa carta magna en busca de orientación y de guía. Pero cuando se inició el movimiento constitucionalista latinoamericano, habían sido ya promulgadas las primeras constituciones de la revolución francesa, y en los albores de la gesta independentista se proclamó la Constitución española de 1812. De modo que los constituyentes de Latinoamérica dispusieron de varios modelos, todos los cuales utilizaron sin dejar, por ello, de aportar originales modalidades propias.

De la Constitución norteamericana las de nuestros países tomaron la forma republicana de gobierno y el sistema presidencial. La adopción de estas dos instituciones fue, sin duda, acertada. Así lo demuestran, por una parte, las fracasadas experiencias monárquicas de Brasil y México, y por otra, el infructuoso experimento parlamentario de Chile y el infortunado ensayo de ejecutivo colegiado probado por el Uruguay.

Es preciso, sin embargo, advertir que el régimen presidencial instituido en las constituciones latinoamericanas siempre ha diferido en sustanciales aspectos del instaurado en la Constitución de los Estados Unidos. Como es sabido, aquella Constitución estableció la reelección indefinida del presidente de la República, sistema que imperó hasta que entró a regir la Enmienda XXII en 1951. En cambio, la mayoría de las constituciones latinoamericanas desde su comienzo consagraron el principio de la no reelección sucesiva del presidente. Esta modalidad, como lo han reconocido algunos autores europeos, es un aporte original y característico de Latinoamérica al constitucionalismo.

De igual modo, en la mayoría de las constituciones latinoamericanas se advierten otras disposiciones también destinadas a frenar formalmente la siempre potencial hegemonía ejecutiva. Entre tales disposiciones tenemos, por ejemplo, la atribución a las cámaras legislativas de más amplias y determinadas funciones fiscalizadoras de las que dichas cámaras tienen en la Constitución estadounidense; la atribución a los ministros o secretarios de Estado de funciones y prerrogativas superiores a las que dichos secretarios tienen en el gobierno americano. Entre dichas funciones está

el refrendo ministerial de los actos del presidente, sin el cual refrendo la mayoría de sus actos carece de validez, y está también la facultad de los ministros de presentarse ante las cámaras legislativas y de intervenir en sus debates. A su vez, muchas de nuestras constituciones establecen la potestad parlamentaria de interpelar a los ministros e, incluso, de darles votos de censura. Asimismo, como anteriormente vimos, en las constituciones de varios Estados latinoamericanos el Poder Ejecutivo no está atribuido sólo al presidente de la República, sino a éste y los ministros de Estado, es decir, al gabinete. De igual modo, el Consejo de Gabinete o Consejo de Ministros, inexistente en la Constitución de los Estados Unidos, está instituido en casi todas las cartas fundamentales de Latinoamérica.

Todas estas y otras similares modalidades del constitucionalismo latinoamericano están encaminadas, por una parte, a modificar el presidencialismo absoluto basado en una rígida teoría de la separación de los tres órganos superiores del Estado, y, por otra parte, a conjurar las proclividades autocráticas del régimen presidencialista.

Por otra parte, es preciso advertir que todas las constituciones latinoamericanas siempre han diferido radicalmente de la estadounidense en cuanto a su técnica formal, especialmente en lo concerniente a la estructura, al estilo, a la terminología y a la naturaleza misma de las materias que regulan.

No caemos, por supuesto, en la ingenuidad de creer que la inclusión en nuestras leyes fundamentales de preceptos como los mencionados asegura su cumplimiento; pero ellos revelan la noble aspiración de lograr gradualmente el establecimiento de un Estado democrático de derecho.

### C. La inobservancia de las constituciones

Se ha dicho con insistencia que las constituciones latinoamericanas "carecen de realidad existencial"; que son simples instrumentos teóricos carentes de fuerza normativa. Loewenstein las ha denominado constituciones *nominales*; sobre el particular, concretamente dice: "Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la Constitución nominal."<sup>27</sup> El distinguido constitucionalista sólo atribuye a nuestras constituciones una función primordialmente

<sup>27</sup> Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, 1970, p. 220.

educadora. Estima que la finalidad de las mismas es la de convertirse en el futuro en constituciones normativas.<sup>28</sup>

La citada tesis es, desde luego, exagerada. No dudamos que en varios países latinoamericanos se cumplan menos que en los Estados Unidos y en ciertos países europeos determinadas partes de sus respectivas constituciones. Sin embargo, resulta inadmisibile que, en virtud de la anotada diferencia relativa, se haga una clasificación "ontológica" de las constituciones según la cual las latinoamericanas no se cumplen y por tanto son *nominales*, a diferencia de la americana y las europeas que sí se cumplen y en consecuencia son *normativas*. El mismo Loewenstein en otra valiosa publicación, aludiendo a nuestro presidencialismo, afirma que "no puede concederse demasiada importancia al hecho de que la presidencia participe del fenómeno conocido de la discrepancia entre la letra de la Constitución y la realidad política, ya que *ninguna Constitución, inclusive la de los Estados Unidos, puede tomarse al pie de la letra*".<sup>29</sup>

Sobre el particular advertimos que si hay una Constitución cuyo sentido ha sido interpretado y aplicado en formas diversas y a veces contrapuestas, es la de los Estados Unidos. Por ejemplo, de acuerdo con el texto de dicha carta, en ese país, como adelante veremos, prevalece hoy el Ejecutivo; mientras que, según distinguidos autores, a fines del pasado siglo predominó el Congreso. Así, el eminente constitucionalista y estadista Woodrow Wilson en su clásica obra *Congressional Government*, publicada 1885, afirmaba lo siguiente:

La noble Carta de derecho fundamental que nos fue otorgada por la Convención de 1787 es aún nuestra Constitución; pero ella es ahora nuestra *forma de gobierno* sólo de nombre y no en la realidad, ya que la Constitución establece un sistema de bien ajustados e ideales equilibrios, mientras que la forma real de nuestro actual gobierno es simplemente un esquema de supremacía congressional...<sup>30</sup>

Lo que ocurre especialmente con respecto a los países latinoamericanos es que la mayoría de sus constituciones están recargadas de disposi-

<sup>28</sup> *Idem*, p. 218.

<sup>29</sup> Loewenstein, Karl, "Etude de droit comparé sur la presidence de la République", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, julio-septiembre 1949, pp. 2 y ss. Citado por Linares Quntana, S. V., *op. cit.*, t. IX, p. 179. (Las cursivas son nuestras.)

<sup>30</sup> Wilson, Woodrow, *Congressional Government*, 1885, p. 254 (citado por Corwin, Edward, *op. cit.*, p. 26).

ciones puramente programáticas contentivas de aspiraciones utópicas y de declaraciones líricas que, desde luego, no se cumplen. Esta circunstancia contribuye a que se piense que los otros preceptos constitucionales —los que realmente son de carácter normativo— también están destinados a no ser cumplidos. Los defensores de la inclusión en las cartas fundamentales de disposiciones programáticas alegan precisamente que éstas sirven para educar políticamente a las gentes y para elevar el espíritu cívico del pueblo. Pero lo cierto es que resultan contraproducentes por la razón que hemos indicado, esto es, porque tienden a dar la impresión de que las constituciones no son más que documentos ornamentales e inoperantes.

#### D. La inestabilidad constitucional

Otra crítica que se ha hecho al constitucionalismo latinoamericano es el de su extremada inestabilidad. A este respecto un autor norteamericano ha escrito que:

Todo aquel que pretenda escribir un volumen sobre política y gobierno en Hispanoamérica, deberá estudiar las posibilidades del libro con hojas sustituibles, que posea el mecanismo necesario para incorporar las frecuentes modificaciones, si se toma en cuenta que en pocos países del mundo organizado, el gobierno es tan inestable y tan dependiente de factores personales.<sup>31</sup>

Igual observación se ha hecho con respecto a la publicación de los textos de las constituciones latinoamericanas. Se ha dicho que imprimir cualquier colección de ellas es labor frustránea, ya que el volumen resulta desactualizado el mismo año en que se edita.

Los frecuentes cambios de constituciones en Latinoamérica constituyen, sin duda, una adversa realidad, toda vez que son efecto principalmente de las mal llamadas “revoluciones” que en verdad sólo son golpes de Estado y cuartelazos. Pero no se puede generalizar tampoco a este respecto. Argentina, por ejemplo, tiene una de las constituciones más viejas del mundo, toda vez que lleva 134 años de existencia. Asimismo, Colombia recientemente celebró el centenario de su carta magna, y la de México acaba de cumplir setenta años de vigencia. De igual modo, Chile tuvo una acentuada estabilidad constitucional hasta el pronunciamiento

<sup>31</sup> Cale, Edgar B., *American Political Science Review*, 1950 (citado por Pinto Ferreira, Luiz, *op. cit.*, p. 39).

militarista de 1973; lo mismo que el Perú hasta el golpe de Estado de 1968.

Debemos advertir que no vemos la conveniencia de preservar artificialmente las constituciones hasta convertirlas en una especie de momias sacrosantas. Las constituciones han de ser instrumentos de vida política y jurídica que deben reformarse e, incluso, sustituirse cada vez que las transformaciones reales del respectivo país así lo exijan.

Se suele comparar la duración de las constituciones latinoamericanas con la de los Estados Unidos, a fin de subrayar el contraste entre el breve ciclo vital de las nuestras y la dilatada longevidad de aquélla; pero tal comparación se funda en una base falsa. La Constitución americana es fundamentalmente un pacto de federación. Mediante él, trece estados preexistentes renunciaron a su soberanía para formar una nueva y superior nación con perspectivas de extraordinario crecimiento y poderío. La carta federal de 1787 es, sin duda, un documento político y jurídico de singular valía; ante todo, fue la primera Constitución nacional que advino al mundo.<sup>32</sup> Además, logró sintetizar con sentido práctico e histórico las grandes doctrinas liberales de su época convirtiéndolas en normas fundamentales que habrían de regir la vida de un original tipo de Estado —el federal— y especialmente sus relaciones con las unidades federadas. De ahí que los preceptos de este notable documento pactado sean principalmente cláusulas destinadas a establecer normas generales de federación en cierto modo permanentes. Cada uno de los llamados “estados” de la Unión debía promulgar su propia Constitución que detallara todos los particulares aspectos de sus respectivos gobiernos. Este fundamental entendimiento explica, por ejemplo, que el texto originario de la Constitución americana careciera de la parte dogmática, toda vez que los constituyentes de 1787 estimaron que la declaración de derechos fundamentales (*bill of rights*) era cosa que correspondía a la Constitución de cada estado federado.<sup>33</sup> Las anotadas características, especialmente el carácter esquemático y en cierto modo lapidario, de la Constitución de los Estados Unidos de América, la diferencian sustancialmente de las demás constituciones que luego advinieron, aun de las federales, y especialmente de las latinoamericanas. Por tanto, nuestras constituciones —incluso las de los sedicentes estados federales— deben ser comparadas

<sup>32</sup> En el mundo antiguo, en la Edad Media y en la Moderna (monarquías absolutas) no hubo constituciones y la llamada Constitución inglesa no lo es en el sentido técnico de este vocablo.

<sup>33</sup> Como es sabido, los *bill of rights*, de arraigada tradición anglosajona, fueron incluidos después en el texto constitucional, por circunstancias especiales, mediante las diez primeras enmiendas que figuran hoy en el referido texto.

en todo caso con las constituciones estatales de los Estados Unidos. Resulta sorprendente que en ese país donde se hacen tan profundos y detenidos estudios de todas sus instituciones, no haya autorizadas obras sobre el derecho constitucional estatal, ni colecciones de los textos de sus constituciones. No obstante, es sabido que dichas cartas, a diferencia de la federal, son en su mayoría extensas y detalladas, y que, asimismo, experimentan frecuentes reformas, a pesar de que su vida por lo general es relativamente corta. Así, según un distinguido publicista americano, "la mayor parte de las Constituciones (de los Estados americanos) han durado un periodo que excede raramente de veinte años y se les han introducido incesantes enmiendas..."<sup>34</sup>

### E. La preponderancia presidencial

Como hemos visto, el predominio del Ejecutivo es la más difundida y, sin duda, la más fundada de las críticas a los gobiernos latinoamericanos; pero a este respecto es preciso determinar, entre otras cosas, si el referido predominio es exclusivo de Latinoamérica y si dicha modalidad es o no perjudicial.

En cuanto al primer punto, es cosa admitida que la primacía del Ejecutivo caracteriza hoy a todos los gobiernos llamados democráticos.

Vimos cómo Wilson, en una obra de su juventud, se quejaba de la prepotencia del Congreso de los Estados Unidos a fines del pasado siglo. En cambio, Corwin precede su obra que hemos comentado con el pensamiento de un famoso secretario de Estado, Seward, quien dijo: "Elegimos un rey por cuatro años y le otorgamos un poder absoluto que, dentro de ciertos límites, él puede interpretar por sí mismo."<sup>35</sup> El mismo Corwin en otra publicación suya hace la afirmación siguiente:

...el poder presidencial (en los Estados) es hoy poder peligrosamente *personalizado*, y esto en dos sentidos: primero, en el de que el liderazgo que otorga depende enteramente del accidente de la personalidad, contra el cual nuestro azaroso método de elegir presidente no ofrece garantía; y, segundo, en el de que no hay organismo gubernativo que deba asesorar al presidente y que éste deba consultar antes de la decisión.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Garner, James W., *Ideas e instituciones políticas americanas* (traducción española hecha por J. D. Moscote), Panamá, 1928, p. 27.

<sup>35</sup> Corwin, Edward S., *op. cit.* (epígrafe del libro).

<sup>36</sup> Corwin, Edward S., *The presidency in perspective* (citado por Linares Quintana, S. V., *op. cit.*, t. IX, p. 182).

A su vez, Schlesinger, en obra más reciente que la de Corwin, afirma tajantemente que: "A comienzos de la década de 1970 el Presidente americano había resultado en asuntos de guerra y paz el monarca más absoluto (con la posible excepción de Mao Tse-tung en China) entre las grandes potencias del mundo."<sup>37</sup>

El citado autor termina su documentada obra advirtiendo el peligro de que en los Estados Unidos advenga una tiranía.<sup>38</sup>

Estimamos un tanto exageradas las tesis sostenidas por los dos eminentes autores citados. Pero casi todos los publicistas norteamericanos contemporáneos coinciden con aprensión en que el poder presidencial en los Estados Unidos ha crecido extraordinariamente en los últimos tiempos.

Mas el fenómeno del crecimiento del Ejecutivo no sólo es característico, en las democracias actuales, del sistema presidencial norteamericano, ya que él también se da en sistemas parlamentarios. Con respecto a Inglaterra —madre del parlamentarismo— ha dicho Allen que: "En la fase actual de la Constitución inglesa el centro de gravedad ha cambiado hacia el Ejecutivo, y el papel del Parlamento en el gobierno ha disminuido proporcionalmente."<sup>39</sup> De igual manera, Friedrich advierte el crecimiento en Inglaterra del poder personal del primer ministro; así, dice que: "la posición del Primer Ministro británico se parece más y más a la del Presidente de los Estados Unidos", y agrega que: "En vista de este hecho no resulta hoy apropiado llamar al Primer Ministro *primus inter pares*, aunque así lo fuera en el pasado." Concluye afirmando el distinguido autor que: "La tendencia hacia el patrón monocrático (presidencial) parece casi universal."<sup>40</sup>

Sobre el mismo tema, Duverger afirma categóricamente que: "Un ejecutivo fuerte es, en lo sucesivo, técnicamente necesario para asegurar la gestión de un aparato de producción semipúblico, semiprivado... El ejecutivo sin poder ni prestigio, con el que sueñan los republicanos tradicionales, hace el juego a las fuerzas económicas privadas o a las camarillas tecnocráticas."<sup>41</sup> Este mismo autor exalta la personalización del poder —tan combatida por los partidarios de ejecutivos anodinos— y critica el parlamentarismo francés precisamente porque "no tiene en cuenta la tendencia contemporánea hacia la personalización del poder". En

<sup>37</sup> Schlesinger Jr., Arthur M., *The Imperial Presidency*, Boston, 1973, p. ix.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 418.

<sup>39</sup> Allen, C. K., *Law and Orders: An Inquiry into the Nature and Scope of Delegated Legislative and Executive Powers in England*, London, 1945. p. 247.

<sup>40</sup> Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, 4th. ed., Waltham, Massachusetts, 1968, pp. 381, 382 y 383.

<sup>41</sup> Duverger, Maurice, *Francia: Parlamento o presidencia*, Madrid, 1962, p. 17.

consecuencia, observa que "Durkheim se equivocaba sin duda, pensando que el poder es cada vez menos personal y más institucional". Exalta el actual sistema de gobierno inglés y asegura que:

Un abismo separa, en lo sucesivo, al parlamentarismo inglés del parlamentarismo continental. En el primero, los lazos son muy estrechos entre el ejecutivo y el legislativo. La disciplina de partido asegura la autoridad del Primer Ministro sobre los diputados de la mayoría y le garantiza, al mismo tiempo, su duración.<sup>42</sup>

La finalidad de todas estas dilatadas citas es la de demostrar que la primacía del Ejecutivo no es sólo una modalidad latinoamericana, sino una realidad imperante incluso en las democracias de países extraordinariamente desarrollados en lo económico y en lo cultural. No hemos pretendido pues, con dichas transcripciones, justificar las manifestaciones anómalas de la preponderancia ejecutiva en la América Latina. En consecuencia, observamos que, al lado de las manifestaciones perniciosas, hay otras que no lo son. De ahí que el predominio del Poder Ejecutivo encarnado en presidentes constitucionales y respetuosos del orden jurídico, no sólo es justificable, sino adecuado y conveniente. Incluso, reconocemos la necesidad de dicho predominio acentuado en regímenes *de facto* defensores de la legalidad, o auténticamente revolucionarios, mientras se organizan y se consolidan. Esta circunstancia apunta directamente al fenómeno causante de la preponderancia despótica y pervertida del Ejecutivo en nuestros países. Nos referimos al militarismo entendido especialmente como la captura del poder público por militares mediante cuartelazos o golpes de Estado, llamados a veces "revoluciones", y por el ejercicio arbitrario e intemperante de dicho poder por los propios militares. Esto nos lleva a examinar dicho fenómeno que sí es típico —aunque no exclusivo— de América Latina.

#### F. El militarismo

El vocablo militarismo se popularizó a fines del pasado siglo y no precisamente en relación con Latinoamérica, sino con respecto a Europa. Se habló especialmente del militarismo prusiano, y, según algunos, el militarismo que ha proliferado en nuestros países proviene de España. En efecto, la Madre Patria fue, durante el siglo XIX y el presente, la tierra de los pronunciamientos militares hasta desembocar en el más san-

<sup>42</sup> *Idem*, pp. 37 y 38.

griente, el del general Franco, y su subsecuente dictadura de casi cuarenta años. Sería, sin embargo, erróneo atribuir la causa del militarismo hispanoamericano simplemente a herencia española. Y esto es así, porque, por una parte, el referido fenómeno no existió en España ni en sus dominios durante la etapa colonial, y por otra, no se puede atribuir a una sola causa la hegemonía que el poder militar ha ejercido en casi todos los países latinoamericanos y sigue ejerciendo en algunos de ellos. Desde luego, de manera genérica puede decirse que el predominio político ejercido por las fuerzas armadas en diferentes momentos y países se debe fundamentalmente al subdesarrollo; pero éste, si bien constituye la causa inicial y básica, no es la causa directa y eficiente de dicho predominio. Además, repetimos que sobre el particular no puede hablarse de una sola causa. Más aún, las causas determinantes del militarismo en el siglo pasado no fueron las mismas que en el presente siglo, y durante aquél y éste pueden haber variado de un país o grupo de países con respecto a otros.

En el presente momento sólo hay dos indiscutibles dictaduras militares en Latinoamérica: la de Chile y la del Paraguay. Pero en la pasada década había por lo menos seis veces más. Así, en un estudio sobre el Poder Legislativo en América Latina, escrito en 1973, su autora enumeraba doce países bajo régimen militar, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. No incluyó, como vemos, a Chile y al Uruguay que ese mismo año aumentaron la infausta lista.<sup>43</sup>

Como se puede observar, esta anomalía institucional latinoamericana no está ligada al clima, a la raza ni al menor o mayor grado de subdesarrollo. Así vemos que países de población enteramente blanca, de clima templado, de cierto desarrollo económico y de acentuado desarrollo cultural, como Argentina, Uruguay y Chile, han sido o son víctimas de cruentos regímenes militares, de igual manera que países tropicales, de población negra o mestiza y exiguo desarrollo económico, como Haití, Honduras y Panamá. En cambio, tenemos dos países situados en el trópico, de población heterogénea y de poco desarrollo económico —Colombia y Costa Rica— donde prácticamente nunca ha prosperado el militarismo.

Se ha dicho, por ello, que siendo nuestros países oligarquías con instituciones jurídicas demoliberales, los regímenes militares no advienen mientras la clase dominante se mantiene fundamentalmente unida y re-

<sup>43</sup> Lions, Monique, *El Poder Legislativo en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 7 y 8.

suelve sus inevitables diferencias políticas mediante elecciones ordenadas y respetadas por los bandos contendientes. Pero cuando las contradicciones entre el sector civil dominante rompen su fundamental solidaridad social y sus pugnas degeneran en fraudes electorales e imposiciones políticas, el golpe y la sustitución militar es casi siempre inevitable.

En el presente siglo, especialmente en las últimas décadas, las reivindicaciones populares y las aspiraciones revolucionarias ocasionan, asimismo, cruentos pronunciamientos militares y subsecuentes dictaduras implacables. En el pasado siglo los ejércitos latinoamericanos estuvieron casi siempre al servicio de los sectores nacionales más retrógrados; en el actual se ha dicho que están implícitamente al servicio de intereses foráneos, de las compañías transnacionales y de los grandes países industrializados, principalmente los Estados Unidos de América, cuyo gobierno interviene en la formación y funcionamiento de nuestras instituciones armadas. De ahí que distinguidos escritores sostengan que:

Los ejércitos latinoamericanos son "meros apéndices del Pentágono, que actúan manipulados por los intereses yanquis"; y que "la instauración de regímenes autoritarios por los ejércitos corresponde a las necesidades actuales del capitalismo mundial que en la presente etapa de desarrollo de los países latinoamericanos necesita en ellos un Estado fuerte, represor de los movimientos sociales..."<sup>44</sup>

Los citados puntos de vista son, desde luego, fundamentalmente ciertos; pero, en nuestro concepto, tampoco constituyen la causa única del militarismo latinoamericano, ya que en algunos países especialmente dependientes en lo económico de los consorcios norteamericanos, no se da el fenómeno. A los mencionados casos tradicionales de Colombia y Costa Rica pueden incluirse otros en la actualidad; por ejemplo, México y Venezuela parecen haber extirpado el morbo militarista; pero ello principalmente se debe, en el caso mexicano, a su revolución (1910-1917) que eliminó el viejo ejército sostenedor y defensor de los sectores retardatarios, y en el de Venezuela, a que los dos partidos que en ese país se turnan en el poder no constituyen peligro alguno para los grandes intereses norteamericanos allí radicados.

El militarismo, como es sabido, no siempre se caracteriza porque sean militares quienes formalmente ejerzan el poder. De ahí que actualmente en la mayoría de los países latinoamericanos los ejércitos estén "reple-

<sup>44</sup> Cfr., Rouquie, Alain, *El Estado militar en América Latina* (traducción española), México, 1984, p. 17.

gados" y toleren gobiernos civiles mientras éstos no atenten contra los privilegios castrenses o contra los intereses a los cuales dichos ejércitos sirven. Asimismo, en otros Estados con gobiernos teóricamente civiles, sus presidentes sólo son figuras decorativas, ya que quienes deciden y realmente gobiernan son los jefes militares. Podemos, por tanto, concluir diciendo que el problema de los países latinoamericanos no consiste tanto en el predominio del Ejecutivo, sino en la preponderancia militar que entraña el riesgo, siempre presente, de la imposición por las fuerzas armadas de regímenes militaristas.

### III. CARACTERÍSTICAS ESSENCIALES DEL PRESIDENCIALISMO

#### LATINOAMERICANO

Como es sabido, los sistemas parlamentarios se caracterizan, entre otras cosas, por tener un jefe de Estado y un jefe de gobierno. Esta característica ha sido consecuencia de la transformación de las llamadas monarquías absolutas en monarquías constitucionales o limitadas. Pero casi todos los países europeos que abandonaron el régimen monárquico para adoptar el republicano continuaron o instituyeron el sistema parlamentario y han mantenido la aludida dualidad, esto es, un presidente de la República, que es el jefe de Estado y que esencialmente tiene funciones representativas y moderadoras, y un primer ministro, *Premier*, canciller o presidente del Consejo de Ministros, que es el jefe de gobierno y quien realmente ejerce las supremas funciones ejecutivas del Estado.

En cambio, en los sistemas presidenciales, el presidente de la República es a la vez jefe de Estado y jefe de gobierno. Ésta es, pues, una característica que comparten todos los regímenes presidenciales latinoamericanos.

Sin embargo, en nuestros países, a diferencia de los Estados Unidos, ha surgido un problema teórico con respecto a quien ejerce el supremo Poder Ejecutivo del Estado, o sea quien constituye el órgano ejecutivo superior del Estado.

Como ya hemos visto, la Constitución americana<sup>45</sup> parece ser categórica a este respecto cuando dice: "El poder ejecutivo será investido en un Presidente de los Estados Unidos de América. . ." Igualmente lo son, como también hemos visto, seis de las constituciones latinoamericanas según las cuales el Poder Ejecutivo es ejercido por el presidente de la

<sup>45</sup> Cuando usamos los términos americano, americana, americanismo, americanización, etcétera, nos referimos exclusivamente a los Estados Unidos de América, ya que, como hemos dicho, ellos oficializaron y monopolizaron estos vocablos.

República; pero, las trece restantes constituciones de Hispanoamérica no atribuyen el ejercicio del Poder Ejecutivo sólo al presidente. Así, en algunas de éstas, el Poder Ejecutivo es ejercido por el presidente de la República "conjuntamente con los Ministros de Estado"; en otras, dicho poder lo ejerce el presidente "auxiliado por los Ministros de Estado", y, según otras constituciones, lo ejercen el presidente "y los Ministros de Estado". A su vez, otras constituciones, que rehusan emplear la expresión Poder Ejecutivo, establecen que: "El Órgano Ejecutivo está constituido por el Presidente de la República y los Ministros de Estado."

La finalidad de todos los referidos preceptos constitucionales, ya sea que utilicen o no la expresión Poder Ejecutivo, es la de instaurar un órgano ejecutivo *colegiado* y no unipersonal como ocurre en el presidencialismo puro.

Se ha dicho que disposiciones como las mencionadas son de carácter platónico, ya que resulta falso hablar de un órgano ejecutivo colegiado—constituido por el gabinete— cuando el presidente nombra y remueve libremente a los ministros de Estado. No obstante, es preciso reconocer que la aludida modalidad tiende a depurar el concepto de Poder Ejecutivo —y el del propio presidencialismo— de su connotación autocrática. Igual tendencia se advierte en otros preceptos de muchas de nuestras constituciones, que ya hemos anotado y que adelante volveremos a comentar.

Vistos estos aspectos generales, pasaremos a considerar las principales características del presidencialismo latinoamericano establecidas por las respectivas constituciones.

### 1. *Modalidades referentes al presidente de la República*

Las constituciones latinoamericanas especifican determinados requisitos, condiciones, procedimientos, prerrogativas, prohibiciones y limitaciones con respecto al presidente de la República. Las más importantes disposiciones sobre el particular son las que pasamos a ver.

#### A. *Requisitos para ser presidente*

Dos son los requisitos comunes para ser presidente de la República que exigen las constituciones de Latinoamérica: ser nacional por nacimiento y tener cierta edad.

En cuanto al requisito de la nacionalidad de origen, la Constitución de El Salvador exige, además, "ser hijo de padre o madre salvadoreño", y la de México requiere "ser hijo de padres mexicanos por nacimiento".

En cambio, la Constitución de Nicaragua no exige expresamente el requisito de la nacionalidad por nacimiento. Tampoco lo hace la de Cuba con respecto al jefe de Estado y jefe de gobierno que, como vimos, lo es el presidente del Consejo de Estado, toda vez que dicha Constitución no instituye el cargo de presidente de la República.

Con respecto al requisito de edad, éste fluctúa entre 25, 30, 35 y 40 años. Así, siete constituciones, la de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, República Dominicana y Venezuela requieren 30 años de edad para ser presidente de la República. En cambio, otras siete exigen 35 años; son éstas las de Bolivia, Brasil, Ecuador, México, Panamá, Perú y Uruguay. Por otra parte, tres exigen 40 años: la de Chile, la de Guatemala y la de Paraguay. Una solamente, la de Nicaragua, exige 25 años, y la de Cuba no contiene precepto alguno en cuanto al mínimo de edad que debe tener el jefe de Estado y jefe de gobierno.

Además de los mencionados requisitos de nacionalidad originaria y de edad, algunas constituciones establecen otros requisitos particulares. Así, la de Argentina y la del Paraguay exigen "pertenecer a la comunidad Católica, Apostólica y Romana". En cambio, los de Costa Rica, El Salvador, Honduras y Venezuela exigen "ser del estado seglar", y la de México requiere: "No pertenecer al estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto." Esta Constitución exige, asimismo: "No estar en servicio activo, en caso de pertenecer al Ejército, seis meses antes de la elección." A su vez, la Constitución dominicana requiere: "No estar en servicio militar o policial activo, por lo menos durante el año que preceda a la elección." La Constitución de Colombia, entre otros requisitos, exige el muy original de haber ocupado algunos altos cargos como el de miembro del Congreso, ministro de Despacho, jefe de Misión Diplomática, gobernador de Departamento, magistrado de la Corte Suprema, procurador general de la Nación, contralor general de la República, "Profesor Universitario por cinco años a lo menos, o haber ejercido por tiempo no menor de cinco años, una profesión con título universitario". La Constitución de Panamá exige no haber sido condenado "por el Órgano Judicial en razón de delito contra la administración pública". Además de otros requisitos contenidos en algunas constituciones, casi todas consagran el de no haber ejercido la presidencia de la República en el período anterior, o en los dos períodos anteriores, o no haberla ejercido en cualquier tiempo; pero, esta prohibición se refiere al principio de no reelección que veremos en otro punto.

### B. Elección y periodos presidenciales

La elección del presidente de la República es en la actualidad por votación directa y sufragio universal en todos los Estados latinoamericanos.<sup>46</sup> Argentina, que mantenía el sistema de elección indirecta —por medio de un colegio electoral—, instituyó en 1957 la elección directa del presidente. El Brasil también eligió por algún tiempo en forma indirecta al presidente de la República, pero mediante reforma constitucional de 1985 restableció la elección directa.

Se dice que la elección popular directa del presidente de la República da a éste más poder y más representatividad. Se considera, asimismo, que dicha forma de elección es más "democrática". Sin embargo, los dos países donde mejor fortuna ha tenido la democracia representativa —Inglaterra y Estados Unidos— siguen eligiendo formalmente al jefe del Ejecutivo (primer ministro y presidente) en forma indirecta.

En cuanto al sufragio universal, ha resultado ser también una característica común a todos los Estados latinoamericanos. Hasta la segunda mitad del presente siglo las constituciones de algunos países sudamericanos (Brasil, Chile, Ecuador y Perú) exigían saber leer y escribir para poder ejercer el sufragio; pero actualmente dicho requisito ha desaparecido de todas esas cartas fundamentales. La última en eliminarlo fue la brasileña mediante reforma introducida en 1985.

Abrigamos también nuestras grandes dudas con respecto a la conveniencia del sufragio universal, sobre todo en países subdesarrollados. En los Estados Unidos, no obstante su extraordinario grado de desarrollo económico, sólo votan quienes sepan leer y escribir inglés.<sup>47</sup> En nuestro concepto, una de las razones del buen éxito de la democracia representativa en las dos grandes aludidas potencias anglosajonas es la de que éstas han ido ampliando el derecho electoral de manera muy lenta y cuidadosa. Desde luego, ya ningún Estado latinoamericano podría desistir del sufragio universal; pero su irreflexiva y demagógica implantación ha sido una de las causas de las perversiones electorales y de la falsedad de los comicios en casi todos nuestros países.

Los periodos presidenciales en Hispanoamérica fluctúan entre cuatro, cinco y seis años, con la única excepción de la Constitución chilena de

<sup>46</sup> Como hemos indicado, Cuba no tiene presidente de la República; pero el presidente del Consejo de Estado, que es el jefe del Estado y del gobierno, lo elige cada cinco años la Asamblea Nacional del Poder Popular.

<sup>47</sup> En algunos estados, como el de New York, con una densa población hispana, sólo se exige saber leer y escribir.

1980, que ha elevado dicho periodo a ocho años. Así tenemos que Bolivia, Colombia, Costa Rica, Honduras y la República Dominicana tienen un periodo de cuatro años. En cambio, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela tienen un periodo de cinco años. A su vez, Argentina, Brasil, México y Nicaragua lo tienen de seis, y Chile, como indicamos, lo ha extendido a ocho. Por tanto, tenemos cinco países con periodo presidencial de 4 años; nueve con periodo de 5; cuatro con periodo de 6 años, y uno con periodo de 8 años.

El periodo presidencial, así como el de las cámaras legislativas, es sumamente importante, y del acierto en determinarlo depende en gran parte el buen funcionamiento de un sistema representativo. En Latinoamérica prevaleció hasta hace algunas décadas el periodo cuatrienal; hoy, como vemos, predomina el quinquenal. El futuro dirá, sin embargo, si este periodo dará buen resultado en algunos de los países que recientemente lo han adoptado. Colombia y Costa Rica que, como hemos indicado, son las únicas dos democracias tradicionalmente estables de América Latina, siempre han mantenido el periodo de cuatro años.<sup>48</sup> En cuanto al periodo de seis años, puede advertirse que, con la excepción de Nicaragua que acaba de adoptarlo, los tres países donde impera son Estados federales. Esta circunstancia quizá explique la adopción en ellos de dicho periodo. Pero, en nuestra opinión, el único país donde el periodo sexenal ha tenido buen éxito ha sido México. Ello, a nuestro parecer, se debe a la forma especial y previa en que en ese país se escoge al presidente de la República, así como a la ausencia del militarismo y a la prohibición absoluta de reelección. En la Argentina y en el Brasil los endémicos golpes militares han impedido conocer el funcionamiento real del mencionado periodo, aunque, en nuestra opinión, la vastedad del mismo ha contribuido a que ocurran varios de dichos golpes castrenses.

### C. La no reelección presidencial

El principio de la no reelección sucesiva del presidente de la República es característico del constitucionalismo latinoamericano. La institucionalización de este principio es, sin duda, un aporte latinoamericano.

<sup>48</sup> Hemos de advertir que, en el siglo pasado, la ultraliberal Constitución colombiana de 1863 fijó el periodo presidencial en dos años y la archiconservadora Constitución de 1886 lo extendió a seis años. Pero ninguna de las dos modalidades tuvo buen éxito ni apreciable duración.

no al derecho constitucional. Muchas de las primeras constituciones de nuestros países, promulgadas a comienzos del siglo XIX, ya traían disposiciones según las cuales: "El Presidente y el Vicepresidente de la República durarán en sus funciones cuatro años. . . y no podrán ser reelegidos para los mismos destinos hasta pasado un periodo constitucional."<sup>49</sup> Posteriormente, muchas constituciones han acentuado el principio disponiendo que quienes hayan sido elegidos presidente y vicepresidente de la República no podrán optar a los mismos cargos durante los *dos periodos* presidenciales inmediatamente siguientes.<sup>50</sup> Algunos de nuestros países, como México, han llevado el principio de no reelección hasta el punto de que quien ha sido presidente de la República no podrá serlo nunca más.

El aludido principio no se limita, en la mayoría de las constituciones, al presidente y al vicepresidente de la República, ya que en varias de ellas la prohibición se extiende a otros altos funcionarios que hayan ejercido sus cargos durante el periodo o periodos respectivos; así como también a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La única Constitución latinoamericana que expresamente permite la reelección presidencial es la paraguaya. Cabe advertir que la de Nicaragua (1977) y la de la República Dominicana (1966) no prohíben expresamente dicha reelección.

Es obvio que la no reelección presidencial, en cualquiera de sus formas e intensidades, refleja un profundo espíritu republicano liberal y un esfuerzo jurídico para evitar las dictaduras personales y el fenómeno conocido en nuestros pueblos como *continuismo* gubernamental.

El principio de no reelección ha sido cuestionado en otras latitudes porque se considera que puede privar a un país de la actuación sostenida de estadistas superiores. Mas los autores de las cartas fundamentales de nuestros países, en esas manifestaciones de equidad cívica y de objetividad política que suelen producir las asambleas constituyentes o los procesos reformativos, parecen haber considerado que, dada nuestra realidad, de los dos males —el de privarse de hombres providenciales y el de evitar dictaduras legitimadas— este último es peor y de más probable frecuencia. Sabido es que en la vida de algunos países las prácticas viciosas a menudo se imponen a las normas justas; pero quizá tales

<sup>49</sup> Constitución colombiana de 1832. En constituciones latinoamericanas muy anteriores a ésta, algunas de las cuales se remontan a 1810 y 1811, ya aparecía el principio de no reelección.

<sup>50</sup> Precepto adoptado en Panamá desde 1946. Venezuela tiene uno similar.

episodios anómalos serían más generalizados y más persistentes si las constituciones no consagraran principios como el de la no reelección presidencial.

#### D. Sustitutos del presidente

El sustituto o suplente del presidente de la República en ocho países latinoamericanos se denomina vicepresidente de la República y es elegido en la misma forma y por el mismo tiempo que el presidente. Los ocho países aludidos son: Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay. A su vez, tres países —Costa Rica, Panamá y Perú— tienen dos vicepresidentes, también elegidos el mismo día, en la misma forma y por el mismo lapso que el presidente de la República. En cambio, en Colombia el suplente del presidente de la República se denomina *designado* y es elegido cada dos años por el Congreso. Las constituciones de El Salvador y de Honduras también hablan de designados (en plural); pero dichas figuras difieren fundamentalmente de la colombiana. En Honduras hay *tres* designados, pero todos son elegidos el mismo día, en la misma forma y por el mismo tiempo que el presidente de la República; por tanto, en realidad son vicepresidentes, aunque con denominación impropia, ya que lo que distingue los vicepresidentes de los designados es que aquéllos son elegidos popularmente en la misma forma y por el mismo periodo que el presidente, mientras que los designados son elegidos por el Órgano Legislativo y generalmente por un periodo menor que el del presidente. Así, en El Salvador hay un vicepresidente, elegido de igual modo que el presidente, y dos designados elegidos por la Asamblea Legislativa. Por otra parte, en Chile, México, Paraguay y Venezuela no hay vicepresidentes ni designados. Las constituciones de estos países contienen diferentes y complicadas fórmulas para establecer qué autoridades y en qué casos sustituyen al presidente de la República, ya sea en sus faltas ocasionales, temporales o definitivas. Es preciso advertir que no siempre es el mismo dignatario quien lo reemplaza en las diferentes clases de ausencias. Curiosamente en Chile se denomina vicepresidente de la República a cualquier funcionario que sustituya al presidente en sus diferentes ausencias ocasionales o temporales. Así, si el presidente se hallare impedido para tomar posesión de su cargo el día en que deba hacerlo, lo “asumirá, mientras tanto, con el título de Vicepresidente de la República, el Presidente del Senado; a falta de éste, el Presidente de la Corte Suprema, y a falta de éste el Presidente de la Cámara de Representantes”. Si el impe-

dimento del presidente electo fuere absoluto, el llamado vicepresidente deberá convocar a elección presidencial en el término de sesenta días. Si luego de haber tomado posesión, el presidente incurriere en ausencia temporal, "le subrogará con el título de Vicepresidente de la República, el Ministro titular a quien corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal". A falta de dicho ministro, la subrogación corresponderá sucesivamente al ministro que siga en orden de precedencia, y a falta de todos los ministros, lo subrogarán sucesivamente el presidente del Senado, el de la Corte Suprema o el de la Cámara de Diputados. Mas si ocurriere vacancia absoluta de la presidencia, el sucesor será designado por el Senado y durará en el cargo hasta la próxima elección de parlamentarios, ocasión en que también se elegirá presidente por el término regular de ocho años.

Las constituciones de los otros tres países que carecen de vicepresidente y de designado contienen, asimismo, fórmulas detalladas para establecer qué funcionarios y cómo deben reemplazar al presidente en sus faltas ya sea ocasionales, temporales o absolutas. Pero la descripción de todas estas fórmulas alargaría excesivamente el presente estudio.

Hemos de agregar, no obstante, que en algunos países el vicepresidente o los vicepresidentes sólo son suplentes; mientras que en otros son, a la vez, suplentes y funcionarios con ciertas atribuciones específicas.

#### E. Responsabilidad jurídica del presidente

Todas las constituciones latinoamericanas establecen la responsabilidad jurídica del presidente de la República, aunque no en la misma forma ni con la misma amplitud. En algunas de ellas es el Órgano Legislativo el que lo juzga por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Esta modalidad significa que las aludidas constituciones han adoptado el llamado *impeachment* angloamericano con sus correspondientes características. Éstas, como es sabido, consisten en que la cámara baja acusa y la cámara alta juzga y condena; en que la pena parlamentaria no puede ser otra que la destitución y la inhabilitación para ejercer cargos públicos por el término que previamente establezca la ley, y en que dicha pena no exime al funcionario de ser subsecuentemente juzgado y condenado por la justicia ordinaria, si hay mérito para ello.

No existen en español términos que equivalgan al verbo *to impeach* o al sustantivo *impeachment*. De ahí que en su lugar se utilicen en nuestros países distintas expresiones no muy exactas ni adecuadas. Así, en la Argentina se le denomina *juicio político*, en Colombia *juicio por respon-*

sabilidad oficial y la Constitución uruguaya (artículo 172) emplea el término *residencia*, aludiendo, sin duda, al viejo juicio de residencia español que se hacía a ciertos altos funcionarios por razón de delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos. En nuestro concepto, realmente se trata de un *juicio parlamentario* y esta es la denominación que sugerimos.

Ahora bien, no en todos los países latinoamericanos, como ya indicamos, existe el juicio parlamentario. La Constitución mexicana no lo establece, como tampoco la de El Salvador y la de la República Dominicana. Por otra parte, las constituciones que lo consagran lo regulan de maneras sustancialmente distintas. De ahí que el verdadero *impeachment* angloamericano sólo figura en las constituciones de la Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Panamá y el Uruguay. En Bolivia y en el Paraguay el juicio parlamentario sólo existe con respecto a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. A su vez, en Costa Rica, Chile, Guatemala, Honduras y Perú la cámara única (en los países con sistema unicameral) o el Senado (en los países con sistema bicameral) se limitan a declarar si hay lugar o no a la formación de causa, a fin de que, si hay lugar, el presidente, o cualquier otro alto funcionario acusado, sea juzgado y sancionado por la justicia ordinaria. Y en Venezuela el Senado—sin participación de la Cámara de Diputados— sólo autoriza el enjuiciamiento del presidente de la República, por la justicia ordinaria, después que la Corte Suprema de Justicia haya declarado que hay mérito para ello.

El juicio parlamentario ha sido objeto de atendibles críticas.<sup>51</sup> Se ha dicho, entre otras cosas, que ni siquiera en su país de origen ha funcionado positivamente. En efecto, en doscientos años sólo se ha aplicado una vez a un presidente de los Estados Unidos. Aludimos al parcializado enjuiciamiento de Andrew Johnson—el sucesor de Lincoln— quien por un voto no fue condenado.<sup>52</sup>

En todo caso, nos parece mejor el sistema seguido por los países en que el Órgano Legislativo se limita a decir si hay o no lugar a seguimiento de causa y a suspender al funcionario, a fin de que determinados tribunales ordinarios lo juzguen y sancionen. Por tanto, casi que huelga concluir diciendo que no es necesaria la existencia del juicio parlamen-

<sup>51</sup> Cfr., Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, 1959, pp. 371 y ss.

<sup>52</sup> Otra condición del *impeachment*, que también se cumple en nuestros países, es la de que para condenar se requieren las dos terceras partes de los miembros de la respectiva cámara.



tario para que el presidente de la República sea jurídicamente responsable por la comisión de delitos, oficiales o comunes, como formalmente lo es —aunque en distintos grados— en los países latinoamericanos.

## 2. *Los ministros de Estado*

En el sistema parlamentario, como es sabido, los jefes superiores de los diferentes ramos de la administración pública se denominan *ministros*. Al crear los Estados Unidos de América el sistema presidencial de gobierno llamó *secretarios* a los colaboradores inmediatos del presidente de la República y encargados de la dirección de las principales dependencias administrativas del Ejecutivo. Es preciso advertir que el único de dichos colaboradores, que se llama secretario de Estado, es el encargado de las Relaciones Exteriores, es decir, el que en los demás países del mundo se denomina ministro o secretario de Relaciones Exteriores o de Asuntos Exteriores. Los demás sólo se conocen como secretarios.

El *status* de estos llamados secretarios es muy inferior al de los ministros en los sistemas parlamentarios. Dichos ministros son verdaderos jefes de sus respectivos ramos, generalmente pertenecen al Parlamento con derecho a voz y voto, y si no son miembros de las cámaras representativas, tienen derecho a voz en ellas y la más amplia iniciativa legislativa. En cambio, los secretarios en los Estados Unidos son meros auxiliares del presidente. No tienen voz en las cámaras y por tanto no pueden presentar proyectos de leyes, ni defender, ante ellas, la política del Ejecutivo. Más aún, no pueden asistir siquiera a las sesiones de las cámaras del Congreso.

Es importante subrayar que, desde comienzos del pasado siglo, las constituciones de los países latinoamericanos comenzaron a adoptar el nombre de ministro, en vez de secretario, para designar a los jefes de los distintos ramos de la administración. Hoy sólo tres países de Latinoamérica, por razones que ignoramos, siguen usando la denominación de secretarios de Estado o secretarios de Despacho. Dichos países son Honduras, México y la República Dominicana.

La adopción por las constituciones hispanoamericanas del término ministros de Estado no significa una simple variación nominal, toda vez que entraña cambios sustanciales en cuanto al *status* y competencia de dichos altos funcionarios. Mas esto nos lleva a hacer un breve estudio de dichos *status* y competencia.

#### A. Los ministros latinoamericanos

La anotada circunstancia de que casi todos los países latinoamericanos hayan ido sustituyendo el término secretario por el de ministro es una de las evidencias de que nuestros países han ido creando una forma de gobierno propio. De esta manera, el presidencialismo latinoamericano se va alejando del norteamericano, a medida que adopta ciertas modalidades de los sistemas parlamentarios, pero sin llegar al parlamentarismo. En consecuencia, en la gran mayoría de nuestros países los ministros, como ya indicamos, gozan de iniciativa legislativa y pueden asistir con derecho a voz a las sesiones parlamentarias. A su vez, el Congreso o Asamblea Legislativa puede citarlos cuando a bien lo tenga e interrogarlos, y puede, asimismo, darles votos de censura que implican la obligación de renunciar por parte del ministro censurado. El refrendo ministerial, sin el cual son nulos los actos del presidente de la República, es también otra modalidad parlamentaria que evidentemente exalta el *status* y responsabilidad de los ministros, a la vez que tiende a frenar el personalismo presidencial. Por otra parte, el presidente no depende en absoluto del Órgano Legislativo ni es normalmente escogido por éste, a diferencia del jefe de gobierno en los sistemas parlamentarios. Nuestros regímenes siguen, pues, siendo presidenciales. Pero la evolución de Latinoamérica hacia un sistema semiparlamentario sigue, asimismo, en proceso. Así tenemos que en el Perú se ha creado la figura del presidente del Consejo de Ministros, que es nombrado por el presidente de la República; pero preside regularmente el Consejo de Ministros. Además, el nombramiento y la remoción de éstos debe hacerla el presidente "a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del presidente del Consejo". Es posible, por tanto, que en el futuro algunos de nuestros países lleguen a tener presidente de la República y primer ministro; pero no un presidente simbólico y protocolar, sino un auténtico jefe de Estado que tenga la dirección de los altos problemas de la política y del gobierno, y un primer ministro que dirija y ejecute con criterio técnico los asuntos primordialmente administrativos.

#### B. El Consejo de Gabinete o de Ministros

La mayoría de las constituciones latinoamericanas denomina Consejo de Ministros a lo que otras denominan Consejo de Gabinete. Con todo, estimamos más correcta esta última denominación, ya que dicho Consejo no está formado sólo por ministros, sino también por el presidente de la

República, quien precisamente lo preside. Mas cualquiera que sea su nombre, la institución es de carácter parlamentario y su adopción por casi todos los países latinoamericanos es otra prueba más de la evolución de éstos hacia una original forma de parlamentarismo.

La Constitución de los Estados Unidos nada dice sobre el Gabinete, como nada dice tampoco sobre los secretarios. Sin embargo, el presidente suele reunir a éstos y al conjunto de los mismos, bajo la presidencia del jefe del Estado, se le llama *Cabinet*. Pero, como observa García Pelayo, "se trata de un cuerpo ejecutante de las directivas y órdenes del presidente, al que normal y regularmente le pide consejo, pero sin que esté obligado a seguirlo y sin que sea no ya de única, pero ni siquiera la principal fuente de asesoramiento político del Presidente".<sup>53</sup>

Muy distinta es la institución del Consejo de Ministros o Consejo de Gabinete en Hispanoamérica. En primer lugar, las constituciones lo establecen expresamente y le señalan específicas e importantes funciones, y, en segundo término, sus decisiones, tomadas por mayoría, son obligantes para el presidente. Más aún, según algunas constituciones: "Las resoluciones que originariamente hubieren sido acordadas por el Presidente de la República con el Ministro o Ministros respectivos, podrán ser revocadas por el Consejo (de Ministros), por mayoría absoluta de presentes."<sup>54</sup>

Todo lo expuesto demuestra que el Consejo de Gabinete o de Ministros latinoamericano difiere sustancialmente del *American Cabinet* y se asemeja en su forma y contenido a la equivalente institución parlamentaria. No cabe duda, por otra parte, de que esta institución, al igual que otras examinadas, tiende a moderar constitucionalmente las características autocráticas del presidencialismo. Si en la práctica los respectivos preceptos no han funcionado plenamente, siguen constituyendo modalidades jurídicas que gradualmente podrán irse convirtiendo en realidad normativa.

#### IV. FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Las constituciones latinoamericanas, en su anhelo de objetivar la autoridad ejecutiva, hablan en su mayoría de Poder Ejecutivo, y otras, como también hemos visto, utilizan las expresiones Órgano Ejecutivo, "gobierno" y hasta organismo ejecutivo, en su afán de concebir la referida

<sup>53</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 3a. ed., Madrid, Revista de Occidente, p. 397.

<sup>54</sup> Artículo 165 de la Constitución del Uruguay.

autoridad como un órgano colegiado. Pero, significativamente, al momento de atribuir funciones las confieren al presidente de la República. Es preciso advertir, sin embargo, que según nuestras cartas fundamentales —a diferencia de la estadounidense— la mayoría de las aludidas funciones deben ser ejercidas por el presidente con el respectivo ministro de Estado y algunas de ellas mediante el Consejo de Ministros. Además, otras funciones presidenciales —lo mismo que en los Estados Unidos— requieren aprobación del Órgano Legislativo o de la cámara alta de éste. Con todo, el cúmulo de atribuciones que las constituciones latinoamericanas confieren al presidente de la República es, sin duda, impresionante. De ahí que algunos vean en tal acervo de funciones la causa de lo que consideran un desorbitado predominio presidencial en nuestros países. A este respecto, cabe advertir que si examinamos la Constitución de los Estados Unidos advertiremos en ella la misma o mayor magnitud de poderes y funciones. De modo que la causa de la llamada preponderancia ejecutiva en Latinoamérica habría que buscarla en otra parte y no en sus constituciones.

#### *1. Diferentes criterios para clasificar las funciones del presidente*

Se han utilizado varios criterios para clasificar las funciones del presidente de la República. Así, se habla de funciones que el presidente ejerce como jefe del Estado y funciones que ejerce como jefe del gobierno. Se dice, por ejemplo, que son funciones que ejerce como jefe del Estado la de sancionar y promulgar las leyes; enviar mensajes del Órgano Legislativo; convocarlo a sesiones extraordinarias; abrir las legislaturas o periodos de sesiones legislativas; dar y recibir las credenciales de representantes diplomáticos; firmar los tratados internacionales; imponer condecoraciones y conceder títulos honoríficos; representar al Estado en ceremonias oficiales; conceder indultos, y ejercer otras funciones similares. Para fijar este criterio de clasificación se ha seguido el modelo de las atribuciones de los jefes de Estado en los sistemas parlamentarios. El mismo criterio se ha seguido para determinar las funciones que el presidente de la República ejerce como jefe de gobierno, es decir, se le atribuyen las que los jefes de gobierno ejercen en los aludidos sistemas parlamentarios. Así tenemos que serían funciones que ejerce como jefe de gobierno las de dirigir la fuerza pública; conducir las relaciones exteriores; iniciar leyes; ejercer la potestad reglamentaria; presidir los Consejos de Gabinete, y, en fin, dirigir el gobierno y la administración del Estado.

Este criterio de clasificación no tiene, sin embargo, importancia práctica en regímenes presidenciales donde el presidente de la República es, a la vez, jefe de Estado y jefe de gobierno. Además, no siempre se puede determinar con exactitud qué funciones ejerce el presidente bajo una u otra investidura.

El segundo criterio que se utiliza es el de distinguir entre las funciones que el presidente ejerce por sí solo y las que ejerce con la concurrencia de un ministro, del Consejo de Ministros o del Órgano Legislativo. Lo cierto es que, al menos en teoría, son pocas las funciones que el presidente ejerce por sí solo, si por ellas entendemos los actos que se perfeccionan con su sola firma. Entre estas funciones está la de nombrar y remover los ministros de Estado y, en algunos países, la de conceder indultos; la de vetar proyectos de leyes; la de presentar mensajes al Órgano Legislativo; la de invalidar ciertas disposiciones y órdenes que los ministros pueden dictar por sí solos, y otras similares. Técnicamente, la gran mayoría de los actos que emite el presidente de la República aparecen expedidos por él y por el ministro del respectivo ramo, y varios actos requieren la aprobación del Consejo de Ministros o son emitidos por medio de dicho Consejo. De ahí que en los sistemas constitucionales latinoamericanos que consideran al Ejecutivo como un órgano colegiado (llámese éste Poder Ejecutivo, "gobierno", organismo ejecutivo u órgano ejecutivo), dicho órgano a la vez de ser compuesto es asimismo complejo. Su complejidad consiste en que el referido órgano —concebido como el presidente de la República y los ministros de Estado— se manifiesta y actúa a través de diferentes conductos. Entre éstos, los siguientes: *a)* El presidente solo (cuando, por ejemplo, nombra o destituye un ministro o cuando indulta un reo); *b)* El presidente y un ministro (cuando dicta decretos ejecutivos o resoluciones ejecutivas); *c)* El órgano en pleno, o sea el Consejo de Gabinete o de Ministros (cuando declara, por ejemplo, el estado de emergencia y cuando dicta ciertos decretos con valor de ley); *d)* Un ministro (cuando por el conducto de un ministro de Estado emite, como ocurre en algunos países, ciertas disposiciones administrativas y órdenes ejecutivas que se perfeccionan con la sola firma del respectivo ministro).

El tercer criterio y el más importante es el que clasifica las funciones del presidente según la naturaleza de éstas. La singular importancia y la extraordinaria amplitud de la clasificación de las funciones presidenciales de acuerdo con este criterio exigen que sea tratado en una sección especial.

## 2. *Funciones del presidente según la naturaleza de éstos*

Casi todas las constituciones latinoamericanas contienen un extenso artículo —dividido en múltiples numerales, ordinales, incisos, fracciones o acápite— que especifica las diferentes y variadas funciones del presidente. Por regla general, el encabezamiento del artículo dice: “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República...” En dicho artículo no hay regularmente subdivisiones que indiquen cuáles de esas atribuciones son ejercidas por el presidente como jefe del Estado o como jefe de gobierno, ni cuáles ejerce por sí solo y cuáles con la participación de otras autoridades. Sin embargo, este último requisito sí aparece anotado casi siempre en el respectivo inciso. Algunas constituciones, como la de Panamá, se apartan un tanto de esta regla, ya que en un artículo enumeran las atribuciones que el presidente ejerce por sí solo, y en otro, las que ejerce con la participación del ministro respectivo. La Constitución colombiana presenta una interesante excepción a este respecto. En un artículo establece las atribuciones del presidente de la República “en relación con el Congreso”; en otro, las atribuciones de dicho dignatario “en relación con la administración de justicia”, y el siguiente artículo enumera las funciones del presidente “como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa”.

Pero, independientemente de las constituciones que hacen ciertas subclasificaciones y de las que no las hacen, que son mayoría, podemos advertir en todas ellas la inserción de algunas funciones rutinarias y de poca trascendencia normativa. Entre éstas cabe citar, por ejemplo, la de “cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”; “mantener la integridad territorial y la dignidad de la Nación”; “representar al Estado”; “velar por la conservación del orden público”, y otras por el estilo. Si descontamos, pues, éstas y otras obvias e imprecisas atribuciones, podemos clasificar las funciones de los presidentes de las repúblicas latinoamericanas de la siguiente manera: potestad nominadora; funciones de relación con el Órgano Legislativo; funciones legisladoras; potestad reglamentaria; funciones económico-fiscales; dirección de las relaciones exteriores; dirección de la fuerza pública; funciones de relación con la administración de justicia.

### A. Potestad nominadora

En el ejercicio de su potestad nominadora, el presidente de la República en todos nuestros países puede nombrar y remover libremente a

distintas clases y categorías de funcionarios. En todos los países nombra y remueve libremente a los ministros y viceministros de Estado, y en muchos a los embajadores y ministros plenipotenciarios, así como a los demás agentes diplomáticos y consulares. Pero, además, en la mayoría de nuestros países también designa y destituye discrecionalmente a los directores o gerentes de establecimientos públicos o instituciones autónomas y a los directores de los departamentos administrativos de todos los ministerios. De igual modo, en los Estados unitarios nombra a los gobernadores de departamentos o provincias y, en muchos de ellos, a los alcaldes municipales. Según distinguidos constitucionalistas, también en Estados federales el presidente suele nombrar prácticamente a los gobernadores de los llamados estados.<sup>55</sup> Pero esta práctica entra ya dentro de la patología política de nuestros países, toda vez que se trataría de nombramientos hechos al margen de la Constitución, y nuestro estudio se circunscribe fundamentalmente, como antes advertimos, a los poderes y funciones del presidente de la República a tenor del ordenamiento jurídico. Por tanto, a este tenor, el presidente también nombra en algunos estados a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, aunque generalmente en Consejo de Ministros y sujetos los nombramientos a ratificación parlamentaria. Cabe advertir, sin embargo, que según la mayoría de las constituciones latinoamericanas, los magistrados del supremo tribunal judicial son elegidos por el Órgano Legislativo, y en Colombia los escoge la propia Corte Suprema en virtud del sistema de cooptación instituido por la carta fundamental de ese país. Finalmente, en todas las constituciones latinoamericanas aparece un precepto que, con ligeras variantes de forma, atribuye al presidente de la República la potestad de "nombrar y remover libremente a todos los empleados públicos cuyo nombramiento y remoción no estén determinados de otro modo en la Constitución y las leyes". Es preciso anotar que algunas constituciones tratan de condicionar el amplio poder nominador que el citado precepto confiere al presidente, estableciendo que esta facultad de nombramiento y remoción está sujeta a otras disposiciones constitucionales que prevén la creación de la carrera administrativa. Mas la ley ordinaria casi nunca llega a desarrollar en dichos países las aludidas disposiciones creadoras de dicha carrera.

<sup>55</sup> Cfr., Carpizo, Jorge, "México, Poder Ejecutivo: 1950-1975", *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, p. 85.

### B. Funciones relacionadas con el Órgano Legislativo

En todos nuestros países el presidente tiene ciertas funciones y deberes más bien protocolares relacionados con el Órgano Legislativo. Entre ellos, a tenor de las constituciones, figuran los siguientes: tomar posesión, salvo casos excepcionales, ante el Congreso o Asamblea Legislativa; tomar las medidas para que el Congreso o Asamblea efectúen sus sesiones; convocar al Congreso o Asamblea a sesiones extraordinarias; presentarles mensajes, y otras similares. Pero al llamado de estos actos rituales, el presidente tiene sustanciales poderes y funciones con respecto a la formación de las leyes. Ante todo, posee amplia iniciativa legislativa que, en la mayoría de los países, la ejerce por medio de sus ministros; tiene, además, el importante poder de veto, si bien condicionado por la posible revocatoria parlamentaria de los dos tercios, y asimismo tiene la función universal de sancionar y promulgar las leyes. También, como es sabido, el Ejecutivo en casi todos nuestros países dicta actos con valor de ley, lo cual nos lleva al siguiente punto.

### C. Función legislativa

Una de las principales críticas que se han hecho al presidencialismo latinoamericano es la referente a la emisión por el Ejecutivo de actos con valor de ley formal. Pero esta particularidad no ha sido ni es exclusiva de nuestros países. Como es sabido, ella apareció en las democracias europeas después de la Primera Guerra Mundial. Y no sólo surgió en Francia, Italia, Alemania y otras democracias continentales, sino también en la muy parlamentaria Inglaterra, donde se dice que la Cámara de los Comunes es "soberana". El surgimiento de la legislación por vía ejecutiva en Inglaterra dio origen, entre otras, a la controvertida obra de lord Hewart, *The New Despotism*, ya que él consideró que la referida legislación entronizaba precisamente una nueva forma de despotismo.<sup>56</sup>

La legislación ejecutiva ha sido vinculada en América Latina a los llamados *estados de excepción*, que son una expresión genérica y comprensiva de lo que se conoce como estado de emergencia, estado de sitio, estado de urgencia y de las correlativas suspensiones de garantías constitucionales y concesión de facultades extraordinarias que, entre otras potestades excepcionales, confieren al Ejecutivo la de legislar. Se ha hablado a este respecto de dictadura constitucional. Precisamente, la

<sup>56</sup> Hewart of Bury (Rt. Hon. Lord), *The New Despotism*, London, 1929, pp. 9 y ss.

documentada obra de Diego Valadés sobre esta materia se denomina *La dictadura constitucional en América Latina*. Observa el citado autor que: "la vigencia de un estado excepcional por lo general da lugar a procedimientos extraordinarios de creación normativa", y manifiesta su preocupación porque en muchos de nuestros países "las situaciones de excepción comienzan a tornarse ordinarias".<sup>57</sup>

A este respecto, es interesante observar que el distinguido autor norteamericano, Clinton Rossiter, publicó hace algunos años una obra cabalmente titulada *Constitutional Dictatorship*, con el subtítulo de *Crisis Government in the Modern Democracies*. En dicha obra el autor se refiere a Alemania, Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos y hace sus conclusiones tan significativas como la de que "la concentración de poder en el ejecutivo, la invasión gubernamental del campo de la libre empresa y la creciente injerencia del Estado en las libertades de los ciudadanos son cambios característicos de todas las modernas democracias, aun en los tiempos normales". Añade el eminente profesor de la Universidad de Cornell que "en la era en la cual está entrando el mundo, el uso de poderes de emergencia constitucional puede muy bien convertirse en la regla y no en la excepción".<sup>58</sup>

Tan sombríos planteamientos por parte de este notable autor de nacionalidad norteamericana podrían llevar a decir irónicamente que los países latinoamericanos no han hecho más que anticiparse a las llamadas democracias occidentales.

Pero dejando de lado las predicciones siniestras, debemos distinguir algunas clases de actos con valor de ley que se emiten en América Latina. Así tenemos los que el Ejecutivo dicta mediante delegación o autorización previa y específica del Órgano Legislativo; los que emite por mandato directo —ya sea expreso o implícito— de la Constitución, y los que dictan los ejecutivos *de facto*. Los primeros, además de necesarios, son compatibles con el Estado de derecho e incluso con el principio de la separación de los poderes; los segundos, si bien no se ajustan precisamente al citado principio, son convenientes, sobre todo cuando se circunscriben a materias y circunstancias muy especiales, y con respecto a los últimos sólo cabe decir que si un gobierno *de facto* puede hacerlo todo, nada le impide legislar.

<sup>57</sup> Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 155 y 156.

<sup>58</sup> Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, 1963, pp. 296 y 297.

#### D. Potestad reglamentaria

Las constituciones latinoamericanas contienen un precepto que, con ligeras variantes entre unos y otros textos, atribuye al presidente la facultad de: "Reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse de su texto ni de su espíritu." Esta potestad del Ejecutivo es universal y no presenta problema frente a las leyes, ya que los derechos reglamentarios son actos administrativos que están, por tanto, supeditados a las normas legales.

El transcrito precepto da lugar a los reglamentos *reglados*, o sea a los dictados en desarrollo de una ley determinada. Mas, por otra parte, en varias de nuestras constituciones también figura otro precepto que atribuye al presidente la facultad de: "Reglamentar los servicios establecidos por la Constitución." El citado precepto da origen a los llamados reglamentos autónomos, que son los que no desarrollan una ley específica, pero también están supeditados a las normas legales. Por tanto, con respecto a estas dos clases de reglamentos, existen en muchos de nuestros países los recursos contenciosoadministrativos de ilegalidad.

#### E. Funciones económico-fiscales

Las facultades económicas, hacendarias y fiscales que las constituciones latinoamericanas atribuyen al presidente de la República son de gran amplitud y trascendencia. En lo concerniente al presupuesto nacional de rentas y gastos, su aprobación, como es sabido, corresponde al Órgano Legislativo; pero es el Ejecutivo quien lo elabora y lo presenta al Congreso o Asamblea y quien luego prácticamente lo modifica con frecuencia mediante el acuerdo de partidas extraordinarias y suplementales. La tendencia en nuestros países es la de restringir cada vez la iniciativa parlamentaria. Así, de acuerdo con algunas de sus constituciones, el Órgano Legislativo no puede incluir ni aumentar gastos. Sólo puede eliminar o reducir las partidas de los egresos previstos en el proyecto elaborado por el Ejecutivo. Incluso, esta facultad parlamentaria no es irrestricta en algunas constituciones, ya que, según ellas, no puede eliminar ni reducir las partidas concernientes al servicio de la deuda pública o al cumplimiento de otras obligaciones contractuales del Estado. Por otra parte, en materia económica, de acuerdo con algunas constituciones, el Órgano Ejecutivo en pleno, es decir, el Consejo de Gabinete o de Ministros, tiene competencia para negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, y fijar y

modificar todo lo referente al régimen de aduanas, de acuerdo con normas generales dictadas por el Órgano Legislativo. Pero si éste no las ha dictado, el Órgano Ejecutivo podrá dictarlas por medio de decretos de Gabinete que, por supuesto, tienen fuerza de ley.<sup>59</sup>

De acuerdo con las constituciones de otros países, es prerrogativa exclusiva del presidente ejercer la iniciativa legislativa de las leyes que dispongan en materia financiera; que creen empleos y cargos públicos y que fijen o aumenten salarios y gastos públicos; así como las que fijen o modifiquen los efectivos de las fuerzas armadas, y en general las que reglamenten los impuestos, el presupuesto y los servicios públicos.<sup>60</sup> Asimismo, de acuerdo con otras constituciones, el presidente ejerce la iniciativa económica, hacendaria, administrativa y financiera.<sup>61</sup>

Es preciso advertir que la tendencia a restringir la iniciativa parlamentaria en materia económica, especialmente en lo referente al presupuesto, no es exclusiva de América Latina. La actitud prevaleciente a este respecto es la de que el Parlamento debe cumplir primordialmente una función contralora, fiscalizadora.

#### F. Dirección de las relaciones exteriores

La dirección y conducción de las relaciones exteriores, tanto diplomáticas como consulares, es una función que universalmente corresponde al Ejecutivo. Por tanto, a éste compete, entre otras cosas, nombrar a los funcionarios del ramo; acreditar y recibir agentes diplomáticos y consulares; establecer y romper relaciones diplomáticas con otros Estados; así como negociar y firmar tratados internacionales, y ratificarlos después que hayan sido aprobados por el Órgano Legislativo o por la Cámara Alta de éste en los países con sistema bicameral. En algunos países latinoamericanos —a semejanza de los Estados Unidos— el nombramiento de embajadores requiere aprobación del Senado.

#### G. Dirección de la fuerza pública

Al igual que en los Estados Unidos, la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos atribuyen al presidente de la República la calidad de jefe supremo de la fuerza pública. Según algunas de nuestras constituciones, el presidente es comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de Tierra, Mar y Aire. En consecuencia, tiene funciones como

<sup>59</sup> Constitución de Panamá, artículos 53, numeral 11; 195, numeral 7, y 268.

<sup>60</sup> Constitución de Brasil, artículo 57.

<sup>61</sup> Constitución de Colombia, artículo 79.

las de "nombrar y remover a los funcionarios de la fuerza pública", "otorgar grados militares y policiales, así como ordenar los ascensos jerárquicos a los oficiales de la fuerza pública"; disponer el empleo de dicha fuerza; asumir la dirección suprema de las mismas en caso de guerra; "dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los Ejércitos de la República", y otras de similar naturaleza.

Según las constituciones de algunos países la potestad nominadora del presidente en relación con la fuerza pública está bastante condicionada. Así, algunas cartas disponen que debe hacer los nombramientos y ascensos de acuerdo con la ley, y otras preceptúan que el presidente ha de hacer los nombramientos de los jefes y oficiales de la fuerza pública "con arreglo al Escalafón Militar". Lo cierto es que en algunos países donde los presidentes son civiles y constitucionales su dirección de la fuerza pública, sus nombramientos de jefes y oficiales y sus otorgamientos de grados militares no son más que facultades ficticias, ya que la dirección de dicha fuerza, así como sus nombramientos y ascensos, están a cargo exclusivo de los comandantes militares. En todo caso, el presidente se limita a homologar con su firma lo decidido por los jefes militares.

#### H. Funciones relacionadas con la administración de justicia

Como vemos, en algunos países latinoamericanos el presidente nombra a los magistrados de la Corte Suprema, lo cual no es muy conciliable con el principio de la independencia judicial. En otros países el presidente incluso nombra al procurador general de la nación, o presenta ternas para su nombramiento, lo cual es completamente contraindicado, ya que es misión del Ministerio Público fiscalizar a todos los funcionarios partiendo desde el propio presidente de la República y mal podría fiscalizarlo quien le debe su puesto.

Otra función del Ejecutivo —que estimamos de carácter judicial— es la de conceder indultos y conmutar y rebajar penas. Esta es una función que universalmente ejerce el jefe del Estado, ya sea en sistemas parlamentarios o presidenciales. Es preciso advertir que en varios países latinoamericanos el presidente no goza de potestad irrestricta de indultar. En algunos Estados sólo puede hacerlo con respecto a delitos políticos, y en otros cuando haya habido sentencia firme. De modo que en esos países nuestros el presidente no podría indultar a un ciudadano por posibles delitos comunes y en forma incondicional y previa como lo hizo en los Estados Unidos el presidente Gerald Ford en favor de su antecesor Richard Nixon.

## V. CONCLUSIONES

Cualquier denominación del hemisferio occidental o de un conjunto de países del mismo que incluya el término "América" es equívoca y perjudicial, toda vez que hace dos siglos los Estados Unidos se apropiaron dicho término, con todos sus derivados, para denominar a dicha nación. Por otra parte, la expresión "Poder Ejecutivo", empleada en Latinoamérica para designar al presidente de la República, o a éste y sus ministros, es inexacta y ambigua. Con todo, en el presente estudio nos hemos resignado a utilizar las locuciones "América Latina" y "Poder Ejecutivo", a fin de acatar la terminología y los usos establecidos.

La adopción del régimen presidencial y de la democracia liberal burguesa por los Estados latinoamericanos ha dado lugar a numerosos juicios críticos de autores europeos, norteamericanos y también latinoamericanos. Todos esos juicios coinciden fundamentalmente en que las sedicentes repúblicas latinoamericanas no son más que autocracias constitucionalizadas. Coinciden, asimismo, en que las constituciones de estas repúblicas han sido copiadas de la de los Estados Unidos, y en que, desde luego, no se cumplen, ya que lo que impera en Latinoamérica es el absolutismo, el militarismo y la inestabilidad constitucional.

Sin negar la parte de verdad inherente a los referidos juicios, en el presente estudio se rebaten específicos enfoques y excesos de los mismos. No es exacto, por ejemplo, que los Estados latinoamericanos hayan calcado la Constitución de los Estados Unidos de América, ya que nuestras constituciones tienen estructura, estilo, principios y modalidades propias. Tampoco es cierto, como pretenden algunos críticos, que la llamada omnipotencia presidencial en América Latina obedezca al exceso de poderes que las constituciones conceden al presidente de la República. El análisis que de ellas se ha hecho en el presente estudio demuestra lo contrario, y cualquiera que examine el texto de dichas cartas fundamentales comprobará la verdad de lo que aquí se afirma. El predominio presidencial en nuestros países —que esencialmente es predominio militar— obedece, por tanto, a causas de orden fáctico y no normativo. La democracia liberal burguesa es un lujo que sólo pueden darse las naciones capitalistas avanzadas. En consecuencia, es algo sorprendente que nuestros empobrecidos y explotados países hayan podido sobrevivir e incluso prosperar dentro de la adopción formal de la referida forma de gobierno. Las causas de la inestabilidad institucional de los países latinoamericanos y del predominio militar que en casi todos ellos subsiste, son varias y complejas. En general puede afirmarse que se deben al

subdesarrollo, agravado por el capitalismo internacional y por la injerencia imperialista, especialmente la norteamericana. De ahí que sólo mediante la obtención de una auténtica independencia podrán los pueblos de Latinoamérica desarrollarse y lograr instituciones estables, dentro de los sistemas socioeconómicos y las formas de gobierno que les resulten más convenientes y apropiadas.



## LAS CONSTITUCIONES PANAMENAS DEL SIGLO XX

HUMBERTO E. RICORD

En homenaje a la Constitución mexicana de 1917, producto de una revolución y base jurídica de la revolución mexicana permanente.

**SUMARIO:** I. *Introducción general. Referencia al nuevo constitucionalismo.* II. *La Constitución de 1904.* 1. *De la nación al Estado independiente.* 2. *Se redacta la primera Constitución.* 3. *Su ideología.* 4. *Su vigencia.* III. *La Constitución de 1941.* 1. *Su advenimiento.* 2. *Examen de esta carta.* 3. *Vigencia y derogatoria de la Constitución.* IV. *La Constitución de 1946.* 1. *Origen.* 2. *Características generales.* 3. *Aspectos salientes.* 4. *Nota final.* V. *La Constitución de 1972.* 1. *Introducción.* 2. *Generalidades.* 3. *El Estado de bienestar social.* 4. *Hacienda pública y economía nacional (títulos X y XI).* 5. *El órgano Legislativo (título V).* 6. *Constitución y ejercicio real del poder.* VI. *La Constitución de 1983.* 1. *Condiciones político-sociales de 1974 a 1982.* 2. *La Comisión de Reformas Constitucionales y su trabajo.* 3. *El método de aprobación de las reformas.* 4. *El contenido de las reformas aprobadas.* 5. *Una nueva Constitución.* 6. *Constitución y realidad militar.*

### I. INTRODUCCIÓN GENERAL. REFERENCIA AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo universal de la presente centuria, la cual se acerca a sus postrimerías, ha experimentado profundas transformaciones, que se desarrollan casi paralelamente a los grandes cambios sociales de este siglo que tiene perfiles apocalípticos.

La humanidad está terminando de vivir una etapa de cien años de revoluciones políticas, económicas y sociales, tal vez sin parangón en toda su historia. Así como se ha hablado en la Edad Media de los siglos de oscurantismo, y en la Época Moderna de un siglo de las luces, no sería extraño que desde ahora en adelante el periodo cronológico a que aludimos sea denominado "El siglo de las revoluciones".

Y en esta centuria de hondas mutaciones, el derecho no podía escapar a ese destino de cambios cataclísmicos de la sociedad humana. Dentro de la esfera jurídica, el derecho constitucional no ha sido la rama reza-

gada, en cuanto a cantidad y profundidad de nuevas e insólitas concreciones. México y Rusia han estado a la vanguardia cronológica de las tendencias revolucionarias más características. El derecho constitucional socialista, inaugurado a fines de 1917, en la Unión Soviética, ha perfilado el ordenamiento jurídico de mayor densidad transmutadora, porque su propia matriz social, el surgimiento de la economía socialista sobre el derrumbe parcial del capitalismo, determinó ese calado históricamente imprevisto del derecho. Y dentro del capitalismo, México abrió la era contemporánea del constitucionalismo social, a principios de 1917, con su Constitución de Querétaro.

El constitucionalismo del siglo xx se ha bifurcado, pues, en dos rutas diferentes: la del socialismo con la propiedad estatal de los medios de producción y la del capitalismo social, con sus reformas garantes de la función social de la propiedad privada individual. En la Rusia europea, cuya industria de comienzos de la centuria ya aglutinaba a millones de obreros, y bajo la presión de la crisis agudizada por el fin de la Primera Guerra Mundial, el turbión revolucionario estalla con la creación del Estado socialista (noviembre de 1917). Y en el México agrario de capitalismo dependiente y latifundismo explotador, la crisis política doblada en pavorosa guerra civil de siete años, culmina en la primera Constitución universal que plasma decididamente los derechos sociales (febrero de 1917). La Europa occidental, salida del holocausto bélico, extiende, amplía y profundiza ese constitucionalismo social en las cartas de Weimar (1919), Austria (1920), España (1931) y otros países, llevando por el mundo capitalista el desarrollo inevitable de los derechos colectivos que los estatutos políticos consagran.

En Panamá, con la independencia de 1903, la nueva república sigue de cerca los preceptos del constitucionalismo colombiano de 1886, que regían en el Istmo; pero, extinguidos los vestigios del siglo xix, prolongados entre nosotros hasta los años treinta, la Constitución de 1941 abre un tanto tardíamente la época de ese constitucionalismo social, que ya no podía ser postergado.

¿Cómo y por qué se produce esa transición panameña del constitucionalismo individualista del siglo xix, tan unánime en América Latina, al constitucionalismo social europeizante de la centuria actual, que esa América prohijó, con mezcla paradójica de exultación y superficialidad?

Es lo que nos proponemos indagar en el presente estudio, que se apoya tanto en la historia política propia, como en el andamiaje conceptual del aludido constitucionalismo.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE 1904

1. *De la nación al Estado independiente*

Tratándose de la carta constitucional de un nuevo Estado, conviene aludir al fenómeno político de la conversión de una nacionalidad o de una nación, en Estado. Es el proceso que se desarrolla en Europa, después de la Edad Media, y que acompaña a la trayectoria ascendente del capitalismo. Las diversas nacionalidades (española, francesa, alemana, inglesa, italiana, etcétera) se doblan, andando algunos siglos, en Estados autónomos; pero no lo hacen al margen de la economía, sino casi paralelamente al desarrollo capitalista.

En la América colonial, los siglos XVI, XVII y XVIII preparan el subsuelo de innegables nacionalidades, sobre las cuales se estructuran los Estados que nacen al terminar las guerras de independencia —ya a fines del XVIII, y principalmente a comienzos del XIX—; ello ocurre en Panamá, cuando la quiebra definitiva del colonialismo español, porque en 1821 se declaró independiente; pero, el mismo día, siendo claro el riesgo que significaban las potencias mundiales del momento, se anexó a la Gran Colombia, procurando la protección de la espada bolivariana.

Ya en la Colonia se fraguaba la nacionalidad panameña, con rasgos propios, con un territorio especial, estrecha garganta que vinculaba, como puente, las grandes porciones del norte y del sur, presagiando siempre la unión de los grandes mares, Atlántico y Pacífico, en su suelo predestinado. Esa nacionalidad, incubada plenamente en las postrimerías coloniales, se fortaleció a todo lo largo del siglo XIX, mientras los pueblos del Istmo panameño seguían atados al destino azaroso de la tierra de Nariño y Santander, de Tomás Cipriano de Mosquera, de Manuel Murillo Toro y de Rafael Núñez.

Ese destino inexorable, en cuya virtud la nacionalidad panameña se convertiría en Estado autónomo, irrumpió coyunturalmente en 1903. Escapado a los grilletes de España, deslumbrado por el esplendor epopéyico de la Gran Colombia, el Istmo no pudo cumplir su efemérides estatal sin la mano protectora y estrujante de los Estados Unidos del Norte, ya en camino de ejercer su hegemonía de gran potencia mundial. A pocos días de la declaración de independencia, Panamá suscribió con el coloso del norte el Tratado del Canal, de 18 de noviembre de 1903, cuyo artículo 10. reconocía implícitamente al nuevo Estado independiente, pero bajo la forma explícita de una garantía que al mismo

tiempo era una coyunda: "Los Estados Unidos garantizan y mantendrán la independencia de Panamá."<sup>1</sup>

Esta realidad avasallante, muy propia de la época, se impuso también, como una suerte de segunda enmienda Platt, en el artículo 136 de la nueva e inaugural Constitución, que debemos reproducir en su abrumadora elocuencia:

El Gobierno de los Estados Unidos de América podrá intervenir en cualquier punto de la República de Panamá, para restablecer la paz pública y el orden constitucional si hubiere sido turbado, en el caso de que por virtud de Tratado Público aquella Nación asumiere o hubiere asumido la obligación de garantizar la independencia y soberanía de la República.<sup>2</sup>

El Estado panameño, edificado sobre la base de una nacionalidad histórica eficiente, hubo de aceptar la hipoteca norteamericana sobre su independencia. Nación y nacionalidad indoblegables, al fin, Panamá eliminaría ese baldón jurídico en 1936 y reivindicaría en el Tratado del Canal de 1977, para el plazo fijo del año 2000, la plenitud de su autonomía, de su soberanía, como Estado independiente.

## 2. Se redacta la primera Constitución

Los pueblos del Istmo de Panamá, al proclamar su independencia política de la República de Colombia, el 3 de noviembre de 1903, iniciaron así el proceso de formación del Estado panameño actual. Por el método del sufragio popular<sup>3</sup> fue elegida una Convención Nacional Constituyente que expidió, tras un breve debate de pocos días, una Constitución, la cual entró en vigencia el 15 de febrero de 1904. Dicho estatuto reprodujo, en su letra, numerosas cláusulas contenidas en la Constitución colombiana de 1886.

Seguramente que la situación de urgencia en que la primera Constitución panameña fue redactada determinó la disposición nada coherente

<sup>1</sup> Subrogado por el artículo 10. del Tratado de 1936, redactado así: "Habrá perfecta, firme e inviolable amistad entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América."

<sup>2</sup> El antecedente inicial de esta norma se encuentra en el Tratado Mallarino-Bidlack, de 1846, en cuya virtud los Estados Unidos garantizaban la soberanía de Colombia en el Istmo. La segunda Constitución panameña del presente siglo, de 1941, eliminó el artículo 136, que hemos reproducido.

<sup>3</sup> Decreto No. 25 de 12 de diciembre de 1903. *Gaceta Oficial* No. 7 bis de 22 de diciembre del mismo año.

de sus títulos y aun de su mismo articulado. Pero debe decirse también que su modelo —la carta colombiana— no le era muy superior, en este aspecto. En los títulos II, VIII, X y siguientes del cuerpo constitucional de 1904, no se advierte ninguna preocupación por el orden de las diversas materias de que tratan. Y la formulación caótica de sus preceptos alcanza, en el título "De los derechos individuales", un grado tal, que estas disposiciones merecieron de un autorizado juriconsulto, ya desaparecido,<sup>4</sup> el mote de "confuso breviario de filosofía individualista".

### 3. Su ideología

Nuestra Constitución de 1904 dio acogida a los postulados del individualismo, que había iniciado sus triunfos a fines del siglo XVIII, en las constituciones de los Estados Unidos de América y de Francia, y que durante la centuria siguiente logró su más acabada expresión como filosofía y como doctrina política.

El pensamiento individualista se dobla en una corriente filosófica, defensora de la individualidad, y en una teoría económica que parte de esa misma corriente, haciendo de la libertad y de la propiedad privada instituciones fundamentales de las sociedades modernas. Estas ideas filosóficas y económicas van a nutrir las cartas constitucionales, para darle al Estado una estructura especial.

De acuerdo con la tesis individualista, cuando se reconocen y robustecen los derechos individuales, se reconocen y robustecen las condiciones de una vida social normalizada. El progreso y el bienestar humanos exigen que el individuo actúe en un medio propicio al desarrollo de todas sus facultades, y sólo un régimen de libertad, en el más amplio sentido de esta palabra, puede garantizar tal desarrollo. Como la sociedad se halla organizada en forma de Estados, la misión del organismo jurídico debe limitarse a un mínimo de funciones indispensables, sin atentar contra aquel supuesto esencial de la libertad.

El individualismo atribuye a la persona humana todos los derechos y la coloca en posición antagónica frente al Estado, viendo en éste un mal necesario para mantener la seguridad interior y exterior del país, y a fin de que el Estado no se convierta en una amenaza para aquellos derechos, precisa establecer una rígida división entre sus poderes.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Moscote, J. D., *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, p. 14.

<sup>5</sup> Schatz, Albert, *L'individualisme économique et social*, Paris, 1907, pp. 500 y ss.

De ahí que la Constitución de 1904 dedique una tercera parte de su contenido a enunciar detenidamente los derechos que posee el individuo, elemento acreedor de las mayores consideraciones como base del grupo humano. Los derechos de libertad personal (de no ser arrestado sino en forma legal, de asociación, de reunión, de locomoción, de cultos, de emisión del pensamiento en toda forma, de contratación, de trabajo, de comercio e industria); especiales garantías de la libertad (proscripción de la esclavitud, todas las llamadas garantías penales, el *habeas corpus*); la intangibilidad de la propiedad privada, salvo por graves motivos de utilidad pública, y la prohibición al legislador de establecer la pena de confiscación de bienes; la igualdad de todos ante la ley; el principio general de su irretroactividad; la exigencia de legalidad del impuesto, y otros principios de esta índole, figuran como preceptos constitucionales.

Por ello, esta Constitución organiza un Estado cuyos órganos iban a ejercer sus funciones limitada y separadamente; un Estado al que se prohibía establecer monopolios oficiales; un Estado en que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas, residentes o transeúntes, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, constitucionales y legales" (artículo 15); un Estado en que por medio del sufragio el individuo se reservaba el derecho de elegir sus propios gobernantes, a consecuencia del reconocimiento del clásico concepto de la soberanía popular.

#### 4. Su vigencia

Un estatuto constitucional de estas características parecía adecuado para regir una sociedad ideal. Una sociedad de hombres que no tendieran a abusar de sus irrestrictas libertades; en que los intereses económicos no redujeran a la condición de desposeído y explotado a ningún sector de la población; en que el poder político no se convirtiera en instrumento de dominación clasista; en que la lucha por la vida no suscitara, en fin, antagonismos irreconciliables. Y nuestro país no era, incluso en los albores del siglo, aquel conglomerado ideal. En la misma Europa numerosas leyes habían reducido el vasto campo de la libertad del individuo, y los teóricos del individualismo se lamentaban de esta creciente intervención parlamentaria.

En Panamá, al cabo de diez años de república, necesidades fiscales y, en general, cuestiones económicas que reclamaban pronta atención, originaron toda una serie de leyes contrarias a la doctrina individualista

de la carta de 1904, legislación que fue mermando los absolutos derechos individuales.<sup>6</sup>

La ineficacia de la Constitución no fue conjurada oportunamente por medio de reformas substanciales, a que ella misma autorizaba en su artículo 137. Las cuatro enmiendas introducidas hasta 1940 (las de 1906, 1918, 1928 y 1932), no alteraron en nada su ideología individualista, porque se propusieron sustituir textos aislados, lo cual no se dice para restarle valor a dichas modificaciones.

Para los fines del presente estudio importa poco mencionar otros aspectos de la carta magna de 1904, como los referentes a la organización de los tres poderes, a la hacienda pública, a la nacionalidad, etcétera, pues con diferencias nada importantes se repiten en la mayoría de los textos constitucionales de América de esa época.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1941

#### 1. Su advenimiento

Ya bien entrada la década de los 30, la necesidad de reformar sustancialmente la Constitución era sufrida en todo el país, no obstante que muchas personas se mostraban refractarias a ese cambio.

Los trabajos del Canal y la misma apertura de éste al comercio del mundo dieron un viraje tremendo al destino panameño. Las ciudades terminales de la vía interoceánica, Panamá y Colón, habían triplicado su población y convertido en centros de febril e ingente actividad comercial, dominada por el capital extranjero. Este desarrollo urbano, cumplido bajo la alta presión de los intereses más poderosos, generó problemas económicos y sociales (vivienda, salubridad, conflictos del trabajo, luchas políticas, etcétera). Y los habitantes del campo, que constituían los dos tercios de la población general, sintieron igualmente la agudización de sus viejas necesidades y presenciaron el nacimiento de muchas otras.<sup>7</sup> No es exagerado afirmar que a fines de los años 30 éramos un cuerpo social preñado de serias complicaciones, en las que urgía una acción curativa sin desmayos.

Esta situación nacional estaba pregonando en todos los tonos que la carta política de 1904 era un instrumento inservible. En las escuelas de derecho que hemos tenido, comenzó a agitarse franca y mesuradamente

<sup>6</sup> Moscote, J. D., *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 18.

<sup>7</sup> Véase el "Manifiesto del Partido Agrario Nacional", en *Estrella de Panamá*, de 19 de febrero de 1945.

el tema de su reforma, que luego pasó a ser un anhelo general.<sup>8</sup> Sin embargo, más pudieron la resignación y la incuria colectivas, y la obra de dotar al Estado de nuevos cánones fundamentales tuvo su compás de espera.

Un hecho político que tuvo importantes consecuencias para el país ocurrió en 1940: la ascensión al poder, tras un proceso electoral muy censurable, del doctor Arnulfo Arias M., gobernante enérgico y autoritario. Él impulsó la reforma constitucional, que iba a servirle de base para su obra de gobierno. Presentó inmediatamente a la Asamblea Nacional un proyecto de Constitución, y cuando en noviembre de aquel año fue aprobado definitivamente el texto del mismo, expidió un decreto<sup>9</sup> para asumir "la representación suprema del Estado", para derogar la cláusula reformativa (artículo 137) de la Constitución que regía y para convocar al pueblo a un plebiscito, con el objeto de que aprobara el acto constitucional dicho, como condición de su vigencia inmediata.

Esta consulta de la voluntad ciudadana, con respecto a cuestión de tanta trascendencia, fue un simulacro parecido a cualquier otro de los que hemos presenciado varias veces en nuestra accidentada vida de Estado republicano y democrático. Y el día 2 de enero de 1941, la nueva Constitución fue puesta en vigor.

## 2. Examen de esta carta

Por su forma y por su contenido, el estatuto de 1941 era muy superior al que reemplazó. Desde luego que varias de sus disposiciones merecen dura crítica, en uno u otro de tales aspectos, a lo que debe añadirse la existencia de vacíos fáciles de advertir. Ello no obsta para afirmar, en lo que atañe a su estructura, que la labor del Constituyente estuvo presidida por un recto criterio de método. Y en lo que se refiere a la materia erigida en cánones constitucionales, cabe señalar que, en términos generales, la segunda Constitución de Panamá respondía con acierto a muchas aspiraciones nacionales y a las necesidades, de satisfacción impostergable, que las promovían.

<sup>8</sup> La idea de reformar la Constitución de 1904 halló eco en las obras siguientes: *Introducción al estudio de la Constitución* (1929), *Orientaciones hacia la reforma constitucional* (1934) y *Estudios constitucionales* (1938), todas del doctor J. D. Moscote; en el *Proyecto de Constitución* (1937), del licenciado Fabián Velarde, y en *La reforma constitucional* (1937), del licenciado Galileo Solís.

<sup>9</sup> Decreto No. 141, de 26 de noviembre de 1940. *Gaceta Oficial*, No. 8403, de 29 del mismo mes y año.

Conviene destacar las concreciones principales de este progreso de nuestro derecho público interno.

#### A. Revisión de las teorías individualistas

La Constitución del año 41 refrena los vuelos idealistas del preámbulo de la carta anterior, aunque no prescinde de la concepción que le atribuye a esta clase de introito constitucional alguna eficacia. Elimina decididamente la clásica idea de soberanía nacional, desacreditada años atrás por la doctrina, y emplea con corrección técnica los términos "nación", "Estado", "gobierno", "poderes" y otros más usuales en ciencia política, de que se había servido el Constituyente de 1904 en forma impropia algunas veces. Y en este propósito de modernizar la Constitución, según los avances de aquella ciencia, la separación de los poderes públicos fue atemperada por una exigencia de cooperación armónica de los mismos en sus funciones.

Al lado de los derechos del individuo consagrados por la Constitución derogada, previa una mejor ordenación de los mismos, aparecieron, en el título III del nuevo estatuto, los mentados derechos y deberes sociales, para armonizar hasta donde fuera posible los intereses del individuo, como persona, con sus propios intereses, como miembro de una sociedad organizada políticamente. En efecto, la libertad de contratación es subordinada a las limitaciones legales por razones de orden social; se sienta el principio de que la propiedad privada tiene una función social que cumplir; se autoriza al Poder Ejecutivo para expropiar u ocupar, en casos de emergencia que exijan medidas rápidas, aun sin indemnización previa; se otorga a la ley la facultad de regular el deber del propietario de cultivar el suelo; se establecen las bases del derecho familiar, colocando a la familia bajo la salvaguarda del Estado, proclamando la igualdad de derechos para los cónyuges, reconociendo la igualdad de deberes de los padres para con la descendencia legítima y la natural, ordenando la expedición de leyes protectoras de la maternidad y de la infancia y del desarrollo moral, intelectual y físico de la niñez y de la juventud; se asignan al Estado las funciones de asistencia social y educación nacional y queda garantizado el derecho de huelga.

Con no disimulada resolución, se atribuye al Estado el rol de interventor en las relaciones entre el capital y el trabajo, a fin de obtener una mejor justicia social; se le faculta para asumir la prestación de servicios de utilidad pública, para regular las empresas privadas que los cumplan y para fijar los precios de los artículos de primera necesidad;

se prohíben los monopolios regidos por intereses particulares, dando también a la ley el derecho de establecerlos, como arbitrio rentístico, sobre determinados artículos.

Estos derechos y deberes sociales, que defienden al individuo en su condición de elemento social y que limitan, como en el caso de la propiedad, de las relaciones de trabajo, etcétera, ciertas libertades, son una manifestación de las tendencias del derecho constitucional europeo inmediatamente posterior a la Primera Guerra Mundial. Constituciones como las de Alemania (Weimar), Dantsing, Yugoslavia, Polonia, Rumania y España, para citar únicamente las principales, formularon tales derechos sociales, que han pasado a muchos textos constitucionales americanos; en los últimos, principalmente en las reformas que en los años 10 y 36 se introdujeron a la carta fundamental colombiana, se inspiró el Constituyente panameño.

Trascendentales y numerosas funciones se imponen, en virtud de estas normas, al Estado, la síntesis de las cuales nos la ofrece el artículo 24, que es como la piedra angular de su nueva estructura:

Las autoridades de la República están instituidas para defender los derechos de la Nación; para proteger en sus vidas, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción, para asegurar el cumplimiento de todos los deberes que imponen la Constitución y las leyes al Estado y a los particulares.

#### **B. Importancia de la economía nacional y de la hacienda pública**

De la lectura del título XII, que regula estas materias, resulta evidente que los redactores de la Constitución reconocieron la fuerza que en los Estados contemporáneos tienen los factores económicos. Los bienes de la República, los de dominio público, la explotación de los mismos, la riqueza artística e histórica del país, la reglamentación de las empresas de utilidad pública, la prestación de estos servicios por el Estado, la concesión de los juegos de suerte y azar, los monopolios oficiales como arbitrios rentísticos, el sistema de ingresos y gastos públicos, la organización de la Contraloría General de la República, son puntos a que se dispensó bastante atención. El conjunto de estas disposiciones sobre la economía nacional y la hacienda del Estado contrasta, en extensión y en importancia, con los preceptos del estatuto de 1904, que sólo dedicaba siete artículos a la materia.

### C. Perfeccionamiento de nuestro Estado de derecho

Fundándose en principios no muy nuevos del derecho constitucional y del administrativo, la carta política establece el control de la constitucionalidad y el de la legalidad, bajo el rubro de "Instituciones de garantía".

Confiere a la Corte Suprema de Justicia el rango de guardiana de su propia integridad literal y de sentido, para ponerle una valla a la legislación inconstitucional; establece el recurso de amparo de las garantías constitucionales contra las órdenes de hacer o no hacer expedidas por las autoridades, que violen esas garantías, y crea la jurisdicción contencioso-administrativa, para garantizar la conformidad legal de los actos de la administración. En estos casos, el propósito es idéntico: enmarcar la actividad del Estado dentro del cauce de las normas jurídicas; hacer del organismo político nacional un Estado de derecho, tendencia que constituye, con la de los derechos sociales, manifestación importantísima de la corriente conocida en el derecho francés con el nombre de racionalización del poder.

### D. Otras reformas

En cada uno de los títulos de la Constitución puede notarse un esfuerzo marcado por mejorar las instituciones a que se refieren. De modo general, el articulado es más justo, más exacto en cuanto a la redacción y, a la vez, más completo. Sería largo enumerar las particularidades del mejoramiento aludido, pero es indispensable hacer mención de algunos de sus aspectos.

Bajo el título de "Derechos políticos" se ha reunido adecuadamente lo que concierne a la ciudadanía y a la organización del sufragio popular. Las disposiciones relativas a los poderes Legislativo y Ejecutivo contienen algunas fórmulas de trascendencia para la acción gubernativa, como sucede con las facultades extraordinarias del último, la aprobación legislativa a los nombramientos del contralor, de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de gerente y miembros de la Junta Directiva del Banco Nacional, las funciones del Consejo de Gabinete, etcétera.

Por último, no hay que olvidar una innovación de esta carta: la del régimen provincial. Por reacción contra el sistema de la Constitución de 1904, el nuevo estatuto derogó la semiautonomía de los municipios e implantó el llamado régimen provincial, haciendo así más absorbente el centralismo administrativo en que ha vivido la República. La provincia

fue erigida en persona jurídica de derecho público; se le asignaron las rentas atribuidas a los distritos y se creó una entidad representativa (el Ayuntamiento Provincial), para que reglamentara periódicamente la administración y la economía de aquélla. El corto lapso durante el cual rigió este sistema no permitió constatar definitivamente si es mejor o peor que el desechado de los municipios semiautónomos. Y el fracaso de éstos se debió menos al propio régimen de autonomía, que a otras causas determinantes del estancamiento de esas entidades, las cuales han sido poco estudiadas.

### E. Conclusión

Un documento constitucional como el de 1941 dota al Estado de medios bastantes eficaces para contener los conflictos sociales y para asegurar al conglomerado humano sobre el que actúa las condiciones de una porción absolutamente indispensable de bienestar general. El Estado panameño ya no quedaría ni sordo, ni impasible, ni impotente ante las fuertes controversias y ante los arduos problemas que el desarrollo de nuestro pueblo había venido engendrando.

Ciertamente, la Constitución de 1941 no era un Código perfecto; no sólo contenía disposiciones a todas luces injustas o inconvenientes, sino que omitió materias de necesarísima constitucionalización. Mas colocándolos sus desaciertos y sus bondades en la balanza de la crítica ceñida al derecho, resulta una inclinación rápida del lado de aquéllas, hasta el extremo de que en el progreso institucional de la República mucho tendrá que ver el avance que esta Constitución ha significado.

### 3. Vigencia y derogatoria de la Constitución

Las leyes que debían realizar la promesa de las cláusulas constitucionales no tardaron. Entre las más importantes cuestiones sobre las que en 1941 se legisló, es bueno recordar las siguientes: la creación de la Caja de Seguro Social, la del patrimonio familiar campesino, el banco agropecuario, las becas para estudiantes, la regulación de las relaciones del trabajo, la prestación de los servicios públicos de gas, agua, energía y luz eléctrica, la oficina de control de las empresas de utilidad pública, la nacionalización del comercio, el recurso de amparo de las garantías constitucionales y el régimen provincial.

Al llevarse a la práctica la obra innovadora de que la escueta mención que antecede da una idea aproximada, no pocos intereses se resintieron, sobre todo cuando en muchos casos el autoritarismo oficial hizo de las

suyas. Y al resultar económicamente beneficiados con algunos de aquellos cambios ciertos grupos de personas adictas al gobierno, fue tomando cuerpo la opinión de que no eran muy altruistas ni patrióticos los propósitos que habían impulsado la labor pacíficamente revolucionaria de los hombres en el poder.

Este sentimiento de oposición se proyectaba también hacia la carta política nacional, fundamento jurídico y punto de partida de la renovación señalada, y venía a agregarse al promovido desde el advenimiento de esta carta. El método de someter la suerte del nuevo estatuto ya aprobado por la Asamblea a un plebiscito ficticio, haciendo a un lado la cláusula reformatoria de la Constitución de 1904, para que ésta quedara derogada íntegramente,<sup>10</sup> originó una fuerte corriente de opinión que si no pudo repudiarlo de manera pública, se mantuvo latente, como en espera de un ambiente oficial menos intolerante que el de aquellos días.

A principios de octubre de 1941, el presidente de la República, doctor Arnulfo Arias, se ausentó subrepticamente del país, en viaje hacia Cuba. Impuestos del insólito acontecimiento algunos altos miembros del propio gobierno, conocedores de la impopularidad de éste, llamaron al segundo designado, señor Ernesto Jaén Guardia, quien luego de tomar posesión, ante la Corte Suprema, de la presidencia, renunció pocas horas después. Debido a la ausencia del primer y tercer designados, el Consejo de Ministros escogió al de Gobierno y Justicia, señor Ricardo Adolfo de la Guardia, para que ejerciera las funciones de encargado del Poder Ejecutivo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> El licenciado Galileo Solís, en su libro citado, *La reforma constitucional*, p. 259, ya advertía: "Sólo hay dos modos de llevar a cabo una reforma constitucional íntegra, a saber: desechando la Constitución existente y constituyendo un Gobierno de *facto* que convoque el país a elecciones para designar una Asamblea o Convención Constituyente; o reformando la Constitución por los mismos medios que la Constitución provee para ese objeto." Pero la Constitución de 1941 entró en vigencia por cauces diferentes. Después del plebiscito, la Asamblea Nacional y la Corte Suprema de Justicia, por medio de resoluciones (*Gaceta Oficial*, No. 8424, del 31 de diciembre de 1940), reconocieron que la Constitución de 1904 quedaba abolida y aceptaron y ofrecieron cumplir la que regiría a partir de 1941.

<sup>11</sup> Una información oficial de estos hechos es la que aparece en los Acuerdos núms. 72, 73, 74, 75 y 76 de la Corte Suprema de Justicia, publicados en el *Registro Judicial*, No. 10, de 1941, pp. 2 y ss. En ellos se lee que, en ausencia del presidente, que había salido hacia el exterior, y del primer designado, cuyo paradero se ignoraba, la Corte, el 9 de octubre de 1941, tomó juramento al segundo designado, quien estuvo encargado del Poder Ejecutivo por breves momentos, como se ha indicado. Consta en el Acuerdo No. 76 que el primer designado, doctor José Pezet, renunció a esta calidad dos días después (el 11). Al tercero, señor Aníbal Ríos Delgado, le fue aceptada por nuestro máximo tribunal de justicia la renuncia que presentó el 13 de diciembre de ese año (*Registro Judicial*, No. 12, de 1941, Acuerdo No. 83).

La Asamblea Nacional, en sus sesiones de 1943, aprobó una resolución mediante la cual optaba por abstenerse de elegir designados, con el objeto de que continuara en el poder el presidente De la Guardia.<sup>12</sup> Durante los dos años siguientes, diversos grupos políticos adversarios de su gobierno levantaron el argumento de la inconstitucionalidad para combatirlo.<sup>13</sup> El descontento cundió entre los mismos miembros de la Asamblea, y cerca de la mitad de ellos, en declaración publicada pocos días antes de las sesiones que iban a celebrarse a principios de 1945,<sup>14</sup> manifestaron estar de acuerdo en elegir designados para que, conforme al procedimiento constitucional, sustituyeran al señor Ricardo Adolfo de la Guardia, que actuaba como jefe del Ejecutivo. Éste, en virtud de Decreto No. 4, de 29 de diciembre de 1944,<sup>15</sup> suspendió la Constitución, llamó al pueblo a elecciones para que escogiese una Convención Constituyente, y el 15 de junio de 1945, día de la instalación de ésta, renunció al cargo que desempeñara durante tres años. La Convención Nacional Constituyente, por Decreto Legislativo No. 1, de aquella fecha, declaró derogada la Constitución de 1941.<sup>16</sup>

Los aludidos hechos de crisis política colocaron al país frente a la necesidad de darse una tercera carta fundamental.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1946

##### I. Origen

Algunos de los artículos de la Constitución de 1941 contenían normas notoriamente injustas. Razones de conveniencia aconsejaban la reforma

<sup>12</sup> Esta resolución de la Asamblea Nacional puede leerse en la *Gaceta Oficial* No. 9008, de 23 de enero de 1943.

<sup>13</sup> En las ediciones de la prensa local, entre 1943 y 1944, pueden verse no pocos documentos que le hacían propaganda a esta tesis. La "Unión Nacional Constitucionalista", al comienzo, y el "Congreso Nacional de la Juventud", al fin del bienio, fueron las entidades que con mayor fuerza la sostuvieron.

<sup>14</sup> Léase en el diario *Panamá-América*, correspondiente al día 28 de diciembre de 1944, esa declaración.

<sup>15</sup> *Gaceta Oficial*, No. 9587, de 29 de diciembre de 1944.

<sup>16</sup> El Decreto No. 4, de 29 de diciembre de 1944, suspendió la Constitución de 1941, con excepción de los títulos que tratan del Poder Judicial y del Ministerio Público. Y la Asamblea Constituyente, por Decreto No. 1, del 15 de junio de 1945, derogó dicho estatuto. Es curiosa, por decir lo menos, la situación jurídica creada por los textos de que se da noticia. Pero si se piensa en que el estatuto de 1941 fue objeto de muchas críticas, como la de su propia inconstitucionalidad; si se piensa en la carencia de juridicidad que se atribuyó al gobierno del señor De la Guardia, tal vez nos aproximemos al por qué de la última derogación.

de otros. Entre los primeros, habían suscitado verdadera irritación los números 12, 13 y 23, referentes a la nacionalidad y a la inmigración. La última de las disposiciones citadas, con fraseología anticientífica, declaraba de prohibida inmigración "la raza negra cuyo idioma originario no sea el Castellano, la raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia Menor, y el Norte de África". Y los artículos 12 y 13 desnacionalizaban a muchas personas que conforme a la Constitución de 1904 ya eran panameñas, por la mera circunstancia de que uno de sus padres estuviera clasificado como individuo de "inmigración prohibida". En estas cláusulas estaba la raíz de un problema social que habría podido causar un conflicto de razas peligrósísimo.

En algunos juristas, la lectura del texto constitucional alentaba la idea de perfeccionar varias de sus instituciones, como las que se enumeran: 1) el modo de integrar el Jurado Nacional de Elecciones, 2) la forma de trabajo de la Asamblea, 3) las facultades extraordinarias del Ejecutivo, 4) los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa y 5) el régimen provincial.

El gobierno del presidente De la Guardia, preocupado por la oposición de que estaba siendo objeto, e interesado en contrarrestarla, inició empresas laudables que justificaran su permanencia en el poder.<sup>17</sup> Y la reforma de la Constitución fue una de ellas. Se designó una comisión integrada por los doctores Ricardo J. Alfaro, Eduardo Chiari y J. D. Moscote, para que formulara las modificaciones convenientes.<sup>18</sup>

Uno de los primeros acuerdos de los comisionados fue el de redactar un proyecto de Constitución, en vez de recomendar reformas parciales, adelantándose con ello a la situación creada por los sucesos políticos de fin de año, a que antes se ha hecho referencia. Con su mensaje de renuncia a la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente De la Guardia envió a la misma el proyecto Alfaro-Chiari-Moscote.<sup>19</sup> Dicha Asamblea

<sup>17</sup> La comisión de estudio de problemas nacionales, el banco de urbanización y rehabilitación, la comisión codificadora, el plan de construcciones escolares en toda la República, el centro femenino de rehabilitación, etcétera.

<sup>18</sup> Decreto No. 1056, de 10 de noviembre de 1944. *Gaceta Oficial*, No. 9562, de 27 de noviembre del mismo año.

<sup>19</sup> Se ha dado importancia excesiva a la influencia que en el proyecto ha podido tener la mentalidad política de cada uno de sus autores. De ellos, el doctor Moscote había expuesto en forma sistemática su pensamiento de juspublicista. Dicho pensamiento se ha reflejado en el estatuto de 1941, que fue obra de hombres nacidos —más o menos— con la República. Los doctores Alfaro y Chiari, ilustres juristas nacionales, pertenecientes a la generación del primero, tomaron como cosa propia instituciones que se concretan con la última carta. Y es que los textos constitucionales, más que expresión exclusiva de ideas políticas o muy nuevas o muy viejas, lo son

discutió morosamente el proyecto, le introdujo varias reformas; pero conservó la mayor parte de su articulado y de su pensamiento institucional. El 1o. de marzo de 1946 fue aprobada la tercera Constitución panameña del siglo xx.

## 2. Características generales

Como obra de tres distinguidos juristas de Panamá, la Constitución había de caracterizarse, y efectivamente se caracterizó, por su armonía formal. Todos sus títulos integran, por separado, unidades institucionales estructuradas con un grado de perfección jurídica difícil de lograr. Y el conjunto de esos títulos ofrece una idea muy exacta de lo que es el Estado panameño, idea que, en síntesis, se contiene en el título I.

Sobre todo por este aspecto se diferencia, aventajándola, el estatuto constitucional de la carta de 1941. Se agrupa el articulado homogéneo en forma de capítulos; se sustituye la denominación del título I, que en la Constitución derogada era la de "Disposiciones preliminares", por la "Del Estado panameño"; se incluyen en un solo título materias que se encontraban separadas (compárense, en los dos textos, el lugar de estas materias: Formación de las leyes, ministros de Estado, Consejo de Gabinete, Ministerio Público), y, por último, se advierte que todas las disposiciones han sido redactadas en un estilo claro y rotundo.

Se ha querido atribuirle a la carta de 1946 el carácter de reglamentaria; sin embargo, si se le revisa con el objeto de determinar la verdad de esta aserción, se hallará que lo es moderadamente. Otros textos constitucionales americanos lo son en mayor grado. La cantidad algo crecida de los artículos depende más de que la materia constitucionalizada se ha distribuido en cláusulas cortas, a las que se dio independencia numérica.

Es verdad que esta carta no llama la atención por lo novedoso de sus instituciones. Así lo previnieron sus redactores, en la Exposición de Motivos que le acompaña, del modo que sigue:

Creemos sinceramente que el proyecto que entregamos al gobierno, y, por su medio, al pueblo panameño, responde a su objeto, no precisamente por la novedad de su contenido, sino por el empeño que hemos puesto en coordinar las instituciones y las normas ya definitivamente incorporadas a nuestro derecho público, con otras que nos han parecido apropiadas para enriquecerlo, para darle

de tradiciones, de necesidades y anhelos colectivos y del progreso alcanzado por la ciencia jurídica.

mayor consistencia doctrinal y jurídica, como lo exigen las angustiosas necesidades nacionales y los tiempos que vivimos.<sup>20</sup>

Efectivamente, la mayor parte del articulado sigue muy de cerca los preceptos de la Constitución de 1941 y, en pequeña escala, los de la de 1904. También han ejercido influencia en él la carta cubana de 1940 (considerable influencia que suministra buen material para un estudio comparativo) y algún principio de la uruguaya.

La carta revela, asimismo, que sus autores tuvieron muy en cuenta las circunstancias políticas, sociales y económicas de nuestro país, punto que es necesario destacar para que la técnica formal cuidadosa de aquél, no haga pensar que carece de inspiraciones realistas. Ahí están las cláusulas sobre la nacionalidad, la educación, la elección por mitades de la Asamblea, las restricciones para los diputados, el método de discutir las leyes, el voto de censura contra los ministros, la carrera administrativa y judicial, y varias otras, que demuestran hasta qué extremo necesidades y situaciones netamente nacionales explican no pocos artículos.

Y no podía ser de otra manera. Los documentos constitucionales son el producto de necesidades y tradiciones políticas y sociales, por una parte, y del progreso del derecho constitucional, por la otra.<sup>21</sup>

### 3. Aspectos salientes

Veamos algo del contenido institucional de la Constitución de 1946.

#### A. Los tres poderes tradicionales

“Idea eje del proyecto —se lee en la Exposición de Motivos— es desarrollar con la mayor justeza el principio de limitación y separación de los poderes públicos, estableciendo entre ellos, según ya se ha dicho, un eficaz sistema de frenos y equilibrios que hagan del gobierno una función racionalizada, como es propio del Estado de Derecho.”<sup>22</sup>

No hay una sola Constitución de América que no consagre la división tripartita del poder público, coordinando y contrapesando las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; pero, en todas ellas, las atribuciones que se adscriben al Poder Ejecutivo han contribuido a darle la posición de

<sup>20</sup> P. 49.

<sup>21</sup> Mirkine-Guetzévitch, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1936, pp. 12 y 13.

<sup>22</sup> Proyecto de Constitución Nacional y Exposición de Motivos, Panamá, 1945, p. 73.

árbitro de la vida nacional, que sólo en Uruguay y en Cuba anterior a 1959 se ha ensayado refrenar. La tendencia aludida tiene por objeto introducir en el régimen de tipo presidencial la cuestión de confianza propuesta por las cámaras respecto de los ministros de Estado, que es propia del sistema parlamentario. Los autores del Proyecto de Constitución, fundados en sentimientos ya experimentados por nuestra opinión pública, la simplificaron, reduciéndola a un voto de censura emitido por la Asamblea, cuando los ministros sean responsables de "actos atentatorios o ilegales, o de errores graves que hayan causado perjuicio notorio a los intereses o al honor del Estado"; censura que se traduce, para el funcionario, en imposibilidad de continuar en ejercicio de su cargo.

### B. El trabajo y la educación nacional

Siguiendo la carta política de 1941, que llegó a consagrar los derechos a que se ha dado el calificativo de sociales, la Constitución recoge el principio de que el trabajo y la educación nacional son intereses fundamentales del Estado. Y el desarrollo que de este enunciado se hace, tiene el valor inapreciable de concretar, al respecto, las formas y los límites de la acción gubernativa, y de formular un llamado constante a ésta, para que no se disloque con la improvisación, para que no se estanque por la rutina.

A más del deber que tiene el Estado de procurar ocupación a quien carezca de ella; de la igualdad de salario en trabajos iguales; del salario mínimo; de los derechos de huelga y paro; de la facultad de la ley para reglamentar las relaciones de trabajo, se reconoce el derecho de sindicalización, se autorizan las comisiones paritarias de patrones y obreros para resolver las controversias que entre ellos surjan y se define la asistencia social, deber del Estado, haciéndola comprender los servicios de sanidad y de higiene, los de previsión social y protección al trabajo y los de jubilación y recompensas.

No parece que se haya ido muy lejos con estas prescripciones, tomadas de la Constitución de Cuba, de 1940, pues si las condiciones en que vive nuestra población económicamente activa no eran en extremo difíciles, convenía no aguardar a que las injusticias derivadas del trabajo asalariado llegaran a asumir las proporciones de instituciones sociales, para ir las a remediar entonces.

La educación pública es considerada como un servicio de carácter técnico, a fin de que las agitaciones políticas que en Panamá y en otros países paralizan la mayoría de los servicios que presta el Estado, no con-

tinúen siendo la causa principal del atraso de aquélla. La enseñanza del castellano, de la historia patria y de la cívica no podrán impartirla sino profesores nacionales, por razones obvias. Se establece el principio de autonomía de la universidad oficial y el de libertad de la cátedra universitaria; pero habría sido preferible establecer la libertad de toda cátedra, como lo hacen, por ejemplo, las constituciones del Perú y Nicaragua, en los años cuarenta.

### C. Reformas políticas

En los títulos de los derechos políticos y de los poderes Legislativo y Ejecutivo se introduce una serie de medidas para imprimirle nuevos rumbos a la política nacional. Es fácil advertir que todas ellas emanan de nuestras prácticas de ocho lustros en esta actividad, prueba máxima de la forma republicana y democrática del gobierno que teóricamente nos hemos dado.

La carta establece que los diputados son representantes de la nación, para que no se crea más que las labores de ellos tienen por finalidad el procurar determinadas ventajas al circuito que los eligió; confiere a la Asamblea el derecho de emitir un voto de censura contra la actuación de los ministros; prohíbe a los diputados y a sus parientes celebrar contratos con la nación, el municipio o entidades autónomas del Estado, salvo el uso personal de los servicios públicos, etcétera.

Las innovaciones que deben señalarse aquí respecto del Poder Ejecutivo son las siguientes: definición del mismo, a base de que lo constituyen el presidente y los ministros; elección popular del presidente y de los designados, por mayoría absoluta de votos (aunque no sería muy propio citar aquí el caso de la elección popular de los alcaldes, no debe olvidarse); periodo presidencial de cuatro años y nombramiento de magistrados de la Corte Suprema y del Tribunal Administrativo por acuerdo unánime del Consejo de Gabinete.

Toda cuestión electoral requiere, entre otras garantías, la de honradez en la determinación de la voluntad mayoritaria expresada por medio del voto. De ahí que la escogencia del supremo juez de las elecciones sea punto esencial en este orden. Sin embargo, la Constitución dejó a la reglamentación de la ley lo atinente al régimen electoral.

### D. La autonomía municipal

La Comisión redactora del Proyecto se decidió por el sistema de los

municipios autónomos, que la Constitución de 1941 había derogado; la entidad autónoma local que ahora se erigía estaba subordinada, en su existencia, a la capacidad económica de la misma para sostener adecuadamente el gobierno propio; de la gestión administrativa municipal se había de encargar el alcalde, elegido en votación popular directa, y como cuerpo deliberante, se tuvo al Consejo Municipal, que emanaría también directamente del pueblo. No hay que hacer gran esfuerzo para observar que las disposiciones relativas a la autonomía del municipio se han inspirado en la doctrina constitucional cubana de 1940.

Además del régimen bosquejado, la Constitución abrió la posibilidad del gobierno local por el sistema de comisiones, reuniendo todos los poderes de aquél en manos de tres comisionados, que desempeñarían las funciones del alcalde y del Consejo Municipal. "El sistema, de clara estirpe sajona, es quizá, el más adaptable a nuestras condiciones. Consiste, en esencia, en una sencilla organización que puede valerse de medios eficaces para atender sin dilaciones todos los negocios que se le adscriban."<sup>23</sup>

#### E. La hacienda pública y la economía nacional

El estatuto de 1941 dispensó a este capítulo especial consideración, que la carta de 1946 mantuvo. No obstante, se hicieron mejoras apreciables, no sólo formalmente, sino también en la acentuación de las posibilidades de intervencionismo estatal, aunque el Constituyente de 1946 se inclinó decididamente por reiterar la economía capitalista de la sociedad panameña, colocando al individuo como amo absoluto de ella, al establecer que "el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares" (artículo 225).

No obstante, precisaba llenar un vacío en materia de economía nacional. Era necesario llevar a la Constitución la idea de programas que tendieran a vitalizar a aquélla permanentemente, porque sólo es posible mantener muchas de las conquistas del derecho público contemporáneo cuando la savia de una riqueza propia y suficiente alimenta todas las capas sociales del país.

#### F. La carrera administrativa y la judicial

La estabilidad de los empleados públicos, por razones de eficiencia en los servicios que prestan a la comunidad, es el fin perseguido con el esta-

<sup>23</sup> Proyecto de Constitución, p. 99.

blecimiento de estas carreras, sobre bases muy convenientes, que recuerdan preceptos semejantes de las constituciones de Cuba y Uruguay de esos años. Del escalafón administrativo se exceptúan algunos puestos de significación política y otros que generalmente se proveen atendiendo a la confianza personal que a sus jefes inspiran los funcionarios que los desempeñan. Y en la carrera judicial, por motivos de rango, igual determinación se adopta para con los magistrados de la Corte Suprema.

No había causa alguna que justificara la exclusión de los empleados del Ministerio Público de los beneficios de esta institución, exclusión que se desprende de la norma contenida en el artículo 183, de acuerdo con el cual los funcionarios de ese Ministerio serán nombrados por el funcionario inmediatamente superior en jerarquía.

#### 4. *Nota final*

Para comprender adecuadamente por qué fue suspendida en 1968 y sustituida en 1972 la Constitución de 1946, es indispensable tomar en cuenta, aunque a grandes rasgos, las condiciones político-sociales de la República, a partir de los años 30 y 40. Precisamente, la carta de 1946 marcaba una especie de momento estelar de la vida panameña que se había forjado durante el primer tercio de este siglo.

Aquí sólo podemos anotar los trazos generales de las líneas de evolución. El Estado y la sociedad liberales de 1903 a 1940 dieron origen a una clase hegemónica burguesa, con fuerte dependencia norteamericana, cuya expresión política vino a ser la denominada oligarquía panameña. Vinculada al ejercicio del poder como instrumento para incrementar sus riquezas, esa oligarquía llegó a un nivel peligroso de corrupción y fraccionamiento políticos, por lo que, ayuna de apoyo popular y electoral, hubo de apelar al fortalecimiento del Ejército Nacional, como sostén único de su control gubernativo (finales de la década de los 30). Paralelamente, se estaba dando un proceso de conformación de capas medias en la población urbana, como grupo dirigente del planteamiento y solución de las necesidades populares. Este proceso irrumpe, en la escena política, con la revolución de acción comunal (1931), que incorpora en los elencos gobernantes oligárquicos a elementos de capas medias de la ciudad y del campo. Este avance social de la clase media también se manifiesta dentro de la Policía Nacional, de los años 40, y con mayor evidencia en la Guardia Nacional de la década de los 50. Los cambios presidenciales de 1941, 1946, 1948, 1949, 1951, 1955, jalonan la crisis política oligárquica y ahondan su descomposición. Sin embargo, las capas

medias, tras algunos intentos fallidos, jamás logran nuclearse políticamente.

Los gobiernos de Roberto F. Chiari y Marco A. Robles (periodos de 1960 a 1968) presenciaron el divisionismo máximo de la oligarquía, la proliferación de sus partidos políticos, el máximo nivel de corrupción y, finalmente, su incapacidad absoluta para continuar al frente del gobierno. A las causas internas, se agregó el poderoso factor de los nuevos tratados sobre el Canal, con los Estados Unidos, que en 1967 comenzaron a polarizar los bandos políticos oligárquicos, resultando perdida para un sector la batalla por esos tratados. Ya dividida la oligarquía en dos constelaciones irreconciliables, el presidente Robles fue enjuiciado y destituido por la Asamblea; pero los jefes de la Guardia Nacional, con base en suspensión decretada por un juez municipal, no dieron cumplimiento al juicio parlamentario (1968). Inmediatamente después se produjo la elección presidencial, en que obtuvo mayoría de votos el doctor Arnulfo Arias, a quien los forcejeos electorales de la facción gobiernista no pudieron impedir que se posesionara de la presidencia el 10. de octubre. Cuando Arias comenzó a tomar una serie de medidas descabelladas, la crisis se agudizó. Entre ellas, el intento de desmembrar la Guardia Nacional, en sus rangos superiores, provocó el golpe de Estado militar del 11 de octubre de 1968, que hubo de dictar un estatuto del gobierno provisional (*Gaceta Oficial*, N° 16.221, de 17 de octubre de 1968), en cuya virtud se sustituía parcialmente la Constitución de 1946, que tuvo cuatro lustros de vigencia plena.

## V. LA CONSTITUCIÓN DE 1972

### 1. Introducción

#### A. Antecedentes

El enjuiciamiento de la cuarta Constitución panameña tiene que hacerse mediante la consideración insoslayable de las situaciones sociales, políticas y jurídicas que desde octubre de 1968 confronta la República; no puede divorciarse de ese contexto, so pena de incurrir en graves fallas de análisis, como serían el abstraccionismo, la irrealidad, la negación del curso histórico de la vida panameña, la ausencia de penetración sociológica, etcétera.

Por otra parte, esa ponderación analítica necesita nutrirse de objetividad científica, cuando emana de algún sector universitario, sea éste

individual o colectivo, y ello obliga a señalar yerros (o lo que se nos presente como objetable) y a reafirmar soluciones positivas, porque sería traicionar la función social universitaria incorporarse al coro de alabanzas y de aplausos, que en todas las épocas hace de los gobernantes o de los que ejercen el poder las personas más sabias, más impolutas, más inteligentes y hasta absolutamente infalibles.

El problema nacional que se plantea a propósito de la vigencia de una nueva Constitución es de los de mayor y más profundo significado, razón por la cual todo aquel que tiene adscrita alguna cuota de responsabilidad en el enfoque de su contenido, ni debe ni puede rehuir la expresión de sus opiniones, puesto que el momento histórico, los interrogantes sobre el presente y el futuro de los destinos patrios, así lo exigen imperativamente. La nueva Constitución panameña tenía que sintetizar, no la posición de unas cuantas familias, ni la de algunos grupos sociales, sino la forma de vida que se iban a dar las generaciones panameñas coetáneas, con el objetivo de propiciar el tránsito hacia las nuevas formas que necesariamente habían de darse las futuras generaciones. Es el punto culminante que, desde el ángulo de las estructuras jurídicas, enlaza el hoy con el mañana, el presente con la posteridad.

#### B. La injerencia militar

La Segunda Guerra Mundial, con su holocausto de cincuenta millones de seres humanos, marcó el inicio de una honda transformación en escala universal y a nivel integral de la peripecia del hombre, no sólo en la superficie de la tierra, sino también en el cosmos. En la esfera de las relaciones internacionales, decretó el tramonto del colonialismo, haciendo surgir numerosos Estados, que frente a las viejas potencias capitalistas y frente a los nuevos países del socialismo, han formado filas, con otros países políticamente independientes pero sometidos en su economía, en el llamado tercer mundo. En escala nacional, los cambios radicales experimentados también han promovido inéditas situaciones de todo orden, y en ese tercer mundo se advierten nuevas modalidades de la existencia colectiva, planteadas contradictoriamente por los embates de realidades que están dejando de ser, para verse sustituidas por embrionarias fuerzas que todavía no han podido concretar soluciones definitivas.

En ese tercer mundo, esparcido en la geografía angustiada de varios continentes (África, Asia y América), los cambios profundos se han producido por una de las dos vías siguientes: la guerra civil revolucionaria, en los menos, y el golpe militar, en varios casos. La guerra civil polariza



20 FEB. 1989

las fuerzas sociales en dos bandos, y al triunfo de la revolución, ésta avanza por un camino bastante expedito en cuanto a objetivos y resistencias. Pero el golpe militar inicia un proceso revolucionario (en los casos en que se da éste) sin polarización de fuerzas, con el gravamen de que éstas se hallan intactas y no pocas veces se interrelacionan en una madeja de acciones y omisiones de gran confusión.

Por ello, desde los años sesenta, se planteó el fenómeno sorprendente del advenimiento al poder de los ejércitos nacionales, en donde la inoperancia de las viejas fuerzas políticas y la inmadurez de corrientes ideológicas de avanzada, sólo permitieron la única salida de la injerencia militar. Este proceso revolucionario no ha podido seguir una línea recta de innovaciones y soluciones positivas, por diversos factores, que van desde una mayor o menor consciencia de sus actores hasta una débil o violenta resistencia de las fuerzas retardatorias, pasando por el amorfismo de las propias masas populares. Mas el proceso, con sus visibles contradicciones, avances y retrocesos, siguió una marcha irreversible.

### C. La coyuntura panameña

No era insólito que Panamá, desde fines de 1968, se hubiera incorporado al eje de países en que graves condicionamientos conflictivos condujeron a la ocupación militar del poder público. La oligarquía tradicional había agotado incluso la posibilidad de continuar gobernando el país, y los militares de clase media decretaron su radical sustitución, por ellos y por elementos de la misma extracción social. Sin embargo, las fuerzas del *antiguo régimen* no estaban liquidadas, y tanto en su expresión interna como en su omnipotente expresión foránea mantendrían su presencia y sus presiones, gravitando sobre los destinos del nuevo gobierno, que debía enfrentarse al dilema de una república minúscula agobiada por enormes problemas.

No había más remedio que ese gobierno conquistara opinión pública y apoyo popular. El sector campesino fue atraído mediante la solución del precarismo agrario, adquiriendo el Estado las fincas ocupadas de hecho por grupos de agricultores en algunos focos de tensión. Y el sector obrero fue comprometido con un decimotercer mes de salario y con la medida final de un nuevo Código de Trabajo, de fuerte inclinación sindicalista, poco adaptado a la realidad económica panameña. La opinión pública fue tocada en su área más sensible: una posición de exigencias nacionalistas en la zona del Canal.

Luego del transcurso de tres años, en que el gobierno revolucionario

militar fue consolidándose como instrumento administrativo de general acatamiento, se decidió superar el carácter de provisionalidad que en su inicio el mismo régimen se había dado; propiciar el tránsito de un gobierno *de facto* a un gobierno *de iure* mediante una nueva Constitución, y abrir las compuertas a la participación popular a nivel acotado de corregimientos, a través de la elección de una Asamblea que representara a éstos en la aprobación de la nueva carta, plan que fue anunciado por el general Omar Torrijos Herrera, en la gran concentración popular del 11 de octubre de 1971. El camino elegido fue el de una abarcadora reforma constitucional. Pero ello no podía hacerse fuera de los marcos vigentes de control dictatorial que constituía el *modus operandi* acostumbrado por una modalidad de gobierno que sus ideólogos y panegiristas comenzaron motejando de "revolución", que luego hubieron de llamar "proceso revolucionario" y, finalmente, "proceso", a secas, según las metamorfosis por las que pasaba, hacia un desgaste irreversible, la dictadura. Manteniendo la proscripción de todo partido político, sin derechos individuales efectivos, y en el apogeo de la autocracia, el gobierno convocó a elección de una Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos (505 miembros) que aprobaría las reformas constitucionales. Pero cuando se hizo evidente que el camino se encontraba expedito, dentro del vacío político instaurado, a dicha Asamblea se le presentó el proyecto de una nueva Constitución.

En efecto, cumplida la elección de la Asamblea, en agosto de 1972, la Comisión Oficial de Reformas Constitucionales, que estuvo presidida por el licenciado Marcelino Jaén Morán, le puso fin a la redacción de un anteproyecto de Constitución política, el cual fue entregado al debate público. En septiembre lo aprobó la Asamblea de Representantes de Corregimientos y la nueva carta comenzó a regir el 11 de octubre de 1972.

Las líneas anteriores no tienen el objeto de formular un análisis detenido del curso general del proceso de transformaciones que experimentó el país, desde 1968. Hemos querido trazar las más amplias directrices del mismo, para explicarnos adecuadamente lo que significó el estreno constitucional del régimen.

## 2. Generalidades

En su aspecto formal, la carta de 1972 se adecua casi totalmente a la distribución de materias constitucionalizadas que adoptó la Constitución panameña de 1946, y que es la corriente en esta clase de documentos

jurídicos fundamentales. La extensión del Código político ahora vigente es algo mayor, sobre todo por las ampliaciones de derechos sociales introducidas en el título tercero y por la inclusión de organismos como la Asamblea de Representantes de Corregimientos y el Consejo General de Estado. No obstante, una buena cantidad de artículos de la Constitución de 1946 han quedado sin mayores cambios.

Mirada la nueva carta en su conjunto, se advierte que las innovaciones de mayor trascendencia se encuentran consignadas en los capítulos relativos a la familia, la cultura, la educación, la salud, la seguridad social y el régimen agrario, los cuales demuestran innegable interés del Constituyente por extender y profundizar el contenido de los derechos sociales. En estos capítulos está claro, más que en la Constitución de 1946, el propósito de que el hombre panameño quede amparado por una serie de normas e instituciones que obligarán al Estado a desarrollar una política social de bienestar individual y colectivo, que se anunciaba con las más prometedoras perspectivas. Desde luego que no siempre las fórmulas adoptadas en esas disposiciones alcanzaron una acertada redacción normativa. Sin embargo, los capítulos aludidos forman una verdadera carta de justicia social, que daba al Estado panameño la naturaleza intrínseca de un moderno Estado de bienestar público.

Es igualmente llamativo que la nueva Constitución presentara rasgos acusados de inspiración nacionalista en su reglamentación del territorio, la cultura y la nacionalidad.

Había que esperar novedades en el aspecto de los mecanismos gubernativos, dado que el origen militar del gobierno, las formas políticas que puso en práctica, su filiación formalmente antioligárquica, su necesidad de apoyo popular y su propósito de transformaciones de calado en la sociedad y en el Estado panameños, exigían cambios significativos en las estructuras gubernativas. En este campo, la carta hubo de transitar la arena movediza de los ensayos, y las innovaciones que ofrece, en verdad circunscritas a la nueva forma de órgano legislativo, operaron como el talón de Aquiles de la Constitución panameña de 1972.

Examinadas las líneas generales de esa carta, cabe decir que las mismas le aseguran un saldo positivo como instrumento jurídico-político de una nueva concepción del Estado panameño, sin perjuicio de promover las más serias meditaciones entorno a la viabilidad práctica y a la racionalidad de sistema de los organismos con que trataba de poner en marcha la actividad estatal, directamente, y la vida nacional de Panamá.

### 3. *El Estado de bienestar social*

El extenso título III de la Constitución (tiene nada menos que 100 artículos) nos brinda una imagen muy peculiar y muy moderna del Estado panameño, asimilándolo a lo que ya se conoce con el nombre de Estado de bienestar público o social. La finalidad primordial de la organización estatal es hoy la de garantizar al individuo y a todos los grupos que forman la sociedad, un mínimo decoroso de felicidad humana, de bienestar general, en todos los aspectos de la vida. Por ello, el Estado protege a la persona y a los grupos en sus derechos fundamentales; a la familia; a la clase trabajadora; el derecho a la cultura y a la educación; la salud, la seguridad social y la asistencia pública, y al campesinado como un estrato social todavía mayoritario en Latinoamérica. Esta *carta de justicia social*, tan vasta y fervorosamente delineada, difícilmente podrán superarla otras constituciones.

Todo este magno conjunto de derechos sociales tiene como agente único, como garante, como dínamo fundamental, al Estado. Y exige, para que puedan cumplirse esos derechos en la realidad social, una organización económica que propicie su efectividad práctica, y que le permita al Estado satisfacer todos los requerimientos del bienestar general de la población. ¿Cuál es, entonces, el tipo de organización económica de la sociedad y del Estado panameños que adoptó la Constitución? Como respuesta a esta interrogante, y como contraste con la imagen del Estado de bienestar público tan vigorosamente trazada en el título tercero, debemos referirnos a los títulos de la economía nacional y de la hacienda pública.

### 4. *Hacienda pública y economía nacional (títulos X y XI)*

Si se compara el articulado de la carta de 1972 en materia de economía nacional, con el título correspondiente de la Constitución de 1946, se advertirá que se dejó intacta la estructura económica de tipo capitalista liberal que un cuarto de siglo atrás estimó de su conveniencia la oligarquía panameña, aunque se introdujeron únicamente los siguientes detalles nuevos:

- a) Mayoría de capital panameño en las empresas privadas de utilidad pública (artículo 246), exigencia nacionalista que sin duda beneficiará en mayor grado a los capitalistas panameños;
- b) Participación del Estado en empresas mixtas, aspecto constitucio-

nalizado ahora, pero en lo que ya había alguna experiencia previa como en los casos de Cemento Panamá y el Hotel Panamá;

c) Establecimiento de corporaciones regionales de desarrollo.

Por otra parte, la política impositiva y fiscal del Estado se mantiene con los mismos fundamentos constitucionales que en 1946.

Surge, por tanto, una radical antinomia entre la *carta de justicia social*, contenida en el título tercero, que reconoce un cúmulo integral de derechos sociales, por una parte, y el *sistema de economía nacional* de corte capitalista individual, por la otra, que tiene en el artículo 243 su postulado categórico: "El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares", siendo subsidiaria la actividad del Estado. Es decir, que se acoge una filosofía colectiva en materia de derechos sociales, de fuerte intervencionismo estatal, en tanto que contradictoriamente se consagra un régimen económico capitalista individual. Si se hace descansar la economía panameña en la institución de la propiedad privada, con el único límite de su función social (artículos 43 y 44), y en el derecho primordial del individuo a ejercer la actividad económica, se institucionaliza, así, un sistema capitalista de iniciativa privada que necesariamente seguirá conduciendo al lucro, a la ganancia, de la minoría plutocrática, propietaria de los medios e instrumentos de la producción, lo que asegura, fatalmente por razón de ineluctables leyes económicas, la explotación de la mayoría, de la clase trabajadora, del campesino y hasta de la clase media, mayoría no propietaria, desposeída, que no puede aprovecharse de la propiedad privada y de la libre iniciativa por carecer de capital, y por disponer, a consecuencia del sistema económico, de una póliza de seguro para su condición miserable.

No propugnamos por el establecimiento de un régimen socialista en Panamá, porque lo estimamos irreal dentro de los condicionamientos políticos e históricos nacionales; pero destacamos esta grave antítesis de principios filosófico-sociales que se da, en una cara, el Estado panameño, por virtud de la nueva Constitución, con los fundamentos económicos de capitalismo individual que esa misma carta le confiere al cuerpo de la sociedad panameña: un Estado de derechos sociales, dentro de una economía de capitalistas individuales. La antinomia no es nueva, ya se concretó flagrantemente en la Constitución de 1946, y tuvo una práctica institucional de veinticinco años. Correspondía a los gobiernos panameños del futuro inmediato, descifrar esta contradicción, inclinando mediante la acción estatal el fiel de la balanza en favor del *Estado de derechos sociales*, porque la pasividad estatal garantizaría el predominio

de los *capitalistas individuales*. Para una u otra de estas dos posiciones, había fundamentos jurídicos en la nueva Constitución.

##### 5. *El órgano Legislativo (título V)*

La integración de un órgano legislativo que como novedad traía el nuevo Código político, mediante la Asamblea de Representantes de Corregimientos y el Consejo Nacional de Legislación, demanda una consideración un tanto detenida.

Enfrentado el gobierno revolucionario militar a la necesidad propia y a la conveniencia nacional de constitucionalizar el régimen, se decidió por la elección de una Asamblea de Representantes de Corregimientos que le sirviera de base popular para la aprobación de la reforma constitucional que se concretara en una nueva carta política, a partir de la cual el régimen quedaría constitucionalizado jurídicamente. Sin otra idea que la preocupación formal de la suerte que tendría la Asamblea de Representantes una vez cumplida su misión constitucional, en el decreto respectivo se incluyó la fórmula imprecisa de que ella "podrá convertirse en Cuerpo Legislativo con las funciones y por el tiempo que determine la Constitución Política" (artículo 13), lo cual no era más que un seguimiento de la tradición consumada por las asambleas constituyentes de convertirse en asambleas legislativas, durante un periodo transitorio determinado. Era previsible, en los días iniciales de la etapa de transición que el propio gobierno había señalado (octubre de 1971 a octubre de 1972), que este compromiso nacional con el pueblo (elección) y con la Asamblea de Representantes (aprobar las reformas constitucionales y designar presidente) se traduciría en una especie de participación, mayor o menor, en el poder.

Una vez que la Comisión de Reformas Constitucionales fue adentrándose en la redacción de la nueva carta, y que se fueron adelantando los pasos de la elección de representantes, también empezaron a surgir las interrogantes y los intereses de toda índole en derredor de la Asamblea. De otro lado, el descrédito político de la oligarquía tuvo en las asambleas nacionales de las últimas décadas su punto culminante, y en los niveles oficiales ya estaba decretada de antemano la liquidación de un órgano legislativo a la usanza tradicional. No obstante, la integración masiva de la Asamblea aprobatoria de las reformas constitucionales, con quinientos representantes de corregimientos, ya era una grave impedimenta para que ella pudiera convertirse en "cuerpo legislativo", según se pensaba en los días primeros de la transición jurídica que dispuso el go-

bierno. Pero la misma extracción social y cultural del fondo humano de donde se sacaba a los representantes, deliberadamente, conspiraba también en forma muy poderosa en contra de su conversión en asamblea o cuerpo legislativo.

En la integración del órgano legislativo, además, está de por medio la cuestión fundamental de la racionalidad de los mecanismos de gobierno de una sociedad moderna. Las complejidades del mundo contemporáneo, y de la vida social en cualquier país, exigen un funcionamiento idóneo, racional, planificado, de la actividad estatal. El resultado óptimo factible de la acción de los mecanismos gubernamentales, obliga a descartar sin vacilaciones toda estructura irracional, ilógica, anticientífica, injustificada, de esos mecanismos.

La Constitución optó por erigir un órgano legislativo dual, por virtud de una Asamblea de Representantes de Corregimientos con ciertas funciones legislativas, por espacio de un mes al año, y con funciones de consejos municipales por once meses; a lo que se agregó un Consejo Nacional de Legislación, con las máximas atribuciones legislativas, integrado por el Ejecutivo y por una Comisión Asesora que este último nombraba. Esta solución podía conspirar contra la misma estabilidad de la nueva carta hacia el futuro, por ser excesivamente riesgoso hacer ensayos con mecanismos gubernativos no probados en la práctica política, y mucho más riesgoso era llevarlos a las cláusulas de una Constitución.

A la Asamblea de Representantes de Corregimientos se le adscribió desde un principio el cometido de designar al presidente de la República, función de ejercicio del poder, cumplida en un acto único. Y, posiblemente, lo que se ideó para resolver un problema inmediato de imprimirle contenido de democracia al gobierno revolucionario militar, se convirtió, por la fuerza propia de los hechos que se vinieron sucediendo, en un mecanismo gubernativo permanente. Esa elección de segundo grado para presidente de la República, era una atribución que la Asamblea de Representantes ejercería con permanencia, y dicha atribución daba origen a la propia permanencia de la Asamblea.

Como no era posible, debido a su número masivo y a causa de su extracción cultural mínima, darle a la Asamblea de Representantes la condición de Asamblea Nacional, se le reconocieron algunas funciones legislativas por espacio de un mes al año (artículos 131, 140 y 141). De esta manera, se le confirió a la Asamblea de Representantes una alta jerarquía como organismo gubernativo. Lo que subsistía como problema era el destino de la Asamblea el resto del año, o sea los once meses en

que no fungiría como mecanismo de altísimo nivel. Entonces se ideó convertir a los representantes de corregimientos, en cada distrito, en consejos municipales, llevándolos a la más ínfima categoría del engranaje gubernativo. Se puede alegar que ellos, como personas vinculadas a sus corregimientos, conocen de cerca los requerimientos de la vida local, del municipio, y que en los altos rangos del gobierno, aportan el sentimiento vivo de las mayorías. Estos argumentos se estrellan contra la exigencia de racionalización, de planificación, de funcionamiento óptimo de los mecanismos estatales, exigencia que debe privar en la organización de un Estado moderno.

Un gobierno revolucionario militar, empeñado en honrar transformaciones aseguradoras del bienestar individual y social del panameño, necesariamente tuvo que apoyarse en la *intelligentsia*, en elementos técnicos de clase media, en los organismos representativos de las profesiones, para darle solidez científica a sus empeños. ¿Quiénes fueron los ministros de Estado?, ¿quiénes los directores de instituciones autónomas?, ¿quiénes los jefes de nivel medio en toda la burocracia? Esta vinculación ha debido y debía ser orgánica y racional, pues sus mejores frutos para el país no los brindaban el simple parentesco, la amistad, la actitud sumisa o la incondicionalidad, sino las concepciones mejor fundamentadas, más analíticas, de mayor contenido reivindicatorio, que ofrecieran las más amplias y efectivas superaciones para el Estado y para la sociedad en su concreción nacional. Y el funcionamiento de una Asamblea de Representantes de Corregimientos, por el método de elección formal constreñida a niveles culturales ínfimos, ha debido complementarse con la incorporación orgánica de la *intelligentsia*, de las élites intelectuales y científicas, a la obra total de gobierno.

El mecanismo que con mayor responsabilidad ejercía, según la carta de 1972, la función legislativa, fue el Consejo Nacional de Legislación. Lo integraban el presidente de la República y sus ministros (o sea el órgano Ejecutivo) y la Comisión de Legislación, que nombraba libremente el mismo órgano Ejecutivo (artículos 146 y 163). Se le da participación al presidente de la Asamblea de Representantes de Corregimientos y al vicepresidente de la República. No requiere ninguna perspicacia advertir que, de este modo, lo que fue producto de una situación de emergencia, de 1968 en adelante, en el sentido de que al ser eliminada la Asamblea Nacional por el golpe de Estado militar, el Consejo de Gabinete, el Ejecutivo, asumió la función legislativa; lo que fue una práctica inevitable, decimos, pasó a ser norma constitucional. Si no puede negarse que un ministro de Estado tenga, como agente ejecutivo, impor-

tantes y numerosos problemas que atender, y que su tiempo normal para la función administrativa es corto, ahora iba a multiplicarse para actuar como legislador. Todo el mundo sabe que esta dualidad es únicamente aceptable de modo temporal, ya que tan pronto los regímenes de gobierno se estabilizan, tienden a separar la función legislativa de la ejecutiva o administrativa, porque la eficacia de ambas funciones exige dedicación especial y separada, aunque el Ejecutivo, a través del veto, puede ejercer normalmente un control bastante pronunciado sobre la actividad legislativa.

#### 6. *Constitución y ejercicio real del poder*

En las páginas anteriores hemos enfocado las directrices principales de la Constitución, y en algunos aspectos las hemos contrastado con la realidad general del país; pero no podemos pasar por alto la circunstancia capital de que la nueva Constitución iba a regir dentro de un contexto político muy particularizado, que se concretaba en el ejercicio real del poder público, a partir de 1968, por la Guardia Nacional. Y dentro de ésta, el general Omar Torrijos Herrera se caracterizó como dirigente máximo del gobierno revolucionario militar, sin ser presidente de la República, ni ministro de Estado.

Para armonizar el poder real que había ostentado por espacio de cuatro años el general Torrijos, con el poder formal que se estimó adecuado reconocerle en la Constitución, ésta optó por un artículo transitorio que le confirió atribuciones máximas en la designación de los cargos públicos más importantes del engranaje estatal (ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema, directores de instituciones autónomas, etcétera), en el acuerdo de contratos y empréstitos y en la dirección de las relaciones internacionales, por un lapso de seis años, es decir, hasta 1978.

Ese mismo artículo (277 transitorio) le daba el título de "Líder máximo de la revolución panameña" al general de Brigada Omar Torrijos Herrera. Esta disposición "transitoria" tenía un efecto suspensivo absoluto sobre las normas que en el texto constitucional se referían a las atribuciones del presidente de la República, las más importantes de las cuales no podría ejercer quien fuera electo para este cargo, porque aquel artículo 277 se las otorgaba personalísimamente al general Torrijos. Esta sola disposición "transitoria" (por seis años) dejaba en suspenso grandes porciones de la propia Constitución.

Otra norma constitucional que reflejaba la dicotomía del poder real y del poder formal estaba en el artículo 2o. de la carta magna de 1972,

redactado así: "El poder público emana del pueblo; lo ejerce el Gobierno mediante la distribución de funciones que cumplen los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales actúan en armónica colaboración entre sí Y CON LA FUERZA PÚBLICA."

Más que la supresión de la expresión tradicional relativa a la separación de los poderes u órganos, que es sustituida por una imprecisa "armónica colaboración", resalta que los órganos del Estado debían colaborar "con la fuerza pública".

¿Para qué referirnos extensamente a la innecesaria fórmula constitucional reproducida, en la que se echó mano a una insólita genuflexión de los tres órganos tradicionales del poder público, ante la Guardia Nacional? Esa "armónica colaboración" de los tres órganos del Estado, con el superpoder constituido por la "fuerza pública", no la entiende ni acepta ningún jurista extranjero, ante quienes la última parte del artículo 2o. no era más que una fórmula de ludibrio jurídico universal, que los redactores de la Constitución de 1972 siempre ensayaron justificar pretextando que era una pauta de franqueza y realismo constitucionales.

Ese poder máximo absoluto, dictatorial y autocrático que pudo consolidar el general Torrijos y que pasó a la Constitución de 1972, casi nunca fue utilizado sabiamente; pero ello no es materia del presente estudio.

## VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1983

### 1. *Condiciones político-sociales de 1974 a 1982*

Hemos considerado indispensable señalar, en cada caso, las causas político-sociales que llevaron a cada una de las constituciones panameñas, aunque lo hemos hecho sintéticamente, pues resulta útil mencionar las condiciones históricas, dentro de las cuales se han producido las mutaciones constitucionales reseñadas. Ahora le toca el turno a las reformas constitucionales aprobadas en 1983, pero debemos hacerlo con alguna extensión.

#### A. La Constitución de 1972 en crisis

La carta política de 1972, como vehículo de estabilización del gobierno militar que necesitaba salir de su provisionalidad, comenzó a dar muestras de ineficacia y de su utopismo a partir del mismo día de su aprobación.

La primera elección de presidente de la República, en manos de la Asamblea de Representantes de Corregimientos, fue un episodio elocuente, que obligó al Estado Mayor de la Guardia Nacional a aniquilar el autocandidato que un fuerte sector de los representantes apoyaba, y a imponerles drásticamente al ungido por ese Estado Mayor. Se demostraba, así, que el engendro se volvía contra sus propios autores, y la Constitución se estrenaba con el incidente contradictorio entre su letra formal (la Asamblea de los 505) y el poder real ubicado en la Guardia Nacional. Esta contradicción se repetiría incesantemente, abriendo las solfataras de una crisis institucional constante, que el régimen jamás podría superar orgánicamente.

No obstante que la Constitución de 1946, en su artículo 30, prohibía la expatriación, la dictadura militar puso fuera del país, en los primeros meses de gobierno, a numerosos panameños, que sólo regresarían diez años después. Cuando se agudizó la pugna interna por el poder, dentro de la Guardia Nacional, que condujo a la consolidación del liderazgo torrijista, el grupo rival encabezado por el teniente coronel Boris Martínez, fue también expatriado violentamente. En su momento, la nueva Constitución repitió, en su artículo 29, la misma prohibición que impedía enviar al exilio a cualquier panameño. Sin embargo, manifestaciones de protesta contra el gobierno militar, que se dieron en la ciudad de David, en enero de 1976, suscitaron las iras de Torrijos, quien nuevamente apeló a la deportación de otro grupo de panameños.

Pero el punto culminante del desgaste gubernamental, y la evidencia del sordo repudio generalizado que la dictadura provocaba, ocurrieron a propósito de la firma y aprobación de los tratados del Canal, en septiembre y octubre de 1977. Luchando por su propia supervivencia, el gobierno castrense aceptó y suscribió los tratados que le impuso el presidente Carter, y como una de las cláusulas "populistas" de la Constitución obligaba a someter a plebiscito esos tratados, la salvación dictatorial estuvo en dar cuarenta y cinco días para la celebración del plebiscito, que se llevó a cabo el 23 de octubre.

Sin militancia de partidos políticos, que todavía estaban proscritos; sin propaganda organizada de ninguna clase; utilizando el gobierno todos los recursos imaginables para forzar la aprobación, un grupo de estudiantes universitarios y un grupo de abogados independientes, exponiendo ante el país las lacras de lesa patria de que se nutrían los tratados de 1977, lograron que la animadversión al régimen pudiera reaccionar en forma de repudio a tales documentos, y el gobierno, fraudulentamente,

declaró que una mayoría relativa, de 2 a 1, había votado por la aceptación de los tratados canaleros.

Pero el régimen militar quedó herido de muerte, ante la opinión pública nacional, y el fraude amargo del plebiscito convenció a la autocracia torrijista de que su dictadura iba camino de provocar la confrontación violenta, con un pueblo que la repudiaba. En este resquebrajamiento político tuvo origen la medida conciliatoria de introducir algunas reformas drásticas a la Constitución de 1972. El propósito innegable de las mismas fue el de diluir esa confrontación hacia el campo electoral y postergarla hasta 1984.

A mediados de 1978, cuando esas reformas constitucionales fueron llevadas al seno de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, ésta soslayó, en defensa propia de sus intereses sectarios, algunas de ellas, y por tal razón la Asamblea aceptó abdicar de su derecho a elegir presidente de la República para 1984 y admitió la elección popular de una tercera parte de los miembros de la Cámara Legislativa (Consejo Nacional de Legislación), a partir de 1980.

La reforma constitucional de 1978, que se quedó a medio camino, proclamaba categóricamente la crisis de la Constitución de 1972, y tan pronto se dictó la Ley de Partidos Políticos, a fines de 1978, los grupos de oposición que se fueron inscribiendo plantearon la necesidad de revisar a profundidad el carcomido sistema constitucional de la dictadura torrijista.

#### B. Se agrava la crisis general

Las reformas constitucionales de 1978 no pudieron conjurar la profundización de la crisis general que notoriamente aquejaba al gobierno "revolucionario". Esa crisis era política, institucional, económica, fiscal, educativa, y sobre todo de escandalosa corrupción.

El regreso del doctor Arnulfo Arias al país, líder carismático de grandes simpatías populares, después de diez años de exilio (1978), y las huelgas de maestros y profesores, de 1978 y 1979, apoyada la primera por los médicos, promovieron gigantescas manifestaciones en la capital de la República, como expresión de un espontáneo rechazo total de lo que significaba la dictadura torrijista. En 1979, la huelga de educadores extendió la multitudinaria manifestación de Panamá a todas las capitales de provincias.

También en 1979 varios grupos políticos iniciaron sus esfuerzos para inscribirse legalmente como partidos, que de antemano se ubicaban en

la oposición al régimen. Dieron comienzo a corrientes de opinión política adversarias al gobierno castrense. Todavía con algunas discrepancias en el frente opositor, se llegó la hora de la elección popular de 19 legisladores, en septiembre de 1980. Los partidos y grupos de oposición llevaron a las urnas un caudal de votos mayor que el del partido oficialista PRD. En varias provincias, los dos legisladores que se elegían salieron de las nóminas opositoras. A pesar de las maniobras fraudulentas del Tribunal Electoral, la mayoría de los votantes hizo profesión de fe antigubernamental.

El Consejo Nacional de Legislación, en donde actuaban 37 legisladores (los dos tercios de ese organismo) nombrados por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, y sólo un puñado de legisladores contrarios al régimen, fue tribuna pública para el descontento de vastos sectores, así como plataforma de exhibición negativa para la mayoría oficialista, que frecuentemente no hacía el quórum, o lo rompía. El precario funcionamiento del Consejo de Legislación, por espacio de dos años, probó las enormes fallas del sistema legislativo (reformado en 1978) de la Constitución de 1972.

El gobierno del presidente Aristides Royo, escogido éste por la Asamblea de Representantes en octubre de 1978, después de una obligante y pública "recomendación" del Estado Mayor de la Guardia Nacional, poco a poco fue derivando hacia la postración administrativa y a la continuación del saqueo de los fondos públicos.

Las vicisitudes por las cuales hubo de pasar la reforma del Código de Trabajo, principalmente en lo relativo a la estabilidad de los trabajadores, sembraron la más profunda insatisfacción tanto para la clase empresarial, como para la clase trabajadora, lo que vino a incidir muy negativamente en la dura crisis en que se debatía, desde 1974, la economía nacional.

El endeudamiento estatal continuó llevando el fisco a la bancarrota, pues la deuda pública ya pasaba de los tres mil millones de dólares; análogos contratos a los de años anteriores, como los del relleno de la zona libre, el puente sobre el Canal, los préstamos y avales de COFINA, etcétera, fueron piedras de escándalo y pruebas de una incontenible corrupción gubernamental.

En medio de tan espectacular pendiente hacia el desastre nacional, se hace pública una exposición leída por el general Torrijos ante la oficialidad de la Guardia Nacional (denominada "El objetivo final"), en la que él sugería la perspectiva de su presidencia en 1984. A principios de 1981, Torrijos formuló importantes declaraciones políticas, con la misma

perspectiva, al inaugurar una obra estatal en Soná, y se supo después que grupos femeninos del PRD organizarían una marcha hasta Farrallón (residencia campestre de Torrijos), para solicitarle que saliera del "repliegue" a que lo condujo el vencimiento (1978) de sus omnímodas facultades constitucionales. Un accidente de aviación tuvo el fatal desenlace de la inesperada muerte de Torrijos, el 31 de julio de 1981, lo que venía a subir de punto la marcha caótica de la cosa pública y los negros horizontes que ensombrecían el panorama nacional.

Un año después, la crisis generalizada llegaría a una controlada explosión. La misma Guardia Nacional desempeñó otra vez el papel protagónico. A cuatro meses de haberse encargado de la Comandancia, tras la jubilación forzada del anterior comandante, teniente coronel Florencio Flores, el general Paredes anunció al país entero, el mismo día que se estaban rindiendo honores póstumos en el primer aniversario de la muerte de Torrijos, que el presidente Royo se separaba de su cargo; que el vicepresidente Ricardo de la Espriella lo sustituía en esa fecha y que, por su conducto, la Guardia Nacional se comprometía, poniendo como testigo a toda la República, a llevar a feliz término un vasto plan de rectificaciones nacionales.

Con firmeza histórica, el general Rubén D. Paredes notificó al país que pronto se nombrarían nuevos ministros y directores de instituciones autónomas; nuevos magistrados del Tribunal Electoral; nuevo procurador general de la nación y nuevo contralor general de la República. Y entre otros planteamientos políticos trascendentales, admitió la necesidad inescapable de reformar la Constitución de 1972.

¿Qué había ocurrido de 1981 a 1982? Cuando la muerte del general Torrijos pone a la orden del día la exteriorización incontenible de la crisis absoluta del régimen castrense, éste confirma que ya no puede continuar gobernando en la misma forma en que lo había hecho durante los trece años anteriores, y decide iniciar el camino de las concesiones políticas, con las cuales propicia un clima de mayor cohesión nacional, que le permita al instituto armado salvarse de un descontrol catastrófico de la situación y, a la vez, un desvío de la atención pública hacia la perspectiva de cambios políticos ubicados en las elecciones nacionales de 1984.

Tal fue la causa grávida de la renuncia exigida al presidente Royo, el ascenso del vicepresidente de la Espriella a la primera magistratura y el anuncio espectacular del general Paredes, en el sentido de que se llevarían a cabo catorce rectificaciones nacionales, todo lo cual ocurrió el 30 de julio de 1982, cuando el propio gobierno, como tal, conmemoraba

con grandes esfuerzos de concentración de masas el primer aniversario de la muerte de Torrijos. Y el dirigente máximo de esa transformación palaciega y estremecedora fue el general Paredes, si bien todas las medidas que anunció llevaban el sello inconfundible del Estado Mayor de la Guardia Nacional.

### C. Las reformas constitucionales y el interés nacional

Entre los varios problemas políticos que confrontaba la República a mediados de 1982, uno de los principales era el de la reforma constitucional. Después de catorce años de dictadura castrense, la que al llegar a su cuarto año produjo la Constitución que le vino a la medida cuartelaria, el país no podía continuar con una vida jurídica fundada en esa carta autocrática y sectaria.

La existencia institucional y política de la República se resentía de esa camisa de fuerza, que sojuzgaba, subyugaba y envilecía toda la vida ciudadana. El funcionamiento institucional del país estaba supeditado a la farsa jurídica dimanante de la Constitución de 1972, y vino a ser una aberración nacional, matriz de otras aberraciones, la continuidad total de la vigencia de una carta magna viciada en su origen, porque no fue resultado de la voluntad popular, y viciada en su contenido, porque fue expresión de una prepotencia autocrática, militarizada y antinacional.

Fue deplorable que, no obstante la innegable y extendida opinión pública contra la Constitución torrijista, pocas personas o autoridades en la materia hubieran escrito antes sobre el particular. Con persistencia o profundidad cónsonas con el problema, sólo lo hicieron el señor Carlos Chambonet (en numerosos artículos periodísticos) y los doctores Dulio Arroyo (*El sistema de gobierno existente en Panamá luego de las últimas reformas a la Constitución nacional*, 1978) y Bolívar Pedreschi (*Contenido, sentido y destino de las reformas constitucionales* y otros trabajos de 1978), a más del autor del presente estudio (*Elaboración del derecho constitucional de Panamá*).

Pero, cuando el mismo gobierno planteaba y reiteraba el tema de la reforma constitucional, la opinión pública comenzó a dar numerosas pruebas del gran interés ciudadano por dicha reforma, en la voz de autoridades y profanos en la materia, según la enorme cantidad de pronunciamientos periodísticos que se dieron sobre el problema. Ello confirmaba que la reforma constitucional era una necesidad institucional y política en el país, y que era indispensable dar satisfacción a la misma,

desde la perspectiva de los intereses generales de la República, a base de un firme consenso ciudadano.

El interés nacional exigía que se hicieran los máximos esfuerzos para que la reforma constitucional no fuera una frustración colectiva más, en la cadena nefasta de las frustraciones nacionales panameñas.

## 2. *La Comisión de Reformas Constitucionales y su trabajo*

Por medio de Resolución de Gabinete No. 148 de 19 de noviembre de 1982, el órgano Ejecutivo designó la Comisión de Reformas Constitucionales, integrada por 16 miembros, en su gran mayoría representantes directos de los partidos políticos nacionales.<sup>24</sup>

Entre el 30 de julio y el 19 de noviembre de 1982, transcurrieron casi cuatro meses de resistencia más o menos visibles a la reforma constitucional; no obstante, la insistencia del general Paredes logró que fuera designada la Comisión, en la última fecha. La Resolución No. 148 señalaba varios aspectos de importancia como objetivo de las reformas; pero admitía cualesquiera otras que adoptara por su propia iniciativa la Comisión, a la que se concedió un término de cuatro meses, para que hiciera presentación, al órgano Ejecutivo, de un Pliego de Reformas Constitucionales.

Es obvio que al designar la Comisión de Reformas, el gobierno atendía los requerimientos unánimes de la opinión pública; pero también resultaba obvio que no le iba a entregar a los partidos políticos de oposición la mayoría de ese organismo. No obstante, la Comisión trabajó sin presiones de ninguna clase, y, en términos generales, los comisionados actuaron bajo la inspiración de intereses colectivos. Los integrantes de la Comisión se caracterizaban por sus conocimientos, cultura y conciencia patriótica. Sin estas dotes, el trabajo de la Comisión habría sido muy difícil y tal vez imposible.

Después de cuatro meses de arduas sesiones (diciembre de 1982 a marzo de 1983), la Comisión presentó al Ejecutivo, el 27 de marzo de 1983, un extenso Pliego de Reformas Constitucionales.

<sup>24</sup> Hans, Kelsen, *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), México, Carlos Bolívar Pedreschi, Campos Elías Muñoz, José A. Sossa, Daniel Arias M., Guillermo Endara, Oydén Ortega, Fernando Manfredo Jr., Carlos E. Landau, Hirsnel Sucre, Mario Galindo, Álvaro Arosemena G., Emeterio Miller, Roberto Alemán y César A. de León E. Actuó como secretario ejecutivo Nander A. Pitty V. De todos ellos, únicamente el doctor Jorge Fábrega y el autor de este estudio, escogido como vicepresidente por la misma Comisión, no pertenecían a ningún partido, y actuamos según nuestro leal saber y entender.

El imperativo del momento consistía en eliminar las instituciones autocráticas y dictatoriales de la Constitución de 1972 y reemplazarlas por mecanismos democráticos. No fue tarea fácil la de llegar a los acuerdos indispensables, como en el caso de la estructura del órgano Legislativo, la designación de los magistrados de la Corte Suprema y otros aspectos polémicos; pero los comisionados tenían el interés común de consignar en la Constitución *las bases jurídicas* de un Estado democrático, *punto de partida* necesario para las rectificaciones de carácter gubernamental que reclamaba y esperaba el país. A ello se debió que culminaran exitosamente sus labores de reforma constitucional.

Para todos los comisionados fue muy evidente que no se les había encomendado que redactaran, en forma íntegra, un nuevo texto constitucional, sino que su misión consistía en reformar ampliamente la carta de 1972, para que el pueblo panameño dispusiera de un *régimen jurídico formal democrático*, y esos comisionados cumplieron con gran prudencia ciudadana la delicada función que los convertía en verdaderos *constituyentes*.

### 3. El método de aprobación de las reformas

Como en 1978 se había reemplazado la elección indirecta del presidente de la República (la llevaba a cabo la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos), por la fórmula de su elección directa en 1984, mediante elecciones populares, la reforma constitucional de 1983 debió aprovechar este avance democrático institucional para hacer coincidir con él a elección de las demás representaciones populares del engranaje gubernamental. Ello imponía una aprobación rápida de las reformas de 1983, para que sirvieran de base a una nueva legislación, que debía ponerse en práctica con motivo de las elecciones de mayo de 1984.

En efecto, recibido el Pliego de Reformas Constitucionales por el órgano Ejecutivo el 29 de marzo, el Consejo de Gabinete dictó la Resolución No. 38 de 30 de marzo de 1983, para convocar al pueblo panameño a un *referéndum*, que se llevaría a cabo el 24 de abril de ese año, para que las reformas constitucionales fueran aprobadas o improbadas, por la voluntad popular.

La consulta comicial mencionada contó con una amplia difusión y con garantías efectivas para que todo ciudadano votara sin cortapisas. El Tribunal Electoral, por Resolución No. 339 de 29 de abril de 1983, hizo constar que las reformas habían recibido 476,716 votos afirmativos

y 66,447 votos desaprobatorios, proporción que habla muy elocuentemente de la gran aceptación con que fueron acogidas las reformas por el pueblo panameño.

Aunque el número de votos contrarios a ellas fue bastante bajo, hubo una oposición algo ruidosa a las nuevas pautas constitucionales. Un sector muy reducido de los adversarios del régimen militar se mantuvo en contra de las reformas, simplemente porque emanaban del gobierno. Era la oposición que se calificaba de radical y no colaboracionista. Pero también las adversaron algunos grupos gubernamentales, como fue el caso de una minoría de representantes de corregimientos, que veían esfumarse buena parte de sus privilegios. También se mostraban contrarios a las reformas los torrijistas recalcitrantes, los que tanto habían lucrado, económica y burocráticamente, al lado de Torrijos, para quienes todo lo que se hacía o haría fuera de las coordenadas de lo que ellos denominaban y denominan "torrijismo" era pecaminoso y repudiable.

Siempre ha estado en manos de todos los opositores de todas las reformas constitucionales el argumento de la "inconstitucionalidad" de éstas, porque generalmente se apartan del método fijado en las cláusulas constitucionales sobre el procedimiento ordinario de las modificaciones al texto constitucional. Este sector de contestarios se apoyaba en el artículo 140 de la Constitución de 1972, según el cual "esta Constitución sólo podrá ser reformada por un acto constitucional expedido por la Asamblea de Representantes de Corregimientos, por iniciativa propia o del Consejo de Gabinete. Las reformas requerirán para su vigencia la ratificación por la Asamblea de Representantes de Corregimientos que se instale en el periodo siguiente."

Era la fórmula rígida para modificar la Constitución, pues exigía dos asambleas distintas, electas cada seis años. Sin embargo, limitándonos a la historia constitucional panameña, las reformas constitucionales han seguido tanto el método ordinario, cónsono con la cláusula reformatoria de la Constitución vigente, como el método extraordinario, que se aparta de ella.

En 1941, la Constitución de ese año puso a un lado la forma tradicional de modificaciones establecida en la Constitución de 1904. A su vez, la Constitución de 1946 se debió a una suspensión de la carta de 1941, ordenada extraconstitucionalmente por el órgano Ejecutivo, en diciembre de 1944. Y la Constitución de 1972 también se divorció del artículo que consagraba el método reformativo usual en la Constitución de 1946.

Nosotros consideramos que este aspecto de metodología jurídica cons-

titucional merece un análisis más detenido. El derecho es un universo jurídico cerrado en sí mismo. Es un mundo de disposiciones que tiene virtualidad normativa a consecuencia de sus propios mandatos encerrados en el ámbito de su normatividad interna. Todo derecho nace por virtud de un acto originario que lleva en sí su propia validez, y esa validez establece un ámbito de amplísimo radio, pero como un universo cerrado, dentro de cuyas fronteras se examina la validez de los actos internos que se producen en ese derecho amurallado por su validez originaria.

El criterio de legalidad o de conformidad jurídica de los actos que se suceden en ese mundo del derecho, sólo puede ser enfocado dentro de la normatividad que le es inherente. Pero, cuando se trata de actos que tienen una fuerza externa, una virtualidad jurídica propia y distinta a la que prevalece en el universo jurídico cerrado de un determinado ordenamiento, ya no es posible predicar su ilegalidad o su antijuridicidad desde el ámbito interno del derecho vigente. Es lo que sucede con el "acto de autoridad" que "testimonia, por el solo hecho de haber sido dictado, que existen los supuestos de su regularidad"; o en el caso de la revolución, pues "es una norma de Derecho Internacional, universalmente admitida, que la revolución triunfante o el usurpador victorioso se convierten en poder legítimo".<sup>25</sup>

No estamos de acuerdo, pues, con el formalismo jurídico, que examina la conformidad jurídica de una reforma constitucional a la luz de la cláusula reformatoria de la Constitución vigente. Si el hecho político de la reforma tiene suficiente virtualidad o fuerza para imponerse o ser acatado; si rige con fuerza jurídica propia, eliminadora de la juridicidad anterior, lo creemos legítimo y jurídico.

De aplicar rigurosamente la tesis del formalismo jurídico, rechazando la reforma extraconstitucional por aplicación del derecho vigente, llegaríamos al extremo inaceptable de repudiar la independencia de un Estado nuevo, que se establece por acto de separación (la independencia de Panamá de Colombia, por ejemplo, en 1903), porque violenta el orden constitucional del viejo Estado.

El *referéndum* popular de abril de 1983, que aprobó con mayoría lujosa el Pliego de Reformas Constitucionales, legitimó todos los actos anteriores (designación de la Comisión, acuerdo final sobre el Pliego de Reformas, convocatoria al referéndum) y todos los actos posteriores que se derivaron de las reformas.

<sup>25</sup> Hans, Kelsen, *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), México, Editora Nacional, 1970, pp. 167 y 381.

En Panamá se han dado, igualmente, actos constitucionales con pretensiones de validez, que no han sido acatados, ni por las autoridades, ni por los ciudadanos, quedando sin virtualidad jurídica de ninguna clase. Tal fue la resolución de la Asamblea Nacional de 1948 (había sido la Asamblea Constituyente de 1945-1946, convertida en ordinaria por la Constitución de 1946), que pretendió *reasumir* sus funciones constitucionales o constituyentes; nombró un presidente provisional y le dio posesión. Sin embargo, ese mismo día la tentativa de acto originario constitucional quedó convertida en una especie de golpe parlamentario frustrado, porque las autoridades no lo acataron, ni él tuvo fuerza ni aceptación para imponerse, y a los pocos días fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

#### 4. *El contenido de las reformas aprobadas*

Tan extensa fue la reforma constitucional de 1983, que sustituyó los títulos V, VI y VII de la Constitución de 1972, referidos a los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por un articulado nuevo. Introdujo un nuevo título de tres capítulos, con el rubro de "Regímenes municipal y provincial", porque hubo de alterar radicalmente la materia regulada al efecto por la Constitución que se reformaba. En el título X, sobre hacienda pública, introdujo un capítulo nuevo, referido al presupuesto general del Estado. Estableció una nueva fórmula para la cláusula reformativa de la Constitución, que admite el referéndum popular, para una reforma constitucional urgente. Incorporó nuevos artículos aislados en el viejo cuerpo constitucional anterior y reformó otros.

La modificación de mayor calado fue la del órgano Legislativo, pues en reemplazo de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos y del Consejo Nacional de Legislación, la reforma creó una Asamblea Legislativa, de unos sesenta y tantos miembros, para que cumpliera la delicada tarea de emitir la legislación nacional. Se restablecieron funciones para ese organismo, que la Constitución de 1972 había mitigado o transferido al Ejecutivo. Se delinearón con mayor racionalidad las atribuciones de este último, y se creó entre ambos órganos un sistema de frenos y contrapesos, que tiende a equilibrar el ejercicio de la función pública, en la cima del Estado. Se señaló un periodo de cinco años para el ejercicio de los dos órganos aludidos.

En el órgano Judicial, se sustituyó el nombramiento total de los magistrados de la Corte Suprema, previsto por la Constitución de 1972 como un acto único en el tiempo, llevado a efecto cada diez años, por

el sistema de nombramientos escalonados de miembros de esa Corte, para que fueran designados dos magistrados cada dos años, por el presidente de la República, con aprobación de la Asamblea Legislativa.

Del artículo 20. de la Constitución torrijista, se eliminó la frase relativa a la fuerza pública, que pretendía erigir a ésta en una especie de superpoder estatal, dentro de la letra de la Constitución. Y se ubicó adecuadamente a la Guardia Nacional en el engranaje gubernativo, del modo siguiente:

La Defensa Nacional y la Seguridad Pública corresponden a una institución profesional denominada Guardia Nacional, que dependerá del Órgano Ejecutivo, y cuyas actuaciones se sujetarán a la Constitución Nacional y a la Ley. La Guardia Nacional en ningún caso intervendrá en política partidista, salvo la emisión del voto.

Es suficiente el recorrido sintético anterior, para demostrar la extensión y la profundidad jurídica formal de las reformas constitucionales de 1983.

##### 5. Una nueva Constitución

Lo que hizo la Comisión de Reformas Constitucionales, en el fondo y en la forma, fue una verdadera *labor constituyente*, una nueva Constitución, sin proclamarlo en su texto y sin decirlo por boca de los comisionados, sin las conmociones, sin las incertidumbres e inestabilidades que surgen cuando se elige formalmente una asamblea constituyente para que redacte una "nueva" Constitución, que jamás lo será en todo su contenido.

No existe, en puridad, salvo en el caso de la creación de un Estado socialista, una Constitución totalmente nueva. Lo que formalmente hace una nueva Constitución es reproducir una serie de normas de la anterior o anteriores constituciones, acompañándola de otra serie de nuevas disposiciones constitucionales. Limitándonos al caso de Panamá, diremos que la Constitución de 1941 tuvo mucho de la carta de 1904; la de 1946, recogió buena parte de la de 1941, y la Constitución torrijista de 1972 se integra, por lo menos, con la mitad de la carta política de 1946.

Una reforma constitucional no es, generalmente, una nueva Constitución, en el significado jurídico de esta última frase; pero, si la reforma es lo suficientemente extensa y profunda, aunque no afecte partes de la vieja Constitución, y aunque el texto constitucional no diga taxativamente que se trata de una nueva Constitución política, esa reforma ex-

tensa y profunda, como decimos, viene a erigirse en una Constitución nueva, tanto en el fondo como en la forma.

En 1983, se reformaron no pocos artículos de la Constitución de 1972; se eliminaron títulos enteros y se introdujeron numerosos artículos nuevos. La reforma constitucional elaboró unos ciento cincuenta artículos, entre nuevos y reformados; pero dejó intacta toda una serie de disposiciones de la carta de 1972. Era imperioso que, de aprobarse el Pliego de Reformas, se refundieran las "nuevas" disposiciones, con las "viejas", que no habían sufrido alteración alguna, pero que necesariamente iban a variar de número, en la inevitable refundición, en el inevitable texto refundido.

El mismo Pliego de Reformas Constitucionales se hizo cargo de este aspecto formal, en el inciso 14 de sus normas transitorias, que dice:

En vista de que las presentes reformas constitucionales modifican y eliminan artículos de la Constitución de 1972, e introducen en ella artículos nuevos, quedando artículos sin modificar, se faculta al Órgano Ejecutivo, para que, de ser aprobadas estas reformas constitucionales, elabore una ordenación sistemática de las disposiciones no reformadas y de las nuevas disposiciones en forma de *texto único*, que tenga una numeración corrida de artículos, comenzando con el número uno, con las debidas menciones en artículos puestas en orden, y que publique ese *texto único* en la Gaceta Oficial, en el término de veinte días, contados a partir de la fecha en que el Tribunal Electoral dé a conocer el resultado del referéndum. El mismo *texto único* se publicará en folleto de edición oficial, para los fines de amplia difusión.

En ese texto refundido las disposiciones intocadas de la Constitución de 1972 y las disposiciones contenidas en las reformas constitucionales, ya no figuran con su numeración primitiva, sino con nuevos números.

Por su contenido y por su forma, ese texto refundido vino a ser, en realidad, la nueva Constitución de 1983, aunque en la *Gaceta Oficial* se le dio el largo nombre de "Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983".

Algunos juristas panameños ya utilizan abiertamente el nombre de Constitución de 1983, pero hay sentencias de la Corte Suprema de Justicia que se refieren a la Constitución de 1972, modificada por las reformas constitucionales de 1983, circunloquio para el cual no milita ninguna razón jurídica, porque las disposiciones que se citan ya no tienen

el número, ni la letra muchas veces, y menos el espíritu de la Constitución superada de 1972.

#### 6. *Constitución y realidad militar*

Como desde 1978 se había introducido la reforma constitucional sobre la elección directa del presidente de la República para 1984; como las reformas de 1983 ratificaron esa fecha de elección, la nueva carta política de 1983 iba a experimentar su inicial prueba de fuego en las elecciones generales de mayo de 1984, en las que debían elegirse presidente y vicepresidentes de la República, legisladores de la Asamblea Legislativa, alcaldes de distrito y representantes de corregimientos. Nadie se hacía demasiadas ilusiones entorno a la pureza de tales comicios; pero muchos sectores estaban dispuestos a dar la batalla.

Desde 1978, el general Torrijos había fundado el Partido Revolucionario Democrático (PRD), como brazo electoral de su dictadura constitucionalizada en 1972, para que participara en la elección presidencial de 1984. Es inveterada la práctica de las martingalas, cubileteos y fraudes electorales en la historia política de América Latina y de Panamá. La muerte inesperada del general Torrijos, en julio de 1981, no canceló la dictadura militar, sino que produjo sólo un cambio de nombres en la cúpula militar y en la cúpula civil del régimen. El teniente coronel Florencio Flores, que le seguía en turno, pasó a la Comandancia de la Guardia Nacional; pero sus compañeros del Estado Mayor, conociéndolo como militar anodino, dedicado al fomento del deporte, lo declararon jubilado y pocos meses antes del primer aniversario de la muerte de Torrijos fue reemplazado por el general Rubén D. Paredes.

El 30 de julio, cuando el Partido Revolucionario Democrático (PRD) acababa de escenificar un acto de masas ante el mausoleo de Torrijos, Paredes comparecía ante la televisión, anunciaba la renuncia del presidente Royo, la posesión del vicepresidente Ricardo de la Espriella y una serie de medidas de rectificación política, a que ya nos hemos referido, entre las cuales estaba la reforma constitucional.

La crisis de la dictadura torrijista, agudizada tras la desaparición de su "jefe máximo", obligó al Estado Mayor de la Guardia Nacional a continuar la estrategia de concesiones políticas iniciada por Torrijos en 1978, y Paredes fue el escogido para liderizarlas y empuñar el bastón de mando con su candidatura presidencial en la elección de mayo de 1984. Cumplidas las reformas constitucionales, un año después de anunciadas éstas en julio y agosto de 1982, el general Paredes, a quien había llegado

la fecha de jubilación, se separaba de la jefatura de la Guardia Nacional el 12 de agosto de 1983 y anunciaba su candidatura, con el apoyo de varios partidos adictos al gobierno, que públicamente entraron en conversaciones con él.

A fines de 1983, el electorado comenzaba a polarizarse en dos bandos, pues el viejo líder carismático Arnulfo Arias, derrocado en 1968 por la Guardia Nacional, exiliado en Miami hasta 1978, había inscrito masivamente el Partido Panameñista Auténtico, y se perfilaba como un fuerte candidato opositor. Entre tanto, era público que el Estado Mayor de la Guardia Nacional buscaba un candidato que aglutinara las fuerzas gubernamentales, y lo encontró en la persona de Nicolás Ardito Barletta, ex ministro de Planificación de Torrijos y uno de los vicepresidentes latinoamericanos del Banco Mundial, en ese entonces. Declaraciones públicas del comandante Noriega hacían pensar que la Guardia veía en Barletta un presidente que ayudaría a sortear la gran crisis económica, fiscal e institucional que predominaba en la República, descontados sus vínculos directos con el mundo oficial y financiero de Washington.

Barletta fue postulado por el Partido Revolucionario Democrático, grupo fuertemente enlazado con la Guardia Nacional y con todo el gobierno, y por otros partidos de menor fuerza que nacieron, más o menos, entre 1980 y 1982, al impulso de apoyos oficialistas.

Toda la maquinaria oficial, incluso el apoyo económico de ésta, y toda la influencia de la Guardia Nacional, se inclinaron a favor de Barletta, mientras que Arnulfo Arias y los partidos de oposición procuraban que sus partidarios pudieran llegar a las urnas. Las elecciones se llevaron a efecto en mayo de 1984, bajo un control muy firme de la Guardia Nacional. Al día siguiente de la elección, un fuerte contingente de manifestantes que favorecían a Arnulfo Arias fue disuelto mediante el uso de la fuerza armada, por un cuerpo paramilitar, en el mismo sitio en que la Junta Nacional de Escrutinios comenzaba sus funciones. Hubo un muerto y numerosos heridos. Los incidentes dilatorios habidos en esa Junta, obligaron a trasladar el escrutinio presidencial a manos del Tribunal Electoral, que después de largos días proclamó, por mayoría simple de sus tres miembros, el triunfo de Barletta, por escasos mil setecientos votos, de un total de unos ochocientos mil sufragantes.

A más de todas las presiones y maniobras de los elementos oficialistas, hubo fraudes consistentes en alteraciones notorias de actas en secciones enteras del país. Ni la elección, ni el escrutinio fueron imparciales, y los fraudes ocurridos permitieron el desenlace electoral indicado.

La necesidad del pago de la deuda externa, que pasaba de los cuatro

mil millones de dólares; las medidas de austeridad propuestas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, a fin de sanear el fisco panameño, y otras situaciones críticas locales culminaron en un desacuerdo constante entre el presidente Barletta y el Estado Mayor de la Guardia Nacional, que terminó aproximadamente un mes antes de que el presidente cumpliera su primer año de gobierno. Entró a sucederle el primer vicepresidente, señor Eric A. Delvalle, quien desde un principio debió hacerle frente a numerosos problemas gubernamentales.

Cualquiera sea la suerte del presidente Delvalle, lo cierto es que a medida que se acercan los meses preeleccionarios, para la sucesión presidencial de mayo de 1989, se evidencia que la Guardia Nacional seguirá vigilando atentamente los cuadros gubernamentales y preparándose para las elecciones generales venideras.

Este recuento un tanto anecdótico de los sucesos político-gubernamentales panameños, desde comienzos de 1984 hasta el presente, pasando por la elección y renuncia del presidente Nicolás Ardito Barletta, demuestra que la Guardia Nacional, directa o indirectamente, ejerce el control del gobierno, y que las normas políticas de la Constitución de 1983 sólo se cumplen en apariencia, en lo externo, porque el régimen ha continuado con la dualidad entre el poder real y el poder formal, que funcionan, este último, en la superficie, con participación de los elementos civiles, y el primero, como verdad esencial, por mandato de los militares.

No pudo cumplirse el plan del general Paredes, quien desde su puesto de comandante de la Guardia Nacional anunciaba el 5 de agosto de 1982, refiriéndose a la democratización, que "la esencia de ella consiste en que *el poder real que aún está en la Comandancia de la Guardia Nacional, va rumbo cada vez más cerca hacia el Palacio de las Garzas*" (es decir, la presidencia de la República).

A pesar de que Rubén D. Paredes pudo actuar bajo el estímulo de intereses subjetivos, el resultado general fue el de que a él se debió, principalmente, la reforma constitucional que se ha convertido en la Constitución de 1983, y ese mérito histórico, cualesquiera hayan sido y sean las vicisitudes del ayer inmediato, del presente y del futuro próximo, no se le puede regatear.

Utilizando la aguda y perspicaz clasificación ontológica de las constituciones, debida a Karl Loewenstein,<sup>26</sup> podemos afirmar que la Constitución de 1972, hecha a la medida del poder autocrático de Omar To-

<sup>26</sup> *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, pp. 216 y ss.

rrijos, fue una Constitución *semántica*, al haber formalizado la realidad de la situación existente en cuanto al ejercicio del poder político, que detentaba Torrijos desde 1969, con apoyo del aparato coactivo del Estado. La supeditación de los órganos del Estado a la fuerza pública y la condición de líder máximo que esa Constitución confería a Torrijos, mediante un conjunto de funciones específicas e importantes, dan la tónica *semántica* de la carta política, que fue acomodada expresa e implícitamente al ejercicio tiránico de un poder personal.

Siguiendo a Loewenstein, la Constitución de 1983, con sus instituciones formalmente democráticas, es una Constitución *nominal*, porque las condiciones imperantes de ejercicio del poder político se oponen a que las normas constitucionales se cumplan en la vida política práctica. Es una Constitución *nominal*, porque el poder real sigue en la Comandancia de la Guardia Nacional (hoy denominada Fuerzas de Defensa) y el poder formal habita en el Palacio de las Garzas, en la Presidencia de la República. De una Constitución autocrática, dictatorial y *semántica*, en 1972, pasamos a una Constitución democrática pero *nominal*, en 1983.

Consignemos la reflexión final de que los gobiernos oligárquicos, que hegemonizaron al país entre 1903 y 1968 con el control económico y el fraude electoral, por un lado, y los gobiernos militares que ejerce el poder público sobre el instrumento de las armas desde hace unos veinte años, por la otra parte, son expresiones políticas que se dan en una sociedad de escasa cohesión interna, una sociedad amorfa, que no ha podido generar las fuerzas sociales de rectificación, que le permitan superar los problemas nacionales, dándoles horizontes de solución justa y racional.



## EL PROCESO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO EN LOS ÚLTIMOS SETENTA AÑOS

Luis Carlos SÁCHICA

**SUMARIO:** I. *Los estilos de gobierno.* II. *Representación política y sistema electoral.* III. *Las mayores innovaciones institucionales.* IV. *Las zonas de mayor estabilidad normativa.* V. *Dos más grandes desajustes del sistema.* VI. *Los desajustes institucionales.* VII. *La ideología del sistema.* VIII. *Las garantías de los derechos y las libertades.* IX. *Las últimas tendencias del constitucionalismo colombiano.* 1. *El empalme con lo internacional.* 2. *Democracia mixta: representativa y participativa.* 3. *Recuperación de las entes regionales y locales.* 4. *Presencia del derecho humanitario.* 5. *Debilitamiento del intervencionismo.*

Aunque titubeante y contradictorio, el proceso del constitucionalismo en los últimos setenta años puede interpretarse como la voluntad cierta de seguir avanzando, con una relativa continuidad, hacia un desarrollo político de estilo liberal y democrático. Las limitaciones inherentes al subdesarrollo económico y social, las incontrolables tensiones derivadas de un crecimiento demográfico impresionante y de la incontenible concentración urbana, las irresistibles presiones determinadas por el bipolarismo de la política internacional, han dificultado la definición de un modelo viable de desarrollo, lo que afecta el proceso político en su estabilidad y dirección.

En tal proceso, el Estado es el protagonista, como armazón de la unidad nacional y promotor de la actividad económica.

Se intenta aquí describir con algún detalle este accidentado camino y, en especial, la manera como se ha reflejado en el ordenamiento constitucional el movimiento de aquella política.

### I. LOS ESTILOS DE GOBIERNO

Se refiere este epígrafe a la titularidad y forma de dirección del Estado dentro del marco constitucional.

a) Entre 1917 y 1953 los partidos políticos tienden a gobernar con la hegemonía de sus afiliados, en forma excluyente, aplicando el *spoils* sis-

tem, imposible de atenuar por la inexistencia de una carrera administrativa técnica y efectiva. Es un estilo heredado del siglo XIX, época de guerras civiles interpartidarias y tajante bipartidismo. Así gobiernan el partido conservador, entre 1910 y 1930, y el liberal, entre esta fecha y 1946, hechas estas salvedades: para el segundo, el precario ensayo de "la concentración nacional" en el gobierno de Olaya Herrera y la colaboración conservadora prestada por tres ministros en el año del primer gobierno de Alberto Lleras en 1945, y para el primero, los dos fracasados intentos de "unión nacional" bajo el gobierno de Ospina Pérez.

Al estilo hegemónico de gobierno correspondió el de una oposición beligerante, obstruccionista, con prácticas de filibusterismo, que llegó en 1936 a la abstención electoral total, de modo que el Congreso de entonces fue homogéneamente liberal, y que en 1949 llevó al cierre de las cámaras de mayoría liberal que preparaban un juicio político al presidente Ospina Pérez que equivalía a un golpe de Estado.

En este esquema, el Congreso era dócil instrumento de su partido si estaba en el gobierno o, en el caso contrario, máquina de guerra contra el Ejecutivo. Incidentes parlamentarios gravísimos aumentaron el desprestigio de aquel organismo.

Entre 1947 y 1953 se agudizó el enfrentamiento partidista. Hubo subversión y represión drástica. Se desató la violencia política con una mortandad incalculable. La pugna culminó en el golpe militar que acaudilló Rojas Pinilla.

b) La dictadura militar que gobernó entre 1953 y 1957 fue de corte populista. Procuró, sin lograrlo, crear un movimiento bipartidista, "la tercera fuerza", "el binomio pueblo-fuerzas armadas", sin éxito duradero. Se apoyó en una Asamblea Constituyente *ad hoc*, sin respaldo popular auténtico. La alianza entre liberales y conservadores, pactada en España, derrocó la dictadura, sustituida por una Junta Militar que abrió la vía para retornar a la legitimidad, mediante el plebiscito de 1957.

c) Instaure este estatuto un cogobierno de los partidos liberal y conservador, con rotación de la titularidad de la presidencia de la República, durante cuatro períodos cuatrienales, y el reparto igualitario de las curules del Congreso, la burocracia administrativa y la rama jurisdiccional.

Es una curiosa tregua durante la cual se supera la fórmula tradicional, pues no hay gobierno de partido ni partido de oposición, con miras a rescatar la paz. El Movimiento Revolucionario Liberal y los partidos antisistema, excluidos, consideran que la democracia ha sido burlada por el partidismo burocratizado.

d) En 1968 se inicia el llamado "desmonte" gradual de este sistema, para restablecer en 1986 el clásico sistema gobierno-oposición, con algo nuevo: la ruptura del bipartidismo característico de la democracia colombiana con la presencia de una fuerza alternativa, la Unión Patriótica, de extrema izquierda y orientación marxista, la que logra una representación parlamentaria de alguna significación.

Al fondo de estos cambios de estrategia salta la cuestión fundamental: ¿están agotados los partidos tradicionales y van a ser desbaratados por los que ofrecen respuestas radicales y frescas a los problemas de la hora?

## II. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y SISTEMA ELECTORAL

Indicativa de la apertura democrática lograda, frente a la carta original de 1886, es la evolución progresista que se observa en el ámbito de la representación política, reflejada en las reformas del sistema electoral.

Anotamos los cambios más notorios:

a) En la reforma de 1936 se universaliza el sufragio, al suprimir como requisito para ser elector el de saber leer y escribir, ampliando así en gran medida la base popular de la representación;

b) En 1945 fue suprimida la última forma de elección indirecta que sobrevivía: la del Senado, hecha entonces por las asambleas departamentales;

c) El plebiscito de 1957 otorgó el voto a las mujeres, y

d) En 1975 se fijó la mayoría de edad y, con ello, la adquisición de la ciudadanía, en 18 años, atendiendo a la mayoría juvenil de nuestra población.

Pero la tendencia a ensanchar los fundamentos del consenso político ha ido más lejos y con mayor profundidad, pues:

1) A los antiguos "territorios nacionales", antes adscritos a las circunscripciones electorales vecinas, se les ha dado capacidad para elegir sus propios representantes, igualándolos casi con los departamentos.

2) Desde 1988 habrá elección popular directa de alcaldes municipales, lo que seguramente aireará la política, al permitir la presencia de minorías locales, hasta ahora sin voz, y romperá el centralismo político sostenido con el pretexto de la unidad nacional.

3) Además, el Congreso estudia proyectos que establecerán "la circunscripción nacional", para dar oportunidad a que las minorías políticas, los partidos nacientes, los movimientos disidentes, tengan represen-

tación en las cámaras, así como la captación del voto de los colombianos residentes en el exterior, tan numerosos y desarraigados.

4) El Acto Legislativo No. 1 de 1986 creó la consulta popular facultativa para permitir la expresión de opiniones públicas en asuntos de la administración local, modalidad de participación política que enriquece la democracia representativa con un matiz de poder popular, y

5) En reciente reforma legislativa se ordenó dar representación a los usuarios en las directivas de las empresas de servicios públicos estatales, articulando así el sector público con el privado para aplicar el diálogo y la concertación, mecanismos democráticos, en una zona de vital interés comunitario.

Es evidente, también, el avance conseguido en la purificación de los procesos electorales, al purgarlos de fraude y violencia, aunque todavía no se ha llegado a una tecnificación completa en aspectos operativos. Asimismo, es innegable la independencia, imparcialidad y relativa eficiencia de los organismos electorales.

En síntesis: en el lapso a que nos estamos refiriendo, el constitucionalismo colombiano orientó positivamente su desenvolvimiento hacia la universalización del sufragio, la introducción de formas de participación popular y el ensanche del sistema electoral.

Como contrapartida, hay que apuntar que el costo de las campañas electorales restringe las oportunidades de ser elegidos a quienes cuentan con apoyo financiero y colaboración de los medios de comunicación masiva, lo cual afecta la composición de los organismos electivos y puede limitar la independencia de los electos y dejar sin representación vastos sectores de opinión.

Igualmente preocupa el enquistamiento de la clase política, ya que es patente el continuismo en los cargos de representación, hasta el punto de calificar el sistema político de "democracia hereditaria", con razón.

Pero quizás nada resulta tan inquietante como el agotamiento y desgaste de los partidos políticos tradicionales —el liberal y el conservador— ante su incapacidad para ofrecer soluciones pragmáticas a los problemas mayores del país: temorismo, guerrilla, narcotráfico, deuda externa, desocupación masiva, insuficiencia de servicios públicos, problema agrario, vivienda urbana.

Esos son los peligros que amenazan la credibilidad en las fórmulas democráticas. Minada la confianza en las instituciones, el consenso que les da legitimidad queda falseado y el sistema en el aire.

Sin embargo, la representación proporcional de los partidos políticos en las elecciones plurinominales está asegurada por la aplicación del

cuociente electoral dentro de cada una de las circunscripciones en que está dividido el país para este efecto, en coincidencia territorial con la vieja división administrativa.

Esta fórmula ha permitido la presencia de los dos sectores dominantes en los cuerpos colegiados —Congreso, asambleas departamentales y consejos intendenciales, comisariales y municipales—, tanto para el ejercicio de la oposición como para el logro de acuerdos sobre políticas generales o cuestiones concretas. Abre también la oportunidad a disidencias y a los partidos nuevos, dentro de la sana competencia de la democracia.

Ha sido constante el escrutinio de lista. Los proyectos sobre circunscripciones uninominales no han tenido éxito, a pesar de que en la práctica la presentación de listas independientes por un mismo partido equivale a ese procedimiento. Tampoco se reciben con simpatía las propuestas sobre la elección a doble vuelta o dos vueltas para la elección presidencial, buscando que sea hecha por una mayoría verdadera, pues no corresponde a un régimen bipartidario como el nuestro.

Un sistema electoral abierto, sin exclusiones, garantiza bien la libertad de opinión. Allí debe tener su escape el inconformismo, **no en la violencia.**

### III. LAS MAYORES INNOVACIONES INSTITUCIONALES

En el periodo que se revisa fueron adoptadas tres reformas fundamentales de la Constitución de 1886: las de 1936, 1945 y 1968. La primera significó el injerto de los derechos sociales, para salir del individualismo clásico; la segunda fue de orden técnico-administrativo, en lo esencial, y la última tendió también a una modernización del Estado.

Estas tres “actualizaciones” quedan concretadas, si se ven en perspectiva, en las siguientes innovaciones:

1º El aporte de los conceptos de “función social” y “deberes sociales” del Estado y de los particulares, como rectores del ejercicio del poder político y de los derechos individuales, ajustándolos al interés comunitario, ratificando el principio de que lo particular debe ceder ante lo público; cuestión cardinal, giro doctrinario que reorientó el proceso constitucional y fue la respuesta oportuna a los cambios que se estaban sucediendo en el país, en razón del primer esfuerzo de industrialización, la consiguiente formación de una nueva clase, la obrera, y el desplazamiento del eje de nuestra sociedad del campo a la ciudad. El trabajo y los trabajadores fueron reconocidos e incorporados en el sistema, como soportes del régimen.

2º En correspondencia con el vuelco indicado antes, el otorgamiento al Estado de la competencia-deber para intervenir en el proceso económico para racionalizarlo y para procurar la justicia social, dejando atrás la simple vigilancia administrativa de carácter formalista y legal, de modo que se inicia un sistema de economía mixta, pues se organiza un sector estatizado de la misma.

3º Hay que llamar en especial la atención sobre la intervención en el campo monetario y en la captación y manejo del ahorro privado que se confían directamente al gobierno y no a la ley, como en los demás aspectos de la intervención.

4º Como necesaria consecuencia, se adopta la planificación del desarrollo económico y social de tipo indicativo o inductivo, que es la estrategia continuada de promoción de las actividades económicas prioritarias y la disciplina en las inversiones estatales.

5º Ha habido una diversificación en la organización estatal que obedece a la complejidad y amplitud de las funciones que asumió, no limitadas ya a la defensa nacional, la policía y la administración de justicia. Al lado de las cámaras, los tribunales y los ministerios clásicos, el Estado interventor ha creado organismos de orden técnico y empresas industriales y comerciales, a la vez que múltiples entidades de investigación e información, asesoría, coordinación y vigilancia. Por resaltar algunas, mencionemos la Contraloría General de la República, creada en 1923 como ente de vigilancia de la gestión fiscal del gobierno; el Departamento de Planeación Nacional; el Consejo Nacional de Política Económica; la Junta Monetaria, y la Superintendencia de Control de Cambios, diversificación orgánica que también se ha cumplido en los niveles seccional y local.

6º Tal vez, dentro de esta tendencia modernizante, la reforma más sustancial es la de 1968, pues reordenó el Estado mediante una técnica redistribución de competencias entre Ejecutivo y Legislativo, acorde con nuevos métodos de trabajo para la empresa que es, a la postre, todo Estado.

Esa reforma dispuso mayores atribuciones al Ejecutivo, desafortunadamente sin la balanza de mayor poder de control para el Congreso.

Tal reforzamiento se realizó en dos planos principales: en el de la iniciativa legislativa frente al Congreso y en el de las atribuciones directas que, como nuevas, se le otorgaron al gobierno. Tales iniciativas y facultades aparecen intensificadas en lo referente al orden económico y social y las cuestiones tributarias, financieras y presupuestales.

Por otra parte, la modalidad de las leyes-cuadros ha agilizado la actuación ejecutiva de los mismos sectores gubernamentales.

Los hechos y la nueva técnica administrativa han convertido al Ejecutivo en el centro real de impulso y decisión dentro del Estado, y han confirmado al presidente en su liderazgo político y moral del país.

7º Entre la normativa más reciente destaca la referencia a la autorización para que se promueva y participe en un proyecto de integración económica supranacional, rompiendo con el viejo esquema aislacionista, a fin de buscar un mercado común que permita el despegue hacia el desarrollo. En el plano jurídico esta innovación implica la admisión de un derecho de las comunidades económicas que penetra el orden jurídico nacional con pretensiones de supremacía, autonomía y vigencia directa.

8º De gran repercusión ha sido la reforma del concordato que rige las relaciones del Estado con la Iglesia católica. Originario de 1887, fue modificado en 1974 con el objetivo de moderar la alianza entre los dos poderes, cuestionada por muchos que la criticaban por teocrática y confesional. Esas relaciones fueron debilitadas y tienden a su eliminación, para que dicha confesión reciba un trato igual al de las demás, preservando la libertad religiosa.

La neutralidad e independencia de la justicia fue un acierto de la reforma de 1968. Se obtuvo al establecer la paridad política de los partidos dominantes en las altas jerarquías judiciales —Corte Suprema y Consejo de Estado—, introduciendo el sistema de designación en las mismas por los propios tribunales, y al cludir la injerencia de las otras dos ramas del poder en el nombramiento de los demás jueces. Se trata, en verdad, de un auténtico poder, el tercero, por su autonomía y por la fuerza de sus competencias, como se aprecia en las decisiones tocantes con el control de constitucionalidad, frente al Congreso y al gobierno.

10º Aunque las aplicaciones dadas al denominado "estado de emergencia económica y social" han recibido duras críticas, este mecanismo permite encarar situaciones difíciles, distintas a las directamente vinculadas con el orden público político, sin restricción de libertades y derechos y con capacidad legislativa oportuna y amplia para sortear los desequilibrios coyunturales del proceso económico. Un prudente control del Congreso puede evitar desbordes de competencia que, de otra parte, son susceptibles del correctivo de la jurisdicción constitucional.

11º Una más precisa concepción del dominio territorial del Estado al enunciar entre sus elementos integrantes el mar territorial, el espacio aéreo y la plataforma submarina, para una mejor definición de la juris-

dicción exclusiva de aquél y una oportunidad de explotación de nuevos recursos naturales.

12º La idea del desarrollo económico y social como un propósito prioritario, no sólo desde el punto de vista del mejoramiento del nivel de vida, sino también como un imperativo de justicia social, puesto que hay aceptación expresa de que existen clases proletarias, cuyas condiciones vitales deben ser mejoradas para que haya armonía social.

13º La adopción de técnicas normativas o reguladoras, como la de las leyes-cuadros, han permitido mantener el principio de que la decisión política en cada campo legislativo corresponde al Congreso; pero dejando al Ejecutivo la competencia que le faculta para flexibilizar la regla legal, adecuarla oportunamente a las circunstancias y ceñirla mejor a las necesidades técnicas que en el orden económico deben imperar.

14º El intento de un reordenamiento del territorio para una más racional programación del desarrollo, mediante la creación de corporaciones regionales autónomas que eluden los inconvenientes de la vieja división administrativa, cuyos resultados aún no se pueden evaluar.

15º La admisión de nuevas figuras de administración local como las áreas metropolitanas, para las grandes urbes, y las asociaciones de municipios, para las pequeñas, a fin de suscitar modelos de cooperación intermunicipal en la creación y prestación de los servicios públicos de su competencia.

16º De la práctica del gobierno bipartidario o frentacionista quedó la posibilidad, conforme lo autoriza el parágrafo del ordinal 1º del artículo 120 de la Constitución, de conformar gobiernos de coalición. Según tal precepto, el presidente está obligado a ofrecer colaboración ministerial "adecuada y equitativa" al partido que siguió en votos al ganador en las elecciones presidenciales, el cual puede no aceptar la propuesta, caso en el cual el presidente queda en libertad para constituir su equipo asesor. Trátese de una colaboración por acuerdo programático o una participación personal, es una opción válida para evitar innecesarios enfrentamientos entre partidos afines en las cuestiones fundamentales o para sortear etapas de crisis en la que se requiere solidaridad nacional.

De esta relación queda claro un fortalecimiento de los poderes del Estado, un reforzamiento de las facultades presidenciales y la importancia, pues están en el primer plano, de los asuntos de carácter económico y social; en síntesis, una revisión de la orientación liberal individualista, con inclinación a lo comunitario.

## IV. LAS ZONAS DE MAYOR ESTABILIDAD NORMATIVA

Si en las regulaciones electorales, económicas y administrativas hemos observado grandes enmiendas, hay por el contrario algunos campos de firme estabilidad. Enumerémoslos:

1. Los más firmes principios han sido los de la forma unitaria del Estado, la forma republicana de gobierno, la soberanía nacional y el Estado de derecho. Se mantienen intocados, al igual que el enunciado axiológico del preámbulo que postula la justicia, la paz y la libertad, como los valores que pretende realizar y asegurar el sistema constitucional.

2. Las disposiciones referentes a la institución militar, "la fuerza pública" como la llama la Constitución. No han sido retocados sus objetivos; su estatuto particular, su marginamiento de la política y la restricción de los derechos de petición, reunión y sufragio subsisten. Ejército profesionalizado y neutral, hoy comprometido en ardua lucha con la subversión, es respetuoso de la Constitución y tiene, a su vez, el respaldo de los civiles. Su esporádica actuación extraconstitucional en 1953 fue corregida por una Junta Militar que propició el rápido retorno a la normalidad en 1958.

3. El control judicial de constitucionalidad que ejercen la Corte Suprema y el Consejo de Estado se mantiene, fortalece y especializa, como acción popular con efectos generales y definitivos, sirviendo de correctivo de las extralimitaciones legislativas o administrativas. En la Corte se creó en 1968 la sala constitucional. Hay una palpable tendencia a entender ese control como una jurisdicción a la que no escapa ningún acto o norma que vulnere directamente el estatuto fundamental, reduciendo el concepto de "actos políticos" a los de las relaciones exteriores y los inteorgánicos entre Legislativo y Ejecutivo.

4. Las instituciones de guarda del orden público se conservan en su concepción original. Tanto el estado de sitio como la "retención" preventiva de los desórdenes, responden a una orientación autoritaria que enfoca las perturbaciones, guerra exterior y conmoción interna, como rupturas excepcionales del sistema político que, por esa razón, deben tratarse como situaciones excepcionales y con poderes extraordinarios que niegan o limitan los derechos y las libertades. Son nuevos en este campo: la limitación temporal para retener sospechosos y la revisión obligada que de oficio debe practicar la Corte Suprema para definir la constitucionalidad de las medidas que dicte el gobierno para reprimir la perturbación. Asimismo, están intactas las normas sobre amnistía,

indulto y prohibición de la pena de muerte, la confiscación y la prisión por deudas civiles.

5. El título III de la Constitución que formula las libertades, los derechos y sus garantías es, en su esencia, igual al de 1886, con la adición procedente, como se dijo, del Acto Legislativo No. 1 de 1936, sobre los aspectos sociales de algunos de aquéllos. De entonces proviene la declaración de que la propiedad es función social que implica obligaciones; la de que el trabajo es una obligación social y que el Estado deberá protegerlo; el patrimonio familiar; la noción de la asistencia social o cargo del Estado, la garantía del derecho de huelga; los fines sociales a que debe tender la educación y la declaración de que el Estado y los particulares tienen deberes sociales, lo que resume la dirección de vanguardia que tuvo aquella reforma.

6. La estructura y competencias del Congreso han tenido poco cambio. En 1945, se transformó su sistema de trabajo, para tecnificarlo y agilizarlo en las comisiones especializadas y permanentes. Es cierto también que ha perdido iniciativa legislativa en materias técnicas de planeación, intervención económica y cuestiones fiscales.

7. En la rama ejecutiva existen nuevas entidades —departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta—, nuevas competencias y mayor iniciativa en la dirección estatal. Se estableció la carrera administrativa como correctivo de los exclusivismos partidistas. Pero el esqueleto de corte presidencialista es el mismo que diseñaron Núñez y Caro, haciendo de la presidencia el centro del sistema.

8. Conservan también su estructura y funciones la rama jurisdiccional y el Ministerio Público; con el agregado de la carrera judicial y la paridad entre los partidos, preceptos que en el fondo son incompatibles.

9. En los órdenes departamental y municipal, a pesar de numerosas reformas, generalmente de organización, la situación es estable en el sentido de que todavía no se ha conseguido la anhelada descentralización que equilibre la tendencia centrípeta de la unidad política que debilitó a los antiguos estados federales y la autonomía tradicional de los municipios. La redistribución de recursos y la consiguiente de los servicios entre la nación, los departamentos y los municipios, ordenadas en la reforma constitucional de 1968, ha sido desatendida. No se han organizado asociaciones de municipios y las juntas administradoras locales o de las comunas tampoco están operando. Es escasa la acción de las corporaciones regionales autónomas y la planeación regional y local no se ha desarrollado.

10. Los rígidos preceptos, excesivamente reglamentarios, de la ley anual de presupuesto gozan de gran firmeza. Hecha la salvedad de la pérdida de iniciativa en el gasto público por parte del Congreso, aunque la retiene en cuanto a su propio presupuesto, la dogmática tradicional en esta área ha sido respetada. La universalidad, el equilibrio y la fuerza restrictiva del presupuesto son principios incólumes entre el vivo movimiento reformista que nos caracteriza.

Con esta enumeración queremos que se vea cómo persiste mucho de la Constitución original, cómo la mayoría de las reformas se han quedado escritas y cómo muchas realidades y cambios del país y su gente no han sido captados en aquel estatuto.

Esta notable continuidad del sistema constitucional ha sido posible, quizás, por el consenso coincidente de los partidos tradicionales en las cuestiones de fondo y por la flexibilidad del procedimiento para su reforma, que ha sido mantenido sin modificaciones. Sólo en la crisis de 1957 se acudió al excepcional acto plebiscitorio que restableció la Constitución y reiteró el procedimiento de que hablamos, regulado por el artículo 218.

La flexibilidad que permite reformas frecuentes y oportunas reside en que es el mismo cuerpo legislativo ordinario el que puede aprobar reformas constitucionales —actos legislativos los denomina aquel precepto—, sin una mayoría especial (salvo lo referente al régimen electoral y los gobiernos de colaboración interpartidaria), dándoles un trámite idéntico al de la ley, pero repitiéndolo en dos legislaturas ordinarias (periodo anual de sesiones).

No requiriéndose elección de una corporación constituyente especial ni de una previa decisión, y siendo tan sencilla la tramitación, se está en capacidad permanente de ir adelantando las reformas que piden las circunstancias, con el acuerdo de las fuerzas políticas representadas en el Congreso, lo que les aporta respaldo nacional y conocimiento público, sin que exista sorpresa en los cambios propuestos.

Por el contrario, el sistema se resiente de reformismo, así sea a veces meramente formal o de coyuntura, lo que es preferible a una rigidez o petrificación institucional, en un país tan dinámico, tan agitado y conflictivo.

## V. LOS MÁS GRANDES DESAJUSTES DEL SISTEMA

El sistema constitucional colombiano, como todo ordenamiento jurídico, soporta el duro choque de la realidad que se sustrae o burla y

rechaza la norma, realizando el desfase entre el ser y el deber ser.

Pues bien, aquel ordenamiento, no obstante su trayectoria centenaria, no tiene vigencia para muchos; hay grupos radicales que luchan para sustituirlo por medios revolucionarios, y no logran incorporar en su ámbito ciertas actividades comunitarias.

Se quiere reconocer, al observar estos hechos, la relatividad de las constituciones en donde no están dados aún los presupuestos fácticos de la democracia y aceptar que la acción integradora del Estado, que es su función específica, es inacabable y a veces fracasa o logra resultados insuficientes y precarios.

En nuestro caso, la persistencia de las guerrillas antisistema, a pesar de las amnistías decretadas, de los pactos de tregua, y del nacimiento de un partido originado en una de aquéllas, indica la necesidad de una reflexión sincera y profunda sobre los cambios requeridos para integrar a los sectores alzados en armas, ante la dudosa eficacia de los medios empleados hasta ahora. Hay que relegitimar la Constitución renovando y ampliando el consenso para que sea en verdad nacional, en tanto nadie dude de su bondad y justicia.

Para los colombianos afectados por lo que se ha dado en llamar "la pobreza absoluta", la Constitución no ofrece soluciones reales. Su problema, es claro, no es jurídico. La Constitución no discrimina. Postula la igualdad, proclama la justicia. Por falta, unas veces, de voluntad política de los poderosos o por la escasez de los recursos estatales, otras, se frustran las exigencias de los menesterosos.

La apoliticidad de vastos sectores sociales, la despolitización de otros, denuncian la inconformidad silenciosa de quienes carecen del mínimo vital y debilitan el consenso político.

La economía conocida como "informal", tan rica y activa, soslaya el orden jurídico, sustrayendo recursos necesarios para los programas gubernamentales.

Es preciso, pues, lograr no tan sólo la vigencia formal de la Constitución sino su aplicación plena a todos los colombianos.

## VI. LOS DESAJUSTES INSTITUCIONALES

En el ámbito puramente jurídico aparecen desviaciones que deforman el sistema. Para poner algunos ejemplos, tomemos estos aspectos:

1. La hipertrofia del Estado y, dentro de él, del Ejecutivo.

Un presidencialismo exagerado afecta el reparto, separación y balance de poderes, opacando al Congreso, convirtiéndolo en simple apéndice del

gobierno. El cúmulo de facultades del jefe del Estado y del gobierno, que es la doble calidad del presidente, es agobiante.

Las atribuciones ordinarias y las de excepción y los mecanismos de relación con el Congreso, le otorgan una preponderancia que no es conveniente sin una compensación en los controles y la responsabilidad.

La supresión de la vicepresidencia y la condición subalterna del equipo ministerial agravan la personalización del poder presidencial.

Se impone el restablecimiento de un equilibrio de poderes;

2. En relación con el punto que antecede, parece que la más grave desviación institucional es la del traspaso frecuente y amplio de competencia legislativa del Congreso al presidente, mediante leyes que le otorgan "facultades extraordinarias", resignando así el legislador su función natural, su verdadero poder y la esencia de la idea democrática y liberal, en lo tocante con la división de poderes y la ley como "expresión de la voluntad general".

Esta institución, restringida por la Constitución a "cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje", al generalizarse, ha hecho perder, además, las ventajas de la deliberación pública para la adopción de la ley, y las derivadas de la confrontación y armonización de intereses representados en el Congreso, que creaban el clima propicio al ejercicio de la democracia como pluralismo de opciones, respecto a las minorías y campo abierto para la oposición.

3. En el mismo orden de ideas, se echa de menos un efectivo control político sobre la gestión gubernamental. Si bien los controles jurisdiccionales, el fiscal y el Ministerio Público operan con satisfactoria eficacia, los controles políticos carecen de instrumentos y de fuerza correctiva seria. Las citaciones de los ministros al Congreso y las comisiones investigadoras ocasionales no bastan. Si se desea restablecer el esquema gobierno-oposición, es indispensable acoger fórmulas que permitan mejorar ese juego político, moderador del autoritarismo.

4. Es lamentable el incumplimiento de normas constitucionales de tanta importancia como la que obliga a que la acción estatal se desenvuelva de acuerdo con la ley de planes de desarrollo económico y social. Por esa omisión, reinan la improvisación y el despilfarro. La falta de estudios de factibilidad y costos y de programación racional conduce a los cambios intempestivos e injustificados en la acción de cada gobierno y a la determinación caprichosa del presupuesto, librado a las preferencias de cada gobernante o a las promesas electorales.

5. Pero la falla mayor, porque engendra injusticia, es la de que no se ha hecho acto, realidad en el presente, la orientación comunitaria que

subyace en la normativa constitucional. Prevalece el concepto individualista. Las tímidas propuestas de reformas que restablecerán el equilibrio y servirán de plataforma para restaurar el orden y la seguridad perdidos, no alcanzan a redistribuir con equidad el poder representado por los derechos que concede la ley. Las reformas tributarias, las agrarias, las urbanas, no han ido al fondo de las cosas, frustrando la confianza de sus presuntos beneficiarios.

Una política constitucional audaz y vigorosa desbloquearía el sistema, anclado en prejuicios legalistas, intereses creados, lealtades, mentirosas, al derecho, a los partidos, a las tradiciones, cuando se trata de un país en marcha y en proceso de cambios reales, con y sin la Constitución.

## VII. LA IDEOLOGÍA DEL SISTEMA

El sistema que se describe se sustenta en principios y dogmas clásicos:

1. El Estado es una organización unitaria, centralizada e integradora (artículo 1o.), que jerarquiza políticamente todos los entes comprendidos en su jurisdicción, centralización política matizada levemente por una débil descentralización administrativa espacial (artículos 5o., 183 y 192);
2. El gobierno es republicano (artículo 1o.), esto es, de origen popular, electivo, rotatorio, limitado y responsable (artículos 20, 21, 131 y 162);
3. La soberanía reside en la nación (artículo 2o.), en el sentido de dar origen democrático al poder, mas no en la versión individualista, rusioniana, sino en la de radicarlo en la unidad histórica y sociológica de la comunidad colombiana, en su integridad (artículos 105 y 179);
4. Los elegidos (artículo 105) representan a la nación entera, y sus decisiones sólo atienden al bien común;
5. Los electores (artículo 179) no confieren mandato imperativo al funcionario electo ni le imponen obligación alguna a sus representantes;
6. Los funcionarios del Estado sólo actúan con efecto válido cuando obran según la ley (artículos 2o. y 20) y responden de su extralimitación y omisiones, o sea de las infracciones a la ley y a la Constitución;
7. Las autoridades (artículo 16o.) están establecidas únicamente para defender a las personas en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes y funciones sociales del Estado y de los particulares;
8. El interés privado (artículo 30) deberá ceder ante el interés público y social;
9. La ley penal no puede tener efecto retroactivo (artículo 26), salvo si es permisiva o favorable;

10. El poder político está desconcentrado y limitado (artículos 55, 61 y 160) en competencias separadas que se contienen recíprocamente, pues son interdependientes;
11. La Constitución es la base del orden jurídico, prevalece sobre la ley (artículo 215) y los demás preceptos jurídicos;
12. La Constitución sólo puede ser reformada por los procedimientos previstos en ella (artículo 218) y por el órgano al que la misma atribuya esa competencia;
13. La propiedad privada es la base del orden económico (artículo 30), junto a la libre iniciativa y a la empresa privada (artículo 32), dentro de las limitaciones justificadas por el bien común y la justicia social; a este fin, el Estado debe intervenir y planificar la economía;
14. La igualdad ante la ley (artículo 10) y la libertad personal (artículo 20), ya que los gobernados pueden hacer todo lo que aquélla no les prohíbe, al lado del censo nacional, como base de la legitimidad, sirven de fundamento democrático al sistema. Principios que se objetivan en la figura del Estado de derecho gestado por las revoluciones liberales de los tres últimos siglos;
15. La fuerza pública no es deliberante (artículo 168); está constituida tan sólo para la defensa nacional y la de las instituciones legítimas (artículo 165);
16. La ley es la expresión de la voluntad general. Por eso, corresponde hacerla al Congreso, representantes de esa voluntad (artículo 76).
17. No hay tributación sin representación; en consecuencia, no puede haber tributo, contribución o tasa que no haya sido restado por el Congreso, las asambleas departamentales o los concejos municipales, corporaciones de elección popular directa, en los tres niveles de la administración (artículo 43);
18. Los jueces son independientes e inamovibles (artículo 160); son los únicos que pueden detener, privar de la libertad (artículo 23), por motivos previamente definidos en la ley. Toda providencia judicial debe estar motivada (artículo 163), es decir, fundada en la ley;
19. Nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo o de sus parientes (artículo 24), y
20. El poder, toda competencia estatal, está limitada y tiene origen en la Constitución; pero (ver el "Preámbulo"), la autoridad tiene su fuente remota, su origen último en Dios. Luego existe una instancia suprema anterior y superior al Estado y su derecho, que los conserva y dirige por unos principios superiores que algunos estiman como de la naturaleza del hombre, derecho natural, y otros de derechos divino.

En vano el positivismo jurídico y la penetración del sociologismo han intentado borrar la tradición católica del país. Viejos prejuicios, hondas creencias, fuertes sentimientos, derivados de esa fe, condicionan las formulaciones jurídicas y prestan piso a la autoridad y las instituciones que se han hecho derecho vivo real.

Sin embargo, de la enumeración hecha resulta que la ideología liberal individualista no está formulada en forma exclusiva ni congruente, puesto que la moderan doctrinas de clara estirpe cristiana y ciertas ideas de corte solidarista y comunitario. Libertades y derechos, como se ve en todos los artículos del título III de la Constitución, están recortados por límites derivados de las buenas costumbres, la moral pública, la moral cristiana, el bien común, la utilidad pública, el interés social, las obligaciones, los deberes o funciones sociales y la justicia social, lo que responde tanto a la tradición del país, como a su anhelo de implantar una democracia social.

#### VIII. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES

La eficacia de una Constitución depende de la de su régimen de garantías, pues son ellas las que vuelven reales los derechos y las libertades que aquélla reconoce. Describamos el estatuto de esas garantías en nuestro derecho constitucional.

En primer término, está la garantía general de que el sistema no será reformado sino por el órgano competente, el Congreso, y según el procedimiento previsto en la propia Constitución (artículo 218), ya que en nuestro ordenamiento constitucional los poderes públicos sólo pueden ejercerse "en los términos que esta Constitución establece", como prescribe el artículo 20. Se ofrece así la garantía esencial en el Estado de derecho: la seguridad jurídica, la legalidad como marco de la actividad del Estado y los particulares, incommovible base de la legitimidad.

Luego, entre las específicas, está la garantía del derecho a la vida (artículo 16), protegida por las leyes penales y la prohibición (artículo 29) de imponer la pena capital "en ningún caso".

Siguen las protecciones reiteradas de la libertad física de las personas, la inviolabilidad de su domicilio, la protección de la locomoción sin restricciones, ya que la detención o el allanamiento sólo pueden proceder por decisión judicial previa, fundada en motivos previamente señalados en la ley, mediante orden escrita emanada de autoridad competente (artículo 23).

La esclavitud está prohibida (artículo 22) y reconocida la libertad para escoger profesión u oficio (artículo 39).

El debido proceso (artículo 26), la presunción de inocencia, el principio *nulla poena sine lege previa*, así como la prohibición de penas *in continenti* (artículo 27), completan esta constelación de garantías.

Son muy precisas y repetidas las garantías de la propiedad privada.

De una parte, se prohíbe en absoluto la confiscación (artículo 34); de otro lado, la expropiación sólo se autoriza por motivos de utilidad pública o interés social (artículo 30), definidos previamente por la ley y con indemnización que también debe ser previa. Aun la expropiación justificada por razones de orden público en tiempo de guerra (artículo 33) acarrea indemnización, previa o posterior, según las circunstancias, y el excepcional caso de expropiación sin indemnización "por razones de equidad" (artículo 30, *in fine*) únicamente puede ser ordenada por la ley que requiere aprobación por una mayoría especialísima de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras legislativas. Por cierto, jamás ha tenido aplicación.

En igual sentido se protege al patrimonio familiar (artículo 50), haciéndolo inalienable e inembargable, y se declara que la ley no puede variar el destino de las donaciones hechas para fines de interés social (artículo 36). El artículo 35 ofrece la tutela especial de la propiedad literaria y artística.

Dichas tutelas de contenido económico se complementan con las referentes a la tributación. En tiempos de paz, es la regla, sólo pueden establecerse contribuciones por el Congreso (artículo 43), representante de los contribuyentes, y las tasas aduaneras no se pueden variar de improviso, sino graduándolas en períodos semestrales, ya para aumentarlas o disminuirlas (artículo 205). Además, no pueden ser cobrados ni invertidos tributos que no hayan sido incorporados en la Ley Anual de Presupuesto, al tenor de los artículos 206 y siguientes.

Importa también reseñar las garantías especiales para las situaciones de excepción. La retención de sospechosos, prevista en el artículo 28, sólo puede durar diez días; al vencerse dicho término, debe dejárselos en libertad o entregarlos al juez competente con las pruebas allegadas contra ellos; lo contrario sería un abuso de autoridad, punible desde luego.

En el caso de estado de sitio (artículo 121), el presidente sólo puede suspender las leyes incompatibles con esa situación, no derogarlas. Y son absolutas las prohibiciones referentes a la pena de muerte, la confiscación, las sanciones *ex post facto*, la prisión por deudas civiles (artículos

24, 28, 29 y 34). Igualmente, quedan excluidas las penas *in continenti* (artículo 27).

Además, tanto en esa situación como en la de emergencia económica y social (artículo 122), existe una revisión obligatoria e inmediata de todos los decretos que dicte el gobierno por razón de la crisis, para que la Corte Suprema determine su constitucionalidad o los deje sin efecto. En la segunda de tales situaciones, asimismo, se reúne el Congreso para efectuar un control político sobre las actuaciones del Ejecutivo y para derogar o modificar sus medidas, si es el caso.

Una de las más eficaces garantías en el sistema colombiano es la ejercida por la jurisdicción constitucional, representada básicamente por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema (artículos 214 y 216). Consiste en el reconocimiento a todos los ciudadanos del derecho a interponer ante aquellos tribunales acciones de inconstitucionalidad contra las leyes y los decretos con fuerza de leyes, respecto del primero, y contra los de carácter administrativo ante el citado Consejo, para obtener declaraciones de inconstitucionalidad de efecto general y definitivo. Son procesos de trámite breve que, cuando tienen éxito, concluyen con el retiro de orden jurídico de la norma o el acto acusado, a efecto de hacerlo inaplicable en el futuro. Las violaciones de la Constitución producidas por el Congreso o el gobierno quedan así subsanadas y tutelados tanto el orden jurídico mismo como los derechos vulnerados por las normas acusadas.

No debe olvidarse la fuerza que ha venido adquiriendo el derecho de petición (artículo 45) ejercitable ya en interés individual ora en el colectivo, que obliga al funcionario a una respuesta o decisión prontas. Permite el reclamo, la queja, la insinuación, la presión ciudadana, sobre las autoridades, por cauces jurídicos que obligan a la efectiva concesión o respeto de derechos particulares o de grupo.

Las acciones establecidas para ante los jueces de lo contencioso administrativo, ya se trate de obtener la nulidad de actos administrativos o de la indemnización de perjuicio debida a la actuación de la administración o a la falla en la prestación del servicio público, es la garantía más efectiva contra arbitrariedades, omisiones o vías de hecho del gobierno.

Complementa este régimen, la vigilancia y poder disciplinario, atribuidos al Ministerio Público, ante el cual se pueden formular quejas por irregularidades administrativas o judiciales (artículo 154), para que se investiguen y sancionen. Es descable acoger una institución semejante, para ejemplificar, al "defensor del pueblo" de la Constitución española, designado por una votación especial del Congreso, encargado de vigilar

el respeto de los derechos humanos y denunciar y perseguir sus violaciones.

Recuérdese, igualmente, que cualquiera puede acusar ante la Procuraduría General de la Nación o directamente ante la Cámara de Representantes a los más altos funcionarios (artículos 99 y 102) —presidente de la República, magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, ministros, procurador general de la nación—, por sus infracciones de la Constitución y de la ley, y que el Senado puede juzgarlos y condenarlos. Cabe tal juicio aun después de su retiro del cargo siempre que se refiera a hechos cometidos durante su desempeño.

Los militares no son la excepción. Responden de sus actos (artículo 21) ante los jueces militares, si los hechos son del servicio o en conexión con el mismo, y ante la jurisdicción común por los delitos ordinarios (artículo 174).

Se ocupa también la Constitución de la garantía del trabajo (artículo 17), del derecho de huelga (artículo 18), de la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados (artículo 38), así como de la libertad de movimiento (artículo 23), y de la libertad de conciencia y de cultos (artículo 53), sin olvidar las de la libertad de los medios de comunicación masiva (artículo 44) y de la enseñanza (artículo 41).

Por fin, el Congreso aprueba o desaprueba los tratados públicos que celebra el gobierno (artículo 76) y controla toda su gestión (artículo 118).

Cubre de este modo la preceptiva constitucional todo el campo de los derechos individuales y colectivos.

Tan detallada regulación tiene el complemento de los controles políticos que ejerce el Congreso, el muy activo que adelantan los medios de comunicación de masas y el directo de los gobernados cuando manifiestan opiniones públicas. La ciudadanía activa, pensante, contestaria, crítica, organizada o no, es la mejor garantía democrática. La obligación política, la obediencia a la autoridad, es condicional: se obedece lo que es legítimo, lo legal, lo ajustado al derecho. Ese es el supuesto del Estado de derecho.

Todo el constitucionalismo occidental, por eso, se dirige en los días actuales en el sentido de crear un movimiento universal de reconocimiento de los derechos humanos, eliminando cualquier discriminación; de reforzar el derecho humanitario; de crear, aceptar y acatar las comisiones investigadoras de las violaciones de esos derechos en todos los países, y de organizar tribunales internacionales, como los de San José de Costa Rica y Estrasburgo, en donde se puedan juzgar esas violaciones.



20 FEB. 1989

## IX. LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Nuestro constitucionalismo, como todos los de occidente, está inmerso en una profunda corriente histórica que aflora en este tramo final del siglo xx transformando la realidad política hasta el punto de dejar sin validez el concepto de Estado-nación, que sirvió de centro al movimiento constitucionalista del liberalismo y al derecho constitucional en que quedó plasmada esta tendencia. Transformación que, por otra parte, afecta a todos los tipos de Estado y de gobierno, porque es universal.

Movimiento indetenible que desfigura el Estado desde fuera y en su propia interioridad. Externamente, porque el Estado actual ya no es cerrado, ni puede enclaustrarse. La interdependencia entre los Estados es un hecho. En los órdenes financiero, cultural, geopolítico, todo Estado pertenece, quíerese o no, a un bloque, a un sistema supraestatal.

El absolutismo de la soberanía del Estado es mítico. Desde todos los puntos, el Estado ha sido penetrado, condicionado, limitado, integrado, asociado por múltiples organizaciones supranacionales y por nexos con los demás Estados, de manera que las fronteras son porosas, simple referencia geográfica más que línea de contención; superadas, como han sido por las comunicaciones ultramodernas, por el entrecruzamiento de pueblos y personas, así como la transferencia creciente y masiva de capitales, tecnología, mercancías y cultura.

Además, todo es hoy de nivel ecuménico, de dimensión mundial. Todo atañe a todos. Solidarios o no, vivimos una historia universal y sentimos ya como especie, como humanidad unificada y total, frente a la amenaza de la extinción, pero también a la esperanza de una vida en seguridad y bienestar.

"La tercera generación de derechos", según el sugestivo rótulo acuñado por el movimiento humanitario, no se refiere, como las que la antecedieron, al individuo como tal o incorporado a la sociedad nacional. Se dirige a todo el hombre y a todos los hombres. Los derechos a la paz, al desarrollo, al aprovechamiento y defensa de los recursos naturales y al goce de los bienes culturales que son patrimonio común, se reclaman para todos los pueblos.

Es así como los Estados han llegado a ser, de autárquicos, como lo pretendieron, sólo partes de un orden internacional, del cual no pueden divorciarse ni aislarse sin que importe la magnitud de su poder. La solución de conflictos y la protección de derechos por jurisdicciones internacionales se está generalizando sin que la independencia de los Estados aparezca lesionada.

■ Nótese, asimismo, cómo los mayores Estados, las superpotencias, desbordaron el marco del Estado-nación. Los Estados Unidos de Norteamérica son un país cosmopolita, no una nación, ni una patria, en el literal sentido de esos términos. Y la U.R.S.S. es un bloque de nacionalidades, cuyo lazo de unión es un sistema económico y una ideología.

■ De otra parte, la última descolonización en Asia, África y el Caribe multiplicó la formación de minúsculos Estados, que son unidades políticas sin entidad nacional que los distinga y personifique.

■ El cada vez más frecuente agrupamiento de los países por afinidad de intereses también indica la tendencia a superar la organización estatal clásica, buscando organizaciones más amplias, como lo exige la conducción y el manejo de cuestiones que exceden el ámbito nacional, la órbita particular de los Estados nacionales. Las Comunidades Económicas Europeas, el Grupo de los no Alineados, los Países del Sudeste Asiático, sugieren nuevos modelos de relación política que hacen perder el perfil al Estado.

■ Es frecuente, además, la actuación multilateral de los Estados para situaciones puramente coyunturales, como puede verse en el caso de la deuda externa de los países latinoamericanos y en el Grupo de Contadora, organizado para solucionar los conflictos de Nicaragua.

■ Desde dentro, el fenómeno es otro, pero tiene efecto similar: sustituir al Estado, socializarlo, convertirlo en instrumento subsidiario, al ser sustituido por organizaciones privadas o socializadas, por dispositivos paraestatales. Transformación tan profunda como la otra, pues varía los contenidos de las decisiones políticas, su metodología de ejercicio del poder y aun sus titulares.

■ Destaquemos los hechos que hacen presente este proceso transformador, actualizado ya en algunos de los aspectos acá planteados e inminente en cuanto a los demás:

1. El Estado se ha convertido en empresario industrial y comercial, para lo cual ha tenido que despojarse de sus prerrogativas de poder público y operar como operan los particulares; se podría decir que se está privatizando, al menos en sus procedimientos, en competencia con el sector respectivo de la empresa libre, convertido en agente económico al par que sujeto político;

2. El Estado se está articulando con los particulares para formar sociedades de economía mixta, rompiendo su unilateralidad y autoritarismo, y combinando recursos fiscales y capital privado, bajo leyes comunes; las barreras clásicas entre lo público y lo privado han quedado rotas, aproximando la sociedad al Estado;

3. El Estado tiene que concertar con el sector privado de la economía y con los trabajadores planes y programas de desarrollo, mecanismo de participación de poder y negociación democrática en que aquél parece más un coordinador o un árbitro que el poder soberano tradicional; salarios, utilidades e impuestos son correlativos; la política económica es común y en su adopción, al lado de aquéllos, no sólo convergen los productores, sino también los usuarios o consumidores;

4. Es frecuente en nuestros días que el Estado, o su administración, efectúe consultas populares, plebiscitos, referendos, y que acepte iniciativas de reformas y decisiones propuestas por sectores sociales, casi siempre con fuerza obligatoria o de gran influjo en la definición de su política, y que las encuestas públicas sobre asuntos de interés público sirvan de guía a la acción del gobierno;

5. Hoy es corriente la presencia de particulares en la dirección de organismos estatales, con voz y aun con voto, en igualdad de condiciones con los funcionarios públicos, ya como asesores o voceros de corporaciones o de los usuarios de los servicios, desdibujando la línea de separación entre sociedad y Estado; no es raro tampoco que la ley delegue en los grupos directamente interesados la administración de algunos servicios, ni que ciertas funciones estatales sean prestadas por organismos privados;

6. El juego político está montado y se desarrolla por intermedio de los partidos políticos, cuyas directivas y organismos determinan desde fuera la marcha del Estado, tanto en su orientación ideológica como en las medidas de gobierno, ya que son portadores de la representación popular y sirven de medio de control y encuadramiento de los gobernados;

7. Los Estados unitarios han tenido que ampliar la autonomía administrativa de las provincias y de los entes locales, descentralizando y desconcentrando el ejercicio del poder político, ya para buscar mayor eficacia, descargar su inmenso aparato de operación a nivel nacional o democratizar el sistema aproximando su manejo a los propios destinatarios de sus beneficios;

8. Pero, quizás el más dramático aspecto del cambio interno del Estado nacional y soberano cuya formación culminó en la Edad Moderna, es el hecho de que ha perdido y sigue perdiendo discrecionalidad en el ejercicio de sus poderes, ya que cada día es más reducida la aplicación de la tesis de los actos de poder o de poder político, en que el gobernante o el agente estatal obraba según su propia decisión subjetiva, actuaciones que no eran justiciables ni generaban responsabilidad. Ahora, por el contrario, se responde de todo, hasta de la omisión, y la responsabilidad estatal y la de sus órganos se deduce con mayor rigor y generalidad;

9. No hay en el derecho nuevo decisiones estatales irrevocables; todo acto es revisable, anulable, modificable; el poder del Estado ya no es incontrastable, pues la garantía jurídica del control judicial comprende todas sus actuaciones;

10. Por fin, aunque sin agotar esta impresionante metamorfosis del Estado, es creciente la fuerza del derecho humanitario, lo que significa que se multiplican y fortalecen los límites del poder del Estado, al ensancharse el concepto de las libertades y derechos oponibles al Estado, así como el perfeccionamiento de sus garantías.

En pocas palabras, el proceso político dominante en la actualidad es el de una doble redistribución del poder político, de una parte en provecho del orden mundial y, de otra, en favor de las organizaciones privadas encuadradas en el Estado. Este desdoblamiento hacia lo supra y lo infraestatal, está transformando al Estado en una entidad de conformación, naturaleza y competencias diferentes a la conocida figura del Estado-nación.

Frente a una modificación de tanta monta, se está tentando a pensar en que el derecho constitucional debe, por igual, transformarse en algo que sería "el estudio de las relaciones políticas", en general, ya no sólo en el ámbito estatal, sino integrando la dimensión interestatal en su campo y extendiéndolo también a las relaciones de autoridad existentes a nivel regional y local. Con ello se quiere sugerir que es imposible actualmente aislar el estudio del Estado y su Constitución, sin tomar en cuenta sus proyecciones externas y las de su base.

La inserción del Estado en una estructura relacional mundial y el acercamiento de su poder a los gobernados, lo convierten de aparato de poder con jurisdicción excluyente sobre un cierto grupo humano, en una organización de enlace entre los pueblos y los hombres, mediante mecanismos cooperativos y democráticos, en convergencia con los entes similares.

En este enfoque, debe enfatizarse también la presencia de nuevos poderes que están, o pretenden colocarse, al margen del Estado, contrarrestar su poder o compartir la dirección de la respectiva sociedad. Situación que parece revivir la pugna de poderes en medio de la cual se gestaba el Estado moderno, organización política soberana y nacional, en la que el poder político jerarquizante y unificado se enfrentaba a la nobleza, al papado y a las pretensiones de prevalencia de los emperadores que se decían herederos de Roma.

Hoy, el poder de la ciencia y la tecnología escapan al control estatal en las democracias occidentales. Pues, ¿quién determina lo que se inves-

tiga y las aplicaciones que deben darse a los descubrimientos, con criterio de interés social y de utilidad pública?

Más sometidos, los medios de comunicación masiva, sin embargo, intentan crear y dirigir el consumo y la acción del Estado, informando o desinformando y generando la actual mitología política pudiendo llegar hasta la tiranía ideológica.

Por otra parte, los partidos políticos, el partido de gobierno, en cada caso, comparte o ejerce el poder perteneciente al Estado, sin que a veces existan fronteras nítidas entre una y otra organización, lo que viene a oscurecer las relaciones de autoridad si se llega hasta la identificación entre Estado y partido.

Estos hechos urgen una reformulación de la teoría del Estado y, obviamente, cambios constitucionales acordes con las presentes relaciones de poder, ya no subsumidas en forma integral en los nexos de sujeción Estado-individuo o de integración Estado-sociedad.

De este modo, viene a replantearse el problema de la soberanía estatal ya no sólo frente a los demás Estados y a las organizaciones transnacionales, sino a poderes internos que pueden ser paralelos al político o que pueden erigirse como sus contrapoderes.

Las tendencias específicas del constitucionalismo colombiano pueden deducirse de la observación de los reajustes institucionales más reiterados en los años recientes, instrumentados en los planos supraestatal e interno, así:

1. El reconocimiento y definición de las relaciones del Estado con un orden internacional, y
2. La devolución del poder, o un nuevo reparto de poderes, reflejado en:
  - a) El intento de combinar la democracia representativa con la de participación;
  - b) El restablecimiento de los poderes regionales y locales;
  - c) La reprivatización de la economía, y
  - d) La ampliación de los derechos humanos y el fortalecimiento de sus garantías.

En síntesis, se trata de rectificar las fronteras entre lo público y lo privado, lo político y lo social, la esfera de la libertad y la del poder estatal, que es función que cumplen los estatutos constitucionales y que explica sus periódicos reajustes.

La tendencia patente en el constitucionalismo occidental, de mediados y finales de siglo, no es otra que la de reducir la órbita del poder estatal y, de consiguiente, ampliar el sector privado en lo colectivo y en

lo personal, aunque se da también el caso de la existencia de un fuerte sector de economía mixta que resquebraja ese fácil esquema.

### 1. *El empalme con lo internacional*

En una revisión para el *aggiornamento* de nuestra Constitución, tendrían prelación indiscutible los aspectos internacionales. La insularidad es hoy en día impracticable. Somos interdependientes y, aunque no lo queramos, solidarios, por ser común el destino de la especie humana en el universo. Un sistema constitucional es incompleto cuando no articula sus relaciones con los demás sistemas estatales y con el ordenamiento jurídico mundial, porque son insoslayables los influjos foráneos, las conexiones, pertenencias, dependencias y rechazos de país a país, de bloque a bloque, en que dialécticamente se desenvuelve la política mundial. Los problemas generados por la inestabilidad y crisis de los mercados mundiales, de los vaivenes del crédito internacional; los giros de las inversiones extranjeras; la atracción de los modelos de integración económica; la fuerza anarquizante de la guerrilla y del terrorismo internacionales; las presiones del multilateralismo y los enfrentamientos norteamericano, este-oeste; los sutiles engranajes del neocolonialismo; las nuevas modalidades de la intervención; las organizaciones militares de defensa internacional; el armamentismo rampante; la ecología, como nueva motivación política, por nombrar lo cotidiano, nos obligan a repensar nuestro país y su organización política en relación con el mundo y el momento presente.

En 1886 éramos un país anclado en su tradición española y católica. Al terminar el siglo xx, Colombia es un país en marcha, en proceso de cambio.

Ante estos hechos, es evidente el vacío constitucional, llenado por una jurisprudencia miope o esterilizante y unas prácticas improvisadas y oportunistas, o por mutaciones deformantes y destructoras, como la proliferación de las facultades extraordinarias que acabaron con el Congreso-legislador o el estado de sitio convertido en régimen ordinario.

Se requiere, pues, como avance mínimo, introducir en el texto constitucional unos principios y unos preceptos que explícitamente aborden cuestiones como éstas, recordando nuestra condición y situación concretas de país subdesarrollado, sudamericano y caribeño, mestizo, de tradición católica y vocación libertaria:

a) Condena de todo imperialismo y de toda discriminación, en reafirmación de nuestra identidad y de la igualdad social de todos los seres

humanos, de todos los pueblos y de todos los Estados, y de su independencia plena, en el sentido de su derecho a la autodeterminación política y a la posibilidad de seguir su propio modelo cultural, sin adscripciones arbitrarias a una cierta civilización o al coto de influencias de las grandes potencias;

b) Proclamación de la voluntad integracionista de Indoamérica, más allá de la simple integración económica, aceptando que nuestros países se formaron históricamente por fragmentación del imperio español y que, aislados, somos pedazos de una patria común que es preciso rehaer, pues significa un compromiso cultural entrevisto desde la iniciación de la vida independiente, puesto en peligro tanto por las aplicaciones de la doctrina Monroe como por la penetración del internacionalismo marxista;

c) Proscripción de la guerra y rechazo de la fuerza como medios de solución de controversias internacionales para, en cambio, reconocer la validez e independencia del derecho internacional como instrumento para un mundo en paz, despejando la reiterada discusión entre monistas y dualistas en la Corte Suprema, causa de una jurisprudencia vacilante y confusa en esta materia, a la vez que reafirmando la fraternidad y solidaridad entre todos los hombres, así como la necesidad de fortalecer los organismos internacionales encargados de propiciar el entendimiento y la cooperación entre los pueblos;

d) Rechazo de toda intervención de un Estado en los asuntos internos de los otros, bajo cualquier pretexto, ya sea ideológico, de seguridad internacional o de interés económico, prohibiendo las ingerencias militares, los bloqueos económicos, y toda forma de desestabilización del gobierno que cada nación se ha dado;

e) Fórmulas más claras y determinantes en lo tocante con el dominio territorial que incluyan precisiones en materia de dominio marítimo, plataforma continental y órbita geostacionaria, en razón de presentes y previsibles conflictos;

f) Repudio del armamentismo, la guerrilla internacional, el terrorismo y promoción de la solidaridad en la lucha contra toda forma de violencia que implique dominación o ataque injusto a cualquier grupo humano.

Es ésta la otra cara de la Constitución, un pueblo frente al mundo, como parte de la humanidad, con una concepción universal que supere su encerramiento provinciano.

Ha sido incompleta, es innegable, la atención prestada a estos aspectos. En concreto, sólo la reforma de 1968 tocó dos puntos de enorme importancia:

a) La precisión del contenido del dominio territorial al incorporar en el mismo tercer inciso del artículo 3º constitucional, el espacio aéreo, el mar territorial y la plataforma continental, y expresar el principio de que en la determinación de estos elementos territoriales, a falta de tratados o convenios internacionales, la ley colombiana tendrá carácter supletorio, y

b) La inclusión en el numeral 18 del artículo 76 de la posibilidad de celebrar tratados con entidades de derecho internacional, distintas a los Estados, y sobre todo autorización para que Colombia pueda formar parte de instituciones supranacionales que procuren promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Sobre estas bases se ha obtenido una favorable definición de nuestro dominio territorial, aunque no en su totalidad, y se han podido ensayar proyectos de integración en la ALADI y en el Acuerdo de Cartagena, de lento y difícil avance, pero de innegables perspectivas políticas, económicas, sociales y de orden cultural.

La necesaria regulación del Estado en interrelación, del Estado en comunidad de Estados, configura un área común que comparten el derecho constitucional y el internacional público, imbricación de profundas consecuencias en el orden jurídico nacional.

## 2. *Democracia mixta: representativa y participativa*

La tendencia a complementar la democracia representativa pura, practicada hasta ahora, con instituciones de democracia participativa, tendencia muy generalizada, se hace evidente en el Acto Legislativo No. 1 de 1986, en algunas disposiciones de la Ley 11 del mismo año y en ciertos aspectos de la Ley 58 de 1985.

Lo que se procura es iniciar la participación ciudadana, limitada hasta hoy a la periódica elección popular, cumplida la cual el pueblo se tornaba sujeto pasivo de las decisiones de sus representantes, mediante ciertos mecanismos que dan juego a la opinión pública en algunos aspectos de la política y la administración, y a hacer presente al pueblo en el ejercicio directo de determinados poderes, sin la usual intermediación de sus mandatarios.

Se conjugan así representación y participación populares, en busca de revivir la democracia, reparar sus desgastes y, sobre todo, porque esa es su esencia, repartir poder, en procura de pluralismo e igualdad entre los distintos sectores que integran la nación y entre los individuos que la componen.

En concreto, las nuevas instituciones de democracia participativa pueden ser reseñadas de esta manera:

a) La elección popular directa de los alcaldes municipales cada dos años, a partir de 1988, considerada la más trascendental reforma constitucional de los últimos tiempos, como reconocimiento de la autonomía administrativa de los entes locales, sustrayendo la designación de su jefe a la línea jerárquica de la rama ejecutiva, para acercar esa institución básica a los administrados, y para retornar una tradición que viene de la Colonia; además, apertura para dar oportunidad de participación a partidos minoritarios o a los ciudadanos independientes de los partidos, o a los disidentes y a los nuevos partidos, con fuerza local o regional.

b) Es importante, por igual, el establecimiento de "la consulta popular" para decidir sobre asuntos que interesen a los habitantes del respectivo distrito municipal", idea complementaria de la anterior, porque permite oír las sugerencias de los inmediatamente afectados en la etapa anterior a la respectiva decisión, opinión popular que será determinante o de ineludible influjo para los consultantes. Democracia local, aproximación al autogobierno, resurrección de los viejos cabildos abiertos de la Colonia que dieron paso a la declaración de independencia y sirvieron de control a los caprichos del absolutismo de la monarquía en defensa de los reales intereses de los gobernados;

c) La reforma de 1968, con esta misma sensibilidad, había creado las juntas administradoras locales; pero faltaba su regulación legal. La ley 11 de 1986 coloca al frente de cada comuna, en las urbes, y de cada corregimiento, en los campos, una de esas juntas, a manera de codirectoras, con el concejo del municipio de que forman parte, de sus servicios, de las partidas presupuestales que los favorezcan, y de las obras en cuya vigilancia se comprometan, según la delegación del correspondiente concejo. Nuevamente toman presencia los vecinos, haciéndose cargo de los problemas comunitarios y asumiendo su responsabilidad democrática, ya que en tales juntas, al menos habrá una tercera parte de miembros que serán de elección popular;

d) Asimismo, se ha dispuesto en la citada ley la participación de representantes de los usuarios de los organismos directivos de las entidades municipales de servicios públicos, los cuales deberán tener la tercera parte de sus miembros designados por los usuarios o delegados de entidades cívicas, modalidad que es una aplicación del principio de coadministración, de clara estirpe democrática;

e) En la misma dirección, se ha autorizado que las juntas de acción comunal, las sociedades de Mejora y Ornato, las asociaciones de Recrea-

ción, de Defensa Civil y de Usuarios, sin ánimo de lucro y constituidas legalmente, puedan contratar con los municipios y sus entes descentralizados, para cumplir funciones, ejecutar obras o prestar servicios. Se vincula así la sociedad al Estado, descargando su aparato, para apoyarlo y realizar mejor sus tareas. Iniciativa privada y poder público, aunados, no enfrentados, hacen la democracia verdadera.

En el año 85, ya la ley había confiado la dirección de la televisora estatal a una junta de origen privado, a fin de neutralizar en su manejo las influencias políticas y tomar el pulso de la opinión particular en tan delicada cuestión.

Es ésta la manera de empezar la gestión de un poder popular genuino, de abrir espacio político a gente que estaba marginada, de equilibrar el poder político con los demás poderes sociales, de, en una palabra y con la dicente expresión de un político "meterle pueblo a la democracia", anquilosada en las fórmulas de la representación, continuista y clientelista, regionalista y profesionalizada.

Aquí es oportuno recordar que hay proyectos de acto legislativo que proponen el plebiscito nacional para reformar la Constitución, y para adoptar la iniciativa legislativa popular, dos mecanismos más de la misma tendencia, que buscan romper el bloqueo del sistema y oxigenar el recinto de los cuerpos representativos. El poder popular, ya como promotor, ora como moderador, del poder del Estado.

La inclinación del país en esta dirección es, pues, indudable y su conveniencia no parece discutible, ante la presión incontrolable de quienes piden canales de expresión propia, presencia directa en vez de representación. Así se canaliza la inconformidad y quedan sin justificación las marchas de protesta y los paros cívicos, que son expresiones no institucionalizadas y por tanto destructoras del sistema.

### *3. Recuperación de los entes regionales y locales*

Las naciones se formaron en un proceso de integración de comunas y regiones. Proceso de centralización política y unificación del poder que, en el caso colombiano, no se cumplió por incorporación sino por absorción, debilitando la autonomía de las provincias y anulando la vida municipal. De ahí la necesidad de un movimiento de inversa dirección que se expresó en las reformas constitucionales de 1968 y 1986 en las siguientes instituciones:

a) La creación de las corporaciones regionales autónomas, organismos técnicos de la promoción del desarrollo integral de las regiones naturales

del país, sin atender a la caprichosa división administrativa sino a la unidad real de cada zona, al mismo tiempo que se sustraían sus programas a la burocracia politizada y a los engorrosos trámites de la administración ordinaria. Se trataba de reconocer la personalidad de las viejas provincias, que fueron "soberanas" bajo el régimen federal, pero dentro de una técnica nueva de administración y gobierno, que eludiera las fallas de la administración departamental, bajo el signo de la planificación científica del desarrollo; era una "regionalización" o un "autonomismo", a la colombiana.

b) En igual sentido, el Acto Legislativo N° 1 de 1968 ordenó que el legislador, con base en propuesta del gobierno, reordenara el campo de los servicios públicos estatales, determinando cuáles serían nacionales y cuáles serían de cargo de los departamentos y los municipios, en razón de su naturaleza, importancia y costo, para luego redistribuir los recursos fiscales en correspondencia con aquella clasificación. No se pensaba sólo en eliminar la inconveniente, anárquica y costosa duplicación y triplificación que se presenta en el campo de estos servicios, pues se procuraba también restablecer la importancia que deben tener los servicios locales, ya que allí están los usuarios, y el valor de la coordinación zonal o regional como puente entre nación y municipio; por fortuna, la Ley 12 de 1986 y sus desarrollos han venido a realizar indirectamente este reparto, cuando transfiere recursos del IVA a los municipios, departamentos, intendencias y comisarías, pero determina las inversiones forzosas que los primeros deberán adelantar en su jurisdicción.

c) La misma preocupación se tradujo en el "situado fiscal", que no es más que la orden constitucional para que el legislador resuelva con obligatoriedad el porcentaje de sus recursos ordinarios que cada año deberá transferir la nación en favor de los departamentos y municipios, con un monto fijo para cada uno y uno variable en función de los habitantes, participación equitativa en el producto y el esfuerzo comunes, redistribución justiciera inspirada en el propósito de un desarrollo nacional equilibrado, integral y armonioso que no es posible sin esa especie de descentralización fiscal.

d) De no menor importancia para fortalecer regiones y ciudades es la autorización para formar asociaciones de municipios, en busca de la mejor prestación y reducción de costos de los servicios públicos a su cargo, sorteando los escollos del aislacionismo egoísta, la debilidad fiscal, las carencias técnicas. Además, se dispuso que en ciertos casos esa asociación sea obligatoria, por decisión de la respectiva asamblea departamental, según el consejo de la técnica y la buena administración; éste es el ca-

mino de una integración administrativa democrática, opuesto al autoritario de la centralización política uniformadora y alienante.

e) La organización legal de las áreas metropolitanas, con régimen especial, atiende asimismo a la necesidad de romper la estrechez del régimen municipal ordinario, frente a los problemas de las grandes urbes y al fenómeno de la conurbación.

f) La elección popular de alcaldes, la organización de las juntas administrativas locales, la contratación de obras y servicios con entidades cívicas de las ciudades, tienden también a devolver dinamismo, iniciativa, capacidad financiera y ejecutiva, en resumen, poder y autogobierno a la célula municipal.

g) En el nivel legislativo vale la pena mencionar por su hondo alcance las leyes 3a. y 11 de 1986.

La primera da participación a los departamentos en la elaboración y ejecución de los planes nacionales, permite los convenios interdepartamentales, estimula las entidades territoriales intermedias constituidas por asociación, fortalece los fiscos departamentales, intendenciales, comisariales y municipales. La otra, actualiza el régimen municipal, para adecuarlo a los cambios constitucionales.

Esta visión panorámica permite concluir que en el ánimo del Constituyente está la preocupación por “devolver autonomía” o regenerar los elementos constitutivos de la nación, sus partes, las entidades territoriales originarias, primarias, corriente de democratización porque implica redistribución de poder, participación o, al menos, aproximación del gobierno a su fuente popular, a los gobernados, considerados como miembros del Estado y no como simples electores o votantes.

#### 4. *Presencia del derecho humanitario*

Las constituciones más recientes parecen construidas, no entorno a la idea del Estado, sino alrededor a los conceptos de persona y de humanidad. Se está produciendo, a ojos vistas, una inversión copernicana, al cambiarse el centro del sistema político. Círculos concéntricos, cuyo eje es el hombre (no el ciudadano, ni el individuo, sino todo el hombre, el hombre-todo), describen las instituciones en que despliega su personalidad, la familia en que nació, el municipio en que vive, la escuela en que estudió, la empresa en que trabaja, el sistema social a que pertenece, el orden político en que participa. Importa “el hombre situado”, considerado en razón de lo que es, según lo que hace y lo que tiene.

Una tal concepción origina un derecho nuevo: el derecho humanitario,

con entronques doctrinarios en el viejo jusnaturalismo, en las declaraciones revolucionarias del liberalismo y en las encíclicas papales, hoy enunciado en cartas internacionales, incorporadas al derecho interno, en un proceso que se describe como parte de "la internacionalización del derecho constitucional".

El hombre protagonista de la historia, autor de su propia aventura, universal, solidario con toda su especie, objeto y sujeto del derecho y de su instrumento, el Estado.

Presión humanística que ha llegado a las constituciones formulando nuevos derechos, añadidos a los de los individuos y a los de la sociedad. Son derechos de la humanidad, derechos colectivos, como los sociales, pero que sobrepasan los marcos nacionales, pues en su respecto está comprometido el porvenir de todos los hombres.

El antimilitarismo y el antiarmamentismo pacifista, las protestas por las explosiones nucleares, las reacciones populares ante la falla en el manejo de la energía atómica, los partidos verdes y demás movimientos de protección ecológica, la defensa de los bienes culturales, la solidaridad internacional ante las catástrofes naturales o las taras del subdesarrollo, la opinión mundial que condena guerras colonialistas y tiranías, las investigaciones sobre torturas, desaparecidos, violencia estatal, son expresión diaria de este nuevo concepto que borra fronteras, elimina discriminaciones y crea corrientes de solidaridad de pueblo a pueblo, por encima y al margen de los canales de la política tradicional.

Por nombrar algunos de los focos de este desarrollo humanístico, enumeremos estos:

1) La preocupación por las garantías procesales en el campo penal, por "el debido proceso", la aplicación oportuna del *habeas corpus*, la prohibición de las torturas, de la violencia moral y, en general, la contención del terrorismo de Estado, la "guerra sucia", la reaparición de "la razón de Estado" y los juicios políticos, del marcartismo, las "purgas" partidarias, la autoincriminación, que niegan la dignidad del hombre.

2) Idéntica inquietud existe por garantizar la intimidad de la persona, la inviolabilidad de su vida privada. La amenaza proviene del abuso de los medios de comunicación o de la utilización arbitraria de las informaciones reservadas de que disponen el Estado u organizaciones particulares. La imagen, la honra, el buen nombre y la tranquilidad están en juego.

3) Exigencia democrática imperativa es el derecho a informar y a ser informado. Toda la gestión pública debe ser transparente. Los gobernados tienen derecho a que todos los actos oficiales se comuniquen, se

publiquen, sean verificables y puedan ser certificados. Toca esto con la responsabilidad de los funcionarios y el Estado y con el derecho del poder público a ejercer control sobre los gobernantes y los agentes estatales.

4) La iniciación de un movimiento en favor de las objeciones de conciencia para eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones políticas, como el servicio militar, que abre paso a la posibilidad de la resistencia civil como vía racional y pacífica para cambiar la ley.

En el caso colombiano, el texto constitucional está afectado de evidente retraso, pues se mantiene el título III, original de 1886, con las enmiendas de 1936, es decir, la concepción individualista del siglo XIX más el constitucionalismo social de comienzos del siglo presente. Es necesario recoger lo que aportan las declaraciones de derechos de los organismos internacionales regionales y mundiales y lo que enseña la jurisprudencia de los tribunales internacionales encargados de la protección de los derechos humanos.

Mientras tanto, la jurisprudencia nacional ha tenido que ahondar en la interpretación de los viejos principios y las reiteradas normas, en especial cuando se plantean cuestiones de constitucionalidad ante la Corte Suprema y el Consejo de Estado, con ocasión, casi siempre, de las medidas de emergencia, ya por razón del estado de sitio o de desajustes sociales y económicos.

Pero no debe demorarse una actualización pedida a gritos por una sociedad en proceso de cambio.

##### *5. Debilitamiento del intervencionismo*

En fin, aunque bajo el último gobierno se realizaron "nacionalizaciones" en operaciones estatales de salvamento de algunas entidades financieras y se han reforzado los controles administrativos sobre este sector de la economía, la verdad es que no se aprecia una intensificación de la tendencia estatista e interventora del Estado en el orden económico.

La planificación, ordenada por la Constitución, se ha quedado escrita. Y es evidente la fatiga y desgaste de los numerosos entes estatales que cumplen funciones económicas.

Se clama contra el excesivo aparato del Estado y se pide reducirlo. En todo caso, nadie piensa en fortalecerlo. De ahí, a la devolución a la empresa privada y a la iniciativa particular de algunos campos ocupados por el Estado, no hay sino un paso.

Por eso, no es difícil concluir esta visión de las tendencias del constitucionalismo colombiano en nuestros días, afirmando que esa evolución

está marcada por la creencia, que es la dominante: ya no se está convencido de que el Estado puede hacerlo todo y que lo puede hacer bien; por el contrario, se piensa que el sector privado debe reasumir la responsabilidad de la actividad económica, si se quiere eficacia y productividad. Podría decirse, en fórmula abreviada, que, al reprivatizarse la economía, el Estado queda confinado a su natural y específica función política de establecimiento de las reglas de conducta social, creación de las condiciones que aseguren la vida común y tutelen los intereses nacionales. Crece, pues, el campo de la libertad.

#### 6. *La partitocracia*

Finalmente, aunque los partidos parecen agotados, aunque todos se quejan de su ineficacia, y aunque crece el abstencionismo electoral, lo cierto es que en el plano institucional aumenta su importancia como palancas del sistema y organizaciones monopolistas del poder político.

A los partidos ya no sólo se les reconoce constitucionalmente, sino que se les integra en ese Estado, como funcionarios encargados de la organización y representación del pueblo, realidad inorgánica sin presencia propia. Los partidos son los encargados de darle presencia, de expresar sus demandas, de elegir sus voceros, de decidir en el seno de los organismos estatales.

Instituciones políticas, hacen la política, determinan la dirección del Estado, programan su acción, la justifican. Portadores de opiniones y formadores de opiniones crean el consenso que da legitimidad al sistema; son gobierno, el gobierno; prestan respaldo a un gobierno o lo combaten; están siempre en función de gobernar; se convierten en agentes del poder del Estado; sustituyen a éste, en cierto modo, hasta confundirse con él, ser parte del mismo, una parte, la más activa, puesto que son también una puerta entre sociedad y Estado, el sector social politizado.

Cada día se organizan mejor. Tienen inmensa, permanente y acuciosa burocracia, como el Estado. Reclutan partidarios, los adoctrinan, los afilan, los carnetizan, los sujetan a disciplina y contribución, los ponen a trabajar a su servicio, les ordenan votar, por quién votar, les exigen lealtad de soldados, de creyentes. Tienen instalaciones propias, equipos, periódicos, emisoras de radio, símbolos, himnos, divisas, consignas, al igual que el Estado.

Cuando el partido es único se identifica con el Estado; pero, aun en el régimen pluralista, el partido de gobierno tiene esa aspiración. Esa gran contradicción. La paradoja de que, siendo partes, tienen inclina-

ción totalitaria y vocación hegemónica y voluntad de monopolio de la gestión política.

Su ambigua condición, pues están fuera del Estado y son distintos al Estado; pero viven tan sólo en razón y en función del Estado, introduce un factor que enrarece la teoría democrática, al dividir la sociedad, el pueblo del Estado, la nación y crear una intermediación que finge la voluntad popular y camina hacia el absolutismo de la mayoría, al estilo jacobino.

Una redefinición es necesaria en este campo. Para replantear las relaciones entre el Estado y partidos, para no ver suplantados al pueblo y a su Estado, y rescatar la libertad y poder del ciudadano por fuera de los partidos que es, en últimas, el sujeto y destinatario de toda la política.



## CONSTITUCIONALISMO FEDERAL NO BRASIL NOS ÚLTIMOS 70 ANOS

José Afonso DA SILVA

SUMÁRIO: I. *Introdução*. 1. *Dedicatória*. 2. *O Brasil em 1917*. 3. *Constitucionalismo e Federalismo no Brasil*. II. *O ideal federalista no Brasil*. 1. *Sentimento federalista*. 2. *Lutas político-revolucionárias pelo federalismo*. 3. *Tentativas legislativo-constitucionais do federalismo*. 4. *Bases socio-geográficas do federalismo brasileiro*. III. *Constitucionalismo federal*. 1. *Questão de ordem*. 2. *Federalismo na Constituição 1891*. 3. *Crise e ressurgimento do federalismo: A Constituição de 1934*. 4. *Eclipse do ideal federativo na Carta de 1937*. IV. *Componentes da federação*. 1. *Os Estados = membros*. 2. *Os Distrito Federal*. 3. *Dos Territórios Federais*. 4. *Posição dos Municípios*. V. *Federalismos antifederalistas e o federalismo nominal*. 1. *Federalismo estadualista deformado*. 2. *Federalismo cooperativo*. 3. *Federalismo de integração*. 4. *Federalismo nominal*. VI. *Conciliação entre norma e realidade e a tese do federalismo de regiões*. 1. *Federalismo e intervencionismo*. 2. *Repartição de encargos e autonomia dos Estados e Municípios*. 3. *Discriminação constitucional das rendas tributárias*. 4. *A tese do federalismo de regiões*. 5. *A nova Constituição e o federalismo*. VII. *Conclusões*.

### I. INTRODUÇÃO

#### 1. *Dedicatória*

Este estudo é dedicado à comemoração dos setenta anos de existência da Constituição Mexicana. Despacho de 5 de fevereiro de 1917, publicado no imprensa brasileira, no dia seguinte, informava que o General Venustiano Carranza, presidente da República, promulgara a nova Constituição do México. Nada mais se comentou sobre o documento que a Revolução Mexicana cabava de produzir. Não se atentou para o fato de que se estava criando uma Constituição inovadora, que sistematizava, pela primeira vez, o conjunto dos direitos sociais do homem, antes que a Revolução Soviética proclamasse a "Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado" e que a Constituição de Weimar consignasse, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais e econômicos. Estes outros documentos foram superados, enquanto a Constituição do México, adap-

tando-se sempre à realidade cambiante por sucessivas emendas formais, mantém-se, e comemora seus setenta anos renovada com normas de cunho social que a sociedade mexicana vem requerendo na sua evolução econômico-social.

## 2. O Brasil em 1917

Em 1917, vigorava, no Brasil, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24.2.1891, que consolidara a República e a Federação, proclamadas pelo Decreto n.1, de 15.11.1889. Governava o País o Presidente Wenceslau Braz, mas já se iniciava o movimento político para a sucessão presidencial. Em março, apresentara-se a chapa Rodrigues Alves e Defim Moreira, respectivamente, para Presidente e Vice-Presidente para o período 1918-1922, chapa que fora eleita em 10. de março de 1918. Rodrigues Alves, que já havia sido Presidente no período 1902-1906, faleceu antes da posse, assumindo o Vice Defim Moreira, que, nos termos da Constituição, convocara eleições, sendo eleito Eptácio Pessoa para o complemento do período governamental.

Vivia o País em crise constante. Revoluções, conflitos, conspirações eclodiam por toda parte.<sup>1</sup> O sistema federal fosa deformado, especialmente pela *política dos governadores*. Maria do Carmo Campello de Souza sintetiza bem o fenômeno político engendrado por Campos Sales, que foi Presidente da República de 1898 a 1902 e que solidificaria o domínio oligárquico que dominou até 1930. Segundo a autora, Campos Sales resolveu os problemas partidários mais importantes da atividade política, aqueles relacionados à formação das estruturas de dominação nos Estados. "A partir daí, prossegue, deputados e senadores garantiam-se a si próprios mandatos sólidos e intermináveis no Congresso e a seu partido longo domínio do poder no Estado. Iniciou-se a implanatação das oligarquias estaduais, cujo poder se fecharia às tentativas conquistadoras das oposições que surgissem. Instituíra-se a norma básica da 'política dos governadores' que deveria propiciar ao regime federativo o equilíbrio procurado nos anos anteriores."<sup>2</sup>

Esse equilíbrio, em verdade, repousava na União, encarnada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que defendia da excessiva autonomia dos outros Estados, pelo uso da técnica de intervenção federal fundada

<sup>1</sup> Cf., Viotti da Costa, Emilia, *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*, São Paulo, Grijalbo, 1977, p. 226.

<sup>2</sup> Cf., "O Processo político-partidário na Primeira República", in Carlos Guilherme Mota (org), *Brasil em Perspectiva*, 11a. ed., São Paulo, Difel, 1980.

no art. 60. da Constituição.<sup>3</sup> Conflitos coronalísticos do Espírito Santos, Mato Grosso e Pará, em 1917, suscitam intervenções reais ou disfarsadas nesses Estados. Piauí, Amazonas e Alagoas também estavam em crise institucional. Junta-se a isso a declaração de guerra com a Alemanha em 26.10.1917 e a sucessão presidencial, para se ver que o País, agora em estado de sítio até o fim da beligerância, marcha para sérios movimentos insurreccionais que vão culminar na Revolução de 1930.

### 3. *Constitucionalismo e Federalismo no Brasil*

Embora nossa preocupação seja examinar o tema a partir de 1917 basicamente, o certo é que sua compreensão exige breve exposição de aspectos anteriores do constitucionalismo e do federalismo. Faremos, aqui, por isso, um quadro resumido da evolução político-constitucional do Brasil, a fim de situar os limites do nosso tema. Essa evolução compreende três fases marcantes: 1a.) a fase colonial (1500 a 1808); 2a.) a fase monárquica (1808 a 1889); 3a.) a fase republicana (1889 até hoje). Esta última divide-se nas subfases seguintes: Primeira República (1889-1930); Segunda República (1930-1937); Terceira República (1937-1945); Quarta República (1945-1964); Quinta República (1964 até, em transição para a Sexta República ou Nova República). A cada uma dessas subfases republicanas corresponde uma Constituição, respectivamente: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24.2.1891; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16.7.1934; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10.11.1937; Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18.9.1946; Constituição do Brasil, de 24.1.1967, com sua Emenda n. 1, de 17.10.1969, que, a rigor, é uma nova Constituição. Nem sempre coincide o início da subfase republicana com o início da vigência da Constituição que lhe configura o regime.<sup>4</sup> Por isso, até se pode dizer que a Nova República ou Sexta República já começou. De fato, Tancredo Neves, em sua campanha para a Presidência da República em 1984, lançou as bases do novo regime que denominou Nova República, que haveria de iniciar com sua eleição à Presidência e completar-se com a elaboração de nova Constituição democrática para o País por intermédio de uma Assembléia Nacional Constituinte que ele convocaria. Sua morte

<sup>3</sup> *Id. ib.*, pp. 188-189.

<sup>4</sup> *Cf.*, Da Silva, José Afonso, "Evolução político-constitucional do Brasil no terceiro quartel do século XX", in *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, México, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, p. 27.

antes da posse não o permitiu fazê-lo. Seu sucessor, no entanto, convocou um Congresso Constituinte, que, desde 10. de fevereiro deste ano de 1987, está reunido para fazer a nova Constituição.

Cumpre, no entanto, observar que o constitucionalismo federal coincide com a fase republicana. Mas o ideal federalista é mais antigo, pelo que dedicaremos a ele algumas páginas. Por outro lado, podemos distinguir três tipos de federalismo na sua evolução brasileira: 1. o que chamaremos de *federalismo estadualista*, que vigorou, com deformações sob a Constituição de 1891; 2. o *federalismo cooperativo*, sob as Constituições de 1934, 1937 e 1946; 3. o *federalismo nominal ou de integração*, sob as Constituições de 1967/1969. Cabe, ainda, observar que o constitucionalismo federal não coincide com a existência das Constituições mencionadas acima. Há, na evolução republicana, momentos de supressão ou de enclípe do federalismo, como no período de 1930 a 1934 e de 1937 a 1946.

Não faremos uma exposição de natureza puramente jurídico-formal do constitucionalismo federal. Combinaremos com ela, aqui e ali, o método estrutural, que procura as explicações dos acontecimentos políticos pela análise da estrutura econômico e social.<sup>5</sup>

## II. O IDEAL FEDERALISTA NO BRASIL

### 1. Sentimento federalista

O sentimento federalista despontou cedo na evolução brasileira, o qual, no correr do Império (1822 a 1889), tentara concretizar-se através de lutas políticas e legislativas. Esse ideal encontrava bases sociológicas na formação histórica das províncias que provieram do desenvolvimento das Capitânicas Hereditárias, com seus centros de interesses autônomos, constituídos com fundamento no direito costumeiro e na autonomia dos Municípios. Esse sentimento da autonomia local foi abafado pela centralização unitária do Império, o que provocou sempre rebeliões em cujos programas se inscrevia, como ponto destacado, o princípio federativo.

### 2. Lutas político-revolucionárias pelo federalismo

Vejamos, em síntese apertada, quais foram esses movimentos político-

<sup>5</sup> Cf., Pereira, Bresser, *Desenvolvimento e Crise no Brasil*, 1975, p. 97.

revolucionários em favor do ideal federalista, sendo de notar que houve, mesmo, um partido federalista durante a consolidação da Independência.

Federalista foi a Revolução de 1817/1824, que proclamou Confederação do Equador. A rebelião que teve como seus principais líderes Mamuel de Carvalho de Andrade e Frei Caneca declarava, em seu manifesto-programa, que “Seis províncias do Norte que vão estabelecer debaixo do melhor de todos os sistemas - Representativo. Um centro em lugar escolhido pelos votos de nossos representantes dará vitalidade e movimento a todo o nosso grande corpo social; cada Estado terá seu respectivo centro; e cada um desses centros formando um anel da grande cadeia que nos tornará invencíveis.” Visivelmente inspirava-se nas idéias correntes, tanto nos acampamentos de Bolívar como nos ajuntamentos de Buenos Aires, acerca de uma *federação* em que a autonomia regional pudesse dispensar a autoridade central, opressora e suspicaz; e tomando o caminho mais fácil na selva das teorias em moda, evitava a prematura denominação de *república*, para ficar num separatismo experimental (seis províncias) cada um gozando de sua eufórica independência.

Durante a Regência (1831-1840), surgiu uma sociedade *Federal*, derivada talvez de dissidentes das Sociedades Defensora da Independência. Pretendia derrubar aquele governo de transição e, sobre seus destroços, talvez fizesse a República, com a federação. O movimento repercutiu na Bahia com a deposição de dois presidentes. Seis motins em 1831 precederam a insurreição federalista de 1832, em Cachoeira, onde o Capitão Bernardo Mineiro proclamou a “federação imperial”.

Federalista foi também a Revolta dos Cabanos, em 1835, no Pará, assim como a Revolução Praieira, em 1849, em Recife. Mas, dentre todas, a que mais ferrenhamente defendeu o princípio federalista foi a Revolução dos Farrapos, que fundou a República de Piratini no Rio Grande do Sul, e que durou de 1835 a 1845. Foram seus líderes principais: Bento Gonçalves da Silva e Antônio de Souza Neto, que foram acusados de pretender separar a Província do resto do Brasil. Mas, na opinião de Pandiá Calógeras e Fernando Callage, a Revolução dos Farrapos não foi separatista e, sim, federalista. Foi nesse sentido sempre as manifestações de Bento Gonçalves da Silva. Seu primeiro brado é o apelo às outras províncias para unirem, federativamente, ao Rio Grande do Sul. Sua fala aos deputados da Constituinte Riograndense, destinada a votar a Constituição da República de Piratini, é uma proclamação federalista. Dizia ele: “Aproximou-se o dia em que, banida a realeza da Terra de Santa Cruzl, nos havemos de reunir para estreitar laços *federais* a magnânima Nação Brasileira. Raia, então, um dia de glória, em que possa

verificar-se a lisonjeira idéia de nossa união à grande família brasileira pelos laços da mais estreita *federação*.” (Grifamos).<sup>6</sup>

Em 3.12.1870, è fundado o Partido Republicano, cujo manifesto mais parece manifesto federalista que republicano. Disse: “No Brasil, antes ainda da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo... “A idéia democrática representada pela primeira constituinte brasileira, tentou, é certo, dar ao princípio federativo todo o desenvolvimento que ele comportava e de que carecia o país para poder marchar e progredir... “A revolução de 7 de abril de 1831, trazendo à superfície, as idéias sufocadas pela reação monárquica, deu novamente azo ao princípio federativo para manifestar-se e expandir-se... “Desde 1824 até 1848, desde a federação do Equador até à revolução de Pernambuco, pode-se dizer que a corrente elétrica que perpassou pelas Províncias, abalando o organismo social, partiu de um só foco - o sentimento da independência local, a idéia de federação, basado, portanto, na independência recíproca das Províncias, elevando-se à categoria de Estados próprios, unicamente ligados pelo vínculo da mesma nacionalidade e da solidariedade dos grandes interesses da representação e da defesa exterior, é aquele que adotamos no nosso programa, como sendo o único capaz de manter a comunhão da família brasileira.” Tão federalista era o Partido Republicano que, no seu congresso realizado a 21 de março de 1883, decidiu fundar um jornal com o nome de *A Federação*.

No fim, a queda do Império resultou, em grande parte, do movimento federalista, agora esteiado no desenvolvimento econômico das províncias, que ansiavam por maior autonomia. A adesão de Ruy Barbosa aos ideias republicanos decorreu exatamente da obstinação do Império em continuar unitário e centralizador, como ele próprio confessa nestas palavras: “Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se incrustara irredutivelmente na resistência à federação. Esse *non possumus*, dos partidos monárquicos foi o seu erro fatal.”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Ao leitor estrangeiro cabe esclarecer que “Terra de Santa Cruz” foi o primeiro nome que foi dada à terra descoberta por Pedro Alvares Cabral, descobridor do Brasil, após uma denominação passageira de Monte Pascoal dada ao monte por ele inicialmente avistado. Por isso, Terra de Santa Cruz, no texto, refere-se ao Brasil.

<sup>7</sup> Cf., *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1932, p. 60.

### 3. Tentativas legislativo-constitucionais do federalismo

Tentou-se, em várias oportunidades, concretizar o federalismo por via legislativa, durante o Império. Na Constituinte de 1823, quando da redação do art. 10. da Carta Imperial, houve quem propusesse a configuração de uma *monarquia federativa*, que não vingou, em razão não só do autoritarismo de D. Pedro I, como também de certas doutrinas prevalentes na época, que não admitiam monarquia com federação. Os debates sobre o federalismo na Constituinte constituiu um dos motivos de sua dissolução, pois D. Pedro I aliava federação e república. Hoje, é possível reconhecer razão a D. Pedro I, pois, em verdade, o problema da *unidade nacional* se punha como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das instituições monárquicas. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e de uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam no País, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época.<sup>8</sup>

Em 1832, foi aprovado pela Câmara dos Deputados um projeto liberal, dispondo sobre a reforma constitucional, que dizia: "os eleitores dos Deputados para a seguinte legislatura lhes conferirão, nas procurações, que forem apostas, as proposições que se seguem: §1. *O Governo do Brasil Imperial será uma Monarquia Federativa.*" Seguiam-se outras proposições liberais, tais como supressão do Poder Moderador e da vitaliciedade do Senado, ma este, composto de conservadores, rejeitara o projeto da Câmara, como era lógico esperar.

Sobrevicou, desse debate, o Ato Adicional à Constituição do Império, de 12 de outubro de 1834, consubstanciando certa descentralização política em favor das Províncias, que alguns consideraram quase-federativas. Foi, sem dúvida, um passo na tendência federativa, mas não se instituiu a federação, porque não se dera às Províncias a autonomia constitucional que a fundamenta. Transformara os Conselhos Gerais das Províncias em *Assembléias Legislativas Provinciais* com competência para legislar sobre assuntos de interesse regional, inclusive esboçando uma discriminação de rendas entre o Governo central e o Governo provincial. Nesse particular, a emenda constitucional avançou bastante até, considerado o momento histórico e a reação contra as idéias federativas de então. Bem medidas as coisas, a competência das atuais Assembléias Legislativas

<sup>8</sup> Cf., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 32.

Estaduais não vai muito além daquela, que o Ato Adicional conferiu às Assembléias Provinciais. Nisso, tínhamos, efetivamente, um elemento básico da autonomia federativa: a *atribuição constitucional de competências exclusiva*. Faltou, porém, o outro elemento integrativo do conceito de autonomia federativa: a *atribuição constitucional de governo próprio, de autogoverno*, uma vez que os Presidentes das Províncias eram nomeados e exonerados livremente pelo Governo central.

Se o Ato Adicional de 1834 foi uma vitória parcial do ideal federalista, logo veio a reação com a Lei de Interpretação de 1840 (Lei n. 105, de 21.5.1840) que, sob o pretexto de interpretar o Ato Adicional, acabou reduzindo substancialmente a descentralização por ele instituída.

Outros projetos tentaram instituir a federação durante o Império, entre os quais cumpre lembrar o de Nabuco Araújo que propunha emenda constitucional criando a *monarquia federativa*, e um projeto de Ruy Barbosa em 1889.<sup>9</sup>

#### 4. Bases sócio-geográficas do federalismo brasileiro

Não faltavam bases sócio-histórico e geográfica para sustentar o ideal federativo. Assiste razão a Espínola, quando afirma que “o princípio federativo, a que obedeceu a Constituição de 1891, não traduz apenas o desejo de imitar o sistema norte-americano, mas corresponde à verdadeira compreensão das circunstâncias, às condições de nosso país e à opinião predominante de nossos publicistas e políticos”.<sup>10</sup>

Ruby Barbosa salientou, com sua irrecusável autoridade, as aspirações federativas da Nação brasileira, em páginas memoráveis, combatendo exatamente os exageros federativistas de alguns entusiastas que, na Constituinte de 1891, queriam estender a extremos a organização federativa da República recém-implantada, e aí sob forte influência do federalismo norte-americano. Dizia ele, então: “A revolução federativa penetrou, pois, nos fatos como torrente violentamente represada, cujos diques se arrasassem de um momento para outro; e invadindo a atmosfera política do país, com pujança de uma reação sem contrapeso...”.<sup>11</sup>

Tínhamos, como temos, um largo território, cheio de peculiaridades, onde se formou uma população com centros de interesses próprios, em-

<sup>9</sup> Cf., para mais pormenores, Oliveira Tórres, João Camillo de, *A Formação do Federalismo no Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional (Brasiliense), 1961.

<sup>10</sup> Cf., Espínola, Eduardo, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)*, 1o. volume, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 10.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, vol. 1, p. 60.

bora vinculados ao interesse mais amplo da nacionalidade. A formação geográfica do País, com situações ecológicas diversificadas, haveria de condicionar o desenvolvimento do ideal federalista brasileiro. A formação histórica da população nacional, ao longo dos séculos, revela um jogo de disjunção e integração, unidade e diversidade, que desempenhou papel fundamental no caráter de nossa organização política. Assim é que se começou a formação do País por meio de Capitanias, estancos, na sua administração, umbilicadas na Coroa portuguesa, único fio que as unia. "Eram núcleos perfeitamente definidos, oferecendo o Brasil a fisionomia de 'arquipélago cultural' descrita por historiadores e sociólogos."<sup>12</sup> Vieram os Governadores Gerais, dando-lhes mais integração. Separou-se o País em dois Vice-Reinos. Uniu-se de novo num único Vice-Reinado. Neste processo histórico, de separação e união formal, o elemento popular, especialmente aquela classe média surgida da antítese Senhor-Escravo, palmava a unidade nacional, sem quebrar a divisão formal, fundada nos vários centros de interesses que as Capitanias forjaram no Estado que se criava dentro da Colônia.

A antítese Senhor-Escravo foi sendo superada pelo desenvolvimento da classe popular livre. A libertação da escravatura engrossou essa classe, em oposição à aristocracia rural. Mas já se começava uma nova integração social, com o nascimento de uma indústria rudimentar.

Tais as linhas sociológicas do princípio federativo brasileiro, estimulado pela influência norte-americana. De um lado, os centros de interesses regionais, criados pelo sistema das Capitanias e mantidos através dos séculos pelos governadores gerais e pelas Províncias, base da disjunção, mas sem força bastante para uma divisão total, como ocorrera na América espanhola; por outro lado, o incremento do espírito aventureiro e de uma classe popular, forjando, no seu entrançamento pelo território pátrio, o princípio da unidade nacional, base da integração, que deu o Estado unitário do Império, mas sem poder suficiente para o unitarismo total. Esse processo, qualificado por esses aspectos contraditórios, encontraria sua síntese no sistema federativo, que veio depois com o Decreto n.1, de 15.11.1889, consolidado na Constituição de 1891.

É ainda no equilíbrio, melhor diria, no desequilíbrio, desses dois aspectos da nossa formação política que encontramos explicação para o fenômeno da política dos Governadores na Primeira República, com a deturpação do federativismo. Mas é também aí que se acha a explicação do outro fenômeno, não menos deturpativo da federação, qual seja a

<sup>12</sup> Cf., Oliveira Tôrres, João Camillo de, *op. cit.*, p. 88.

hipertrofia do poder central, gerador, no fundo, de verdadeiro Estado unitário, disfarsado, ou o *federalismo nominal*. Em verdade, estamos ainda buscando o equilíbrio federativo brasileiro, na esperança de que venha a ser encontrado na Constituição que a Assembléia Nacional Constituinte, ora reunida em Brasília, está elaborando.

### III. CONSTITUCIONALISMO FEDERAL

#### 1. *Questão de ordem*

O federalismo veio a traduzir-se em normas constitucionais com a proclamação da República pelo Decreto n.1, de 15.11.1889, como dissemos. O art. 1.º desse decreto proclamou “provisoriamente” e decretou, como forma de governo da Nação Brasileira — a *República Federativa*. As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficaram constituindo os *Estados Unidos do Brasil* (art. 26.). Autorizou a cada um dos Estados a decretar oportunamente a sua constituição e a eleger seus corpos deliberantes e os seus governos (art. 30.). Transformou o então Município Neutro (Rio de Janeiro) em sede do poder federal (art. 10, e veio a ser o Distrito Federal. Definiu, enfim, nos seus onze artigos, a nova situação constitucional, com ênfase especial ao *princípio federativo*.

Nesta parte deste estudo, vamos examinar a evolução do constitucionalismo federal nas várias constituições brasileiras, acentuando suas características em cada uma delas.

#### 2. *Federalismo na Constituição de 1891*

O federalismo constituiu o núcleo dos debates do Congresso Constituinte de 1890-1891. As controvérsias sobre a organização ocuparam a atenção dos constituintes até quase o impasse. As concepções exageradas e extremadas sobre a natureza dos Estados federados provocaram a reação de um dos políticos brasileiros, que, na época, conheciam a estrutura constitucional do Estado Federal. Ruy Barbosa produziu páginas justas a respeito dessa forma de Estado, combatendo os que desejavam conferir aos Estados-membros poderes de verdadeiros Estados soberanos, num rompante daquele aspecto do processo histórico, qualificado pelos centros regionais de interesse, que já registramos linhas atrás.

Enfim, a Constituição de 1891 consagrou o Estado Federal com o nome de *Estados Unidos do Brasil*. Constituiu-se o *federalismo dualista*, baseado na concepção de dois campos de poder, “cujos ocupantes governamen-

tais se defrontam como autoridades absolutamente iguais";<sup>13</sup> o campo de poder da União e o dos Estados-membros. Se o ideal federativo brasileiro deflui de nosso evolver histórico, há que reconhecer, contudo, que sua formulação normativa, em 1891, se caracterizou pelo modelo norte-americano, com uma imprecisa partilha dos poderes, de sorte que os conflitos cedo se manifestaram entre os dois campos de competências, especialmente, em matéria tributária, com a famigerada competência cumulativa do art. 12 da Constituição. Os Estados-membros ficaram com ampla liberdade de autoorganizar-se, respeitados os princípios de União (art. 63), o que gerou controvérsias intermináveis, porque, mau grado os esforços dos publicistas, nunca se chegou a uma delimitação satisfatória a respeito de tais princípios, que a Constituição não defenira. Os Municípios e o Distrito Federal quase ficaram esquecidos; um dispositivo para cada um, respectivamente o art. 67 e o art. 68. Assegurava-se aos Municípios autonomia em tudo quanto dissesse respeito a seu peculiar interesse. Só isso.

Em suma, os primeiros quinze artigos consubstanciavam o ajustamento das duas esferas de competência: União e Estados-membros, conferindo-lhes bases existenciais. Os artigos dezesseis a sessenta e dois organizavam a União, politicamente, e suas competências não tributárias vinham enumeradas especialmente no art. 34, como atribuição do Congresso Nacional. Os arts. 63 a 76 constituíam os fundamentos constitucionais da organização dos Estados-membros. *Territórios Federais* não existiam, mas, ainda na vigência da Constituição de 1891 (em 1902), surgiu, quase perturbadoramente, o Território do Acre (hoje Estado do Acre), que veio a constituir um novo componente da estrutura do Estado Federal brasileiro.

As normas constitucionais estruturadoras da Federação, entretanto, não foram eficazes, não se ajustaram à realidade sócio-cultural que sustinha o ideal federativo nacional; faltou vinculação entre o preceito lógico, escrito, e a realidade subjacente. Os constituintes de 91 não intuíram essa realidade, por isso o processo unidade-diversidade, com seus aspectos contraditórios, não encontrara o sistema de equilíbrio adequado na Lei Maior da Primeira República. Transplantando para cá basicamente os sistema federativo vigente nos Estados Unidos da América do Norte, nem sempre bem assimilado, não levaram em conta, além do mais, a diversidade de formação histórica. Lá, a Federação partiu da diversi-

<sup>13</sup> Cf., Schwartz, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Rio, Forense, 1966, p. 63, tradução portuguesa de Carlos Nayfeld.



20 FEB. 1989

dade absoluta para a União Federal; aqui, partiu-se da unidade absoluta para a separação federativa. Lá, os Estados-membros já estavam organizados, e não havia necessidade de a Constituição Federal firmar-lhes as bases existenciais; bastava criar a União e definir-lhe os contornos. Aqui, ao contrário, os Estados-membros é que teriam que ser criados, a partir das Províncias subordinadas, por isso sua estrutura, sua natureza e sua organização precisava ter sido feita na própria Constituição Federal. Isso não foi feito. Daí, os conflitos e a continuação do processo de disjunção-integração, e a crise do federalismo da Primeira República.

Dois elementos principais concorreram para a deformação do federalismo desse período, ambos decorrentes do sua má estruturação constitucional, mas também da nossa formação oligárquica: a *política dos governadores* e o *processo de decomposição da autonomia do Estado-membro por meio das intervenções federais*.<sup>14</sup>

A doutrina é de Campos Salles, Presidente da República (1898-1902): "Neste regime... a verdadeira força política, que no apertado unitarismo do Império residia no poder central, deslocou-se para os Estados. A *política dos Estados*, isto é, a política que fortifica os vínculos de harmonia entre os Estados e a União, é, pois, na sua essência, a *política nacional*. É lá, na soma dessas unidades autônomas, que se encontra a verdadeira soberania da opinião. O que pensam os Estados pensa a União."<sup>15</sup> E a pretensão *política dos Estados* deformou-se logo em *política dos governadores*, que repousava no compromisso *coronelistas*. Não havia partidos nacionais, mas partidos estaduais. Cada Estado tinha seu partido: o Partido Republicano Paulista, o Partido Republicano Mineiro, o Bahiano, o Riograndense, etc. "A estrutura partidária de cada Estado tornava-se ponto fundamental na determinação da importância que competia a cada um deles. A hegemonia do processo, avocada pelos Estados de grande força econômica e demográfica, Minas e São Paulo era garantida por suas organizações político-partidárias. Apresentavam quase o mesmo quadro: partido único que absorvia a totalidade das forças políticas (P.R.P. em São Paulo e P.R.M. em Minas Gerais) comandado por uma Comissão Central Executiva; lutas canalizadas para o nível intrapartidário; caráter monolítico no plano federal. De modo geral as representações paulista e mineira formavam grupos compactos no

<sup>14</sup> Cf., Machado Horta, Raul, *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, 1964, p. 146.

<sup>15</sup> Cf., em Faoro, Raymundo, *Os Donos do Poder*, 2a. ed., Porto Alegre, Editora Globo, 1977, p. 567.

Congresso Federal e, em seu nome, Minas e São Paulo asseguravam-se o controle da vida política nacional.”<sup>16</sup>

Firmada a supremacia dos grandes Estados, desenvolveu-se um mecanismo das intervenções federais em defesa da excessiva autonomia dos demais Estados.<sup>17</sup>

É de assinalar que o ano de 1917, ano da promulgação da Constituição Mexicana, assinala alguns fatos que iriam contribuir para a reação ao estado de coisas vigoraes. A par de intervenções ou ameaças de intervenções em alguns Estados (Espírito Santo, Mato Grosso, Pará; problemas também nos Estados do Piauí, Amazonas e Alagoas), entrada do Brasil na Guerra e desencadeamento da sucessão presidencial a partir de março, iniciava-se o período das contestações e foi nesse ano que ocorreu a *primeira greve geral dos operários*. Isso era o primeiro sinal de mudança na estrutura social brasileira; o surgimento de um elemento urbano perturbador da predominância da sociedade agrária fundada na economia de exportação de produtos primários. Encaminhava-se também para a ruptura dos grandes Estados.<sup>18</sup> Ao Emandao Constitucionais de 1926 foram medidas tendentes a corrigir as distorções do federalismo, dentre outras. Procurou-se definir melhor as regras do art. 60. que sempre foi o instrumento de que o Governo Federal se servia para intervir nos Estados. Era, porém, tarde.

Já começara um período de intensos movimentos revolucionários: Levante do Forte de Copacabana (1922), as Revoluções de 1924 (São Paulo, Coluna da Morte de João Cabanas), a Coluna Prestes (de 1924 a 1927). Todos promovidos pelos *Tenentes*. O *tenentismo* foi um movimento que haveria de influir no regime federativo por sua ideologia autoritária, elitista e centralizadora, na interpretação de Boris Fausto.<sup>19</sup> Maria do Carmo Campello de Souza, compartilhando dessa concepção, escreve: “Sua crítica reformista surge como uma componente dentro de um difuso complexo ideológico que expressava uma necessidade de modernização do país, permeando também as classes atradicionais, desenvolvido no bojo de um processo que se referia à ruptura do sistema federativo.” E logo, conclui: “A superação da ordem federativa descentrali-

<sup>16</sup> Cf., Carmo Campello de Souza, Maria do, estudo citado, in Carlos Guilherme Mota, *op. cit.*, p. 187.

<sup>17</sup> *Idem*, pp. 188-189.

<sup>18</sup> Cf., Carone, Edoard, *A Republica Velha, II - evolução política (1889-1930)*, 3a. ed., São Paulo, DIFEL, 1977, pp. 330 e ss.

<sup>19</sup> Cf., *A Revolução de 1930*, 2a. ed., São Paulo, Brasiliense, 1972, p. 63 e seguintes. Não é a interpretação de Maria Cecília Spino Forjaz, *Tenentismo e Política*, São Paulo, Paz e Terra, 1977, pp. 26 e seguintes.

zada, já perceptível nos anos vinte, encontrou condições de viabilidade para seu desencadeamento em 1930, efetuando-se de forma mais nítida com a promulgação do Estado Novo.”<sup>20</sup>

### 3. Crise e ressurgimento do federalismo: A Constituição de 1934

Outro decreto, também de um governo provisório, o de n.19 398, de 11.11.1930, superou o sentido daquele de 15.11.1889, invertendo os termos de nosso processo histórico: adotando o aspecto integracionista, unitarista, contra o vigente, disjuncionista, que a política dos Governadores, em última análise, encarnava. Por ele o governo provisório passara a exercer discricionariamente não só as funções do Poder Executivo, mas também as do Poder Legislativo, pois dissolvia o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras Municipais. Mantinha em vigor as Constituições Federal e Estaduais, as leis e decretos federais e municipais, todos, porém, inclusive as próprias constituições, sujeitos às modificações e restrições nele contidas ou em decretos e atos posteriores do governo provisório ou de seus delegados, na esfera de suas atribuições (art. 4o.). Vale dizer, tornou flexíveis as normas constitucionais que poderiam, assim, ser alteradas por normas de caráter ordinário. Suprimiu-se assim a autonomia dos Estados-membros, que passaram a ser governados por interventores federais.

A autonomia normativa estadual desapareceu sob o império da legislação central reguladora da administração estadual e municipal, que se intrometia nas intimidades da auto-organização, dispondo sobre criação de Secretarias, supressão de municípios, vencimentos dos Interventores, Secretários de Estado e Prefeitos Municipais.<sup>21</sup>

O decreto, contudo, apesar de unitarista, manteve e consagrou, nominalmente pelo menos (os centros de interesses, como fato social, e também oligárquico, não haviam desaparecido, e mereceram a homenagem formal), os componentes do Estado Federal, sucessivamente enumerados no final do art. 8o., ao mencionar autoridades e agentes: *da União Federal, dos Estados, dos Municípios, do Território do Acre e do Distrito Federal*. Nisso, deu-se satisfação nominal ao ideal federativo, mas a centralização foi total quase quatro anos até que veio a Constituição de 1934, que procurou o equilíbrio entre aquelas duas forças, constantes de nosso evolver histórico: *disjunção-integração*.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, in Carlos Guilherme Mota (org.), *Brasil em Perspectiva*, pp. 225-226.

<sup>21</sup> *Cf.*, Machado Horta, Raul, *op. cit.*, p. 162.

Surgia, com ela, a Segunda República e o novo Estado Federal brasileiro. Seu art. 1o. estatuiu: "A Nação Brasileira, constituída pela *união* perpétua e indissolúvel dos *Estados*, do *Distrito Federal* e dos *Territórios* em *Estados Unidos do Brasil*, mantém como forma de governo, sob o regime representativo, a *República Federativa* proclamada em 15 de novembro de 1889." Defeituosamente, dava que a *Nação Brasileira* era constituída pela União dos Estados, Distrito Federal e Território. Na verdade, deveria dizer que a *Federação Brasileira*, não a Nação, é que era constituída daqueles elementos.

Importa, porém, verificar que os Territórios foram constitucionalizados. União, Estados, Distrito Federal e os Territórios aparecem como elementos componentes da Federação. Os Municípios não constam como componentes, logo não são considerados entidades federativas. Mas já mereceram maior destaque na Constituição de 1934, especialmente no seu art. 13. Também o Distrito Federal e os Territórios despontam como entidades de maior relevo, pois que fazem parte da União, e tiveram tratamento mais desenvolvido (arts. 15 e 16).

Deu-se maior precisão à partilha de competências. As da União foram enumeradas com minúcias e amplamente (art. 5o.). Enunciaram-se algumas dos Estados (art. 7o.). Considerando as peculiaridades locais, conferiu-se aos Estados-membros o poder de legislar supletiva e complementarmente sobre matérias de competência legislativa expressa da União, a fim de "suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta" (art. 5o. & 3o.). Abriu-se assim um campo de *normas principiológicas* (normas gerais e normas fundamentais) de competência federal sobre diretrizes da educação nacional, direito rural, regime penitenciário, arbitragem comercial, assistência social, assistência judiciária, estatísticas de interesse coletivo, desapropriações, rádio-comunicações, emigração, imigração, riquezas do subsolo mineração, e outras, com autorização aos Estados para legislar sobre a mesma matéria supletiva e complementarmente, o que foi inovação no sistema federativo que rompeu com o federalismo dualista da Primeira República.

Mas não foi só. Criou-se também uma área de competência concorrente entre a União e os Estados-membros, com supremacia da legislação federal (art. 10), sobre saúde e assistência pública, proteção das belezas naturais e momentos de valor histórico, artístico; promoção da colonização; fiscalização da aplicação da legislação social; instrução pública. A partilha das rendas tributárias sofreu um processo de reformulação que afastou os defeitos fundamentais da Constituição de 1891, atribuindo-se fontes próprias à União, aos Estados e aos Municípios (arts. 6o., 8o. e

13, § 2o.), numa técnica exaustiva de enumeração de competência impositiva para as três esferas governamentais.

Estabeleceu-se um sistema de vedações constitucionais (arts. 11, 17 e 19), ainda como normas de ajustamento federativo. Ainda assim, o equilíbrio não foi encontrado. Temos, para nós, que, se essa fórmula houvesse sido adotada com a Primeira República, o federalismo brasileiro talvez se tivesse firmado no correr das décadas que antecederam a Revolução de 30. O mais seria questão de retoque e aprimoramento em face da evolução do País. Quando tais inovações foram acolhidas na Constituição de 1934, as dissensões políticas, especialmente as pressões do espírito disjuntivo, representativo de interesses oligárquicos, que tiveram no federalismo estadualista seu momento de fastígio, naturalmente ressabiado com o unitarismo recente, e novos fatores políticos, de natureza ideológica, acabaram por provocar a ruptura constitucional pelo golpe de Estado de 10.11.1937.

#### 4. *Eclipse do ideal federativo na Carta de 1937*

Não cabe, aqui, pesquisa mais profunda sobre a crise constitucional da década de 30, que desembocou na ditadura Vargas. Sabe-se que Getúlio Vargas subira ao poder pela primeira vez como líder civil da Revolução de 1930, rompendo com a Primeira República. Inclinando-se para a questão social, cria logo o Ministério do Trabalho, questão social que o regime de 1891 tratava como questão de polícia. Getúlio governou discricionariamente até a promulgação da Constituição de 1934, quando foi eleito pela Assembléia Nacional Constituinte para um novo mandato de quatro anos, dando o golpe de 10.11.1937, criando o Estado Novo, mediante a outorga da Carta Constitucional da mesma data, quando já se desenvolvia a campanha eleitoral para sua sucessão na Presidência.

O Estado Novo sufocou o federalismo, retornando ao sistema unitário tal como ocorrera durante o governo provisório (1930-1934), apesar de a Constituição de 1937 insistir na afirmação formal de que o Brasil era um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 3o.), com enunciado mais correto do que o da Constituição de 34.

Marchávamos, desde 34, para o Estado social intervencionista (nem sempre democrático) que postula fortalecimento do poder central, e, pois, nova concepção de federalismo. Não se tratava, agora, de simples luta entre os aspectos contraditórios de disjunção-integração. Tornava-se imperioso meditar sobre as novas tarefas do Estado, para assentarem-se em

bases sociológicas os novos princípios constitucionais do federalismo. O abandono do Estado liberal burguês impunha também a superação do federalismo clássico que constituía uma de suas facetas, no mecanismo de enfraquecimento do poder, em consonância com a teoria política de Montesquieu.

Mas o regime de 37, de fato, revogou pura e simplesmente o federalismo brasileiro, embora, de direito e formalmente, o reconhecesse no já citado art. 30. de sua Constituição. Apesar disso, no art. 40. insinuava uma manifestação do unitarismo, quando estipulava que o território federal compreendia os territórios dos Estados e os diretamente administrados pela União, podendo acrescer com novos territórios. Firmava-se aí a unidade territorial, aliás existente em qualquer Federação, mas, na Carta de 37, essa declaração assumia importância relevante, em confronto com outras idéias e normas de caráter unitário, como aquelas constantes do art. 20. proibitiva de outras bandeiras e armas. Foi mesmo característica marcante da Carta de 37 o centralismo de poder, quer vertical como horizontal. Se assim era em teoria e nos conceitos constitucionais, na prática tornou-se ainda mais intensa essa característica através da política ditatorial e interventorista, decorrente do Decreto-lei n. 1202, de 8.4.1939, que eliminou, de vez, a autonomia das comunidades regionais e locais.

Outra manifestação do desrespeito à autonomia dos Estados, acha-se na norma do art. 60., onde se permitia à União criar, no interesse da defesa nacional, com partes desmembradas dos Estados, territórios federais, cuja administração seria regulada em lei especial. Com base nessa autorização, vieram os Decretos-leis ns. 4 102, de 9.2.1942, criando o Território Federal de Fernando de Noronha, e n. 5 812, de 13.9.1943, constituindo os Territórios do Amapá, do Rio Branco, de Guaxupé, de Ponta Porã e do Iguaçú, dentre os quais somente o de Fernando de Noronha caracterizava a exigência do interesse da defesa nacional. E o parágrafo único do art. 80. ainda consignava que o Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadasse receita suficiente à manutenção dos seus serviços, seria transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira.

Curioso notar que as unidades regionais continuavam a ser nomeadas como Estados.

É de reconhecer, além disso, que, formalmente ao menos, o sistema de partilha das competências era melhor do que a das Constituições anteriores. Enumeraram-se as matérias de competência da União nos arts. 15 e 16, permitindo delegação de competência privativa dela aos Estados,

bem como a possibilidade de legislação estadual “no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais”, ou, em não havendo lei federal, sobre as matérias previstas no art. 18: riqueza do subsolo, mineração, metalurgia, águas energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; radiocomunicação; assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações climáticas: crédito agrícola, processo judicial e extrajudicial. Manteve-se, por outro lado, a técnica de discriminação exaustiva das rendas tributárias, conferindo fontes próprias à União (art. 20), aos Estados (art. 23) e aos Municípios (art. 28), conciliada com o sistema de atribuições de cotas em tributos de outra entidade. As normas de vedações completavam o regime discriminatório dos poderes entre as entidades federativas. Os Municípios tiveram sua autonomia fortalecida, formalmente apenas, pois, como os Estados, eram administrados por interventores.

Como bem nota Raul Machado Horta, o federalismo nominal não passou do texto escrito e perdurou inaplicado, acrescentando, aliás, que:

O federalismo nominal da Carta de 1937 nem sequer durou no texto constitucional, pois, na realidade, dali desapareceu em virtude de singular processo de desconstitucionalização.

A rigidez da Constituição curvou-se ao voluntarismo dos Decretos-leis, e o texto constitucional adquiriu flexibilidade no contacto dominador da vontade legislativa monopolizada pelo Presidente da Republica.

E logo adiante, conclui que a “flexibilidade constitucional converteu o Estado Federal nominal em Estado unitário descentralizado e, conseqüentemente, o Estado-membro desapareceu na colectividade local.”<sup>22</sup>

#### IV. COMPONENTES DA FEDERAÇÃO

##### 1. Os Estados-membros

###### A. A federação

A *federação* é uma forma de Estado que compreende a *União* e as coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de *Estados-federados*, *Estados-membros* ou simplesmente *Estados*. Nessa composição, às vezes, entram outros elementos, como o *Distrito Federal* e os *Terri-*

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pp. 203, 204, 205 e 206.

tórios *Federais*, como ocorre no caso brasileiro, conforme disposto no art. 1o. da Constituição Federal que declara que o Brasil é uma República *Federativa*, constituída pela *União* indissolúvel dos *Estados*, do *Distrito Federal* e dos *Territórios*. Examinaremos aqui esses componentes da federação, mas teremos também que destacar os *Municípios*, não caracteristicamente entidades federativas, não constam como tal no art. 1o. citado, mas constituem unidades político-administrativas, autônomas, reconhecidas pela Constituição, e há forte tendência, na Assembléia Constituinte, ora reunida, em considerá-los como entidades federativas na enumeração dos componentes da federação.

### B. A União

A *União* aparece como entidade essencialmente federativa, ao lado dos Estados-membros. Constitui o conjunto das comunidades autônomas menores constitutivas do Estado Federal. Engloba ela, como uma associação de direito constitucional, as demais entidades territoriais, que formam a federação. Não se confunde, entretanto, com o Estado Federal, nem é, propriamente, a federação, como, à vezes, certos autores dão a entender. Nem é simples conjunto de seus componentes: Estados-membros, Distrito Federal e Territórios; compreende a todos. Como uma espécie de associação, forma ela entidade distinta da mera soma de seus componentes. Sua conceituação não é fácil, tal a complexidade de suas características. Seu território abrange todo o território físico estatal. Nisto, confundem-se a União e o Estado brasileiro: o Brasil, entidade de direito das gentes, e a União, entidade de direito Constitucional, têm o mesmo domínio territorial físico. Mas o Brasil, a República Federativa do Brasil, é *mais* do que a simples União Federal, a despeito de a Constituição dizer que o Brasil é uma República Federativa, constituída pela *união* indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 1o.).

Em sentido jurídico, o território estatal brasileiro é mais amplo do que o território da União. Nesse sentido, o território constitui, como diz Kelsen, o âmbito de validade da ordem jurídica do Estado. A ordem jurídica, no caso, é a do Brasil, como entidades de direito das gentes, que é *mais* do que a ordem jurídica da União, porquanto abrange também as ordens jurídicas particulares das entidades regionais e locais autônomas. Ora, a ordem jurídica da União difere da ordem jurídica dos Estados-membros. A distinção decorre das normas constitucionais, por isso mesmo é que existe federação. No Estado Federal, cada Estado-membro tem sua ordem jurídica, mais ou menos intensa, conforme a

natureza do sistema federativo. Nos Estados Unidos da América do Norte, a ordem jurídica do Estado Federal é quase a soma das ordens jurídicas dos Estados-membros, contribuindo a União com uma ordem jurídica mais de caráter geral. Na República Federativa do Brasil, ao contrário, a ordem jurídica do Estado Federal forma-se quase totalmente da ordem jurídica da União, concorrendo os Estados Federados, para sua composição, com uma ordem jurídica fraca, quase restrita a problemas de organização administrativa, policial, financeira e de previdência, assim mesmo muito limitada pela Constituição vigente.

A população constitutiva do Estado brasileiro é a mesma sobre que domina a União. Mas, porque a ordem jurídica daquele se constitui de todas as ordens jurídicas particulares vigentes no interior do País, sua eficácia é mais do que a eficácia da ordem jurídica da União. A eficácia e a validade, por assim dizer, vertical, da ordem jurídica da União só presidem aos fatos, sobre os quais incide sua competência. A eficácia e a validade vertical da ordem jurídica do Estado Federal —do Brasil—, ao contrário, presidem a toda a vida no interior do País, porque abrangem a competência da União e de todas as entidades territoriais autônomas, ressalvado sempre o que já deixamos expresso antes: o sistema constitucional vigente praticamente eliminou o federalismo brasileiro, o que significa supressão de ordens jurídicas de entidades menores.

### C. Formação dos Estados membros

Não obstante isso, é pertinente, nesse escorço histórico do federalismo brasileiro, dizer algumas palavras sobre a formação dos Estados-membros, cujas raízes podem ser descobertas nas Capitâneas Hereditárias do Século XVI. Nestas, como acenamos antes, é que se constituíram os centros de interesse e a base sociológica das comunidades regionais, que, expandindo-se ou subdividindo-se, vieram, mais tarde, a constituir as Províncias do Império. Estas autarquias territoriais, debateram sempre por maior autonomia dentro do Estado unitário imperial. Chegaram mesmo a conquistar certo poder autônomo com o Ato Adicional de 1834 que, no entanto, foi substancialmente reduzido com a lei interpretativa promulgada em 1840.

Em síntese, a evolução processou-se da seguinte forma: as Capitâneas Hereditárias eram autarquias inteiramente desvinculadas umas das outras, dirigidas por um Capitão (daí seu nome) e outros auxiliares e representantes do Rei. Regiam-se pelas leis da Metrôpole, embora se reservassem, a seus titulares —os Capitães—, poderes bastante amplos. Proclamada a

Independência e promulgada a Constituição imperial de 1824, o território brasileiro continuou dividido em Províncias, as quais poderiam ser subdivididas como pedisse o bem do Estado (art. 2o.), mas não dispunham da mínima autonomia constitucional. A centralização predominou nesses primeiros tempos do Império. As Províncias eram dirigidas e administradas por um Presidente e um Conselho Geral.

O Presidente era nomeado pelo Imperador, que poderia removê-lo, quando entendesse conveniente ao bom serviço do Estado (art. 165), o qual tinha suas atribuições, competência e autoridade reguladas por lei do Império.

A Constituição reconhecia e garantia o direito a todo cidadão de intervir nos negócios de peculiar interesse de sua Província; direito esse que se exercitava através das Câmaras dos distritos e do Conselho Geral da Província, que era composto de vinte e um membros nas mais populosas como Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul; e de treze membros nas outras. Os membros eram eleitos na mesma ocasião e da mesma maneira da eleição dos Deputados à Assembléia Geral. Os Conselhos provinciais não tinham poder de deliberar em definitivo; enfim, não tinham qualquer parcela, por mínima que fosse, do poder legislativo. Não tinham sequer a autonomia de se darem regimentos internos, que lhes eram ditados pela Assembléia Geral (órgão legislativo do Império).

O sistema sofreu substancial alteração com o Ato Adicional de 1834, já mencionado, que começa por substituir dos Conselhos Gerais das Províncias por Assembléias Legislativas Provinciais (art. 1o.), permitindo mesmo a criação de uma segunda Câmara Provincial, por lei nacional (art. 3o.). As Assembléias Legislativas Provinciais compunham-se de 36 membros nas Províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas e São Paulo; de 28 membros nas do Pará, Maranhão, Ceará, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Sul; de 20 membros nas demais. Esses membros eram eleitos pela mesma forma da eleição dos Deputados à Assembléia Legislativa Geral.

Proclamada a República, o Decreto n. 1, de 15.11.1889, como vimos, declarou ficar decretada, como forma de governo da nação brasileira, a República Federativa, transformando as Províncias do Brasil em Estados Unidos do Brasil. A Constituição de 1891 consolidou a República e a Federação decretada, e, no art. 2o., dispôs que cada uma das antigas Províncias formassem um Estado, estabelecendo o regime jurídico-constitucional dessas entidades nos arts. 63 a 67. Estava, assim, constituída a Federação Brasileira e formados os seus Estados-membros, do Norte para

o Sul: Amazonas, Pará, Maranhão, Ceará, Piauí, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso. A eles, acresceram-se ao longo do tempo, por divisão territorial e elevação de Território à condição de Estados: Acre, Mato Grosso do Sul e Rondônia, num total de 23 Estados.

#### D. Posição dos Estados na federação

Nos albores do federalismo, o grande debate que se travou girou em torno da posição dos Estados-membros na Federação. Muitas teorias se elaboraram sobre a natureza jurídica do Estado Federal. O próprio art. 3º. do Decreto n. 1/1889, que instituiu os Estados-membros da Federação brasileira, declara-os dotados de *soberania*, o que é um erro, hoje, reconhecido pela doutrina. A soberania é qualidade de um ente público capaz de determinar seus próprios poderes, sem qualquer subordinação jurídica ou política a qualquer outra entidades. Essa qualidade só é encontrável no Estado como pessoa jurídica de direito internacional, não sendo pertinente aos Estados Federados que não têm personalidade internacional.

Os Estados-membros são dotados de poderes próprios, mas por atribuição constitucional através de outorga do poder constituinte nacional. Eles, por si, não gozam de capacidade para autodeterminar-se primariamente, pois possuem poderes derivados de um poder mais alto, que é o poder constituinte federal, nacional. O poder constituinte, estruturador da constituição do Estado-membro, é limitado ao ditames que lhe traça o poder constituinte nacional, através da Constituição Federal. Não tem eles representação internacional. Perante as outras nações, não existem juridicamente. São pessoas jurídicas de direito público interno. Constituem criação do direito constitucional pura e simplesmente.

Enquanto o *Estado Federal* é entidade suprema e dominante em relação a um povo localizado num território e possui governo soberano, qualidades essas que não encontram, juridicamente falando, elementos que lhes superponham, estando em relação aos demais Estados e nações em posição de coordenação jurídica, já os *Estados-membros* têm, a um tempo, uma posição de subordinação e coordenação. Subordinação relativamente ao todo, ao poder constituinte federal; não dominam sozinhos sobre a população e seu território, e seu governo está limitado ao círculo de competências que lhe traça a Constituição Federal. Coordenação no que

tange aos demais Estados-membros da mesma federação e também, sob certos limites, relativamente à União Federal.

#### E. Criação de novos Estados

Outra questão que se coloca no federalismo é a da *criação de novos Estados*. As Constituições de 1891, 1934 e 1937 previram a formação de novos Estados por incorporação, subdivisão ou desmembramento, mediante aquiescência das respectivas Assembléias Legislativas e aprovação do Congresso Nacional. A essas exigências a Constituição de 1946 acrescentou a consulta plebiscitária das populações diretamente interessadas. A de 1967 e a atual não regularam diretamente a matéria. Apenas dispuseram, em seus art. 3o., que a *criação de novos Estados e Territórios dependerá de lei complementar*. Configura-se aí uma norma dependente de legislação, portanto, de eficácia limitada, que somente será integrada com a expedição da referida lei complementar. Dirige-se ao legislador, a que cabe disciplinar a criação de novos Estados e Territórios.

A lei complementar prevista sobra campo amplo de atuação da norma do art. 3o. da Carta Magna. Permite-se-lhe regular a criação de novos Estados em decorrência do desmembramento, incorporação, subdivisão ou fusão de áreas do território nacional, levando em conta os aspectos gerais fisiodemográficos (extensão territorial e densidade populacional), sócio-econômicos (desenvolvimento econômico e integração nacional) e sócio-político (desejo das populações locais e segurança nacional), conforme proponha anteprojeto de lei complementar elaborado pelo Ministério da Justiça e apresentado ao Presidente da República, mas que não teve sequência, pois o poder miliar dominante preferiu utilizar a lei complementar caso a caso, com razoável dose de arbítrio, pois dividiu território estadual (Mato Grosso em Mato Grosso e Mato Grosso do Sul) e fundiu territórios de mais de um Estado (Estado da Guanabara e Estado do Rio de Janeiro, formando o atual Estado do Rio de Janeiro), sem consulta às populações interessadas. Anteprojeto de Constituição ora em discussão na Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte prevê a criação de mais cinco Estados, por divisão de outros: o de Tocantins, com parte (Norte) do Estado de Goiás; Santa Cruz, com parte Sul do Estado da Bahia; Triângulo, com a região do Triângulo mineiro (Estado de Minas Gerais); Maranhão do Sul, com parte do Sul do Estado do Maranhão; Tapajós, com parte Oeste do Estado do Pará. Duvida-se que o Plenário da Assembléia Nacional Constituinte faça essa divisão. A tendência é criar uma Comissão para a revisão territorial do

País, inserindo no texto da nova Constituição norma semelhante aquela da Constituição de 1946 que possibilite a criação de novos Estados.

#### F. Autonomia dos Estados

Não existe Federação sem autonomia das coletividade regionais. A Constituição Federal, formalmente, assegura *autonomia* aos Estados-membros quanto à capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração, conforme seu art. 13, que estatui que os *Estados se organizarão e se regerão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros, os seguintes princípios...* Seguem-se extensa enumeração que limita profundamente a autonomia estadual, como se verá em sequência.

#### G. Capacidade de auto-organização dos Estados

A *Capacidade de auto-organização dos Estados* efetiva-se pela adoção de *constituição própria* e de *competência normativa* sobre matéria exclusiva.

Isso implica a existência de *poder constituinte* em cada Estado, de onde surge o primeiro problema de organização, qual seja o dos limites do *poder constituinte estadual*.

Há graves discussões doutrinárias a respeito da natureza do poder constituinte estadual, considerado *poder constituinte decorrente*, porque *decorre* do constituinte originário através da Constituição Federal, e não se destina a rever a sua obra, pelo que não se confunde com o poder constituinte derivado ou poder de revisão constitucional.<sup>23</sup> A "autonomia pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas que é o heterônimo. A zona de determinação é imposta às constituições estaduais pela Constituição Federal",<sup>24</sup> que assegurou aos Estados capacidade de auto-organização, respeitados os princípios nela estabelecidos e os enumerados no própria art. 13.

Esse princípios circunscrevem a atuação do constituinte estadual, e podem ser discriminados em três grupos:

<sup>23</sup> Cf., Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, *Curso de Direito Constitucional*, 7a. ed., São Paulo, Sariaiva, 1978, p. 37; nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 4a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 129.

<sup>24</sup> Cf., Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 9a. ed., México, Editorial Porrúa, 1968, p. 135.

1o. *Princípios constitucionais ditos sensíveis*, que são os indicados no art. 10, VII, da Constituição, ou seja, observância de forma republicana representativa, temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes, independência e harmonia dos Poderes, garantias do Poder Judiciário, autonomia municipal, prestação de contas da administração, proibição ao deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do art. 34, salvo a função de secretário de Estado;

2o. *Princípios federais extensíveis*, que são regras de organização da União, cuja aplicação a Constituição estendeu aos Estados. São enumerados nos itens II a IX do art. 13, sem técnica nem homogeneidade, e são os seguintes: forma de investidura nos cargos eletivos, o processo legislativo, a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e financeira, normas relativas aos funcionários públicos, inclusive aplicação, aos servidores estaduais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal, proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias, emissão de títulos da dívida pública de acordo com o estabelecido na Constituição Federal (art. 42, VI, isto é, nos limites e condições fixadas em resolução do Senado Federal, por proposta do Presidente da República), aplicação aos deputados estaduais o disposto no art. 35 e seus parágrafos no que couber (o art. 35 e seus parágrafos definem hipóteses e procedimentos de perda de mandatos dos deputados federais e dos senadores), e aplicação, aos Tribunais de Contas dos Estados, do limite de no máximo sete membros e vedação de exercer atividades político-partidárias, entre outras;

3o. *Princípios constitucionais estabelecidos*, são aqueles que se deduzem de regras constitucionais de caráter vedatórios, ou de princípios de organização política, social e econômica, que determinam restrições à atuação estadual, cuja descoberta requer pesquisa, no texto constitucional federal. Uns são *expressos*, como as vedações dos arts. 9o., 19 e 20. Outros são *implícitos*, como adoção de executivo estadual unipessoal e a organização do legislativo estadual unicameral. Outros são *decorrentes*, como o respeito dos Estados entre si, decorrente do princípio federativo da paridade das coletividades membros, etc.

#### H. Capacidade de autogoverno

A *capacidade de autogoverno* encontra seu fundamento constitucional explícito nos § 2o. e 6o. do art. 13 da Constituição Federal ao determinarem, respectivamente, que a eleição do Governador e do Vice-Gover-

nador de Estado se fará por sufrágio universal e voto direto e secreto e que o número de deputados à Assembléa Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados (federal) e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os deputados federais acima de doze. Acrescentese ainda a previsão de Poder Judiciário próprio no art. 144. Assim a organização governamental dos Estados ressaí de esquema genérico traçado na Constituição Federal e nos princípios por esta adotados, já indicados, tais como: forma republicana representativa, harmonia e independência dos poderes, sistema presidencialista.

Disso decorre que as funções de governo dos Estados, uniformemente estabelecidas, são repartidas entre três órgãos, em obediência ao princípio da divisão de poderes, previsto para a União, e de observância obrigatória nas constituições estaduais. Assim, a função legislativa cabe a uma *Assembléa Legislativa* (unicameral, vedado implicitamente a adoção de Senado Estadual); a executiva é entregue a um *Governador do Estado* (unipessoal, de acordo com o sistema presidencialista); a jurisdicional, ao *Tribunal de Justiça* e outros tribunais e juizes.

### I. Capacidade de auto-administração

*A capacidade de auto-legislação e auto-administração* estão formalmente reconhecidas no sistema brasileiro, conforme dispõe o art. 13, § 1o., da Constituição Federal, segundo o qual *os Estados se regerão pelas leis que adotarem e a eles são conferidos todos os poderes que, explicita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.*

Reservam-se, aí, aos Estados, as competências que não lhes sejam negadas explicita ou implicitamente. Em outras, palavras, cabem-lhes competências reservadas ou remanescentes, ou seja as que sobram da enumeração feita em favor da União e das indicadas para os Municípios.

A administração e a legislação dos Estados, que revelam autonomia, hão que recair sobre matéria de sua competência exclusiva. Sem capacidade normativa sobre matéria exclusiva não existe autonomia federativa. É, porém, muito limitada a área de competência dos Estados no sistema constitucional vigente. Sua competência restringe-se basicamente ao campo de sua organização administrativa e financeira, pouco restando no campo econômico-social. No social, eles ainda podem expandir-se mais em matéria de prestação de serviço de saúde, assistência e promoção

social e educação. Sobre essas matérias os Estados podem legislar, suplementiva e complementarmente, respeitada a legislação de normas gerais da União.

## 2. Do Distrito Federal

### A. *Natureza*

O *Distrito Federal* surgiu da transformação do antigo Município Neutro, que era a sede da corte e capital do Império. Passou a ser a sede do governo da União e capital da República.

Não é Estado. Não é Município. É o território onde está a cidade (Brasília) Capital da União (art. 2o.). Tem, pois, a função de servir de sede do governo federal. Sua posição é peculiar; sua natureza jurídica, controvérsida. Competem-lhe atribuições que são próprias do Estado e outras que são de natureza municipal. Não goza de autonomia político-constitucional, como os Estados e Municípios. Não dispõe de capacidade de auto-organização (sua organização se faz por uma lei orgânica votada pelo Congresso Nacional) nem de autogoverno (pois não tem órgão legislativo nem executivo próprios), mas lhe cabem competências exclusivas mais amplas que as dos Estados e dos Municípios, porque englobam as atribuições de ambos.<sup>25</sup>

Trata-se, a nosso ver, de uma *autarquia territorial*, pois goza de autonomia administrativa e possui personalidade jurídica de direito público interno.

### B. Governo do Distrito Federal

Vimos que o Distrito Federal, no sistema vigente, não tem governo próprio. Suas funções administrativas são exercidas por um *Governador* nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado o nome pelo Senado Federal (arts. 17, § 2o., e 42, II, da Constituição Federal). A futura Constituição, no entanto, deverá mudar essa situação, por uma sistema governamental constituído de Poderes Executivo e Legislativo próprios.

<sup>25</sup> Anteprojeto da futura Constituição prevê a autonomia de auto-organização, auto-governo, auto-legislação e auto-administração do Distrito Federal, que, ao final, deverá prevalecer.

### C. *Legislação do Distrito Federal*

O Distrito Federal não possui, pelo visto, órgão legislativo próprio, no sistema vigente. Mas tem competência exclusiva que demanda normatividade legislativa. Tem encargos a realizar. Executa obras. Presta serviços públicos. É titular de tributos privativos, que são os mesmos previstos para os Estados e Municípios. Arrecada rendas. Aplica recursos. Efetua despesas. Elabora orçamentos. Mantém quadro de funcionários próprios. Tudo isso demanda lei, em observância do princípio da legalidade.

A Constituição resolveu o problema conferindo ao Senado Federal competência para discutir e votar projetos de lei sobre matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da Administração do Distrito Federal. Isto é, as leis do Distrito Federal emanam do Senado Federal. Tudo indica, como dissemos antes, que a futura Constituição vai dotar o Distrito Federal de órgão legislativo próprio: Assembléia Legislativa, como nos Estados.

### D. *Judiciário do Distrito Federal*

A organização judiciária do Distrito Federal é estabelecida por lei do Congresso Nacional. Seu Judiciário compõe-se de Tribunal de Justiça, como órgão de segunda instância, e de juizes de direito, de primeira instância, tal como nos Estados.

## 3. *Dos Territórios Federais*

### A. *Origen dos territórios*

A Constituição de 1891 não dispôs sobre a possibilidade de formação de Territórios Federais. Contudo, em 1903, o Brasil adquiriu da Bolívia o Território do Acre, que não se incorporou a nenhum Estado, embora o Estado do Amazonas o reivindicasse. Ao contrário, a União entendeu de subordiná-lo a seu domínio pela Lei n. 1 181, de 25.2.1904. Firmara-se, então, o princípio de que a União poderia instituir Territórios Federais a ela subordinados. A Constituição de 1934 admitiu-os como componentes da união indissolúvel. A Carta de 1937 admitira três fontes diferentes de instituição de Territórios Federais: *a)* os formados por áreas incorporadas ao País conforme as regras de direito internacional; *b)* os provenientes de Estados que revelassem incapacidade financeira; *c)*

os criados com partes desmembradas dos Estados, no interesse da defesa nacional. O Acre já existia com base na primeira fonte e outros foram criados com base na última.

Hoje, restam três Territórios Federais: *Amapá*, *Roraima* e *Fernando de Noronha*.

### B. Natureza dos Territórios

Os Territórios Federais são mencionados em vários dispositivos da Constituição para incluí-los entre os componentes da Federação (art. 1o.), indicar o modo de sua criação (art. 3o.), atribuir competência para sua organização, que é do Congresso Nacional (art. 17), prever seu sistema tributário (art. 18, § 4o.), prever sua organização judiciária, dar-lhe representação na Câmara dos Deputados, etc.

Embora com alguma diferença do Distrito Federal, parece-nos que sua natureza é também de *autarquia territorial*. O Decreto-lei n. 411, de 8.1.1969 (lei orgânica dos Territórios), atribui-lhes a condição de "unidades descentralizadas da Administração federal, com autonomia administrativa e financeira, equiparados para os efeitos legais, aos órgãos de administração indireta", o que, na verdade, significa equipará-los às autarquias. Não se trata de mera desconcentração administrativa como alguns autores entendem, mas de verdadeira autarquia de base territorial, e, assim, com autonomia administrativa.

### C. Organização administrativa

A *organização administrativa dos Territórios* é estabelecida em lei federal. Cada Território é administrado por um *Governador*, nomeado pelo Presidente da República depois de aprovado o nome pelo Senado Federal, o qual é auxiliado por Secretário de Governo nomeado por ele, havendo também um Conselho Territorial constituído de seis membros com funções consultivas e de controle administrativo sobre certos atos do Governador.

Os Territórios são divididos em Municípios, como os Estados.

Existem órgãos judiciários nos Territórios, organizados e mantidos pela União, assim como Ministério Público como também no Distrito Federal.



20 FEB. 1989

#### 4. Posição dos Municípios

##### A. Origem e natureza

O Município brasileiro deita raízes nos velhos concelhos da administração local portuguesa, trasladado para o Brasil colônia. Aqui, caracterizou-se inicialmente pela sua Câmara (Senado da Câmara, como era chamado), que exercera papel importante. Nelas, concentravam-se atribuições *deliberativas*, *administrativas* e algumas *judiciárias*. Gozava, já na colônia, de autonomia.

A Constituição do Império determinou que as cidades e vilas tivessem *Câmaras*, a que competia o *governo econômico e municipal das mesmas*. Reduziu suas atribuições às funções *deliberativas* e *administrativas*. Com a República, reconheceu-se ao Município autonomia em tudo quanto respeitasse a seu peculiar interesse.

O Município tem posição singular na Federação brasileira. Não é previsto como entidade federativa pela Constituição Federal, cujo art. 10. não o inclui entre os componentes que a compõem. Alguns autores, no entanto, entendem-no como tal. E o Anteprojeto de Constituição em elaboração o considera entre os elementos da Federação, a nosso ver equivocadamente.

É criado pelos Estados, portanto, constitui divisão do território estadual, mas não apenas como mera divisão administrativa, pois é reconhecido como entidade territorial com personalidade jurídica de direito público interno e autonomia política, administrativa e financeira.

##### B. Autonomia

A *autonomia municipal* é um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro (art. 10, VII, letra "e"). É um princípio entranhado na índole do brasileiro, que vem das lutas do poder local da colônia, onde as Câmaras Municipais (Câmaras do Vereadores, ou Senado da Câmara, como também se dizia), não raro, se superpunham até mesmo aos Governadores Gerais, tratando diretamente com a Metrópole.

A autonomia municipal, de natureza político-constitucional, não envolve a capacidade de auto-organização, mas tão só as capacidades de autogoverno e auto-administração, nos termos do art. 15 da Constituição Federal, onde se assegura aos Municípios: a) *governo próprio*, pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores; b) *competências exclusivas*, no que concerne ao peculiar interesse local, especialmente a

decretação e arrecadação de suas rendas e organização dos serviços públicos locais.

O *governo municipal* compõe-se de *Câmara Municipal*, integrada de Vereadores (que são os legisladores municipais), como órgão legislativo, destinado a criar as leis municipais que regulam a matéria reservada à competência do Município, e do *Prefeito*, como órgão executivo municipal. O Município não possui judiciário próprio.

Os Municípios são criados por lei estadual, precedida de plebiscito da população interessada. Sua organização se realiza por *lei orgânica municipal do Estado*, daí a afirmativa de que não dispõem de autonomia de auto-organização. Contudo, no Estado do Rio Grande do Sul, velha tradição reconhece aos Municípios a capacidade de auto-organizar-se mediante Cartas próprias, e há tendência no sentido de estender o princípio de Cartas próprias a todos os Municípios brasileiros, o que reforçará sua autonomia. Isso já consta do Anteprojeto de Constituição em elaboração, sem controvérsia.

## V. FEDERALISMOS ANTIFEDERALISTAS E O FEDERALISMO NOMINAL

### 1. *Federalismo estadualista deformado*

A experiência federalista, que aurimos no constitucionalismo norteamericano, adotado na Constituição de 1891, foi a do *federalismo estadualista*, que “se baseou na conceção de dois campos de poder, mutuamente exclusivos, reciprocamente limitativos, cujos ocupantes governamentais se defrontam como autoridades absolutamente iguais”.<sup>26</sup> A discussão que se travou no seio da Constituinte 1890-1891 revelou duas correntes de opinião. Uma, ultrafederalista, que tinha nos Estados-membros uma entidade soberana. Outra, menos segregacionista, compreendida que a Federação brasileira, de natureza *centrífuga*, formada por descentralização política de um Estado unitário, não poderia ter o mesmo caráter de uma federação *centrípeta*, como a dos Estados Unidos da América do Norte, provinda de agregação de partes separadas.

Ruty Barbosa reagiu aos exageros federalistas, advertindo que “o sistema federativo é o mais interessado em evitar as exagerações da sua idolatria”,<sup>27</sup> o federalismo mal estruturado na Constituição de 1891 foi causa do desequilíbrio federativo, com enfraquecimento da União por um

<sup>26</sup> Schwartz, Bernard, *Direito Constitucional Americano* (trad. de Carlos Nayfeld). Rio, Forense, 1966, p. 63.

<sup>27</sup> Cf., *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, v. I, p. 65.

lado e fortalecimento de dois ou três Estados, que acabaram dominando a vida política do País, por suas oligarquias. *Autonomismo exagerado* contribuiu para esse desequilíbrio, com exorbitâncias do constituinte do Estado-membro, sem que se encontrasse na Constituição técnica jurídica eficaz para coibi-las.<sup>28</sup> A par do fortalecimento de alguns Estados, outros ficavam sujeitos a um processo de intervenção sem limite. É ainda Raul Machado Horta que lembra que a “intervenção federal convertera-se em peça do poder presidencial e essa aliança entre intervencionismo e presidencialismo desferiu golpes mortais na autonomia do Estado-membro”. “Foram poupados os chamados grandes Estados” (São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul).<sup>29</sup>

Uma análise mais profunda, no entanto, mostrará que essa autonomia —apesar do autonomismo— não fora nunca efetiva em termos federalistas. A *política dos Estados* —doutrina de Campos Sales, consequente de seu estadualismo enunciado na Constituinte— convertida na *política dos Governadores* (já lembrada por nós antes), deformara o princípio federalista, na medida em que era o reflexo dos poderes oligárquicos regionais, que, reunidos embora em partidos políticos estaduais (cada Estado com seu partido político: Partido Republicano, mineiro, paulista, etc.), decidiam em bloco o destino do País. Em verdade, não era a Constituição escrita e formal que regia no País. Eram os fatores reais de poder coronelístico e oligárquico. A tese de Lassalle aqui fora verdadeira. O estadualismo de Campos Sales, que deu na política dos Governadores, deformou-se e deformou o federalismo.

## 2. *Federalismo cooperativo*

A Revolução de 1930 suprimiu, como vimos, a autonomia dos Estados, que passaram a ser governados por interventores federais, situação que perdurou até a promulgação da Constituição de 1934 que reinstalou a Federação. Foi menos estadualista. Deu mais poderes à União. Repudiou o federalismo dualista, dando passo fundamental na implantação do *federalismo cooperativo*,<sup>30</sup> caracterizado pela colaboração entre União e Estados com vista a resolver os problemas econômicos e sociais. A cooperação se manifesta basicamente no campo das atividades financeiras, mas também se efetiva noutras formas de colaboração.

<sup>28</sup> Cf. Machado Horta, Raúl, *A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 121.

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, p. 151.

<sup>30</sup> Cf., Buzaid, Alfredo, “Estado Federal Brasileiro”, in *Conferências*, Brasília, Imprensa Nacional, 1971, pp. 118 e segs.

A técnica do federalismo cooperativo desenvolveu-se na Constituição de 1946 e racionalizou-se no sistema vigente, de tal sorte que a repartição de rendas tributárias entre as entidades autônomas (União, Estados e Municípios) se realiza, fundamentalmente, pelo sistema de participação na receita tributária da União pelos Estados e Municípios, e destes na receita estadual. Outro elemento que se assinala, nessa forma de federalismo, é a destinação de recursos a regiões. A Constituição de 1946 destinava percentagens de renda tributária ao desenvolvimento de regiões nela indicadas, o que promoveu a criação de superintendências regionais de desenvolvimento, determinando a formação de verdadeiros orçamentos federais regionais, como disse Raul Machado Horta,<sup>31</sup> que Buzaid tem como inovação feliz a demonstrar “que a cooperação transcente a esfera das meras relações entre a União, Estados e Municípios para projetar uma nova perspectiva, que revela a preocupação do Governo Federal em promover um desenvolvimento integrado da economia brasileira.”<sup>32</sup>

Na verdade, o federalismo cooperativo vem-se revelando uma técnica de centralização de poderes na União. Raul Machado Horta, ainda sob a égide da Constituição de 1946, advertiu que a “cooperação financeira se compromete quando as discriminações caprichosas de arbítrio reclamam atos de vassalagem, certamente incompatíveis com o harmonioso convívio federativo”, e acrescenta: “A cooperação financeira, na base de decisões unilaterais do Governo Federal, pode eletrocutar a autonomia”.<sup>33</sup>

A atual Constituição adotou um sistema tributário, cercado de normas limitadoras da capacidade financeira dos Estados e Municípios, que penderam verticalmente para uma política fiscal de tendência monetarista, sacrificando o federalismo.

Ela reduziu —dissemos de outra feita— praticamente a nada, a autonomia financeira dos Estados e dos Municípios. Como sem base financeira, a autonomia política dessas entidades não encontra embasamento material, podemos concluir que o federalismo, entre nós, se tornou meramente nominal. Acabou-se efetivamente como princípio constitucional, apesar de a Constituição ainda falar em República Federativa (art. 1o.) e formalmente distribuir po-

<sup>31</sup> Cf., “Tendências do Federalismo Brasileiro”, in *Revista de Direito Público*, vol. IX, p. 17.

<sup>32</sup> *Ob cit.*, p. 120.

<sup>33</sup> Cf., *Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 308.

deres entre a União e os Estados, e firmar o princípio da autonomia municipal. Mas, se descermos ao rigor da análise, veremos que tudo isso ficou na dependência da vontade do Governo Federal, cujo poder dominador paira sobre tudo.<sup>34</sup>

Mas temos que reconhecer que o drama do federalismo está aqui, bem advertido nestas palavras: "o cerne dos problemas do federalismo fiscal é o dilema: como atingir certos objetivos nacionais com a presença de esferas autônomas de governo e sem ferir essa autonomia ou, pelo menos, mantendo o regime federativo em seus contornos mais significativos".<sup>35</sup>

### 3. *Federalismo de integração*

Na mesma linha do antifederalismo está a tese do *federalismo de integração* do prof. Alfredo Buzaid, exposta com sua habitual clareza em síntese expressiva, a partir da seguinte premissa:

O Estado moderno reconheceu que devia intervir na ordem econômica, elaborando programas de aumento do produto nacional bruto, recuperação de áreas menos desenvolvidas e intensificação do desenvolvimento. A política, indissoluvelmente ligada à economia do planejamento, passa a encarar a nação em sua unidade e não como simples soma de partes distintas. O seu objetivo se concentra no plano de integração nacional.

Daí extrai a base para sua doutrina, que em sequência apresenta, *in verbis*:

Esta tendência de política legislativa dá lugar à formação de novo tipo de federalismo. A forma, que veio a receber, contém o federalismo cooperativo, porque dele recebeu importantes conquistas; mas o supera, ao atribuir à União maior soma de poderes para dirigir a política nacional. O propósito do constituinte não foi o de destruir as uniões federadas, cuja autonomia respeita, mas sim o de construir o novo Brasil cuja grandeza depende do desenvolvimento integrado de todas as regiões. Estas não se confinam dentro dos limites territoriais de um Estado; abrangem amplas áreas que incluem vários Estados. A esse novo tipo, que promove o desenvolvimento econômico com o máximo de segurança coletiva, ousamos denominar *federalismo de integração*. O federalismo dualista

<sup>34</sup> Cf., nosso *Tributos e Normas de Política Fiscal na Constituição do Brasil*, p. 307.

<sup>35</sup> Cf., Barboza de Araújo, Aloízio, e outros, *Transferências de Impostos aos Estados e Municípios*, p. 19.

se fundava no princípio do equilíbrio entre a União e Estados: o federalismo cooperativo formula o princípio da suplementação das deficiências dos Estados; o federalismo de integração representa o triunfo do bem-estar de toda a nação. Ele busca, portanto, reencontrar-se com a realidade nacional, traduzindo os legítimos anseios do povo, que cria um país economicamente forte, socialmente justo e eticamente digno.

Dentro deste novo tipo de federalismo, os Estados não entram em choque com a União; são beneficiários desta na medida em que as regiões menos desenvolvidas se recuperam economicamente. A política de integração não se limita à relações integovernamentais; atinge o país em todas as direções, proporcionando progresso ordenado e racional.<sup>36</sup>

O texto diz por si próprio: resolve-se aí o dilema apontado acima atingindo objetivos de desenvolvimento mediante a destruição do federalismo. Esse federalismo de integração é o que decorre do sistema vigente, onde a autonomia das coletividades regionais e locais é puramente formal.

#### 4. *Federalismo nominal*

É a esse tipo de federalismo que denominamos *federalismo nominal*. Federalismo apenas de nome, apenas porque a Constituição fala que o Brasil é uma *República Federativa*. Federalismo nominal será toda forma de federalismo formalmente estabelecido na Constituição, mediante enunciado de fórmulas conceituais genéricas, que não encontram desenvolvimento substancial nas demais normas constitucionais, tal como declarar que se trata de uma *República Federativa*, com disposições que indiquem competências às entidades autônomas, mas, no fundo, essas mesmas normas de competência realizam centralização de poder e a Constituição introduz outros mecanismos que esvaziam a autonomia dos Estados e Municípios.

Um desses mecanismos, na Constituição brasileira, é precisamente a técnica do *federalismo cooperativo*, pelo qual se estruturou um sistema de discriminação de rendas tributárias que entregou à União o domínio das atividades financeiras e de programação econômica, a ponto de estar prevista a possibilidade de intervenção do governo federal no Estado que "adotar medidas ou executar planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal" (art. 10, V, c). Sempre que as técnicas do federalismo cooperativo passam a ser o princí-

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, p. 128.

pio basilar da organização do Estado Federal, cai-se no federalismo nominal: algo que tem nome de Estado Federal, mas, em realidade, não o é.

O federalismo nominal tem sido dominante no sistema brasileiro. Mesmo no regime da Constituição de 1891, pelas deformações que apontamos no federalismo dualista nele acolhido, acabamos não realizando o federalismo senão nos enunciados constitucionais. O período de 1930 a 1934 suprimiu a autonomia dos Estados, a despeito de o Decreto n. 19 398, de 11.11.1930, do Governo provisório, manter a Constituição que a assegurava, e ele próprio mencionar em seus dispositivos regras sobre a União, os Estados e os Municípios como se a federação continuasse em efetivo funcionamento. A Constituição de 1934 durou três anos. O federalismo nela estruturado poderia até corresponder à realidade. Procurou atentar para a realidade nacional na sua formulação. Mas o golpe de 1937 interrompeu a experiência que mal começava. A Carta de 37 também dizia no seu art. 30.: “*O Brasil é um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.*” Mas, como lembra Raul Machado Horta, o *federalismo nominal* da Carta de 10 de novembro “não passou do texto escrito e perdurou inaplicado”, que, aliás, “nem sequer durou no texto constitucional, pois, na realidade, dali desapareceu em virtude de singular processo de desconstitucionalização” (como lembramos antes), visto como a “lei ordinária substituiu a estrutura federal nominal pela estrutura legal do Estado unitário.”<sup>37</sup>

Mas esse é um modo de desconstitucionalização ostensivo. Outro modo consiste em manter os enunciados do federalismo, mas esvaziá-lo mediante outras disposições constitucionais. Trata-se de uma espécie de *autodesconstitucionalização*, modo pelo qual a própria Constituição desconstitucionaliza princípios nela mesmo estabelecidos. Foi o que se passou com o constitucionalismo federal brasileiro no regime autoritário implantado em 1964. O princípio da segurança nacional, fundada na doutrina da geopolítica, pairou sobre tudo e sobre todos, inclusive sufocando a Federação pela drástica redução das autonomias estaduais e municipais e adoção de sistema pesadamente centralizador. Manter o enunciado nominal foi uma concessão à realidade, ao ideias federalista, porque seria inaceitável estabelecer o Estado unitário expressa e ostensivamente.

A conclusão um pouco desalentadora é a de que só tivemos um período de prática do federalismo sob a égide da Constituição Federal de 1946, com razoável ajuste entre norma e realidade.

<sup>37</sup> *Ob. cit., supra*, pp. 201, 203 e 204.

## VI. CONCILIAÇÃO ENTRE NORMA E REALIDADE E A TESE DO FEDERALISMO DE REGIÕES

### 1. *Federalismo e intervencionismo*

Algumas propostas de desfederalização, como a apresentada pelo Prof. Alfredo Buzaid, sob o nome de federalismo de integração, apoiam-se na tese de que o Estado moderno reconheceu que deve intervir na ordem econômica e realizar uma política de planejamento econômico. Não deixamos de admitir antinomia entre a política fiscal e econômica e o princípio federalista; tem-se afirmado que o planejamento global da economia pressupõe dose ponderável de centralização de decisões e de controles, enquanto o federalismo se efetiva na descentralização e na ausência de controles de fora sobre o ente autônomo. Aí, como já notamos, é que se situa o dilema, que impõe a busca de um federalismo adequado ao Estado intervencionista. Não há de ser o modelo soviético que nos servirá de quia, que é uma federação de nacionalidades, com estrutura determinada por esse fator; pois, como nota Mouskhely-Jedryka, os distintos elementos da técnica federalista se articulam em função do fator nacional, onde os fatos importam tanto ou mais do que as normas, de sorte que o direito das Repúblicas ocupam um lugar, dentro de federação, muito diferente do que possuem os Estados-membros numa federação burguesa.<sup>38</sup>

A questão pode estar na necessidade de repensar o sistema de planejamento que seja adequado ao federalismo, até porque o planejamento nacional nesses anos todos de centralismo não produziu resultado satisfatório. Nesse campo pode ser de utilidades desenvolver a cooperação intergovernamental que concilie o intervencionismo e o planejamento econômico com o federalismo, não a partir de um sistema de planejamento centralizado, mas a partir da idéia de que, a rigor, um plano econômico global não passa de uma coordenação de planos regionais. Então, a União cuidaria de fixar normas muito gerais de planejamento e cada Estado, em função de suas peculiaridades, formularia e executaria seus planos. Se a União descentralizar-se por regiões geo-econômicas, os planos elaborados nestas teriam função coordenadora dos planos Estaduais. Estes teriam autonomia razoavelmente elástica para a formulação e execução de seus planos, de sorte que a integração se faria a nível vertical e horizontal, sem quebra do princípio federalista.

<sup>38</sup> Cf., Mouskhely-Z Jedryka, M., *El Gobierno de la U.R.S.S.* (trad. de Tomas Alcoverro Muntane), Madrid, Editorial Tecnos, 1966, p. 376.

## 2. *Repartição de encargos e autonomia dos Estados e Municípios*

O sistema lembrado acima não importará em desfederalização, precisamente porque, para funcionar, teria que fundar-se em ampla descentralização de encargos nos Estados e Municípios. A União, hoje, ocupa-se de muitas tarefas que poderiam ser entregues aos Estados e Municípios, ficando ela apenas como geradora de normas gerais e de princípios, nessas áreas de prestação de serviços, como ocorre no campo da defesa e proteção da saúde e na prestação de serviços educacionais. Assim também poderá ser no campo do saneamento em geral (boa parte já o é), no da execução de obras viárias e ferroviárias; nesse assunto, também já é da competência da União estabelecer plano nacional de viação, o que importa traçar os princípios gerais a serem seguidos por Estados e Municípios em seus planos rodoviários. Acontece que a União tem tomado a si também a prestação de muitos desses serviços.

Enfim, a repartição de encargos mais amplos para o exercício da autonomia dos Estados e Municípios aliviaria a União da sobrecarga que nela se centraliza, restituiria a base federalista aos Estados e possibilitaria a integração por coordenação antes que por subordinação unificadora.

## 3. *Discriminação constitucional das rendas tributárias*

A discriminação constitucional de rendas tributárias constitui técnica de repartição de competência e distribuição de receita no Estado Federal. O constitucionalismo brasileiro adota discriminação rígida, como convém ao Estado Federal. Combina a outorga de competência tributária exclusiva, por espécie, designando expressamente os tributos de cada esfera governamental (União, Estados e Municípios), com o sistema de participação no produto da receita tributária de entidade de nível superior, reservando à União ainda o poder tributário residual.

Essa é uma questão nuclear do federalismo. Pois, não se realizará a autonomia federativa no plano da efetividade, se não se outorgarem fontes tributárias próprias às entidades regionais e locais autônomas. O federalismo não se compadece com a simples distribuição de receita da União para os Estados. Já vimos que a cooperação financeira intergovernamental —federalismo cooperativo—, quando revele técnica principal, redundará no unitarismo. Não levará ao unitarismo, se a técnica for vertical de baixo para cima, isto é, a discriminação de fontes tributárias substancialmente outorgadas aos Estados e Municípios, e estes distribuírem à União percentagens de sua receita. Isso reforçaria o aspecto federalista,

mas uma tal pretensão seria irreal, e cairíamos num estadualismo inconsequente, com perigoso enfraquecimento da União, o que já foi condenado por Ruy Barbosa no fim do século passado: "Ontem, de federação, não tínhamos nada. Hoje, não há federação que nos baste. Essa escola não pensa, ao menos, no papel vivificador da União, relativamente aos Estados, não sabe ver nela a condição fundamental da existência destes."<sup>39</sup>

Não é por aí, pois, que reconstruiremos a Federação brasileira.

Será por uma reformulação do sistema tributário nacional. O sistema vigente reservou à União, na partilha tributária, a parte do leão. Ficou ela com dez impostos dos mais rentáveis, enquanto aos Estados cabem dois, um dos quais de pouca rentabilidade, e ambos sujeitos a controle expresso nas normas constitucionais. Aos Municípios também cabem só dois impostos de pequena rentabilidade. Sem base financeira, para realização de seus encargos, Estados e Municípios ficam na dependência de ajuda da União ou de organismos federais, e ainda com encargos financeiros decorrentes de financiamentos e outros auxílios pecuniários. Basta ver que, no sistema discriminatório atual, da totalidade da receita tributária arrecadada no país, a União fica com cerca de 70%, os Estados com certa de 23% e os Municípios com apenas 7%.

#### 4. A tese do federalismo de regiões

Modo diferente —e federalista— de realizar a integração nacional revela-se na tese do *federalismo de regiões*, não propriamente como forma de substituir o federalismo de Estados-membros, mas como uma organização federal mais complexa, com a formação de um quarto nível de governo —o *governo regional*—, ao lado do federal, do estadual e do municipal. Elevar-se-iam as Regiões (Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste) à condição de entidades autônomas com governo próprios.<sup>40</sup> Com isso, surgiria um governo autônomo entre Estados e União. Mas a coisa ficaria mais complicada, ainda, se nos lembrarmos das *Regiões Metropolitanas*, situadas no interior dos Estados, para as quais também se postula governo próprio, como nível de governo entre os Municípios e o Estado.

Paulo Bonavides é o defensor da tese do federalismo de regiões, que já conseguiu vários adeptos. Parte da constatação real e verdadeira, "dura verdade":

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, p. 62.

<sup>40</sup> *Cf.*, Bonavides, Paulo, "O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo de regiões", in *Reflexões. Política e Direito*, Fortaleza, Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973, p. 111.

Já não possuímos a rigor um ordenamento federativo. A República Federativa é mais um nome que uma realidade. O federalismo das autonomias dos Estados membros, sobre ser anacrônico na corrente fase de nosso desenvolvimento político, é desrespeito à verdade teórica.

Há no país —prosegue— um problema de desequilíbrio das unidades políticas participantes do pacto federal. Desequilíbrio que se faz sentir face ao poder federal centralizador.<sup>41</sup>

Dai, sua proposta de “um federalismo das Regiões, a inserir-se em moldura tetrafederativa de repartição de competências entre a União, a Região, a Província e o Município, sendo primária a relação federativa entre União-Região, secundária a relação federativa União-Província e terciária a relação União-Município”.<sup>42</sup>

É, sem dúvida, sedutora a tese. Mas não vamos até ela. Aachamos, sim, que a futura Constituição brasileira, que provirá da Assembléia Nacional Constituinte em funcionamento, terá que adotar o regionalismo, não necessariamente o regionalismo federalista, mas um sistema de descentralização regional, que poderá ser nela traçado em seus fundamentos e efetivado por um lei complementar. Nesse sentido, a regionalização virá reforçar o federalismo sem ser federalismo de regiões. Estas serão entes descentralizados da União, com autonomia em relação a matérias a ser nelas descentralizadas (ou desconcentradas) pela União. Poderão até ser diferenciadas. Serão administradas por Administradores Regionais, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Em cada Região deverá haver um Conselho composto de representantes eleitos pelos Governadores e Assembléias Legislativas dos Estados por ela abrangidos, cabendo-lhe debater, apresentar sugestões, fiscalizar a administração regional, etc. A lei complementar definirá também os critérios de regionalização do orçamento federal de modo a prever recursos adequados, em cada exercício, a serem aplicados regionalmente. Gozarão assim de certo grau de autonomia, entre a autonomia política e a mera autonomia administrativa, como se dá nos Territórios Federais: *autonomia autárquica*.

Proposta nesse sentido foi sugerida por nós na elaboração de Anteprojeto de Constituição pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais nomeado pelo Presidente da República para oferecer subsídios à Assembléia nacional Constituinte, de que fizemos parte. Mas só algumas das

<sup>41</sup> Cf., *A Crise Política Brasileira*, 2a. ed., Rio, Forense, 1978, p. 189.

<sup>42</sup> *Ob. cit.*, *supra*, p. 190.

idéias aí expressas foram adotadas e constam já do texto aprovado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, nos arts. 67 e 68:

Art. 67. Para efeitos administrativos, os Estados federados e o Distrito Federal poderão associar-se em Regiões de Desenvolvimento Econômico e os Municípios em Áreas Metropolitanas ou Microrregiões.

Parágrafo único — Lei complementar federal definirá os critérios básicos para o estabelecimento de Regiões de Desenvolvimento Econômico e de Áreas Metropolitanas e Microrregiões.

Art. 68. As Regiões, constituídas por unidades federadas limitrofes, pertencentes ao mesmo complexo geoeconômico, são criadas, modificadas ou extintas por lei federal, ratificadas pelas Assembléias Legislativas dos respectivos Estados.

§ 1o. Cada Região terá um Conselho Regional, do qual participarão, como membros natos os Governadores e os Presidentes das Assembléias Legislativas dos Estados componentes.

§ 2o. Os planos de desenvolvimento e os orçamentos públicos, inclusive o monetário levarão em conta as peculiaridades das Regiões de Desenvolvimento Econômico, tanto em relação às despesas correntes quanto às de capital, observando-se rigorosamente a integração das ações setoriais face aos objetivos territoriais do desenvolvimento.

§ 3o. Lei complementar federal disporá sobre a criação, organização e gestão de fundos regionais de desenvolvimento, bem como sobre a participação da União e dos Estados integrantes da Região em sua composição.

##### 5. *A nova Constituição e o federalismo*

Na verdade, no Anteprojeto de Constituição, em elaboração, que, em breve, se transformará no Projeto, a ser apreciado pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, já se delineia um novo federalismo. Começa incluindo os Municípios entre os componentes da Federação, que nos parece um equívoco, mas sem consequência maior. Descentraliza encargos nos Estados e Municípios e estrutura um sistema tributário pelo qual as entidades federadas e os Municípios receberão substancial parcela de recursos para atender as despesas com seus encargos. Cálculo provisório mostra que o sistema tributário esboçado confere aos Municípios cerca de 25% da renda fiscal nacional, cabendo aos Estados talvez um pouco mais, ficando a União com cerca de 40% ou 50% do total. O risco que se corre é o de descapitalizar a União, com o que ela fica sem condições de arcar com suas enormes despesas, desde que a descentralização de encargos talvez não seja assim tão grande. O certo é que o

sistema em elaboração reforçará consideravelmente o federalismo. Vale a pena a experiência, especialmente com a regionalização que mencionamos acima.

## VII. CONCLUSÕES

Do que ficou exposto podemos extrair as conclusões, que seguem:

I. O federalismo encontrava base material na extensão do território do País, no qual se desenvolveram interesses regionais fortes a partir da sua divisão em Capitânicas Hereditárias, de natureza autárquica umas em relação às outras, cada qual se relacionava diretamente com a Metrópole portuguesa;

II. Fundado nessas condições objetivas, o princípio federalista logo despontou na vida política do Brasil, desde que se tornara expressão do Direito Constitucional com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787;

III. Mas o princípio fora sufocado no centralismo unitário do Império, que temeu a fragmentação do território brasileiro, como ocorrera na América espanhola, se conferisse autonomia política às províncias, e também porque se sustentava a doutrina da incompatibilidade entre monarquia e federalismo;

IV. Apesar disso, houve várias tentativas, inclusive mediante movimentos revolucionários, no sentido de estabelecer, por via de emenda Constitucional, a *monarquia federativa*, tendo sido proposta mais de uma vez a adoção da seguinte norma constitucional: "*O Governo do Brasil Imperial será uma Monarquia Federativa*";

V. Mas isso nunca foi possível, de sorte que o federalismo só veio com a proclamação da República, e foi adotado pelo Decreto n. 1, de 15.11.1889, e institucionalizado em definitivo pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e mantido formalmente nas constituições subsequentes;

VI. A Constituição de 1891, contudo, instituiu um federalismo estadualista que se deformara com a chamada *política dos Governadores*; a Constituição de 1934 introduziu elementos do *federalismo cooperativo*, que passou a dominar no federalismo da Constituição vigente, sob o domínio da União; só no período da Constituição de 1946 é que o Brasil teve momento de federalismo mais equilibrado, em que as autonomias dos Estados e Municípios tiveram alguma vigência e eficácia;

VII. Em verdade, na mais das vezes, tivemos um *federalismo nominal*;

VIII. Agora, que o País ingressou num processo constituinte, com a

convocação e funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte, a questão federal volta a ser debatida, na busca de mecanismos que garantam a efetividade da autonomia dos Estados-membros e também dos Municípios; entre as propostas que se apresentam, destaca-se a do *federalismo de regiões*, pelo qual se devem elevar as regiões geoeconômicas à condição de entidades federativas com autonomia política, criando-se, assim, um quarto nível de governo; nossa posição acolhe a proposta em parte, entendendo que as regiões devem ser institucionizadas, mas apenas como autonomia administrativa, de natureza autárquica, nas quais a União desconcentrará sua administração, inclusive mediante técnica de orçamentos regionais, dando tratamento diferenciado às várias regiões em função de suas peculiaridades. Essa orientação, em sua essência, está sendo delineada no texto que está sendo discutido e votado na Constituinte, que está construindo um novo federalismo com base numa maior descentralização de encargos e de recursos financeiros em favor dos Estados e Municípios.

Há grande esperança de que a futura Constituição reflita as mais sentidas aspirações do povo brasileiro, inclusive quanto a ter uma autêntica Federação. Aguardemos confiantes, mais uma vez.



## ÍNDICE

The British Model of Representative Government: Political Accountability and Legal Control . . . . .	9
T. R. S. ALLAN	
La evolución constitucional en Argentina entre 1917 y 1987 . . . . .	55
Germán José BIDART CAMPOS	
La evolución constitucional del Uruguay en los últimos setenta años (1917-1987) . . . . .	99
Héctor GROS ESPIELL	
El constitucionalismo costarricense en los últimos setenta años . . . . .	161
Rubén HERNÁNDEZ VALLE y Rafael VILLEGAS ANTILLÓN	
El constitucionalismo alemán en las postrimerías del siglo xx . . . . .	215
Hans-Rudolf HORN	
El Poder Ejecutivo en las constituciones de América Latina . . . . .	265
César QUINTERO	
Las constituciones panameñas del siglo xx . . . . .	321
Humberto E. RICORD	
El proceso constitucional colombiano en los últimos setenta años . . . . .	371
Luis Carlos SÁCHICA	
Constitucionalismo federal no Brasil nos últimos 70 anos . . . . .	407
José Afonso DA SILVA	



*El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se terminó de imprimir el día 7 de julio de 1988, en los Talleres de IMPRESOS CHÁVEZ. La edición consta de 2 000 ejemplares.









