Federalismo y descentralización

Responsabilidades compartidas. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

TOMO **VII**

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

DIEGO VALADÉS
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROGELIO FLORES PANTOJA
J. DANIEL CHÁVEZ SÁENZ
Coordinadores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo VII

Federalismo y descentralización

Responsabilidades compartidas.

Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica

Créditos editoriales

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
J. Daniel Chávez Sáenz
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
María del Carmen Jasso Juárez
Cuidado de la edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación en computadora

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo VII

Federalismo y descentralización

Responsabilidades compartidas.

Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
Rogelio Flores Pantoja
J. Daniel Chávez Sáenz
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2026

Primera edición: septiembre 2025

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado

Tomo VII
Federalismo y descentralización Responsabilidades compartidas. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática

DR © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN Obra completa: 978-607-642-694-4
ISBN Tomo VII: 978-607-642-859-7

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-8908-24-0
ISBN Tomo VII: 978-607-8908-32-5

Las opiniones de las y los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Eric Gudiño Torres
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Linda Luz Luna Rangel
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

Contenido

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado 15
José Ma. Serna de la Garza

Sustitución constitucional en un contexto democrático: reflexiones sobre el poder constituyente en tiempos de fragilidad democrática 19
Luiz Guilherme Arcaro Conci
Pedro Dadalto Oliveira

Los decretos de necesidad y urgencia y el silencio del Congreso en la República Argentina. Un análisis sobre la ineficacia del régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes (Ley 26.122) 35
Fernando Braceiro

El señor monopresidente 47
Raúl Gustavo Ferreyra

Un golpe de Estado del siglo xxi: el caso de Pedro Castillo en Perú (7 de diciembre de 2022) 73
Domingo García Belaunde

Calidad institucional para la gobernanza democrática en el presidencialismo del siglo xxi 89
Ricardo Gómez Diez

La rigidez del régimen presidencial. 107
Christian Guzmán Napurí

Emergencia, gobierno por decreto e hiperpresidencialismo en Argentina. 121
Antonio María Hernández

La reelección indefinida en los sistemas presidencialistas . 157
Leandro Abel Martínez

Algunas consideraciones sobre la reelección presidencial a la luz de las tendencias recientes del constitucionalismo latinoamericano 179
Anna Mastromarino

Constitución mexicana reformada en los años de los gobiernos divididos (1997-2018). 203
María Marván Laborde

La objeción de inexequibilidad 221
Salvador Sánchez G.

El derecho constitucional a probar y el principio de verdad material: análisis de caso. 237
José Alejandro Suárez Zanabria

La erosión del Estado constitucional: reflejos e incertidumbres. 251
José Tudela Aranda

Órganos jurisdiccionales constitucionales en un contexto antiliberal: la figura del cómplice 271
Guillaume Tusseau

El presidencialismo vertical mexicano y los órganos constitucionales autónomos: una relación antagónica (2018-2024) 291
Ricardo Alexis Uvalle Aguilera

Constitución, reforma constitucional y destino nacional . . 307
Salvador Valencia Carmona

Legado histórico de las constituciones de Cádiz y de Apatzingán en el régimen de gobierno adoptado por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 4 de octubre de 1824 323
Eduardo Elías Gutiérrez López
Víctor Hugo Saldaña Guevara
Agustín Manuel Velázquez Bustamante

México: presidencialismo sin contrapesos, no es democrático 335
Ruth Zavaleta Salgado

Presidencia millenial: vino rancio, odres viejos, vasijas nuevas 351
Salvador Enrique Anaya

El régimen francés de historicidad a través del prisma del derecho, el Estado y Vichy 371
Emmanuel Cartier

El régimen presidencial parlamentarizado peruano ¿qué revisar o cambiar ante la actual crisis política? 401
Francisco José Eguiguren Praeli

Poder de las élites en el Estado 419
Iván Escobar Fornos

Sistemas híper presidenciales de los estados mexicanos.Problemas de ejecución eficaz de las leyes generales multinivel en estados y municipios, y soluciones de derecho comparado 447
Daniel A. Barceló Rojas

Vacancia presidencial en Perú: revisión y propuestas de gradualidad 465
Joaquín I. Cáceres Rosado

El retorno a la bicameralidad: los límites del diseño institucional 481
Milagros Campos

La república como problema constitucional 497
Raúl Chanamé Orbe

La participación de los ministros del Poder Ejecutivo en los debates del Congreso de la Nación Argentina 515
Diego Luis Frossasco

Gobiernos de coalición en Europa: apuntes para una reflexión constitucional 535
María Garrote

El estudio constitucional-comparado de América Latina: una aproximación metodológica desde Europa 547
Rosa Iannaccone

El Presidencialismo argentino 571
Víctor Enrique Ibáñez Rosaz

Gobiernos democráticos bajo la tentación totalitaria del populismo 599
Daniel Montero Zendejas

Sobre los alcances y límites de los decretos de urgencia durante el interregno parlamentario en la Constitución peruana de 1993 609
Enrique Pestana Uribe

El proyecto de código modelo iberoamericano de los procesos constitucionales 627
Aníbal Quiroga León

La hibridación de la forma de gobierno como respuesta al hiperpresidencialismo 651
Pablo Riberi

Presidencialismo y parlamentarismo 671
Daniel Alberto Sabsay

El constitucionalismo para la democracia en el siglo xxi: hallazgos del Congreso del 2024 a la luz de su nombre 685
Armin von Bogdandy

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado

José Ma. Serna de la Garza

La presente obra reúne los ensayos de distinguidas y distinguidos constitucionalistas de 23 países, quienes fueron convocados para reflexionar sobre el constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI. El objetivo general de este trabajo colectivo es presentar cuáles son los temas, debates, polémicas y preocupaciones de quienes se dedican hoy día a examinar las cuestiones constitucionales en el ámbito iberoamericano. Asimismo, la obra busca ser una aportación de la línea de investigación institucional sobre Derecho constitucional iberoamericano comparado, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La convocatoria dirigida a las y los expertos nacionales e internacionales que participan en este trabajo colectivo incluyó cuatro temas generales: Derechos fundamentales; Justicia constitucional; Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas); y Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática.

Para los efectos de su publicación, lo ideal hubiera sido organizarlos en cuatro tomos (es decir, un tomo por cada tema gene-

ral). Sin embargo, debido al gran número de ensayos y a la disparidad en cuanto a la cantidad de trabajos presentados dentro de cada tema general, el comité editorial decidió agruparlos en siete tomos.

El Tomo I reúne los ensayos que dentro del tema general de los Derechos fundamentales se refieren al bienestar de las personas (Alimentación, Ambiente y energía, Conocimiento, desarrollo y empleo, así como a la Salud, seguridad y protección social). Además, este tomo incluye los ensayos referidos a la igualdad y al Acceso a la educación y la autonomía universitaria

Todavía en relación con los derechos fundamentales, el Tomo II incluye los trabajos relativos al Acceso a la justicia, el Estado laico y derechos sobre el cuerpo, así como al Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales.

Por su parte, el Tomo III contiene los ensayos sobre la Justicia constitucional específicamente referidos a la organización de ésta, en tanto que el Tomo IV incluye los relativos a los medios de control constitucional, y el Tomo V los referidos a la Justiciabilidad de los derechos y la Tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales. Asimismo, este tomo también incluye los trabajos referidos al tema general sobre Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas), el cual incluye temas específicos como el federalismo fiscal, el gobierno municipal y la gobernabilidad metropolitana.

Todavía en relación con el tema general de Federalismo y descentralización, el Tomo VI contiene los trabajos sobre las fórmulas de distribución de competencias, e incluye también los ensayos que, dentro del tema general de regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática, se refieren a la democracia digital.

Por último, el Tomo VII contiene los trabajos relativos a las formas de gobierno y gobernabilidad democrática, discutiendo y analizando temas relativos a los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios y los sistemas híbridos.

Esta obra colectiva fue concebida y ve la luz en momentos particularmente difíciles para el constitucionalismo, no solamente en iberoamérica, sino en el mundo entero. Esto es así, porque

en muchos países han surgido propuestas de gobierno que se alejan de los valores esenciales del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y sus garantias, la separación de poderes y la democracia basada en elecciones libres, auténticas, competitivas y equitativas.

Manifestación de lo anterior es que en muchos ámbitos académicos se habla y se discute sobre conceptos tales como la democracia degradada, el constitucionalismo abusivo, el retroceso democrático, la democracia iliberal, el autoritarismo legalista, entre muchos otros términos y calificativos con los que se busca capturar lo que está sucediendo en no pocos países en la actualidad, en algo que parece conformar una verdadera crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho. Asimismo, esta crisis parece ser global, lo cual es indicativo de que pudieramos estar ante un problema estructural de dicho modelo de Estado.

Las personas lectoras de esta amplia y extensa obra colectiva podrán constatar cómo a lo largo de sus páginas se va construyendo una especie de imagen sobre el estado que guarda el constitucionalismo en iberoamérica en la primera mitad de la década de los veinte del siglo XXI. Lejos de haber unanimidad, lo que se podrá apreciar es la existencia de posturas diversas, aproximaciones metodológicas diferentes, visiones distintas sobre cuáles son los problemas y cuáles son las posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello es que este trabajo constituye un ejemplo del pluralismo que es esencial en cualquier sociedad que se precie de ser democrática. Pluralismo, diálogo, deliberación, tolerancia a la diferencia, respeto de la "Otredad", son los valores que han inspirado la elaboración de esta obra colectiva, como una aportación al debate global sobre el presente y el futuro del constitucionalismo.

Ciudad Universitaria, 3 de octubre de 2025

Sustitución constitucional en un contexto democrático: reflexiones sobre el poder constituyente en tiempos de fragilidad democrática[1]

***

Constitutional substitution in a democratic context: reflections on constituent power in times of democratic fragility

*Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP, Brasil)**
*Pedro Dadalto Oliveira (PUC-SP, Brasil)***

Resumen: este artículo aborda el concepto de poder constituyente, haciendo hincapié en su función histórica de ruptura del orden absolutista y establecimiento de nuevas estructuras políticas y sociales, consideradas en este contexto como ilimitadas y esenciales para derrocar viejos regímenes y establecer nuevas constituciones. Sin embargo, esta visión tradicional, basada en escenarios revolucionarios, no es adecuada para explicar la transición constitucional en tiempos de democracia,

* Profesor de la Facultad de Derecho (Licenciatura, Maestría y Doctorado) de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo. Presidente de la Sección brasileña del IIDC, *lgaconci@pucsp.br*

** Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Abogado.

1 Este artículo sirve de resumen de otro, de mayor alcance temático, que se encuentra en análisis editorial y es parte de un proyecto de investigación. Se trata de una actividad del Grupo de Investigación sobre Derechos Fundamentales (GPDF PUC-SP/CNPq).

actualmente. En contextos democráticos, el poder constituyente opera respetando los parámetros constitucionales establecidos, teniendo en cuenta los límites impuestos por los principios del derecho internacional y observando los valores culturales e históricos de la comunidad. Por lo tanto, el poder constituyente está prohibido de establecer un nuevo sistema jurídico y político que no sea democrático o que pueda volverlo inestable, ya que su finalidad debe ser mejorar la democracia y no constitucionalizar normas y diseños que puedan debilitarla.

Abstract: this article discusses the concept of constituent power, emphasizing its historical function of breaking the absolutist order and establishing new political and social structures. It is seen in this context as unlimited and essential for overthrowing old regimes and establishing new constitutions. However, based on revolutionary scenarios, this traditional view cannot explain the constitutional transition in democratic times today. In democratic contexts, constituent power operates within established constitutional parameters, considering the limits imposed by the principles of international law and observing the cultural and historical values of the community. Constituent power is, therefore, prohibited from establishing a new legal and political system that is undemocratic or that might render it unstable since its purpose should be to enhance democracy and not to constitutionalize norms and designs that might weaken it.

Palabras clave: poder constituyente, democracia, transición constitucional.

Keywords: constituent power, democracy, constitutional transition.

Sumario: I. Introducción. II. La sustitución constitucional en tiempos de erosión democrática. III. Los límites del poder constituyente en los procesos de sustitución constitucional. IV. Resumen concluyente. V. Referencias.

I. Introducción

La cuestión del poder constituyente surgió como un instrumento capaz de romper completamente con la lógica del orden absolutista para fundar un nuevo régimen político y, sobre todo, para diseñar una nueva organización social.

Mediante su ejercicio se derriban, por un lado, las estructuras del Antiguo Régimen y se construye, por otro, la nueva arquitectura de las instituciones públicas y de la sociedad. El poder constituyente funciona, por lo tanto, como una herramienta de legitimación del nuevo poder surgido con la Revolución Francesa y, en este sentido, es comprensible concebirlo como una fuerza ilimitada, incondicionada y otras tantas características relacionadas. De lo contrario, sería difícil superar las limitaciones de la estructura absolutista, basada en la tradición, las costumbres y el conservadurismo. A la luz de este contexto, en definitiva, se forjaron las bases del concepto tradicional de poder constituyente, es decir, *en un contexto revolucionario en el que se debatía la cuestión de la primera constitución de un país*.

Es esencial tener en cuenta que, al haber sido elaborado en un contexto político revolucionario y en el que aún no existía una constitución en la línea del constitucionalismo contemporáneo, el concepto tradicional de poder constituyente se estructuró teniendo en cuenta estas situaciones específicas. Se trata de una teoría concebida para ser aplicada en estos entornos de revolución y/o de inauguración del Estado constitucional. Por lo tanto, la forma en que tradicionalmente se entiende el poder constituyente armoniza con estas situaciones especiales. Al fin y al cabo, ante momentos excepcionales, nada más lógico que pensar en un poder igualmente excepcional, con potestad para promover todos los cambios pretendidos por quienes encabezan el proceso constituyente que están conectados con la propuesta de no adaptarse con la legalidad previa.

En cuanto a la primera hipótesis mencionada, la idea de que el poder constituyente es el responsable de inaugurar el orden jurídico, como ya hemos comentado, justifica la ausencia de límites al ejercicio de sus actividades. En cuanto a su naturaleza revolucionaria, la revolución es vista como la verdadera fuente

del derecho. En otras palabras, al romper abruptamente con el orden constitucional utilizando métodos no previstos por el sistema normativo, el movimiento revolucionario busca promover un cambio drástico en los valores sociales y políticos e incluso alterar la idea de derecho que se había impuesto hasta entonces.

En cualquier caso, parece erróneo pensar que la manifestación del poder constituyente siempre tendrá lugar en contextos políticos revolucionarios o con el objetivo de redactar la primera constitución de un país. Estos no son los únicos momentos en los que se ejerce el poder constituyente. Por eso, la interrelación entre órdenes antigua e nueva es parte del proceso de construcción necesaria de un nuevo estado constitucional y, en espacios democráticos, la negociación y el consenso son valores imprescindibles para el buen término del proceso.

En los casos analizados a continuación, otras cuestiones pasan a primer plano y están relacionadas con un contexto político, social, económico y, por supuesto, internacional diferente. Como veremos, pensar en el poder constituyente como se pensaba en épocas remotas es abrir la puerta al riesgo de descalificar democracias que, más recientemente, se enfrentan a realidades diferentes.

II. La sustitución constitucional en tiempos de erosión democrática

Incluso en situaciones de transición de regímenes autocráticos a democráticos, como en el caso de Portugal o de los antiguos Estados comunistas europeos, puede observarse la existencia de un poder constituyente "ejercido según un procedimiento justo e impulsada por la intención de conformar un orden jurídico-político justamente ordenado, (que sirva) como técnica probada para resolver crisis y rupturas políticas",[2] de los momentos extraordinarios. Esto significa que la mera existencia de una revolución o ruptura fundamental no significa la existencia de un poder sin

[2] Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 82.

controles, ya sean políticos o incluso jurídicos, como se verá. No se trata de excluir la importancia de estos contextos políticos, sino de subrayar que la producción constitucional puede tener lugar en entornos diferentes, en los que no caben los términos forjados por la concepción tradicional, ya que no son suficientes ni adecuados para explicar los procesos de sustitución de la Constitución existente por una nueva.

Así que no se trata de examinar el ejercicio del poder constituyente dirigido a la redacción de la primera Constitución, mismo que su manifestación despegue de un movimiento revolucionario, no se conformando la idea de que no es posible que se haga ajustes a "legalidad preexistente",[3] pues, también, el orden nuevo, mismo que revolucionario, existe dentro de un cuadro constitucional ya existente. No se está a barrer[4] todo que existe anteriormente y el derecho anterior, mismo con la orden revolucionaria, no puede ser desconsiderado, aunque gran parte de ella venga a ser superada,[5] especialmente pues se establece el nuevo orden desde los valores de la democracia constitucional.

Si se observan las experiencias de todo el mundo, es posible constatar, sobre todo a partir del siglo xx, la existencia gran número de procesos de sustitución constitucional que no tuvieron lugar en países sin una constitución previa y que no operaron por medios revolucionarios. De hecho, el ejercicio del poder constituyente ha recorrido el camino inverso. Su manifestación se llevó a cabo en armonía con las disposiciones constitucionales vigentes, utilizando instrumentos previstos por el sistema normativo, principalmente el proceso de reforma de la Constitución y las

---

3 Vanossi, Jorge Reinaldo, "Uma Visão Atualizado do Poder Constituinte", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, num. 1, 1983, pp. 13.

4 Dantas, Ivo, *Poder Constituinte e Revolução*: breve introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1978, pp. 54.

5 Barruffini, José Carlos Toseti, *Revolução e Poder Constituinte*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pp. 67-69; e Dantas, Ivo, *Poder Constituinte e Revolução*: breve introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1978, pp. 49-52.

consultas populares.[6] El poder constituyente revela entonces una nueva faceta, ahora más contenida, consensuada y desvinculada de aquel sesgo inaugural y revolucionario. Surge así la noción de *transición constitucional*.

Al abordar la singularidad del proceso de elaboración de la Constitución española de 1978, Luzia Marques da Silva identifica la aparición de una nueva generación de Constituciones que, en contra del *modus operandi* tradicional, se redactaron sin promover una ruptura brusca y violenta con el orden constitucional establecido, para respetarlo y mantenerlo en pie hasta la promulgación de la nueva Constitución. En estos casos, aunque se produzca una ruptura, ésta sólo tendrá lugar en la línea de meta del proceso constituyente, y no en su punto de partida.[7] En otras palabras, mientras que en los ambientes revolucionarios hay una sucesión de constituciones, ya que la revolución derroca un orden constitucional y sucesivamente pone otro en su lugar, en las transiciones siempre hay un dualismo, ya que "mientras se elabora la nueva Constitución formal, la anterior sigue en vigor por tiempo indefinido".[8] En consecuencia, el poder constituyente acaba operando con respeto a las normas constitucionales vigentes, aunque su manifestación pretenda sustituirlas.

En consecuencia, nos damos cuenta de que las nociones de inicialidad, inexistencia de límites legales, etc. han perdido fuerza.

Dada esta preocupación por mantener el proceso de sustitución constitucional dentro de límites normativos, especialmente con el objetivo de otorgarle legitimidad formal, no es de extrañar que los mecanismos de reforma de la Constitución desempeñen

---

6 Es interesante observar que los *Founding Fathers* de la Constitución de los Estados Unidos se dieron cuenta de esta cuestión, aunque de manera diferente, al condicionar la fuerza legal de la Constitución a su ratificación por el pueblo, y también al no utilizar el llamado poder constituyente, que pretendía ser tan poderoso, para redactar su primera Constitución. Tal discusión no se encuentra, por ejemplo, en los Federalist Papers.

7 Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *O poder constituinte: do tempo das pátrias à era da* globalização, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 187-192.

8 Miranda, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 5ª. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 296.

un papel central en el contexto de las transiciones constitucionales, especialmente en lo que se refiere al desencadenamiento y la regulación del proceso constituyente. Tanto es así que Cristina Queiroz, analizando la cuestión, señala que la "transición constitucional se define por la utilización de procesos formales de revisión del texto constitucional escrito para alcanzar un objetivo final: la sustitución de un texto constitucional por otro, sin rupturas, cortes ni estados de tensión".[9]

Aunque estos puntos bastan para demostrar el cambio paradigmático que introducen las transiciones constitucionales, es importante subrayar que, en estos casos, la sustitución de Constitución se desencadena y se lleva a cabo por consenso entre las autoridades del "antiguo régimen" y las fuerzas que claman por una nueva constitución. El movimiento revolucionario no choca con el poder y lo derroca para dictar un nuevo régimen constitucional. Al contrario, la sustitución de la Constitución es el resultado de una negociación entre las viejas y las nuevas fuerzas políticas. El consenso sustituye así al conflicto y la violencia pues ubicado en un contexto de democracia constitucional.[10]

Es gracias a este consenso político, además, que se hace posible que el poder constituyente opere dentro de los mecanismos constitucionales que ofrece el sistema vigente. En esencia, lo que ocurre es que "el antiguo poder cede cobertura legal al advenimiento del nuevo a cambio de garantías de una exoneración sin sobresaltos".[11] Como consecuencia directa de estas negociaciones que dan lugar al nuevo pacto constitucional, los cambios introducidos por la nueva Constitución suelen ser moderados en comparación con los cambios radicales que provienen de las manifestaciones del poder constituyente en escenarios inaugurales y revolucionarios. Las transformaciones son suaves y contenidas, generalmente respetuosas con los agentes e instituciones del viejo orden, lo que deriva de su participación directa en el proceso de sustitución constitucional, y es inevitable que sus intereses

---

9 Queiroz, Cristina, *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 150.

10 Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *O poder constituinte..., cit*., pp. 192-193.

11 *Idem*.

acaben reflejándose, aunque sea mínimamente, en la labor del poder constituyente.[12]

Además del caso español ya mencionado, la Asamblea Constituyente encargada de redactar la Constitución brasileña de 1988 es también un gran ejemplo de cómo se utilizaron las transiciones constitucionales para salir de un régimen autoritario y avanzar hacia una democracia, pues los pactos para la transición incluso están hasta hoy en la Constitución de 1988 (art. 8 del Acto de las Disposiciones Transitorias).

Todo eso para mostrar que la irrupción de procesos constituyentes también se produce en el seno de regímenes democráticos. Es decir, el poder constituyente no sólo aparece en contextos inaugurales o revolucionarios o para romper con un orden dictatorial y la experiencia constituyente revela casos de sustitución de la constitución incluso dentro de una democracia —América Latina es una tierra fértil de ejemplos en este sentido—.[13] Por tanto, poder constituyente y democracia llegan a coexistir en un mismo entorno político, lo que sin duda exige adaptaciones de ese concepto. Al fin y al cabo, es intuitivo pensar que cuando se manifiesta dentro de un orden democrático, el poder constituyente no debería conservar las mismas características que sus apariciones en entornos revolucionarios o para restablecer la democracia tras épocas autoritarias.[14]

En este sentido, como bien señala Gabriel Negretto, aunque los motivos que impulsan los procesos de sustitución constitucional dentro de las democracias sean diferentes y diversos, es fundamental que la manifestación del poder constituyente no ponga en riesgo la estabilidad y continuidad del régimen político democrático. Para que ello sea posible, el proceso constituyente debe desarrollarse en armonía con los poderes constituidos (ins-

12 *Idem*.

13 Es lo que ocurrió, a modo de ejemplo, en Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), Bolivia (2009) y los dos procesos constituyentes chilenos, que no lograron su objetivo de establecer una nueva Constitución para Chile.

14 Negretto, Gabriel, "Procesos constituyentes y refundación democrática: El caso de Chile en perspectiva comparada", *Revista de ciencia* política, vol. 35, núm. 1, Santiago, 2015, p. 201.

tituciones públicas) y respetar las reglas preestablecidas sobre su funcionamiento.[15]

III. Los límites del poder constituyente en los procesos de sustitución

En sentido estricto, la democracia constitucional funciona como un límite político y jurídico al poder constituyente. El propósito de este artículo, como subrayamos al principio, no es desarrollar una tesis sobre los límites impuestos al poder constituyente, sino examinar los problemas que plantea la concepción tradicional ante los retos contemporáneos a los que se enfrentan las democracias constitucionales. En cualquier caso, debido a la relevancia del tema, parece inevitable que hagamos una breve digresión en este sentido.

Reflexionando sobre este debate clásico, Gomes Canotilho es preciso al señalar que "el poder constituyente nunca surge en un vacío histórico-cultural".[16] Partiendo de esta premisa básica y aprovechando las palabras del autor, podemos sostener que: el poder constituyente no opera en un vacío normativo, es decir, no está solo en el mundo de las normas. Por el contrario, su ejercicio es un fenómeno sociocultural, de modo que tiene lugar en el seno de una comunidad que ya cuenta con valores culturales históricamente establecidos,[17] que se establecieron de forma espontánea y, por tanto, forman parte de la noción actual de *derecho natural*, cuyo enfoque ya no se basa en el examen de una naturaleza o esencia prefijada del ser humano. Como aclara João Baptista Machado, la noción de derecho natural se refiere "a algo que no depende de la acción humana, aunque sea el resultado algo espontáneo de un proceso evolutivo basado en la praxis humana histórica."[18]

---

15 Negretto, Gabriel, "Constituent Assemblies in Democratic Regimes: The Problem of a Legally Limited Convention." en Elster, Jon *et al*. (orgs.), *Constituent Assemblies,* New York, Cambridge University Press, 2018, p. 41.

16 Canotilho, José Joaquim Gomes, *op. cit*.

17 Silva, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional,* São Paulo, Malheiros, 2014, p. 248.

18 Machado, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 299.

Las normas del derecho natural, por tanto, pueden extraerse de la experiencia histórica y cultural de una comunidad, es decir, de lo establecido por sus "instituciones culturales".[19] En este sentido, el análisis de la praxis humana permite identificar un cierto orden, entendido como un éxito evolutivo e, igualmente, un prerrequisito para la interacción social, a través del cual se identifica una "cierta 'forma de vida' del hombre".[20] Es precisamente a partir de esta regulación de las instituciones culturales que los principios normativos suprapositivos (derechos naturales),[21] son constitutivos "de la Idea de Derecho de esa comunidad concreta",[22] en la medida en que traducen sus valores normativos centrales y constituyen el sustrato ordenador de la sociedad.

Es cierto que el poder constituyente, como cualquier legislador, no puede hacer la vista gorda a los principios de justicia.[23] Estos están, como hemos dicho, arraigados en el imaginario jurídico de la comunidad, hasta tal punto que las autoridades legislativas (constituyentes o constituidas) no pueden ignorar sin más todos estos valores que se han incorporado históricamente a su tradición jurídica. Son estos principios, también, que actúan como límites normativos al poder constituyente. En efecto, la tarea del órgano encargado de elaborar la Constitución "es concretar principios preexistentes a nivel constitucional que ordenan la praxis comunitaria, y no superponer un nuevo sentido evolutivo que se impondría en adelante al orden institucional".[24] De este modo, la experiencia jurídica de la comunidad, de la que se extraen sus principios suprapositivos, actúa como vector orientador y limitador de los órganos encargados de producir el derecho positivo.[25] En el mismo sentido, puede entenderse que existen límites trascendentes, que se imponen no solo a la voluntad del Estado, sino

19 A expressão é, também, *ibidem*, p. 301.

20 *Ibidem,* 302.

21 *Ibidem,* 303.

22 Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte..., cit.*, p. 86.

23 Canotilho, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 82.

24 Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte..., cit.*, p. 86.

25 *Ibidem*, pp. 89-90.

también a la voluntad popular, basados en el derecho natural, en valores éticos superiores o en una conciencia jurídica colectiva.[26]

En una línea similar, Estefânia Barboza, tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá,[27] afirma que "antes de la Constitución escrita, hubo una Constitución no escrita que evolucionó históricamente",[28] los principios constitucionales no escritos sirven de fundamento al texto constitucional escrito y, por consiguiente, son verdaderos límites al poder constituyente.[29] El compromiso con las costumbres constitucionales como límites al Poder Constituyente también nos parece una cuestión central.[30] En cualquier caso, ya sea desde una perspectiva de derecho natural, o teniendo en cuenta la existencia de principios constitucionales no escritos, se observa que *existen determinados valores normativos que condensan la idea de derecho vigente en una comunidad, que están históricamente arraigados en su cultura jurídica, de tal forma que deben servir de inspiración al legislador positivo y, sobre todo, al poder constituyente, que ve condicionada la validez de su obra al respeto de estos valores jurídicos extrapositivos*.

Por otro lado, debido a la expansión del derecho internacional (público, derechos humanos, comercio, etc.) y a la integración de los Estados constitucionales en el ámbito internacional, puede decirse que existe una fuerte normatividad jurídica en diversos ordenamientos jurídicos internacionales (ONU, OEA, etc.). Di-

---

26 Miranda, Jorge, *op. cit*., p. 311.

27 No estamos descuidando un tema central en la reflexión sobre el Derecho Público Comparado como ciencia y como metodología. En otras palabras, utilizar esta referencia como base de la prueba implica riesgos de debilitamiento metodológico, pero no exime al investigador de decir algo al respecto.

28 Barboza, Estefânia Maria de Queiroz, "Common law e civil law: aproximações para além de uma Constituição escrita", en Clève, Clèmerson Merlin, (Org.), *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 629.

29 *Ibidem*, p. 630.

30 Este tema será profundizado en un trabajo futuro, ya que requeriría más espacio del que aquí se pretende, dado que estamos hablando de un constitucionalismo derivado de otra familia jurídica, lo que requeriría una metodología de derecho comparado más exhaustiva.

cha normatividad, no sólo formada por los tratados (*Hard Law*), sino también por la jurisprudencia internacional, las costumbres internacionales y el *Soft Law*, apunta a la necesaria coexistencia entre el ordenamiento jurídico interno y los ordenamientos jurídicos internacionales. Como afirma Canotilho se debe seguir los "principios del derecho internacional (principio de independencia, principio de autodeterminación, principio de respeto de los derechos humanos),[31] los del *ius cogens* internacional[32] y las "obligaciones asumidas por un Estado frente a otro u otros Estados o frente a la comunidad internacional en su conjunto".[33] En las transiciones constitucionales, el poder constituyente y la propria constitución pierden sus "monopolios" para convivir con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las democracias constitucionales contemporáneas.[34]

Pensando el poder constituyente fuera del "núcleo configurativo del constitucionalismo", y de sus presupuestos jurídicos, con "la dignidad humana, los derechos que le son inherentes, los deberes correlativos y las garantías o recursos que no logran concreción práctica a este presupuesto de convivencia civilizada", y en consecuencia, "el respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, la independencia de los órganos constitucionales [...] y una cierta rigidez para la reforma de la Carta Fundamental" se dice que son obligaciones jurídicas para los constituyentes,[35] algo que puede analizarse a partir de dos casos chilenos recientes, por ejemplo, que, además de establecer procedimientos, estipularon un marco mínimo de carácter sustancial.[36]

---

31 Canotilho, José Joaquim Gomes, *op. cit*., p. 81.

32 Conci, Luiz Arcaro *et al*., "Normas Ius Cogens e Princípio *Pro Persona"*, en Maia, Luciano *et al.* (Orgs.), *Controle de Convencionalidade – temas aprofundados*, Belo Horizonte, Jus Podium, 2018, p.106.

33 Miranda, Jorge, *op. cit*., p. 313.

34 Conci, Luiz Guilherme Arcaro, *Democracia Constitucional e Populismos na América Latina: entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais, São Paulo,* Editora Contracorrente, 2023, p. 170.

35 Cea Egaña, Jose Luis, "Poder Constituyente", en Soto V., Sebastián *et al.* (orgs.), *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional*, Santiago, Editora da PUC-Chile, 2021, pp. 63.

36 *Cfr*. artículo 135 de la Ley 21.200/2019, que reformó la Constitución vigente, estableció la República, el régimen democrático, el respeto a las

Según las ideas expuestas, la nueva Constitución puede sin duda introducir los cambios que justificaron su redacción —como la mejora de las instituciones y la ampliación del catálogo de derechos, por ejemplo—, pero está impedida para establecer un régimen político que no sea la democracia, o para establecer reglas que hagan inviable y/o demasiado inestable el juego democrático.[37]

El objetivo último de los procesos constituyentes en estos casos debe ser mejorar la democracia, no constitucionalizar normas y diseños que puedan debilitarla. Para lograr este objetivo, es importante que las fuerzas implicadas en el proceso de redacción constitucional, aunque tengan puntos de desacuerdo entre sí, alcancen un *consenso democrático*.

Esta preocupación por el mantenimiento de la democracia debe traducirse en una especial atención al diseño institucional que se perfilará en la nueva Constitución. Como hemos destacado en el primer apartado de este trabajo, las instituciones públicas son fundamentales para el desarrollo del régimen democrático. Por ello, dado que la Constitución es el documento jurídico por excelencia para estructurar y regular el funcionamiento de las instituciones, es esencial que el poder constituyente establezca un texto constitucional equilibrado desde el punto de vista institucional.[38]

En este sentido, es inevitable concluir que el poder constituyente debe respetar la naturaleza de las instituciones públicas. En otras palabras, aunque el poder constituyente disponga de una

---

decisiones judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile como contenidos que obligarían a la Convención Constituyente. Rechazada por el pueblo en plebiscito, se aprobó la Ley 21.533/2023, que abrió el siguiente proceso y estableció más requisitos procedimentales y materiales para la nueva Constitución, que también fue rechazada en un nuevo plebiscito.

37 Negretto, Gabriel Leonardo y Soto Barrientos, Francisco "¿Cómo se debe regular un proceso constituyente democrático? Reflexiones a partir de la experiencia chilena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, núm. 163, v. 55, 2022.

38 En el mismo sentido, ver: Silva, José Afonso da, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 17-18.

amplia discrecionalidad para remodelar el diseño constitucional, no puede hacerlo, por su compromiso democrático, de forma que impida a los poderes ejercer sus funciones con independencia y autonomía, del mismo modo que no debe potenciar excesivamente a una institución en detrimento de las demás, otorgándole poderes exagerados y relajando los mecanismos de control. De lo contrario, la nueva democracia constitucional vendrá al mundo frágil y debilitada, con una fuerte tendencia a la captura del ejercicio del poder político para satisfacer intereses particulares.

IV. Resumen concluyente

A la luz de estas consideraciones, nos parece claro que es inadecuado adoptar el concepto tradicional de poder constituyente para explicar su manifestación en contextos democráticos. Como hemos intentado demostrar, sus contornos fueron concebidos pensando en escenarios inaugurales y/o revolucionarios, donde consensos no estaban en la mira de sus pensadores.

Sus características no armonizan con los procesos de sustitución constitucional que tienen lugar dentro de las democracias constitucionales, en los que el poder constituyente debe ser visto como una fuerza limitada, precisamente por la necesidad de respetar los dictados de ese régimen político.

El ejercicio de la función constituyente debe estar guiado por el consenso democrático, respetando el texto constitucional vigente donde necesario y en armonía con las instituciones públicas constituidas.

De hecho, a medida que nos alejamos de la concepción tradicional, vemos la necesidad de aproximarnos a la noción de transición constitucional, que refleja la idea de un poder constituyente limitado por las normas vigentes y guiado por el consenso.

En presencia de la democracia, por lo tanto, el poder constituyente debe adaptarse, alejándose de la imagen de fuerza ilimitada y extraordinaria pintada desde el siglo xviii, ya que su objetivo es ahora diferente: editar un orden constitucional que preserve y mejore el funcionamiento de la dinámica democrática.

Referencias

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz, "Common law e civil law: aproximações para além de uma Constituição escrita", Clève, Clèmerson Merlin, (org.), *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Barruffini, José Carlos Toseti, *Revolução e Poder Constituinte*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2003.

Conci, Luiz Guilherme Arcaro, *Democracia Constitucional e Populismos na América Latina: entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais,* São Paulo, Editora Contracorrente, 2023.

Conci, Luiz Arcaro *et al*., "Normas Ius Cogens e Princípio Pro Persona", en Maia, Luciano *et al*. (orgs.), *Controle de Convencionalidade – temas aprofundados*, Belo Horizonte, Jus Podium, 2018.

Dantas, Ivo, *Poder Constituinte e Revolução*: breve introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1978.

Machado, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2012.

Miranda, Jorge, T*eoria do Estado e da Constituição,* 5ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

Negretto, Gabriel, "Procesos constituyentes y refundación democrática: El caso de Chile en perspectiva comparada", *Revista de Ciencia* Política, Santiago, núm. 1, v. 35, 2015.

Negretto, Gabriel, "Constituent Assemblies in Democratic Regimes: The Problem of a Legally Limited Convention", en Elster, Jon *et al*. (orgs.), *Constituent Assemblies,* New York, Cambridge University Press, 2018.

Negretto, Gabriel Leonardo y Soto Barrientos, Francisco "¿Cómo se debe regular un proceso constituyente democrá-

tico? Reflexiones a partir de la experiencia chilena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, núm. 163, v. 55, 2022.

Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral, *O poder constituinte: do tempo das pátrias à era da* globalização, Curitiba, Juruá, 2013.

Queiroz, Cristina, *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Silva, José Afonso da, *Teoria do conhecimento constitucional,* São Paulo, Malheiros, 2014.

Silva, José Afonso da, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo, Malheiros, 2007.

Vanossi, Jorge Reinaldo, "Uma Visão Atualizado do Poder Constituinte", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, num. 1, jan de 1983.

Los decretos de necesidad y urgencia y el silencio del Congreso en la República Argentina. Un análisis sobre la ineficacia del régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes (Ley 26.122)

***

Emergency and necessity decrees and congressional silence in the Argentine Republic. An analysis of the ineffectiveness of the legal regime for emergency and necessity decrees, legislative delegation, and partial promulgation of laws (Law 26.122)

*Fernando Braceiro**

Resumen: el presente trabajo tiene como objeto analizar la atribución del Poder Legislativo Nacional al momento de efectuar las revisiones respecto a la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional. A partir del estudio del proceso histórico que ha llevado a la incorporación de los DNU a la Constitución Nacional y la revisión de la Ley reglamentaria de los mismos, se puede advertir una laxitud en relación de las exigencias previstas para el pronunciamiento del propio Congreso de la Nación en la revisión de los DNU dictados por el PEN conforme a la vigente normativa reglamentaria de este instituto constitucionalmente

* Abogado UBA. Profesor de Derecho Constitucional Facultad Cs. Economicas UNLZ. Integrante de diversos proyectos de investigación DECyT (Derecho UBA) y LCyT (Económicas UNLZ).

reconocido con la Reforma Constitucional de 1994, en contraposición a las exigencias establecidas para el propio órgano legislativo en relación al proceso ordinario de formación y sanción de leyes.

Abstract: the purpose of this work is to analyze the attribution of the National Legislative Power at the time of carrying out the reviews regarding the validity or invalidity of the Decrees of Necessity and Urgency issued by the National Executive Power. From the study of the historical process that has led to the incorporation of the DNUs into the National Constitution and the revision of the Law regulating them, it can be noted a laxity in relation to the requirements foreseen for the pronouncement of the National Congress itself in the revision of the DNUs issued by the PEN in accordance with the current regulatory regulations of this constitutionally recognized institute with the Constitutional Reform of 1994, as opposed to the requirements established for the legislative body itself in relation to the ordinary process of forming and enacting laws.

Palabras clave: decreto, silencio, poderes, Congreso Nacional, reglamentación legislativa.

Keywords: decree, silence, powers, National Congress, legislative regulation.

Sumario: I. Proceso histórico. II. La imperfección de la ley reglamentaria: el silencio legislativo. III. Conclusión.

I. Proceso histórico

En nuestra primera Constitución no se le reconoció al Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) una facultad "sustitutiva" del Poder Legislativo cuando acontecieran situaciones de emergencia pública que no permita dar cumplimiento al proceso ordinario de formación y sanción de leyes dado la urgencia que requiere la medida a ser adoptada, o frente a un hecho que puede provocar riesgo al sistema político institucional. reglamentación jurídica ha sido conferido al Poder Ejecutivo la posibilidad de reglamen-

tar las leyes que fueran dictadas por el Congreso de la Nación "para la ejecución de las leyes de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".[1] En definitiva, desde la concepción institucional de una democracia liberal, había un contundente criterio de determinación de facultades conforme la naturaleza de representación y atribuciones funcionales de cada órgano de poder, y desde esa consideración la reglamentación jurídica de la Constitución Nacional se recostaba sobre el Poder Legislativo producto de reconocer como dijera González Calderón que teórica y prácticamente ningún órgano de gobierno puede ser más adecuado que el cuerpo legislativo para expresar la voluntad soberana del pueblo, porque es y debe ser su más genuina e inmediata expresión.[2]

El proceso de redacción normativa para reconocerle al Poder Ejecutivo facultades asimilables a labores correspondientes al Poder Legislativo atravesó un amplio camino, que se valió del dictado de decretos al margen de lo contemplado constitucionalmente, sujeto a la existencia —en principio— de situaciones que fueron entendidas de pronta solución. Así fue como el primer decreto de esta naturaleza que podría entenderse que fue dictado por el PEN es el decreto 5765 de 1862 de Intervención de los Cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas de los súbditos de sus naciones, que no ha sido con posterioridad enviado al Congreso para su correspondiente ratificación.[3] Esta práctica ha sido institucionalizada por los distintos gobiernos hasta el efectivo reconocimiento constitucional, como un método para implementar decisiones de gobierno en el marco de la discrecionalidad del PEN, y que sin embargo como podremos reconocer en el presente trabajo, no se ha morigerado con el reconocimiento expreso en el texto constitucional y la posterior ley reglamentaria, sino que por el contrario se ha visto incrementada su utilización. Desde el período comprendido entre la sanción de nuestra

---

1 *Cfr*. Constitución Nacional de 1853, art. 83 inc. 2, *http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3873*

2 *Cfr*. Gónzalez Calderón, Juan, "*Doctrina Constitucional*", Buenos Aires, Ed. J. Lajouane & Cía, 1928, p. 63.

3 *Cfr*. Dirección de Información Parlamentaria, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

primera Constitución Nacional (1853) y la sanción de su última reforma (1994) han sido dictados 151 decretos de naturaleza excepcional, motivo sobre el cual el Poder Ejecutivo suele fundar su decisión sosteniendo que el Poder Legislativo resulta insuficiente para enfrentar las vastas y urgentes necesidades normativas del Estado.[4]

Este tipo de decreto ha tenido a su vez tratamiento y estudio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación previo a su reconocimiento en la norma fundamental. Así podemos referirnos como la primera aproximación al control de constitucionalidad de decretos no reglamentarios en el cual el PEN adopta medidas que, prima facie, corresponde conforme el principio constitucional de División de Poderes al Congreso de la Nación mediante el fallo *Porcelli v. Banco de la Nación Argentina* de 1989, en el cual si bien la CSJN no ha tenido un desarrollo extendido, puede desprenderse de la lectura del mismo que la ratificación legislativa posterior a su dictado subsana supuesta incompetencia material que tiene el órgano de origen al momento de la sanción de este tipo de norma, al señalar que "[...] como lo destaca el señor Procurador General en su dictamen, 'tal ratificación tuvo lugar en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la ley 23.410' [...]",[5] y siendo que en su dictamen el Procurador Gauna expresó que "En cuanto a la necesidad y urgencia que presiden y justifican la adopción de tales medidas por parte del Ejecutivo, es conveniente añadir que tales circunstancias se reservan al control de prudencia y oportunidad del Congreso, quien juzgará de ellas la aprobación o abrogación del reglamento".[6]

Sin embargo, el más reconocido precedente de la jurisprudencia nacional en la materia es el fallo *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional,* en el cual se discutía la validez constitucional

[4] *Cfr*. Spada, Darío G., "Decretos de necesidad y urgencia: naturaleza – reseña de su utilización – evolución jurisprudencial", *Administración & Derecho, Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 2010, p. 61, *https://www.casi.com.ar/sites/default/files/der-politicoRese%23U00f1a%20%20Evoluci%23U00f3n%20Jurisprudencial.pdf*

[5] *Cfr*. Fallos *Luis A. Porcelli c/ Banco de la Nación Argentina*, sentencia del 20 de abril de 1989, Fallos 312:555, considerando 2°.

[6] *Cfr*. *Ibidem*, Dictamen Procurador General de la Nación, considerando 7, párr. 6

del Decreto 36/90 que dispuso que los depósitos a plazo fijo serían reintegrados a los ahorristas hasta 1.000.000 de australes en efectivo y el resto en títulos de la deuda pública serie Bonex 89 que serían rescatados en el término de 10 años. La Corte sostuvo en aquello que puede ser entendido como el holding del caso que

> [...] puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el dec. 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque —y esto es de público y notorio— ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.[7]

Ampliando los alcances de validez de estos decretos en la falta de pronunciamiento expreso por parte del Congreso de la Nación para legislar en sentido contrario, es decir, reputa válidos aquellos decretos que no tienen contraposición legislativa, mencionando además al momento de resolver el caso en concreto que ya había dado indicios de validez de decretos dictados por el Poder Ejecutivo en situaciones de necesidad y urgencia en el ya mencionado caso Porcelli.

A fines de 1993, luego de las tratativas abordadas en el renombrado "Pacto de Olivos" fue sancionada la ley 24.309 de necesidad de reforma constitucional, conocida como la ley del "Núcleo de Coincidencias Básicas" en la que se definieron un conjunto de ejes temáticos —referidos en el artículo 2 de la mentada ley— a ser incorporados en el texto constitucional entre los que se encontraban la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y el procedimiento de "agilización" normativa frente al trámite ordinario de discusión y sanción de las leyes, es decir, los decretos de necesidad y urgencia como también la delegación legislativa. Este eje —apro-

[7] *Cfr. Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – Banco Central de la República Argentina s/ Acción de Amparo*, sentencia del 27 de diciembre de 1990, Fallos 313:1513, considerando 24.

bado legislativamente— a su vez perteneció a la "cláusula cerrojo" establecida en el artículo 5 de la ley de necesidad de reforma, implicando que el núcleo de coincidencias básicas debía ser votado en conjunto, representando para los convencionales una decisión de tener que aprobar o rechazar completamente la nómina dispuesta en la misma luego del debate cursado.

Pese a la existencia de posiciones adversas, fue plasmado en la Constitución Nacional el reconocimiento expreso de los decretos de necesidad y urgencia, esencialmente con la finalidad de que exista un control posterior del Congreso de la Nación. En palabras del convencional Ortiz Pellegrini

> No podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país.[8]

Algo que, sin embargo, como veremos más adelante, no ha cumplido con los objetivos pretendidos por los bloques mayoritarios de la Convención Constituyente.

II. La imperfección[9] de la ley reglamentaria: el silencio legislativo

La pretensión del Poder Constituyente al reconocer de modo explícito en la última Reforma Constitucional el instituto de los De-

[8] *Cfr*. Diario de sesiones, Intervención convencional constituyente Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Convención Nacional Constituyente, 19° reunión – 3° sesión ordinaria (constitución)", versión taquigráfica del 28 de julio de 1994, p. 2441, *https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm*

[9] Concepto utilizado por Midón, Mario en su libro Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales.

cretos de Necesidad y Urgencia fue delimitar la posibilidad ante escenarios de excepcionalidad que el Poder Ejecutivo contara con la posibilidad de instrumentar mecanismos de celeridad en un contexto en el que no sería tolerable cumplir con el procedimiento ordinario de quien tiene la competencia de reglamentación constitucional mediante el dictado de leyes. Sin embargo, el control posterior de quien ostenta la atribución propia y exclusiva de legislar a los efectos de aprobar o rechazar el texto promovido por el Poder Ejecutivo representa la voluntad de los constituyentes de entender que el diseño institucional no debe ser alterado constituyendo en regla lo que representó como propósito una excepción.

Sin embargo, observamos como se ha afirmado en el debate de la comisión de Asuntos Constitucionales al momento de dar tratamiento al proyecto de ley reglamentaria de los DNU que

> En 1996, mientras el Partido Justicialista constituía el oficialismo, se emitió un dictamen que establecía un plazo de diez días contados a partir del dictamen de la comisión bicameral, pero también contemplaba que el vencimiento del plazo sin un pronunciamiento por parte del Congreso implicaba la convalidación o la vigencia de ese decreto de necesidad y urgencia. Esta posición fue sostenida en 1996 por el Partido Justicialista, pero cambió en 2001, cuando dicho partido dejó de ser oficialismo y pasó a ser oposición. Entonces se emitió otro dictamen en el que se fijaba un plazo de diez días a partir del pronunciamiento de la comisión bicameral, pero se establecía que, vencido ese plazo, la consecuencia del silencio por parte del Parlamento era la no ratificación del decreto de necesidad y urgencia. En verdad, tenemos que decir que no fue el único partido que cambió su posición. En el año 1996 el radicalismo postulaba que, vencido el plazo, el silencio implicaba la no ratificación, pero en el año 2001, cuando fue gobierno, cambió la osición para coincidir con la postura que en 1996 sostenía el PJ. Es decir que se ha ido cambiando la postura de acuerdo a si se estaba en el gobierno o no.[10]

[10] *Cfr*. Dirección de Información Parlamentaria, H. Cámara de Diputados de la Nación, Decretos de Necesidad y Urgencia, versión taquigráfica de la reunión de Comisión de Asuntos Constitucionales, intervención del diputado Adrián Pérez, 12 de julio de 2006, pp. 4-5.

Exponiendo que la actitud de los partidos políticos suele vincularse al desempeño del poder institucional que se dedica administrar y gestionar múltiples recursos y su rol en esos espacios, es decir, pertenecer o no al PEN.

Si bien, la intención del Poder Constituyente fue la de reglamentar y darle reconocimiento constitucional a los DNU, la reglamentación legislativa plasmó muchos grises entre los cuales entra la problemática que intento poner de manifiesto, que es el silencio del Congreso de la Nación ante un DNU dictado por el Poder Ejecutivo, remarcando —como el mayor conflicto— que consecuencia de la ley reglamentaria vigente, el silencio del Poder Legislativo es comprendido como la aprobación tácita de ambas cámara (e incluso con el silencio o aprobación de una de ellas), en contraposición en primer instancia a la exigencia constitucional respecto al proceso de formación y sanción de ley en el que el Congreso tiene vedada la aprobación ficta de aquella (art. 82 CN) y en consecuencia asignar efectos convalidantes al silencio congresional trastocando el principio constitucional convirtiendo ministerio legis la regla en excepción;[11] y en segundo término consolidando una deficiencia que afecta directamente a la conformación de los DNU, convirtiéndolos así también en perfectos o imperfectos. DNU perfecto será aquel ratificado por el Congreso, es decir ambas cámaras; y los DNU imperfectos aquellos que no han recibido ninguna ratificación legislativa.

El controvertida doctrina 26.122 —Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes—, ha sido una consecuencia de la fascinación del poder político de coyuntura que podía ser evitable si el Poder Constituyente en su oportunidad hubiera desterrado la controvertida doctrina del fallo *Peralta*, donde la CSJN había introducido la posibilidad de la vigencia de decretos de necesidad y urgencia en la medida que el Congreso no decida legislar en sentido contrario. La categórica expresión del citado convencional Ortiz Pellegrini no fue ratificada ni en la reglamentación legislativa, ni en la práctica política, y ello es producto de la incompleta

[11] *Cfr*. Rosatti, Horacio, "*Tratado de Derecho Constitucional*", 2ª. ed., t. II, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, p. 424.

decisión en la reforma Constitucional de 1994 de establecer el procedimiento y plazo para la aprobación de los DNU, evitando de ese modo que la tentación política de turno pueda empañar el efectivo objetivo pensado inicialmente en la inclusión explícita de los DNU en la Constitución Nacional.

III. Conclusión

Resulta necesario efectuar cambios a la ley reglamentaria para impedir que el silencio de las cámaras –o incluso reitero de una sola de ellas– represente una aprobación tácita contrario a la finalidad de los convencionales constituyentes, que se desprende de los diarios de sesiones que abordan la materia. Podría suponerse (o incluso afirmarse) que esto sucede por cuestiones políticas, es decir, de dejar a la vista el apoyo político que recibe el Poder Ejecutivo por parte de las cámaras —y en particular el impulso o bloqueo para el tratamiento que acondicionan los bloques oficialistas— con respecto a su decisión de imponer materia legislativa en contextos de necesidad y urgencia, pero se desprende ante ello una pregunta ineludible ¿Lo político debe condicionar lo republicano?, a mi consideración la respuesta es NO, las instituciones deben estar siempre por encima de la política gubernamental de coyuntura, y la existencia de nuestra Constitución Nacional asignando atribuciones específicas a cada órgano de Poder reafirma ello.

En esta realidad, considero conveniente modificar ciertos artículos de la ley vigente que posibilite una mejora en la participación y decisión explícita por parte del Congreso de la Nación, teniendo en cuenta que por razones ya expuestas con anterioridad el PEN adopta medidas invadiendo facultades que originariamente le han sido conferidas al Poder Legislativo, y que por lo tanto exigen en consonancia con la aparente voluntad del Poder Constituyente derivado que sean convalidadas por quien tiene la competencia de origen.

El artículo 3 de la vigente ley, que hace referencia a la integración de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, determina una composición de 8 diputados y 8 senadores, que en la práctica reconoce participación en la integración a los bloques

mayoritarios de cada una de las cámaras, descuidando de ese modo la mayor heterogeneidad política que suele tener el Poder Legislativo. Ampliar la representación legislativa a 12 diputados y 12 senadores, entiendo que expresaría una Comisión Bicameral Permanente con una mayor presencia de las fuerzas políticas con representación parlamentaria.

En relación a las autoridades la ley reglamentaria (artículo 5) deja la facultad a los integrantes de la propia Comisión Bicameral para elegir a Presidencia, Vicepresidencia y Secretaría, teniendo en cuenta la recurrente práctica de los distintos PEN en el dictado de DNU difícilmente una autoridad política que pertenece a su propia fuerza política tome la decisión de rechazarlo. Por este motivo sostengo que resultaría conveniente que la Presidencia sea ocupada por la fuerza política que no componga el oficialismo con mayor representación legislativa en ambas cámaras, manteniendo la alternancia que le corresponde a cada una de las cámaras en la ocupación de la Presidencia.

Así mismo, la ley reglamentaria estipula en el artículo 20 la posibilidad que las Cámaras se dediquen a tratar el decreto dictado por el Poder Ejecutivo una vez vencido el plazo para que la Comisión Bicameral emita el despacho de comisión en relación a la validez o no del DNU, pero no define un plazo concreto para que las autoridades de cada Cámara convoquen a una sesión plenaria para su tratamiento. Por eso es oportuno modificar el referido artículo para disponer al final del mismo que las autoridades de cada una de ellas deberán convocar de inmediato a una sesión del respectivo cuerpo, incorporando al DNU dictado por el PEN como primer punto del orden del día de la primera sesión posterior a su recepción, o convocar a una sesión especial para su expreso tratamiento en el plazo de 10 días hábiles posteriores al plazo vencido oportunamente que tuvo la Comisión Bicameral para su remisión.

La exigencia dispuesta por la ley para que se rechace un DNU —de igual modo que un decreto delegado— subvierte el sentido ordinario exigido por la Constitución Nacional en el artículo 82 al señalar que el pronunciamiento de cada cámara debe ser explícito, excluyéndose la sanción tácita o ficta durante el proceso de formación y sanción de leyes. En ese sentido, el artículo 24 de

la ley 26.122 confronta directamente con la obligación que recae sobre las cámaras del Congreso de la Nación para su facultad más significativa, propia y excluyente, permitiendo sostener frente a un DNU dictado por el Poder Ejecutivo Nacional que el rechazo de ambas cámaras implica una derogación del mismo, habilitando una cuestionable consideración respecto a la validez del mismo en caso de que una sola de las cámaras se pronuncie por su validez, o que guardando ambas silencio permanezca vigente porque no lo han rechazado ambas de forma explícita; es decir, los requisitos para la validez de un DNU son menos exigentes que para la aprobación y posterior promulgación de una ley. Por esa razón, resulta necesario modificar la redacción del mentado artículo a los efectos de que el decreto —cual sea que se trate— perderá vigencia cuando no sea aprobado de forma expresa por ambas cámaras dentro de 45 días hábiles contados desde la fecha de su dictado.

Con las propuestas formuladas, es intención brindar mecanismos de mayor vinculación entre la determinación del Poder Ejecutivo de dictar normas de excepcionalidad —DNU— frente a la facultad de revisión que le compete al órgano atribuido de facultades de naturaleza legislativa, para que efectivamente las condiciones del dictado de este tipo de decretos se encuentren asociados a las condiciones extraordinarias que impedirían el proceso ordinario de sanción y formación de leyes, y no una conducta recurrente del PEN ante la posibilidad de tener control al menos de una de las cámaras del Congreso para valerse del dictado de un tipo de norma que exige requisitos más flexibles que los propios correspondientes al órgano atribuido para dictar leyes, y a su vez, negar la posible decisión política e institucional de al menos una de las cámaras de guardar silencio frente a un DNU que le permita mantener su vigencia producto de la no manifestación explícita para su rechazo que habilita la actual ley reglamentaria.

El señor monopresidente[1]

***

The Mr. mono-president

*Raúl Gustavo Ferreyra**

Se cree en el Señor Presidente o no se cree, y en este último caso, el que osa, se convierte en réprobo.[2]

Miguel Ángel Asturias

Resumen: en esta ponencia se presenta la crítica figura del monopresidente, autoridad sobresaliente de los sistemas de gobierno en América del Sur. A ese servidor público se le atri-

* Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho (FD), Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Postdoctor en Derecho FD de la UBA (ORCID 0000-0001-5089-8136).

1 Ponencia presentada al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 21 al 25 de octubre de 2024, Ciudad de México, "Eje temático: IV. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática. 1. Sistemas presidenciales". La ciencia del Derecho, que se expresa por escrito, puede poseer aspiraciones de una forma de literatura. Así, desde una base literaria, el título de la ponencia se inspira en *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias, cuya edición príncipe es de 1946, Ciudad de México. Aquí se considera la publicada por Losada, Buenos Aires, 1995 [1948].

2 Asturias, Miguel Ángel, "El Señor Presidente como mito", conferencia dictada en 1965 en la Facultad de Lenguas y Literaturas extranjeras de la Universidad Bocconi de Milán, *https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mundo-mgico-y-mundo-real—-la-narrativa-de-miguel-ngel-asturias-0/html/01e5e59a-82b2-11df-acc7-002185ce6064_71.html#I_30_*, 16 de mayo de 2024.

buyen constitucionalmente una enorme variedad de competencias regladas para liderar y afrontar el proceso público de la gobernanza comunitaria. El ejercicio de la función presidencial requerirá de unidad, concentración y hegemonía para desempeñar las jefaturas y responsabilidades conferidas. Esa suma imponente de atribuciones desbarata una construcción dialéctica de la democracia. Así, el hiperpresidencialismo aumentado constituye un problema capital para una teoría general de la Constitución. El sesgo autoritario puede crecer y hasta degenerarse en una autocracia electiva, como se observó y se observa en la actualidad. El texto propone que una significativa, profunda y racional atenuación del modelo, por la vía de la reforma, alentaría la democracia participativa e inclusiva de toda la ciudadanía para el autogobierno.

Abstract: this paper presents the critical figure of the mono president, the outstanding authority in South American systems of government. This public servant is constitutionally empowered with an enormous variety of regulated competencies to lead and face the public process of community governance. The exercise of the presidential function will require unity, concentration and hegemony to carry out the leadership and responsibilities conferred. This imposing sum of powers disrupts a dialectical construction of democracy. Thus, increased hyper-presidentialism constitutes a major problem for a general theory of the constitution. The authoritarian bias can grow and even degenerate into an elective autocracy, as was and is observed today. The text proposes that a significant, deep and rational attenuation of the model, through reform, would encourage participatory and inclusive democracy of the whole citizenry for self-government.

Palabras Clave: monopresidente, autoridad, América del Sur,; unidad, hegemonía, concentración, democracia, autocracia, reforma.

Keywords: monopresident, authority, South American Unity, concentration, democracy, autocracy reform.

Sumario: I. La forma inicial del orden. Microtesis sobre la autoridad ejecutiva. II. Elegir presidente. III. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización? IV. Telón. Referencias.

I. La forma inicial del orden. Microtesis sobre la autoridad ejecutiva

El derecho del Estado es una combinación de formas jurídicas, una suma de reglas de naturaleza diversa, pensadas para la regulación institucionalizada de la conducta de los seres humanos. Una creación de un poder político, siempre dentro de un ámbito espacial y temporal de una comunidad. Su máxima expresión y forma jerárquica la instituye su Constitución escrita, que al determinar el único origen e implantar el criterio para el escalonamiento y la gradación de todo el derecho inferior, autorizaría una existencia ciudadanamente pactada de un "Estado constitucional", tanto Estado como el diseño definido por la Escritura fundamental[3]. Ella, con sus enunciados altísimos e insuperables de derecho, es la forma de las formas del orden jurídico estatal; acaso, junto a un determinado cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en el supuesto de que, en tanto Ley fundamental, les autorice desde su propia fuente matricial una validez con semejante, menor o prevalente jerarquía.

En la tercera década del siglo xxi, los Estados de América del Sur se ordenan por una "Constitución"[4] con pretensiones democráticas, que posee hasta cuatro piezas: composición, mecanismos, estructura, en el entorno de una sociedad abierta en la que se debería perseguir, alcanzar y desarrollar una paz social relativa[5]. En esa Escritura fundamental consta la "lengua"[6] de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del derecho para la concreción de procesos públicos (división y control del

[3] Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2003, p. 14.

[4] Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

[5] Remito a Ferreyra, Raúl Gustavo, *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2022. También en lengua portuguesa: *Esboço sobre a Constituição*, Rio de Janeiro, Núcleo Interamericano de Direitos Humanos-Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2023.

[6] Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

poder[7]; gobernanza y estructuración democrática) en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas. Si bien el poder del Estado es siempre único, se lo distingue en diversas ramas o funciones: un solo poder del Estado, varios departamentos o agencias.

En diez repúblicas sudamericanas su ciudadanía delega o deposita el desempeño constitucional de la función o rama ejecutiva en la unipersonalidad, más o menos estricta, más o menos caprichosa, de un presidente. En la "lengua" de las Constituciones se persigue un determinado estadio de justicia social, con diferentes estilos y profundidades. No hay poder constituyente que no auspicie el bienestar de la comunidad. Para decidir la autoridad ejecutiva se apela a una sola palabra: "presidente". Así se lee en los artículos de las Escrituras fundamentales de Argentina (87), Bolivia (165), Brasil (76), Ecuador (141), Chile (24), Paraguay (226), Colombia (188), Venezuela (225), Uruguay (149) y Perú (110). Añado como curiosidad que la primera de esas Leyes en el tiempo es la argentina de 1853, todavía vigente con sus reformas, y la última es la de Bolivia de 2009. El "ciudadano presidente" en un tiempo perpetuo.

La microtesis sostenida en este escrito, exclusivamente basada en un enfoque normativo, es la siguiente: Las Constituciones sudamericanas se inclinan por el sistema de gobierno presidencialista. Así, se origina un nuevo animal político: el monopresidente. Este oficial principal del pueblo será elegido, en general, con base en sistemas mayoritarios de pura confrontación. Al resultar un ganador indiscutido, con arreglo a esa legitimación de origen, ejercerá un poder que aspirará a la hegemonía, desde que la unidad del cargo desecha el diálogo como fuente de

[7] Entre la inabarcable literatura sobre división y control del poder, cito algunas referencias: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992; De Vergottini, Giuseppe, *Diritto Costituzionale comparato*, quinta edizione, Padova, CEDAM, 1999; Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945; Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019; Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, IIJ, 2000.

energía. Esa concentración se logra porque las constituciones le alzan, por regla, como jefe supremo del Estado, jefe del gobierno, comandante de las fuerzas armadas, responsable de la administración, colegislador y eventualmente "legislador"; incluso con potestades jurisdiccionales; todas atribuciones que le son adjudicadas sin sumisión a controles racionales y efectivos. En tanto en un futuro no se democraticen los poderes del monopresidente por la vía de reformas constitucionales, su sesgo predominantemente autoritario determinará la inestabilidad del sistema, su baja calidad y la falta de confianza que se aprecia, también por regla, durante el ejercicio de su mando.

Asumo las enormes diferencias que presenta el funcionamiento del sistema presidencial en cada uno de los países sudamericanos. Sin embargo, resulta posible anudar rasgos básicos y comunes del modelo regional: la búsqueda afanosa de una legitimidad de origen, enormes atribuciones con tintes absolutistas, inefectividad o carencia de controles y, sobre todo, la única individualidad de un hombre en las jefaturas supremas del Estado y del Gobierno. En más de 200 años de historia constitucional no existe un solo país del subcontinente en el que la instalación, el desarrollo y la continuidad de la institución presidencial no hayan padecido alteraciones o quebrantamientos. Al carecer de ambiciones *iuscomparatistas* o similares, mi intención es concretar una singularidad de las angustias que se presentan a menudo, tanto desde las bases normativas como desde las furiosas experiencias fácticas. A partir de esa enunciación, acaso, acometer los trazos para una teoría general de la Constitución en América del Sur que cubra, en este caso, las desdichas ocasionadas por el uniforme sistema de gobierno adoptado por los países de la región.

En este artículo expreso razones sobre las propiedades de la figura de quien nos gobierna, una autoridad (que ejerce el mando ejecutivo, el presidente) en el ámbito de las autoridades. Nótese, en la inteligencia de la microtesis, que es preciso evaluar dos aspectos del presidencialismo: por un lado, la concentración de funciones en la persona del líder del proceso; por otro, la posible descalificación del modelo por el predominio que ejerce el presidente sobre los otros poderes constituidos y también sobre los

"mecanismos de decisión política en el Estado"[8]. En las próximas secciones desarrollo argumentos que justifican la problematización descrita. En el "Telón" me despido con unas palabras conclusivas.

II. Elegir presidente

La regla sobre la distinción debería generar la esperanza de que "poder distinguido y distribuido" daría lugar a un "poder limitado". La división podrá ser entre poderes constituyentes y poderes constituidos; desde luego, en el caso de estos últimos: su parcelación en agencias ejecutivas, legislativas y judiciales. Primero, John Locke en siglo xvii y, luego, David Hume y Montesquieu, respectivamente, en el siglo posterior, fueron quienes dictaron diversas ideaciones sobre una relativa partición para el ejercicio del poder. Evidentemente, la división de un determinado plan gubernativo en diferentes dominios, jurisdicciones y personas actuantes, podría hacer creer en la posibilidad de un Gobierno sabio, certero y afortunado. Esa racionalización que induce a la desconcentración del ejercicio del poder siempre se debería imponer sobre aquella que implicase cualquier modelo de concentración. El autogobierno de una comunidad es un asunto de la ciudadanía, motivo por el cual una mayoría debería participar dentro del ámbito de sus razones prácticas y del orden establecido. La suma de la parte del poder que pertenece y autoriza a cada individuo resulta elemental para dar idea del poder político en una sociedad democrática. No hay otra explicación.

La teoría sobre una división del poder fue pensada doctrinariamente en Europa y concretada, en su faz normativa, con la fundación constitucional de Estados Unidos de América en 1787. Una composición colectiva, pese a que no existió un plan original. Durante los siglos xix a xxi, los textos constitucionales en América del SuR reflejan, en mayor o menor medida, la estructura de la Constitución de Estados Unidos de 1787, según la distinción en tres clásicas ramas gubernativas: la legislativa, la

[8] Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo xxi Editores, 2002, p. 220.

ejecutiva y la judicial. Un reparto de competencias de cada uno de los poderes del Estado.

Muy posiblemente los estadounidenses necesitaban la invención de un presidente. ¿Cómo saberlo con rasgos objetivos más allá de la frágil intuición? La institución quizá haya funcionado en Estados Unidos de América, donde la lucha entre sus clases sociales no fue de ninguna manera el criterio ordenador para orientar un destino a la comunidad. Sin embargo, el presidencialismo fuera de su tierra y de su comunidad ciudadana ha probado "ser básicamente un desastre"[9].

En el proceso constituyente de Estados Unidos se desplazó a la potencia colonial. Su comunidad no sufrió ninguna alteración, porque mantuvo intacta la estructura heredada del pasado colonial. La Constitución de Estados Unidos de 1787 se corresponde con una comunidad de clases hegemónicas bien establecidas con significativas exclusiones que no parecían inferirse de la "Declaración" del 4 de julio de 1776: esclavos, afroamericanos, mujeres, pobres, indigentes e indios. Los postulados ideados en el origen del Estado no hicieron peligrar esta estratificación, cuya construcción era bastante sólida. Los padres fundadores de Estados Unidos organizaron un nuevo Estado, aunque fueron "gente muy temerosa de una distribución igualitaria de la propiedad"[10], situación que se ha mantenido sin atenuaciones.

En el caso de América del Sur, la creación del cargo presidencial no posee cualidades semejantes. En nuestros países casi no se discutió, con profundidad, sobre otra alternativa para una anatomía del poder ejecutivo, como sí se hizo en Filadelfia en 1787. Al independizarse, nuestros países quedaban librados — acaso — al caudillismo, al personalismo, al hecho de que un líder prometiese, con magia o providencia santísima, que él y sólo él penetraría y llevaría a las aguas del bienestar a la comunidad ciudadana. Una circunstancia no favorecida por la notable extensión de la región, con su territorio de casi 18.000.000 de kilóme-

9 Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 19.

10 Zinn, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001, p. 10.

tros cuadrados, apenas alterados desde aquellos lejanos momentos constituyentes fundacionales.

En América del Sur no existe ni existió una distribución justa ni racional de los bienes yacentes o de los bienes que están a punto de crearse —o que pudiesen serlo algún día— . Asimismo, la inequidad es la fuente de sus sistemas tributarios perversamente regresivos. Por lo tanto, una ha sido la lucha por la independencia política y el entierro del colonialismo; y otra, la lucha por la construcción del tipo de un Estado constitucional y con sesgo democrático. Sin embargo, en el ámbito económico, financiero y negocial, la posición geográfica del subcontinente y sus riquezas naturales hicieron que se lo convirtiese en un granero a campo abierto, en el que sus ríos, cielos, subsuelos, riquezas marítimas y montañas también han sido objeto de expoliación constante, ruinosa y perversa para los sudamericanos.

Dentro de ese marco, sin dudas, resultaría sencillo echar la culpa al presidencialismo. El sistema, por su propia arquitectura jurídico-constituyente, no ha servido ni podría servir para construir bases racionales de un diálogo. Desde tal comprensión, quizá, dentro de 100 años causará extrañeza leer que la ciudadanía en el 2024 disponía conferir a una sola persona la posibilidad de ejercer una energía hegemónica, que se basa en la más pura confrontación: el poder presidencial. También sospecho que será motivo de asombro la develación de que por entonces un solo individuo, un humano natural, ejercía el mando personal y ejecutivo, sin interés, rencor y, sobre todo, exento del error individual.

En toda República el dominio debería pertenecer a todos los ciudadanos y ciudadanas. Ellos son los únicos e insustituibles sujetos que han de determinar un orden con el compromiso de leal y riguroso acatamiento. Con naturalidad, se puede advertir la incongruencia de que la actuación constitucional se atribuya a un solo ciudadano, el presidente, un hombre unido y sumergido en la soledad de su propia persona.

El presidente estadounidense dispone de un poder hegemónico, pero bastante controlado por el Congreso y los jueces. En cambio, en América del Sur, el "príncipe", mientras dure su gestión, dispondrá de un poder hegemónico con un haz de atribuciones, quizá superior al estadounidense, de acuerdo a la nomen-

clatura constitucional, pero los controles no serán semejantes, ni — en caso de serlo — eficientes, debido a sus dificultades para la puesta en marcha o su pésima concepción jurídica.

Por aquello de que nada proviene de la nada, la forma de elección del presidente instituye una cuestión relevante, determinante y paradigmática del sistema de gobierno modelado. Así, la utilización de sistemas mayoritarios, que cuentan además con una segunda ronda electoral, buscan el encuentro de un líder que gozará de un amplio respaldo ciudadano. Un solo líder. Una sola persona, acaso un verdadero y singular campeón de la lid política. El colectivo comunitario se reduce a una persona: el monopresidente.

De ese modo, se cree que ese "príncipe republicano" recibirá la unción de la ciudadanía por un camino directo. La mayoría obtenida en la elección y la fuente ciudadana directa convencerán y harán decir al líder presidencial escogido que su gobernación habrá de conjugar la historia, el presente y el pasado. Todo el proceso público — afirmará — empieza con él, incluso el pasado invencible y el futuro inescrutable. El líder domina el tiempo como ninguna inteligencia humana ha resuelto hasta el día de su elección, porque él y solo él propondrá "un liderazgo de duración indefinida"[11]. Las inclinaciones e ideas del nuevo "príncipe republicano" son dueñas de una originalidad superior a todo lo conocido hasta entonces. Sus electores, simpatizantes o aduladores, confiarán en el liderazgo prometido.

Toda elección de un presidente celebrará, además, un experimento curioso. Durante la campaña un candidato presentará su carta para el bienestar comunitario; los otros, también. Con diferentes argucias y falacias, se acusarán sobre el pasado remoto o el presente imperfecto. Llegado el momento de un balotaje, el candidato que triunfe será alentado por una mayoría de ciudadanos creyentes, cuya exigencia constitucional reside frecuentemente en la mitad más uno del cuerpo electoral, excepto en Argentina, donde existe la posibilidad de que las leyes de la aritmética no

[11] Cassagne, Juan Carlos, "Populismo y Estado populista", Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

rijan tanto porque el presidente puede ser elegido con una mayoría del 40%[12]. Favorecido por el electorado, el líder será quien podrá realizar, ahora y para siempre, el bien común anhelado y tan postergado Porque con él comienza el tiempo.

Una vez electo, para el presidente jamás existirá un tiempo perdido en sus francos deseos reeleccionistas. En los países de América del Sur, una de sus misiones — quizá hasta la más relevante de su propio gobierno del Estado — quedará encajada en su carrera por la reelección inmediata[13]. Así, empleará todo el aparato del Estado, incluso el coactivo — y no sólo sus recursos — , para cumplir el objetivo de la reelección, porque, en caso de no conseguirlo en la mitad de su período o antes, las fuerzas políticas siempre buscarán, por intermedio del enfrentamiento, un sucesor en demérito de las atribuciones del actual. La consigna parece ser: reelección o abismo.

Se argüirá que una presidencia nunca es suficiente, porque los "cambios" que se proyectan requieren de una segunda. El presidencialismo, al descansar en el combate permanente, le presenta a su insigne titular la necesidad de pelear para que su poder político, un "concepto fundamental"[14] en la configuración anatómica de sus atribuciones, no disminuya. El tiempo no debería alterar su poder. En México, por ejemplo, la reelección presidencial es un fruto prohibido por su Constitución, desde el 5 de febrero de

---

12 Art. 98 de la Constitución federal.

13 En la Opinión consultiva número 28, pronunciada el 7/6/2021, solicitada por la República de Colombia, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, decidieron que "la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del DIDH". Asimismo, determinaron que "la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADH) y la Carta Democrática Interamericana". Finalmente, sostuvieron "que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ello, a las obligaciones establecidas en la CADH y la DADH". La OC 28/21 significa un gran aporte en la lucha contra la autocracia presidencialista, una perversidad del sistema de gobierno generalizada en América del Sud.

14 Russell, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948, p. 10.

1917, en su artículo 83. Con sabiduría, en 2015 en Colombia se ha dispuesto, en el artículo 197 de su Ley fundamental, una prohibición de reelección del presidente con claros ribetes de naturaleza eterna; una suerte de impedimento para perpetuarse en la presidencia ejecutiva del Gobierno.

III. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización?

La unidad de la autoridad del poder presidencial define al sistema de Gobierno. Su jefatura suprema, sin interdicciones, decide los propósitos del proceso constitucional que quedará liderado por el presidente. Presidente es y será sinónimo de unidad en el ejercicio constitucional de la autoridad en nombre del Estado y de su pueblo. Un director absoluto con severos indicadores despóticos. Esa unidad presidencial, que se eleva a semejante altura, no debería disponer de espacio para comprender las debilidades o problemas que tienen los seres humanos que integran la sociedad.

En el sistema gobernado por un presidente, se debe descubrir una energía vital y suprema. Puede conjeturarse que, al imaginarse el modelo, sus creadores se hayan representado esa unidad y concentración de las competencias ejecutivas. También se puede intuir que, al crearse la institución presidencial en 1787, se creyó conveniente que la autoridad de una sola persona facilitaría las decisiones gubernativas de naturaleza ejecutiva. Sin complacencia: no existía otro modelo para inspirarse; la invención fue total.

Dentro de ese perímetro queda la idea de que la "unidad tiende a la energía"[15]. Así, pues, por simple derivación, se distinguirá, en otros servidores o funcionarios públicos, un mero rol secundario, siempre fuera de la escena, como consejeros o cualquier modalidad que adopte un sujeto influyente, pero sin dominio de los hechos, ni emergente de una representación popular directa.

[15] Ver Hamilton, Alexander, "LXX", 18/3/1788, en Madison, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 298.

La búsqueda de un "buen Gobierno"[16], eficaz y seguro, sin dudas, animó la comprensión ensayada respecto de la unidad de la energía del poder presidencial.

Una denuncia del poder hegemónico del presidente implica que la política constitucional, precisamente, cobra cuerpo en tanto se conjuguen nuevos idearios que, asentados en la crítica al presente estado de situación, también expongan con suficiente racionalidad los cambios proyectados. Eso aquí se hace o se intenta hacer. Por supuesto que tendría originalidad plantear que la denunciada presidencia como institución monocrática debería ser "abolida"[17] y reemplazada por otro modelo plural para la función ejecutiva. Hay razones para pensar un mañana en el que exista deliberación, solidaridad, ilustración y, sobre todo, ciudadanos comprometidos pluralmente, que impidan un apoderamiento individual del poder del Estado.

Las competencias presidenciales son innumerables. Por eso se le confiere una importantísima cantidad de atribuciones, que se concentrarán, con hegemonía suficiente, en la unidad de su persona. Dichas facultades, en la mayoría de los casos, son explicitadas en las Leyes fundamentales. Dado que el poder es la energía fundamental en el Estado constitucional, las competencias del presidente deben responder, al menos, a dos acciones clave, de naturaleza asimétrica. Por un lado, se le inviste para ejecutar activamente una política y, por otro, también se le inviste para impedir reactivamente una política de los opositores. En el presidencialismo, las oposiciones no deberían cotizar. Los poderes del presidente se encaminan para lograr un nuevo estado de cosas constitucionales o para inhibir o rechazar el cambio de un estado de cosas propugnado, en general, por otros congresistas o por jueces abiertos y proclives — con o sin autorización — a la judicialización desmedida de la política, que piensan que los tribunales — y no las urnas — son la puntada inicial de cualquier solución comunitaria. Los poderes presidenciales, sean estimulantes o de recalcitrante rechazo, pueden ser utilizados para el

16 *Ibidem*, p. 297.

17 Lockwood, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884, p. 302.

progreso o el atraso de las condiciones de vida en la comunidad ciudadana.

Así, el presidente puede participar de la legislación ordinaria como colegislador, ya sea porque envía iniciativas al Congreso o porque promulga las leyes o porque, eventualmente, ejerce un veto parcial o total sobre el producto del Congreso. Al presidente y su equipo se le atribuye la administración del Estado, en principio, pues, la "ejecución del derecho"[18]. Así, la tarea reglamentaria resulta clave en la actividad del presidente. Sin embargo, con motivo de las "emergencias infinitas" que azotan a nuestros países, a los presidentes también se les atribuyen poderes legislativos que incluyen la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley o que el Congreso les delegue la potestad legislativa. Quizá el antecedente más remoto de este flagelo se encuentre en la Ley fundamental de Prusia de 1850[19].

La mayoría de los Estados sudamericanos contienen en sus Escrituras fundamentales reglas para solventar los estados de excepción, cuya regularidad hace que la normalidad institucional se torne excepcional y la emergencia, normal y cotidiana: un mundo irracional y al revés. La autorización legislativa a los presidentes, por vía constitucional, para emitir decretos con fuerza de ley[20] o para que se les delegue la facultad de legislar constituye un peligro, cuyos daños patrimoniales y simbólicos son incalculables. La regulación jurídica de las extraordinarias situaciones de emergencia debería solventarse de manera colegiada y con activa y principal participación del Congreso, con la especialidad de sus comisiones y una convocatoria a la ciudadanía; no del presidente, porque él debe ejecutar, no reglar.

---

18 Merkl, Adolf, *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 40.

19 "Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias, podrán expedirse decretos que tendrán fuerza de ley, si no se oponen a la Constitución, y que deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente, si a la sazón no se hallasen reunidas".

20 En la República Argentina el actual presidente se ha arrogado, por ejemplo, la suma del poder público en violación de la división de poderes y del sistema democrático; ver Ferreyra, Raúl Gustavo, "Tentativa para destruir la Constitución", en *Palabras del Derecho*: *https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4949/Tentativa-para-destruir-la-Constitucion*

Además, esas autorizaciones exclusivas que suele otorgar el Congreso al presidente para reglar incurren en una enorme contradicción jurídica, porque la ciudadanía, por la vía de la delegación, depositó el poder de legislar en el Congreso, razón por la cual resulta inentendible que este órgano, a su vez, haga una delegación o autorización al príncipe para legislar. En otras palabras, delegar un poder delegado comporta una violación a la soberanía del pueblo, la fuente de todo el poder.

Con estas habilitaciones queda indefinida la frontera entre la administración y la legislación y, así indiferenciada, la división del poder. Se da más poder al presidente. El presidente elegido para ejecutar el derecho también participa del "hecho de su producción", obviamente sin ninguna dialéctica más que consigo mismo, o con el cuerpo de colaboradores elegidos por él.

Pero esto no es todo. El presidente también puede emitir proyectos sobre la reforma constitucional. Además, administra y gestiona el Estado y sus negocios con su voluntad suprema de ciudadano elegido. No hace falta recordar que maneja y presupuesta los recursos con celebrada discreción del Estado, imagina el gasto público y por eso determina las cuentas públicas de las restantes ramas del Gobierno. Nombra a todos sus colaboradores y puede decidir su remoción, sin otro espejo que su propia responsabilidad. Representa al Estado en lo interno y en sus relaciones internacionales. En Argentina, además, ejerce la jurisdicción administrativa. En Colombia representa la "unidad nacional". También el presidente puede convocar al Congreso. Por si no fuera suficiente, lidera el proceso constitucional y es el actor principal del proceso político. En los países federales, en receso del Congreso, órgano al que en general no puede disolver[21], pero

[21] Una excepción a esa regla emana del art. 148 de la Constitución de Ecuador, donde determina que el presidente puede disolver la Asamblea, en las condiciones y alcances allí detallados, que incluyen el fenecimiento de su propio mandato. En la institución vulgarmente apodada "muerte cruzada", se acrecientan los poderes presidenciales porque, llegado el caso, él mismo es el sujeto que decreta el fin de la función legislativa otorgada por la ciudadanía a la Asamblea y gobierna con "decretos leyes". El "no va más" queda decidido por el monopresidente, incluso sobre su propio encargo constitucional. En Venezuela, este rasgo es totalmente autocrático, dado que el presidente puede disolver la Asamblea (art. 236, inc. 21) sin declinación de su mandato.

sí vapulear institucionalmente, podría disponer la intervención de los poderes de los entes federados.

El presidente considera el presupuesto del Estado y planea sus ingresos y sus gastos, por lo general, mediante una ley que debe ser aprobada por el Congreso cada año. También administra el Tesoro del Estado, que delega en el jefe supremo la negociación de las deudas públicas de los países, atribuciones exclusivas del Congreso. Naturalmente, el presidente no ha de decidir cuánto deben gastar el Congreso y el poder judicial, respectivamente. Ninguno de estos órganos posee competencia constitucional para recaudar, ni bolsa para juntar, ni poder coactivo directo para afrontar sus gastos. Los poderes legislativos y judiciales, en las esferas de sus competencias, deben operar con autonomía para la planificación presupuestaría. No hace falta decir que, si el presidente decidiese una restricción o una limitación de sus gastos, su capacidad operativa atravesaría serios aprietos institucionales. Por consiguiente, en el presidencialismo el desarrollo del presupuesto y la ejecución del gasto tienen una dinámica capital.

En suma, al instituirse en una sola persona esa enormidad de atribuciones estatales, como expongo en la microtesis, ha nacido un nuevo instituto constitucional, adjudicado y ejercido por una sola persona: el "monopresidente". Su configuración produce una rareza. Si el "monopresidente" puede desplegar sus competencias, funciona la danza presidencial; en esa escena arrasará, con toda su energía suprema, contra cualquier otra autoridad constituida, en especial, legisladores y jueces. Bastante semejanza a un monarca, un "rey"[22], sujeto que podía concentrar con venerable absolutismo todo el poder del Estado. Si las políticas públicas del presidente no pueden avanzar, no habrá danza. Quedará a la intemperie y, por lo general, con una ciudadanía expectante por la precariedad, la demolición o la caída de la institucionalidad.

La democracia, que es un método de construcción permanente de las razones del Estado, debe reposar en el pluralismo. No es infalible. Para ella la Constitución es un presupuesto, porque sin

[22] Proudhon, Pierre-Joseph, "Que la Présidence, c'est la Monarchie", en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848], pp. 160-164.

derecho no hay democracia plural. Así, en determinado sentido, todos deberían sostener la idea del auditorio plural; de lo contrario, se debilitaría o pulverizaría la propia idea democrática. Su pluralismo político debe cobijar todas las opciones en su interior y a la luz del día, incluso las posturas neutrales. La búsqueda de un ganador, que ejerza como presidente, no favorece ni a quienes no lo apoyaron ni a los neutrales. Quien gane la elección tendrá la tentación de conducir al país como lo aconsejan las convicciones de su mismidad. La gobernabilidad queda en un duro trance.

Para gobernar, el presidente requiere de mayorías extendidas. Si las posee, construirá hegemonía suficiente; si no, tendrá una debilidad que puede ser extrema. He evitado, a propósito, analizar la mixtura de sistemas mayoritarios para elegir presidente y sistemas de representación proporcional para elegir un fragmento o todos los miembros del Congreso. La combinación de los sistemas no fortalece la unidad del poder presidencial; tampoco la optimización de su gesta. Bastaría pensar, por de pronto, que en el único país del mundo en el que el presidencialismo funciona con determinada eficiencia (EE. UU.), no hay combinación de los modelos electorales: todo es resultado de la aplicación de un sistema electoral de sesgo mayoritario para la composición del ejecutivo y la composición del Congreso. Congresistas elegidos por sistemas proporcionales y Ejecutivo por la vía del sistema mayoritario es una invención sudamericana.

En una democracia constitucional, la coexistencia de diferentes puntos de vista propiciaría un debate, la búsqueda de consensos y de cambios. Un fundamento epistémico insoslayable. No obstante, el presidencialismo es ajeno al diálogo, porque — repito — su autoridad se encuentra sólo preparada para disputar. Un presidente que intenta el diálogo abre la puerta del fracaso tan temido. Lector: ¿usted recuerda que alguna vez un presidente sudamericano haya invitado a la oposición, con seriedad, para tender puentes o pactos sustentables al fortalecimiento del diálogo institucional?.

El presidencialismo es la máxima institucionalización del poder unido y regido en una sola persona. El hecho de ser "jefe supremo de la Nación", como prescribe la Constitución federal de Argentina en su artículo 99.1, puede conducir a ese singular

"ciudadano" a ser o sentirse más poderoso que los ciudadanos; quienes, mientras tanto, no se unirían en deliberación sincera para ejercer el poder que les corresponde por natural derecho propio y soberano. No debería ser tolerable que una autoridad ejercida en nombre de un poder estatal flotase por encima de los ciudadanos[23], porque la democracia es orden de la igualdad. Sin embargo, la Escritura fundamental de Argentina no incentiva la idea divisoria, dado que la jaquea con un "jefe supremo" entre todas las autoridades constitucionales.

Repárese, asimismo, en el hecho de que un sistema presidencialista, por las razones esgrimidas, comporta un aparato de dominación complejo en escenarios de concentración de la riqueza en pocas personas o empresas, como sucede en nuestros países. Aquellos que se juzguen poderosos, por el manejo y control de la producción, los negocios y las finanzas en gran escala y jerarquía, pueden sentir la irresistible tentación para dominar, conjuntamente, el escenario político. En este siglo, en varios Estados sudamericanos, miembros de esos poderes capitalistas decidieron ejercer el poder presidencial de manera directa; en todos los casos, se produjo un colapso o atenuación de la regulación estatal. A un electorado se le puede sabotear con campañas fraudulentas y que inhiban la adopción de decisiones racionales[24]. Esas campañas, que requerirán altísimos costos económicos, sólo pueden ser emprendidas por la banca, los negocios o cualquier agrupación constituida por individuos poderosos que deseen manipular el resultado de las elecciones ciudadanas.

La manipulación electoral no es una mera hipótesis de laboratorio. Sin embargo, presenta diferencias si se practica en un sistema parlamentario o en un sistema presidencial. En el parlamentarismo, la elección no asegura, por completo, la conducción del sistema, dado que la cooperación es un recaudo de su naturaleza. En el presidencialismo, pese a que implique un costo muy alto, en caso de triunfar, con abstracción de la manipulación, se podría aguardar la conducción del proceso político.

---

23 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM IIJ, 2003, p. 198.

24 Nercesian, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo* XXI, Buenos Aires, Teseo, 2020, p. 27.

La necesaria hegemonía del poder presidencial es una consecuencia relevante de su poder unitario. La inestabilidad de las presidencias siempre conlleva la inestabilidad, más o menos cruenta, del propio modelo. Hasta se podría sostener que existe una física del poder del presidente; así, en caso de cumplirse sus determinaciones hegemónicas, siempre con suficiente autocracia, el modelo danzará, incluso en escenarios movedizos. Si, en cambio, su poder es inestable, dicha cualidad se transmitirá sin solución de continuidad al modelo. La cancelación de la función y del sistema de gobierno no será una cuestión especulativa. El final coral de la 9ª Sinfonía de Beethoven que se escuchó el día de la elección será reemplazado por el Réquiem de Mozart.

En este escenario, no es de extrañar que el sistema presidencialista sea un incentivo para la corrupción. El presidente resulta vulnerable, porque todo su poder se encuentra concentrado y carece de inserción en el Congreso. En su carrera se conjugan diferentes elementos negativos: su inquebrantable libre albedrío, la burocracia, la obsecuencia de funcionarios, la ausencia y adversidad de resultados, la falta de colaboración de la oposición. Los caminos indicados conducirán a un fiasco de su gestión. Incluso, una vez terminado su período de gobierno, será habitual que se inicien en su contra causas judiciales — con fundamentos o sin ellos — para determinar su responsabilidad por actos presuntamente ilícitos.

El presidente también posee poderes de influencia política que corren en paralelo a sus atribuciones constitucionales. Estos poderes no reglados cobran entidad porque el presidente es una de las personas más notables de la sociedad. En virtud de que no se trata de poderes reglados, no resulta factible un tratamiento puntual, ante la ausencia de evidencia normativa. Pese a ello, en más de dos siglos de práctica del presidencialismo, la escasa influencia del presidente sobre el Congreso marca, por lo general, un estancamiento o una parálisis de la actividad política. Contrariamente, el ejercicio de atribuciones presidenciales eminentes tiende al abuso e indica una crisis en la separación de los poderes constitucionales.

Basta analizar qué ocurre, por ejemplo, con la influencia del ejecutivo sobre los servicios de comunicación audiovisual, una

situación no reglada en la Ley fundamental. Al inventarse la presidencia en el siglo XVIII, sólo existía la prensa escrita. Hoy el discurso de los presidentes puede ser divulgado y transmitido, al instante y a cualquier lugar del mundo, por fuentes orales, escritas o audiovisuales, en diversos tipos de soportes. El abuso de la oficina del presidente en el manejo de los servicios de "comunicación"[25] insinúa una frustración de la democracia, porque devalúa el derecho a la comunicación: un bien colectivo y fundamental de la comunidad. Además, en los últimos años, determinadas autoridades presidenciales deciden abandonar la pauta publicitaria del Estado en medios de comunicación porque han criticado su gestión.

El ejercicio abusivo del presidente sobre los medios de comunicación hace que colapse cualquier posibilidad de deliberación genuina en el auditorio ciudadano. De la misma manera que un presidente podría abusar del derecho a la comunicación, una hegemonía en la propiedad de los medios podría volcarse, con semejante naturaleza, contra las políticas presidencialistas. Los sistemas de Gobierno, incluido el presidencialismo, observan una notable reducción del "peso y la esencialidad de los partidos políticos"[26], una espinosa circunstancia que determina y obliga a estos últimos a transformarse y adecuarse a los influjos de la "video-política". La nueva plaza pública de un presidente son los medios de comunicación y las redes sociales; las ágoras multitudinarias y en asambleas abiertas parecieran una rémora de un pasado que no volverá.

Es imposible agotar la lista de poderes reglados e influencias sin reglas del presidente. Debe remarcarse que el presidente debe cumplir con su tarea individual de representación del Estado propio y ante cada uno de los miembros que conforman la constelación de Estados del mundo. También ejerce la representación estatal en el ámbito de organizaciones supraestatales como la ONU, la OEA, la UNESCO, etcétera. En los mencionados

[25] La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su art. 220, inc. 5°, dispone que los medios de comunicación social no pueden ser objeto de monopolio u oligopolio.

[26] Sartori, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000, p. 110.

ámbitos, el presidente debería cultivar las relaciones exteriores de su Estado, porque resulta ser el encargado constitucionalmente elegido para cumplir la misión con lealtad, respeto y vocación de paz. Ningún presidente, por ejemplo, debería estrechar relaciones con países que comprometiesen la paz interior de su propia comunidad. O manifestar, en su recorrido internacional, sugerencias que contradigan el Derecho de su propio país y que consten en la Escritura fundamental.

Los argumentos expuestos sostienen la imperiosa necesidad de democratizar el sistema de Gobierno presidencial. Ciertamente, el modelo reviste alguna utilidad para afrontar momentos de zozobra. Sin embargo, el monopolio que instituye espanta toda alternativa para igualar a los ciudadanos en una sociedad abierta. El liderazgo del presidente resulta, en muchísimas oportunidades, antidemocrático, porque debilita la posición del Congreso o se caracteriza por una emanación de órdenes sin consulta ni invitación para la toma de decisiones[27]. Hay un único protocolo para cambiar el presidencialismo: el propio proceso de reforma constitucional instaurado en la Escritura fundamental de cada uno de los países de América del Sur.

Para mejorar el sistema se debería promover una discusión racional. El modelo revela notable incapacidad para asegurar la estabilidad del orden constituyente y fomentar el diálogo en una democracia cuya naturaleza participativa surge desde el mismo instante en que se trata del autogobierno de la comunidad.

La propuesta democratizadora de los sumos poderes debería posarse en el diseño de mecanismos para conjurar los abusos o desvíos autoritarios de la autoridad del presidente. Así, se podría bosquejar un menú para aquietar, aliviar o corregir la naturaleza dominante del presidencialismo. Una vez abierta la discusión, se podría pensar en colegiatura del órgano y asignarle una naturaleza plural de individuos, o en la nominación de un primer ministro con acuerdo congresual. También se podría sumar el anclaje en el Congreso de todos los ministros, o en otras posibles formas de fusión que provengan de la experiencia del sistema de

[27] Bunge, Mario, "El presidencialismo, un verdadero cáncer", *La Nación*, 21 de julio de 2009.

Gobierno parlamentario. Obviamente, se deberían eliminar las habilitaciones para que el presidente pueda convertirse en legislador o asumir cualquier método para legislar: una vez autorizado el monopresidente para legislar sobre la vida, la libertad, la fortuna de toda la ciudadanía y los bienes del Estado, todo quedará sometido al absolutismo omnímodo de una sola persona. En el tipo de Estado constitucional con sesgo democrático deben ser eliminadas — o reducidas a su mínima expresión — cualquier vía que autorice o habilite el despotismo. Precisamente, la república, la casa de toda una ciudadanía, fue pensada para enterrar cualquier forma de absolutismo. También debería repensarse la tarea jurisdiccional por la que se habilita al presidente.

El sesgo democrático que propone el presidencialismo no es robusto. Puede aumentar la gobernabilidad. Sin embargo, cuando ella se reduce, suele caer en pendiente el sistema de Gobierno. Además, en el sistema presidencial, su inestabilidad siempre impactará en la línea de flotación del modelo y provocará la crisis del hundimiento. Por eso mismo, resulta de una falsedad absoluta la afirmación de que el presidencialismo constituya un modelo erguido para navegar en medio de tempestades institucionales. Es suficiente revisar el funcionamiento del modelo en la región durante los últimos cuarenta años. Se impone una sentencia contraria.

América del Sur posee más de dos siglos de experimentos presidencialistas. No se han presentado otros desarrollos. Con evidencia palmaria se comprueba que una supremacía del poder ejecutivo no ha logrado — y no logra — apaciguar la vulnerabilidad y exclusión social. ¿El presidente no es un monarca elegido, valga el contrasentido, con veleidades de un director o déspota con poderes hegemónicos?.

IV. Telón

Las comunidades de ciudadanos, al elegir presidente, ungen a un funcionario para ejercer la autoridad suprema ejecutiva. Será un monólogo y a discreción del escogido. La persona elegida, como ninguna otra en la historia de la humanidad, deberá poseer un razonamiento equilibrado, ponderado y racional las 24 horas de cada uno de los días que marque su tránsito en el servicio pú-

blico. Merced a la experiencia de más de 200.000 años, no hay animal racional que posea tal virtud y juicio divino. Quizá, en el futuro, la inteligencia artificial asegure otros medios, alternativas o posibilidades.

En el presidencialismo, su titular, el "monopresidente", será —o tratará de ser— un director absoluto y regio del proceso constitucional, gracias a un elenco notabilísimo de atribuciones regladas, a las que se adicionarán las no regladas, propias de su posición en el orden estatal. Él tendrá influencia y autoridad mientras dure la energía de su poder supremo. El Congreso no podrá desbancarlo, no habrá voto de confianza parlamentario y el juicio político para la destitución del "príncipe" constituirá una cuestión más cercana a la heurística constituyente que a la realidad efectiva, porque requerirá de mayorías congresuales extraordinarias para su impulso y concreción, con excepción de las experiencias suscitadas, especialmente, en Brasil.

El cargo de presidente será inoculado con la institución de sus poderes ejecutivos inherentes, aunque también disfrutará de poderes de naturaleza legislativa y hasta jurisdiccional. Esa naturaleza unitaria es la que inhibe e impide cualquier intento de racionalización. La individualidad de las atribuciones del "príncipe republicano" denota la inmediata necesidad que reclama la "democratización del poder presidencial"[28]. Ello podría suceder, quizá, con un gobierno de gabinete de ministros que tuviese personalidad, iniciativa, anclaje congresual y responsabilidades propias[29]. También, con la colegiatura de la institución ejecutivo-presidencial, y conferirle una naturaleza plural, al estilo de la Constitución de Uruguay de 1952. Cualquier cambio requerirá de una enmienda o reforma constitucional en los países elegidos. Una destacada complacencia con el sistema de gobierno presidencialista se sitúa, quizá, en la propia raíz de confrontación, litigio y ausencia de neutralidad, que se amontonan en las cualidades del modelo estudiado.

[28] Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 123.

[29] *Ibidem*, p. 124.

El instrumento "Ley fundamental", con sus tipos de reglas, alienta diversas clases de "procesos públicos"[30]: división y control del poder; gobernanza y estructuración democrática. La idea de proceso púbico implica el movimiento de la conducta humana y su intersubjetividad. Los procesos públicos, autorizados por la Constitución, con su modo de accionar o de obrar siempre guiado por la razón suprema, deben conducir al desarrollo y al progreso de los existentes en la Ley fundamental. La separación del poder, la determinación de las autoridades, el establecimiento de los derechos, la búsqueda de acuerdos estables y duraderos son proposiciones para alcanzar un grado importante de justicia social y de paz comunitaria.

Nuestros presidencialismos en América del Sur, afincados en sus fundamentos constitucionales normativos y en los testimonios emanados de la fuerza normativa de lo fáctico, han degenerado en sistemas gubernativos, ni tan divisorios del poder, ni por tanto tan equilibrados ni controlados. El presidente puede traspasar los límites sugeridos por el derecho y, razonablemente, no hay efectividad en su contención, a tiempo, por los otros poderes. Así, un ideal de Gobierno limitado se distorsiona todavía más como hace con habitualidad el hiperpresidencialismo y desciende al fangoso terreno de la "autocracia electiva"[31], alimentada de un cuerpo electoral que brega denodadamente entre la ingenuidad, la ignorancia y la esperanza. Hay elecciones en las que la ciudadanía es, fatalmente, espectadora, como sucedió, sólo para dar algunos ejemplos, en Venezuela desde el 2012 (sin igualdad de armas), en Perú de 1990 al 2000, en Brasil entre 2019 y 2022, en Argentina desde diciembre de 2023. Con esto quiero decir que sólo atina a sufragar y elegir jefe supremo, el señor monopresidente, de quien por supuesto esperará, sin fundamentos, que tenga la lucidez, la estabilidad emocional, la preparación intelec-

30 Para Peter Häberle, la interpretación de la Constitución como proceso público significa, en parte, "programa" y, en parte, también "realidad" y "actualidad" de los realizadores de toda sociedad abierta, con independencia del hecho de que dispongan o no de jurisdicción constitucional. V. Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 102.

31 Bovero, Michelangelo, "Autocracia electiva", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023, p. 18.

tual y la sensibilidad social para decidir todos los días que dure su mandato por "todos nosotros". Amén.

Referencias

Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.

Bovero, Michelangelo, "Autocracia electiva", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023.

Bunge, Mario, "El presidencialismo, un verdadero cáncer", *La Nación*, 21/7/2009.

Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo xxi Editores, 2002.

Cassagne, Juan Carlos, "Populismo y Estado populista", Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013.

Hamilton, Alexander, "LXX", 18/3/1788, en Madison, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Lockwood, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.

Merkl, Adolf, *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

Nercesian, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo* xxi, Buenos Aires, Teseo, 2020.

Proudhon, Pierre-Joseph, "Que la Présidence, c'est la Monarchie", en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848].

Russell, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948.

Salgado Pesantes, Hernán, *El sistema presidencial en América Latina*, Quito, CEP, 2017.

Sartori, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.

Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, IIJ, 2000.

Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.

Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Zinn, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001.

Un golpe de Estado del siglo xxi: el caso de Pedro Castillo en Perú (7 de diciembre de 2022)*

***

A 21st-Century Coup: the case of Pedro Castillo in Peru (December 7, 2022)

Domingo García Belaunde

Sumario: I. Antecedentes. II. Anomalías que no llegaron a ser "golpes". III. Quién es Castillo y cómo llegó al poder. IV. El "background" ideológico de Castillo. V. Un resultado inesperado. VI. Lo que vino después VII. Los inicios de la presidenta Boluarte. VIII. Comentarios al final de los hechos. IX. Recordando las vacancias realmente existentes. Anexos.

I. Antecedentes

De acuerdo a la clásica definición de "golpe de Estado", expresión que viene del francés "coup d´Etat", se trata de un acto de violencia contra las normas constitucionales de un Estado, generalmente ejecutado con la intención de sustituir su régimen o su gobierno, usando la fuerza militar o amenazando con esta..... en contraste con la revolución, el golpe de Estado se lleva a cabo desde arriba....(vid. Diccionario de Ciencia Política, Dieter Nohlen y colaboradores, Edit.Porrúa y Colegio de Veracruz, México

* Ponencia al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, 21-25 de octubre de 2024.

2006, tomo I). Menciona entre sus modalidades el "autogolpe" que hizo Fujimori en Perú (1992) y Chávez en Venezuela (1990). Sobre la base de este planteo general, veamos cual ha sido la experiencia peruana en el siglo xx y luego analizar la única realizada en el siglo xxi por el presidente Pedro Castillo (2021-2022).

En la lista correspondiente al siglo anterior, veamos lo siguiente:

i) 1914. Billinghurst fue elegido presidente de Perú en 1912, en medio de una amplia popularidad, pero se vio dificultado de gobernar pues no tenía mayoría en el Congreso y además no mostró ningún interés en conciliar con ella. En esa época, existía la renovación parlamentaria por tercios y se encontró con un Congreso mayoritario que venía de atrás, o sea del gobierno anterior y con el cual no se entendió. Y fue por eso que él pensó en disolver el Congreso —por cierto, sin ninguna base constitucional — y los congresistas se le adelantaron y dieron un golpe de Estado en febrero de 1914 a través de una junta cívico-militar encabezada por el entonces coronel Oscar R. Benavides. La idea era tan solo estar un año y convocar elecciones generales en 1915, como efectivamente se hizo. De aquí se extrajo la experiencia de eliminar la renovación parcial del Congreso, lo que se concretó en la Constitución de 1920 y que se mantiene hasta ahora.

ii) 1919. Terminando el gobierno de José Pardo elegido en 1915, se convocó a elecciones con dos candidatos principales, uno de ellos Augusto B. Leguía, que al parecer iba encabezando los escrutinios. Pero temeroso de que le arrebatasen la elección, no esperó y apoyado por un grupo de militares se encaramó en el poder en el mes de julio de ese año. Convocó a elecciones para legalizarse y promovió la Constitución de 1920. Se reeligió tres veces en el poder, en donde permaneció 11 años. Es el presidente que más años ha gobernado en la historia política de Perú.

iii) 1930. Promovido en agosto de ese año desde provincias —la ciudad de Arequipa a diferencia de los anteriores que fueron casi todos originados en la ciudad capital— por el comandante Luis M. Sánchez Cerro, tuvo un éxito inmediato. Estuvo en el poder seis meses y se vio obligado a

dejarlo en marzo de 1931. Ese mes fue muy intenso pues le sucedieron varias personas en el mando: el mismo Sánchez Cerro, Monseñor Holguín, Ricardo Elías Aparicio y Gustavo Jiménez (sin contar que en la reunión en Palacio de Gobierno en donde se hicieron estas deliberaciones, se ofreció la presidencia provisoria a José de la Riva Agüero y Osma, que no aceptó). Finalmente, tomó el mando David Samanez Ocampo el 11 de marzo de 1931, quien convocó a elecciones en octubre de 1931 en donde salió elegido Sánchez Cerro asumiendo el cargo el 8 de diciembre de ese año. Más tarde, fue asesinado en abril de 1933.

iv) 1948. Promovido igualmente desde Arequipa por el general Manual A. Odría y en contra del presidente José Luis Bustamante y Rivero, de quien había sido su ministro. Se formalizó y fue elegido, en elecciones discutidas como presidente en 1950 por un periodo de seis años (anteriormente el periodo presidencial era cuatro, luego fue reemplazado por seis y posteriormente reducido a cinco, que es el que rige en la actualidad).

v) 1962. Fue un golpe curioso, pues fue institucional, el primero en su género. Es decir, por los jefes de las Fuerzas Armadas en su conjunto y solo por el plazo de un año, en el cual se retiraron tras convocar a elecciones. Fue depuesto Manuel Prado Ugarteche, pocos días antes de finalizar su periodo el 18 de julio de ese año. Los militares convocaron a elecciones al año siguiente.

vi) 1968. Igual que en el caso anterior, fue un golpe encabezado por el general Juan Velasco Alvarado el 3 de octubre, pero respaldado por las Fuerzas Armadas y desplazando a Fernando Belaunde Terry. Al igual que en 1962, fue institucional y anunciaron un cambio profundo de cosas en todo orden, si bien de manera violenta y con efectos contraproducentes. Inauguró un periodo militar que duraría 12 años, terminando en 1980.

vii) 1975. Si bien seguía en el poder la Fuerza Armada como institución y sin prácticamente controles, seguía al mando el general Velasco Alvarado, que se había creado demasiados enemigos, incluso al frente del mando militar. Es así que fue "relegado" el 28 de agosto de 1975 y reemplazado

por otro militar de alta graduación, el general Francisco Morales Bermúdez, quien señaló desde un principio que debía enderezar diversas políticas y preparar el terreno para la vuelta del poder a los civiles, previa convocatoria a una constituyente. Esta se realizó en el bienio 1978-1979 y dio origen a la Carta de 1979. Las elecciones generales se realizaron en 1980.

vii) 1992. En 1990 fue elegido presidente un *outsider*, Alberto Fujimori Fujimori, que precisamente por ser tal, no contaba con mayoría parlamentaria. Pero no solo no hizo ningún esfuerzo para conciliar con ella, sino que se dedicó a hostigarla. Fruto de ello fue un golpe de Estado el 5 de abril de ese año y bastante *sui generis*. Lo hizo de manera muy planificada y apoyado por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Y empezó a hacer una razzia de todas las instituciones, lo que llamó la atención de la comunidad internacional. Fue entonces que diversos países, entre ellos Japón y los Estados Unidos, respaldados por la OEA, llegaron a un entendimiento (incluyendo una asamblea en las Bahamas) de que el retorno a la democracia seria previa asamblea constituyente que redactase un nuevo texto fundamental y con posteriores elecciones en el plazo de un año. El programa se cumplió y la nueva Constitución fue aprobada por un ajustado referéndum a fines de diciembre de 1993, en donde se permitió la reelección presidencial. Fujimori se reeligió en 1995 y luego en 2000, en medio de serias dificultades.

ix) 2000. Reelegido Fujimori por un periodo de cinco años en julio de ese año y con un oponente que renunció, se creó un gran malestar y surgieron diversos movimientos políticos que cuestionaban al régimen dejándolo muy limitado en su accionar. Ante esto, Fujimori viajó al extranjero desde donde renunció por fax, lo cual no le fue aceptado y lo vacaron (noviembre de 2000). En el Congreso, sus partidarios dieron marcha atrás, cambiaron sus autoridades y fue elegido Valentín Paniagua como presidente del Congreso, y luego ante la renuncia de Fujimori, como presidente de la República. Las nuevas fuerzas así elegidas modificaron la norma constitucional y por esta

vez dispusieron que el periodo gubernamental durara un año y se convocara a elecciones generales el 28 de julio de 2001.En las elecciones de ese año fue elegido Alejandro Toledo Manrique por un periodo de cinco años.

x) 2022. En el año 2021 y en forma discutida y sumamente ajustada, fue elegido presidente Pedro Castillo Terrones, provinciano como tantos otros presidentes, pero inepto y corrupto, por lo que se sabe hasta ahora. Se distanció de todo el mundo, no tendió puentes con nadie y se alejó de sus partidarios. Así las cosas, en el Congreso se fue gestionando una vacancia presidencial que fue finalmente tomando cuerpo y fue programada por tercera vez para el día 7 de diciembre de 2022 en horas de la tarde. Pero a fines de la mañana dio un mensaje a la Nación de tipo golpista, ordenando el cierre del Congreso, la intervención del poder judicial y del Ministerio Público y otras entidades de importancia. El problema es que Castillo no había coordinado o no había coordinado bien la intervención de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, las cuales al final no le hicieron caso y acabó preso. Ante esto, reunido de urgencia el Congreso, declaró su vacancia y eligió como presidenta a Dina Boluarte que era la única vicepresidente hábil. Y así continúa hasta ahora y con un periodo corto que termina en julio de 2026.

Estos son los hechos, pero no son los únicos. Ha habido otros intentos fallidos que aquí no contamos, como el caso del general Rodríguez en 1939 y el general Merino en Iquitos en 1956, que no tuvieron éxito.

II. Anomalías que no llegaron a ser "golpes"

Al lado de los "golpes" propiamente dichos, hubo diversos hechos en el siglo pasado que por comodidad podríamos llamar "anomalías", pero que fueron tolerados por la clase política. Mencionemos algunos:

i) Cuando murió Manuel Candamo en mayo de 1904, lo debió suceder el vicepresidente y convocar a elecciones. Es-

tas fueron muy reñidas y al final se quedó solo Jose Pardo, quien fue elegido sin contendor alguno.

ii) Luego del golpe de Sánchez Cerro en agosto de 1930, renunció a los seis meses y se dieron varios presidentes en el camino en marzo de 1931, como ya hemos mencionado. Al final, fue David Samanez Campo, quien finalmente asumió el mando, convocó a elecciones y entregó el mando en diciembre de 1931 a Sánchez Cerro.

iii) Asesinado Sánchez Cerro en abril de 1933, debió asumir la presidencia el presidente del Consejo de Ministros, José Matías Manzanilla (Constitución de 1933, art.146). Pero cuando llegó a Palacio de Gobierno, quien estaba sentado ahí era el general Oscar R. Benavides, quien días después fue confirmado por el Congreso como presidente de la República. Ese nombramiento fue inconstitucional, pues era Inspector General del Ejército, o sea militar en actividad, lo que no lo permitía la Constitución vigente entonces, la de 1933 (art. 137).

iv) Las elecciones generales de 1936, en donde la clara ventaja la tenía Luis Antonio Eguiguren, francamente apoyado por el APRA, fue anulada por el Congreso argumentando que se trataba de un candidato apoyado por un partido internacional prohibido por la Constitución (art.53), prorrogó el mandato de Benavides por tres años y se autodisolvió, dando poderes a Benavides en cosas muy acotadas y gobernó solo (1936-1939).

v) Tras el golpe de 1948, Odría convoco a elecciones generales en 1950, presentándose como candidato único (apresó al opositor general Montaigne) y salió elegido por seis años, periodo existente en aquel momento.

vi) Tras el autogolpe de Fujimori, un grupo de militares apoyados por diversos políticos liderados por el general Jaime Salinas Sedó, planearon una insurrección para restablecer el orden democrático y poner al mando al vicepresidente Máximo San Román. Pero el 12 de noviembre de 1992, la trama fue descubierta, las operaciones se cancelaron y los insurrectos fueron capturados. En marzo de 1995, los 25 militares envueltos en la conspiración fueron condenados a ocho años de prisión, qué fue cumplida a medias. En

2004, el Congreso ascendió a los militares condenados, que ya estaban en libertad.

vii) Tras la vacancia de Vizcarra el 9 de noviembre de 2020, como producto de sus desaciertos y de su enfrentamiento con el parlamento, el presidente del Congreso, Manuel Merino de Lama, fue elegido presidente para acabar su periodo, pues ya estaban convocadas las elecciones generales para 2021. Pero hubo una reacción muy fuerte en defensa del vacado presidente —una curiosa conjunción de fuerzas dispares — y dentro del mismo Congreso le quitaron su apoyo, lo que lo llevó a renunciar tras cinco días de estar en el mando, del 10 al 15 de noviembre de 2020. Y el Congreso acordó —de manera increíble — elegir a un presidente, pero entre los congresistas que no habían votado por la vacancia, con lo cual los elegibles se redujeron a 25, y dentro de él se votó por un desconocido miembro del Partido Morado, Francisco R. Sagasti Hochausler, quien gobernó unos meses hasta el vencimiento del periodo el 28 de julio de 2021.

III. Quién es Castillo y cómo llegó al poder

El 28 de julio de 2021 asumió la presidencia de la República el señor Pedro Castillo Terrones, por un periodo de cinco años, que debería finalizar el 28 de julio de 2026. Natural de Cajamarca en la sierra norte del país, de origen campesino, maestro de escuela primaria y con una larga trayectoria en el campo sindical, saltó a las primeras planas en 2017 con motivo de una sonada huelga magisterial, apoyado por otros dirigentes y políticos de diversa trayectoria. Sin ningún respaldo académico ni político, sin currículo visible, no se había distinguido en nada y luego de una apretada mayoría en la primera vuelta electoral, llegó al poder venciendo a Keiko Fujimori, del partido "Fuerza Popular", en una segunda vuelta presidencial y por escasos votos que fueron muy discutidos. Y que, además, no pudieron ser cuestionados ante el Jurado Nacional de Elecciones, que mostró, por vez primera en muchos años, una curiosa insensibilidad —o complicidad — ante los hechos. El titular del Jurado, Jorge Salas Arenas, un cuestio-

nado magistrado de carrera, ha sido el peor presidente del ente electoral que hemos tenido en décadas. Y, además, disimuló muy bien su mala voluntad para los demás candidatos que no fuesen Castillo.

La contienda electoral fue muy reñida: 18 candidatos presidenciales, cada uno con un escaso 10% a 18.92 %, tremendamente fragmentado, fruto de la crisis política que venía desde años atrás. Y, por tanto, con un Congreso dividido que no sería de apoyo para la gobernabilidad, habida cuenta de que dentro de un presidencialismo "atenuado" o "matizado" como el peruano, la colaboración del legislativo para con el ejecutivo, es importante para el manejo de ciertos temas y en especial de los más importantes.

Y todo dentro de un contexto de crisis de los partidos y luego de haber sido devastado el país por la pandemia del Covid-19, manejada irresponsablemente por el incompetente gobierno de Martín Vizcarra.

IV. El "background" ideológico de Castillo

El presidente Castillo llegó apoyado por el partido "Perú Libre", cuyo programa es marxista-leninista-maoísta y con raigambre "mariateguista" (por el pensador marxista José Carlos Mariátegui). Y, además, seguidores del "presidente Gonzalo" como curiosamente se hace llamar Abimael Guzmán Reinoso, fundador de "Sendero Luminoso" y que, condenado a prisión indefinida, murió en la cárcel (septiembre de 2021). Contra lo esperado, tuvo un accionar errático, no escuchaba a nadie y estuvo dando tumbos y a la deriva. En los diecisiete meses que estuvo en el cargo, tuvo cinco gabinetes ministeriales y 78 ministros, cada uno más incompetente que el otro. El primer gabinete estuvo presidido por uno de sus partidarios, Guido Bellido, que el día de su presentación ante el Pleno y con motivo del voto de confianza, se dedicó a chacchar hojas de coca en el hemiciclo a la vista y paciencia de todo el mundo, que lo miraba y no salía de su asombro. Entre sus primeros y más destacados ministros estuvo el exguerrillero y exconvicto Héctor Béjar en la cartera de Relaciones

Exteriores, en donde estaba, por cierto, totalmente desubicado. Se anunciaron obras de diverso calibre, pero a la larga no se hizo nada. Más bien, muy pronto se vio que quienes rodeaban al presidente estaban más interesados en la rapiña que en otra cosa. Y en efecto, en esos meses hubo un gran vocerío y mucha publicidad, pero no se hizo nada que pudiera rescatarse. Y más bien, se observó un marcado interés por operaciones dolosas (entre otros, pagos por ascensos indebidos en la Policía Nacional y en el Ejército) que empezaron con el secretario de Castillo, el señor Bruno Pacheco, desde sus oficinas en Palacio de Gobierno. Los equipos policiales y la Fiscalía de la Nación se encargaron de formalizar denuncias contra ministros de Estado y finalmente contra el presidente de la República, por lo menos en su fase preliminar de investigación.

Si por otro lado tenemos presente que al presidente Castillo no le interesó conciliar con el Congreso ni formar mayorías parlamentarias, pese a que carecía de ellas, es que puede comprenderse porque no se hizo gran cosa ni menos había interés en hacerlo. Y eso motivó que se presentara un precipitado pedido de vacancia en fecha muy temprana (diciembre de 2021) que fracasó por falta de votos y de mayor sustento. Y luego una segunda (marzo de 2022) que siguió igual suerte. Una tercera y más sólida moción de vacancia presidencial fue presentada y aprobada y se fijó como fecha de discusión en el Congreso el 7 de diciembre de 2022 a las 15:00 horas.

Lo curioso es que hasta ahora no se sabe que pretendió Castillo y porque hizo lo que hizo. En efecto, era conocido que la moción de la tercera vacancia iba a tener un apoyo importante, pero que no iba a llegar a la mayoría necesaria de 87 votos de un total de 130 congresistas. Esto se sabía y se comentaba en los pasillos. Tan es así, que Castillo citó en horas de la mañana del 7 de diciembre a sus ministros y abogados en Palacio de Gobierno para hacer las coordinaciones previas y de ahí ir al Palacio Legislativo para la sesión convocada a las 15:00 horas y poder defenderse de la nueva moción de vacancia presentada. Que con seguridad no iba a tener éxito.

Pero por esas cosas que nadie entiende, en unión de su primera ministra Betssy Chávez y de su asesor y ex primer ministro

Aníbal Torres — hombre preparado en estas lides, pero desbocado y confrontacional— leyó un discurso a las 11:40 horas en calidad de mensaje a la Nación por radio y televisión, mediante el cual disponía la disolución del Congreso de la República, la instalación de un gobierno excepcional que gobernaría con decretos-leyes y se intervenía diversas entidades constitucionales autónomas para eventualmente reformarlas (Tribunal constitucional, poder judicial, ministerio público, etc.) y adicionalmente se convocaba a una asamblea constituyente para que dictase una nueva Constitución en un plazo de nueve meses. Casi una réplica del discurso golpista del presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, pero a diferencia de este, muy mal preparado y sin éxito.

Al ver que no tenía respaldo en las Fuerzas Armadas ni en la Policía Nacional, que lo esperaba pues al parecer así se lo habían ofrecido, Castillo salió en coche oficial del Palacio de Gobierno rumbo a la embajada de México, a donde había pedido asilo. Pero no llegó a destino: en el camino, a las 13.42 horas,. dos horas después aproximadamente, fue interceptado por la Policía Nacional y puesto en prisión. Y así permanece hasta ahora.

V. Un resultado inesperado

Ahora bien, ¿qué pasó después? Como decíamos, no hubo mayor reacción, pero el Congreso dejó de lado la tercera vacancia en trámite e inauguró una nueva basada principalmente en estos hechos, y lo vacó (13.49 horas). Fue, si se quiere, una vacancia de base constitucional, pero *sui generis*, frente a una flagrancia en los delitos en los que había incurrido el Presidente y en una situación que no se había dado antes. Acto seguido, se llamó en su reemplazo a la señora Dina Boluarte para que en su calidad de vicepresidenta asuma la presidencia en perfecta concordancia constitucional. Era la única vicepresidenta, pues el otro miembro de la lista, Vladimir Cerrón, hombre fuerte del partido "Perú Libre", fue eliminado en los inicios de la contienda electoral por sus antecedentes penales.

¿Como puede calificarse lo sucedido ese 7 de diciembre de 2022 en la mañana? Lo primero es que de acuerdo con el artículo 46 constitucional, el presidente Castillo se había convertido en

un gobernante usurpador. Y, en consecuencia, nadie estaba en la obligación de obedecerle y además sus actos eran nulos de pleno derecho. Este es un dato incontestable y así lo refleja la normativa constitucional. Pero como en todo, alguien debe declararlo y hacerlo efectivo, pues no estamos ante una norma autoaplicativa. Y esto fue la vacancia presidencial aprobada ese mismo día por 101 votos y que confirmó lo que ya existía, o sea, que ya no era presidente. No fue una vacancia al uso, sino una especial y sin precedentes, porque la vacancia normalmente crea situaciones nuevas y en este caso no creó nada, sino que se limitó a confirmar lo que ya existía. Por cierto, como no creaba nada, sino que confirmaba lo existente, el tiempo y el número mínimo de votos pasó a segundo plano. Y constituye un valioso antecedente que habrá que tomar en cuenta en el futuro. Una segunda resolución legislativa del mismo día aprobaba una denuncia constitucional autorizando a que se procese penalmente a Castillo por determinados delitos ante la Corte Suprema de Justicia, lo que está en curso.

Otro aspecto importante es saber cuál o cuáles delitos se han cometido en este acto insurreccional y quienes más hay detrás de este acto que necesariamente debió tener cómplices. Y esto es algo que ha dividido a los penalistas. Y que será precisado cuando se inicie el proceso ante la Corte Suprema y se expida la sentencia correspondiente. Al margen de esto, Castillo ha movido un sinfín de recursos legales para obtener su libertad e incluso recuperar el cargo presidencial que tuvo. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional recaída en uno de los varios recursos presentados por Castillo, ha puesto punto final a sus pretensiones (sentencia 96/2024 de 20 de febrero de 2024, STC 01803-2023-PHC/TC).

VI. Lo que vino después

Hay que mencionar igualmente que, a raíz de este golpe de Estado frustrado, se iniciaron una serie de protestas, sobre todo en el sur del país, que tuvieron un impacto apreciable en la vida nacional, por los vandalismos que existieron y también por los excesos que se cometieron por ambos lados — manifestantes y

Policía Nacional — así como por la existencia de 67 muertos y muchísimos más heridos (más de 500 policías) todo lo cual está en investigación. Es obvio que estos movimientos tenían un cariz politico y reclamaban cosas tales como la reposición de Pedro Castillo en la presidencia, elecciones generales, convocatoria a una Asamblea Constituyente, entre otros puntos menores. Y todo esto tuvo un apoyo en un impresentable informe de apoyo dado a conocer por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cada vez más parcializada y con una composición humana que da lástima (la Comisión que vino a Lima para recoger datos, estuvo presidida por el abogado guatemalteco Stuardo Ralón, que funge de constitucionalista, pero las veces que se presentó a los medios demostró un nivel muy bajo de discernimiento y de información (vid. la lamentable entrevista que concedió al diario La República el 15 de octubre de 2022).

VII. Los inicios de la presidenta Boluarte

La elección de la señora Boluarte como presidenta el mismo 7 de diciembre de 2022, se vio desde un principio como un mal necesario, pese a que ella representaba ideológicamente lo mismo que Castillo. Y por eso, los primeros meses de gobierno le fueron muy difíciles pues carecía de apoyo parlamentario y parecía que no iba a durar y más aun con protestas en las calles durante diciembre y enero de 2022. Pero poco a poco se fue alejando del grupo radical que la votó en las elecciones y fue acercándose a grupos más moderados en el Congreso. No tuvo ningún inconveniente en adelantar las elecciones generales, pero para eso era necesario modificar la Constitución y armar todo el aparato electoral, que no es fácil y por eso no fue aceptado. Y se dedicó a hacer un gobierno de entendimiento y buscando consensos y así ha llegado hasta ahora. El mayor problema que enfrenta es el de la seguridad ciudadana — muy difícil de solucionar en el corto plazo — y sobre todo la recuperación económica, tanto macro como microeconómica, que no es fácil, pero en donde se está avanzando muy lentamente. Y por cierto corrupción que está en compás de espera.

En todo caso, el gobierno de la señora Boluarte, más allá de debilidades y carencias, tiene el propósito de conciliar y poder llegar

al 2026, momento en el cual vence su mandato y deberá entregar el mando al quien entonces elijan las urnas. Esto será en julio de 2026.[1]

VIII. Comentarios al final de los hechos

Ahora bien, frente a los hechos consumados, cabe hacer dos tipos de comentarios, a fin de mejor enfocar lo que pasó. Y es cómo explicar lo sucedido y cómo entenderlo dentro del contexto histórico-politico de nuestro país. Veamos.

Lo primero que hay que destacar es que Castillo llegó a la presidencia en una segunda vuelta muy ajustada, que representó un cargamontón contra la otra parte, o sea, Keiko Fujimori de "Fuerza Popular", pero que en puridad solo tenía, a firme, el 18.92 % del electorado, como se acreditó en la primera vuelta. Esto se traducía en la composición del parlamento, en donde la bancada oficialista tenía el mismo porcentaje y en consecuencia ella sola no podía tomar acuerdos pues no sumaba ni siquiera el tercio del número de congresistas, dentro de una composición heterogénea y dividida. Se dio en ese momento una situación parecida a lo sucedido en los gobiernos de Bustamante y Rivero (1945-1948) y Belaunde (1963-1968) y esto por cuanto nuestro presidencialismo no es puro sino con elementos parlamentarios que vienen del siglo xix y, en consecuencia, en las grandes decisiones, tiene que haber un acuerdo entre ambos poderes. Y si no lo hay, vienen los problemas y por lo general se acaba mal. Lo curioso del caso es que Castillo no le dio importancia a este dato

[1] Existe una literatura creciente sobre el gobierno de Castillo y su triste final, entre la que destacamos la siguiente: Víctor Caballero, Castillo: breve historia del gobierno del pueblo, Penguin Random House, Lima 2023(el título de la obra, como se aprecia de su lectura, es en el fondo una irreverencia); Umberto Jara, Así cayó Castillo, Edit. Planeta, Lima 2023, centrado sobre todo en la corrupción liderada por el presidente; Stefanie Medina, Palabra de maestro. Crónica de un maestro, Ed. Igneo, Lima 2023.Aun cuando Kuczynski estuvo muy amenazado por la vacancia, prefirió renunciar al cargo, lo que significó que lo envuelvan en una serie de denuncias judiciales abusivas y en las que continua hasta ahora, vid. Pablo Kuczynski, Tarea incompleta. Una memoria 1938-2023, Aguilar, Lima 2023.Un planteo general puede verse en César Delgado-Guembes, La responsabilidad política del presidente de la República, Yachay Legal, Lima 2022.

tan simple y además muy conocido y empezó a gobernar como si fuese uno de los borbones franceses. Por otro lado, se rodeó de personas no solamente nada acreditadas, sino que no tenían nociones del manejo del aparato público. Y finalmente, la rapiña empezó a aflorar por todas partes.

El gobierno se enfrentó, pasado los meses, con una buena cantidad de medios — prensa, televisión— grupos empresariales, que veían con preocupación el manejo informal del aparato público, sectores de la Iglesia y elementos de la sociedad civil, que veían que no se avanzaba nada. Peor aún, a la mejor gente que se acercaba al presidente para mejor aconsejarlo y que eran de su propio entorno — como es el caso del cardenal Barreto — no le hacía caso. Así se avanzaba a tientas, cuando poco a poco saltó la corrupción, que el tiempo no ha hecho más que confirmar.

Evidentemente, cuando un presidente llega al poder, es para cumplir su periodo de cinco años, y todo el mundo esperaba que sea así en este caso. Pero Castillo no lo vio o no quiso verlo, pues sin querer se desgastaba con velocidad increíble y, además, caía su imagen en forma estrepitosa ante la opinión pública, con la sensación de que no hacía nada y que nada le interesaba, salvo la rapiña. Ante esa sensación, se fue sembrando la idea de que había que prescindir de él y para siempre. Y lo más rápido y eficaz era la vacancia presidencial, prevista para ser adoptada por el parlamento, con una mayoría calificada y sin más alegato que la "incapacidad moral", tal como lo señala el artículo 113, inc. 2 constitucional.

Este concepto — "incapacidad moral" — al que podemos calificar como "jurídicamente indeterminado", que es como se conoce en doctrina, nació con la Constitución de 1839, reunida en Huancayo y que restableció la unidad de Perú luego de la caída de la Confederación Perú-boliviana. Y de acuerdo a las actas que he revisado, fue adoptado sin mayores cuestionamientos y además sin una idea clara de lo que se aprobaba. Pero ya a fines de 1860-1880 se fue aceptando la idea de que era referido a usos y conductas y esto por cuanto "moral" viene del latín "mores", que es uso o costumbre y por tanto está referido a conductas (*mores*...costumbres... mos-*moris*...costumbre, uso, hábito.*cf.* Nelson Nicoliello, Diccionario del latín jurídico, Bosch editor, Barcelona 1999, pp. 194-195). Y en los debates constituyentes del siglo xx (especialmente en los de

1931-1933;1978-1979 y 1993) eso queda claro. Por cierto, que se trata de una cláusula abierta que hay que usar con extrema responsabilidad y quiero pensar que así se ha hecho en este caso.

IX. Recordando las vacancias realmente existentes

Los casos de vacancia que se han dado son poquísimos en nuestra historia política, a tal extremo que se han alargado a ciertas situaciones que en puridad no corresponden, pero que se parecen. Y son:

i) José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete: el primer presidente peruano, por lo demás muy controvertido. Como no había forma de sacarlo del poder, el Congreso "lo exoneró del mando" (1823). No fue una vacancia estrictamente hablando, pues no existía esa figura constitucional, sino más bien fue una destitución. Se fue a Europa y a su muerte se publicaron unas memorias suyas de muy mala estofa con el seudónimo de "Pruvonena".

ii) Guillermo Billinghurst tuvo un enfrentamiento que pudo desembocar en una vacancia formal, pero que no llegó a eso. Un golpe de Estado del coronel Oscar R. Benavides en febrero de 1914, puso fin a su periodo.

iii) Alberto Fujimori: es en puridad la primera vacancia republicana que sucede en noviembre de 2000 y dentro de un esquema constitucional. Pero es curiosa, ya que Fujimori había huido del país y había renunciado a la presidencia formalmente, si bien a la distancia y por fax. El Congreso no aceptó la renuncia y lo vacó.

iv) Martín Vizcarra Cornejo: fue vacado por el Congreso en noviembre de 2020 de una manera intempestiva. Era un congreso complementario que lo vacó y en el cual no se había preocupado de formar mayorías.

v) Pedro Castillo Terrones: fue vacado el 7 de diciembre de 2022 de una manera curiosa. Ese día debía asistir al Congreso a defenderse de una moción de vacancia que se había presentado por tercera vez y que no tenía visos de ser aprobada por falta de votos. Pero en horas de la mañana dio un mensaje a la Nación dando un golpe de Estado,

> que, al no estar respaldado por nadie, abortó y acabó en prisión. Ese mismo día, en horas de la tarde, fue declarada la vacancia, pero en forma peculiar, pues se hizo frente a un golpista en flagrancia, cosa antes nunca vista. Tiene un aire de familia con el golpe de Fujimori en abril de 1992, pero a diferencia de Castillo, el primero fue más cauteloso y actuó con mayor preparación, que precisamente fue lo que le dio el triunfo. A diferencia de Castillo, que fracasó estrepitosamente.

En síntesis, en 203 años de vida republicana, solo se ha vacado, en rigor, a tres presidentes: Fujimori, Vizcarra y Castillo. Las demás, se le parecen, pero no lo son en rigor.[2] [3]

Finalmente, es preciso señalar que el presente texto es una reelaboración de la ponencia presentada al XIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional que se llevó a cabo en Arequipa del 2-4 de noviembre de 2023 y con título distinto. Y que aquí ha sido revisada, corregida y muy ampliada y por tanto la reemplaza.

---

[2] Un gran panorama, cf. Henry Pease Garcia y Gonzalo Romero Sommer, La política en el Perú siglo XX, Fondo Editorial de la P. Universidad Católica del Perú, Lima 2012 y mi libro El constitucionalismo peruano en perspectiva, Palestra Editores, Lima 2022, passim.

[3] En torno a la figura de la vacancia presidencial, hay en realidad pocos estudios en nuestro medio, y no siempre bien informados. En puridad, ella viene del siglo XIII en Inglaterra, de donde pasa a los Estados Unidos en el siglo XVIII y que se practica sin pruebas ni requerimientos, pues es una decisión política frente a conductas o procederes indebidos y reñidos con la alta función pública que se ejerce. Y esto no ha sido visto por muchos que fungen de constitucionalistas, y también por el Tribunal Constitucional que en meses pasados se ha disparado a los pies en estos temas. Y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, integrada por indocumentados y adicionalmente politizados de muy bajo nivel. En la práctica, más frecuentes han sido los golpes de Estado que las vacancias presidenciales, lo cual habla a favor de éstas. Y es que hoy por hoy, dentro de un Estado democrático y constitucional, son la salida a las crisis que de vez en cuando asedian a nuestras repúblicas. Un gran panorama cf.AA.VV. La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada, coordinadores Domingo García Belaunde y Jhonny Tupayachi Sotomayor, 2da edición, Instituto Pacífico, Lima 2018.Una versión aligerada con el título La vacancia presidencial. Una visión desde el derecho comparado ha sido editada posteriormente por la editorial Olejnik.

Calidad institucional para la gobernanza democrática en el presidencialismo del siglo XXI

***

Institutional quality for democratic governance in 21st century presidentialism

*Ricardo Gómez Diez**

Resumen: en el último tramo del siglo XX, en América Latina diversos países pasaron del autoritarismo a la democracia. La gran tarea del siglo XXI, es que estas naciones gobernadas con sistemas presidencialistas, alcancen una calidad institucional similar a la de los países más avanzados, y en esta labor los constitucionalistas tenemos mucho para aportar. La experiencia de estos años indica que el retroceso democrático también se produce con las urnas funcionando. El mejor antídoto, para neutralizar los intentos de erosión de la democracia, los riesgos del populismo tanto de derecha como de izquierda, los mesianismos y la insatisfacción ciudadana, con su secuela de incertidumbre, es una robusta calidad institucional. El presente trabajo pretende sucintamente, definir el concepto de instituciones, su función en la sociedad, precisar cuándo hay democracia con calidad institucional e identificar algunos parámetros que pueden utilizarse para medir la misma.

Abstract: in the last stretch of the 20th century, in Latin America various countries went from authoritarianism to democracy. The great task of the 21st century is for these nations governed with presidential systems to achieve an institutional

* Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

quality similar to that of the most advanced countries, and in this work we constitutionalists have a lot to contribute. The experience of these years indicates that democratic regression also occurs with the ballot boxes functioning. The best antidote to neutralize the attempts to erode democracy, the risks of populism from both the right and the left, and citizen dissatisfaction, with its aftermath of uncertainty, is robust institutional quality. This work aims to succinctly define the concept of institutions, their function in society, specify when there is democracy with institutional quality and identify some parameters that can be used to measure it.

Palabras clave: instituciones, calidad institucional, parámetros para medir la calidad institucional de una democracia.

Key words: institutions, institutional quality; parameters to measure institutional quality of a democracy.

Sumario: I. Introducción. II. ¿A partir de qué momento existen las reglas? III. Definición de instituciones. IV. Función de las reglas. V. ¿Cuándo una sociedad tiene calidad institucional? VI. Parámetros posibles para medir la calidad institucional de una sociedad. . VII. Reflexión final.

I. Introducción

Guillermo O´Donnell,[1] destacado politólogo argentino, al analizar el tránsito del autoritarismo a la democracia, que se dio en diversos países, fundamentalmente en las últimas dos décadas del siglo xx, señala que en este proceso se pueden distinguir dos momentos, el primero corresponde a la realización de elecciones periódicas libres, y el segundo a la construcción de una democracia con calidad institucional, similar a la de los países más adelantados.

El XVI Congreso Iberoamericano, ha sido convocado bajo la consigna de "El constitucionalismo para la democracia del siglo

[1] O'donnell, Guillermo, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1997.

xxi", la cual es muy oportuna, ya que en varios países de nuestra América Latina, todavía el logro de contar con una democracia con calidad institucional, está en proceso de construcción, y en esta tarea colectiva los constitucionalistas podemos hacer un aporte importante, ya que la democracia en el siglo xxi enfrenta amenazas que es necesario neutralizar, ya no se trata de golpes del estado con fuerzas militares en las calles, sino de procesos de "erosión" originados en su propio seno.

Lo antes expuesto, ocurre cuando gobernantes con vocación de autócratas electivos, reforman constituciones a medida, cambian reglas de juego, dibujan sistemas electorales que no son objetivos, eliminan controles, buscan capturar a la justicia como árbitro, dominar a la prensa independiente, cooptar dirigentes, etc. A ello se une el peligro del crimen organizado y del narcotráfico, que busca socavar al Estado, corromperlo e incluso capturar a la dirigencia política.

Cuando estos procesos de ataque a la democracia se inician, a veces se cae en la ingenuidad de creer que son graduales, todo lo contrario, son incrementales, y terminan erosionando la democracia, pueden incluso llegar a convertirla en una cascara vacía, en definitiva, una democracia sin democracia.[2]

El mejor antídoto, contra los procesos de "erosión democrática",[3] los riesgos del populismo, tanto de izquierda como de derecha, los "mesianismos", como también las situaciones de "insatisfacción" ciudadana que se pueden producir con el devenir del tiempo, es precisamente dotar a la democracia de una robusta calidad institucional, que es además la que mejor posibilita la gobernanza, ya que son los límites y equilibrios constitucionales, los que hacen posible que convivan la sana competencia electoral, con la factibilidad de acuerdos en temas fundamentales para la sociedad.

Construir y mantener una democracia con calidad institucional es tarea de todos. Los constitucionalistas tenemos desde

---

2 Levitsky, Stefan y Ziblatt, Daniel, *Como mueren las democracias*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 2018.

3 Przeworski, Adam, *Las crisis de la democracia,* Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2022.

luego una responsabilidad especial, como también la tienen los jueces constitucionales, responsables de un activismo judicial prudente pero firme, cuando el mismo es imprescindible. Augusto Mario Morello señala que hay temas que no pueden "omitirse ni silenciarse", y que los jueces constitucionales intérpretes finales de la Constitución, deben cumplir su papel "sin arrogarse el papel de legisladores, pero también sin ser fugitivos de su época ni de la realidad".[4]

En el análisis de que entendemos por calidad institucional, es útil comenzar por la palabra "institución", que en el lenguaje corriente es susceptible de ser usada en diversos sentidos: *a)* para referirse a una organización que cumple con determinado objetivo. Ej. "La Universidad Nacional Autónoma de México es una institución educativa de gran prestigio"; *b)* es empleada también para mencionar a personas que gozan de gran prestigio. Ej. "El cardiólogo argentino Favaloro fue una verdadera institución de la medicina nacional"; *c)* sirve para referirse a modelos de relacionamiento social. Ej. "La familia es una institución conformada por personas unidas por vínculos de parentesco", y *d)* por último la palabra es utilizada para hacer mención a reglas, normas, principios.

La palabra la utilizaremos según esta última acepción, que viene precisamente del latín *instituo* que significa crear o establecer reglas. El derecho romano se difundió en Occidente fundamentalmente a través de las famosas "Institutas" sancionadas por el emperador justiniano en el año 533 DC. Las mismas contenían reglas y principios jurídicos, y en su tiempo eran también un manual para la enseñanza del derecho.

II. ¿A partir de qué momento existen las reglas?

Thomas Hobbes desde el contractualismo social, nos dice en el "Leviatán" que "...durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común se hallan en condición o estado que se de-

[4] MORELLO, Augusto Mario, *La Corte Suprema en Acción,* La Plata, Argentina, Editorial Platense, , 2007.

nomina de guerra en una situación semejante no existe oportunidad para la industria existe un con continuo temor y peligro de muerte violenta ".

De esta vida brutal y peligrosa, se sale cuando los hombres comprenden la necesidad de vivir en sociedad, con una autoridad común y reglas que limitan el comportamiento egoísta o destructivo de las personas, orientando su conducta hacia la cooperación que hace posible el progreso social.

III. Definición de instituciones

Podemos definirlas como el "conjunto de reglas expresas o tácitas que resguardan la libertad, garantizan los derechos, organizan el Estado y regulan la convivencia entre las personas, orientando su conducta hacia la cooperación, que hace posible el progreso de la sociedad".[5]

Podríamos sentirnos tentados a simplificar esta definición, diciendo que son las reglas que organizan el estado y regulan la convivencia, pero la referencia a la libertad y los derechos son esenciales, en el marco del Estado constitucional de derecho.

Dentro de las reglas expresas, podemos mencionar en primer lugar a las normas jurídicas, tales como la Constitución, las leyes, decretos reglamentarios, decretos simples, ordenanzas municipales, circulares del Banco Central, etc.

Pero también hay reglas expresas que no son normas jurídicas y que tienen alto grado de acatamiento, como es el caso de las reglas religiosas. De igual manera si somos miembros de un club, una fundación o de cualquier otra asociación, estamos obligados a acatar sus estatutos. Los contratos a su vez constituyen una regla para las partes.

Las reglas tácitas integran la herencia cultural. Podemos definir a la cultura como "la trasmisión de una generación a otra, por medio de la imitación o enseñanza, de valores, conocimientos, informaciones, hábitos de comportamiento, usos y costumbres.".

[5] Gómez Diez, Ricardo, *30 Años de Democracia. El desafío de construir calidad institucional,* Salta, Argentina, Mundo Editorial, 2013

Una norma jurídica puede ser cambiada de la noche a la mañana por la autoridad que la emitió. En cambio, los comportamientos culturales representan hábitos y valores arraigados, razón por la cual generalmente evolucionan de manera lenta. Hasta la seducción tiene sus reglas, conforme lo puntualiza Duverger.[6]

La familia tiene una gran importancia en la trasmisión de la cultura, pero también influye el entorno social. Es muy importante la ejemplaridad, porque las conductas tienden a imitarse, por ejemplo, escombros tirados al lado de una ruta o espacio baldío, constituyen una invitación a que se tiren más.

IV. Función de las reglas

John Rawls en "Teoría de la Justicia" dice que las reglas "Son decisiones pretéritas que nos permiten predecir comportamientos futuros".

Douglas North[7] desde la economía puntualiza que "La función principal de las instituciones en reducir la incertidumbre, estableciendo una estructura estable de la interacción humana. Pero la estabilidad de las instituciones de ningún modo contradice el hecho de que están en cambio permanente", yo diría que evolucionan, porque nada es inmutable, pero en una sociedad madura impera la previsibilidad.

Kelsen[8] dice que "Donde más se revela el carácter racionalista de la democracia es en su aspiración a organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, ...".

---

6 Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional,* Barcelona, Ed. Ariel, 1984.

7 North, Douglas, *Instituciones. Cambio Institucional y Desempeño Económico,* Tercera Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

8 Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, México, Editora Nacional, 1974.

Leonardo Morlino[9] puntualiza que puede haber disenso y conflicto respecto al contenido de una regla, pero una vez que se adopta la decisión, debe existir certidumbre de su aplicación.

V. ¿Cuándo una sociedad tiene calidad institucional?

Son necesarias dos condiciones, la primera es que las reglas se cumplan, porque si ello no acontece tenemos por delante un doble trabajo, por un lado, describir las reglas vigentes, y por el otro cuál es la conducta real de las personas, la segunda condición es que sean reglas eficientes, es decir incentiven comportamientos virtuosos.

En definitiva, la función de las reglas es hacer previsible la vida en sociedad, y si las mismas son eficientes, es decir si incentivan comportamientos virtuosos, se creará un ambiente seguro para que las personas desarrollen su capacidad creadora.

VI. Parámetros posibles para medir la calidad institucional de una sociedad

En la realización de esta tarea, lo mejor es imaginar un país remoto, que no conocemos, por alguna razón necesitamos conocer cómo están allí las cosas, y con ese objetivo comenzar a hacernos preguntas, seguidas de una investigación en la búsqueda de respuestas.

A tales efectos vamos a realizar una somera referencia a once parámetros posibles para evaluar la calidad institucional, y sin duda es posible imaginar muchos más. En el análisis de alguno de ellos, haremos alguna referencia a Argentina, a título de ejemplo, puntualizando que esta tarea hay que hacerla para cada país en particular que se analiza. Veamos entonces los parámetros seleccionados:

[9] Morlino, Leonardo, *Democracia y democratizaciones*, Madrid, Ed. CIS, 2009.

6.1. Seguridad jurídica

Podemos decir que una sociedad tiene seguridad jurídica cuando existe "una cultura de respeto de los derechos y de cumplimiento de la Constitución, las leyes, las normas jurídicas en general y los contratos".Las ciencias del derecho y la economía se han ocupado de la importancia de la seguridad jurídica y la calidad institucional para el progreso de las sociedades.

En el ámbito jurídico, sobresalen para el análisis de la realidad argentina, las reflexiones de Carlos Santiago Nino, tal vez el jurista argentino más importante de la segunda mitad del siglo xx, quien falleció en 1993 al descompensarse en La Paz (Bolivia) en un viaje de asesoramiento al gobierno boliviano.

Nino publicó en 1992 su obra "Un país al margen de la ley",[10] en un momento tal, como señala Roberto Gargarella en el prólogo, que "se mostraba desencantado, con los modos en que había evolucionado la vida política del país, luego de los primeros años de entusiasmo democrático". Las preocupaciones de Nino giraban en torno a que él advertía que habíamos recuperado la democracia, pero que no se estaba construyendo una democracia de calidad.

El autor dice que "en 1913 el producto per cápita de Argentina era comparable con el de Suiza, el doble del de Italia y casi la mitad de Canadá, mientras que en 1978 las proporciones entre los productos per cápita argentino y de esos países fueron respectivamente menos de un sexto, la mitad y un quinto".

Ante este cuadro de situación, Nino se interroga y se pregunta ¿Por qué retrocedimos en nuestro posicionamiento? La respuesta que encuentra es que en la sociedad argentina hay una tendencia hacia la anomia y la ilegalidad. La palabra anomia viene del griego *anomos* que significa "sin ley". El autor la define precisamente como la "inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales". Para el autor, como vemos, el progreso está asociado al cumplimiento de las normas o reglas de convivencia de la sociedad, ya

[10] Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley,* Buenos Aires, Ed. Ariel, 2005.

que su observancia es la que genera cooperación, es decir un accionar colectivo común

Califica a la anomia como "boba" es decir tonta, ya que es auto frustrante y perjudicial para todos. Veamos, al respecto, algunos ejemplos prácticos: la falta de respeto por las reglas de tránsito, la falta de limpieza, la contaminación ambiental, la evasión tributaria, afectan al conjunto, razona Nino, y señala que constituyen ejemplos de conductas que a todos nos perjudican y obstaculizan el progreso. Al respecto, es muy interesante el análisis que hace Niño de conductas que nos vienen desde el fondo de la historia, las cuales marcarían una secuencia con tendencia a la ilegalidad.

Frente a esta realidad, Nino sugiere con total actualidad: *1)* Asumir el problema; *2)* debatirlo públicamente, y *3)* educación popular para promover en la sociedad lealtad normativa.

Desde la ciencia de la economía, por otro lado, la escuela institucionalista incorpora en el análisis de costos para la toma de decisiones económicas, a la calidad institucional, porque instituciones eficientes disminuyen los costos e incentivan la inversión. En este territorio debemos destacar el aporte de Douglas North, Premio Novel de Economía 1993, quien en 1990 publicó "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico".

Hemos analizado los estudios de Nino y señalado el aporte institucionalista formulado desde la economía por Douglas North. Ahora bien, en un contexto democrático corresponde preguntarse cuál es la mirada del hombre común. Según su criterio ¿tenemos instituciones sólidas?, ¿los argentinos somos respetuosos de las reglas?.

En la búsqueda de una respuesta a la pregunta, es útil remitirnos a las tres "Encuestas de cultura constitucional" realizadas, bajo la dirección del Doctor. Antonio María Hernández, con la colaboración como politólogo de Daniel Zovatto y como sociólogos Manuel Mora y Araujo y posteriormente Eduardo Fidanza.

La primera encuesta data de 2004,[11] la segunda fue realizada en el 2014,[12] mientras la tercera es reciente, dado que el relevamiento de campo se efectuó en el mes de octubre de 2023, por lo que nos limitaremos a hacer referencia a algunos datos de esta última por ser la más actual.

A la pregunta: "¿usted diría que está muy satisfecho, bastante satisfecho, poco satisfecho o nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en el país?", el 25% declaró sentirse muy y bastante satisfecho, mientras el 72% expresó estar poco o nada satisfecho. Estos porcentajes son representativos del estado de insatisfacción de la ciudadanía, y explica el resultado de las elecciones del año 2023, en las que resultó electo Presidente de la Nación un candidato ajeno a los partidos políticos tradicionales.

A la siguiente pregunta: "¿qué tan de acuerdo o en desacuerdo está con la siguiente frase: no me importaría que un gobierno no democrático llegue al poder si resuelve los problemas de la gente?, el 50% de los consultados manifestó que está de acuerdo, y el 49% en desacuerdo. De los que están de acuerdo con la frase, constituyen un 56% los encuestados provenientes de la franja etarea que va de los 18 a los 29 años.

A la pregunta: "¿hay momentos en los que es necesario desobedecer la ley?", un 36% contesta que sí, y preocupan especialmente los jóvenes ya que los que contestaron afirmativamente en la franja etaria de 18 a 19 años constituyen el 60%.

A los interrogantes de si "¿los argentinos respetan las leyes y la Constitución?", o "¿los argentinos son más bien desobedientes/transgresores?", el 70% contesta que son desobedientes/transgresores y el 27% que se respetan las leyes y la Constitución.

Los datos expuestos nos confirman el diagnóstico de Nino y la recomendación en el sentido de debatir el tema, identificar el problema y realizar una campaña de lealtad normativa.

---

11 Hernández, Antonio María, *et. al.*, *Argentina: una sociedad anómica* , México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

12 Hernández, Antonio María, *et. al.*, *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: una sociedad anómica,* Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 2016.

6.2. División de poderes, control y equilibrio entre los mismos

La división de funciones, es la garantía republicana de la libertad, ya que de esta manera se evita que todo el poder se concentre en las mismas manos.La Constitución Argentina reconoce dos grandes fuentes, que son "Bases y puntos de partida para la Organización Nacional", la genial obra de Juan Bautista Alberdi que incluye un proyecto de Constitución, y la Constitución de Estados Unidos, la primera república presidencialista federal del mundo, de la cual toman los constituyentes de 1853, el modelo de división, control y equilibrio entre los diferentes poderes, el que es comentado en forma muy didáctica por James Madison en el "El Federalista n° 51".

Madison dice que si todas las personas fueran ángeles no sería necesario gobierno, pero como no lo son, el gobierno es necesario, pero he aquí que los gobernantes tampoco son ángeles, por lo tanto, hay que organizar como se divide, controla y equilibra el poder.

A tales efectos, Madison señala en primer lugar, que los gobernantes se eligen por el voto popular, el poder a su vez se asigna a dos niveles de gobierno, el federal y el estadual, con sus respectivas competencias, en cada nivel a su vez se diferencian las tres funciones ejecutiva, legislativa y judicial, y a esto se le suman lo que denomina "precauciones auxiliares", que constituyen controles horizontales, tales como: la rama legislativa se divide en dos cámaras para que se equilibren, le corresponde a las mismas sancionar las leyes, pero el presidente puede vetarlas, y en tal caso el Congreso puede insistir con dos tercios de votos, el presidente nombra a los jueces, pero para hacerlo necesita acuerdo del Senado, la garantía de independencia de los jueces se asegura con la inamovilidad en sus cargos, se contempla el juicio político con las causales de mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes, para los casos excepcionales en que fuera necesario remover de sus cargos a altos funcionarios o magistrados, en este caso siempre con mayoría agravada de dos tercios, la cual también es necesaria para declarar la necesidad de reformar la Constitución.

En el complejo mecanismo descrito, que tiene como objetivo equilibrar el poder, todo se relaciona con todo. Por ejemplo: hay decisiones graves que, para tomarlas, se requieren de dos tercios de los votos en el Congreso, para reunir ese número se necesita de consenso entre diferentes sectores políticos, pero si tenemos un sistema electoral amañado que fabrica mayorías agravadas artificiales, no existirán ni control ni límites. El poder se habrá concentrado, y un solo sector podrá por sí solo destituir jueces y hasta reformar la Constitución. En estos casos, tendremos un estado constitucional de derecho de ficción.

6.3. Sistema de partidos políticos que garantice equilibrio y alternancia

La democracia requiere de un sistema de partidos políticos que de garantía de equilibrio en el poder, control y alternancia en el ejercicio del gobierno. En la actualidad, las democracias maduras se caracterizan por contar generalmente con dos coaliciones principales, una de centro derecha y otra de centro izquierda. Las primeras ponen el acento en la inversión para generar riqueza, mientras las segundas lo hacen en la redistribución, pero ambas coinciden en defender los valores de la libertad, igualdad y solidaridad, teniendo en claro la importancia de contar con una economía competitiva y productiva, porque como bien señala Giovanni Sartori "la política puede distribuir riqueza sólo si la economía produce".[13]

Los partidos políticos, como centros de nucleamiento de electores con ideas afines y de formación y capacitación de dirigentes, se encuentran en crisis, como consecuencia de la quiebra de la participación de los ciudadanos y de su interés en ser protagonistas en los asuntos públicos. Como dice Ferrajoli "Son pocos los jóvenes que participan en la vida de los partidos por razones ideales y no con la esperanza de encontrar empleo".[14]

[13] Sartori, Giovani, *¿Qué es la democracia*?, México, Ed. Taurus, 2008.

[14] Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Madrid, Ed. Trotta, 2011.

6.4. Límite a las reelecciones

La Constitución Argentina establece para el Presidente de la Nación un mandato de cuatro años con posibilidad de una sola reelección. Solo dos Provincias contemplan la reelección indefinida, que son Catamarca y Formosa. En esta última el Gobernador, tras sucesivas reelecciones se encamina a cumplir treinta años en el poder. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene a estudio, una "acción declarativa de certeza" en la que se cuestiona la reelección indefinida por ser contraria a la alternancia propia de la forma republicana de gobierno.

Un ejemplo de activismo judicial, tendiente a preservar la calidad de la democracia en materia de reelección, es el fallo de la Corte Constitucional de Colombia de 2010, por el cual la misma sostuvo que un tercer mandato de carácter ejecutivo, en este caso la presidencia, desconocería las reglas de la alternancia republicana y la igualdad en la competencia, "...mantendría en el poder a una misma persona e impondría la reproducción de una tendencia política o ideológica, durante un lapso mayor del que es juzgado razonable de acuerdo a las reglas de funcionamiento de un sistema presidencial...".[15]

6.5. Sistema electoral equilibrado

El art. 37 de la Constitución Argentina, dispone que el sufragio es "universal, igual, secreto y obligatorio". Igual significa un voto por persona, de igual peso o valor para generar representación. Esto significa que si la elección de legisladores, se realiza por circunscripciones territoriales, las mismas deben contener una cantidad de electores aproximadamente igual, de lo contrario existirán electores "sub-representados" y otros "sobre-representados", es decir "voto calificado" según el lugar de residencia.

Esto acontece en varias provincias, caracterizadas por una pobre calidad institucional. En La Rioja, por ejemplo, la circunscripción electoral de la capital reúne al 54% de la población, pero

[15] Sentencia C-141/10 de la Corte Constitucional de Colombia.

solo está representada por el 22% de los diputados. De esta manera, el actual gobernador, reelecto en 2023 con el 50,63% de los votos, controla el 90% de la Legislatura, es decir cuenta artificialmente con una mayoría agravada de más de dos tercios, lo que le permite reformar la Constitución y destituir jueces sin consenso. Aquí no hay límites, ni controles.

Un ejemplo de activismo judicial en materia electoral, es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, que obligó a los Estados de la Unión, a respetar el igual valor del sufragio para generar representación.

6.6. Tolerancia y diálogo que permitan construir políticas de Estado

Un país no puede cambiar de rumbo en temas esenciales, cada vez que se produce alternancia en el ejercicio del poder. Debe existir dialogo entre las fuerzas políticas, y no una "grieta" que impida consensuar temas en base al análisis de datos duros de la realidad.

Desde los años noventa, en la ciencia política comenzó a utilizarse el concepto de "gobernanza", para referirse a la coexistencia en la sociedad de competencia electoral y cooperación en temas esenciales, es decir hacer posible acordar políticas de Estado.

6.7. Solidez macro-económica

La economía de mercado, en sus diferentes versiones, tiene leyes que son universales y se practican en la mayoría de los países. Incluso en América Latina, en el último tramo del siglo xx, son varios los países que encararon planes de estabilización exitosos, que perduran en base al respeto de principios muy claros, como son financiamiento genuino del gasto público, emisión monetaria controlada, adecuada relación deuda/PBI, tipo de cambio competitivo, balanza comercial equilibrada, cumplimiento de las obligaciones y razonable nivel de inversión.

En Argentina, Jorge Remes Lenicov, ministro de economía en la crisis de 2002, economista, legislador y figura destacada del partido justicialista, la fuerza política principal de la coalición

que gobernó durante 16 de los últimos 20años, publicó en 2021 un interesante y preciso documento que denominó "El desencuentro entre la política y la economía".[16]

En el inicio, Remes Lenicov con acierto señala que "La democracia recuperada en 1983 produjo importantes avances en el ejercicio de la libertad, en el reconocimiento de los derechos, No obstante, el estancamiento económico y el aumento de la pobreza son serias asignaturas pendientes". Luego puntualiza, "La inflación es elevadísima ", "La pobreza aumenta: en 1983 era de 16% y a fin de 2020 superó el 40%, cuando en América Latina y el mundo se redujo", "La presión tributaria es insostenible, el elevado déficit fiscal aumenta la deuda". Señala que la causa radica "...en el populismo, que descree de las leyes básicas de la economía y considera que el Estado, solo a través de un mayor tamaño y regulaciones, mejorará el bienestar de los más postergados". Censura también al neoliberalismo, que solo cree en la dinámica del mercado.

La crítica situación económica, generó insatisfacción y fue determinante para que, en las elecciones presidenciales de 2023, se impusiera, como señalamos, un candidato ajeno a las dos coaliciones que existían previamente.

Lo concreto es que la "anomia", a la que hemos hecho referencia al hablar de "seguridad jurídica", también tuvo como vemos manifestación en el terreno económico, a través de la inobservancia de leyes universales de la economía, aun cuando comienza a vislumbrarse un cambio cultural.

6.8. Bajo nivel de corrupción y amplio acceso a la información pública

A la corrupción se la combate no solo descubriendo hechos corruptos y castigándolos, sino también con una tarea de prevención a través de controles eficaces.

16 Remes Lenicov, Jorge, "El desencuentro entre la política y la economía. Bases para la recuperación del crecimiento con equidad distributiva", Buenos Aires, septiembre de 2021, disponible en internet.

En la sociedad argentina impera la percepción de que en el Estado se instaló una corrupción estructural. La misma tiene que ver con el desmantelamiento de controles, acontecido tanto a nivel federal como estadual. De esta manera los hechos de corrupción recién salen a la luz cuando cambia el gobierno, es decir están ausentes las alarmas propias de los entes de control.

Es que, en materia de control de la hacienda pública federal, se retrocedió fundamentalmente en los años90, en los que la Auditoría General de la Nación reemplazó al Tribunal de Cuentas, con una integración netamente política y facultades solo de "control externo posterior",*17* es decir no existe control previo, ni concomitante a la ejecución del acto.

Por su parte las causas judiciales por corrupción, experimentan largas demoras, aun cuando se registran condenas.

En materia de acceso a la información pública, el derecho se encuentra ampliamente reconocido por la jurisprudencia y la Ley 27.275.

6.9. Justicia independiente, eficaz y oportuna

Corresponde a la justicia resolver los conflictos que se plantean entre particulares y entre estos y el Estado, razón por la cual es imprescindible preservar su independencia respecto de los poderes político y económico. Se puede avanzar con mejoras en los procedimientos, tecnología, extender la aplicación del sistema acusatorio, mejoras edilicias y un adecuado plan de estadísticas que permita elaborar indicadores de gestión.

6.10. Grado razonable de seguridad física

Un derecho humano fundamental de las personas, es el relativo a la protección física y de sus bienes, como consecuencia del pacto social del que es garante el Estado. Nuestra América Latina enfrenta dos grandes amenazas, el narcotráfico y el crimen orga-

[17] Ley Nacional n° 24.156 de administración financiera del Estado, art. 117.

nizado, quienes además buscan infiltrar la política, la economía y los movimientos sociales, llegando en algunos casos hasta controlar territorio. Ningún país es invulnerable ante las redes de delincuencia organizada, máxime cuando incluso estas tienden a operar transnacionalmente.

6.11. Libertad de expresión y pluralidad informativa

Son dos pilares fundamentales de la sociedad democrática. La libertad de expresión hace al derecho de expresar nuestras ideas y opiniones con absoluta libertad y la pluralidad informativa al derecho a estar informados. Los gobiernos autoritarios buscan limitar ambos derechos, utilizando diversos medios de presión.

En el mundo digital, prácticamente todas las personas disponen de un celular, que a la vez permite filmar al instante lo que ocurre y subirlo a las redes sociales. Las redes se han con convertido en trasmisoras de imágenes, noticias e informaciones en pocas palabras, pero también en vehículo de "fake news". Frente a esta realidad, urge debatir y encontrar una "estrategia de alfabetización mediática e informacional", que capacite a las personas para discernir contenidos de calidad de aquellos que no lo son.

VII. Reflexión final

Nos hemos referido brevemente a once posibles indicadores de calidad institucional. Su sola enumeración pone en evidencia, que construir y luego mantener una democracia de calidad, es una tarea que requiere de constantes esfuerzos de toda la sociedad, y de manera especial los constitucionalistas tenemos una gran responsabilidad. Siempre está el riesgo de una democracia sin democracia, porque el poder tiende naturalmente a expandirse, de allí la importancia de que funcionen la alternancia, los controles, límites y equilibrios, a fin de que los valores y reglas de la Constitución, nos permitan vivir en un ámbito de libertad, concordia y unidad en la pluralidad.

La rigidez del régimen presidencial

***

The rigidity of the presidential regime

Christian Guzmán Napurí

Resumen: dentro de las diversas formas de gobierno existentes, podemos definir al sistema presidencial como aquella en donde la Constitución establece una división de poderes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial. En un sistema presidencial, el equilibrio de poderes pretende ser transparente y es por este motivo que hoy en día se perfila como una forma de gobierno relevante. En el presente artículo, el autor hace un recuento del régimen presidencial desde el contexto norteamericano y latinoamericano con el fin de posteriormente poder analizar figuras como la vacancia y la disolución parlamentaria y su relación con la crisis de la representatividad en esta forma de gobierno.

Abstract: within the various existing forms of government, we can define the presidential system as one where the Constitution establishes a division of powers between the executive, the legislative and the judicial. In a presidential system, the balance of powers is intended to be transparent and it is for this reason that today it is emerging as a relevant form of government. In this article, the author recounts the presidential regime from the north american and latin american context in order to later analyze figures such as parliamentary vacancy and dissolution and their relationship with the crisis of representativeness in this form of government.

Palabras clave: régimen presidencial, sistemas latinoamericanos, vacancia presidencial, disolución parlamentaria.

Keywords: presidential regime, latin american systems, presidential vacancy, parliamentary dissolution.

Sumario: I. Introducción. II. El caso norteamericano. III. Los sistemas latinoamericanos. IV. La vacancia de la presidencia. V. La disolución parlamentaria. VI. Las crisis de representatividad en el régimen presidencial. VII. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Una importante dificultad que muestra el sistema presidencial de gobierno es que configura escenarios en los cuales no existen mecanismos adecuados de corrección de conflictos al interior del propio Estado. Estos conflictos son generados, en gran cantidad de ocasiones, porque el presidencialismo puro —en especial el latinoamericano — por su excesiva rigidez, impide la solución pacífica y democrática de las crisis de poder que se den al interior del régimen.

Debemos precisar que la salida en Latinoamérica a las crisis políticas ha sido, en la generalidad de los casos, el golpe de Estado, y como resultado de este, una dictadura, sea civil o militar. Acto seguido, la necesaria vuelta a la institucionalidad democrática producto de la imposibilidad de seguir manteniendo el Gobierno de facto genera, normalmente, una reforma constitucional o la promulgación de una nueva Carta Política. El problema a este nivel radica en que dicha acción política, lejos de crear mecanismos que eviten una crisis como la anterior, busca tan solo dar una razón de ser al régimen autoritario precedente.[1]

En los sistemas presidenciales ambos organismos, el Gobierno y el Parlamento (o Congreso) se encuentran obligados a trabajar permanentemente juntos. El presidente, en especial, es

[1] , Christian, Guzmán Napurí, "Propuestas base para una adecuado Equilibrio de Poderes", *Revista Jurídica del Perú Nro. 28*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2001.

elegido para un período fijo de gobierno, que oscila entre los seis y los cuatro años. Resulta muy difícil que cualquiera de los dos organismos ante señalados genere la revocatoria del mandato del otro, a diferencia de lo que sí ocurre en el sistema parlamentario. Resulta imposible que ello ocurra a través del uso de mecanismos políticos,[2] como los que se emplean en el régimen parlamentario.

En el sistema parlamentario, en cambio, es posible que el Parlamento envíe a casa a los miembros del poder ejecutivo a través de la censura o el rechazo de la cuestión de confianza; así como el jefe de Estado—o incluso el jefe de Gobierno, depende del caso—puede revocar el mandato de la cámara parlamentaria encargada del control político directo a través de los mecanismos de disolución previstos en el ordenamiento de cada país en concreto.

Ahora bien, la razón de la existencia de un sistema de gobierno tan rígido en el caso del sistema presidencial estriba en que, al diseñarse la Constitución norteamericana, la cual crea el sistema presidencial, los constituyentes optaron por un esquema más bien tajante de separación de poderes, en el cual los puntos de contacto entre los diversos órganos del Estado resultaban ser mínimos. A esto Karl Loewenstein denominaba *interdependencia por coordinación*, para diferenciarla de la interdependencia por subordinación, propia de los regímenes parlamentarios.[3]

Y es que, en el régimen presidencial, ante una crisis política derivada de las acciones del Gobierno no cabe sino la presión sobre éste. La censura individual a los ministros de Estado o la censura colectiva a todo el gabinete, donde estas instituciones existen, no van a afectar en absoluto al presidente, ni a su legitimidad. En contraste, de hacerse efectiva la salida del presidente de la República se generaría una seria crisis, jamás comparable siquiera a una disolución parlamentaria.

---

2 Shugart, Matthew y Carey, John, "Presidents and Assemblies", *New York: Cambridge University Press*, 1992, p. 29.

3 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 132 y ss.

En cambio, si es que fuese removido un primer ministro que es a su vez jefe de Gobierno, el resultado no devendría en una crisis política tan grave como la derivada de la ausencia de un órgano de gobierno, sino tan sólo el reemplazo de éste, a través de mecanismos previstos para ello en el ordenamiento jurídico; tal y como ocurre en los regímenes tributarios del parlamentarismo. Una vez ocurrido dicho reemplazo, el régimen seguiría en funcionamiento.[4]

El resultado de un juicio político (denominado *impeachment* por los norteamericanos) es sumamente incierto, y el proceso en si es traumático y consume demasiado tiempo. En consecuencia, el ejecutivo presidencial es virtualmente inmutable ante la ausencia de un delito. Si a esto le sumamos la limitada posibilidad de imputar delitos al presidente, la misma que se encuentra establecida en varias constituciones latinoamericanas, notaremos la gran dificultad existente para hacer posible una remoción presidencial a través de un juicio político.

II. El caso norteamericano

En el caso norteamericano, Tomas Jefferson fue el único presidente que intentó, sin éxito, convertir el *impeachment* en un mecanismo de control político,[5] cuando más bien constituye un mecanismo sancionador. Asimismo, tan sólo en una oportunidad durante la historia republicana de Estados Unidos se utilizó este mecanismo como represalia ante la negativa del presidente de acatar limitaciones impuestas por las cámaras legislativas.

Es el caso del juicio político seguido contra el presidente Andrew Johnson, en 1868, que tuvo muy claros ribetes políticos y surgió como represalia ante la negativa de dicho presidente de someterse a la "Tenure Office Act", una ley que limitaba incons-

[4] Linz, Juan, "Los Peligros del Presidencialismo",. *Formas de Gobierno, Relaciones Ejecutivo Parlamento*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 16.

[5] Corwin, Edward Samuel y Peltasen, J.W,. *La Constitución. Una Interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 50.

titucionalmente los poderes del presidente, en especial respecto a la remoción de sus secretarios de despacho.[6]

Únicamente en cuatro ocasiones se ha empleado el *impeachment* contra presidentes de la Unión, sin que en ningún caso se haya obtenido la ansiada destitución. Este mecanismo ha funcionado sobre todo para destituir magistrados, y con una eficacia limitada, puesto que la destitución se ha hecho efectiva solo cuatro veces, y en todos los casos respecto de jueces.

En primer lugar, tenemos el juicio político seguido contra Andrew Johnson, al cual ya hemos hecho referencia, que incluso llegó hasta el Senado, órgano que no aprobó la destitución. No obstante, el presidente no postuló a la reelección, aun cuando las posibilidades de volver a ocupar la presidencia le eran favorables.[7]

Por otro lado, el juicio político contra el presidente Richard Nixon, derivado del célebre caso *Watergate*, no llegó a concluir, puesto que Nixon, que cursaba su segundo mandato, renunció a la presidencia cuando fue iniciado el proceso de acusación por parte de la Cámara de Representantes norteamericana.[8] Y dicha renuncia se generó como resultado de la presión ejercida por el poder judicial en el proceso penal contra Nixon, más que por el procedimiento parlamentario.

Asimismo, tenemos el *impeachment* seguido contra Bill Clinton, como resultado del caso Mónica Lewinsky, el cual concluyó en la cámara de senadores, con la absolución del presidente, al no haberse alcanzado los votos suficientes para que pueda aprobarse su destitución no obstante que el presidente en ejercicio carecía de mayoría en la cámara. Bill Clinton se encontraba cursando su segundo mandato, el cual concluyó sin dificultad alguna.

Finalmente, los últimos intentos fueron contra el expresidente Donald Trump, los cuales tampoco generaron su destitución.

---

6 Valle Riestra, Javier, *La responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado*, Lima, Labrusa S.A., 1988, p. 127.

7 Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962., p. 351.

8 Badia, Juan Fernando, *Regímenes políticos actuales*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 570.

Ocurrió un primer juicio político, por los cargos de abuso de poder presidencial y obstrucción al Congreso a propósito de investigaciones ordenadas a Joe Biden y a su hijo. El segundo de ellos, por incitación a la insurrección en la Casa Blanca luego de las elecciones en las que perdió la reelección.

III. Los sistemas latinoamericanos

Debemos señalar que la mayoría de las naciones latinoamericanas han incluido, en mayor o menor medida, ciertas instituciones derivadas del sistema parlamentario a fin de atenuar la rigidez del sistema presidencial puro. Sin embargo, la revocatoria del jefe de Gobierno, que es posible en los sistemas parlamentarios, es todavía un hecho difícil en el presidencialismo.

En Latinoamérica, en forma análoga al caso estadounidense, la utilización del proceso de juicio político para modificar la composición del poder ejecutivo — y en el mejor de los casos, forzar la celebración de nuevas elecciones — ha sido muy limitada.[9] Y ello se debe precisamente al diseño de los sistemas presidenciales, que dificultan la revocación del mandato presidencial.

Es así que muy pocos países latinoamericanos han empleado el denominado antejuicio a fin de revocar el mandato presidencial, hecho que se deriva especialmente de la dificultad para tomar decisiones en el ámbito de la cámara parlamentaria encargada de resolver, el *numerus clausus* que existe en gran parte de los países latinoamericanos respecto a las causales de acusación aplicables al jefe de Estado durante el mandato de éste, y al hecho de que sólo pueda someterse al presidente a proceso penal una vez que el Congreso lo ha autorizado, con lo cual en la práctica el juicio político funciona como un antejuicio.

Excepciones muy puntuales a lo indicado en el párrafo precedente son los juicios seguidos contra los presidentes Fernando Collor de Mello y Carlos Andrés Pérez, en Brasil y Venezuela

[9] Linz, Juan, "Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Qué diferencia implica?", *Las Crisis del Presidencialismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 39. Mainwaring, Scott y Shugart, Carey (comp.), *op. cit.*, p. 36-37.

respectivamente, las mismas que más bien confirman lo que venimos señalando. Ambos expresidentes fueron involucrados en sendos actos de corrupción, sin que en ninguno de los casos haya podido hacerse efectiva sentencia penal alguna en su contra. No obstante, ambos fueron separados de sus cargos por el Congreso.

Además, es necesario establecer que en el caso peruano la inhabilitación para ocupar cualquier cargo público que fuera decidida en contra del expresidente Fujimori, por obra del Parlamento, ha ocurrido tiempo después que éste último votara por la vacancia del cargo derivada de su incapacidad moral. De hecho, en el caso peruano el uso de la vacancia ha sido más común en los últimos años. Tenemos el caso del expresidente Martín Vizcarra, así como el de Pedro Castillo.

IV. La vacancia de la presidencia

Por otro lado, esquemas como la declaración de vacancia de la presidencia de la República, que en muchos casos se encuentran previstos constitucionalmente, no son usados, ni pueden usarse, como mecanismos de control sino más bien como mecanismos típicamente sancionadores, que operan con posterioridad a la ejecución de las conductas. Y es que, en la declaración de vacancia por incapacidad moral no parece tener una finalidad coercitiva sino más bien correctora.

Como si ello fuera poco, el empleo de mecanismos como la vacancia presidencial, en contextos en los cuales el presidente carece de mayoría en las cámaras parlamentarias, puede generar una seria crisis, dado el alto poder del presidente en las naciones de sistema presidencial y tomando en cuenta que la misma no requiere, en la mayoría de los casos, de votaciones calificadas.

En especial, la vacancia por incapacidad moral no se encuentra adecuadamente encuadrada en los regímenes latinoamericanos, pudiendo ser empleada como resultado de consideraciones meramente partidarias a fin de que una mayoría opositora en el Congreso separe de su cargo a un jefe de Estado que no le sea afín. Sin embargo, no es conveniente eliminarla, porque precisamente sirve como una importante alternativa frente a las crisis

políticas que se presentan, siendo necesario regularla de manera eficiente.

El caso ecuatoriano es muy interesante. El presidente Abdalá Bucaram fue declarado mentalmente incapaz, al amparo de la Constitución de dicho país y fue depuesto en su cargo. Pero este sistema no funcionó en este caso como un mecanismo de control, sino más bien como un mecanismo de cambio de Gobierno, casi de naturaleza sancionadora.

Por otro lado, es necesario recordar que en Ecuador existe la figura de la "muerte cruzada" por la cual el presidente de dicho país puede revocar el mandato de ambos poderes del Estado, como ha ocurrido en dicho país hace relativamente poco tiempo, pero que sin embargo no ha corregido la crisis política e institucional de dicho país.

Finalmente, la declaración de incapacidad moral del expresidente peruano Alberto Fujimori, marca un interesante precedente en torno a este tema, toda vez que es la primera vez que se empleaba un mecanismo de esta naturaleza para cambiar la composición de cualquier organismo del Estado, no obstante que dicho personaje ya había renunciado a su cargo en dicho momento. Y, como hemos señalado líneas arriba, se ha vuelto a emplear dos con los resultados esperados que ya conocemos.

V. La disolución parlamentaria

Asimismo, la disolución parlamentaria, existente en algunos países de Latinoamérica como ya lo hemos indicado, ha hecho su aparición sin que se hagan patentes siquiera algunos de los efectos que genera en los sistemas parlamentarios, siendo un elemento crucial de estos últimos, mas no propio del sistema presidencial.

El diseño de dicha institución resulta ineficaz, en primer término, dado que los supuestos en los que opera podrían difícilmente darse en el esquema político. Hipótesis especificadas en los textos constitucionales como las de la verificación de sucesivas censuras o negativas de confianza a gabinetes enteros resultan ser eminentemente restrictivas.

Por otro lado, sucesivas disoluciones parlamentarias en regímenes típicamente presidenciales generarían más inestabilidad e ingobernabilidad que la que pretendería conjurar.[10] La disolución parlamentaria, en general, debería hacerse efectiva como último recurso. Finalmente, algunos autores consideran que incorporar la disolución del Congreso en un régimen de división de poderes puede ser contradictorio con su legitimidad derivada de su elección popular.[11]

Así también, instituciones provenientes del régimen parlamentario tienen sentido en un contexto de *ejecutivo dual*, donde el jefe de Estado y jefe de Gobierno son personas diferentes, mas no en una situación en la cual las referidas categorías se encuentran colocadas en una misma persona (ejecutivo monista), que es una característica básica del régimen presidencial.

Peor aún, la disolución parlamentaria, tal como está diseñada, podría configurarse como un mecanismo para elevar indebidamente los poderes presidenciales, puesto que el presidente, en determinadas circunstancias, podría originar de manera directa la verificación de los supuestos habilitantes para ejercer la facultad disolutoria.

En el caso peruano, el expresidente Martin Vizcarra empleó por primera vez la disolución parlamentaria al amparo de la Constitución de 1993. Sin embargo, dicha decisión mostraba dos problemas, uno jurídico u otro más bien político. En cuanto a lo primero, dicha disolución no cumplía con lo dispuesto en la norma constitucional, no obstante que el Tribunal constitucional lo validó a través de una sentencia muy controvertida.[12]

En segundo lugar, el riesgo de una disolución parlamentaria, que ocurre mucho en los sistemas parlamentarios europeos, es que un incorrecto cálculo político genere que el nuevo parlamento sea más conflictivo que el anterior. Y así ocurrió en efecto, tan-

---

10 SartorI, Giovani, *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 181.

11 Colomer, Joseph y Negretto, Gabriel, *La Gobernanza de la Democracia Presidencial*, México, CIDE, 2002, p. 35.

12 STC emitida en el Expediente N.° 0006-2019-CC/TC

to es así que dicho nuevo Congreso fue el que aprobó la vacancia contra el expresidente Vizcarra, la cual estuvo si debidamente sustentada.

VI. Las crisis de representatividad en el régimen presidencial

Por otro lado, y en todo el planeta, la experiencia política concreta ha demostrado que muchas veces la representatividad de la que goza un parlamento o un gobierno determinado se agota antes que el período constitucional correspondiente concluya. Ello ocurre tanto en sistemas presidenciales como en sistemas parlamentarios, afectando tanto a jefes de Estado como de Gobierno.

Ahora bien, en el caso peruano, por ejemplo, esto se hace patente si notamos como en muchas oportunidades los Gobiernos sufren gran mella en su representatividad transcurriendo el tercer año de mandato. En especial respecto a los Gobiernos recientes de Fernando Belaunde Terry y Alan García Pérez que ocurrieron en la década de los 80, y durante la vigencia de la Constitución Peruana de 1979.

En el primer caso, esta mella de representatividad se tradujo principalmente en el resultado de las encuestas de aceptación realizadas en el país, aceptación que llegó a reducirse hasta en un 20%; en los resultados de las elecciones municipales de 1983 — elecciones en las cuales la mayoría de los municipios fueron asumidos por miembros del APRA y de la izquierda — ; y, sobre todo, en el porcentaje de votación obtenido por Acción Popular en las elecciones presidenciales y parlamentarias subsiguientes (no más del 7%).

Asimismo, la merma de convocatoria del Gobierno aprista se hizo notoriamente visible en términos de aceptación popular (llegó a porcentajes de menos del 20%) y a través de los resultados electorales obtenidos por el Partido Aprista Peruano en las elecciones municipales de 1989. Esta situación genera, a nuestro entender, idéntico comentario a aquel que formuláramos cuando tratábamos lo ocurrido durante el gobierno de Fernando Belaunde.

El caso del gobierno de Fujimori es un tanto distinto, en primer lugar, en cuanto a las especiales circunstancias que rodearon a su primera elección, y el conjunto de sucesos que ocurrieron posteriormente durante su mandato. En este caso el problema de pérdida de legitimidad no se debió propiamente a la falta de representatividad sino más bien a las acusaciones de corrupción que se fueron sucediendo.

Posteriormente, el expresidente Alejandro Toledo, y el movimiento político que él dirige sufrieron una importante merma en su representatividad, que llegó incluso a niveles inferiores al 15%. Situación similar se ha dado en el caso del segundo Gobierno de Alan García. Ello explica además porque el partido de Gobierno ha obtenido una limitada representación parlamentaria de manera posterior en ambos casos.

Asimismo, el expresidente Ollanta Humala también mostró también un fuerte descenso en su aprobación hacia el final de su mandato. Finalmente, en la actualidad la presidenta Dina Boluarte muestra una aprobación sumamente reducida, que hace muy complicado el poder gobernar de manera eficiente, a lo cual se debe agregar la falta de aprobación del Congreso de la República.

Desdichadamente, la situación no es privativa de Perú y se repite en gran parte de Latinoamérica. De hecho, diversos países latinoamericanos adolecen de una seria crisis de representatividad de los respectivos titulares del poder ejecutivo, sin que se muestren mecanismos de corrección que no generen una crisis institucional sumamente seria.

Y es que, si asumimos que la razón de la existencia de los sistemas de representación política consiste en "simular" la decisión a la que habría llegado el electorado en su conjunto si se pudiese poner de acuerdo, esa justificación estaría comprometida si es que el Estado no puede ya simular la decisión respectiva dadas las crisis de legitimidad y de representatividad que se generan en los diversos regímenes.

Lo que ocurre es que conforme aumenta la cantidad de ciudadanos, los costos que genera ponerse de acuerdo respecto a cuestiones de Gobierno hacen inviable el modelo de democracia, pues se requerirían reuniones y votaciones para cada decisión a

tomar. El sistema de sufragio universal, la creación de un Parlamento y los mecanismos legales de toma de decisiones estatales reducen tales costos.

Es así que la solución constitucional y legal simula el acuerdo al que llegarían los electores si pudiesen ponerse de acuerdo entre ellos, dada la existencia de elevados costos de transacción que lo impide de manera inmediata. Como resultado, tendría pues que recomponerse la representación a fin de que el sistema pueda cumplir con el presupuesto antes indicado.

En este sentido, el presidencialismo — cualquiera que sea el contexto en el cual se haya implantado — dificulta e incluso impide la corrección de dichas crisis de representatividad en los momentos en que ello sea necesario. La dificultad para hacer cesar el mandato de cualquiera de los dos organismos que gozan de representatividad genera que en un momento determinado en el Estado se encuentren personas que no poseen respaldo efectivo en las preferencias del electorado.

El problema imputable al presidencialismo que encontramos a este nivel radica en la dificultad de realizar correcciones en momentos determinados. El partido que obtiene el poder en el Congreso y el ejecutivo no va a modificar su composición y línea de comportamiento a menos que se den graves cismas en su interior. En consecuencia, la estructura de los órganos antes mencionados se va a mantener inmutable mientras dure el mandato de estos, sin importar el grado de aceptación ciudadana de la que gocen dichas instituciones.[13]

Asimismo, mecanismos paliativos propuestos por ciertos autores no parecen ser suficientemente plausibles para corregir esta situación[14]. La reducción de los mandatos en realidad no genera

[13] La preocupación por la necesidad de encontrar mecanismos para facilitar la mutua revocatoria de mandatos respecto al presidente y el Congreso se ha hecho patente incluso en Estados Unidos, donde el Comité sobre el Sistema Constitucional propuso la posibilidad de que el diseño permitiera la generación de nuevas elecciones en caso de la existencia de puntos muertos, en especial respecto del poder ejecutivo. Lijphart, Arend, *Modelos de Democracia,* Barcelona, Ariel, 2000, p. 123.

[14] Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew, *op. cit*., pp. 46-47.

mayores ventajas, puesto que para asegurar correcciones se requerirían mandatos de tres años o menos, para lo cual resulta incluso más conveniente virar hacia ejecutivos de naturaleza dual.

Por otro lado, la revocatoria del mandato presidencial, es un mecanismo interesante, pero debe acompañarse de un conjunto adicional de reformas que generen resultados favorables. Finalmente, la incorporación de mecanismos de revocatoria simultánea del mandato presidencial y parlamentario no acercaría a esquemas como el ecuatoriano o el israelí, que la experiencia muestra que son abiertamente ineficientes.

VII. Conclusiones

El sistema presidencial muestra comúnmente un conjunto de dificultades que se muestran en especial en los regímenes latinoamericanos. Una de ellas es la rigidez del sistema que dificulta la corrección de las crisis políticas que se generan con regularidad, así como la solución de los problemas de legitimidad y representatividad que también ocurren de manera continua, siendo necesario efectuar ajustes al diseño para cada Estado en concreto.

Referencias

Badia, Juan Fernando, *Regímenes políticos actuales*, Madrid, Tecnos, 2001.Colomer, Joseph y Negretto, Gabriel, *La Gobernanza de la Democracia Presidencial*, México, CIDE, 2002.

Corwin, Edward Samuel y Peltasen, J.W., *La Constitución. Una Interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.

Guzmán Napurí, Christian, "Propuestas base para una adecuado Equilibrio de Poderes", *Revista Jurídica del Perú,* núm. . 28, Trujillo, Editorial Normas Legales, 2001.

Linz, Juan, "Democracia Presidencial o Parlamentaria. ¿Qué diferencia implica?", *Las Crisis del Presidencialismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

Linz, Juan, "Los Peligros del Presidencialismo", *Formas de Gobierno*, *Relaciones Ejecutivo Parlamento*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993.

Lijphart, Arend, *Modelos de Democracia,* Barcelona, Ariel, 2000.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* Barcelona, Editorial Ariel, 1976.

Sartori, Giovani, *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Shugart, Matthew y Carey, John, "Presidents and Assemblies", *New York: Cambridge University Press*, 1992.

Valle Riestra, Javier, *La responsabilidad Constitucional del Jefe de Estado,* Lima, Labrusa S.A., 1988.

Emergencia, gobierno por decreto e hiperpresidencialismo en Argentina

***

Emergency, government by decree and hyperpresidentialism in Argentina

*Antonio María Hernández**

Sumario: I. La emergencia: su concepto en la doctrina y en la jurisprudencia. II. El abuso de los institutos de emergencia y el gobierno por decreto. III. El hiperpresidencialismo. IV. Aferrarnos a la Constitución Nacional.

I. La emergencia: su concepto en la doctrina y en la jurisprudencia.[1]

* Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School. Co-Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNC y Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Fue Vicepresidente de la Comisión Redactora en la Convencional Constituyente de 1994, Convencional Constituyente de la Provincia de Córdoba en 1987 y Presidente de la Convención Municipal Constituyente de la Ciudad de Córdoba en 1995.

1 Sigo en este punto lo expuesto en mi obra "Emergencias, orden constitucional y Covid 19", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, a donde remito para un análisis en profundidad de esta trascendente materia, de gran actualidad.

1.1. En la doctrina

Linares Quintana vinculó la emergencia con la subsistencia del Estado y escribió que "...ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden internacional y hasta la vida del Estado, como las que caracteriza a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un descaecimiento de las garantías de la libertad individual. Es una nueva aplicación del secular aforismo *salus populis suprema lex est*".[2]

Y agregó que la "libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia" y recordó que quien planteara esta cuestión con su particular brillantez fue José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: "...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?..." ¿Qué me importa tener leyes, constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?".[3]

A su vez, Bidart Campos sostuvo que las emergencias son "...situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la

[2] Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", ed. Alfa, Bs.As., 1956, Tomo 5, pág. 395. El distinguido jurista continuaba de esta manera: "'Nos privamos ' decía Joaquín V. González desde su banca de Senador y citando a Blackstone- nominal y virtualmente de esta libertad para poder gozarla en realidad y efectivamente en adelante". Más nadie ha planteado mejor los términos del problema que el Presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, cuando el 4 de julio de 1861 preguntaba: "¿Existe en todas las repúblicas esta inherente y fatal debilidad? ¿Debe un gobierno de necesidad ser demasiado fuerte para las libertades de su pueblo o demasiado débil para mantener su propia existencia?" (Obr. cit.,pág. 395).

[3] Linares Quintana, Segundo V., *op. cit*., tomo 5, págs. 396-397.

Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad".[4]

Seguidamente, el autor distinguió las "emergencias" como "acontecimientos reales o fácticos que perturban el orden constitucional", de los "institutos de emergencia" que en su pensamiento son "creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias".[5]

Asimismo, agrupó a las emergencias en tres categorías: *a)* la guerra; *b)* los desórdenes domésticos o internos, y *c)* la crisis económica y enumeró entre los institutos de emergencia conocidos en la doctrina y derecho comparados los siguientes: *a)* el estado de guerra; *b)* la ley marcial; *c)* el estado de asamblea; *d)* el estado de sitio; *e)* las facultades extraordinarias; *f)* la suspensión de garantías; *g)* la suspensión del hábeas corpus, y *h)* los remedios innominados.

Después indicó como características fundamentales de estos institutos, el producir un acrecentamiento de ciertas competencias del poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se originaba una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas.[6]

He sostenido[7] que las emergencias: *a)* son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, *b)* pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza;[8] *c)* para enfrentarlas el derecho crea diversas

---

4 Bidart Campos, Germán J.,"Manual de la Constitución reformada", tomo 2, Ediar, Bs.As., 1998, pág. 349.

5 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo 2, Ediar, Bs.As., 1998, pp. 349-350.

6 Op. cit., pp.. 349-351.

7 Véase Hernández, Antonio María, *Emergencias, orden constitucional y Covid19*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, texto que sigo y al que remito para un mayor análisis.

8 Bidart Campos, Germán J. *op. cit*. p. 349.

instituciones de emergencia;[9] *d)* estos institutos están sujetos a la Constitución Nacional que no se suspende por ellos; *e)* el Congreso debe declarar las emergencias de acuerdo a sus institutos respectivos y establecer su duración, como así también los grandes lineamientos de las medidas a disponer;[10] *f)* debe existir un verdadero estado de necesidad;[11] *g)* en general, los institutos y sus medidas producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el ejecutivo y correlativamente, limitaciones y restricciones en los derechos y garantías individuales; *h)* debe mantenerse el pleno funcionamiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Con-

9 Bidart Campos distinguió las "emergencias" de los "institutos de emergencia" que eran "creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias". Idem, *op. cit*., pp. 349-351.

10 Resulta evidente que el Congreso como máximo depositario de la soberanía popular es el que debe declarar la emergencia, su duración y los grandes lineamientos para enfrentar la respectiva emergencia. Así lo sostiene la doctrina mas autorizada y las normas constitucionales de las Estados democráticos de Derecho y lo disponen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

11 Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, véase el desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para mi también puede aplicarse en general. ("Decretos de necesidad y urgencia", La Ley, Bs.As., 2001, págs. 45 a 52). Digo que debe tratarse de un "verdadero" estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Video Club Dreams" (JA, 1996, I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad "genuino" se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del art. 3 de la Constitución de 1853 que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del art. 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a nuestra federación. (Cfr. "Teoría de la Constitución", Astrea, Bs.As., 2001, pág. 102)

greso y del poder judicial, para el control de constitucionalidad; *i)* debe respetarse la forma federal de estado; *j)* la razonabilidad y proporcionalidad deben fundamentar las limitaciones a los derechos humanos, y *k)* deben cumplirse las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de los artículos. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[12]

1.2. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En la jurisprudencia del Alto Tribunal, en distintas épocas e integraciones, se observan estos conceptos sobre la emergencia:

En el caso Alem, fallado en 1893, con motivo del estado de sitio existente y ante la detención del senador electo Leandro N. Alem, el Tribunal expresó al ordenar su libertad, que "lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituídos, les sirve de escudo".[13]

---

[12] Con respecto al test de proporcionalidad para la restricción de derechos durante la emergencia, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor: "En términos generales, el Tribunal Interamericano ha considerado que una restricción es legítima cuando: *i*) esté prevista en una ley; *ii)* responda a un fin legítimo; *iii)* sea idónea para alcanzar tal fin; *iv)* sea necesaria, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo se utilice aquella que implique el menor grado posible de injerencia en el derecho en cuestión; y *v)* sea proporcional -proporcionalidad en sentido estricto-, esto es, que la medida logre una importante protección de derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción". Es decisivo en este test detenerse en el concepto de Ley del alto Tribunal, que en la Opinión Consultiva N° 6 ha expresado: "Las leyes a que se refiere el artículo 30 de la Convención Americana son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención". Véase Hernández, Antonio María, "Emergencias, orden constitucional y Covid19", pp..29 y sgts.

[13] Caso "Alem", Fallos 54:432, 1893.

Y en el caso "Perón Juan D." de 1957, al referirse a las situaciones de emergencia, expresó que: "...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país "y en la generalidad de los países extranjeros- legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la constitución: así las leyes de moratoria hipotecaria y de prórroga de los arrendamientos..." Y más adelante afirmó: "Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados".[14]

Posteriormente, en "Peralta", fallado en 1990 afirmó: "...el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico y social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autorizan al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución". Y agregó: "...que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda".[15]

[14] Caso "Perón Juan D.", sentencia del 21 de junio de 1957, cfr. Bidart Campos, *op. cit.,* p. 350.

[15] Caso "Peralta Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA", fallado el 27 de diciembre de 1990, cfr. Bidart Campos, *opr. cit*., p. 351.

En el caso "Provincia de San Luis c. Estado Nacional", sentenciado en 2003, en el Voto de Mayoría se indicó en el Considerando *24)* "Que esta Corte ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos (Fallos: 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 264:344 y 269:416). Y aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquellas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior." Y se afirmó: "La emergencia no ampara el desconocimiento de los derechos constitucionales. Y en el Considerando *43)* "Que, desde tal perspectiva, compete a los poderes políticos la búsqueda de las soluciones con que deben enfrentarse las crisis a que toda nación se ve expuesta, excluyendo aquellas vías que impliquen el compromiso de los derechos básicos e inalienables que los constituyentes calificaron como inviolables. La emergencia" como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo esta Corte "no ampara el desconocimiento de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el Tribunal". "La permanencia de esas bases constitucionales para el progreso y el crecimiento no puede ser desconocida por tropiezos circunstanciales que sólo pueden ser superados con la madurez de los pueblos respetuosos de sus leyes. La fractura del orden fundamental sólo habría de agravar la crisis, al ver afectados ya no sólo los derechos aquí lesionados, sino los restantes que protege la Constitución, hasta tornar inviable el logro de los objetivos de "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general" sobre los que reposa el orden institucional."[16]

Y en el caso "Fernández de Kirchner Cristina", con sentencia del 24 de abril de 2020, en el voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Highton y Maqueda en el Considerando *4)* se expresa: "es precisamente en contextos de emergencia como el descripto, que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más

[16] Véase mi análisis completo del fallo en el Anexo del libro "Emergencias, orden constitucional y Covid19", ya citado.

vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos", y se cita el caso Alem de 1893. Y en el Considerando *10)*: "Que en este contexto de inaudita y acuciante excepcionalidad, no puede desvanecerse la importante del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal". Y en el *17)*: "..Las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina".

Asimismo, en el voto concurrente del Juez Rosatti se expresa: "La Constitución argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún), en momentos de crisis. Sólo hay que empeñarse en encontrarlas".[17]

II. El abuso de los institutos de emergencia y el Gobierno por decreto

Entre los institutos de emergencia analizaré los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Delegación legislativa, que con su abuso, originaron el gobierno por decreto en vez de leyes, que es una prueba incontrastable de la decadencia de nuestro estado constitucional de derecho.

2.1. Los DNU antes y después de la Reforma Constitucional de 1994

2.1.1. Los DNU antes de la Reforma Constitucional de 1994

Aunque la Constitución Nacional en su texto originario de 1853 y en sus posteriores reformas hasta la de 1994, no se refiriera a los Decretos de Necesidad y urgencia, distintos presidentes los

[17] Véase CSJ 353/2020/CS1, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza".

dictaron en aproximadamente 25 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1989, como lo ha investigado el profesor Mario Midón. El autor menciona diversos Decretos de autoría de Nicolás Avellaneda, Carlos Pellegrini y Raúl Alfonsín.[18]

Pero en su primer mandato comenzado en 1989 el presidente Menem lo hizo en 308 oportunidades, lo que fuera catalogado por Delia Ferreira y Matteo Goretti como Gobierno por decreto.[19]

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe señalarse que en el caso "Peralta", de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia.

Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés,

---

18 Ver Mario Midón, "Decretos de Necesidad y Urgencia- En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales", La Ley, Buenos Aires, 2001. El autor menciona como ejemplos a los dictados por el Presidente Avellaneda cuando dispuso el traslado transitorio del gobierno Federal al pueblo de Belgrano ante el levantamiento de Tejedor en 1880, por un motivo institucional y otro que declarara el estado de sitio por dichos hechos, por un motivo político. También menciona por un motivo financiero a uno dictado en 1891 que autorizó un empréstito por 100 millones de pesos y por un motivo económico a uno que decidió la intervención del Estado en el proceso de comercialización de granos. Asimismo cita a Roque Daniel Vítolo quien a su vez recuerda los fallos de la Corte Suprema en los casos "Andrade" (11-405) y "Anzo" (25-257), de 1870 y 1880, que cobrarían actualidad con la convalidación efectuada del instituto por el caso "Peralta", fallado por el más alto tribunal en 1990. De los pocos dictados por el Presidente Alfonsín, el más relevante fue el que estableció el Plan Austral.

19 Véase Ferreira Rubio Delia y Goretti Matteo, "Gobierno por decreto en Argentina", 1989-1993, El Derecho, 158-748, quienes además indicaron que en los 4 primeros años de su primer mandato, Menem dictó 308. Midón (op. cit, p. 54) expresa que el mínimo grado de recato que tuvieron los anteriores Presidentes se esfumó en dicha época, donde se usó y abusó de la institución en materias tales como tributaria, remunerativa, previsional, deuda pública, desregulación del transporte, comercio internacional, régimen de coparticipación impositiva, servicios públicos, empresas del Estado, retiro de personal, transferencia de bienes inmuebles, promoción industrial, etc.. En definitiva, el número de decretos dictados durante estas Presidencias de Menen excedió los 500.

avaló la posibilidad del dictado de estos Decretos institutos en el marco del texto constitucional anterior. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno, señaló la posición contraria[20].

En mi carácter de Diputado Nacional presenté con fecha 19 de diciembre de 1991 un proyecto que declaraba la nulidad absoluta e insanable de todo decreto de necesidad y urgencia. Y con respecto a los ya dictados se establecía un plazo de sesenta días corridos para su expresa ratificación por el Congreso, ya que de lo contrario quedaban sin efecto.[21]

---

20 Véase Mario Midón, *opr, cit*., p. 55, donde se consignan las diferentes opiniones doctrinarias.

21 En relación a mi opinión, expreso que en el carácter de Diputado de la Nación presenté con fecha 19 de diciembre de 1991, mi primer proyecto de Ley "ya que fui electos para el período 1991-1995-, obrante en el Trámite Parlamentario 167, que en su art. 1º disponía: "Son nulos de nulidad absoluta e insanable los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, cualesquiera sean las circunstancias en que se funden. En el art. 2º se indicaba: "Los decretos de necesidad y urgencia dictados hasta la entrada en vigencia de la presente ley podrán ser ratificados por ley dentro del plazo de sesenta días corridos a contar desde la entrada en vigencia de la presente". Y en el art. 3º se expresaba: "Los decretos de necesidad y urgencia que no sean ratificados por el Congreso en dicho plazo perderán validez y no producirán efecto alguno para el futuro". En los extensos Fundamentos hice referencia a los excesos cometidos por el Poder Ejecutivo en la materia, que afectaban el funcionamiento del sistema republicano y democrático. Por razones de brevedad, sólo consigno de los párrafos finales de dichos fundamentos, la siguiente advertencia: "Si el Congreso no defiende con absoluta firmeza las facultades que les son propias, frente al avance incontenible del Ejecutivo, la República estará en serio peligro." A la que agregaba finalmente la opción enunciada por Norberto Bobbio: "o el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres". Este proyecto, como otros posteriores que presenté en relación a esta cuestión, -como se comprenderá- no obtuvieron aprobación alguna. Para un análisis de mis opiniones sobre estas cuestiones, Cfr. Antonio María Hernández, "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Imprenta de la UNC, Córdoba, 2019; "Emergencias, orden constitucional y Covid19", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020 y "Derecho Constitucional", 2 Tomos, E-Book, Director Antonio María Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2023, caps. XII y XVII.

2.1.2. Los DNU en la Reforma Constitucional de 1994 y la práctica posterior

Ante la realidad del ejercicio de este instituto, que venía desde hace mucho tiempo y con aval de la jurisprudencia del más Alto Tribunal, se comprende que este tema fuera incorporado en el Núcleo de Coincidencias Básicas para ser tratado por la Convención Constituyente de Santa Fé y Paraná de 1994, con el claro objetivo de limitarlo al máximo posible, como lo expresa de manera categórica el artículo 99 inciso 3. No otra cosa significa que:

a) Como regla general el poder ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.
b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.
c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.
d) Deben ser decididos en Acuerdo General de ministros y refrendados por todos ellos, además del jefe de gabinete y el presidente.
e) Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión bicameral permanente por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario
f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el artículo 82, incorporado también por la reforma, estableció: "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta." En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso "Peralta".

Asimismo, es imprescindible conocer los debates acontecidos para la redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas entre los Convencionales del Peronismo y de la UCR que integrara, y luego los debates en la Comisión respectiva y también en la Sesión Plenaria.[22]

Dijo en esta última el Convencional Raúl Alfonsín: "Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas". "En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente. Por ello —a nuestro criterio — cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del poder ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes "a nuestro juicio- deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el poder legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del poder judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención

[22] Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, págs. 59/69; de Miguel Ortiz Pellegrini y Susana Liliana Aguirre, "Los Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994", Ed. Lerner, Córdoba, 1995 y de Alejandro Pérez Hualde, "Decretos de necesidad y urgencia", Depalma, Buenos Aires, 1995. Por mi parte, ratifico la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervine en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del Gobierno deben interpretarse ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al Presidente el derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado". " No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienen a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del jefe de gabinete de ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del presidente, los senadores y el Intendente de la ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del ministerio público y de los organismos de control de la administración pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para de las autonomías provinciales y municipales".[23]

No obstante, el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio, ya que el Poder Ejecutivo siguió

[23] Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, pp. 5155-5156.

dictando decretos de necesidad y urgencia, tanto en las Presidencias de Menem como de De la Rúa, Duhalde, Kirchner, Fernández de Kirchner, Macri, Fernández y ahora Milei.[24]

Ello se produjo por la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque como veremos, fue luego fijando pautas precisas, conforme al mandato constitucional.

Con respecto al Congreso, debo señalar además, que incumplió el mandato del constituyente de reglamentar la norma y de regular las funciones de la Comisión Bicameral Permanente, — de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada —, durante 12 años, hasta 2006. En ese año se sancionó la Ley Nº 26.122, que considero groseramente inconstitucional por haber establecido que los decretos no tienen plazo alguno de caducidad y que para su ratificación es necesaria la voluntad de una sola de las Cámaras.

Este incumplimiento de la Ley Suprema, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó notoriamente a nuestra anomia y carencia de seguridad jurídica y fortaleció otra grave patología que padecemos: el hiperpresidencialismo, al que más adelante me referiré.

Por su parte, en cuanto al control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, debe señalarse en general una actitud convalidatoria, con la excepción de algunos fallos que consideramos valiosos como en "Verrochi", "Video Club Dreams", "Risolía de Ocampo", "Smith", "Provincia de San Luis",[25] "González Martín Nicolás",[26] "Asociación Argen-

[24] Véanse los datos del Observatorio de Decretos sujetos a control legislativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, a cargo de los Prof. Castro Videla, Santiago, Veramendi y Vicacqua, que mencionan los 880 dictados luego de la reforma constitucional de 1994. El ranking está encabezado por los Presidentes Menem, Kirchner, Duhalde y Fernández. Además, en los primeros cien días de gobierno dictaron 15 DNU tanto Fernández como Milei. El Presidente actual acaba de dictar el N° 16 destinado a los jubilados.

[25] Que analizo en mi libro "Emergencias, orden constitucional y Covid19", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020.

[26] Del 19 de Mayo de 2010 que declaró inconstitucionales tres Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Ex Presidente Duhalde en el año

tina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s. nulidad de acto administrativo",[27] "Santa Fe Provincia de c. Estado Nacional- s. Acción declarativa de inconstitucionalidad",[28] "Festival de Doma y Folklore c. Estado Nacional s. Acción meramente declarativa de derecho"[29] y "Blanco Julio Orlando c. ANSES s. reajustes varios.[30] Resulta evidente que el poder judicial y en particular la Corte Suprema, no ejercitaron adecuadamente sus atribuciones para asegurar la efectiva vigencia de nuestra Constitución y de la división y equilibrio de poderes a lo largo de la historia.

Estos fallos recién mencionados,[31] a los que se debe agregar entre otros, los dictados en los casos "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional" de 2021[32] y con el mismo título

2003. Véase al respecto el comentario crítico realizado por Alberto Bianchi "Mucho ruido y pocas nueces", El Derecho, Buenos Aires, 9 de junio de 2010, donde señala la reducida importancia de estos casos frente al permanente dictado de estos decretos por el Poder Ejecutivo.

27 Fallo CSJ 799/2013 del 27 de octubre de 2015, que declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 2 de los Decretos 1654/2002 y 1012/2006 que habían dispuesto en violación de la ley 12.988, la posibilidad de que se aseguren bienes de empresas aerocomerciales en el exterior.

28 Fallo CSJ 539/2009 del 24 de noviembre de 2015 en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 1 y 4 del Decreto del Poder Ejecutivo 1399/2001 que había dispuesto una detracción de la masa coparticipable para el funcionamiento de la ANSES.

29 Fallo CSJ 237/2014 del 20 de febrero de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad del Art.1º de la Ley 25.414 que había delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar exenciones impositivas.

30 Fallo CSS 42272/2012/CS1-CA1 del 18 de diciembre de 2018 donde la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de las Resoluciones 56/2018 de la Anses y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social, por haber fijado índices de actualización de jubilaciones, ya que dicha competencia corresponde al Congreso de la Nación.

31 A los que hay que sumar otros como en el caso "Rizzo", en relación al Consejo de la Magistratura.

32 Donde el más Alto Tribunal fallase a favor de la CABA en el conflicto de competencias con el Gobierno Federal, por el dictado de un DNU que prohibía el dictado de clases durante la pandemia. Véase Antonio María Hernández, "*Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales*", *en la Revista de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio-agosto 2021/ 136, p. 207 y sgts.* Y también en

de 2022,[33] significan una modificación de dicha jurisprudencia, tendiente a una adecuada interpretación y aplicación de la Constitución Nacional.

La inconstitucional revisión judicial que posibilitó el hiperpresidencialismo se observó no sólo en los institutos de emergencia, sino también en otros casos relacionados con el control del poder. Y esta influencia del poder político ha sido más apreciable en los tribunales superiores de los diversos órdenes estatales de la federación y en la propia Corte Suprema de Justicia.[34]

Así arribo en el estudio de este instituto de emergencia a la conclusión de que se practicó un abuso sistemático, con grave lesión del sistema republicano, federal y democrático consagrado por nuestro ordenamiento jurídico.[35]

---

mi obra "Federalismno y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023, Cap. XX..

33 En este caso, se trató de una medida cautelar que dejó sin efecto otro DNU, el 735 y una ley del Congreso que redujeron la coparticipación de la CABA. El fallo no se ha cumplido todavía por parte del Gobierno Federal y la Corte Suprema debe resolver el fondo del asunto.

34 Efectúo una evaluación general de este problema del Poder Judicial, que no obsta al reconocimiento que merecen algunos miembros del mismo, que actúan con la debida independencia. No ha sido ajeno a esto el proceso comenzado en 1947 por el Presidente Perón que promovió el juicio político a varios miembros de la Corte Suprema de Justicia logrando desplazarlos. Y a los intentos posteriores de avanzar sobre el Poder Judicial, como la ampliación de miembros de la Corte Suprema de Justicia por el Presidente Menem, la modificación por Ley 26.080 de los miembros del Consejo de la Magistratura en 2006 en la presidencia de Kirchner y por Ley 26.855 sobre su forma de elección en la presidencia de Fernández de Kirchner, que fueran ambas declaradas inconstitucionales por la Corte. Y lo propio ocurrió durante la anterior presidencia de Alberto Fernández, con distintos proyectos y con la promoción de otro juicio político a los actuales Miembros del Tribunal.

35 Véanse al respecto las tres Encuestas de Cultura Constitucional que hemos dirigido junto al politólogo Daniel Zovatto, Director Regional de Idea Internacional y a los sociólogos Manuel Mora y Araujo, en la Primera de 2004 y Eduardo Fidanza, en las Segunda y Tercera de 2014 y 2023, donde se concluye en el diagnóstico de una sociedad anómica, como lo percibió Carlos S. Nino en su obra "Un país al margen de la ley" de 1992. Con respecto a los datos de la reciente Tercera Encuesta, véase Antonio María Hernández y Daniel Zovatto, "Una débil cultura de la legalidad y el respeto por la Constitución", Clarín, 18 de diciembre de 2023.

2.1.3 La inconstitucionalidad del DNU 70/73 y la hora del Congreso.

En este contexto debe considerarse el N° 70 del 20 de diciembre de 2023, titulado "Bases para la reconstrucción de la economía argentina", que ha tenido la mayor cantidad de artículos de nuestra historia: 366 y que ha significado la reforma o derogación de decenas de leyes, que incluyen a algunos Códigos de fondo.[36]

He sostenido la grosera inconstitucionalidad del mismo, porque se acababa de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, o sea que se podía seguir el trámite ordinario para la sanción de leyes, entre otras manifiestas violaciones del artículo 99 inciso 3.[37] .

Por ello, esta debe ser la hora del Congreso. Es el momento para el cumplimiento de las funciones y competencias constitucionales. Hay que lograr las mayorías requeridas para la derogación de este DNU y además, para reformar la inconstitucional Ley 26.122, como lo hemos sostenido. Asimismo hay que derogar la competencia otorgada inconstitucionalmente al poder ejecutivo

---

[36] Por eso no ha sorprendido la decisión de la Justicia Laboral Nacional de segunda instancia, de fecha 3 de enero de 2024, que al ratificar la suspensión de 6 articulos del DNU en torno a la reforma laboral, dispuesta anteriormente por la Jueza de primera Instancia Rodríguez Fernández, ante el planteo efectuado por la CGT. Y lo propio ha ocurrido posteriormente con otros artículos del DNU, por parte de diversos Jueces, en otras materias del mismo. El tema ha sido llevado a la propia Corte Suprema de Justicia por la Provincia de La Rioja, en instancia originaria. También apeló ante el Alto Tribunal el Gobierno Federal..

[37] En las consultas periodísticas de los diarios La Nación, Cronista Comercial, La Voz del Interior, entre otros que se observan en la web y en el breve artículo "Los decretos de necesidad y urgencia antes y después de la reforma Constitucional de 1994", Universidad Siglo 21, Identidad 21, 22-1-2024, donde reitero mis opiniones formuladas a lo largo de los años, como consta asimismo en mis libros "Derecho Constitucional", Director Antonio María Hernández, Cap. XVII, en sus dos ediciones de 2012 y 2023 de La Ley, "Las Emergencias y el orden constitucional", en sus 2 versiones de 2002 y 2003 de Rubinzal Culzoni y de la conjunta con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y "Emergencias, orden constitucional y Covid19", de 2020 de Rubinzal Culzoni, ya citadas y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Imprenta de la UNC, Córdoba, 2019.

mediante el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera, que permite cambiar el destino de las partidas del Presupuesto nacional, lo que es una de las mayores herramientas del gobierno por decreto y del hiperpresidencialismo.

Por eso se comprende que el actual Gobierno Nacional haya prorrogado el Presupuesto de 2023, en vez de presentar su propio presupuesto. Y se observa una vez más la lamentable falta de reacción del Congreso, que debiera haber sancionado hace tiempo el presupuesto para el corriente año.

A este sistema de gobierno por decreto, se suma como lo analizaré más adelante, el envío efectuado de una llamada ley ómnibus de 644 artículos, que fuera devuelta finalmente a Comisión en su tratamiento en la Cámara de Diputados.

Hay que tener presente que el oficialismo cuenta con 38diputados sobre 257 totales y con sólo 7 senadores sobre 72.

Por eso el presidente desde el comienzo de su mandato ha desconocido las normas y tradiciones constitucionales en relación al Congreso, como lo hizo al dirigirse en su mensaje inaugural a sus seguidores, fuera del recinto de la Cámara de Diputados, en vez de hacerlo ante la Asamblea Legislativa. Y a ello siguió el dictado de ese DNU y el envío de la citada Ley ómnibus.

Como sabemos, el Senado de la Nación rechazó recientemente este DNU por su evidente inconstitucionalidad. Y ahora el tema está en tratamiento en la Cámara de Diputados.

Debe ejercitarse el rol del Congreso para la afirmación de nuestra democracia republicana y federal. Se trata de consolidación de la democracia deliberativa en lugar del decisionismo del hiperpresidencialismo. En esto consiste la democracia constitucional.

Las ideas liberales son la base del constitucionalismo, desde John Locke, Montesquieu, Madison y la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que fuera nuestro modelo, como lo expresara Gorostiaga, en relación a la Constitución originaria de 1853.

Mientras tanto, se han presentado diversas causas ante el Poder Judicial y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, para lograr la declaración de nulidad de dicho Decreto 70/2023.

El Alto Tribunal dejó trascender inicialmente que esperaba la resolución por parte del Congreso. Sin embargo, y aunque el tema está en consideración de la Cámara de Diputados, dictó dos fallos con fecha 16 de abril de 2024 en los casos "La Rioja, Provincia de c. Estado Nacional s. Acción Declarativa de Certeza-Originario" y "Rizzo Jorge Gabriel y otro c. Estado Nacional"-DNU 70/23- Acción de Amparo Ley 16.986, rechazando los planteos formulados contra el DNU, argumentando en voto unánime de sus miembros, la inexistencia de caso o causa,[38] además de la falta de legitimación activa en el segundo caso.[39]

Más allá de las críticas recibidas,[40] dichos fallos no abordaron la cuestión de fondo, o sea el análisis sobre la constitucionalidad o no de dicho DNU.

Más allá de esto, frente a la actitud del oficialismo que pretende no tratar la cuestión en la Cámara de Diputados, considero que la Corte Suprema debe declarar dicha inconstitucionalidad a la máxima brevedad, en cumplimiento de sus funciones.

2.2. La delegación legislativa[41]

2.2.1. La delegación legislativa antes y después de la Reforma Constitucional de 1994

En cuanto a la delegación legislativa, este instituto también fue incorporado al texto constitucional en la reforma de 1994, en el

[38] Véanse los Considerandos 2 y 3 del fallo en "La Rioja" y 5 y 6 del fallo en "Rizzo", donde se cita la jurisprudencia sobre los requisitos exigidos para la existencia de caso, causa o controversia.

[39] Véanse los Considerandos 2,3,4,7 y 8 del fallo en "Rizzo", con consideraciones sobre la jurisprudencia en materia de legitimación activa y colectiva.

[40] Véanse los artículos de Roberto Gargarella: "Cómo debe actuar la Corte frente a la crisis democrática" y "A propósito del fallo de la Corte en el caso del DNU 70", de fecha 22 de abril de 2024, en los diarios La Nación y Clarín, respectivamente.

[41] También en este punto seguimos lo expuesto en nuestras obras "Derecho Constitucional", La Ley, 2023; "Emergencias, orden constitucional y Covid19", Rubinzal Culzoni, 2020 y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", UNC, Córdoba, 2019, ya citadas.

artículo 76, en la Disposición transitoria Octava y en el artículo 100 inciso 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como lo dice la primera de las normas, sólo se admite la delegación "en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

Pero la delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso "Delfino", de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional, como seguidamente veremos.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al poder ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas.

Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano, —que influenciaran nuestro ordenamiento —, se fue imponiendo dicha práctica en base a la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César Enrique Romero.[42]

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del poder jecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes Ministerios, etc. que afectaron el principio de legalidad de los artículos 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

[42] Cfr. César Enrique Romero, "El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea", *Revista de Estudios Polìticos de Madrid*, España, 1963.

Así llegamos a la reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

Comparto con Badeni[43] que la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional, limitada y de interpretación restrictiva.

No obstante, ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del poder ejecutivo, de manera inconstitucional.

En efecto, especialmente a partir de la primera Presidencia de Menem se produjo un avance notorio e incontrolable del poder ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del poder judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general.

En efecto, las Leyes de emergencia y de reforma del Estado Nº 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en dicha Presidencia comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994.

Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa Nº 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión[44] y de la 25.453 de

[43] Cfr. Gregorio Badeni, "Límites de la delegación legislativa", La Ley, 2001-E, 1.

[44] Cfr. Colautti Carlos, "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414", La Ley, 2001-D-1272 y Pérez Hualde Alejandro, "El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis", El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, págs. 16/17. Esta ley produjo una desmesurada delegación que abarcaba tanto materias de administración como de emergencia, que excedían largamente los límites del art. 76 de la Ley Suprema y que para Pérez Hualde colocaban a los legisladores en el serio riesgo de verse incluidos en las previsiones del art. 29, que prohíbe la concesión de las facultades extraordinarias.

déficit cero y por último, en el 2002 en la presidencia de Duhalde, la ley Nº 25.561, que ha producido la más grave, profunda y amplia delegación legislativa hasta ese momento, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos.[45] Esta última ley, en su artículo 1º declaró la emergencia pública y delegó facultades en los siguientes términos:

"Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al poder ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: *1)* proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; *2)* reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales; *3)* crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública, y *4)* reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2".

Por su parte, el artículo 2º estableció: "El poder ejecutivo nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias".

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al poder ejecutivo, las indicadas en el art. 6º segundo párrafo, en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero; tercer párrafo, en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y por último, en el quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

[45] Veáse Hernández, "Las emergencias y el orden constitucional", obra citada, págs. 227/231, Pérez Hualde, "El Congreso Nacional frente a la crisis", art. cit., pág. 17, entre otros autores.

Fácilmente se comprende la magnitud de la delegación efectuada, que excede con amplitud las pautas del artículo 76 de la Ley Suprema de la Nación. Lamentablemente, dicha ley ha sido prorrogada por el Congreso hasta el 2018, pero posteriormente hubo nuevas leyes de emergencia, como la 27.541 de 2019, durante la presidencia de Fernández, que abarcó 9 materias, por lo que nuestro país sigue en estado de emergencia económica. Y el resultado no fue otro que la concentración del poder en el presidente y muy pocas manos, que además, legisla por decretos, en una desfiguración ominosa del sistema republicano y de la democracia deliberativa.

Así se fue consolidando la práctica de vivir permanentemente de emergencia en emergencia, con todo lo que ello significa como aumento del hiperpresidencialismo y declinación del Congreso, con lesión del sistema republicano federal y del sistema de derechos.

En su frustrado proyecto de Ley Ómnibus el presidente Milei la pretendía para once materias, y por dos años, con posibilidad de ampliación a dos más por decisión del poder ejecutivo, con lo que se trataba de la mayor delegación.

A su vez el DNU 70/2023 estableció la emergencia en ocho materias, lo que de por sí fue inconstitucional, ya que sólo por ley se puede declarar una emergencia.

Actualmente el oficialismo estaría impulsando en negociación con los gobernadores y legisladores el apoyo para una nueva Ley Ómnibus, que consistiría en aproximadamente la mitad de los artículos anteriores. También en este nuevo proyecto se insiste en una delegación legislativa aunque por el término de un año, además de una declaración de emergencia pero en un número de cuatro materias.

2.2.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema

Por ello debe analizarse la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto en esta materia.

En ese sentido, en 2014 el Alto Tribunal falló el caso "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/

amparo", sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones.[46]

Pero considero especialmente como adecuada interpretación de la Constitución el célebre caso "Provincia de San Luis", donde el más Alto Tribunal precisó el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa.

Este fallo, en los autos "CSJ 539/2009 (45-S)/CSl Originario, "Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad", de 24 de noviembre de 2015, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1399/2001, que había dispuesto la continuidad de la detracción de la masa coparticipable para la AFIP. Allí se analizó en detalle la cuestión de la delegación legislativa, a la luz de la reforma constitucional de 1994.

Al comentar dicha sentencia, expresé:[47]

---

46 Véase el comentario de Alberto Bianchi a este fallo, en "La delegación legislativa: evolución y estado actual", La Ley on line, AR/DOC/483/2016. En el punto IV.A. titulado Los efectos menores y mayores del caso "Camaronera Patagónica", donde destaca los criterios más estrictos de la jurisprudencia más reciente de la Corte sobre delegación, que incluso alcanzan a los derechos de exportación, que deben ser considerados como cualquier impuesto y cuyos aspectos sustanciales sólo pueden fijarse por Ley. Refiere Bianchi que este fallo significó el certificado de defunción constitucional del Art. 755 del Código Aduanero. En definitiva, la política legislativa sólo puede ser obra del Congreso y la delegación sólo alcanza a cuestiones instrumentales, dentro de los límites fijados. Y con respecto a la subdelegación por parte del Poder Ejecutivo, el autor considera que la Corte ha restringido las mismas en base a estos criterios: a) sólo si lo habilita claramente la política legislativa fijada y b) que se trate de una delegación específica, aunque según su criterio, además debiera requerirse la autorización expresa legislativa para dicha subdelegación a otros funcionarios. Afirma en tal sentido que no debe olvidarse que la delegación "y por tanto la subdelegación- deben interpretarse restrictivamente, como lo expresa la jurisprudencia de la Corte. Finalmente acuerda con la minoría de la Corte en ese fallo, integrada por los Jueces Petracchi y Argibay sobre la falta de validez de la ratificación efectuada por el Congreso de esas delegaciones inconstitucionales, aunque comprende las razones de seguridad jurídica esgrimidas por la mayoría de los Jueces Lorenzetti, Fayt, Highton y Maqueda para aceptarla.

47 Antonio María Hernández, "Los fallos de la CSJN sobre los reclamos provinciales de San Luis, Santa Fé y Córdoba por detracciones a la masa copar-

"En relación al Considerando 20, referido al intento de justificación del decreto, por considerarlo comprendido en la delegación efectuada por la Ley 25.414. Aquí la Corte se detiene en el debate legislativo respectivo, citando las opiniones del Diputado Baglini y del Senador Genoud, que expresamente indicaron que la delegación excluía las cuestiones que pudieran afectar a las provincias. Y ello finaliza con este párrafo de especial trascendencia bajo el punto de vista de nuestro sistema republicano: "En ese sentido el Tribunal ha resuelto que el "Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa e implícitamente conferidos. Ese es un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el artículo 29" (Fallos: 148:430)".

En esa línea, la Corte avanza a una explicitación diáfana sobre el alcance de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo y la delegación legislativa, a la luz de la reforma constitucional de 1994, que evidentemente intentó limitar nuestro hiperpresidencialismo[48]. Y en el Considerando 21, expone: "Que en consonancia con ello, no resulta ocioso recordar que la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir "disposiciones de carácter legislativo", sea a iniciativa propia (artículo 99, inciso tercero, segundo párrafo), sea por vir-

ticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista", Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, Nº 2, p. 44 y sgts.. Y asimismo, mi obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023 en sus Caps. IV y X..

48 Cfr. Antonio María Hernández, "A 20 años de la reforma constitucional de 1994", *opr. cit*., en particular, en el punto IV: "Las ideas fuerza de la reforma", págs.. 26/29, donde recuerdo las expuestas en mi proyecto íntegro de reforma constitucional presentado en la Convención; en el punto V: "El diseño constitucional y la práctica institucional posterior", págs..29/36 y en el punto VII: "El período postconstituyente y el incumplimiento de la Constitución Nacional" (pág. 37/38). Asimismo véase Antonio María Hernández, "A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994", Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimientos, Editorial de la UNC, Córdoba, 2019.

tud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan "decretos de necesidad y urgencia" o "decretos que ejercen facultades delegadas" (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente, conf. causas CSJ 2701/2004 [40-C] /CS1 y CSJ 767/2004 [40-C] /CS1 "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN -PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo", pronunciamiento del 4 de noviembre de 2008, considerando 9°). En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o "decretos delegados"), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: *1)* que se limiten a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; *2)* que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio, y *3)* que se mantengan "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". El artículo 100, inciso 12, añade un cuarto requisito, a saber, *4)* que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación. La letra del texto constitucional (artículos 99, inciso tercero y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal (canf. Causas CSJ 2701/2004 [40-C]/CS1 Y CSJ 767/2004 [40-C]/CS1, citadas). En tal sentido, es oportuno recordar cuáles fueron las directrices que gobernaron el trabajo de la Convención Constituyente que en 1994 introdujo en la Constitución Nacional las cláusulas relacionadas con la delegación legislativa, tal como ellas fueron expuestas por uno de los convencionales que tuvo a su cargo la presentación y explica-

ción del proyecto: "Los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma". "La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático [..].". "La segunda gran idea-fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del oder del Estado —el ejecutivo, el Legislativo y el Judicial —; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del poder judicial". "Una tercera, emparentada con la. anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos" (Obra de la Convención Constituyente, Tomo V, página 4883, exposición del convencional Alberto García Lema). Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía "una excepción al principio general sentado en la primera parte del nuevo inciso 23 del artículo 86 [actual artículo 99, inciso *3°]"* que no es otro que la ya señalada prohibición al presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (*op. cit*., p. 4887). Ahora bien, ante la variedad de modelos que ofrecía el derecho constitucional comparado en materia de delegación legislativa, los redactores del nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional se dejaron guiar por el que ofrece el derecho constitucional estadounidense. Al explicar el contexto del cual se habían extraído las ideas centrales del proyecto que se ponía a consideración de la Convención, el citado convencional García Lema expresó: "Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades" (*op. cit*.,p. 4887)".

Y continúa la Corte esta fundamentación en el Considerando 22: "Que, si bien la constitución estadounidense no contiene una cláusula como la de nuestro artículo 76, la Suprema Corte federal de ese país ha fijado, a lo largo de su historia jurispruden-

cial, el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es, tal como lo advirtiera el discurso del convencional García Lema, la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el presidente. En un fallo de 1996 el referido tribunal ha hecho una síntesis de la doctrina que viene sosteniendo y desarrollando —al menos desde 1936 —: el principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio *('prospective force')*. Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de ternas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo". Y, más adelante: "Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida" (Loving v. United States, 517 U.S. 748, 758 [1996]). Sin embargo, aclaró que "no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución *(authority)"*, pues, "corno regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes" (517 U.S. 748, 771).

La Corte profundiza su análisis en el Considerando 23, al insistir en que el "principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de

que la actividad delegada se mueva "dentro de las bases que el Congreso establezca". Y en el Considerando 24, de gran importancia, sostiene: "Que, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Esta conclusión resulta ineludible apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional; conf. causas CSJ 2701/2004 [40-C] /CS1 y CSJ 767/2004 [40-C] /CS1, citadas)".

En base a tan detallada, profunda y clara fundamentación, la Corte declaró posteriormente la inconstitucionalidad de los arts. 1 inc. a) y 4º del Decreto 1399/01 del poder ejecutivo que dispuso la detracción para la AFIP, por las violaciones constitucionales mencionadas, además de la ley respectiva de delegación, ya que esta materia no puede delegarse, tal como lo adelantó en los Considerandos 25 y 26.

Concluyo el análisis de este instituto, que ha mostrado un comportamiento institucional similar al anterior, o sea avances del poder ejecutivo, con abdicación de sus competencias por parte del Congreso, lo que importa una severa lesión a la letra y espíritu constitucionales y a la vigencia del sistema republicano establecido en nuestro Estado de derecho.

Es de hacer notar que de manera criteriosa y plausible en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Suprema está avanzando en un control más estricto de constitucionalidad en esta decisiva materia, como lo he reflejado en los casos recién analizados.[49].Y esto alcanza también a las subdelegaciones, aunque todavía no se han fallado casos con aplicación de los requisitos del artículo 76.[50]

2.2.3 El tratamiento de la denominada Ley Ómnibus

En relación a esta cuestión, sólo abordaré los aspectos constitucionales, en base a la fundamentación antes efectuada y a la que

[49] Para un análisis de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en esta materia, véanse el artículo antes citado de Alberto Bianchi, "La delegación legislativa: evolución y estado actual" y los libros de Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, "La delegación legislativa y el estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación", Abaco, Buenos Aires, 2018 y de Alfonso Santiago, Santiago Veramendi y Santiago Castro Videla, ya citado sobre "Control del Congreso En éste último se mencionan los casos "La Pampa, Provincia de c. Estado Nacional", (Expte.933/2007 (43-L) CS1, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, donde la Corte vuelve a declarar la inconstitucionalidad del Decreto 1399/2001 como lo había hecho en la causa "Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional", que antes comentáramos y que fuera fallada el 24 de noviembre de 2015, por tratarse de una delegación no prevista por la Ley. Y por último el caso "Blanco c. Anses" (CSS 42272/2012/CS1CA1), Sentencia del 18 de diciembre de 2018, donde el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del accionar de la demandada, que había fijado los índices para las jubilaciones, al tratarse de una facultad legislativa según lo dispuesto por el Art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

[50] Véase Alfonso Santiago, SantiagoVeramendi y Santiago Castro Videla, *op. cit*., p..339 y sgts. En la jurisprudencia anterior la Corte Suprema admitió en ciertos casos las subdelegaciones y en otros no, como en Mouviel. De todas maneras, los requisitos de la clara decisión legislativa para ello son de evidente aplicación y siempre que no se trata de facultades indelegables.

efectuaré seguidamente, y agregaré reflexiones sobre la forma de tratamiento legislativo.

Fue otro proyecto de ley sin precedentes, de 664 artículos, que abordaba enorme cantidad de materias y de distinto orden.

En primer lugar hay que destacar que la suma de artículos a considerarse por el Congreso era de 1010, pues a los de la ley se sumaron los 366 del DNU 70/23. Y lo sorprendente es que en el llamado a Sesiones Extraordinarias se fijara como fecha límite para ello el 31 de enero, mientras que las sesiones ordinarias comenzaron el 1 de marzo. Es decir que el poder ejecutivo pretendía que en un tiempo tan limitado se consideren ambos instrumentos, lo que resulta prácticamente imposible desde el punto de vista del sentido común y del más elemental conocimiento del funcionamiento del Congreso.

En efecto, un somero análisis de algunos de los temas nos demuestra que era necesario más tiempo para un estudio serio de tan complejas cuestiones.

Por ejemplo, con acertado criterio de cumplimiento de la Ley Suprema se proponía en la frustrada Ley la adecuación de la representación en la Cámara de Diputados de la Nación a los últimos censos, además de la institución del juicio por jurados y de la transferencia de la ex Justicia Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero ello requería y requiere de los debates respectivos, en cada una de las Comisiones correspondientes.

Asimismo se conocieron opiniones de distintos sectores afectados por estos instrumentos, como por ejemplo, de los gobernadores de las provincias patagónicas, en relación a la legislación pesquera. Y lo propio ocurrió con Gobernadores del Norte que señalaron lo propio con respecto al litio, o del Centro sobre el uso del biodiesel o bioetanol. A ello se sumaron los reclamos por las afectaciones a las economías regionales y por las retenciones en los productos del campo, por parte de los miembros de la Mesa de Enlace.

También los Gobernadores plantearon los problemas derivados de la caída en la coparticipación impositiva. Y otros sectores hicieron escuchar su voz como el de los farmacéuticos, del arte, de las librerías y de los abogados. Y también por parte de quienes participaron en el estudio, debate y sanción del nuevo Código Civil.

Queda en claro entonces, que tan vasta cantidad de temas, necesitaba indudablemente de un ordenamiento para fijar prioridades y comenzar el tratamiento respectivo, a través de distintos proyectos de leyes.

Fue un manifiesto error el envío de dicha Ley Ómnibus y por ello fracasó, pese a que hubo un importante número de legisladores dió su aprobación en general a dicho proyecto.

Vale la pena recordar que en Roma, cuna del derecho, este tipo de leyes (denominadas lex satura) fueron prohibidas por la Lex Caecilia Didia de 98 A.C, por un principio elemental de técnica legislativa.

En efecto, sólo se podía tratar un tema por cada proyecto de ley. Y este principio pasó Inglaterra y luego a los Estados Unidos, donde actualmente 43 Estados prohíben las leyes ómnibus. El primero que lo hizo fue Illinois en 1818.[51]

Lamentablemente en nuestro país contamos con antecedentes sobre esta mala práctica,[52] que ahora se profundiza como nunca antes. Es imperioso como lo vengo insistiendo, que el Congreso asuma sus competencias constitucionales y corrija tan cuestionables procedimientos. No obstante lo ocurrido, ahora el poder ejecutivo intenta avanzar en el mismo sentido anterior, aunque con un proyecto más reducido, pero que también debiera dividirse en proyectos individuales.

Y en cuanto a los aspectos específicamente vinculados a las declaraciones de emergencia y la concesión de delegaciones legislativas, tal como lo acabo de exponer, considero que el Congreso no debe continuar con la práctica anterior de las permanentes declaraciones de emergencia con las respectivas delegaciones legislativas, al asumir cada nuevo gobierno. Por ello hemos vivido

---

51 Véase el muy interesante artículo de Alberto Garay titulado "Transparencia y técnica legislativa", Boletín diario del 10 de agosto de 2022, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires..

52 Véase el artículo antes citado de Garay, que menciona diversos casos al sancionarse las leyes de presupuesto entre otras. A ello hay sumar los DNU también ómnibus, en materia de desregulaciones económicas, como los dictados durante las Presidencias de Menem y de Macri, que se continúan con el N| 70/2023 dictado por el actual Presidente.

de emergencia en emergencia, con graves afectaciones al sistema republicano y federal y a nuestros derechos fundamentales.[53]

III. El hiperpresidencialismo[54]

No cabe dudar que las emergencias y el abuso de sus institutos ha fortalecido esta grave patología, a la que me refiero brevemente.

Este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y el equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional.

Debemos a Carlos S. Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. En su obra *Fundamentos de derecho constitucional*[55] expuso con visión interdisciplinaria en el capítulo III, destinado a la "Organización del poder", estos tres acápites: *a)* "Actual organización del poder en la Argentina",[56] con énfasis en lo jurídico-constitucional, donde analizó el hiperpresidencialismo en contexto, con la presidencia hipertrofiada, el debilitamiento del Congreso, el sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, el proceso de sumisión de la administración de justicia, la declinación relativa del federalismo y las formaciones corporativas; *b)* "Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su legitimidad democrática",[57] con énfasis en

---

53 Tal como lo he analizado en mi libro "Emergencias, orden constitucional y Covid19" de 2020, obra antes citada.

54 Para un análisis del hiperpresidencialismo véanse nuestros libros "Derecho Constitucional", E-Book, La Ley, Buenos Aires, 2023, Cap. XVII, "Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y "A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", Imprenta de la UNC, Córdoba, 2019.

55 Que lleva como subtítulo *Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

56 Cfr. NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 497-569.

57 Ibídem, pp. 569-617.

lo filosófico, donde analizó aspectos como la dispersión de la soberanía, el deficiente procesamiento del consenso, los problemas de la mediación imperfecta y de la apatía política y el empobrecimiento del debate público; y *c)* "Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia",[58] con énfasis en lo politológico, donde analizó la estabilidad en relación con la personalización del poder, la rigidez del sistema y las válvulas de escape, los bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación de los partidos y la dificultad para formar coaliciones y luego la eficacia del hiperpresidencialismo.

Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea, antes de la reforma de 1994, sostuvo: "Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos *de jure*".[59]

En su aguda visión de este fenómeno del hiperpresidencialismo en la práctica institucional de nuestro país, Nino señaló, además, entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en "Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia", señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia católica y los sindicatos, y, en el sistema

[58] *Ibídem*, pp. 617-653.

[59] *Ibídem*, p. 529.

económico, por la concesión de privilegios, monopolios y subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado[60]. Por eso consideraba que nuestra democracia era "corporativa" y alejada del modelo correcto que defendía de democracia "deliberativa".[61]

Pienso que muchos de sus conceptos tienen hoy plena vigencia, y en particular señalo que el problema del hiperpresidencialismo corporativo sigue siendo el más grave de nuestro sistema constitucional, ya que ahora, luego de la reforma de 1994, que incorporara instituciones para atenuarlo, se observa con mayor nitidez la violación de la letra y el espíritu de la Ley Suprema.[62]

IV. Aferrarnos a la Constitución Nacional.

El país requiere un profundo proceso de cambio en base a los principios cardinales de nuestro sistema político que son los de una democracia republicana y federal.

Nos ha ido muy mal con las experiencias anteriores. En vez del decisionismo de unos pocos, necesitamos el diálogo, debate y acuerdo para las soluciones exigidas de conformidad a las instituciones previstas por la Constitución.

Es el momento de aferrarnos a la Ley Suprema, como único camino que nos permitirá superar la decadencia en que nos encontramos. A cuarenta años de la recuperación de la democracia, y a treinta años de la gran reforma constitucional de 1994, nuevamente hay que recordar los grandes fines y propósitos enunciados en el Preámbulo, que comienzan con la unión nacional, bajo el imperio de la Constitución.

---

60 *Ibídem,* pp. 562-566.

61 *Ibídem*, p. 605.

62 Todo ello se interrelaciona y contribuye a la conformación de una presidencia hegemónica, como lo ha señalado además Natalio Botana, en diversos artículos periodísticos en el diario *La Nación* y en sus libros, destinados a la República y, en particular, en el titulado *Poder y hegemonía*, Emecé, Buenos Aires, 2007. Véase también BIANCHI, Alberto, "La deuda institucional", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 67, nro. 2, diciembre/2007, pp.. 42-55.

La reelección indefinida en los sistemas presidencialistas

***

The indefinite reelection in the presidential systems

Leandro Abel Martínez

"Es preciso abolir del todo el principio de la reelección.
Que el que ha sido presidente no pueda volver a serlo en su vida.
Continuará el abuso del influjo oficial en otra forma, pero será menor y menos capaz de dañar a la paz pública".[1]

Juan Bautista Alberdi

Resumen: la ponencia analiza la Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte IDH, referida a las reelecciones presidenciales indefinidas y propone una lectura crítica de sus fundamentos. En el trabajo se sostiene que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y los instrumentos del sistema interamericano no permiten inferir una prohibición explícita o implícita de la reelección presidencial indefinida.

Abstract: this article analyzes Advisory Opinion OC-28/21 of the Inter-American Court of Human Rights regarding indefinite presidential reelections and proposes a critical reading of the Court's reasoning. The paper argues that the norms of the

[1] Alberdi, Juan Bautista, *Obras selectas*, Buenos Aires, Librería "La Facultad", 1920, t. V, p. 329.

American Convention on Human Rights and the instruments of the Inter-American system do not allow for the inference of an explicit or implicit prohibition of indefinite presidential reelection.

Palabras clave: reelecciones indefinidas, control de convencionalidad, margen de apreciación nacional.

Keywords: indefinite reelections, conventionality control, national margin of appreciation.

Sumario: I. Introducción. II. Problema e ideas principales. III. Marco normativo involucrado y razones de la Corte IDH: divergencias. IV. Algunas tensiones en torno a la comprensión del control de convencionalidad y del margen de apreciación nacional. V. Acercamiento al panorama constitucional de la Argentina. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El 7 de junio de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió la Opinión Consultiva OC-28/21,[2] conforme el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención), acerca de "La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos". La Corte IDH se expidió sobre la cuestión con un voto suscripto por cinco jueces y dos disidencias.[3] La mayoría se expidió en estos términos:

1. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Ameri-

[2] Corte IDH, Opinión consultiva OC-28/21 del 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia, Serie A, núm. 28, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf*, 1 de marzo de 2024.

[3] La opinión mayoritaria se conformó por los jueces Elizabeth Odio Benito, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo Pérez Manrique. En disidencia se pronunciaron los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni.

cana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.
2. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.
3. La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte IDH circunscribió su análisis a la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable (cfr. párrafo 38). De esta forma, excluyó del examen las reelecciones referidas al resto de los cargos electivos ejecutivos y legislativos, como así también las de los sistemas parlamentarios.[4] Al respecto, cabe señalar de entrada que el objeto delimitado por la Corte IDH para su estudio, es decir, la limitación de la mentada figura presidencial a dos períodos consecutivos de duración razonable no exhibe sustento en el texto de la Convención y luce, cuanto menos, como una construcción discrecionalmente configurada.

Por cierto, la decisión de la Corte IDH debe entenderse en un contexto en el cual, en años anteriores, cuatro Estados de la región autorizaron las reelecciones presidenciales indefinidas: Nicaragua, Honduras, Bolivia y Venezuela. Los tres primeros habilitaron las reelecciones ilimitadas mediante interpretaciones judiciales,[5] a pesar de que sus ordenamientos constitucionales las impedían. Irónicamente, el argumento central fue la defensa de

[4] Así lo aclara en la nota al pie de página 89.

[5] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, sentencia Nº 504 del 19 de octubre de 2009; Corte Suprema de Justicia de Honduras, sentencia del 22 de abril de 2015 y Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia Nº 0084-2017, del 28 de noviembre de 2017. En 2021, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia 1-2021 del 3 de septiembre de 2021, habilitó la reelección para un nuevo período del presidente en ejercicio Nayib Bukele.

los derechos políticos consagrados en el sistema interamericano de derechos humanos.[6]

Por su parte, Venezuela recurrió a una enmienda de su Constitución para suprimir la limitación de una reelección.[7]

A lo largo de la OC-28/21, la Corte IDH examina el alcance de las siguientes normas en juego: el artículo 23 de la Convención, el artículo xx de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración), el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana (la Carta) y, en menor medida, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el PIDCP). La opinión consultiva es importante por cuanto repercute en las soberanías y democracias constitucionales de los Estados parte y da lugar para reflexionar, entre otras cuestiones, sobre el control de convencionalidad, el activismo interpretativista o principialista de la Corte IDH, las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho convencional.

II. Problema e ideas principales

Inicialmente, la opinión consultiva trasluce una interpretación expansiva de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, de la literalidad de las normas reseñadas no surge expresa o implícitamente la prohibición de la reelección presidencial indefinida y, por tanto, de esa obligación jurídica para los Estados. En tal contexto, surgen las siguientes interrogantes: ¿cómo repercute la OC-28/21 en los sistemas constitucionales de los Estados que consagraron la re-

[6] Al respecto, Alberto Ricardo Dalla Vía sostiene: "Los ejemplos de Nicaragua, Honduras y Bolivia dan cuenta de la actuación 'ultra vires' de sus cortes constitucionales, con el afán no solo de interpretar directamente el alcance de la Convención Americana, sino deslindar de su artículo 23 un pretendido derecho humano que jamás ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia" (DALLA VÍA, Alberto Ricardo, "Una pretensión de inmortalidad: la reelección presidencial indefinida en América Latina", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2021, p.11, *https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Dalla_Via_Una_Pretensi%C3%B3n_Inmortalidad.pdf*, 23 de marzo de 2024.

[7] La modificación ocurrió en 2009.

elección presidencial indefinida? ¿La OC-28/21 impone que los Estados adopten reformas normativas para impedir la reelección presidencial ilimitada? Las respuestas dependerán, principalmente, de la comprensión que tengamos del control de convencionalidad. Adicionalmente, la Convención contiene una cláusula destinada a los países con forma de Estado federal. La cláusula federal en lo que importa dispone:

> Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención (art. 28.2).

Entonces, es pertinente también preguntarse: ¿qué efectos provoca la opinión consultiva en los Estados federales en donde los gobiernos locales tienen permitida la reelección indefinida de sus gobernadores, tal como sucede en algunas provincias argentinas?

III. Marco normativo involucrado y razones de la Corte IDH: divergencias

Antes de continuar, transcribiré las normas que se encuentran involucradas en la sentencia de la Corte IDH y formularé breves comentarios en lo pertinente. No hay dudas de que tener presente la letra de las normas en estudio, y su valor jurídico, es de suma importancia para abordar la problemática.

a) Artículo 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades.
    a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
    b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y

por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El artículo 23 de la Convención exhibe dos partes diferenciadas. La primera destinada a consagrar un conjunto de derechos y oportunidades de participación política, de los que se desprende la obligación estatal de celebrar elecciones periódicas y auténticas. La segunda concentrada en determinar las causas legales que pueden dar lugar a limitaciones.

b) Artículo XX, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Las estipulaciones de la Declaración van en absoluta sintonía con la Convención al plasmar derechos políticos e imponer a los Estados la realización de elecciones genuinas, periódicas y libres.

c) Artículo 3, Carta Democrática Interamericana

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte IDH en la opinión consultiva, la Carta "constituye un texto interpreta-

tivo tanto de la Carta de la OEA como de la Convención Americana" (cfr. párrafo 29). Puntualmente:

> Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atingentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta (párrafo 53).

Es importante aclarar que este instrumento fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) el 11 de septiembre de 2001 y que cada Estado miembro cuenta con un voto en la Asamblea (art. 56 de la Carta de la OEA). En mi opinión, la Carta tiene una legitimidad y una fuerza vinculante débil, que no puede ser equiparada a la de un tratado internacional.

Resultan en extremo llamativas las fuentes del derecho a las cuales recurre la Corte IDH para dar solidez a su decisión. Van dos ejemplos más. En los párrafos 136 y 137, se vale de las opiniones de la Comisión de Venecia (órgano consultivo del Consejo de Europa) y del Secretario General de las Naciones Unidas. A pesar de que resulta obvio, la Comisión de Venecia pertenece a otros sistemas y la opinión política de un alto funcionario solo puede ser tomada, si se quiere, como un argumento de pretendida autoridad.

d) Artículo 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos:
b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El PIDCP proviene del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y opera en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Reproduce los derechos de participación política y las obligaciones estatales enunciadas anteriormente.

De la lectura literal y sistemática de las normas transcriptas resulta claro que, por más esfuerzo que se haga, no es posible extraer una prohibición explícita o implícita a la reelección presidencial indefinida. Ello, por supuesto, dejando de lado el juicio que pudiera merecer el instituto a partir de las preferencias morales, las opciones políticas o las expectativas sociales.

Frente a lo anterior, corresponde individualizar los argumentos desarrollados por la Corte IDH para fundar la prohibición de la reelección presidencial indefinida en la OC-28/21. Las cuestiones por considerar, en sus propios términos, son las siguientes: *a)* la reelección presidencial indefinida como derecho humano autónomo; *b)* la compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con los derechos políticos y *c)* la compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con las obligaciones de derechos humanos.

En cuanto al primer dilema, la Corte IDH se vale de la interpretación literal para afirmar que no existe un derecho humano autónomo a la reelección indefinida. En tal sentido, repasa el esquema del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras fuentes, sin encontrar ninguna regla expresamente establecida. Puntualmente, sostiene que de la literalidad de la Convención y del PIDCP surge el derecho a votar y ser elegido.

Con relación al segundo tópico, la Corte IDH sostiene que los derechos políticos no son absolutos y que los Estados pueden limitar el derecho a ser elegido. En consecuencia, la prohibición a la reelección presidencial indefinida es viable, y debe satisfacer los requisitos de legalidad, finalidad o exigencias del bien común (art. 32 de la Convención) e idoneidad. Finalmente, pondera las ventajas de la prohibición para la alternancia democrática: evita que una persona se perpetúe en el poder y se degrade la democracia representativa. Aquí la fundamentación de la Corte IDH es consecuencialista, ya que pone el acento en los efectos de la prohibición.

En derredor al tercer punto, la Corte IDH aclara que el Sistema Interamericano no impone a los Estados un sistema político, pero que las regulaciones deben ser compatibles con los principios de la democracia representativa que emanan del propio sistema y que se desprenden de la Carta. En lo sustancial, sostiene lo siguiente:

> de una lectura sistemática de la Convención Americana, incluyendo su preámbulo, la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, es necesario concluir que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (párrafo 146).

En lo personal, estoy en contra de las reelecciones presidenciales ilimitadas.[8] Sin embargo, esta ponencia no trata sobre lo bueno, lo conveniente o lo preferible, sino que pretende analizar si su prohibición surge de la letra de los instrumentos de derechos humanos a los que se comprometieron los Estados parte. En este sentido, es notorio que la Corte IDH utiliza la interpretación literal para definir la primera cuestión, pero luego mide la segunda a la luz de consecuencias extranormativas y descubre para la tercera el espíritu de los principios.

IV. Algunas tensiones en torno a la comprensión del control de convencionalidad y del margen de apreciación nacional

Sin dudas, el tema de la reelección presidencial en un sistema presidencialista es una cuestión trascedente, pero acaso sea más relevante el problema subyacente al Sistema Interamericano: las tensiones entre los niveles nacionales y supranacionales. El derecho internacional de los derechos humanos es receptado de

[8] En idéntico sentido, Diego Valadés se muestra a favor de reducir el mandato del presidente a cuatro años y prohibir toda posibilidad de reelección. (Cfr. Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2002, pp. 167 y 180).

distintas formas por la comunidad de naciones que integran el sistema de protección regional americano. Ello responde a que los países, en ejercicio de su soberanía, contraen las obligaciones internacionales que estiman convenientes mediante los mecanismos establecidos en sus ordenamientos jurídicos positivos. Las razones y motivaciones pueden ser diversas, pero lo cierto es que ello es consecuencia de la historia y de la realidad de cada Estado.

Desde 1853/60, la Constitución Argentina (CA) establece en sus artículos 27 y 31 que la Constitución federal, las leyes nacionales y los tratados internacionales son "la ley suprema de la Nación", con la aclaración de que los tratados deben estar de conformidad con los "principios de derecho público" de la Constitución. A la vez, en su última reforma de 1994, dispuso en su artículo 75, inciso 22, que los tratados de derechos humanos allí enumerados tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, no derogan artículo alguno de la primera parte y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías de la Constitución.

Al principio, en general, se sostenía que las condiciones de vigencia de los tratados implicaban las reservas o las declaraciones interpretativas formuladas por el Estado o el plazo de entrada en vigor fijado al momento de receptar el instrumento.[9] Luego, con el correr de los años, fue ganando lugar la idea de que esas condiciones de vigencia remitían a las interpretaciones realizadas por los organismos supranacionales de protección. Esta posición fue creciendo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y en gran parte de la doctrina vernácula.[10]

[9] "La Constitución Argentina vigente desde el 24 de agosto de 1994 otorga jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas que hubieran sido formuladas, que se entienden complementarios de la parte dogmática de la Constitución", Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 66.

[10] Según Pablo L. Manili, "las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos no integran el bloque de constitucionalidad argentino. No obstante de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, las sentencias de la CIDH integran las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales que conforman el bloque, mientras que los informes de la comisión IDH deben servir de guía a los jueces para la interpretación de esos instru-

Desde esta perspectiva, los pronunciamientos del Sistema Interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino.[11]

Sea de ello lo que fuera, lo cierto es que desde su concreción en el caso "Sojo" (1887)[12] de la CSJN, hasta su consagración explícita con la inserción del artículo 43 en la reforma de 1994, contamos a nivel federal con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso. Este sistema tuvo como pretensión original resguardar la supremacía de la CA y del orden jerárquico en su integridad. Naturalmente, con la reconfiguración normativa ocurrida con la reforma de 1994, el sistema de control de constitucionalidad federal reorientó sus objetivos, dado que a partir de entonces la CA comparte la cúspide del ordenamiento con los tratados de derechos humanos antes indicados. Esto significa que el control de constitucionalidad, desde el último momento constituyente, opera como garantía para salvaguardar la supremacía de la CA y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En paralelo, la Corte IDH señaló en la sentencia "Almonacid Arellano"[13] que los jueces nacionales deben realizar una especie

---

mentos", Manili, Pablo Luis, "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a propósito del fallo 'Fontevecchia'", *La Ley*, Buenos Aires, t. 2017-B, pp. 114-121.

11 Horacio D. Rosatti explica: "no es históricamente cierto que la expresión "en las condiciones de su vigencia" [en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos] haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a "con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes", Rosatti, Horacio Daniel, "El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina", *La ley*, Buenos Aires, t. 2012-A, pp. 911-915.

12 Fallos 32:120.

13 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y* otros *vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf*, 15 de marzo de 2024. Jorge Alejandro Amaya dice que la Corte IDH: "aspira a que los estándares de protección en torno a los derechos y garantías que el tribunal viene elaborando a través de su jurisprudencia integren, juntamente con los tratados, protocolos y declara-

de control de convencionalidad a fin de verificar que las normas internas no sean violatorias del orden jurídico convencional. Queda fuera de cualquier discusión que los Estados deben cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los casos en que son parte (art. 68 de la Convención). Sin perjuicio de que Argentina no era parte en esa controversia, es evidente que desde la reforma de 1994 los jueces argentinos deben fallar de conformidad con la CA y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Por esta última razón, entiendo que el juicio de compatibilidad de las normas nacionales infraconstitucionales para con los tratados con jerarquía constitucional se impone desde la vigencia de la reforma de 1994 y no desde que la Corte IDH acuñara la expresión "control de convencionalidad".

En relación directa con el control de convencionalidad, creo que las discusiones relativas a la doctrina del margen de apreciación nacional[14] —entendido en términos básicos como la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales— deben tener en cuenta, necesariamente, la jerarquía dada por cada Estado a los instrumentos internacionales y el sistema de control de constitucionalidad adoptado por estos.[15]

---

ciones de derechos humanos, un "ius commune interamericano" de aplicación a todos los Estados signatarios, hayan sido o no parte de los procesos específicos a través de los cuales se construyen", Amaya, Jorge Alejandro, *Fronteras del sistema interamericano de derechos humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2023, p. 68.

14 "La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales", López Alfonsín, Marcelo Alberto, "La doctrina del margen de apreciación nacional", *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, 2017-1, p. 126.

15 "Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del "margen de apreciación" que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilida-

Sostengo que el margen de apreciación nacional existe desde antes de que sea bautizado como tal[16] y que va a continuar a pesar de las críticas y los elogios, dado que es imposible que los poderes públicos realicen e interpreten el derecho prescindiendo de su propio contexto.[17] El problema radica en la supuesta obligatoriedad de seguimiento de las interpretaciones de los órganos del sistema interamericano. Al respecto, alguna jurisprudencia de nuestra CSJN y parte de la doctrina nacional sostienen que los estándares fijados por la Corte IDH en sus sentencias deben ser aplicados en los litigios sustanciados en el territorio argentino sin cortapisas y con independencia de si esas reglas jurisprudenciales fueron fijadas en casos en los que Argentina no haya sido parte.

La jurisprudencia, tanto nacional como internacional, no puede ser aplicada de manera automática y sin reflexión alguna. Más allá de que en estas tierras no rige el precedente como fuente de derecho obligatoria, es indudable que para aplicar las reglas establecidas por un tribunal hay que comprobar la existencia de

---

des y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?", Amaya, Jorge Alejandro, "Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad", *http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2020/seminario-de-investigacion-debates-fundamentales-en-el-derecho-publico-contemporaneo/tema-03-amaya.pdf*, 19 de mayo de 2024.

16 La discusión sobre el margen de apreciación nacional se instaló a partir de Fallos 340:47, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14 de febrero de 2014.

17 "La idea básica es pues que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un ultra vires, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea", García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, Buenos Aires, nº 20, 2007, p. 122.

un caso análogo y para ello es necesario analizar detenidamente los hechos de la causa y el derecho aplicable. En definitiva, las riñas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no son disputas de índole semántica, sino que, por el contrario, tienen como epicentro la jerarquía de las fuentes y la determinación del derecho aplicable. El margen de apreciación nacional es una consecuencia necesaria e inevitable del diseño constitucional argentino, en atención a que la arquitectura constitucional ordena la coexistencia de ciertos tratados de derecho humanos con la CA y lo hace en un plano de igualdad jerárquica. Asimismo, esa relación está definida como complementaria.[18]

En suma: los poderes públicos estatales deben tener en cuenta el trabajo de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[19] La labor de la Corte IDH y demás organismos

[18] En este sentido, comparto la opinión de Raúl Gustavo Ferreyra: "En la Argentina, tal margen de apreciación estatal emanado de la normatividad suprema existe y se encuentra a cargo de las "autoridades creadas" en su Constitución federal (...) Por todo ello, resulta de imposible representación que un problema deba agotarse, siempre y globalmente, dirigiendo la comprensión a la fuente foránea, sin examinar su natural y persistente complementariedad con la fuente estatal y en un caracterizado desdecir de su propia voz, lengua y cultura constitucional. Se asume, entonces, que la racional conglobación entre el Derecho (estatal) Constitucional y el DIDH (internacional) con jerarquía constitucional, tipificado en la Argentina en términos de equivalencia de las fuentes (CF y DIDH, según regulación contenida en el art. 75, inc. 22), abre un espacio interesante y de probada riqueza semántica para la "complementariedad", cuyo único requisito reside en el propio margen de reserva estatal propiamente estipulado por la Constitución federal", Ferreyra, Raúl Gustavo, *Manifiesto sobre el Estado Constitucional: reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal*, Medellín, UNAULA, 2017, pp. 99 y 100.

[19] Coincido con Alberto B. Bianchi: "bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de "tener en cuenta" su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de sus fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al art. 68 CADH solamente tales sentencias son obligatorias", Bianchi, Alberto B., "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", *La Ley*, t. 2010-E, pp. 1090-1100.

debe ser considerada por las autoridades creadas por la CA. Pero ello no es sinónimo de seguimiento obligatorio. Ninguna disposición del máximo rango normativo así lo estipula y, por lo tanto, no se configura responsabilidad internacional. En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional tiene que tener conformidad con la CA. En la búsqueda de la conformidad (art. 27 CA) y la complementariedad (art. 75, inc. 22, CA) ordenada por la CA los poderes públicos estatales poseen un margen de apreciación para cumplir con el cometido constitucional.

V. Acercamiento al panorama constitucional de la Argentina

De regreso al tópico específico de los períodos presidenciales, la CA establece límites temporales a los mandatos del presidente. Estipula que la duración del mandato del presidente sea de cuatro años. En cuanto al instituto de la reelección, la CA permite que el presidente en ejercicio se presente para ser electo para un nuevo mandato. De acuerdo a la CA, el presidente y el vicepresidente pueden ser reelectos o sucederse de manera recíproca inmediatamente, una sola vez, pero transcurrido otro mandato presidencial pueden volver a ser electos (art. 90, CA).

La CA únicamente regula los mandatos representativos federales y consagra la periodicidad de los mandatos representativos: presidente, cuatro años (art. 90 CA); senadores, seis años (art. 56 CA) y diputados, cuatro años (art. 50 CA). En el nivel legislativo, la CA no condensa en una norma constitucional la prohibición o autorización para las reelecciones. Los senadores y los diputados pueden ser reelectos. En el primer caso, la disposición utiliza la expresión "indefinidamente" (art. 56 CA). En el segundo caso, la norma usa el término "reelegibles" (art. 59 CA). En cualquier supuesto, la reelección es ilimitada.

A su vez, la CA diseña un modelo de organización territorial federal. En consecuencia, consagra la autonomía de las provincias y de la CABA. Ellas se dan sus propias constituciones y, a través de ellas, sus instituciones. En este sentido, eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios locales, sin in-

tervención del Gobierno federal. Naturalmente, existen límites, entre los que se destaca el respeto del sistema representativo y republicano (arts. 5, 122, 123 y 129 CA, principalmente). Como corolario de lo expuesto, las provincias y la CABA disponen en las constituciones locales la duración de sus mandatos representativos y las posibilidades de reelección. Por esta razón y en cuanto a la reelección del gobernador, existen provincias que no la permiten, otras que autorizan una sola y algunas que la habilitan ilimitadamente.[20]

Da cuenta de la relevancia del asunto en Argentina un reciente pronunciamiento de la CSJN vinculado a las reelecciones en los niveles locales. El 1 de junio de 2023, en la causa "Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ amparo",[21] la CSJN impidió una nueva postulación del gobernador de la provincia de San Juan. La Constitución de esa provincia, en su artículo 175, dispone: "El Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces". El pretendido candidato había sido vicegobernador entre 2011 y 2015, luego gobernador durante el período 2015-2019 y nuevamente gobernador en el lapso 2019-2023. De acuerdo a las distintas miradas de los ministros de la CSJN, son rasgos distintivos del sistema republicano la periodicidad y la renovación de las autoridades, por lo que rechazaron las reelecciones sucesivas múltiples o potencialmente indefinidas. Todo ello en aras de limitar el poder y evitar la perpetuación en los cargos.

En la referida sentencia de la CSJN, la OC-28/21 de la Corte IDH se cita en dos considerandos (14 y 20) del voto concurrente

[20] En torno a las consecuencias, Antonio María Hernández reflexiona: En lo específicamente electoral, estimamos negativamente las reelecciones indefinidas que se permiten en varias provincias y en gran parte de los municipios del país. Ellas consolidan el hiperpresidencialismo, terminan afectando el sistema republicano y democrático e impiden la renovación de las dirigencias, Hernández, Antonio María, "20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2015, p. 45, *https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Hern%C3%A1ndez-D-15.pdf,* 20 de mayo de 2024.

[21] Fallos: 346:543. El caso se resolvió de manera unánime por los votos conjuntos de los jueces Rosatti y Maqueda y concurrente de Rosenkrantz.

del juez Rosenkrantz, en cuanto a los párrafos 73, 98, 140 y 142 de la opinión consultiva que hacen alusión a la finalidad que persigue la prohibición de la reelección presidencial indefinida y a los efectos nocivos que su habilitación trae aparejada. Sin embargo, en estos tramos la sentencia no afirma la vinculatoriedad de la OC-28/21 para Argentina y los sujetos que componen la federación.

VI. Conclusiones

De acuerdo a la Convención, existen dos tipos de opiniones consultivas. Una, para interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos (art. 64.1). Otra, para verificar la compatibilidad normativa entre el sistema interamericano y un ordenamiento interno (64.2). Ergo, control de convencionalidad concentrado ("res interpretata") y difuso ("res iudicata"), respectivamente. En el primer caso, el examen es en abstracto, hacia dentro de las normas interamericanas y el efecto del pronunciamiento es *erga omnnes*. Aquí, la Corte IDH actúa a semejanza de los tribunales constitucionales. En el segundo caso, la evaluación es en concreto, hacia afuera o entre dos ordenamientos normativos y la opinión impacta de forma directa en el derecho positivo del Estado que solicitó el juicio de compatibilidad. En cualquier caso, para la mirada de la Corte IDH, ambas opiniones consultivas tienen una onda expansiva continental.

En la OC-28/21, la Corte IDH se desenvuelve en el primer plano. El escrutinio es dentro de los muros normativos del sistema interamericano. Entonces, no interrelaciona el ordenamiento jurídico del Estado solicitante con el sistema convencional. Así las cosas, la interpretación de la reelección presidencial indefinida surtiría efectos para la totalidad de los Estados miembros. De modo tal que los Estados parte deberían proceder a erradicarla o estarían imposibilitados de consagrarla. Es este asunto, para la mayoría de la Corte IDH, no hay margen de apreciación nacional. En efecto, en el párrafo 147 y en otros, la Corte IDH reconoce un margen que no alcanza a la reelección presidencial indefinida:

> Al respecto, esta Corte reitera que el sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no imponen a los Estados un

> sistema político, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos. Los Estados pueden regular la reelección presidencial de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales (supra párr. 86). Sin embargo, los Estados americanos han soberanamente consentido que el ejercicio efectivo de la democracia constituye una obligación jurídica internacional (supra párr. 55) y han convenido el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos derivadas de los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Como se ha visto, la letra de la Convención no prohíbe la posibilidad de que los Estados parte instauren para los cargos electivos ejecutivos y legislativos, en cualquier nivel, la reelección indefinida en sus ordenamientos constitucionales.[22] La obligación estatal que emana del artículo 23 de la Convención es la de realizar elecciones periódicas y auténticas. La norma se encuentra redactada en clave de derechos y oportunidades de los ciudadanos. El elemento de la periodicidad electoral impone, tácita, aunque inescindiblemente, que los mandatos debían tener un límite temporal.

En definitiva, la prohibición de reelección indefinida no puede inferirse de la Convención. En consecuencia, los Estados parte del sistema interamericano poseen un margen de apreciación nacional para consagrar la reelección de cargos electivos, tanto en su versión definida como indefinida, habida cuenta de que no cedieron porciones de su soberanía sobre esa cuestión. Las prohibiciones de reelección no derivan de la Convención, sino que se constatan en las constituciones de los Estados nacionales. Ese margen de apreciación también se extiende a la definición de la duración de los mandatos electivos, aunque aquí la obligación de limitación surge expresamente de la Convención. El punto a dirimir es la razonabilidad de la duración.

---

[22] En la misma línea, una corriente sostiene que la Corte IDH: "realiza aseveraciones que no aparecen respaldadas bajo ningún punto de vista por el texto convencional, y éste es el punto esencial de nuestra crítica ( ) hay un absoluto voluntarismo del tribunal sin apoyatura en ningún elemento cognitivo que pueda surgir de la norma convencional", Colombo Murúa, Ignacio (director), *Un análisis de la doctrina del control de convencionalidad. Doctrina y práctica*, Resistencia, ConTexto, 2022, p. 81.

La CA se ocupa solamente de la duración y la reelección de los cargos nacionales (presidente, senadores y diputados), y deja librado a las provincias y la CABA la regulación de los mandatos locales. La descripción da cuenta de que el punto de partida de configuración de las democracias republicanas son las constituciones. En relación directa con la conjetura inicial, advierto que la Corte IDH, en casos de alta sensibilidad política o moral, o por lo menos en este caso, tiene una marcada tendencia a actuar al margen de la letra de la Convención. El motivo: imponer sus buenas intenciones. El método: eludir las reglas y valerse de la invocación de principios y de la ponderación de consecuencias que identifica discrecionalmente.

Esa manera de entender el fenómeno jurídico va en contra de los compromisos asumidos expresamente por los Estados parte y, en consecuencia, afecta las decisiones democráticas tomadas en ejercicio de sus soberanías. Frente a este conjunto de afirmaciones, podría catalogarse a la Corte como un tribunal iusmoralista[23] e interpretativista[24] y neoconstitucionalista[25] que aplica sus

[23] Juan Antonio García Amado define al iusmoralismo como: "aquellas doctrinas que mantienen que hay una parte del Derecho que (i) no es derecho positivo y, por tanto, rige aunque ningún legislador lo haya "puesto", lo haya legislado; (ii) que esa parte no positiva del Derecho es la parte superior del Derecho, por lo que prevalece sobre las normas puestas o positivas que la contradigan; y (iii) que la naturaleza de esas normas jurídicas, integrantes del sistema jurídico, pero no del derecho positivo, es una naturaleza moral; es decir, que se trata de normas morales que, al tiempo, son jurídicas", García Amado, Juan Antonio, *Teoría del derecho. Una introducción*, Perú, Zela, 2023, p. 58.

[24] Juan Antonio García Amado explica que una forma de iusmoralismo la representa Ronald Dworkin y explica: "toda aplicación de las normas de un sistema jurídico debe tomar en cuenta esa inspiración moral del conjunto del sistema y, desde ahí, cabe no solo hallar la mejor interpretación de cada norma para cada caso, sino, incluso, inaplicar la norma vigente cuando la solución a que tal aplicación lleve sea contraria a es fundamento moral del conjunto del sistema", García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 70.

[25] Para la variante iusmoralista neoconstitucionalista, según García Amado, las constituciones tienen un fondo moral que: "permite encontrar para cada caso conflictivo o difícil la solución jurídica debida, que es, al tiempo, la solución moralmente correcta, ya que las constituciones tienen más contenido del que en sus enunciados se dice y, con ayuda del método llamado de ponderación, cabe descubrir para cada caso esa solución que en el fondo

criterios de justicia. En contraposición, el positivismo jurídico constitucional y, paradojicamente, el convencional se ven desplazados a un segundo plano, dado que la escena es dominada por el sentido de justicia de la Corte IDH.

Referencias

Alberdi, Juan Bautista, *Obras selectas*, Buenos Aires, Librería "La Facultad", 1920.

Amaya, Jorge Alejandro, "Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad". ———, *Fronteras del sistema interamericano de derechos humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2023.

Bianchi, Alberto B., "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", *La Ley*, t. 2010-E.

Colombo Murúa, Ignacio (director), *Un análisis de la doctrina del control de convencionalidad. Doctrina y práctica*, Resistencia, ConTexto, 2022.

Dalla Vía, Alberto Ricardo, "Una pretensión de inmortalidad: la reelección presidencial indefinida en América Latina", *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2021. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Manifiesto sobre el Estado Constitucional: reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal*, Medellín, UNAULA, 2017.

García Amado, Juan Antonio, *Teoría del derecho. Una introducción*, Perú, Zela, 2023.

García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007.

la moral de la constitución se contiene en espera, solución que será, a la vez, la jurídico constitucionalmente debida y la moralmente correcta, pues las actuales constituciones son la traducción a Derecho de la moral objetivamente correcta", García Amado, Juan Antonio, *op. cit*., p. 71 y 72.

Hernández, Antonio María, "20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2015. López Alfonsín, Marcelo Alberto, "La doctrina del margen de apreciación nacional", en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017.

Manili, Pablo L. "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a propósito del fallo "Fontevecchia"", *La Ley*, t. 2012-B. Rosatti, Horacio D., "El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina", *La Ley*, t. 2012-A.

Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2002.

Algunas consideraciones sobre la reelección presidencial a la luz de las tendencias recientes del constitucionalismo latinoamericano

***

Some reflections on presidential re-election in light of recent trends in Latin American constitutionalism

*Anna Mastromarino**

Resumen: el debate italiano sobre los fundamentos constitucionales de los límites a la reelección encuentra un precedente mucho más antiguo en la región latinoamericana, donde en las últimas décadas se ha producido una tendencia imparable a deshacerse de restricciones introducidas constitucionalmente con el objetivo de contener el poder y garantizar procesos electorales efectivos. Repasando la experiencia de algunos de los países de la región y recordando la Opinión número 28 emitida por la Corte Interamericana en 2021, el artículo pretende enmarcar esta tendencia en el horizonte más amplio del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCLA), confirmando la hipótesis de que este, más que una variante autóctona del constitucionalismo democrático, representa una experiencia autónoma que descansa sobre presupuestos completamente distintos.

Abstract: reviewing the doctrine from the earliest issues to the present day in the Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo reveals a shift in perspective on Latin American cons-

* Catedrática de Derecho Público Comparado de la Universidad de Turín (Italia).

titutional experiences. Initially, the belief was that Latin America could be assimilated into European and, to some extent, U.S. legal categories. This led comparative law to focus on individual systems shaped by colonial history. Over time, however, the debate on Latin American constitutionalism began to emancipate from European and North American influences. By examining the limits on presidential re-election, this paper supports the hypothesis that Latin American constitutionalism is not merely an indigenous variant of democratic constitutionalism. Instead, it represents an autonomous experience based on entirely different assumptions.

Palabras clave: reelección presidencial, constitucionalismo latinoamericano, populismo, democracia antiliberal.

Keywords: presidential re-election, Latin American constitutionalism, populism, illiberal democracy.

Sumario: I. El deseo de reelección: una tendencia en expansión. II. La reelección presidencial en la región latinoamericana. III. La respuesta de la Corte Interamericana. Vamos avanzando, pero falta camino.

I. Deseo de reelección: una tendencia creciente

Más que indicar un espacio geográfico, la expresión América Latina pertenece a esa categoría de términos "propios de la geografía simbólica y del imaginario colectivo, que se proponen definir un espacio, esculpiéndolo, pero que en lo concreto acaban sobre todo evocando imágenes, sensaciones, valores".[1] El jurista debe alimentarse de estas denominaciones cargadas de historia, de memoria, de identidad, pero sin quedar nunca atrapado en ellas, sin caer, es decir, en aquellos fáciles silogismos que, durante décadas por ejemplo, llevaron a descuidar el estudio de las peculiaridades del derecho público en Centro y Sudamérica, creyendo que, más que una experiencia digna de atención, se trataba de una mera

[1] Benigno, Francesco, "Mediterraneo: la costruzione di un'idea", en Salvati, Mariuccia (ed.), *Europa. Luoghi di memoria*, Turín, 2020, p. 28.

proyección de la tradición jurídica europea trasplantada durante la dominación colonial.[2]Durante mucho tiempo, cedimos a la tentación de homologar realidades muy diferentes en tradición, cultura y geografía, perdiendo la oportunidad de interceptar singularidades importantes para la comprensión de las trayectorias nacionales. Solo en los últimos años se han creado las condiciones para un estudio sistemático de la región hasta el punto de permitir la proliferación de reflexiones capaces de valorizar la tensión entre lo particular y lo universal que caracteriza a este inmenso territorio desde los movimientos de independencia.[3]En la actualidad, América Latina es objeto de atención por parte de muchos constitucionalistas que, ayudados por la tendencia a la descolonización de la cultura y del conocimiento, que también ha afectado a las ciencias jurídicas, miran a la región como un interesante laboratorio no solo para el estudio del derecho extranjero, sino también desde una perspectiva comparada,[4] con el fin de arrojar nueva luz, entre otras cosas sobre determinados aspectos de la crisis que desde hace décadas atenaza al Estado democrático representativo, a ambos lados del océano.[5]Con esto en mente, me parece que podría ser interesante reflexionar sobre un debate que, incluso antes de involucrar a la doctrina jurídica italiana, ha sido desde hace mucho un tema de discusión dentro de la opinión pública, la comunidad de constitucionalistas y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y constitucionales de la región latinoamericana.

---

2 Véase Mastromarino, Anna, "Processi di integrazione in America latina: il valore del formante giurisprudenziale", en *DPCE online*, núm. Sp., 2022, *https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1498*.

3 Véase Mastromarino, Anna, "Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 2, 2020, pp. 317 y ss.

4 Véase Bagni,Silvia y Baldin, Serena (eds.), *Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Turín, 2021.

5 Por último, para una revisión de las cuestiones que deberían catalizar la atención del constitucionalista más que otras, véase Bagni, Silvia y Pavani, Giorgia "Leggere le categorie giuridiche del costituzionalismo e della democrazia attraverso le recenti vicende dell'America latina", en *DPCE online*, núm. 1, 2024, *https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2115*.

Me refiero a la discusión en torno a la institución de la reelección como un despliegue ordinario de la dinámica del ejercicio del poder público. Se trata de una cuestión que concierne potencialmente a todo cargo electivo y se convierte en objeto privilegiado de análisis para el constitucionalista, ya que, habiendo tomado nota del carácter expansivo de la tentación universal de atrincherarse en el poder por parte de quien lo detiene, deja espacio para un escenario que podría poner en peligro los presupuestos del constitucionalismo democrático, que encuentra uno de sus pilares en la contención del poder. Sería erróneo considerar los acontecimientos vinculados a los límites de la reelección como aspectos que atañen únicamente a la forma de gobierno, ya que también tienen una repercusión relevante en las relaciones poder-libertad.

Por lo que se está diciendo, es evidente que la reflexión sobre la reelección se presta inevitablemente a consideraciones muy distintas según el cargo que se pretenda renovar. Conviene aclarar desde el principio que en estas breves notas me centraré exclusivamente en el caso de la reelección del jefe del Estado en los sistemas presidenciales o a tendencia presidencial del área latinoamericana, teniendo en cuenta que es precisamente en correspondencia con los cargos monocráticos donde la tensión con los fundamentos de la democracia constitucional se hace más evidente, hasta el punto de socavar sus presupuestos. En particular, me interesa resaltar aquí el cortocircuito que, en un clima de creciente populismo, se pone en marcha entre modelos de constitucionalismo autóctonos de la región latinoamericana y formas de abusos democráticos, que todavía se presentan a veces como nuevas experiencias en el ejercicio de la democracia constitucional, infravalorando algunos aspectos de incompatibilidad sustantiva y olvidando el largo camino de concienciación, en particular respecto a los riesgos subyacentes al abuso de poder, que ha llevado a los distintos ordenamientos al sistema de garantías constitucionales de la segunda mitad del siglo xx.

De hecho, que la protección del principio de igualdad, la protección de los derechos y la protección de las minorías sean objetivos ontológicamente vinculados a las cartas constitucionales no es en absoluto cierto. Durante mucho tiempo se sucedieron constituciones más interesadas en garantizar el orden que la jus-

ticia y la igualdad.[6] De hecho, pasarían muchas décadas antes de que surgiera una versión completamente nueva de constitucionalismo, capaz de domar a la democracia *tout court*, que había demostrado ser tan insaciable como para alimentarse de sí misma.

El constitucionalismo democrático ancla a la sociedad en tres pilares que constituyen a la vez el fundamento y la consecuencia directa el uno del otro: la protección de las minorías, la limitación del poder y la promoción del pluralismo. Con ello se pretende proteger a la comunidad democrática de una especie de canibalismo casi innato, ya que, si se la dejara a su aire, podría aniquilarse a sí misma en un delirio de omnipotencia popular.

En este sentido, es inevitable que, en un contexto de constitucionalismo democrático, la reflexión sobre los límites a la reelección acabe teniendo relevancia para todo el sistema. Incluso podríamos decir, con más propiedad, que la reflexión en torno a la reelección bien podría tomarse como un caso escolar para trazar las líneas de una especie de pedagogía, destinada a educar a las personas para hacer frente a la fuerza contaminante del poder, para saber cómo acercarse a él sin ceder a sus males.

Conocer las trampas del hábito del poder se convierte, en efecto, en el primer paso educativo para no apegarse al el.

Por otro lado, también es cierto que la conciencia y el conocimiento en muchos casos pueden no ser suficientes. Incluso Odiseo no confió plenamente en sí mismo y se hizo atar para no capitular ante las sirenas: una invitación dirigida también a nosotros que, como nos recuerda Jon Elster, haríamos mejor encadenándonos sobrios (a la Constitución) para evitar morir suicidándonos ebrios (en momentos de crisis democraticas).

---

[6] Como recuerda Maurizio Fioravanti, "la Constitución es más antigua que la igualdad", de modo que, durante mucho tiempo, todo el mundo tenía derecho a un trato "justo", pero nadie podía tener derecho "a imaginarse diferente de lo que es, y quizá igual al otro". Si esto ocurriera, la medida quedaría desfasada. La igualdad sin diferencia iría entonces camino de convertirse en extrema, perdiendo irremediablemente su fundamento equitativo. La Constitución se vería gravemente amenazada. Y en el horizonte aparecería cada vez más nítida la figura del déspota, ya sea monárquico o democrático": *Constitutionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, pp. 108 y ss. (TdA).

Las restricciones a la reelección son cuerdas que, más allá de una adecuada educación para la democracia, limitan la acción: cómo de estrictas, cómo de invasivas, cómo de restrictivas depende de muchos factores y es en este sentido en el que estas páginas tratarán de sugerir algunos elementos de reflexión. Es necesario poner en orden las diferentes experiencias, razonar sobre el contexto además de sobre el texto, tener en cuenta los diferentes derechos que hay que equilibrar, los pros y los contras que hay que evaluar, así como las consecuencias que las diferentes opciones en este ámbito pueden acarrear a largo plazo a nivel estructural.

II. Reelección presidencial en América Latina

En cuanto al cargo presidencial, el derecho comparado muestra una casuística variada: en la región latinoamericana, por el momento, hay países que prohíben, a priori, cualquier forma de reelección presidencial (es el caso de Colombia, México, Paraguay, por ejemplo); otros que la conciben solo si se limita a un segundo mandato consecutivo (entre estos se encuentran Argentina y Brasil); algunas otras jurisdicciones han optado por la posibilidad de reelección, pero solo después de que haya transcurrido cierto tiempo desde la finalización del mandato anterior (es el caso, por ejemplo, de Chile y Perú). En este caso es posible, pero depende de las experiencias de cada país, concebir la reelección diferida como una libertad ilimitada o como una posibilidad que se ofrece por un número limitado de veces. Por último, existe el caso de países (Venezuela y Nicaragua, El Salvador y, tal como están las cosas, Honduras también parecería estar potencialmente en esta condición) que no contemplan límite alguno a la reelección, concibiendo como totalmente legítima la hipótesis de reelección indefinida para el mismo cargo a favor de la misma persona.

Como suele ocurrir en la investigación comparativa, los datos son importantes y los cuadros sinópticos pueden ayudar a hacerse una idea del alcance del fenómeno que estamos tratando. Sin embargo, no cuentan toda la historia y a menudo no dicen lo que es realmente importante comprender.

Mencionar a algunos o a todos los países del área latinoamericana encasillándolos en una u otra categoría no ayuda a interceptar la dinámica subyacente de la realidad: como si dijéramos que en este caso es preferible basarse en una serie de secuencias en movimiento, que en una mera foto de lo existente.

Si rebobinamos la cinta y dejamos que las imágenes fluyan en cámara lenta, podemos percibir una tendencia progresiva que de una u otra forma ha afectado a toda la región, empujándola hacia una flexibilización general de las restricciones a la reelección. Si la transición democrática había marcado una propensión convencida a excluir formas de consolidación del poder, en casi todas sus manifestaciones, a partir de la década de 1990 se observa una cierta aquiescencia hacia la afirmación de discursos, a los que han seguido prácticas para garantizar una agilidad sustancial a fórmulas de reelección cuya justificación parece estar más ligada a consideraciones teóricas de matriz histórica o filosófica que evocan el mito de una omnipotencia sustancial del pueblo soberano, y cada vez menos a un análisis honesto del estado de las cosas o al reconocimiento de las preocupaciones que animan al constitucionalismo democrático.[7] Países que prohibían la reelección en todas sus formas han pasado a soluciones de reelección consecutiva (entre ellos, la experiencia de El Salvador es la que más ha llamado la atención),[8] a menudo incluso alargando el

[7] La doctrina jugó su papel en este proceso, mostrando en cierto modo una miopía al centrar su atención en el corto plazo y en las contingencias socioeconómicas de la época sin prestar atención a los efectos en términos de cultura democrática que se producirían a largo plazo y a las posibles consecuencias cuando cambiara el contexto. Entre otras, véanse las reflexiones de Lijphart, Arend, "Presidencialismo y democracia de mayoría", en Godoy Arcaya, Oscar (coord.), *Hacia una Democracia moderna: La opción parlamentaria*, Santiago de Chile, 1990; Linz, Juan J., "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?" in Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (ed.), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, 1994; Mainwaring, Matthew y Shugart, Scott, *Presidentialism and Democracy in Latina America*, Cambridge, 1997; Sartori, Giovanni, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2013 (VI edizione); Colomer, Josep M., *Instituciones Políticas*, Barcelona, 2001.

[8] Apoyándose en su popularidad, el presidente de El Salvador, Nayib Bukele, ha sido autorizado a presentarse de nuevo a las elecciones de febrero de 2024, a pesar de que la Constitución prohíbía expresamente la duplicidad

mandato; sistemas que se habían cuidado de regular los supuestos de reelección han ampliado progresivamente la malla pasando a permitir elecciones diferidas, como en Costa Rica.[9] Extremo

de mandatos consecutivos. La posibilidad de presentarse de nuevo a las elecciones presidenciales es el resultado de un desmantelamiento progresivo de las prerrogativas del Estado de derecho: habiendo tomado nota de que no estaban dispuestos a secundar sus intenciones, el presidente sustituyó a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad y al Fiscal General por sujetos cercanos a él. Se crearon así las condiciones para proponer una nueva interpretación del texto constitucional con el fin de permitir a Bukele presentarse como candidato siempre que no ejerciera sus poderes presidenciales en los seis meses anteriores a las elecciones. El propio dictado del art. 152.1 de la Constitución de El Salvador, destinado a excluir cualquier posibilidad de reelección consecutiva mediante una dudosa interpretación manipuladora se convirtió así en el instrumento a través del cual la Corte garantizó la continuidad del poder personal de Bukele, quien fue reelegido en febrero de 2024 con el 84% del consenso para un segundo período presidencial. Al ejercer un poder ya sin límites, el presidente salvadoreño ha logrado, por fin, consagrar en la Constitución la posibilidad de la reelección indefinida. En agosto de 2025, el Parlamento aprobó una reforma constitucional que prevé la ampliación del mandato presidencial de 5 a 6 años; la posibilidad de reelección a la presidencia sin límites; la eliminación de la segunda vuelta en las elecciones presidenciales; la unificación de las elecciones presidenciales, legislativas y municipales en una única jornada y la consiguiente fijación del fin del actual mandato de Bukele en 2027, con posibilidad de volver a presentarse. Siguiendo la mejor tradición populista-autoritaria, la reforma ha sido posible gracias a que ya se revisó en 2024 el artículo 248 de la Constitución con el fin de facilitar el proceso de reforma de la Carta, eliminando el paso de ratificación de lo ya deliberado por parte de la nueva legislatura elegida. Hoy, la reforma está en manos de una Cámara de 60 miembros, que se pronuncian mediante una única deliberación por mayoría cualificada de tres cuartos.

[9] La experiencia costarricense fue un caso de estudio para toda la regiónúm. Entre 1999 y 2000, el ex Presidente Oscar Arías, deseoso de presentarse de nuevo a las elecciones presidenciales, apoyó más de una iniciativa legislativa en el Congreso con el fin de derogar o al menos modificar la norma constitucional, introducida en 1969 mediante revisión, que impedía la reelección del Presidente. Tras encontrar la oposición frontal no solo de sus adversarios políticos, sino también de sus compañeros de partido, el ex Presidente abandonó la vía legislativa para intentar la vía judicial. Tras rechazar los dos primeros recursos en 2000, la Sala Constitucional, en 2003, inauguró una jurisprudencia que sería retomada por varias otras jurisdicciones en los años siguientes, declarando inconstitucional la revisión de 1969 y, por tanto, restableciendo la disciplina de la Constitución de 1949,

es el caso de Venezuela y Nicaragua, que se han abierto a la posibilidad de la reelección ilimitada, aunque no menos interesante es el incierto camino de Honduras (volveré sobre estas tres experiencias), así como, por otro lado, el de Bolivia y Ecuador, que, aunque finalmente llegaron a un replanteamiento sustancial, abandonaron por un tiempo el camino de las restricciones a la reelección presidencial.[10]Para dar cuenta de la amplitud del fenó-

que permitía la reelección tras dos periodos de gobierno. Es interesante a los efectos de la reflexión que se está llevando a cabo recordar un pasaje de la sentencia, a cuya argumentación volveremos en breve: "La acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante Ley 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma" (Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 2003-02771).

10 En 2008, bajo la presidencia de Correa, Ecuador se dotó de una nueva Constitución que, al igual que la aprobada en Bolivia en 2009, en el marco de la reflexión sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, no dejó de llamar la atención de la doctrina. En lo que ahora importa, cabe destacar la opción de los constituyentes de establecer un límite de dos mandatos consecutivos como presidente de la República. El hecho de que el cómputo se hiciera a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución permitió a Correa ser reelegido en 2009, así como en 2013. Sin embargo, ya en 2014, gracias al proyecto de revisión constitucional presentado a la Asamblea Legislativa por su Presidente, se abrieron las puertas a la posibilidad de introducir la reelección indefinida, eliminando cualquier otro límite. Es interesante recordar que el proyecto de ley mediante el cual se adelantó la reforma debió ser sometido previamente a la opinión de la Corte constitucional: es el órgano de justicia constitucional, por tanto, el que favoreció la posibilidad de la reelección indefinida ya que, pudiendo elegir entre distintos procedimientos de revisión, optó por el menos gravoso al considerar que intervenir para eliminar obstáculos a la reelección representaba un acto de ampliación y no de reducción de los derechos políticos correspondientes y, por tanto, de fortalecimiento de la democracia del país. En 2019, con el pronunciamiento núm. 7-19- RC (2019), los jueces constitucionales volvieron sobre sus pasos, restableciendo el límite de dos períodos.
A pesar de que la Constitución boliviana, a diferencia de la ecuatoriana, prescribía que los mandatos presidenciales anteriores a su entrada en vigor

meno, a estas "actualizaciones", hay que agregar aquellos intentos, piénsese en Colombia y Paraguay,[11] que, aunque al momento infructuosos, dan cuenta de una tendencia de amplio alcance, así como de la expansión de un debate que, más allá de los resultados concretos en el plano de las reformas, atestiguan por sí solos la progresiva tendencia de la opinión pública latinoamericana a perder de vista el significado constitucional de las limitaciones a la reelección, en favor de una interpretación de las mismas como instrumentos de mero control del pueblo, herencia de una po-

debían computarse dentro del límite de dos mandatos consecutivos, a Evo Morales, fortalecido por el apoyo popular del que gozaba entonces, no le resultó difícil mediante maniobras interpretativas, adoptadas en la Asamblea Legislativa y avaladas por el Tribunal Constitucional plurinacional, obtener autorización para presentarse a un tercer mandato, que ganó en 2014 con amplia mayoría. El apetito viene con el comer, y el padre de la Constitución de 2009 no parecía realmente querer dejar la presidencia si es cierto que en 2015 y luego en 2016 intentó la vía reformista para introducir la reelección ilimitada en Bolivia. Lo que no logró por la vía legislativa, habiendo encontrado oposición en la votación del referéndum de más de dos millones de electores, finalmente lo logró por la vía judicial cuando en 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional con un fallo interpretativo legitimó su candidatura también en las elecciones de 2019. La derrota, el intento de golpe de Estado para recuperar el poder y, finalmente, la fuga son hechos conocidos; vale la pena llegar a la actualidad para recordar que más recientemente, con la sentencia núm. 1010/2023, el Tribunal Constitucional boliviano volvió a la posibilidad de las reelecciones ilimitadas, declarando su ilegitimidad.

11 En 2016, el presidente Cartes de Paraguay apoyó un proyecto de reforma constitucional, que luego fracasó, con la intención de permitir la reelección al cargo presidencial. En Colombia, Álvaro Uribe obtuvo una enmienda constitucional que le permitió presentarse y ser reelegido en 2006 para un segundo mandato presidencial. El intento de estabilizar la reelección fue bloqueado por la Corte Constitucional en 2010, que declaró ilegal la ley que convocaba un referéndum. Sin embargo cabe señalar que son recientes (enero de 2026) las declaraciones del presidente Petro quien, interpretando como favorables para él los resultados de una encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría y remitiéndose precisamente a algunos precedentes históricos, afirmó que el país está atravesando una profunda transformación ideológica que debe interpretarse como una demanda de continuidad. Aunque no mencionó explícitamente la posibilidad de modificar nuevamente la Constitución para habilitar una reelección presidencial, su mensaje se enmarca en un discurso que pone en tensión la voluntad popular con los límites institucionales vigentes.

lítica elitista que debe ser abandonada en favor de fórmulas de democracia participativa limpias de resabios coloniales y tradiciones de dominación hegemónica. No es necesario abundar aquí en las experiencias individuales, que son bien conocidas y están aradas por una cuidadosa literatura.[12]Es interesante detenerse en las trayectorias de un debate que presenta puntos de reflexión que van más allá de las vicisitudes de cada ordenamiento jurídico, permitiendo hacer algunas consideraciones comparativas.

Que el debate sobre los instrumentos de restricción del poder tiene fecha es bien sabido. Si Hamilton fue pródigo en enunciar las muchas ventajas que podía reportar el plegarse a la voluntad de un pueblo inclinado a confirmar una y otra vez, quizá infinitamente, la confianza en su presidente, mayor es el número de quienes a lo largo del tiempo han señalado los riesgos que entraña prever la reelección ilimitada.

No se trata de no entender la lógica de recompensa que puede desencadenar circuitos virtuosos como el impulso del candidato a hacerlo cada vez mejor, el aumento del valor añadido dado por la experiencia adquirida, la estabilidad de la administración pública; la cuestión va mucho más allá de la posibilidad de privar a los ciudadanos de esos buenos candidatos que ya han sido elegidos. Lo que está en juego es más elevado y tiene que ver con los valores que sustentan el modelo constitucional, es decir, el tipo de constitucionalismo que hemos elegido o elegimos para nuestra democracia.

Se ha dicho que como institución de derecho no pueden hacerse juicios absolutos sobre la reelección en sí misma, aunque

[12] Merece una mención especial el caso de la República Dominicana, que, en contra de la tendencia general de la región y probablemente en un intento por dotarse de "anticuerpos" eficaces, en 2024 modificó el artículo 268 de su Constitución añadiendo, entre las cláusulas petreas ya existentes, la imposibilidad de alterar la prohibición de reelección prevista en el artículo 124 de la Carta. Como se recordará a lo largo de estas breves reflexiones, la intención, aunque loable, no puede ofrecer garantías absolutas, ya que la Constitución puede actuar como un dique de contención del poder cuando se interpreta en un contexto que reconoce en los límites al poder un elemento esencial del modelo democrático. También con respecto a la soberanía popular.

sea ilimitada, pues no sería la mera posibilidad de ser reelegido lo que generaría un perjuicio al sistema; como tampoco sería la prohibición absoluta de la reelección lo que podría impedir la formación de "círculos mágicos" capaces de asegurar el afianzamiento de una oligarquía en el poder, al margen de las disposiciones. Basta pensar en el caso del PRI en México. Más relevante parece ser el contexto político, cultural y social en el que tiene lugar la reelección.

Como comparatista, aunque siempre procuro ser muy cuidadosa en leer "el texto en su contexto", estoy convencida de que las cosas son un poco más complicadas que eso. Es decir, es cierto que el contexto es un factor relevante a la hora de valorar el impacto de la reelección en el ordenamiento jurídico; sin embargo, no es la única evaluación que debe hacerse al registrar qué consecuencias puede acarrear la introducción de la libertad de ser reelegido y de reelegir sin restricciones. En particular, parece imprescindible que el análisis de lo contingente vaya acompañado de un análisis estructural del conjunto, orientado a dilucidar la posibilidad de que la ampliación de los espacios de reelección (hasta el caso extremo de la reelección ilimitada) represente un *vulnus* en sí mismo, hasta el punto de ser considerado, en caso de indefinición, una opción incompatible con el sistema constitucional democrático con independencia del contexto en el que se contemple.

Lo que quiero decir es que debemos tener en cuenta, en términos de resiliencia del sistema, el hecho de que, si bien no es posible establecer una relación causal necesaria entre la posibilidad de ser reelegido y la reelección efectiva, los datos demuestran que existe un aumento exponencial irrefutable de las posibilidades de éxito de la persona que se presenta de nuevo al mismo cargo; también nos dicen que, por lo general, el porcentaje de votos recogidos tiende a aumentar elección tras elección, al igual que la brecha que los separa de los demás candidatos, que se hace cada vez más considerable, alterando las condiciones que antes garantizaban el desenvolvimiento de procesos de competencia electoral efectiva[13] y la consolidación de una sana

[13] Véase, entre otros, Penfold, Michael, Corrales, Javier y Hernández, Gonzalo, "Los Invencibles: La reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina", *Revista de Ciencia Política*, núm. 3, 2014, pp. 537 y ss.

actitud de desconfianza hacia el ejercicio.[14]Sería muy fácil categorizar este tipo de datos como manifestación del valor añadido que puede aportar la experiencia, como expresión de la popularidad que reafirma la buena gobernanza. La realidad, sin embargo, no permite descartar la cuestión tan ingenuamente. En cambio, obliga a considerar ciertas ventajas para el incumbente que, con el tiempo, pueden generar condiciones monopolísticas de poder que podrían degenerar en abuso, hasta el punto de socavar los fundamentos pluralistas del sistema.[15]Se piensa en la visibilidad pública que garantiza la presidencia, en la exposición mediática a la que se está constantemente sometido, en los contactos que el cargo presidencial asegura en todos los ámbitos del país, en la posibilidad de acceder, incluso legítimamente, a recursos públicos (como el uso de medios de transporte o de personal de secreta-

[14] Sobre el vínculo entre moderación del poder y *méfiance continue*, véanse las reflexiones y la precisa reconstrucción de la literatura sobre el tema de Di Giovine, Alfonso, "Dal voto popolare alla sentenza del giudice costituzionale: un percorso istruttivo", en *Dpce on line*, núm. 4, 2021, pp. 4182 y ss., *https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1461*

[15] Merece la pena recordar aquí las consideraciones expuestas por los magistrados Rosatti y Maqueda en su voto concurrente a la sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 2024, declaró inconstitucional el artículo 132 de la Constitución de la provincia de Formosa, por ser contrario al artículo 5 de la Carta Federal y al artículo 23 de la Convención sobre los Derechos Humanos. Los dos jueces subrayan que el orden que crea la Constitución no se agota con elecciones y tampoco con elecciones periódicas y que "la voluntad popular puede ungir a un representante, incluso validarlo periódicamente, pero no podría perpetuarlo indefinidamente sin horadar la separación de poderes que define al régimen republicano de tipo presidencialista". Añaden que una reelección sin límites, lejos de constituir la máxima realización de la voluntad popular, permite que quien se encuentra en ejercicio del poder acumule -tras varios mandatos sucesivos- ventajas inadecuadas para una leal contienda electoral. Concluyen que las provincias deben establecer un número limitado de reelecciones para que "los postulantes conozcan de antemano la temporalidad del ejercicio del poder", "los partidos políticos favorezcan la generación de alternativas al interior de sus estructuras"; y "el electorado cuente con reglas claras a las que atenerse". A día de hoy, hay tres provincias argentinas que permiten constitucionalmente la reelección indefinida: Catamarca, Santa Cruz y la propia Formosa. A pesar de la solicitud de modificación del artículo 132 formalizada mediante el fallo de 2024, el Legislativo provincial aún no ha tomado medidas al respecto.

ría), en los ingresos electorales que pueden incrementarse mediante maniobras económicas de última hora y mecanismos de psicología electoral que apalancan una cierta inercia del votante que tiende a consolidar dinámicas de hegemonía en lugar de oponerse a ellas.[16]Por supuesto, no podemos excluir que estas mismas razones constituyan potencialmente el punto débil del presidente saliente, cuando son precisamente las acciones durante su mandato las que han generado una inflexión en su popularidad. Pero en tales casos, las propias características del sistema presidencialista prevaleciente en la región latinoamericana sugieren que el presidente podrá contar aún con una condición de fortaleza que le permita apalancar ciertos factores que pueden consolidar su posición, a pesar de todo. La reelección sustancialmente indefinida constituye en muchos casos la punta de un iceberg conformado por sistemas de gobierno presidencial tan fuertes que han perdido la forma de equilibrar y separar poderes, tanto en relación con el sistema legislativo como con el judicial. A esto se añade la posibilidad de acceder a recursos económicos (sobre todo en correspondencia con los llamados procesos *neodesarrollistas*) que permite introducir políticas asistencialistas también con el objetivo de crear una cierta dependencia del votante con respecto al elegido.

Basta rastrear los caminos seguidos por algunos presidentes para introducir la elección indefinida o reducir las restricciones a su reelección para comprobarlo: en unos casos, se ha apelado al pueblo invocando el principio *constituyente permanente*, (basado en la idea radical de que la voluntad general expresada en el momento constituyente no puede ser limitada ni en su contenido ni en el tiempo) o convocando directamente asambleas o consultas populares; en otros, ha habido verdaderos actos de autoridad, aunque no han faltado casos en los que se ha confiado en auténticas leyes de interpretación del poder legislativo o en la decisión de los órganos de justicia constitucional.[17] De todas ellas, esta vía merece especial atención, de un lado por el tipo de razonamiento

[16] Para hacer frente a estas situaciones, Colombia intentó frenarlas a través de la legislación con la Ley 996 de 2005.

[17] Véase de la Peza Berríos, Fernando y Reyes Guevara, Ariadna "Reelección, ¿un derecho humano?", en *Justicia Electoral*, núm. 25, 2020, 437 y ss.

jurídico al que dio lugar emblemático de los riesgos de deterioro de la forma de Estado a los que nos hemos referido, y por otro porque vuelve a dar centralidad al poder constituyente frente al poder constituido.

En más de un caso, aunque la experiencia costarricense sigue siendo representativa en este sentido, los jueces, en particular los constitucionales, han dado lugar a lo que la literatura[18] ha denominado la *Unconstitutional constitutional Amendment Doctrin* según la cual las reformas constitucionales, que introducen límites a la reelección y menoscaban los derechos políticos, deben considerarse ilegítimas, en la creencia de que estas no pueden modificarse sino a través de un proceso constituyente.

No escapa al lector cómo nos movemos en una pendiente resbaladiza, donde la soberanía popular, el poder constituyente y el derecho a la participación son evocados en salsa populista, incluso poniendo en tela de juicio la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en particular el artículo 23, sujeto a dudosas interpretaciones; por otro lado, no debemos perder de vista que vivimos una época en la que no es tanto a través de la subversión golpista como se registran episodios de atraso democrático, sino a través de progresivos actos de erosión de la dinámica democrática y en detrimento de la cultura democrática. Un proceso aparentemente imperceptible que transforma el contexto facilitando el establecimiento de condiciones favorables a la preservación del poder.[19] Por lo tanto, cuando este tipo de condiciones no existen o corren el riesgo de desaparecer, no se excluye la posibilidad de actuar con maniobras destinadas a concretarlas.

Es cierto que la reelección debe leerse a la luz del contexto en el que se propone; pero no es menos cierto que ese contexto, especialmente en tiempos de populismo, es a la vez condición

---

18 *Cfr.* Landau, Davis, Roznai, Yavin y Dixon Rosalind, "Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America", en Baturo, Alejander y Elgie, Robert (ed.), *The Politics of Presidential Term Limits*, Oxford, 2019, pp. 53 y ss.

19 Sobre el vínculo entre la erosión democrática y la emergencia de liderazgos populistas, véase Arcaro Conci, Luiz Guillerme, *Democracia Constitucional e Populismos na América Latina - entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais*, São Paulo, 2023, pp. 209 y ss.

y producto de fenómenos de instrumentalización del poder, a los que instituciones como la reelección, si no se equilibran con otros derechos, pueden contribuir.

El caso de Nicaragua parece emblemático de lo que se está diciendo.

En 2009, la Corte Suprema, llamada a pronunciarse sobre un recurso *de amparo* interpuesto por Daniel Ortega y 109 alcaldes del Frente Sandinista de Liberación, declaró inaplicable la prohibición de reelección introducida por la reforma constitucional de 1995, arrinconando al Legislativo, que no estaba dispuesto a modificar la Constitución para permitir una nueva candidatura de Ortega. La victoria del expresidente en las controvertidas elecciones de 2011 no solo le abrió el camino para presentarse a un tercer mandato, sino que reforzó su influencia, con una evidente alteración del principio de separación de poderes. No es de extrañar, pues, que siendo así, ya en 2014, Ortega, que para entonces podría contar con los números necesarios para reformar la Constitución, pudiera llegar fácilmente a introducir la reelección indefinida.

Tanto en Nicaragua como en Venezuela y El Salvador, es fácil detectar la estrecha relación entre la introducción de la reelección ilimitada y el deterioro del estado de la democracia. En el caso venezolano, antes de 2009, año en el que logró superar todos los límites a la reelección, Hugo Chávez ya había intentado en 2007 hacer posible su reelección como presidente (como parte de un esfuerzo de revisión constitucional de mayor alcance), sin lograr obtener la mayoría necesaria en el referéndum. Bastaron dos años para que el contexto político cambiara y permitiera que se dieran las condiciones para el cambio, esta vez refrendado por un referéndum de dudosa legitimidad.[20] En el caso de El Salvador, la referencia obsesiva al pueblo y a su voluntad constituye el contexto en el que la Constitución, hoy al dia, prevé la posibilidad de una reelección indefinida, como meta final de un proceso

[20] El artículo 74 de la Carta Bolivariana de Venezuela estipula que "No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia": un dictado evidentemente ignorado por los referendos consecutivos de 2007 y 2009.

durante el cual el presidente Bukele, aprovechando su posición, se ha ido liberando progresivamente de todos los límites que se interponían entre su cargo y la posibilidad de ejercerlo de forma indiscriminada en nombre del pueblo que lo votó.[21]Concluyo mi razonamiento con una referencia a la experiencia de Honduras, cuyo estado de incertidumbre normativa es representativo precisamente de la fragilidad del contexto en el que se están produciendo los cambios que estamos comentando. En la actualidad, no existe consenso entre los juristas del país respecto al valor de cosa juzgada que debe asignarse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con la que, en abril de 2015, se privó de efectos tanto al artículo 330 del Código Penal, que preveía una pena de seis a diez años para quienes promovieran la reelección del Presidente, como a la prohibición constitucional de la reelección. Dado que Xiomara Castro (elegida en 2021) no se presentó a la reelección en las elecciones de 2025, en las que ganó Nasry Juan Asfura (Tito), la cuestión sigue estando potencialmente abierta.

III. La respuesta de la Corte Interamericana. Vamos avanzando, pero falta camino

Respondiendo a la solicitud de Colombia, en la Opinión número 28 de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parte de los mismos supuestos que animan a quien escribe, subrayando que "el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es elegido mediante elecciones populares".[22]Su atención se centra en el caso de la reelección indefinida: cuestiona, en particular, su naturaleza y la legitimidad de su posible prohibición por un Estado miembro

21 *Supra* nota 8.

22 El principio fue reafirmado recientemente (dic. 2024) en Argentina por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (ref. voto particular Carlos Rosenkrantz) con referencia a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa por expresa violación de la Carta argentina (art. 5) y del Convenio IDH (art. 23). Vease *supra* nota 15.

de la Convención. Por un lado, excluye que el derecho a ser elegido indefinidamente pueda constituir un derecho humano; por otro, realiza una especie de balance razonado a la hora de valorar la legitimidad convencional de cualquier límite a la reelección.

La Corte, en el desarrollo de su argumentación, parte de la base de que el horizonte de sentido de sus consideraciones ha de ser el de la democracia representativa, en la que el derecho de sufragio se entiende no como el derecho a elegir a quien se quiera, sino a ejercer el derecho a elegir entre candidatos, teniendo en cuenta que el bien a proteger y garantizar sigue siendo la salvaguarda del espacio democrático como ámbito de libertad colectiva. Por ello, acepta como inevitable la idea de que las limitaciones a la reelección, cuando sean proporcionales y estén amparadas por la reserva de ley, no solo son compatibles, sino incluso necesarias para evitar concentraciones de poder y garantizar la separación de poderes, con el fin de proteger el pluralismo y, por tanto, la alternancia.

No hay quien no sienta la importancia de esta opinión, que llega casi a rebufo de la ventisca institucional que ha azotado a Bolivia, víctima de la *ubris* irreprimible de Evo Morales, pero que registra la creciente preocupación de quienes son sensibles a la tendencia más general y creciente del poder presidencial a extenderse más allá de todo límite.

El dictamen es rico, invita a la reflexión y está irrefutablemente destinado a convertirse cada vez más en una referencia para el futuro de la región.

No obstante, merece la pena retomarlo aquí no solo por lo que dice, sino también y sobre todo por lo que no dice, por reticencia o quizá porque no le interesa captar del todo ciertas implicaciones.

En mi opinión no es casual que el *petitum*, aunque no explícitamente, se refiera a los acontecimientos del sistema jurídico boliviano,[23] trazando de inmediato una conexión, tanto temporal

[23] Se trata de una consideración generalmente asumida, hasta el punto de que las dos opiniones discrepantes relacionadas con el dictamen se refieren

como sustancial, entre la reflexión sobre la reelección indefinida y el fundamento filosófico ideológico subyacente al nuevo constitucionalismo latinoamericano, inequívocamente vinculado a ciertas experiencias concentradas en la región andina, pero capaz de influir, con su pretensión renovadora y transformadora, incluso en experiencias más distantes histórica y geográficamente.

No es este el lugar para repasar la génesis y esencia de la NCLA, una experiencia bien conocida por el lector. Más bien nos gustaría detenernos en la idea de que no se trata en absoluto, como a veces se ha dicho o se ha dado por supuesto, de una versión autóctona del *género* más amplio conocido como "constitucionalismo democrático", sino de otra fórmula distinta de constitucionalismo.

Insistir, como muchas veces lo ha hecho la doctrina, ahora en su enfoque de reconocimiento de derechos, en particular los de la naturaleza, ahora en su matriz transformadora, aludiendo a la voluntad de incluir en el proyecto social incluso a grupos poblacionales tradicionalmente excluidos, como los pueblos indígenas y los campesinos, no parece, de hecho, suficiente para captar ese núcleo que, a juicio de quien escribe, constituye el corazón de la doctrina de la NCLA y que se encuentra en la relación entre constitución y poder constituyente. Dicho de otro modo, en la tensión social proyectada al plano normativo por la mayoría de las constituciones latinoamericanas aprobadas en las últimas décadas. En las constituciones rastreables en la NCLA, el alma política prevalece sobre su vocación jurídica, de modo que la garantía de un proceso participativo, la construcción de la legitimación desde abajo, la salvaguarda del poder constituyente entendido en su complejidad, como actividad configuradora del cuerpo político y de su fisonomía, representan el punto de partida y de llegada de cualquier análisis.[24]La Constitución representa, según sus defensores, "el mandato directo del poder constituyente y,

explícitamente al caso boliviano, dudando de que el Tribunal pudiera realmente emitir una opinión consultiva, ya que en este caso falta el perfil general y abstracto del *petitum*, fácilmente referible a un caso concreto sobre el que la Corte podría ser llamada a pronunciarse poco después.

[24] Este punto de vista se argumenta ampliamente en Mastromarino, Anna, "Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva", *cit*.

en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido".[25]Preservar la voluntad del pueblo expresada en la constitución a través de la preservación de la *vis* constituyente se convierte en el objetivo primordial de la NCLA, ya que en esa voluntad se expresa la voz de todos y se encierra el proyecto político que surgió del conflicto social y se hizo común con la redacción de la constitución; y es esa voluntad la que fotografía el marco social en el que se basa ese proyecto político. La NCLA se fundamenta en la idea de la prevalencia absoluta del poder constituyente sobre el poder constituido y de su permanencia, que atribuye al pueblo el papel de fuente inagotable de derecho, supraordenada al propio texto constitucional.

Tener en cuenta estos presupuestos teórico-jurídicos es esencial para comprender el impacto perturbador que sobre el tejido constitucional regional tienen las propuestas de reelección presidencial ilimitada o, más en general, la tendencia a superar cualquier tipo de limitación diseñada por el ordenamiento jurídico para impedir el arraigo del poder del hombre/mujer en solitario.

Es fácil ver cómo el encuentro de la idea de un pueblo soberano no sometido a la constitución como titular de prerrogativas constituyentes inagotables, con la hipótesis de un derecho ilimitado a ser elegido declinado como derecho insaciable a elegir al propio candidato sin límite alguno, puede conducir a un escenario de progresivo e imparable detrimento de las posibilidades de contención y equilibrio del poder. No es casualidad que los tribunales constitucionales para aminorar las restricciones a la reelección hayan utilizado argumentos como el poder constituyente originario, la ilegitimidad de la acción de revisión (cuando impide la elegibilidad) por parte de los poderes constituidos respecto de las prerrogativas constituyentes, los derechos de participación que como expresión concreta de la voluntad popular no pueden ser circunscritos.

---

[25] Viciano Pastor, Roberto, Martínez Dalmáu, Rubén, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, p. 7; en otra ocasión se afirma que "la constitución es el mandato del constituyente y refleja su voluntad": Id., "Fundamento teórico del nuevo constitucionalimo latinoamericano", en Viciano Pastor, Ronberto (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, 2012, p. 20.

Lo que no debe pasarse por alto es que mientras esta vertiente resulta del todo incompatible con el sistema de valores del Estado constitucional democrático, por el contrario, parece ser coherente con los fundamentos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en la medida en que se concibe (en apoyo de lo afirmado) como una categoría distinta y diferente que no parece preocuparse demasiado por las derivas a las que puede conducir la concentración del poder y su ejercicio incondicional.

Más allá de algunas asonancias, no es la presencia de una extensa lista de derechos lo que distingue al constitucionalismo democrático tanto como la condición de los poderes públicos y del pueblo, que ejerce la soberanía, colocados en la condición de no poder violar esos derechos. De ahí la aparición de una serie de tensiones entre quienes viven los límites como fisiológicos y quienes los sufren como una patología del sistema: subyace el error de querer leer las distintas epifanías del nuevo constitucionalismo latinoamericano a la luz de los valores del constitucionalismo democrático surgido en Europa en la segunda mitad del siglo XX, cuando se trataría de dos formas que responden a visiones constitucionales muy distintas.

La Corte Interamericana hizo bien en recordar que la reelección ilimitada no tiene cabida en el sistema convencional por todas las razones mencionadas. La aclaración parecía tanto más necesaria a la luz de las numerosas veces que los jueces de los distintos países habían recurrido al instrumento de la interpretación conforme a la Convención para permitir candidaturas que de otro modo estarían excluidas por los textos constitucionales mismos.[26] Piénsese en el caso boliviano y en las consideraciones del Tribunal Plurinacional de Bolivia, que en la sentencia número 84 de 2017 había invocado los derechos convencionales para permitir una nueva candidatura de Evo Morales, a pesar de los dictados de la Constitución y del voto en contra de dos millones de ciudadanos en referéndum.

[26] *Cfr*. León, Gisela de y Marcia Aguiluz, Ana, "La prohibición de la reelección a la luz de las normas y estándares interamericanos de derechos humanos", en Mejía Rivera, Joaquin A. (coord.), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, Honduras, pp. 178 y ss.

Sin embargo, también hubiera sido mejor estigmatizar la vertiente adoptada por algunos ordenamientos jurídicos que, en nombre del pueblo soberano y del derecho de participación, han configurado las instituciones del constitucionalismo democrático hasta tal punto que ellas mismas se oponen a los presupuestos democráticos que inspiran la propia Convención. Bastaría recordar las razones retomadas en 2018 por Daniel Ortega en apoyo a la opción de introducir la reelección ilimitada del presidente para comprender el preocupante nexo sustantivo que se ha definido entre esta opción y las raíces filosóficas de la NCLA: el mito del pueblo en directo que encarna la idea de democracia universal permite el establecimiento de lo que se ha denominado una *forma constitucional de gobierno* en virtud de la cual el presidente siempre puede diferir a la asamblea constituyente originaria y al pueblo (de donde proviene su mandato) para refrendar su acción política, desligándose del poder constituido.[27]La exaltación y multiplicación de los lugares e instituciones dedicados a la democracia directa, por otra parte, solo facilitan estos intentos más o menos exitosos de manipular al electorado. La limitación del poder como máxima expresión del constitucionalismo democrático se entiende aquí como una acción a ejercer respecto a los poderes constituidos, pero no respecto a la soberanía popular, con todo lo que ello puede significar en condiciones de precariedad político-institucional. Baste pensar en la ausencia de contrapesos en quien, fuerte en el apoyo popular y legitimado constitucionalmente por el poder que la propia constitución puede confiarle en el estado de excepción, se expresa no tanto interpretando el interés colectivo por mandato electivo como encarnando la voluntad del pueblo a través de un vínculo sin fisuras que mal tolera la interferencia de grupos intermedios de naturaleza política. Su unión con el pueblo, que no se considera subordinado al orden establecido, le llevará a sentirse, por propiedad transitiva, libre de las restricciones que podrían limitar su actuación en nombre y por cuenta del pueblo que le ha legitimado.[28]Es difícil decir si

[27] Para un análisis de las declaraciones de José Daniel Ortega, véase Ríos Vega, Luis Efrén, "Las limitaciones legítimas al derecho político a ser elegido", en Mejía Rivera, Joaquin A. (Coord.), *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿Un derecho absoluto?*, cit., pp. 13 y ss.

[28] Se pierde así uno de los presupuestos del constitucionalismo democrático, que entendido como técnica de gobierno presupone una distancia insalva-

el NCLA está destinado a ser un *constitucionalismo del todavía no* o más bien un *constitucionalismo del nunca jamás*. Difícil también predecir su destino.

Lo cierto es que, como ante cualquier cambio, la mirada del jurista debe ser objetiva: registrando el cambio, para valorar su originalidad, acogiendo el espíritu descolonizador y las raíces indígenas que lo animan, pero también con la intención de estigmatizar la posible pérdida de prerrogativas democráticas, en caso de que estos procesos constitucionales se entrecrucen con otras dinámicas políticas, en la convicción de que si bien la declinada en fórmulas liberales puede no ser la única viable, es impensable aceptar, en nombre de los derechos culturales, la idea de fórmulas democráticas que no garanticen la libertad, la dignidad, el pluralismo, es decir, que den lugar a sistemas caníbales que se alimenten de los mismos supuestos que les permitieron nacer.

ble entre el elegido y el votante: véase al respecto Di Giovine, Alfonso, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineludibile metamorfosi*, en *Rivista AIC*, nº 1, 2020, en particular pp. 66 y ss., *https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/alfonso-di-giovine/dal-principio-democratico-al-sistema-rappresentativo-l-ineluttabile-metamorfosi*

Constitución mexicana reformada en los años de los gobiernos divididos (1997-2018)

***

Mexican Constitution reformed in the years of divided governments (1997-2018)

María Marván Laborde[*]

Resumen: el presente trabajo hace un análisis de las principales reformas constitucionales que se aprobaron en México entre 1997 y 2018, veintiún años en los que el partido del presidente de México no contó con mayoría absoluta en el Congreso. A pesar de que se complicó mucho el gobierno y los cuatro presidentes a quienes les toco lidiar con legislaturas sin mayoría, ni el gobierno, ni el Congreso se paralizó. Sorprendentemente hubo, en promedio, más reformas constitucionales que en otros períodos de la historia de México. Presentamos aquí un análisis de las principales reformas en materia de derechos fundamentales y en la fallida construcción de un nuevo sistema de control entre poderes, así como de las consecuencias de este reformismo en la consolidación de la democracia.

Abstract: this paper analyses the constitutional reforms passed in Mexico between 1997 and 2018, twenty-one years in which the party of the President of Mexico did not have an absolute majority in Congress. Even though the government and the four presidents who had to deal with legislatures wi-

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ORCID: 0000-0001-9706-8017

thout a majority became very complicated, neither the government nor Congress was paralyzed. Surprisingly, on average, there were more constitutional reforms than in other periods of Mexican history. We present an analysis of the main reforms about fundamental rights and the failed construction of a new control system between powers. We also review the consequences for democratic consolidation.

Palabras clave: democracia, constitución, derechos fundamentales, sistema de controles y equilibrios, gobiernos divididos.

Keywords: democracy, constitution, fundamental rights, checks and balances, divided governments.

Sumario: I. Introducción. II. Del obstruccionismo a la colaboración. III. Reformas en materia de derechos fundamentales. IV. Reformas constitucionales la parte programática. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El principio del siglo xxi mexicano será reconocido como los años de los gobiernos divididos y, seguramente, como los únicos veintiún años en los que hemos vivido en una democracia que, como ahora sabemos, no llegó a consolidarse. México quizá sea el único país del mundo que transitó de un régimen autoritario a uno democrático y de regreso a un nuevo autoritarismo sin necesidad de convocar a un congreso constituyente ni dar un golpe de Estado tradicional en el que un grupo de la población, normalmente apoyado por el Ejército, expulsa o mata al jefe de Estado.

Tanto el lento proceso de transición a la democracia (1977-1997) como la vertiginosa reconstrucción del autoritarismo (2019-2014) se hicieron con base en múltiples reformas constitucionales a las que sucedieron sendas reformas legales. Una pertinaz discusión versa sobre si está bien o mal todo este cúmulo de cambios. Parto del reconocimiento de que nuestra Constitución debe ser, y es, un documento vivo que necesita irse transformando en el tiempo de manera que las nuevas realidades sociales,

políticas y económicas puedan caber en el documento básico. Sin embargo, no es sencillo, quizá ni siquiera útil, hacer una valoración cuantitativa. ¿Cómo saber si los cambios han sido pocos, demasiados o quizá justo los necesarios? Lo más relevante es tratar de entender el origen de estos, la forma en la que estos se dieron y para que se impulsaron.

El Congreso Constituyente de 1917, encabezado por Venustiano Carranza aprobó un documento de 136 artículos y aproximadamente 20 mil palabras. El texto constitucional a principios de 2024[1] constaba ya de 80 mil palabras, para cuadruplicar su extensión fueron necesarias más de 700 reformas diferentes. Resulta casi una obviedad decir que los constantes cambios han propiciado incongruencias, repeticiones y en algunas ocasiones las prisas propiciaron descuidos, faltas de ortografía y redacciones farragosas.[2]

El propósito de este ensayo es responder dos preguntas fundamentales. La primera: ¿qué reformas constitucionales fueron las más relevantes para el proceso de consolidación de la democracia entre 1997 y 2018? Segunda: ¿por qué los gobiernos sin mayoría no se sumieron en la tan temida parálisis legislativa y gubernamental? Cuando en 1997 el Partido Revolucionario Institucional perdió la mayoría en el Congreso se previó que habría parálisis gubernamental y legislativa. Como ya está ampliamente documentado, no fue así.

Parto del supuesto que con la reforma político electoral de 1996 y el proceso electoral federal de 1997 termina el proceso de transición a la democracia y el régimen político mexicano puede ser clasificado como democracia. La reforma electoral introdujo cambios importantes en las reglas de competencia entre partidos, logró finalmente "emparejar la cancha" y con ello llegó el final de la hegemonía del PRI.

---

1 A partir del 1º de septiembre de 2024, cuando empieza el primer período ordinario de la LXVI Legislatura, se emprendieron un grupo muy importante de reformas constitucionales, quizá en más numeroso en el menor tiempo desde 1917. Esas reformas no están contabilizadas en este trabajo.

2 Garza Onofre *et. al.*, *Érase un país verde olivo. Militarización y legalidad en México,* México, Grano de Sal, 2024, *https://granodesal.com/9786075986159-2/*

De acuerdo con el artículo 135 constitucional, para poder reformar la Constitución es necesario lograr la mayoría calificada de dos terceras partes de las personas legisladoras presentes tanto en la Cámara de origen como en la Cámara revisora, y posteriormente debe ser aprobada por mayoría en los Congresos de los estados y la Ciudad de México. Antes de 1997 siempre entendimos que la facilidad para cambiar la Constitución venía del sistema autoritario de partido hegemónico que, en combinación con el híper presidencialismo mexicano permitía la sumisión del Poder Legislativo Federal, así como de los locales. Sin embargo, en los años de los gobiernos sin mayoría se aprobaron 103 decretos de reforma constitucional, un promedio de 4.9 decretos por año. A pesar de que la pluralización se reflejó también en las personas titulares de los gobiernos locales, nunca un congreso local impidió una reforma constitucional.

Tabla 1
Número de decretos de reforma constitucional por Legislatura

Legislatura	*Número de decretos*
LVII Legislatura (1997-2000)	13
LVIII Legislatura (2000-2003)	5
LIX Legislatura (2003-2006)	12
LX Legislatura (2006-2009)	22
LXI Legislatura (2009-2012)	15
LXII Legislatura (2012-2015)	26
LXIII Legislatura (2015-2018)	10
Total	103

Fuente: elaboración propia con información del Sistema de Información Legislativa.[3]

Por ello me parece importante presentar cuáles fueron las principales reformas constitucionales de este período. La Constitución mexicana, como cualquier constitución moderna, con-

[3] Esta y las tablas subsecuentes fueron hechas para el libro de mi autoría "El Poder Legislativo en la consolidación de la democracia mexicana (1997-2018)" actualmente en prensa bajo el sello del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

tiene los elementos fundamentales que toda constitución debe tener. Una parte dogmática que consagra los ahora llamados derechos fundamentales y la otra orgánica o programática que organiza al Estado y define el famoso sistema de controles y equilibrios entre poderes para prevenir que no haya abusos de las personas que detentan el poder político ni de las instituciones. Durante los años de los gobiernos sin mayoría hubo reformas sustanciales en ambas partes.

En esta época de pluralismo limitado el escenario político estuvo dominado por tres partidos políticos, el PRI, el Partido Acción Nacional y el Partido de la Revolución Democrática. El primero de centro aunque con fuertes divisiones internas entre el viejo nacionalismo revolucionario y el llamado "neoliberalismo"; el segundo de derecha con una ala más radical de ultra-derecha representada, entre otros grupos, por el Yunque[4] y el tercero de izquierda, con múltiples corrientes a las que los propios perredistas llamaron "tribus" pero con dos grandes grupos, uno de ellos que representa la izquierda histórica del país desde los orígenes del Partido Comunista Mexicano y otro que fue recibiendo a los priistas más tradicionales que rechazaron la política económica de Miguel de la Madrid y sus sucesores, entre ellos Cuauhtémoc Cárdenas, Porfirio Muñoz Ledo y Andrés Manuel López Obrador. A pesar de las divisiones intrapartidarias y del espectro ideológico de los diferentes partidos, el sistema de partidos mexicano tiene niveles de disciplina muy altos, especialmente en los comportamientos parlamentarios. Siempre se necesitó el acuerdo de al menos dos de las tres principales fuerzas políticas, aunque en no pocas ocasiones fueron las tres juntas.

A continuación, analizaremos cómo pasaron de una actitud obstruccionista a un abierto colaboracionismo que en algunos casos pecó de franca complicidad. Posteriormente señalaremos los

[4] Grupo de ultraderecha que tiene su origen en los años cincuenta, autodefinido como defensor del catolicismo, anticomunista y antisemita. Con fuertes rasgos fascistas. Santiago, Mario Virgilio, "El Yunque de México del periodismo a la historia", *Las derechas en América Latina en el siglo XX: problemas, desafíos y perspectivas. Sección 2. Derechas y extremas derechas,* Francia, Nuevos Mundos, L´École des Hautes Studes Sciences Sociales, 2016, *https://journals.openedition.org/nuevomundo/68832*

cambios más relevantes en la parte dogmática de la Constitución para después revisar los cambios programáticos. Tanto en unos como en otros la valoración es ambivalente, hubo importantes avances, pero también yerros importantes y retrocesos en el proceso de consolidación de la democracia. Expondré esta valoración en las conclusiones.

II. Del obstruccionismo a la colaboración

Una vez iniciada la primera legislatura en la que el presidente de la República no tuvo mayoría absoluta (Legislatura LVII 1997-2000) los partidos de oposición entraron en una fase obstruccionista en la que fue muy difícil para el presidente Ernesto Zedillo que le aprobaran tanto reformas legales y constitucionales como el propio presupuesto. El Poder Legislativo lidereado por el conjunto de las oposiciones se sintió fortalecido para oponerse al Poder Ejecutivo y emprendieron lo que ellos mismos llamaron la dignificación del Poder Legislativo. En este período Zedillo envió cuatro iniciativas de reforma constitucional de las cuales solamente consiguió los votos necesarios para dos. Las dos rechazadas fueron la reforma en materia de los pueblos indígenas que buscaba una solución constitucional al conflicto indigenista de Chiapas en el que en 1994 el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) había declarado la guerra al Estado mexicano; la otra era una reforma en materia energética que pretendía abrir la industria eléctrica y petrolera a la inversión privada incluida la extranjera.[5]

Vicente Fox presentó seis iniciativas de reforma constitucional a la legislatura LVIII (2000 y 2003) de las cuales le rechazaron tres muy importantes, una en materia energética, otra en materia penal y la tercera una reforma de carácter fiscal.

Para ilustrar el espíritu obstruccionista de estas primeras dos legislaturas vale la pena recordar que tanto a Zedillo como a Fox el Senado decidió negarles un permiso para salir al extranjero sin

[5] Siempre se planteó que el Estado mantendría la mayoría absoluta en la inversión privada.

más razón aparente que demostrar que teníamos un nuevo Poder Legislativo con capacidad de controlar al Ejecutivo "como nunca se había hecho".

A Felipe Calderón (2006-2012) y a Enrique Peña Nieto les tocó lidiar con un Poder Legislativo más domesticado que había superado la época del obstruccionismo al que Laura Valencia llamó el parlamentarismo salvaje para dar lugar al parlamentarismo racionalizado.[6] Como podemos ver en la Tabla 2, Calderón y Peña Nieto ya habían aprendido a lidiar con los congresos sin mayoría. Presentaban iniciativas previamente cabildeadas, estaban dispuestos a ceder correcciones, aunque eso significara en muchas ocasiones desfigurar la iniciativa original hasta que quedaban prácticamente irreconocibles, y en muchos casos inútiles. Como está ampliamente documentado el consenso o la mayoría calificada se obtenía a partir de las prácticas de *pork barrel*, los moches con beneficio directo a los municipios o estados de las personas legisladoras y en algunos casos las transferencias directas de la Tesorería de la Federación a sus cuentas personales.[7]

Mención aparte merece el acuerdo del PRI PAN y PRD en la Legislatura LXII (2012-2015), el llamado "Pacto por México"[8] en el que los tres partidos acordaron sacar de manera conjunta un grupo amplio de reformas que permitieron aprobar las llamadas reformas estructurales entre ellas las reformas en materia energética, telecomunicaciones y educativa. El Pacto por México se caracterizó por dos cosas relevantes para los propósitos de este artículo, la primera es que el trabajo legislativo volvió a salir del Congreso para regresar al Poder Ejecutivo (a veces se hizo directamente desde Los Pinos, a veces desde la Secretaría de Gobernación). Sin embargo, hay que reconocer que no se perdió el pluralismo, a diferencia de la época del autoritarismo del partido

---

6 Valencia Escamilla, Laura, "Institucionalización del Congreso Federal mexicano. Transición democrática y cambio organizacional", *Apuntes,* vol. 17, núm. 2, Brasil, julio-diciembre, 2020, pp.232-270, *https://doi.org/10.32887/issn.2527-2551v17n2p.232-270*

7 Marván, María, *El Poder Legislativo en el proceso de consolidación de la democracia mexicana (1997-2018),* México, IIJ-UNAM, 2025 (En prensa).

8 El documento íntegro del Pacto por México, *https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf*

hegemónico, en las negociaciones participaron las altas élites del PRI, PAN y PRD quienes entregaban los decretos listos para ser votados por las personas legisladoras con el mandato de "no moverles ni una coma". Regresamos al carácter instrumental y no deliberativo del Poder Legislativo. La segunda es que más que acordar el corazón sustancial de la reforma se acordaron redacciones suficientemente ambiguas que posteriormente sirvieron para que cada partido pudiera hacer valer sus diferencias a la hora de redactar las leyes secundarias; esto trajo como consecuencia que muchas reformas constitucionales que entraron en vigor jamás pudieron ser traducidas en políticas públicas por falta de legislación secundaria.

Tabla 2
Iniciativas de reformas constitucionales presentadas por el Ejecutivo y aprobadas por el Congreso (1997-2018)

Legislatura	*Presidente*	*Presentadas*	*Aprobadas*
LVII (1997-2000)	Zedillo	4	2
LVIII (2000 -2003)	Fox	6	3
LIX (2003-2006)	Fox	8	3
LX (2006-2009)	Calderón	6	5
LXI (2009-2012)	Calderón	2	2
LXII (2012-2015)	Peña Nieto	10	6
LXIII (2015-2018)	Peña Nieto	10	3
Total		46	24

Fuente: elaboración propia con información del Sistema de Información Legislativa, http://sil.gobernacion.gob.mx/portal/Numeralia/integracionCongreso

Los nuevos tiempos de gobiernos sin mayoría condujeron rápidamente a nuevas formas de relación entre poderes y sobre todo en la relación del presidente con el Congreso. Las iniciativas

de reforma tenían mejores probabilidades de pasar si no venían directamente de la presidencia, normalmente era presentada por una persona legisladora del partido del presidente con quién ya se había negociado y en ocasiones inclusive se buscaba una persona de un partido de oposición que ya había comprometido su voto con el presidente. Esto explica el gran número de reformas que se aprobaron en los veintiún años de la democracia mexicana, valga decir que en total se reformaron 374 artículos (Tabla 3), es decir sin las formalidades de un poder constituyente originario, no es una exageración afirmar que el poder reformador de la Constitución la rehízo varias veces sin tener la efeméride de una fecha simbólica que marcara el inicio de una nueva República

Tabla 3
Número de artículos reformados por sexenio

Presidente	*Número de artículos reformados*
Ernesto Zedillo Ponce de León	78
Vicente Fox Quesada	31
Felipe Calderón Hinojosa	110
Enrique Peña Nieto	155
Total	**374**

Fuente: elaboración propia con datos de la Cámara de Diputados, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm

Es de resaltar la cantidad de reformas sobre el artículo 4º constitucional en una expansión de derechos sobre temas sociales que incluyen, por ejemplo, el derecho a una buena alimentación o a un medio ambiente limpio, o a un ambiente social libre de discriminación. El artículo 73 también fue reformado muchas veces porque hubo una franca ampliación de las facultades del Congreso Federal, casi siempre en detrimento del pacto federal.

III. Cambios constitucionales en la parte dogmática

Los años de los gobiernos sin mayoría hubo una importante ampliación de los derechos fundamentales que en algunos casos fue acompañada de cambios institucionales con la finalidad de establecer nuevas políticas públicas que fortalecieran la eficaz

protección de estos; en muchos otros casos se ampliaron los derechos sin dotarlos de presupuesto que garantizara nuevas políticas públicas ni que se procurara que estos fueran eficientemente exigibles.

Sin lugar a duda la reforma más importante en materia de derechos fundamentales es la reforma del 10 de junio de 2011 que reformó 11 artículos constitucionales. El artículo 1º es el más importante ya que en él se condensa la nueva filosofía en materia de Derechos Humanos que adoptó el país. A partir de la reforma ya no se dice que el Estado garantiza los derechos humanos, sino que los reconoce, como sabemos esto es mucho más que un cambio semántico. El capítulo que se denominaba "De las garantías individuales" se transforma por el "De los derechos humanos y sus garantías". Se obliga a todas las autoridades mexicanas a respetar los derechos humanos y se establece claramente la obligación del Estado mexicano de cumplir con todos los compromisos adquiridos por México a través de la firma de múltiples tratados internacionales. Fueron muchísimas las veces en las que pesar de haberse comprometido a cumplir con nuevos estándares en la materia de derechos fundamentales jamás se modificaron leyes y mucho menos prácticas por lo que esos compromisos acababan siendo papel mojado. Esta reforma tuvo el propósito de acabar con esta práctica perniciosa.

Asimismo, se obliga a todas las autoridades nacionales a interpretar siempre conforme al principio *pro persona* para maximizar los derechos en favor de las personas titulares de los mismos.

Pocos días antes de esta reforma se aprobaron reformas importantes a la figura del amparo en el que también hubo una ampliación de derechos, especialmente de las causas por las que debía considerarse procedente el amparo, con ello se obligaba al Poder Legislativo a expedir una nueva Ley de Amparo, compromiso que no cumplió el Congreso dentro de los plazos establecidos en los artículos transitorios de la reforma.

En el periodo de la neonata democracia mexicana se ampliaron en varias ocasiones los derechos de nacionalidad, permitiendo por primera vez a los mexicanos ostentar una doble nacionalidad o recuperar la nacionalidad mexicana si en algún momento habían renunciado a ella.

En materia de derechos de los pueblos indígenas se reconoció por primera vez que México es un país multicultural y el derecho de las personas pertenecientes a ellos al voto pasivo. En esta ocasión sí se tomaron múltiples medidas legales, administrativas y jurisdiccionales para asegurar su presencia efectiva en el Congreso de la Unión.

Si tomamos en cuenta la concepción amplia de derechos fundamentales que introdujo la reforma de 2011, debemos referirnos también al derecho de participación de la ciudadanía en este mismo apartado. En materia político electoral se introdujeron cambios importantes en la lógica de ampliación de derechos como fue la introducción del derecho al voto de los mexicanos residentes en el extranjero. Más adelante también hubo cambios para adoptar figuras de la llamada "democracia directa" tales como la consulta popular y la iniciativa ciudadana. Junto con estas reformas se venció el tabú de la no reelección consecutiva de las personas legisladoras. A decir de las respectivas exposiciones de motivos se consideró que estas reformas habrían de ayudar a suavizar la llamada "partidocracia" que cada vez generaba mayor rechazo en la ciudadanía.

La reforma política de 2007 impulsada por e conflicto postelectoral de 2006 introdujo un gran número de restricciones en materia de comunicación política a todos los actores políticos, sociales y económicos. A partir de las restricciones en materia de libertad de expresión, cualquier persona física o moral fue tratada por la Constitución y la legislación secundaria como un delincuente en potencia lo que empobreció, aún más, la calidad del debate público especialmente durante las épocas de campañas políticas.

Especialmente difícil es hacer un balance en materia de derechos humanos por lo que se refiere a los aspectos de la seguridad pública y la procuración y administración de justicia. Quizá sea la materia en la que mejor se ejemplifica la absurda convicción, muy mexicana, de que legislar es resolver el problema en cuestión.

En estas dos décadas hubo un crecimiento exponencial tanto de la pequeña criminalidad como de las muy diversas actividades del crimen organizado. Los cárteles de la criminalidad se dedi-

caron lo mismo al cultivo de narcóticos, laboratorios de drogas sintéticas, narcotráfico interno e internacional, secuestro, desapariciones forzadas, y más tarde el cobro de piso a cualquier tipo de negocio, están entre las actividades más relevantes. En la lucha por controlar sus espacios de acción incrementaron los homicidios dolosos entre ellos; los enfrentamientos con las Fuerzas Armadas dedicadas a combatirles propiciaron un alto índice de letalidad con víctimas civiles. Pronto la incapacidad del Estado en materia de garantizar la seguridad pública para la ciudadanía, así como en la procuración y administración de la justicia fue evidente.

Para tratar de afrontar el problema hubo reformas penales, reformas al sistema judicial y al sistema de procuración de justicia. En todos los casos prevalecieron dos enfoques: uno punitivista y otro militarista. Lejos de cualquier razonamiento lógico en México se ha pensado que el incremento de las penas tanto para los crímenes del fuero común como para los del fuero federal podrían disminuir los índices de delincuencia cuando en realidad tenemos una crónica incapacidad de prevención e investigación del delito. Por ejemplo, cuando en 2005 se aprobó el "Sistema integral de justicia para adolescentes" se habló mucho de los derechos humanos de los menores delincuentes, pero el sistema en conjunto sirvió para disminuir la edad en la que podrían ser juzgados como mayores de edad. Como en algún momento escribió Miguel Carbonell el sistema penal mexicano es un auténtico drama.[9]

La presencia de las FFAA en todas las tareas de seguridad pública se incrementó de manera constante desde Zedillo hasta Peña Nieto. Para ello hubo múltiples reformas legales y constitucionales. La Suprema Corte de Justicia tuvo una actuación ambivalente, tomó algunas decisiones que propiciaron esta visión militarista, pero también declaró inconstitucional la Ley de Seguridad Interior promovida por Peña Nieto que descargaba en el Ejército la seguridad pública del país.[10]

---

9 Carbonell, Miguel, "Tres grandes reformas: Derechos humanos, justicia penal y acceso a la información", en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio, *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012,* México, Taurus, 2014, pp. 139-182.

10 Para un recuento preciso de este proceso se recomienda ver el libro de Garza Onofre et. Al. Érase un país verde olivo. Militarización y legalidad

En este contexto habrá que destacar dos reformas constitucionales relacionadas con la administración y procuración de la justicia. La reforma del 2007 para transitar de un sistema penal inquisitorio a un sistema acusatorio que ha quedado hundida en graves problemas de implementación. Y la reforma a lo que se llamó la "justicia cotidiana" promulgada el 5 de febrero de 2017 que buscó alternativas de solución a todos los demás aspectos de la justicia excluyendo a la materia penal considerada la más complicada.[11]

IV. Cambios constitucionales en la parte programática

Quienes defendemos que la reforma electoral de 1996 puede ser considerada el final del proceso de transición a un régimen democrático nos apoyamos en la evidencia empírica de que el sistema electoral, por primera vez en la historia de México, era un sistema de pluralismo limitado en el que las elecciones se desarrollaban con certidumbre legal, que las personas elegidas estaban en posibilidad de tomar posesión, que había competencia efectiva en la mayor parte de los puestos de elección popular, que tanto ganadores como perdedores estaban conscientes de la temporalidad de su condición. La Legislatura LVII, más que ninguna otra, supo con claridad que se inauguraba un período democrático que dejaba atrás el presidencialismo autoritario sostenido por un sistema de partido hegemónico.

En este sentido las oposiciones tuvieron dos preocupaciones que normaron en gran medida sus quehaceres, desarticular el híper presidencialismo mexicano y fortalecer la división de poderes para reestructurar el sistema de controles y equilibrios (*checks and balances).* Un precedente importante es la reforma de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1994) que le dio

en México. Grano de Sal. México. 2024. Disponible en https://granodesal.com/9786075986159-2/,

11 Marván, María, *op. cit*.; Garza, Juan Jesús y Martín, Javier, *La Constitución desconocida. Teoría y práctica de todo lo que siempre quisiste saber sobre tu Constitución, pero no te atreviste a preguntar,* México, Taurus, 2024.

facultades importantes de Tribunal Constitucional fue un primer paso en este sentido. En 1997 la falta de una mayoría absoluta en el Congreso sirvió para introducir cambios muy importantes en la relación entre poderes.

Es importante valorar en su justa dimensión los aciertos que hubo en esta materia, así como las rápidas regresiones. Sostengo que abandonamos la época del presidencialismo autoritario para entrar en una fase efímera y débil de presidencialismo transicional que no alcanzó a llegar a un sistema presidencial democrático consolidado.[12] (Valadés, Diego 2018).

La rendición de cuentas y la transparencia del ejercicio gubernamental se convirtieron en una preocupación seria de los actores políticos. Entre las reformas constitucionales más importantes en este sentido debemos mencionar la sustitución de la Contaduría Mayor de Hacienda por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) en 1999. Por primera vez se hicieron ejercicios serios para la revisión de la Cuenta Pública; no solo se auditó el ejercicio del gasto público de la Administración Pública Federal, todo el dinero público fue sujeto a un auténtico escrutinio a pesar de la resistencia de muchos actores; es importante recordar que varias universidades públicas quisieron escudarse en su autonomía para evitar rendir cuentas sobre sus ejercicios presupuestales. Por primera vez se entendía que quien gastase un centavo de recursos públicos, estaba obligado a rendir cuentas.

Esta fue la época de creación de los Organismos Constitucionales Autónomos (OCA), innovación constitucional para dar a ciertas instituciones autonomía con respecto al Poder Ejecutivo. Ciertas funciones del Estado que se consideraron de espacial relevancia se protegieron de los vaivenes de la política y, sobre todo, de los caprichos presidenciales. Sin embargo, tampoco fueron trasladados a la esfera del Legislativo o el Judicial.[13] En orden de aparición: Banco de México (1993); el Instituto Federal Electoral (1996); la Comisión Nacional de Derechos Humanos

[12] Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición,* 3a. ed., México, IIJ-UNAM, 2018.

[13] Salazar, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías,* México, FCE, 2017.

(1999); el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (1996); el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (2013) la Comisión Federal de Competencia (2013); el Instituto Federal de Telecomunicaciones (2013); el Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (2014); el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2014)[14]; La Fiscalía General de la República (2019). Es preciso mencionar que en 2024 la autonomía constitucional de casi todos estos organismos fue retirada a través de una reforma que tiene como propósito la reconstrucción de un nuevo presidencialismo autoritario de corte populista encabezado por los dos sexenios de Morena.

Un buen indicador de la preocupación por la conformación de un nuevo sistema de controles y equilibrios fueron todos los cambios, legales y materiales, en lo relativo a los procesos de aprobación del presupuesto. La Cámara de Diputados abandonó la práctica de estampar su firma en el envío que hacía el Poder Ejecutivo; iniciaron arduos procesos de negociación para la aprobación anual del presupuesto. Esto provocó la necesidad de ampliar el tiempo con el que contaba el Congreso para revisar tanto la Ley de Ingresos como el proyecto de presupuesto. El trabajo en comisiones fue tomado en serio; la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se sentó con las personas legisladoras a negociar los cambios y en ocasiones las oposiciones aprobaron cambios en contra del propio Ejecutivo. La tensión entre poderes llegó hasta el punto de que fue necesario establecer qué tipo de modificaciones podía o no hacer la Cámara de Diputados al presupuesto.

El evento más significativo fue la controversia constitucional interpuesta por Fox con relación al presupuesto de 2005 que había sido modificado profundamente por la Cámara de Diputados hasta el punto de crear nuevos programas para los cuales no se garantizó la debida suficiencia presupuestal.[15]

En el proceso de acotar la omnipotencia del poder presidencial hubo fuertes tensiones, tanto con el Poder Judicial, como con

[14] Esta autonomía nunca acabó de concretarse por falta de la legislación secundaria.

[15] Marván, María, *op. cit.*

el Poder Legislativo. Después de venir de un larguísimo período en el que al Ejecutivo siempre se le aprobaba cualquier iniciativa de reforma constitucional pasamos a una fase en la que lo que proviniera del Ejecutivo más difícilmente sería aprobado.

En el año 2012, al final del sexenio de Calderón, se consideró que el presidente necesitaba de nuevas herramientas si quería poder sacar adelante su proyecto de gobierno; para ello se introdujo la llamada "Iniciativa preferente" que daba una oportunidad al presidente de enviar cada inicio de proceso una iniciativa que el Congreso tuviera la obligación de dictaminar en un proceso perentorio muy corto. Desde luego el Congreso quedaba en absoluta libertad de aprobarla en sus términos, modificarla o rechazarla, de lo único que se aseguraba el presidente es que esta no fuera enviada a la congeladora, práctica que se había hecho de lo más común.

Por último, hay que mencionar los esfuerzos que se hicieron para prevenir, investigar, combatir y sancionar la corrupción, para ello se introdujeron cambios en materia de acceso a la información pública gubernamental,[16] así como en las materias relacionadas con el combate a la corrupción. Sin embargo, hubo un fuerte crecimiento de escándalos de corrupción. A pesar de los esfuerzos de tener mejores sistemas de rendición de cuentas y de las nuevas leyes federales y locales de acceso a la información pública gubernamental, se cometieron numerosos actos de corrupción. No existió partido político ni nivel de gobierno que no se hubiese visto envuelto en algún escándalo mayúsculo.

Es difícil saber si hubo más corrupción o esta simplemente se hizo más visible porque tanto la ciudadanía como las oposiciones tuvieron muchas mayores herramientas para "descubrir" y denunciar estas faltas. Asimismo, es necesario tomar en cuenta el incremento sustancial de la independencia que ganaron los medios de comunicación lo que también propicio la mayor publicidad de estos hechos de corrupción. La reforma más importante en esta materia fue la creación del Sistema Nacional Anticorrup-

[16] En 2002 se aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y en 2014 se le otorgó el carácter de OCA al INAI.

ción cuyos resultados han sido sumamente limitados a pesar de la importancia que tuvieron algunos cambios conceptuales sobre cómo tratar el fenómeno de la corrupción sistémica.

V. Conclusiones

El proceso de construcción de la democracia se hizo a partir de reformas constitucionales, lo que sin duda ha tenido como ventaja que no hubo una fractura social de corte revolucionario que siempre deja vencedores y vencidos. Sin embargo, hay que reconocer que el precio a pagar ha sido alto; no solo está la excesiva extensión de la Constitución, más grave es la incongruencia interna de muchas de sus disposiciones y el haber avanzado siempre al calor de la coyuntura y sin una carta de navegación que nos diera certezas sobre el puerto al que el ethos político quería arribar. Como señalo en el texto, siempre nos quedaremos con la duda de si la falta del hecho simbólico de haber hecho una auténtica refundación de una nueva República democrática contribuyó a la facilidad con la que se desmontó nuestra débil democracia en 2024.

Los cambios constitucionales, tanto los logrados como los impedidos, fueron corresponsabilidad de las tres principales fuerzas políticas que en esos años condujeron los destinos políticos del país. Muchos de los cambios fueron hechos para favorecer el proceso de consolidación de la democracia, sin embargo, no siguió al proceso de reforma la transformación de la legislación secundaria o el debido avituallamiento para asegurar que esos cambios constitucionales se convirtieran en políticas públicas.

También hubo muchas reformas y sobre todo procedimientos que estuvieron muy alejados de favorecer el proceso de consolidación de la democracia. Igualmente se tomaron muchas decisiones constitucionales, legales e incluso administrativas para recomponer el sistema de equilibrios y controles que limitarían el otrora ilimitado poder del presidente. También hay que reconocer que se desperdiciaron oportunidades para caminar en la dirección correcta. Como he señalado en otros textos, la vulnerabilidad de nuestra democracia puede explicarse porque la velo-

cidad de los cambios constitucionales no fue acompasada con el cambio del ethos democrático de las élites políticas.

La neonata democracia tuvo un proceso de construcción de dos décadas exactamente, entre 1977 y 1997, duró veintiún años vigente y se deconstruyó en apenas seis años. Algún día, habrá que volver a empezar.

Referencias

Carbonell, Miguel, "Tres grandes reformas: Derechos humanos, justicia penal y acceso a la información", en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio, *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012,* México, Taurus, 2014.

Garza, Juan Jesús y Martín, Javier, *La Constitución desconocida. Teoría y práctica de todo lo que siempre quisiste saber sobre tu Constitución, pero no te atreviste a preguntar,* México, Taurus, 2024.

Marván, María, *El Poder Legislativo en el proceso de consolidación de la democracia mexicana (1997-2018),* México, IIJ-UNAM, 2025 (En prensa).

Salazar, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías,* México, FCE, 2017.

Santiago, Mario Virgilio "El Yunque de México del periodismo a la historia" en *Las derechas en América Latina en el siglo XX: problemas, desafíos y perspectivas. Sección 2. Derechas y extremas derechas,* Francia, L´École des Hautes Studes Sciences Sociales, 2016.

Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición,* 3a. ed., México, IIJ-UNAM, 2018.

Valencia Escamilla, Laura, "Institucionalización del Congreso Federal mexicano. Transición democrática y cambio organizacional", *Apuntes,* vol. 17, núm. 2, Brasil, julio-diciembre, 2020.

La objeción de inexequibilidad

***

The objection of unenforceability

*Salvador Sánchez G.**

Resumen: el artículo enmarca la figura de la objeción de inexequibilidad entre las formas de control previo de constitucionalidad. A partir de ahí se despliega el análisis de los elementos comunes y distintivos de la objeción de inexequibilidad, y su perfil concreto en el marco del derecho constitucional panameño vigente. Se examina especialmente el desarrollo legislativo y la jurisprudencia constitucional sobre el instituto, explorando los problemas que se confrontan y las posibilidades de abordar su reforma.

Abstract: the article frames the figure of the objection of unenforceability among the forms of prior control of constitutionality. From there, the analysis of the common and distinctive elements of the objection of unenforceability, and its concrete profile within the framework of current Panamanian constitutional law, unfolds. The legislative development and constitutional jurisprudence on the institute are especially examined, exploring the problems that are confronted and the possibilities of addressing its reform.

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Santa María La Antigua, de Panamá. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Director de Instituto de Estudios Democráticos (INED), del Tribunal Electoral.

Palabras clave: objeción de inexequibilidad, control de constitucionalidad, relaciones ejecutivo-legislativo, presidente de la República, Corte Suprema de Justicia.

Keywords: objection of unenforceability, control of constitutionality, executive-legislative relations, President of the Republic, Supreme Court of Justice.

Sumario: I. Introducción. II. El control de constitucionalidad en Panamá. III. El concepto de control previo. IV. El control previo en el régimen constitucional vigente. V. Elementos básicos de la objeción de inexequibilidad. VI. Reflexiones finales. Referencias.

I. Introducción

Este texto examina el mecanismo conocido como objeción de inexequibilidad en el derecho constitucional de la República de Panamá. Se trata de un proceso más que centenario que, sin embargo, sigue despertando alguna sorpresa, incluso entre los constitucionalistas.[1]

En Panamá ha sido escaso el tratamiento monográfico de la institución.[2] Para abordar el estudio de este mecanismo, se procede a ubicarlo en el contexto del control de constitucionalidad, como parte de los institutos de control previo. A continuación, se procede a hacer una descripción básica del sistema de control de constitucionalidad vigente en Panamá, se presenta la regulación vigente de la objeción de inexequibilidad.

---

1 Medina Rubio, Ricardo, "La objeción de inexequibilidad", *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, pp. 373-412.

2 Entre los escritos que abordan la objeción, están: Wong Pimentel, Andrés, "La Objeción Presidencial y la Reforma de la Ley", *Revista Parlamentaria Debate,* año VI, núm. 15, diciembre de 2008, pp. 10-19; González Montenegro, Rigoberto y Rodríguez Robles, Francisco, "La Objeción de Inexequibilidad Constitucional en Panamá", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, enero/diciembre 2001, pp. 125-149; y González Montenegro, Rigoberto, *La objeción de inexequibilidad*, Editorial Portobelo, Librería El Campus, 1999.

La descripción de la figura contemporánea de la objeción de inexequibilidad exige el estudio del derecho positivo aplicable, que se ubica tanto en la Constitución de 1972 (2004) como en el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (RORI) y en el Código Judicial (CJ). Se completa esa revisión con la consideración de la jurisprudencia constitucional relacionada.

El análisis de esos materiales permite observar cómo opera la figura, y al mismo tiempo se reconocen los aspectos que resultan problemáticos para el funcionamiento coherente de la objeción de inexequibilidad dentro del sistema político y jurídico de Panamá. A partir de ese diagnóstico se identifican los puntos que pueden ser objeto de reforma.

II. El control de constitucionalidad en Panamá

El modelo imperante actualmente es de control judicial concentrado y posterior, en cuanto al control abstracto de constitucionalidad de las leyes y otras normas y actos. El ejercicio de ese control queda adscrito a una CSJ integrada por nueve magistrados, cuyos fallos en esta materia son finales, definitivos y obligatorios, y tienen efectos *erga omnes* y *ex nunc*.[3]

Desde la perspectiva de las instituciones de garantía, opera la acción directa de inconstitucionalidad en vía principal, pero también existe en vía incidental la consulta de inconstitucionalidad (art. 206.1 de la CP), y el control previo de las leyes, a través de la objeción por inexequibilidad, de titularidad exclusiva del Órgano Ejecutivo (art. 168-171 de la CP).

En cuanto a la garantía de los derechos fundamentales, existen vías de control concreto y difuso, a través de la acción de am-

[3] Sobre el control de constitucionalidad en Panamá, puede consultarse: Mejía, Jerónimo, "El control de constitucionalidad en Panamá", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, 2019, pp. 81-111; y Hoyos, Arturo, "La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis", en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitucionale commune en América Latina?,* México, UNAM, 2010, pp. 591-598.

paro de garantías de derechos fundamentales (art. 50 de la CP), *habeas corpus* (art. 23 de la CP), *habeas data* (art. 44 de la CP), y acción de tutela de derecho al honor (esta última, que consta en la ley, más no en la Constitución).[4]

El control de la constitucionalidad subjetiva mediante las instituciones arriba mencionadas está desarrollado en la Ley, y se relaciona a la jerarquía y competencia de los funcionarios responsables de expedir los actos objeto de impugnación. La consideración de la impugnación de los actos de funcionarios con jurisdicción nacional o de dos o más provincias, corresponde a la CSJ.

En los años recientes el control de constitucionalidad ha tenido una evolución significativa por efecto de la jurisprudencia constitucional de la CSJ, misma que también ha sido duramente criticada en un sector de la doctrina local, subrayando especialmente la ausencia de fundamentos positivos para algunas innovaciones jurisprudenciales, y su contradicción frente a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.[5]

III. El concepto de control previo

El control previo se refiere al contraste entre las normas constitucionales y las disposiciones de instrumentos jurídicos que se encuentran en etapas que permiten reconocer con claridad el alcance de sus implicaciones, en caso de que entraran a regir, pero que se encuentran pendientes de completar las etapas formales necesarias para adquirir validez.

Ese contraste de normas constitucionales y disposiciones pendientes de adquirir validez permite prevenir la entrada en vigor de disposiciones que, al menos potencialmente, colisiona-

[4] Ley núm. 22 de 29 de junio de 2005, que prohíbe la imposición de sanciones por desacato, dicta medidas en relación con el derecho de réplica, rectificación o respuesta y adopta otras disposiciones.

[5] Por ejemplo, en Jorge Giannareas, Rigoberto González Montenegro y Salvador Sánchez, *La sala de la discordia: estudio sobre justicia constitucional actual*, Panamá, IIDC, 2012.

rían con la Constitución si llegaran a ser efectivas. Algunos de los mecanismos que históricamente han permitido ese tipo de control son la objeción de inexequibilidad de las leyes, y la revisión obligatoria de convenios internacionales antes de su ratificación por los órganos legislativos (una institución que ha sido puesta en práctica, en diversos momentos, en España[6] o en Costa Rica,[7] por ejemplo).

Entendemos como control de constitucionalidad previo de la ley, el que inicia un jefe de Estado o de Gobierno respecto del proyecto de una ley aprobada por el Órgano Legislativo, antes de su sanción y promulgación, para impedir que entre a regir. En Panamá se conoce a este procedimiento como objeción de inexequibilidad, y tiene un escenario político (ante el Órgano Legislativo) y otro judicial (ante la CSJ).

IV. El control previo en el régimen constitucional vigente

En primer lugar, debe señalarse que el control de constitucionalidad a cargo de la CSJ tiene base en el artículo 206.1 de la Constitución, que no menciona la objeción por inexequibilidad. Sin embargo, la regulación del control previo en el régimen constitucional vigente abarca disposiciones constitucionales y legales. La Constitución de 1972 (2004), señala:

> Artículo 168. Aprobado un proyecto de Ley pasará al Ejecutivo, y si este lo sancionare lo mandará a promulgar como Ley. En caso contrario, lo devolverá con objeciones a la Asamblea Nacional.
>
> Artículo 169. El Ejecutivo dispondrá de un término máximo de treinta días hábiles para devolver con objeciones cualquier pro-

[6] En España, el art. 95.1 CE exige que los tratados se ajusten a la Constitución, mientras que el art. 95.2 CE autoriza al Gobierno y a cada una de las cámaras de las Cortes a presentar recurso ante el Tribunal Constitucional si hay dudas sobre su adecuación a la Constitución.

[7] En Costa Rica, el art.10 de la Constitución establece que la sala especializada de la Corte pueda conocer de las consultas sobre proyectos de aprobación de convenios o tratados internacionales.

yecto. Si el Ejecutivo una vez transcurrido el indicado término no hubiese devuelto el proyecto con objeciones no podrá dejar de sancionarlo y hacerlo promulgar.

Artículo 170. El proyecto de Ley objetado en su conjunto por el Ejecutivo, volverá a la Asamblea Nacional, a tercer debate. Si lo fuera solo en parte, volverá a segundo, con el único fin de considerar las objeciones formuladas. Si consideradas por la Asamblea Nacional las objeciones el proyecto fuere aprobado por los dos tercios de los Diputados que componen la Asamblea Nacional, el Ejecutivo lo sancionará y hará promulgar sin poder presentar nuevas objeciones. Si no obtuviere la aprobación de este número de Diputados, el proyecto quedará rechazado.

Artículo 171. Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto por inexequible y la Asamblea Nacional, por la mayoría expresada, insistiere en su adopción, aquél lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su inconstitucionalidad. El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.

Entre las disposiciones legales, destacan las propias del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (en adelante, RORI), que en Panamá tienes forma y jerarquía (en general) legal, y que rigen especialmente la etapa de la objeción de inexequibilidad como control político, y las del Código Judicial, que regulan la etapa de la objeción de inexequibilidad como control judicial.

Las reglas del RORI disponen:

Artículo 204. Remisión, sanción, promulgación y objeciones. Aprobado un proyecto de ley, se remitirá al Órgano Ejecutivo en doble original, y si este lo sancionare, lo hará promulgar como Ley. Si tuviere objeciones, lo devolverá a la Asamblea Nacional indicándolas.

Artículo 205. Trámite de la objeción. El proyecto de ley objetado en su conjunto por el Ejecutivo volverá a la Asamblea Nacional a tercer debate, previo informe de la Comisión a la cual corresponde dicho proyecto. Para insistir sobre el mismo, cuando este haya sido objetado en su conjunto, se requerirá una votación favorable no menor de las dos terceras partes de los Diputados o Diputadas que componen la Asamblea Nacional; de no ser así el proyecto quedará rechazado. Si es aprobado, el Ejecutivo lo sancionará y hará

> promulgar sin poder presentar nuevas objeciones. Si fuere objetado solo en parte, la Asamblea Nacional, previo informe de la Comisión correspondiente, y según los procedimientos ordinarios de segundo y tercer debate, considerará el proyecto únicamente en cuanto a los temas objetados por el Ejecutivo.
>
> Artículo 206. Aprobación por insistencia. Cuando el Ejecutivo devuelva un proyecto por inexequible y la Asamblea Nacional, por la mayoría de dos tercios insistiere en su adopción, aquel lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su inconstitucionalidad. El fallo de la Corte que declara el proyecto constitucional obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.
>
> Artículo 207. Archivo en caso de objeción por inexequibilidad. Cuando el Órgano Ejecutivo devuelva un proyecto por inexequible en su totalidad y la Asamblea declare fundadas las observaciones hechas por él, se archivará el proyecto.

También se dispone la prelación de estos asuntos en el orden del día de la Asamblea Nacional (art. 100.7 del RORI) y sobre la caducidad de los proyectos de ley (art. 122 del RORI).[8] Resulta igualmente pertinente mencionar que la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales tiene entre sus funciones la de emitir concepto sobre los proyectos de ley devueltos por el Órgano Ejecutivo sin sancionar, por considerarlos inexequibles (art. 53.2 del RORI).

El Código Judicial (en adelante, CJ), por su parte, no solo se refiere a la objeción por inexequibilidad de la ley, sino que regula, escuetamente, la objeción sobre reformas constitucionales, que no tiene anclaje constitucional explícito.

> Artículo 2555. Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto de ley por considerarlo inexequible y la Asamblea Legislativa, por mayoría de las dos terceras partes, insistiere en su adopción, el Órgano Ejecutivo dispondrá de un término de seis días hábiles para enviar el pro-

[8] Según este artículo los proyectos de ley que queden pendientes al vencimiento de un periodo constitucional (cada cinco años) solo serán considerados por la Asamblea Nacional como propuestas nuevas, pero la caducidad en varios casos, incluyendo los devueltos a la Asamblea con objeciones, que podrán ser tratados por la nueva Asamblea durante el periodo de sesiones siguiente (lo que equivale al año parlamentario siguiente).

> yecto con las respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá definitivamente sobre la exequibilidad del mismo.
>
> Artículo 2556. La Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la exequibilidad de una reforma constitucional solo cuando el Órgano Ejecutivo la objetare, después de haberla recibido para su promulgación y antes de esta, por considerar que no se ha ajustado a lo establecido por la Constitución.

El CJ también regula la competencia general de la CSJ (arts. 86 y 2554 del CJ), y establece que el proceso sea análogo al que se surte en la acción directa de inconstitucionalidad.

Aunque el constituyente no ha autorizado la objeción a reformas constitucionales, la CSJ autoriza su creación legislativa, aunque limitándola a razones de forma, lo que otorga al presidente de la República el monopolio de la impugnación judicial de la reforma constitucional.

Sin embargo, esta alternativa de control de constitucionalidad previo presenta dificultades. Al respecto, debe reflexionarse sobre el momento señalado para ejercer la objeción de inexequibilidad sobre reformas constitucionales. Por un lado, es razonable que se ejercite cuando la asamblea haya concluido el trámite parlamentario y agotado las posibilidades de modificación del texto sometido a la sanción y promulgación del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, en al menos dos supuestos (el numeral 2 del art. 313 y el 314) podría objetarse una reforma constitucional después de que los ciudadanos la hayan aprobado en referendo (si las hubieran rechazado, no habría reforma qué objetar). Esto, al tenor del artículo 2556 del CJ, que señala que el momento oportuno para objetar por inexequibilidad es "después de haberla recibido para su promulgación". Para los efectos de la reforma o nueva constitución aprobada por una Asamblea Constituyente Paralela, la promulgación a la que se hace mención solo puede ser la final, pues la mera publicación divulgativa antes del referéndum, según en el artículo 314 de la Constitución, la hace el Tribunal Electoral, y en el Boletín Electoral.

Los antecedentes mediatos de esta situación provienen de la previsión de la Constitución de 1946 sobre inexequibilidad de las reformas constitucionales. Señalaba el artículo 256 de esa Cons-

titución, bajo la cual solo existía un método de reforma constitucional (el de las dos asambleas nacionales) que el "Ejecutivo solo podrá objetar la reforma cuando la reciba para su promulgación después de los debates de la segunda Asamblea ordinaria". Esa disposición se desarrolló en el artículo 62 de la ley 46 de 1956 sobre instituciones de garantías, señalando que únicamente era viable la objeción presidencial por razones de forma. Este punto es fundamental, porque aquella disposición literalmente se refería a "[...]considerar que no se ha ajustado al procedimiento establecido por la Constitución" (art. 62), mientras que el CJ vigente señala que la objeción se produciría por "[...]considerar que no se ha ajustado a lo establecido por la Constitución". En todo caso, la escasa jurisprudencia constitucional disponible ha leído, hasta ahora, que la objeción se circunscribe a la forma.

También habría que suponer, en ausencia de provisiones expresas en la Constitución o en la ley, que no son viables las objeciones por inconveniencia respecto de reformas constitucionales.

Queda, empero, otra consideración respecto de la objeción de inexequibilidad, pues cabe suponer que persiste la etapa previa de este, es decir, la remisión a la asamblea que aprobó el texto de reforma constitucional (sea la Asamblea Nacional o la Asamblea Constituyente Paralela). El CJ no aclara el asunto, dado que se ocupa exclusivamente de la etapa judicial.[9]

Las objeciones presidenciales en este punto aparecen como una defensa ante posibles excesos del legislativo, que contrasta con la prohibición de objetar reformas constitucionales que existió en nuestro derecho constitucional en el pasado (por ejemplo, en la Constitución del Estado Federal de Panamá, de 1855, art 57).

[9] Sin reparar en los casos de reformas aprobadas por la Asamblea Nacional, en las que sería posible la devolución, esa interpretación supondría en el procedimiento del artículo 314 la remisión del texto objetado a la Asamblea Constituyente Paralela, que no es un órgano permanente del Estado, sino que tiene un mandato acotado en el tiempo.

V. Elementos básicos de la objeción de inexequibilidad

Como se observa de la revisión del derecho positivo que regula la objeción de inexequibilidad, es posible identificar en Panamá lo que llamaré elementos básicos de esa institución: su objeto, naturaleza, la clase de normas sometidas a la objeción, la legitimación para objetar, la autoridad competente para tramitar la objeción, y los efectos de su pronunciamiento. Veámoslo en mayor detalle:

5.1. Objeto

El objeto de la objeción de inexequibilidad en Panamá, es ejercer el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, aprobados por la Asamblea Nacional, y antes de su sanción y promulgación por el Órgano Ejecutivo nacional.

Con carácter excepcional la legislación también plantea la posibilidad de activar la objeción por inexequibilidad ante reformas constitucionales.

5.2. Naturaleza

La objeción de inexequibilidad presenta una doble naturaleza, que se decanta en dos procedimientos sucesivos claramente diferenciados. La objeción de inexequibilidad como procedimiento exclusivamente parlamentario, alternativo o conjunto a la objeción por inconveniencia, y el procedimiento exclusivamente judicial, dependiente del procedimiento parlamentario inicial.

Cabe subrayar, a diferencia de lo que ha señalado parte de la doctrina[10], que los procedimientos parlamentarios de ambos tipos de objeción presidencial también presentan diferencias.

[10] González Montenegro, Rigoberto, "La Objeción de Inexequibilidad, vía para la solución de conflictos constitucionales", *Revista Parlamentaria Debate,* núm. 33, 2023, pp. 55-57. Tampoco las diferencias la falta de mayoría suficiente en la Asamblea Nacional para superar la objeción, por dejar el conflicto "circunscrito entre el Ejecutivo y el Legislativo", *ibidem*, p. 58.

5.3. Clases de normas

En Panamá, la objeción de inexequibilidad no se realiza sobre normas perfeccionadas, sino sobre normas en vías de expedición, de ahí su carácter de control previo. Las únicas normas de este tipo sujetas a objeción de inexequibilidad son los proyectos de ley producidos por la Asamblea Nacional, luego de adoptarse en tercer debate plenario.

5.4. Legitimación

El único sujeto legitimado para ejercer la objeción de inexequibilidad es el presidente de la República.

5.5. Autoridad competente

La autoridad competente para resolver la objeción de inexequibilidad, en su fase de control político, es la Asamblea Nacional, y en su fase de control judicial, la CSJ.

5.6. Efectos

Los efectos iniciales son efectos suspensivos sobre el proyecto de ley que ha sido objetado (no corresponde por tanto con el llamado veto absoluto en la literatura, porque puede ser superada la objeción presidencial). Esto, por supuesto, es más claro en el caso de la objeción por inconveniencia, que en la por inexequibilidad, porque la objeción presidencial *ratificada por la CSJ*, sería insalvable.

Los efectos del pronunciamiento de la Asamblea Nacional en la fase de control político son varios. Si la Asamblea Nacional insiste en la adopción del proyecto de ley o disposición señalada como inexequible por el presidente de la República, obliga al presidente de la República a accionar ante la CSJ. Si la Asamblea Nacional acoge las objeciones de presidente, abre el camino para la sanción y promulgación del proyecto de ley.

Los efectos del pronunciamiento de la CSJ en la fase de control judicial son los usuales a los de las sentencias de inconstitucionalidad.[11]

A partir de estos elementos básicos, extraídos de la regulación positiva de esta figura, se pueden identificar algunos problemas concretos. Entre los que han sido observados hasta el momento están los siguientes:

1. La doble naturaleza de la objeción de inexequibilidad
2. La insuficiente regulación del control político
3. La maduración de la idea de la acción
4. La problemática regulación de la acción contra reformas constitucionales
5. La insuficiente regulación del control judicial

La necesidad de distinguir la objeción presidencial como control político, de la acción de inexequibilidad como acción ante las autoridades judiciales, facilita la comprensión de la figura, en tanto el procedimiento exclusivamente parlamentario se distingue perfectamente del judicial, pero también se distingue de la objeción por razón de inconveniencia.

La caracterización como acción de la objeción por inexequibilidad judicial, exige dotar a la acción del presidente de la república de unas formalidades que se correspondan con el proceso judicial. Esto se observará en los pronunciamientos de la propia CSJ con relación a la forma que debe adoptar el ejercicio de la acción por parte del presidente de la República,

[11] Sobre los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ver, entre los textos relevantes que abordan los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en Panamá: Pedreschi, Carlos Bolívar, *El control de constitucionalidad en Panamá*, Madrid, Guadarrama, Lope de Rueda, 1965; Reyes, Luis Carlos, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad*, 1992. Más recientemente: Chen Stanziola, María Cristina, *Las sentencias constitucionales, contenidos, límites y alcances en materia de protección de los derechos fundamentales*, Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2015; y Sánchez González, Salvador, "La sentencia de inconstitucionalidad y sus efectos, Tres casos sobre decisiones del Tribunal Electoral", *Revista Ratio Legis*, núm. 3, enero-junio 2022, Tribunal Electoral, Panamá, pp. 83-115. También la tesis de licenciatura de Camargo, Cinthya, *Efectos jurídico-políticos de la sentencia de constitucionalidad,* Universidad de Panamá, 1997.

aunque ha sido progresiva, y aún incompleta, la maduración en ese sentido.

Destaca también la ausencia de una disposición constitucional que habilite expresamente la objeción sobre reformas constitucionales. Las disposiciones existentes solo se refieren a la objeción presidencial a los proyectos de ley. Esa situación permite imaginar la viabilidad de que la norma legal que la permite sea impugnada y declarada inconstitucional. Vale decir, que en la historia constitucional panameña reciente, se han propuesto disposiciones explícitas para autorizar este tipo de objeciones, y que igualmente están presentes en el derecho comparado.

Además, se observa que algunas normas legales —en principio, objetables— no se corresponden con la naturaleza de la institución. El caso más evidente es la posibilidad de objetar el RORI o sus reformas.[12] En otras jurisdicciones —por ejemplo, en México— esta disposición no es susceptible de objeciones, y en el siglo XIX colombo-panameño ya se había anticipado la prohibición de objetar leyes que interpretaran la constitución.

En la etapa de objeción, también se presentan problemas, como puede ser el control sobre la calificación del tipo de objeción -lo que implica la interpretación de la comunicación del presidente de la República- así como de la prohibición de las objeciones sucesivas.[13]

El caso de las sentencias de la CSJ sobre proyectos de ley objetados, cuando resultan parcialmente inexequibles, ofrece el problema del control de la ejecución de la sentencia. Aquí parecen hacer falta disposiciones adicionales sobre la materia, para

---

12 Sobre la naturaleza del reglamento de la Asamblea Nacional en Panamá, ver: Sánchez, Salvador, "El Reglamento Interno de la Asamblea Nacional: consideraciones históricas y jurídicas", *Revista Cultural Lotería,* núm. 468-469, Panamá, Lotería Nacional de Beneficencia, septiembre-diciembre, 2006, pp. 55-82.

13 Un caso en el que se tratan tanto las objeciones sucesivas como la calificación por el Legislativo de la objeción hecha por el presidente de la República se observa en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de febrero de 1996. Publicada en la *Gaceta Oficial* de 25 de junio de 1996, núm. 23.065, pp. 12-27.

aclarar los deberes de la Asamblea Nacional de producir nuevas normas, un tema que había sido puesto en evidencia por Wong, y que tiene solución en el derecho comparado.[14]

VI. Reflexiones finales

De este panorama queda claro el grupo de temas problemáticos que deben ser abordados en cualquier intento de incidir sobre el actual diseño de la institución de la objeción. Por un lado, la distinción entre la objeción como medio de control político de inconstitucionalidad, y la acción de inexequibilidad, una acción de exclusiva legitimación activa del presidente de la República.

De la caracterización como acción de la objeción de inexequiblidad se desprenden a su vez varios problemas de forma. Problemas específicos de la acción, aplicable a reformas constitucionales, problemas específicos de la etapa de control político, y problemas derivados de las sentencias moduladoras del texto legal objetado.

Referencias

Acevedo, José Rigoberto, *Derecho y procedimiento parlamentario panameño*, Panamá, Asamblea Nacional, 2012.

Adames González, Luis Manuel, 2018, *¿Cuál Constitución?: la Constitución pendiente de Panamá*, Panamá, Litho Editorial Chen, 2018.

Barrios González, Boris, *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: de la justicia de reglas a la justicia de principios*, Colombia, Ubijus, 2014.

Camargo, Cinthya, *Efectos jurídico-políticos de la sentencia de constitucionalidad*, Universidad de Panamá, 1997.

[14] Wong Pimentel, Andrés, "La Objeción Presidencial y la Reforma de la Ley", *Revista Parlamentaria Debate,* año VI, núm. 15, diciembre de 2008, pp. 10-19.

Chen Stanziola, María Cristina, *Las sentencias constitucionales, contenidos, límites y alcances en materia de protección de los derechos fundamentales*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2015.

Hoyos, Arturo, "La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis", en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitucionale commune en América Latina?,* México, UNAM, 2010.

Medina Rubio, Ricardo, "La objeción de inexequibilidad", *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009.

Mejía, Jerónimo, "El control de constitucionalidad en Panamá", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, 2019.

Molino Mola, Edgardo, *La jurisdicción constitucional en Panamá: en un estudio de derecho comparado*, 4ª. ed., Panamá, Universal Book, 2011.

Molino Mola, Edgardo, *La jurisdicción constitucional en Panamá en un estudio de derecho comparado*, 2ª. ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2011.

Giannareas, Jorge, González Montenegro, Rigoberto y Sánchez, Salvador *La sala de la discordia: estudio sobre justicia constitucional actual*, Panamá, IIDC, 2012.

González Montenegro, Rigoberto y Rodríguez Robles, Francisco, "La Objeción de Inexequibilidad Constitucional en Panamá", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, enero/diciembre 2001.

González Montenegro, Rigoberto, "La Objeción de Inexequibilidad, vía para la solución de conflictos constitucionales", *Revista Parlamentaria Debate*, núm. 33, 2023.

González Montenegro, Rigoberto, *La objeción de inexequibilidad*, Editorial Portobelo, Librería El Campus, 1999.

Pedreschi, Carlos Bolívar, *El control de constitucionalidad en Panamá*, Madrid, Guadarrama, Lope de Rueda, 1965.

Quintero Correa, César Augusto, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en Panamá*, Panamá, Defensoría del Pueblo, 2018.

Quintero Correa, César Augusto, *Evolución constitucional de Panamá: evolución, clasificación, tipología y fundamentación*, 2ª. ed., Panamá, Portobelo.

Quintero Correa, César Augusto, *Derecho constitucional: el Órgano Judicial y el Ministerio Público*, Panamá, 1970.

Quintero Correa, César Augusto, *Derecho constitucional*, Panamá, Universidad de Panamá, San José, Costa Rica, Lehman, 1967.

Reyes, Luis Carlos, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad,* 1992

Sánchez González, Salvador, "La sentencia de inconstitucionalidad y sus efectos. Tres casos sobre decisiones del Tribunal Electoral", *Revista Ratio Legis*, núm. 3, enero-junio 2022, Panamá, Tribunal Electoral.

Wong Pimentel, Andrés, "La Objeción Presidencial y la Reforma de la Ley", *Revista Parlamentaria Debate,* año VI, núm. 15, diciembre 2008.

El derecho constitucional a probar y el principio de verdad material: análisis de caso

***

The constitutional right to present evidence and the principle of material truth: case analysis

*José Alejandro Suárez Zanabria**

Resumen: la SUNAT, en el año 2023, emitió una resolución de determinación tras efectuar un procedimiento de fiscalización al ejercicio 2020, desconociendo la totalidad de los costos y gastos declarados por la empresa. Este artículo analiza si el actuar de la Administración Tributaria, al no admitir los medios probatorios ofrecidos en la etapa de reclamación que lograrían desacreditar los reparos efectuados, vulnera el derecho constitucional a probar al inobservar el principio de verdad material.

Sumario: I. Introducción. II. El derecho constitucional a la prueba y el principio de verdad material. III. Conclusiones. Referencias.

* Actualmente se desempeña como socio director de Suárez & Asociados S.A.C. Asimismo, es docente de los cursos de Derecho Tributario I y II en la Universidad Católica de Santa María y en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Ex decano del Colegio de abogados de Arequipa, en dos periodos. Ex Intendente Regional SUNAT en Arequipa y Piura-Tumbes. Ex miembro del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura. Ex vicepresidente de Caja Municipal de Ahorro y Crédito Arequipa.

I. Introducción

En el 2023, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) inició un procedimiento de fiscalización dirigido a verificar la veracidad de la renta de tercera categoría declarada por una empresa en el ejercicio 2020.

No obstante, la empresa no tuvo oportuno conocimiento del inicio del referido procedimiento de fiscalización, lo que impidió la presentación de la información y documentación que sustentaba los costos de ventas, los gastos administrativos y financieros consignados en la autodeterminación realizada por la compañía en la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscalizado.

En consecuencia, al concluir el procedimiento de fiscalización, la SUNAT emitió la resolución de determinación correspondiente, estableciendo una deuda tributaria ascendente a S/ 14 474 370.00 (catorce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil trescientos setenta con 00/100 soles), sustentada en el desconocimiento total del costo de ventas, los gastos administrativos y financieros declarados.

Ante este contexto, la empresa interpuso un recurso de reclamación contra dichas resoluciones, ofreciendo como medios probatorios la información contable y tributaria que sustentaba los costos y gastos observados; sin embargo, la Administración Tributaria denegó su admisión y valoración, confirmando así la deuda tributaria determinada.

En tal sentido, la negativa de admitir los medios probatorios ofrecidos en la etapa de reclamación pone de manifiesto la posible vulneración de derechos constitucionales que deben regir en cualquier procedimiento administrativo tributario.

En ese orden de ideas, procedemos a delimitar algunos conceptos necesarios a fin de establecer si el actuar de la Administración Tributaria se configura en una contravención al derecho constitucional a probar.

II. El derecho constitucional a la prueba y el principio de verdad material

2.1. El derecho constitucional a probar

El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente número 03997-2013-PHC/TC lo siguiente:

> [...] existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Asimismo, el referido Tribunal ha delimitado el contenido del derecho a probar en la sentencia emitida en mérito al Expediente número 6712-2005-HC/TC señalando:

> [...] Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida [...].

Como observamos, el Tribunal Constitucional ha establecido la existencia de un derecho constitucional a probar orientado por los fines propios del derecho al debido proceso, constituyéndose en un derecho básico a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su defensa. Asimismo, dicho derecho implica, además, la valoración adecuada y la motivación debida de los medios probatorios ofrecidos.

Asimismo, es importante señalar que la constitucionalización del derecho a la prueba implica la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima

actividad probatoria, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva.[1]

Además, el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (2019), reconoce expresamente el derecho al debido procedimiento, en donde encontramos como subprincipio el derecho a probar, establece que:

> [...] los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

Al respecto, el profesor Morón Urbina ha precisado lo siguiente:

> [...] la dimensión más conocida del derecho al debido proceso, comprende una serie de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados, que a grandes rasgos y mutatis mutandis implican la aplicación a la sede administrativa de los derechos concebidos originariamente en la sede de los procesos jurisdiccionales. Por lo general se suelen desprender los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho a la defensa, el derecho a ser notificado, el acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a probar, entre otros [...].[2]

En ese orden de ideas, no queda duda que el derecho a probar debe ser garantizado y respetado por las autoridades administrativas, incluyendo a la SUNAT, en el desarrollo de los procedimientos administrativos.

---

1 Picó Junoy, J, "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español", *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* UNAM, 2008, p. 530.

2 Morón Urbina, J.C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,* 15ª. ed., Gaceta Jurídica, 2020, p. 86.

2.2. El principio de verdad material

El numeral 1.11. del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (2019) establece que en mérito al principio de verdad material: "[...] la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ella [...]".

En relación al referido principio, Morón Urbina ha señalado que las actuaciones probatorias de las autoridades administrativas deben estar dirigidas a la identificación y comprobación de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, ello independientemente de cómo hayan sido alegadas o probadas por los administrados.

Asimismo, agrega que, el principio de verdad material pretende que la probanza actuada en un procedimiento permita distinguir cómo en realidad ocurrieron los hechos (verdad real o material) de lo que espontáneamente pueda aparecer en el expediente conforme a las pruebas presentadas por los administrados (verdad formal o aparente).[3]

Por otro lado, Mirian Ivanega ha referido que la búsqueda de la verdad material,[4] supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es, ya que, con independencia de lo que los administrados hayan aportado en el procedimiento, la administración pública siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público, adaptando su actuación oficiosa, para superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal.

Como observamos, el principio de verdad material se constituye en un deber de obligatoria observancia por parte de la ad-

[3] *Ibidem*, p. 119.

[4] Ivanega M. M., "El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo", *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo*, vol. 11, 2012, pp. 199-201.

ministración pública, incluyendo a la SUNAT, dado que, con el objetivo de verificar plenamente los hechos que sustentan sus decisiones, debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias en el desarrollo de los procedimientos tributarios, ello implica la debida admisión y correcta valoración de los medios probatorios.

Ahora bien, en tanto hemos establecido que, en mérito al principio de verdad material, las actuaciones probatorias de la Administración Tributaria deben encontrarse orientadas a la comprobación de hechos reales, observamos que el derecho a probar se encuentra altamente vinculado al referido principio, ya que, es precisamente mediante la adecuada actuación probatoria de la SUNAT, que se verificaran plenamente los hechos que motivan sus decisiones.

2.3. Análisis del caso

Como se ha referido previamente, la empresa fiscalizada al no tener oportuno conocimiento del inicio del procedimiento de fiscalización, se vio impedida de presentar la información solicitada por la Administración Tributaria.

En consecuencia, al no poder presentar la documentación que sustentaba los costos y gastos incurridos para el normal desarrollo de su actividad generadora de renta, dichos conceptos fueron desconocidos en su totalidad generando una deuda tributaria.

En tal sentido, al interponer el recurso de reclamación contra las resoluciones emitidas como consecuencia del procedimiento de fiscalización, presentó como medios probatorios toda la documentación sustentatoria que acreditaba la realidad de las erogaciones reparadas por el Fisco.

Cabe señalar que, dicha información era indispensable para desvirtuar los reparos contenidos en la resolución de determinación; por lo que, solicitó su admisión y valoración sustentando su solicitud en el principio de verdad material, ya que resulta "materialmente" imposible que la empresa no efectuase gasto alguno en el ejercicio fiscalizado.

Sin embargo, la SUNAT, al resolver el recurso de reclamación interpuesto por la contribuyente, señaló que conforme a lo establecido en el artículo 141 del Código Tributario, si una prueba no es presentada en la etapa de verificación o fiscalización, pese a haber sido requerida, no será admitida en la etapa de reclamación. Dicha limitación, podrá ser superada si el deudor tributario acredita la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas o afiance la deuda.

En consecuencia, refirió que correspondía que la contribuyente acreditase la cancelación del monto adeudado o presentase carta fianza bancaria a fin de admitir y valorar los medios probatorios.

Ahora bien, es necesario realizar un breve acercamiento al fundamento del procedimiento de fiscalización. Al respecto, el artículo 62 del Código Tributario (2013) establece que la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional, y que ésta incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

En otras palabras, la SUNAT tiene la facultad de controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo cual implica establecer si la autodeterminación efectuada por los contribuyentes es correcta. En tal sentido, de establecerse, tras un procedimiento de fiscalización, que la determinación efectuada es incorrecta, procede a emitir una resolución de determinación corrigiendo las inconsistencias detectadas.

Al respecto, el ejercicio de dicha facultad exige, entre otros aspectos, que la Administración Tributaria garantice y compruebe en cada caso en concreto, que los actos administrativos emitidos se traduzcan en una fiel manifestación del ejercicio de todas sus facultades que le permitan comprobar y atender la real capacidad contributiva del deudor tributario.[5] Es decir, se presupone que el Fisco al emitir una resolución de determinación agota todos los medios que le permitan tener certeza de los motivos que fundamentan sus decisiones.

[5] Bardales Castro, P., "¿Es posible la admisión de medios probatorios y/o argumentos luego del cierre de los requerimientos? Breves notas con motivo de la aplicación del reglamento del procedimiento de fiscalización tributaria", *THĒMIS-Revista de Derecho*, vol. 64, 2013, p. 39.

En consecuencia, solo de ese modo, se garantizará que la actuación de la Administración Tributaria con motivo del ejercicio de su facultad de fiscalización no afectará la situación jurídica de un contribuyente sobre la base de alguna omisión en el cumplimiento de sus deberes, en los cuales encuentra su fin y existencia.[6]

En ese orden de ideas, en virtud del principio de verdad material, se busca que la resolución de determinación que emite la Administración Tributaria no se traduzca en una manifestación formal del procedimiento de determinación de la deuda tributaria, contrario a ello, debe ser una expresión justa y real de la capacidad contributiva de los administrados; es decir, se exige a la administración tomar en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma.[7]

Ahora bien, consideramos que los parámetros preestablecidos se extienden a la facultad resolutoria de la Administración Tributaria, en mérito a la cual, la SUNAT se constituye en el órgano resolutor del recurso de reclamación; es decir, de la primera etapa del procedimiento contencioso tributario.

Morón Urbina al comentar el recurso de reconsideración que conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General se interpone ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, al igual que el recurso de reclamación, señala que:

> [...] El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad administrativa que conoció el procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, presupone que podrá dictar una resolución con mayor celeridad que otra autoridad que recién conozca de los hechos.

Presume que si la autoridad toma conciencia de su equivocación a partir del recurso del administrado, procederá a modificar

6 *Idem*.

7 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

el sentido de su decisión para evitar el control posterior del superior.[8]

En tal sentido, la SUNAT como entidad resolutora del recurso de reclamación, se encuentra en la obligación de verificar, conforme a los argumentos esgrimidos por los contribuyentes en el planteamiento de dicho recurso, la correcta determinación de la obligación tributaria plasmada en la resolución respectiva.

Por consiguiente, deberá tener en cuenta también los parámetros descritos previamente en relación al procedimiento de fiscalización, ya que, de detectar alguna omisión o extralimitación en el ejercicio de su facultad fiscalizadora deberá modificar o declarar la nulidad de la resolución de determinación emitida.

Por lo tanto, en la etapa de reclamación, la Administración Tributaria deberá verificar que la resolución de determinación atiende a la real capacidad contributiva de los contribuyentes, agotando todas las atribuciones que la ley le confiere. Dicha verificación implica constatar la adecuada aplicación del principio de verdad material y el respeto de los derechos fundamentales de los administrados.

En ese orden de ideas, la resolución de determinación emitida a la empresa fiscalizada, en la que se desconoció la totalidad de los costos y gastos deducidos en el ejercicio 2020 se encuentra totalmente apartada del correcto ejercicio de la facultad fiscalizadora de la SUNAT.

Ello es así, porque en un pronunciamiento absolutamente alejado de la real capacidad contributiva de la empresa y de los parámetros del principio de verdad material. La Administración Tributaria desconoció la totalidad de los gastos y costos que le permitieron el normal desarrollo de la actividad económica por la que finalmente abonó el Impuesto a la Renta respectivo.

No obstante, en la etapa de reclamación, la Administración Tributaria confirmó la determinación efectuada sustentándose únicamente en las limitaciones establecidas en función al ofrecimiento de pruebas extemporáneas en dicha etapa, es decir, inaplicando el principio de verdad material.

[8] Morón Urbina, J.C., *op. cit.*, p. 213.

Ahora bien, la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación número 546-2022 LIMA, emitida con carácter de precedente vinculante, ha establecido lo siguiente:

> [...] De acuerdo a los principios de oficio, de informalismo y verdad material en en cualquierado del procedimiento administrativo, corresponde a la autoridad administrativa incorporar de oficio, las pruebas que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Por tanto, a la luz de estos principios y la interpretación sistemática de los artículos 126 y 141 del [...] Código Tributario, si bien la prueba extemporánea solo será admitida cuando el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago o presente carta fianza u otro garantía por dicho monto actualizado con los intereses, también lo es que se debe afirmar la potestad de la Administración de incorporar de oficio la prueba extemporánea que permita llegar a la convicción que se está alcanzado la verdad material [...].

Como observamos, la Corte Suprema ha establecido con carácter de precedente vinculante que corresponde a la autoridad administrativa incorporar de oficio las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos que sustentan sus decisiones.

No obstante, el Tribunal Fiscal en la Resolución número 04070-2-2024, entre otras, ha señalado que:

> [...] conforme a lo dispuesto por el artículo 22ª del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, el artículo 397º del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado por la Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS y el artículo 36º del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-2019-JUS, los precedentes contenidos en sentencias de casación, son vinculantes solo para los órganos jurisdiccionales, y, en tal sentido, no para este Tribunal Administrativo.

En tal sentido, conforme a lo estipulado en el artículo 141 del Código Tributario (2013), la prueba extemporánea; es decir, aquella solicitada y no presentada en el procedimiento de fisca-

lización, solo será admitida en etapa de reclamación cuando el deudor tributario acredite que la omisión en su presentación no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas.

Sin embargo, la regla precitada no limita la potestad de la Administración Tributaria de incorporar de oficio la prueba extemporánea que le permita llegar a la convicción de que está alcanzando la verdad material en un caso en concreto. Asimismo, como se ha referido previamente, al encontrarnos frente a un derecho de carácter constitucional como es el derecho a probar, las normas procedimentales que las regulan deben ser interpretadas en su más amplio sentido, con la finalidad de evitar la vulneración de dicho derecho.

En tal sentido, la SUNAT se encuentra habilitada a admitir, actuar y valorar los medios probatorios ofrecidos en la etapa de reclamación, aun cuando éstos no hayan sido presentados en el procedimiento de fiscalización, ya que en aplicación del principio de verdad material, se encuentra obligada a verificar plenamente los hechos que motivan sus decisiones adoptando todas las medidas probatorias necesarias.

En ese orden de ideas, en el caso comentado, la SUNAT vulneró el derecho a probar de la empresa fiscalizada al impedirle la actuación de los medios probatorios, que lograrían desacreditar los reparos efectuados, ello teniendo en cuenta que es materialmente imposible que la compañía no haya efectuado gasto alguno durante un ejercicio en el que generó ingresos gravados.

III. Conclusiones

El principio de verdad material busca que las decisiones administrativas no se basen en una verdad meramente formal, sino en una verdad sustancial y real que considere todos los elementos disponibles para reflejar de manera justa la capacidad contributiva de los administrados.

Asimismo, el referido principio impone a la Administración Tributaria la obligación de actuar con diligencia en la verifica-

ción de los hechos que motivan sus decisiones. En tal sentido, la SUNAT tiene la facultad y el deber de incorporar de oficio las pruebas ofrecidas en la etapa de reclamación, a fin de asegurar que la determinación de las deudas tributarias son correctas. En tal sentido, la negativa a admitir dichas pruebas no solo se aparta del mandato legal, sino que se constituye en una vulneración del derecho al debido procedimiento, del cual el derecho a probar es un componente esencial.

El análisis del caso propuesto, evidencia que la SUNAT vulneró el derecho constitucional a probar al no admitir los medios probatorios ofrecidos por la empresa en la etapa de reclamación, lo cual contraviene los alcances del principio de verdad material. En consecuencia, la Administración Tributaria no garantizó una determinación acorde con la capacidad contributiva de la compañía, al confirmar el desconocimiento de la totalidad de los costos y gastos deducidos en el ejercicio fiscalizado sin considerar los medios probatorios ofrecidos.

La SUNAT considera indebidamente que las resoluciones de carácter vinculante emitidas por la Corte Suprema de la República, no le resultan aplicables, en tanto no existe una norma expresa que así lo establezca, lo que no sucede con las resoluciones de carácter vinculante emitidas por el Tribunal Constitucional que sí son acatadas por la Administración Tributaria.

Referencias

Bardales Castro, P., "¿Es posible la admisión de medios probatorios y/o argumentos luego del cierre de los requerimientos? Breves notas con motivo de la aplicación del reglamento del procedimiento de fiscalización tributaria", *THĒMIS-Revista de Derecho*, vol. 64, 2013.

Ivanega M. M., "El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo", *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo*, vol. 11, 2012.

Morón Urbina, J.C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,* 15ª. ed., Gaceta Jurídica, 2020.

Picó Junoy, J, "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español", *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* UNAM, 2008.

Texto Único Ordenado de la Ley número 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (25 de enero de 2019). Diario Oficial El Peruano.

Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo número 133-2013-EF (22 de junio de 2013). Diario Oficial El Peruano.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación número 546-2002 LIMA. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 03997-2013-PHC/TC Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 6712-2005-HC/TC.

La erosión del Estado constitucional: reflejos e incertidumbres

***

The erosion of the constitutional State: reflections and uncertainties

*José Tudela Aranda**

Resumen: un modelo constitucional es siempre deudor de una sociedad. En los últimos años, la sociedad ligada al Estado social y democrático de derecho se ha transformado. Los cambios acaecidos en los últimos años han tenido un impacto profundo en el ejercicio del poder y en la relación de los ciudadanos con el mismo. Ese impacto se observa en todas las instituciones. Entre ellas, destaca el Parlamento. Sus dos funciones más relevantes: control y legislativa se han erosionado de manera intensa, hasta llegar a desfigurarlas. Junto a ello, los ciudadanos han perdido su confianza en la política y en los políticos. Se hace imprescindible una revisión del modelo para adaptarlo al modelo social emergente.

Abstract: a constitutional model is always indebted to society. In recent years, the society associated with the social and democratic rule of law has been transformed. The changes that have taken place in recent years have had a profound impact on the exercise of power and on citizens' relationship with it. This impact can be seen in all institutions. Among them, Parliament

* Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad. Letrado de las Cortes de Aragón.

stands out. Its two most important functions: control and legislative have been intensely eroded, to the point of disfigurement. In addition, citizens have lost confidence in politics and politicians. A review of the model is essential to adapt it to the emerging social model.

Palabras clave: Constitución, democracia, cambio social, función legislativa, función de control, representación.

Key words: Constitution, democracy, social change, legislative function, control function, representation.

Sumario: I. Previa. II. La relación entre el derecho constitucional y el modelo social. III. La decadencia de la función legislativa. IV. Las dificultades del control del poder. V. Una consecuencia inevitable: la crisis de la representación. La política, entre el populismo y la sinrazón.

I. Previa

La intención de las páginas que siguen es plantear la necesidad de una teoría de mayor alcance. Un modelo constitucional siempre es deudor de la sociedad en la que emerge. Por supuesto, la arquitectura constitucional influye en el modelo social y llega a modularlo. Pero no es el Derecho lo que construye una realidad social. Esta es dinámica y se desenvuelve de manera cíclica alimentada de fuentes diversas (entre ellas, el Derecho). Hay etapas de estabilidad que se corresponden con modelos sociales consolidados y etapas de inestabilidad que se suelen corresponder con tiempos de cambio. Los modelos constitucionales que se conocen desde que pueden merecer este calificativo, se han correspondido con estadios sociales estables. Hoy, nadie pone en duda que los años que se viven son de tránsito y cambio profundo. El extraordinario desarrollo científico y tecnológico acaecido en las últimas décadas ha tenido como consecuencia una significativa transformación social. En demasiadas ocasiones, se siguen estudiando los problemas relacionados con la limitación y ejercicio del poder como si nada hubiese cambiado. Ha mutado con intensidad el desenvolvimiento ordinario de nuestras actividades y

también ha cambiado el hacer de los distintos agentes políticos y las dinámicas institucionales. Solo por citar algunos de los ejemplos más significativos, se ha transformado el rol de los dos intermediarios más relevantes de la acción política, partidos y medios y, en paralelo, las grandes compañías tecnológicas acumulan un poder decisivo que transciende, con mucho, su relevancia como grandes agentes económicos.[1]

Son cambios profundos y en las páginas que siguen intentaré dar cuenta tan solo de algunos de los más significativos. Son cambios que hacen preciso diagnosticar los nuevos paradigmas de la relación entre el ciudadano y el poder y, lo más relevante, actuar en consecuencia si se desea que el Derecho y, en particular, el Derecho constitucional pueda seguir cumpliendo con eficacia su función "civilizatoria". Dado el alcance limitado de este trabajo no es posible realizar un análisis completo ni, por supuesto, esbozar alternativas. El estudio se centrará en la representación política con el objetivo de poner de manifiesto algunas de las debilidades más significativas del orden constitucional y político presente, para concluir en un diagnóstico que aboca a la necesidad de reformular conceptos esenciales de la visión tradicional de las relaciones entre el Derecho y el poder, siquiera sea con la finalidad de preservar los valores esenciales que conforman una sociedad democrática.

II. La relación entre el derecho constitucional y el modelo social

En las páginas que siguen, deseo plantear algunas de las líneas argumentales de una tesis que exige mayor extensión: el diseño constitucional que se corresponde con la eclosión del Estado social y la consolidación de un modelo avanzado de democracia constitucional se encuentra en crisis.[2] Una crisis irreversible: el modelo social emergente reclama una nueva respuesta constitu-

1 Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo,* 2ª. ed., Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

2 Garcia Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* Alianza, 1977.

cional. La construcción constitucional siempre se ha correspondido con un determinado ciclo histórico. Recordemos siquiera muy brevemente este paralelismo.

Al modelo liberal emergente de la revolución francesa, le correspondió la ortodoxia del Estado liberal, en el que la intervención pública se limitaba a la garantía del orden para un adecuado desenvolvimiento de las actividades privadas y ejercicio de los derechos, y, en particular, el de propiedad. Un sistema jurídico-político que se completaba con el axioma de la necesaria limitación del poder. Como es sabido, este modelo decayó bruscamente al hilo de las transformaciones sociales sucedidas en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX. La irrupción de una nueva clase social, el proletariado, y, sobre todo, su toma de conciencia política hacía inviable el mantenimiento de un orden político que ignoraba sus intereses. Tras avatares en ocasiones terribles, la sociedad occidental encontró en el Estado social la manera de equilibrar la libertad y la igualdad y, de esta manera, responder adecuadamente a las necesidades y exigencias del nuevo modelo social.[3] Este no fue neutral para algunos paradigmas del antiguo orden liberal. La propiedad perdió su carácter absoluto y la ley vio debilitados algunos de los rasgos que la caracterizaron en el proceso revolucionario. Por otro lado, el Parlamento y la representación política vieron mutar su posición en el sistema político. El modelo constitucional se había adaptado a un orden social más complejo e, inevitablemente, algunos dogmas del modelo liberal bien perdieron toda eficacia bien se acercaron a la retórica.

Desde finales del Siglo XX se hizo recurrente la idea de que el Estado social se encontraba en crisis.[4] Se trataba de una crisis con dos caras: por un lado, se cuestionaban los fundamentos y límites económicos del modelo; por otro, se dejaban ver las primeras grietas ideológicas que ponían en cuestión el exceso de "igualdad" en la ecuación que había servido para desarrollar el modelo. Un exceso que se habría traducido en un poderoso (y excesivo)

[3] Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la república federal de Alemania,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

[4] Sotelo, I., *El Estado social. Antecedentes, desarrollo y declive*, Trotta, 2010.

intervencionismo del poder público en la economía. El Estado social se instaló en la crisis y puede afirmarse que convivió con la misma de forma razonable. Si bien se cuestionaron algunas de sus manifestaciones, nunca se hizo de forma radical y la intensidad varió según los Estados. Lo más relevante es que el sustrato ideológico que lo conformó y apoyó en su primer desarrollo, se mantuvo. Nadie llegó a cuestionar de forma crítica el modelo. Y este mantuvo su vigencia social mientras no se alteraron los fundamentos del orden que lo vio nacer. Al iniciarse el siglo XXI, el diseño del Estado constitucional seguía cumpliendo su función. Las tensiones derivadas del nuevo valor de la igualdad y de la necesaria intervención de un poder ejecutivo que se robustecía, se mantenían y, en algunos casos, se agravaban. Pero la salud del modelo era, en líneas generales, satisfactoria.

En un corto espacio de tiempo, apenas dos décadas, la realidad se ha transformado. Sustantivamente, el modelo que representa el constitucionalismo social sigue vigente. No existe un cuestionamiento significativo de sus objetivos como tampoco lo hay de los fundamentos de la democracia representativa. Sin embargo, es percepción generalizada que la democracia representativa se encuentra en crisis y que también lo están algunos de los fundamentos de igualdad que sustentan ese modelo.[5] Más allá de cuánto de percepción y cuánto de realidad pueda haber detrás de esta reflexión, lo que es innegable es que un nuevo modelo social con nuevos valores, expectativas y miedos está desplazando al que sirvió de base para el desarrollo del constitucionalismo social. Un modelo que se ve acompañado por la emergencia de nuevos sujetos que relegan a aquellos que hasta hoy tenían el protagonismo de las dinámicas políticas.

Puede intuirse que el Estado que se corresponde con la sociedad postindustrial está siendo sustituido por un Estado que, en ausencia de otra voz, puede calificarse como "Estado tecnológico o digital", dado el extraordinario protagonismo que la ciencia y la técnica han adquirido, provocando el tránsito a la denominada era digital. Protagonismo que no se ve acompañado por un sus-

[5] Applebaum, A., *El ocaso de la democracia,* Debate, 2021; Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla,* Paidós, 2018.

tento filosófico y/o humanista, lo que incrementa el desconcierto ante su irrupción. El reto del Derecho constitucional es construir el modelo jurídico que pueda racionalizar de forma satisfactoria el ejercicio del poder en ese nuevo modelo de Estado.[6] Las dificultades que ofrece está tarea son, lógicamente, importantes. Ninguna como la extraordinaria volatilidad que acompaña a todos los acontecimientos que van moldeando el nuevo ciclo histórico.

III. La decadencia de la función legislativa

La ley como expresión de la voluntad general fue paradigma del nuevo Estado constitucional. La ley tenía la capacidad de aglutinar de forma simbólica los dos grandes anhelos del ciclo revolucionario: el poder como pertenencia del pueblo y la necesidad de limitar ese mismo poder. Es decir, principio democrático y principio de legalidad. La ley, además, era producto del órgano que encarnaba la voluntad popular. Por ello, era inevitable que se la elevase al altar de la nueva religión constitucional.[7] No en vano, el legislador era el soberano y sacerdote del nuevo Estado. De esta manera, Parlamento y ley devenían de forma natural en los protagonistas del nuevo orden político.

La consolidación del Estado social supuso la transformación material del concepto de ley. La ley generalista, dominada por la vocación de permanencia en el tiempo y construida alrededor de un lenguaje claro, fue cediendo terreno a la norma técnica y compleja, característica de las últimas décadas. Junto a ello, la afirmación de la naturaleza normativa de la Constitución en la mayoría de los Estados, junto con la creciente importancia de organizaciones supranacionales, muy en particular la Unión Europa, obligaban a dar por acabada la etapa del legislador soberano.[8] En paralelo, el Parlamento fue perdiendo protagonismo en

6 Aragón, M., Tudela, J., Valadés, D. (coords.), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: desafíos y oportunidades,* Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

7 Jaegger, W., *Alabanza de la Ley,* CEC, 1982.

8 Rubio Llorente, F., "Parlamento y Ley", *Anuario Jurídico de la Rioja,* núm. 1, 1995, pp. 15-28.

beneficio del poder ejecutivo, única instancia del Estado con los resortes suficientes como para acometer los complejos desafíos inherentes a su función legislativa. Así, a finales del Siglo xx y principios del Siglo xxi la salud de la ley era manifiestamente mejorable. Los cambios acaecidos en los últimos años han agravado las heridas existentes y añadido nuevos y muy significativos factores de riesgo.[9]

Las características del orden social emergente enfrentan a la ley como categoría normativa a desafíos radicalmente nuevos y que se suman a los problemas arrastrados desde la sustitución del Estado liberal por el Estado social y nunca solucionados. Los nuevos problemas son el resultado de la confluencia de factores múltiples. Si hay que concentrar la atención en una causa, esa es la ya aludida revolución tecnológica y sus consecuencias. El nuevo modelo tecnológico enfrenta al legislador a la obligación de acometer su regulación y, en paralelo, a luchar contra algunos de los rasgos que lo identifica. Por lo demás, su incidencia en el modelo social y político tampoco favorece la eficacia y buen desenvolvimiento de la ley.

De forma sucinta, procede aludir a las principales características del Estado emergente que inciden en la eficacia de la ley. En primer lugar, bien puede aludirse a la celeridad con la que se producen los cambios. El Derecho tiene la estabilidad como una exigencia para su correcto desenvolvimiento. Todos los Estados han tenido leyes que han permanecido en vigor durante décadas lo que les ha permitido desplegar todos sus efectos y ser fundamento de importantes transformaciones sociales y jurídicas. En la actualidad, la estabilidad pertenece al pasado. Desde que se adopta la decisión de regular un determinado ámbito material hasta que finalmente se aprueba la norma, transcurre un tiempo en el que los presupuestos iniciales se habrán alterado radicalmente. El legislador se ve obligado a auto enmendarse con frecuencia y no solo por falta de previsión. En la mayoría de los casos, la razón es ajena a su voluntad: la norma ha quedado caduca. Lograr que el Derecho pueda aprehender de forma satisfactoria una realidad

[9] Tudela Aranda, J., *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento,* Marcial Pons-CEDIP, 2020.

que muta de forma constante es uno de los grandes retos a los que se enfrenta nuestro modelo civilizatorio.

Junto a lo anterior, cabe mencionar la creciente complejidad de las materias susceptibles de regulación.[10] Una complejidad que desde la función legislativa enfrenta, al menos, a dos grandes problemas. Por un lado, la dificultad de someter a Derecho una realidad hostil a las características que presiden el hacer del buen legislador. Son realidades de extraordinaria complejidad, en las que se impone una dimensión científica y/o técnica que convive mal con el Derecho. Paradigma de ello es el lenguaje. El Derecho es una cultura del lenguaje. La utilización adecuada del lenguaje es condición de la propia eficacia de la norma y de un elemento vertebrador del Estado de derecho como es la seguridad jurídica. Las nuevas realidades susceptibles de regulación tienen su propia cultura lingüística y no es, precisamente, amable con el Derecho. Por otro, esa complejidad exige un nivel de preparación y conocimiento que supone un reto extraordinario para el legislador. Reto al que, con dificultades, es posible que desde el poder ejecutivo se pueda hacer frente. Pero al que es prácticamente imposible hacerlo desde el Parlamento. En todo caso, hacerlo de forma satisfactoria exige colaborar con nuevos actores y redimensionar por entero el proceso legislativo.

En tercer lugar, se debe aludir a un rasgo del modelo social emergente que, si bien no es estrictamente novedoso, se ha visto potenciado hasta extremos que permiten singularizarlo. Me refiero a la multiplicación de intereses en juego. La sociedad contemporánea se caracteriza por una mayor presencia de actores y, sobre todo, por la mayor capacidad que cada uno de ellos tiene para visibilizarse y buscar la influencia en la decisión. La toma de conciencia de esta circunstancia se traduce en el fomento de principios como el de transparencia o participación. El presupuesto de estos intereses múltiples y complejos tendrá como consecuencia tanto la imposibilidad de lograr una armonía total y el incremento del escepticismo ciudadano por la norma como la aprobación de normas confusas y, en ocasiones, contradictorias por la voluntad de aunar lo imposible.

[10] Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI,* Galaxia Gutemberg, 2020.

La relación de problemas podría alargarse de forma significativa. Pero me limitaré a enunciar tan solo uno más. Como consecuencia de las circunstancias enunciadas y de otras que podrían traerse a colación, las leyes han perdido eficacia. Su capacidad para transformar la realidad ha disminuido y, en demasiadas ocasiones solo quedan en una proclamación retórica. Como si fuese consciente de esta impotencia, el legislador llena sus textos de preceptos que se alejan de la normatividad para quedar en bellos deseos. La realidad desborda y supera al Derecho. Casi nunca ha tenido la capacidad de hacerse realidad en su totalidad y provocar la transformación correspondiente. Pero su capacidad de incidencia ha sido notable e indudable. En la actualidad es inevitable cuestionarse, por ejemplo, la capacidad que tiene el Derecho para establecer las reglas que han de regir un fenómeno de consecuencias tan profundas como es la generalización del uso de la inteligencia artificial. Es solo un ejemplo. La consecuencia inevitable es una paulatina desconfianza de los ciudadanos con la consiguiente pérdida de legitimidad. La Ley ha de recuperar su condición de agente eficaz de cambio social. Para que ello sea posible, el concepto que hoy se acepta como canónico debe ser sometido a revisión.

Aunque no es posible detenerse en las mismos, resulta preciso enunciar algunas de las consecuencias de la situación descrita. Son circunstancias reiteradas por la doctrina y que, lejos de resolverse, se agravan de forma constante y generalizada. En primer lugar, puede mencionarse el abuso de la legislación de urgencia con la consiguiente pérdida de centralidad del Parlamento. En un País como España, el Decreto-Ley, norma caracterizada como excepcional por suponer una quiebra del diseño constitucional de división de poderes,[11] se ha convertido durante los últimos años en la principal categoría normativa con rango de ley. Junto a lo anterior, pueden mencionarse en segundo lugar graves problemas de carácter más "técnico" como la pérdida de generalidad; la constante reforma de las normas; o el empleo de un lenguaje incomprensible para la mayoría. Todos ellos son directamente deudores de los cambios sociales descritos. Pero se ven

[11] Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley: una propuesta de reinterpretación constitucional,* Iustel, 2016.

seriamente agravados por el mal hacer de los dirigentes políticos que no aciertan a solucionarlos o, simplemente, no los enfrentan. Finalmente, hay que aludir a los problemas que implica el tradicional procedimiento legislativo.[12] Se trata de un procedimiento obsoleto que facilita la consolidación de vicios y agravamientos de problemas. Sencillamente, las leyes no pueden ser aprobadas siguiendo un procedimiento sustancialmente idéntico al empleado desde hace más de cincuenta años. Es cierto que pueden mencionarse algunos cambios positivos como el incremento de los cauces de participación o determinadas ayudas informáticas. Pero son claramente menores. Es preciso un rediseño radical del procedimiento en paralelo a la reconstrucción del concepto mismo de ley. Sin duda, la irrupción de la inteligencia artificial provocará de una manera u otra un rediseño de los distintos procedimientos legislativos.

IV. Las dificultades del control del poder

Junto al concepto de ley, el control del poder es núcleo del Estado constitucional.[13] Hoy, como ayer, sigue siendo uno de sus fundamentos. El Estado constitucional es, por esencia, poder limitado. Como sucedió con la función legislativa, la evolución social y los cambios de paradigma en la relación sociedad/Estado, influyeron en la función parlamentaria de control y, en general, en el control del poder. El Estado social tuvo y tiene como consecuencia natural un poder ejecutivo más fuerte y que puede encontrar en la legitimidad de acción una forma de elusión del control. En paralelo, el Parlamento, sin cambios significativos en su proceder, se muestra como una institución débil para poder realizar un control eficaz. Además, de forma mayoritaria, su diseño normativo sigue primando a la mayoría. Con todo, el paradigma de asimilación del Estado constitucional a la lucha contra las inmu-

[12] García Escudero, P., *Manual de técnica legislativa,* Cívitas-Thomsom-Reuters, 2011.

[13] Rubio Llorente, F., "El control parlamentario", en F. Rubio Llorente, *La forma del poder,* CEC, 1993.

nidades del poder, se mantuvo.[14] Las debilidades del Parlamento se compensaban con el fortalecimiento del control jurisdiccional y de la justicia constitucional.[15]

Durante los últimos años, las circunstancias han cambiado de forma significativa. De nuevo, la transformación tecnológica y social es causa última para explicar lo sucedido, pero, en este caso, la relevancia de las causas mediatas exige una atención particular. Por un lado, la decadencia de los intermediarios tradicionales ha tenido como consecuencia inevitable el fortalecimiento de visiones cuasi autoritarias de la política.[16] La decadencia de partidos y medios de comunicación tradicionales supone la pérdida de contrapesos de poder fundamentales. Un debilitamiento que es, de forma simultánea, causa y consecuencia de la generalización de una nueva forma de hacer política. Durante unos años, el foco se puso en la emergencia de partidos populistas que adquirían un relevante protagonismo en numerosos Estados. En la actualidad, creo que se puede afirmar que estas formaciones han contagiado toda la acción política y que, a salvo de honrosas excepciones, la política que hoy se practica puede calificarse de populista: de los partidos populistas a la política populista; de la lucha contra las inmunidades del poder a la lucha por las inmunidades del poder.[17]

Esta última afirmación concentra la síntesis del problema. La definición de una política populista es la búsqueda de un poder ilimitado mediante la apelación directa del líder al pueblo y la exclusión de los contrarios como "malos", como "enemigos" no ya del líder sino del pueblo.[18] Hay que insistir en que, más allá de supuestos concretos, se trata de una poderosa corriente ideológica que recorre el mundo occidental. De alguna manera, se han

14 García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder,* Cívitas, 1962.

15 Cabellos Espierrez, M.A., *El poder judicial,* Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

16 Bascuñán, M y Vallespín, F., *Populismos,* Alianza Editorial, 2018.

17 Tudela Aranda, J., "From populist parties to populist politics: Populism as a unifyinf ideology en Castella", J.M., *Populism and contemporary democracy in Europe*, StudenVerlag, 2022, pp. 25-42.

18 Castella, J.M., *Populism and contemporary democracy in Europe*, StudenVerlag, 2021.

invertido los términos: el objeto de deseo no es ya una Estado en el que el poder se encuentra sometido a control y es por naturaleza limitado sino un Estado en el que sus dirigentes, previamente identificados como los buenos y los auténticos representantes del pueblo, no pueden ser sometidos a control ni tienen límites para el ejercicio de su poder.

En el marco de este contexto general, cabe realizar una aproximación más detenida a la relación entre el Parlamento y el control político. En principio, podría considerarse que su posición para realizar un control más eficaz ha mejorado. La tecnología ofrece hoy la posibilidad de ejercer un control mucho más efectivo que en el pasado. La disponibilidad de programas informáticos específicos; un adecuado tratamiento de la información; y una gestión inteligente de la apertura a la sociedad y, en general, de los principios del Parlamento abierto,[19] posibilitan que el control del Parlamento pueda llegar casi donde se desee. Hoy, el problema es la voluntad.

He excluido de la relación anterior el aporte que a las capacidades de la Institución parlamentaria puede suponer la inteligencia artificial (De ahora en adelante, IA). Lo he hecho de forma consciente porque su utilización es un proceso que apenas está comenzando. Es muy posible que en fechas cercanas sea el gran instrumento de control a disposición del Parlamento. Como en cualquier otra faceta del quehacer humano, el impacto de la IA sobre la política será relevante. Aludí a su importancia para la mejora del procedimiento legislativo. En relación con la función de control, es fácil imaginar cómo puede coadyuvar a una fiscalización mucho más rigurosa de las actuaciones del poder ejecutivo. De su mano se podrán desarrollar facetas novedosas del control preventivo y del control a posteriori. La evaluación de las propuestas del ejecutivo, el control sobre su rigor y oportunidad será, es ya, mucho más sencillo. También, por supuesto, sobre la evaluación de la ejecución de esas políticas. Tradicionalmente, se ha aludido a la escasez de medios y al diseño institucional favorable al ejecutivo como causas fundamentales de la debilidad

[19] Rubio Nuñez, R. y Vela Navarro-Rubio R., *El Parlamento abierto en el mundo. Evolución y buenas prácticas,* Fundación Manuel Giménez Abad, 2017.

del Parlamento en el ejercicio de la función de control. Hoy, debe añadirse, incluso en lugar destacado, el anacronismo definitivo en el que se desenvuelven los tradicionales instrumentos de control. Es cierto que no se trata de algo estrictamente novedoso. Pero, inevitablemente, el transcurso del tiempo sin que haya existido reacción agrava el mal. La ausencia siquiera de reformas medianamente significativas de los procedimientos e instrumentos existentes provoca que, en general, se acerquen a la inoperancia. Hoy, pensar sobre la función de control exige inevitablemente una modificación radical de los instrumentos mediante los que se ejerce y la creación de nuevos.[20] Se dan las condiciones para incrementar la eficacia del control sobre el poder ejecutivo. Un aprovechamiento inteligente de los nuevos instrumentos tecnológicos y una mejora cualitativa de la política de comunicación de los parlamentos permitiría dar el necesario paso adelante. Hacerlo es fundamental. El Parlamento necesita legitimarse delante de los ciudadanos también por la eficacia. Para ello, no hay mejor manera que realizar y transmitir adecuadamente un control eficaz.

Si bien en estas páginas quería concentrar la atención en la posición que en relación con el control debe tener la Institución parlamentaria, no puede olvidarse que el control del poder excede a la misma. Por razones de espacio, me limitaré a subrayar lo esencial. Control del poder, democracia constitucional, es sinónimo de Poder Judicial independiente. No es casualidad que los modelos de democracia iliberal que de un tiempo a esta parte proliferan hayan comenzado su andadura limitando la independencia del Poder Judicial.[21] La experiencia demuestra que, si los tribunales no se encuentran en condiciones de controlar con absoluta autonomía los actos del poder ejecutivo, el Estado de derecho y la democracia, se abocan al fracaso. Estas reflexiones serían obvias si no fuese porque comienzan a extenderse teorías que buscan limitar la acción del Poder Judicial argumentando que el control de determinados actos sería una intromisión ile-

20 Tudela Aranda, J., *op. cit*.

21 Tajadura, J., "El populismo iliberal contra el Estado de derecho: la defensa europea de la independencia judicial", *Araucaria,* vol. 25, 2023, pp. 409-431.

gítima en la acción política. Si bien nunca es posible descartar totalmente actuaciones inadecuadas de miembros individuales del Poder Judicial, lo cierto es que su funcionamiento conforme a un principio de revisión de todos los pronunciamientos por instancias superiores es garantía de que esas posibles desviaciones serán corregidas. En todo caso, los hechos demuestran que son los actores políticos quienes buscan condicionar el Poder Judicial de acuerdo con sus intereses y que se muestran muy satisfechos con su funcionamiento cuando castiga al adversario mientras entienden que cualquier sanción a los propios es una inadmisión intolerable.

No muy diferente es la situación de la jurisdicción constitucional en sus distintas variantes.[22] La más significativa es que, en relación con la misma, el rol de los partidos políticos suele ser más activo en la designación de quienes la ejercen. La consecuencia en demasiadas ocasiones es, en este caso sí, su politización de manera que puede llegar a tener serias dificultades para ejercer las funciones que tiene asignadas. Y, al igual que sucede con el Poder Judicial, esta deriva se traduce en una paulatina pérdida de credibilidad entre la ciudadanía. Una erosión que, en demasiadas ocasiones, es buscada de forma consciente para justificar reformas cuya única finalidad es garantizar al poder una mayor impunidad.

El control es la esencia de la democracia constitucional. Precisamente, las principales fisuras que hoy presenta esta, se relacionan directamente con un poder cada vez más seguro de sus fuerzas y menos respetuoso con los límites que impone el orden constitucional. Así, reforzar al Parlamento en el ejercicio de la función de control debe entenderse, ante todo, como uno de los principales instrumentos de los que se dispone para garantizar la democracia constitucional. El Parlamento es la Institución que refleja el pluralismo ideológico de la sociedad. Es la Institución en la que mejor puede encontrar espacio la minoría para hacer verdad la definición kelseniana de democracia.[23] Así, el control

22 Vidal Fueyo, M.C., *El Tribunal Constitucional,* Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

23 Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia,* KRK Ediciones, 2006.

puede ser el gran instrumento no solo para fortalecer la Institución parlamentaria, sino la democracia en su conjunto. Sin adjetivos.

V. Una consecuencia inevitable: la crisis de la representación. La política, entre el populismo y la sinrazón

La democracia constitucional es sinónimo de democracia representativa. Los distintos instrumentos de democracia directa o semidirecta pueden complementarla y mejorar la calidad democrática en su conjunto. Pero no pueden sustituir la representación política como columna central de la democracia. Ni siquiera hoy, cuando la tecnología hace posible la utopía de la decisión popular permanente, se llega a defender esta posición. En paralelo, los esfuerzos por mejorar los fundamentos y soportes de la decisión democrática, así la elaboración de modelos de democracia deliberativa, tienen como última razón de ser la de perfeccionar la democracia representativa.[24] Por todo ello, si bien no pueden desdeñarse las aportaciones que para una mayor calidad democrática del conjunto pueden aportar formas democráticas ajenas a la representación, la salud y futuro de la democracia pasan por la representación y, con ella, por la Institución parlamentaria. Por ello, la crisis del Parlamento, el profundo anacronismo en el que se desenvuelve la institución desde hace ya demasiados años, no solo es reflejo de la crisis global de la democracia constitucional. También es causa. Si se repara, siquiera parcialmente, esa erosión se habrá fortalecido la democracia en su conjunto.

El Parlamento, es lugar común, se encuentra en crisis.[25] Si bien la voz crisis se ha anudado a la Institución casi desde sus orígenes,[26] en la actualidad se pueden encontrar elementos que, ob-

[24] Rico Motos, C., *Democracia deliberativa y crisis de la representación política: aportaciones del estudio de la deliberación parlamentaria,* Congreso de los Diputados, 2016.

[25] Astarloa Huarte-Mendicoa I., *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio,* Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2017.

[26] Chandenagor, A., *Un Parlement, pour quoi faire?*, Gallimard, 1967.

jetivamente, singularizan esta etapa y le dan un valor cualitativo. Es así porque no se trata, o no se trata solo, de debilidades intrínsecas a la Institución. La forma de hacer política se ha transformado radicalmente. Podrían mencionarse muchas circunstancias para avalar esta afirmación. Algunas son clásicas como la crisis de los mediadores tradicionales (partidos o medios) o la creciente desafección ciudadana hacia una política que consideran ajena e ineficaz, sino corrupta. Desde luego, estos y otros son hechos relevantes que por sí mismos podrían justificar la citada afirmación. Voy a aludir a dos que estimo fundamentales y a los no se suele dar suficiente relevancia. Me refiero a la sustitución de la razón por la pasión y al traslado de la acción política a cauces mayoritariamente informales. Por supuesto, lo segundo alimenta lo primero: si la política se desenvuelve en un marco institucional, habrá de respetar unas reglas; lo que caracteriza los nuevos escenarios informales es precisamente la ausencia de reglas, lo que facilita que lo irracional sea elemento nutriente. Si priorizo esta circunstancia es porque considero que se encuentran en la base de la mayor parte de las restantes causas que puedan alegarse para explicar la crisis de la democracia constitucional. Son, podría afirmarse, meta causas.

El Estado constitucional se construye sobre algunas pautas fundamentales. La democracia constitucional se asienta, necesariamente, sobre la idea de que el otro puede tener razón y que, en todo caso, merece respeto, porque sus ideas lo merecen y porque, si es un adversario político, representa a una parte de la sociedad. Desde esta premisa, deberé dialogar con él con la convicción de intentar llegar a acuerdos. Y, en todo caso, fomentaré un ejercicio de deliberación racional que no solo procurará llegar a la mejor solución, sino que, además, deberá servir para explicar a los ciudadanos la razón de esa decisión. También para que esos ciudadanos puedan ser partícipes del proceso. Es decir, respeto y procesos para dar cuerpo a la tolerancia. Es decir, Parlamento frente a decisión. Es decir, adversario frente a enemigo. Es decir, Kelsen frente a Schmitt.[27] El dominio de lo irracional y la política realizada fuera de cauces institucionales convive mal con las premisas sobre las que se asienta la democracia constitucional.

[27] Tajadura, J., *op. cit.*

Por ello, debe buscarse, con carácter urgente, una respuesta a sus desafíos.

Esa respuesta pasa necesariamente por la representación política y por la Institución parlamentaria. No es un mero acto de fe en el Parlamento. Hoy por hoy, sigue siendo la institución en la que es posible racionalizar la política y devolverle sus cualidades esenciales que son, a la postre, condición de la política democrática. Es preciso detener la deriva actual. De los partidos populistas se ha pasado a una política populista practicada, con mayor o menor intensidad, por todos. Y esa política populista con el paso de los días gana un adjetivo: irracional. Incluso la política populista tiene sus reglas. Pues bien, hasta su marco conceptual clásico salta por los aires. Es una política de grito, de soflama, de agresión. Por supuesto, no se trata de una tendencia absoluta. Pero hay muestras suficientes como para advertir del riesgo. En la actual etapa del Estado tecnológico, la tentación de eliminar la argumentación y cualquier atisbo de explicación racional es poderosa. Como lo es afirmarse en el más profundo maniqueísmo y en la apelación al sentimiento. El Parlamento puede y debe ser el dique de contención de esta deriva. Para que sea posible, son precisos cambios profundos.

Referencias

Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley: una propuesta de reinterpretación constitucional,* Iustel, 2016.

Aragón, M., Tudela, J., Valadés, D. (coords.), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: desafíos y oportunidades,* Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

Applebaum, A., *El ocaso de la democracia,* Debate, 2021.

Astarloa Huarte-Mendicoa I., *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio,* Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2017.

Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo,* 2ª. ed., Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

Bascuñán, M y Vallespín, F., *Populismos,* Alianza Editorial, 2018.

Cabellos Espierrez, M.A., *El poder judicial,* Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

Castella, J.M., *Populism and contemporary democracy in Europe*, StudenVerlag, 2021.

Chandenagor, A., *Un Parlement, pour quoi faire?*, Gallimard, 1967.

De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J., *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo,* Guillermo Escolar Editor, 2022.

Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la república federal de Alemania,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder,* Cívitas, 1962.

García Escudero, P., *Manual de técnica legislativa,* Cívitas-Thomsom-Reuters, 2011.

Garcia Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* Alianza, 1977.

Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI,* Galaxia Gutemberg, 2020.

Jaegger, W., *Alabanza de la Ley,* CEC, 1982.

Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia,* KRK Ediciones, 2006.

Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla,* Paidós, 2018.

Rico Motos, C., *Democracia deliberativa y crisis de la representación política: aportaciones del estudio de la deliberación parlamentaria,* Congreso de los Diputados, 2016.

Rubio Llorente, F., "El control parlamentario", en F. Rubio Llorente, *La forma del poder,* CEC, 1993.

Rubio Llorente, F., "Parlamento y Ley", *Anuario Jurídico de la Rioja,* núm. 1, 1995, pp. 15-28.

Sotelo, I., *El Estado social. Antecedentes, desarrollo y declive*, Trotta, 2010.

Rubio Nuñez, R. y Vela Navarro-Rubio R., *El Parlamento abierto en el mundo. Evolución y buenas prácticas,* Fundación Manuel Giménez Abad, 2017.

Tajadura, J., "El populismo iliberal contra el Estado de derecho: la defensa europea de la independencia judicial", *Araucaria,* vol. 25, 2023, pp. 409-431.

Tudela Aranda, J., *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento,* Marcial Pons-CEDIP, 2020.

Tudela Aranda, J., "From populist parties to populist politics: Populism as a unifyinf ideology en Castella", J.M., *Populism and contemporary democracy in Europe*, StudenVerlag, 2022, pp. 25-42.

Vidal Fueyo, M.C., *El Tribunal Constitucional,* Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

Órganos jurisdiccionales constitucionales en un contexto antiliberal: la figura del cómplice

***

Constitutional jurisdictional bodies in an anti-liberal context: the figure of the accomplice

Guillaume Tusseau

Resumen: el tema de la "democracia iliberal" está plagado de contradicciones, paradojas y otros oxímoros.[1] Aún a costa de algunas vacilaciones, hay consenso sobre la existencia de un espectro de actividades, instituciones, discursos y prácticas que conforman un "contexto antiliberal". Este fenómeno presenta dificultades formidables no solo para los gobiernos, funcionarios, jueces y ciudadanos que participan en él, sino también para quienes se proponen analizarlo. Como revela el estudio del rol de los órganos jurisdiccionales constitucionales, tal incomodidad puede resultar fructífera en la medida en que pone en tela de juicio los marcos analíticos de la ciencia constitucional.

Sumario: I. El vértigo del constitucionalismo. II. Contribución de los tribunales constitucionales a la gobernanza antiliberal. III. Lecciones para la teoría constitucional.

[1] Véase, por ejemplo, D. Collier, S. Levitsky, "Democracy with Adjectives. Conceptual Innovation in Comparative Research", *World Politics*, vol. 49, 1997, pp. 430-451; T. Hochmann, "Cinquante nuances de démocraratures", *Pouvoirs*, núm. 169, 2019, pp. 19-32; G. Frankenberg, "Authoritarian Constitutionalism: Coming to Terms With Modernity's Nightmares", en H. Alviar Garcia, G. Frankenberg (ed.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 1-36.

I. El vértigo del constitucionalismo

La admisión de formas no liberales de constitucionalismo no deja de dar lugar a una forma de disonancia cognitiva. Esto es particularmente notable en lo que respecta a los órganos jurisdiccionales constitucionales.

1.1. Presencia de un constitucionalismo antiliberal

El constitucionalismo se entiende generalmente como el medio para proclamar valores fundamentales consagrándolos en un documento que goza de una protección especial. La doctrina constitucionalista tiende a desinteresarse de los regímenes que, aun contando con una norma fundamental denominada "constitución", ignoran o combaten los valores asociados a los derechos humanos, el Estado de derecho, la separación de poderes, el control político, la democracia, etc. Desde un punto de vista científico, estudiar únicamente constituciones puramente "nominales",[2] que son ineficaces e hipócritas, supone un gran riesgo. Desde un punto de vista político, abordar un discurso de este tipo sin mayores precauciones puede dar crédito a su seriedad y contribuir a legitimarlo.[3]

Sin embargo, no parece fácil pasar por alto lo que, si confiamos en los indicadores más sofisticados, representa casi la mitad de los Estados del mundo. Es más, la tendencia a la instauración de este tipo de regímenes parece ir en aumento: solo el 6% de la población mundial vive en una democracia plena, y 74 de los 167 Estados evaluados por la Unidad de Inteligencia de *The Economist obtienen* una puntuación inferior a la del año anterior. Esta tendencia se hace cada vez más patente a través de la consolidación de los llamados regímenes "democráticos iliberales"[4] en

[2] K. Loewenstein, "Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions", Revue *française de science politique*, 1952, pp. 5-23 y pp. 312-334.

[3] D. Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, París, PUF, 1989, pp. 252-285.

[4] F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracies", *Foreign Affairs*, 1997, pp. 22-43.

Europa del Este,[5] América Latina[6] y el Sudeste Asiático.[7]

Por ello, la hipótesis de lo que Max Weber denominó "pseudoconstitucionalismo"[8] puede resultar fructífera. El hecho mismo de que la más absolutista de las dictaduras considere oportuno adoptar una constitución merece ser entendido como parte integrante del asunto y no debe pasarse por alto.

1.2 Singularidad de los órganos jurisdiccionales constitucionales

Según un razonamiento desarrollado por Sieyès[9] y John Marshall,[10] la justicia constitucional hace de la Constitución la "ley

---

5 P. Morillas (ed.), *Democracias iliberales en la UE. El Grupo de Visegrado y el riesgo de desintegración*, Barcelona, Cidob edicions, 2017, p. 74; T. DrinóczI, A. Bień-Kacała, "Constitucionalismo iliberal: el caso de Hungría y Polonia", *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 1140- 1166.

6 P. Andrade A., A. Olano, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la Región Andina*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 198.

7 Thio Li-Ann, "Constitutionalism in Illiberal Polities", en M. Rosenfeld, A. SAJÓ (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 133-152; T. Pongsudhirak, "El autoritarismo se acelera en el sudeste asiático. The China Model is Winning, at the Expense of Liberal Values", 2018, *https://asia.nikkei.com/Editor-s-Picks/Looking-ahead 2018/Authoritarianism-is-accelerating-in-Southeast-Asia*

8 M. Weber, "Rußlands Übergang zum Scheinkonstitutionalismus", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 23, 1906, pp. 165-401. Véase también H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism. Reflections on an African Political Paradox*, Nueva York, American Council of Learned Societies, 1988, p. 44; D. Law, M. Versteeg, "Sham Constitutions", *California Law Review,* vol. 101, 2013, pp. 863-952; G. Walker, "The Idea of Nonliberal Constitutionalism", *Nomos*, vol. 39, 1997, pp. 154-184; M. Tushnet, "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 391-461.

9 Discours du 18 thermidor an III, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, H. Plon, 1862, t. XXV, 792, p. 442.

10 *Marbury vs. Madison* 5 US 137 (1803).

suprema del país".[11] Como señala Lucio Pegoraro, "Nacida de orígenes diversos, la idea de un juez de las leyes ha arraigado prácticamente en todas partes: al menos en el plano de la verbalización constitucional, incluso [en] ciertos ordenamientos jurídicos que prescinden de *jure* o de *facto* de la forma del Estado liberal-democrático en favor de disposiciones autoritarias o teocráticas".[12] En este último contexto, la intersección entre los órganos jurisdiccionales constitucionales y un poder tentado por el autoritarismo nos lleva intuitivamente a ver a los primeros como víctimas potenciales de los segundos.[13] La supresión del propio tribunal, la modificación de su composición, la restricción de sus competencias, las amenazas contra sus miembros, etc., son algunos de los medios que se utilizan habitualmente, ya sea como medida preventiva o como represalia, contra un tribunal que se muestra insuficientemente complaciente.[14]

A la inversa, el hecho de que un poder tentado por el autoritarismo no elimine de entrada a los órganos jurisdiccionales constitucionales, o que éstos parezcan contribuir activamente su eliminación, plantea interrogantes. Lejos de parecer una víctima, los tribunales a veces se convierten en cómplices de este movimiento. Que lo hagan después de haber sido "capturados" aún puede explicarse. Pero que participen más o menos espontáneamente en la instauración o la consolidación de una secuencia político-institucional antiliberal es aún más desconcertante.

---

11 G. Tusseau, "Deux dogmes du constitutionnalisme", en *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en hommage à Elisabeth Zoller*, París, Dalloz, 2018, pp. 835-883.

12 L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, *Turín*, G. Giappichelli, 1998, p. 129.

13 Véase, por ejemplo, S. LevitskY, L. Way, "The Rise of Competitive Authoritarianism", *Journal of democracy*, vol. 13, 2002, pp. 51-65, pp. 56-57.

14 G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, Lextenso, 2021, pp. 1302-1330.

II. Contribución de los tribunales constitucionales a la gobernanza antiliberal

La muestra seleccionada ilustra, a nivel macro, diversas zonas geográficas y diversas etapas de consolidación del constitucionalismo liberal-democrático. A nivel meso, abarca una serie de cuestiones significativas para el funcionamiento de una sociedad política. A nivel micro, pone en juego diversas formas de organización del control de constitucionalidad, así como diversos ámbitos de intervención de la justicia constitucional.

2.1. El golpe de Estado

La contribución más evidente al antiliberalismo es la admisión de su propio principio, como ilustra el caso *The State v. Dosso* (1958 PLD SC 533) resuelto por el Tribunal Supremo de Pakistán. El 7 de octubre de 1958, el presidente Iskandar Mirza promulgó una proclamación por la que se derogaba la Constitución de 1956, se destituía al Gobierno central y a los gobiernos provinciales, se disolvían las Asambleas Nacional y Provinciales y se declaraba la ley marcial. La *Laws (Continuance in Force) Order* presidencial del 10 de octubre mantuvo en vigor todas las leyes existentes, salvo la Constitución (art. IV), y confirmó la jurisdicción de los tribunales existentes (art. II.4). Los recursos penales que debe conocer el Tribunal Supremo impugnan las decisiones de los tribunales superiores que invalidan el *Reglamento de Delitos Fronterizos (Reglamento III de 1901)* por su incompatibilidad con el artículo 5 de la Constitución.

Según el presidente del Tribunal, Muhammad Munir, al haber desaparecido del ordenamiento jurídico la Constitución de 1956 y haberse mantenido en vigor la normativa mediante la *Laws (Continuance in Force) Order*, las condenas dictadas sobre esta última base deben ser confirmadas. En su opinión,

> [...] a veces sucede [...] que una Constitución y el ordenamiento jurídico nacional que se deriva de ella se rompen por un cambio político repentino que no está previsto en la Constitución. [... Un] cambio es, en derecho, una revolución si anula la constitución y si

> la anulación es efectiva. [...] Si la revolución es victoriosa en el sentido de que los que entonces toman el poder pueden exigir con éxito a los habitantes del país que se ajusten al nuevo régimen, entonces la propia revolución se convierte en un hecho que crea derecho, porque entonces su propia legalidad se juzga no por referencia a la constitución abolida, sino por referencia a su propio éxito. Según el mismo principio, la validez de las leyes adoptadas posteriormente se aprecia por referencia a la nueva constitución.

Como el Tribunal considera que se ha cumplido el criterio de la eficacia, abre la vía a una validación pura y simple de los hechos consumados,[15] proporcionando un marco argumental que será reutilizado por otros tribunales.[16]

2.2. Renovación del mandato del jefe de Estado

Un régimen iliberal se apoya frecuentemente en la figura de un líder poderoso. El deseo del líder de permanecer en el poder a pesar de los límites temporales a los que pueden estar sujetas sus funciones han llevado a los órganos jurisdiccionales constitucionales a pronunciarse en varias ocasiones.

Por ejemplo, en Burundi,[17] el artículo 96 de la Constitución de 2005, adoptada en virtud del Acuerdo de Arusha, establece que "El presidente de la República será elegido por sufragio universal directo para un mandato de cinco años, renovable una sola vez". Según el artículo 302 C, "Excepcionalmente, el primer pre-

15 F. Hasan, "A juridicial critique of successful treason: a jurisprudential analysis of the constitutionality of a coup d'etat in common law", Stanford *Journal of International Law*, vol. 20, 1984, pp. 191-258.

16 T. MahmuD, "Jurisprudence of successful treason: coup d'etat & common law", *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 1994, pp. 49- 140; P.R. Newberg, *Judging the State. Courts and Constitutional Politics in Pakistan*, Cambridge, Cambridge UP, 1995, xi+284 p., pp. 69-109.

17 A. Loada, "La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone", *Revue électronique Afrilex,* vol. 3, 2003, pp. 139- 174; M. Versteeg, T. Horley, A. Meng, M. Guim, M. Guirguis, "The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion", *Columbia Law Review*, vol. 120, 2020, pp. 173-248.

sidente de la República en el período posterior a la transición será elegido por la Asamblea Nacional y el Senado reunidos en Congreso, por mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento". Tras ser elegido sucesivamente en 2000 y 2005, Pierre Nkunrunziza pretendía presentarse de nuevo. Tras fracasar en 2014 un intento de revisión de la Constitución, su partido le propuso no obstante para las elecciones del 26 de junio de 2015. En un contexto de manifestaciones hostiles, catorce senadores del partido del presidente recurrieron al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la interpretación de las disposiciones en cuestión. En su decisión RCCB 303 de 5 de mayo de 2015, el Tribunal aceptó el planteamiento del presidente, sosteniendo que el límite de dos mandatos establecido en el artículo 96 solo se aplicaba a los mandatos obtenidos por sufragio universal directo. Un mandato obtenido en virtud del artículo 302 durante el periodo transitorio no puede computarse como tal. Así pues, Pierre Nkunrunziza fue reelegido.

Tras la destitución de todos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el 1er de mayo de 2021, la Sala de lo Constitucional de este tribunal, integrada por sus sucesores, se mostró favorable a la agenda del jefe de Estado en su resolución 1/2021 del 3 de septiembre de 2021. A pesar del artículo 152.1 C, que prohíbe a un presidente presentarse inmediatamente a la reelección, y de los artículos 75.4, 88 y 248 C, que prohíben la revisión de la Constitución en este sentido, el tribunal lo permite en nombre de la soberanía popular. Anteriormente, en la sentencia 163/2013, de 25 de junio de 2014, el mismo tribunal consideró que el artículo 152.2 solo permitía la reelección tras dos mandatos, es decir, diez años. Por tanto, el Tribunal ha revocado esta jurisprudencia.

2.3. La marginación de los rivales

Se puede lograr la limitación de la competencia política susceptible de obstaculizar la dinámica iliberal excluyendo a determinadas formaciones políticas. Muchas constituciones encomiendan al tribunal constitucional la tarea de velar por el respeto de los

valores consagrados por los constituyentes.[18] Esta herramienta de la llamada democracia "militante" puede ser explotada.

En Tailandia se ha desarrollado una alianza entre el Tribunal Constitucional y la élite monárquica conservadora. Entre 2008 y 2014, el Tribunal destituyó a tres primeros ministros, disolvió varios partidos políticos importantes, prohibió la actividad política a figuras destacadas y anuló dos elecciones generales, facilitando la intervención del ejército en los asuntos políticos.[19] Regido ahora por el artículo 92 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, su poder para controlar a los partidos políticos permitió al Tribunal disolver el partido Thai Raksat Chart en marzo de 2019, por haber propuesto a la hermana del rey como candidata al puesto de primer ministro, en violación del papel tradicional de la monarquía. El 21 de febrero de 2020, ordenó la disolución del partido Nuevo Futuro, el principal partido de la oposición y popular entre los votantes jóvenes, alegando que su fundador, Thanathorn Juangroongruankit, había concedido un préstamo al partido en violación de los artículos 66 y 92 LO.[20]

Más allá de excluir a determinados partidos políticos de la participación en las elecciones, otra estrategia consiste en asegurarse de que sean capturados por las fuerzas políticas dominantes. En su sentencia 71/2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estimó un recurso de *amparo* presentado por activistas del partido *Acción Democrática* contra la dirección del partido. Tras considerar que se habían violado sus derechos constitucionales, el tribunal suspendió a la direc-

18 G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, *cit*. pp. 871-879.

19 E. Merieau, *Le constitutionnalisme thaïlandais à la lumière de ses emprunts étrangers: une étude de la fonction royale*, Th. Sciences politiques et relations internationales, Inalco, 2017, p. 520; B. DresseL, K. Tonsakulrungruang, "¿Juicios de color? The Work of the Thai Constitutional Court, 1998-2016", *Journal of Contemporary Asia*, vol. 49, 2019, pp. 1-23.

20 E. Mérieau, "The Thai Constitutional Court, a Major Threat to Thai Democracy", 2019, *https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/5/3/the-thai-constitutional-court-a-major-threat-to-thai-democracynbsp,* R. Leelapatana, S. Asanasak, "Determining What is 'Thai': Thailand's Constitutional Court and Identity Polarisation", 2021, *https://www.icon society.org/conference_paper/determining-what-is-thai-thailands-constitutional-court-and-identity-polarisation/*

ción del partido, sustituyéndola por un comité directivo *ad hoc*, nombrando a su presidente y concediendo a este último el derecho exclusivo a utilizar el nombre y los recursos del partido. Decisiones similares adoptadas en los días siguientes contra otros grupos políticos[21] suscitaron considerables críticas.[22] Emitidas a petición de los disidentes de los partidos en cuestión, se acusa a estas medidas de permitir al Tribunal Supremo destituir a los dirigentes de movimientos de oposición y sustituirlos por direcciones *ad hoc*. Estas nuevas direcciones, más próximas al señor Maduro, aceptarían participar en las elecciones de 2020 y, al actuar como competidores "a medida" de las fuerzas leales al régimen, legitimando el escrutinio al confirmar su pluralismo.

2.4. Antinomias normativas

Una de las principales tareas de los órganos jurisdiccionales constitucionales es revisar la validez de las normas y leyes. En diversos grados, esta actividad ofrece un medio de apoyo a los planteamientos de un poder antiliberal. *Como mínimo,* es posible que los tribunales, caso por caso, rechacen en cuanto al fondo los argumentos de los demandantes que cuestionan la validez de las actuaciones de las autoridades de turno. Con mayor intensidad, es posible facilitar el ejercicio de esta facultad adoptando doctrinas más sistemáticas en relación con el alcance del parámetro de revisión (por ejemplo, reduciéndolo mediante disposiciones *no normativas* o *no directamente aplicables*), el alcance del objeto de revisión (por ejemplo, reduciéndolo mediante una doctrina integral de las cuestiones políticas) y el alcance del procedimiento de revisión. Por último, existen requisitos procesales relativos a los plazos para recurrir, el interés en ejercitar la acción, la impugnabilidad o la caducidad de las cuestiones planteadas, etcétera.

---

21 Enviado. 72/2020; 77/2020; 119/2020; 122/2020.

22 R. Badell Madrid, "Consideraciones sobre las sentencias de la Sala constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular", *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 203-224.

A modo de ejemplo, tras el intento de golpe de Estado que tuvo como objetivo a Recep Tayyip Erdoğan y que condujo a la toma del poder del aparato oficial y a la intensificación de la dimensión antiliberal de las prácticas del AKP, el Tribunal Constitucional decidió motu proprio limitar su competencia a la revisión de los decretos de emergencia, a pesar de que están demostrando ser importantes instrumentos de la acción del presidente de la República (decisiones n.º 668 y 669 de 2016).[23] De este modo, el tribunal configura un instrumento particularmente poderoso en beneficio del poder antiliberal.

Más fundamentalmente, la revisión de las antinomias normativas puede llevar al tribunal constitucional a convertirse en el guardián de la filosofía general del régimen iliberal. A este respecto, sobre todo para hacer frente a las críticas procedentes de horizontes supranacionales, se ha hecho un uso notable del argumento de la identidad constitucional. Este concepto ha surgido en el contexto de las interacciones entre el constitucionalismo supranacional y el nacional. Ha permitido a los tribunales constitucionales aceptar el principio de que el derecho supranacional debe penetrar de buena fe en el ordenamiento jurídico interno, principio a menudo exigido tanto por una norma constitucional como por los tratados que la establecen, conservando al mismo tiempo la posibilidad, como último recurso, de obstaculizarlo cuando se pongan en peligro valores fundamentales.[24]

Tal razonamiento facilita la preservación de un constitucionalismo antiliberal. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional de Hungría ha especificado los límites que impone a la introducción del Derecho de la Unión Europea (Decisión 22/2016. (XII. 5.) AB). Esto último es tanto más inquietante para las autoridades en ejercicio cuanto que se ha incoado contra un Estado un procedimiento con arreglo al artículo 7 TUE, motivado por "un riesgo claro de violación grave por un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 [respeto de la dignidad

[23] M. Haimerl, "*The Turkish Constitutional Court under the Amended Turkish Constitution*", 2017, *https://verfassungsblog.de/the-turkishconstitutional-court-under-the-amended-turkish-constitution/*

[24] G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, *cit.*, pp. 762-786 y 810-825.

humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho, respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, solidaridad e igualdad entre mujeres y hombres]". En el contexto de la crisis migratoria, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la interpretación del artículo E.2 de la Ley Fundamental húngara, que regula la participación en la Unión Europea. A la luz de un amplio examen de la jurisprudencia extranjera, el Tribunal concluyó que le era imposible renunciar a su competencia para proteger los derechos fundamentales (párr. 49). Tampoco puede ignorar posibles excesos de poder que menoscaben la soberanía del Estado o su identidad constitucional (apartado 54).

Al detallar (párr. 61-67) su examen a este último respecto, el Tribunal

> [...] interpreta el concepto de identidad constitucional como la identidad propia de Hungría y desarrolla el contenido de dicho concepto caso por caso, sobre la base de la Ley Fundamental en su conjunto y de algunas de sus disposiciones, de conformidad con el juramento nacional y los logros de nuestra Constitución histórica [...]. La identidad constitucional propia de Hungría no es una lista de valores estáticos y cerrados. Sin embargo, se pueden destacar algunos de sus componentes importantes [...]: las libertades, la separación de poderes, la República como forma de gobierno, el respeto de las autonomías de derecho público, la libertad religiosa, el ejercicio de la autoridad legítima, el parlamentarismo, la igualdad de derechos, el reconocimiento del poder judicial, la protección de las nacionalidades que viven con nosotros [...]. El Tribunal Constitucional establece que la identidad constitucional propia de Hungría es un valor fundamental que no es creado por la Ley Fundamental, sino simplemente reconocido por ella. En consecuencia, la identidad constitucional no puede ser anulada por medio de un tratado internacional - Hungría solo puede ser privada de su identidad constitucional a través de la pérdida definitiva de su soberanía, de su estatus como Estado independiente. Por lo tanto, la protección de la identidad constitucional seguirá siendo el deber del Tribunal Constitucional mientras Hungría sea un Estado soberano".

El resultado es un amplio poder de revisión de los actos de la Unión Europea.

Esta línea de razonamiento muestra que "el círculo puede cerrarse": al validar una toma de poder tras un golpe de Estado, un tribunal constitucional antiliberal puede entonces, tras haberse asegurado de que las instituciones dominantes de la coalición antiliberal permanezcan en el poder y eliminado a posibles competidores u oponentes, convertirse en el guardián de la constitucionalidad antiliberal resultante. ¿Cómo debería reaccionar la ciencia del derecho constitucional ante un uso del derecho constitucional que parece contradecir el propósito mismo del constitucionalismo contemporáneo?

III. Lecciones para la teoría constitucional

Al ilustrar diversas formas de ir en contra de la representación tradicional de su papel, la práctica de los órganos jurisdiccionales constitucionales en un contexto antiliberal pone en tela de juicio el constitucionalismo como forma de concebir y organizar el poder. Esta actitud debe considerarse en primer lugar desde el punto de vista de la ingeniería institucional. Luego, de fondo, pero de una forma quizá más fundamental, el fenómeno del "control de constitucionalidad abusivo",[25] el "abuso antiliberal de los órganos jurisdiccionales constitucionales"[26] o su participación en la "regresión constitucional"[27] nos invita a repensar nuestra comprensión del constitucionalismo como cultura política.

[25] D. Landau, R. Dixon, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *Universidad de California, Davis*, vol. 53, 2020, pp. 1313-1387.

[26] P. Castillo-Ortiz, "El abuso iliberal de los tribunales constitucionales en Europa", *European Constitutional Law Review*, vol. 15, 2019, pp. 48-72.

[27] A. Di Gregorio, "Constitutional Courts in the Context of Constitutional Regression: Some Comparative Remarks", en M. Belov (ed.), *Courts, Politics, and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Oxford, Routledge, 2020, pp. 209-227.

3.1. Desde el punto de vista de la ingeniería constitucional

Dada la complicidad de los órganos jurisdiccionales constitucionales con un gobierno antiliberal, sería comprensible acusar a sus miembros de traicionar su vocación. Pero este aparente fracaso puede valorarse de forma más matizada, dado el dilema al que se enfrentan los jueces en ejercicio. Además de las amenazas personales que pueden llevar a los jueces a ser más complacientes de lo que su concepción de su cargo recomendaría, los jueces pueden hacer el siguiente cálculo. Permanecer en el cargo puede permitirles influir, aunque solo sea marginalmente, en la política adoptada por las autoridades de turno. A la inversa, dimitir con el pretexto de no asociarse a las autoridades les hace, paradójicamente, un favor al permitirles nombrar a un sucesor cuyas opiniones estén alineadas con las suyas.

Este cálculo está tanto más justificado cuanto que los poderes autoritarios pueden beneficiarse no solo de adoptar constituciones,[28] sino también de mantener en funcionamiento los tribunales constitucionales en lugar de desmantelarlos. Los trabajos de Tamir Moustafa,[29] Tom Ginsburg[30] y Pablo Castillo-Ortiz[31] han destacado siete tipos principales de contribución de los tribunales a la gobernanza antiliberal.

El primero es el ejercicio del poder del Estado para lograr la agenda antiliberal. Por tanto, los tribunales pueden contribuir a hacer entrar en vigor leyes que restrinjan los derechos de la oposición, atenten contra la libertad de prensa, restrinjan la independencia de autoridades como los consejos judiciales, los bancos centrales o las comisiones electorales, prohíban los partidos políticos, las asociaciones, los sindicatos o las organizaciones no

28 T. Ginsburg, A. Simpser, "Introducción. Constitutions in Authoritarian Regimes", en T. Ginsburg, A. Simpser (ed.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge UP, pp. 1-17.

29 T. Moustafa, "Law and Courts in Authoritarian Regimes", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, pp. 281-299.

30 T. Ginsburg, T. Moustafa, "Introduction: the functions of courts in authoritarian politics", en ID. (ed.), *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, pp. 1-22.

31 P. Castillo-Ortiz, *op. cit*.

gubernamentales, repriman las acciones de los opositores, etc. Una segunda función es garantizar la disciplina dentro de las propias instituciones iliberales. Antiliberales o no, los dirigentes se enfrentan a un riesgo de agencia, y pueden temer que sus subordinados no lleven a cabo sus tareas satisfactoriamente. Los tribunales pueden garantizar la correcta aplicación de las normas autoritarias. También brinda la oportunidad de conocer el alcance de tales desviaciones y sancionarlas. Por último, garantiza la coordinación entre los distintos organismos.[32] Una tercera función es mantener la cohesión entre los miembros de la coalición antiliberal. El Tribunal Constitucional de Chile, creado por la Constitución de 1980, ha suprimido, en particular, las reivindicaciones de las distintas facciones del ejército.[33] Esta es también una de las tareas del Tribunal Constitucional de Myanmar.[34] Una cuarta función es facilitar el funcionamiento del mercado económico, en particular asegurando a los inversores que existe una infraestructura jurídica funcional capaz de garantizar el cumplimiento de los requisitos relativos a la libertad de empresa, el derecho contractual y los derechos de propiedad.[35] Una quinta función consiste en contener las instituciones que rivalizan con las del poder antiliberal. Ilustrando una sexta función, a los órganos jurisdiccionales constitucionales se les pueden delegar ciertas decisiones, en particular la de poner fin a la validez de las normas adoptadas por el régimen anterior, sin que las autoridades antiliberales asuman el coste político. Por último, una séptima función se refiere a la fuerza de la ley como instrumento de

[32] T. Ginsburg, "Administrative law and the judicial control of agents in authoritarian regimes", en T. Ginsburg, T. Moustafa (ed.), *op. cit*. pp. 58-72; T. Moustafa, "Law and resistance in authoritarian states: the judicialization of politics in Egypt", *ibidem*, pp. 132-155; B. Magaloni, "Enforcing the autocratic political order and the role of courts: the Case of Mexico", *ibidem*, pp. 180-206.

[33] R. Barros, *La Junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980*, Santiago de Chile, Sudamericana, 2005, p. 421.

[34] D. NardI, "Discipline-Flourishing constitutional review: a legal and political analysis of Myanmar's new Constitutional Tribunal", Australian *Journal of Asian Law*, vol. 12, 2010, pp. 1-34.

[35] T. Moustafa, "Law and Resistance in Authoritarian States: The Judicialization of Politics in Egypt", *cit*.

legitimación de las decisiones políticas. Incapaces de contar con una legitimidad electiva indiscutible, las autoridades antiliberales pueden salir ganando al poder reclamar el apoyo del guardián de la Constitución para normalizar su acción.

Mientras que algunas de estas funciones garantizan claramente la solidificación del régimen, otras son susceptibles de "dar juego" al mecanismo institucional. Es el caso, por ejemplo, de la función de control administrativo o de la delegación de decisiones que no son políticamente rentables, lo que implica siempre un riesgo de agencia. La existencia misma de un aparato jurisdiccional garantiza la existencia de un foro en el que, para bien o para mal y a veces a costa de riesgos importantes y de esperanzas relativamente escasas, la oposición puede hacerse oír, cuestionar la práctica del poder y expresar sus críticas de forma argumentada. Además, algunas de estas funciones, como garantizar el funcionamiento de la economía de mercado para atraer a los inversores o dar la impresión de que las decisiones impopulares no las toman las autoridades políticas sino los jueces, solo pueden desempeñarse de forma creíble si las autoridades judiciales gozan de cierta independencia. Estas consideraciones pueden justificar que un magistrado permanezca en su cargo a pesar de su aversión al régimen instaurado.

Dado que el papel de los tribunales constitucionales no es indiferente en contextos antiliberales, la ciencia constitucional parece tener que ajustarse para evitar obviar formas de constitucionalismo que se perciben como descarriadas. En cierto modo, es la cultura constitucional en que vivimos la que se ve cuestionada.

3.2. Desde el punto de vista de la cultura constitucional

La incomodidad que despierta la sofisticación institucional del constitucionalismo antiliberal es un signo de la bancarrota del legalismo subyacente. Desde el punto de vista del estudio del constitucionalismo, es necesario tomarse el derecho constitucional –todo el derecho constitucional— en serio. Esta es precisamente la actitud de muchos regímenes antiliberales, que se organizan

tomando prestada toda la panoplia de la gramática constitucionalista para formalizar el poder político. No se trata tanto de constituciones puramente nominales, que su falta de alcance práctico nos permitiría ignorar, como de constituciones normativas, plenamente aplicadas y plenamente presentes en los argumentos de los actores, en particular a través de la intervención apoyada de los tribunales constitucionales. De este modo, los propios autócratas parecen ir más allá de la instrumentación puramente hipócrita de una fachada de derecho constitucional. En consecuencia, la gobernanza antiliberal puede parecer la cara oculta de la judicialización de la política.

Un régimen antiliberal que se esfuerza por preservar el lenguaje de la ley[36] sigue los pasos del presidente filipino Ferdinand Marcos. Este ha insistido constantemente en la constitucionalidad de sus actos, incluso cuando, basándose en un precedente del Tribunal Supremo (*Lansang contra García* 42 (Filipinas) Supreme Court Reports Annotated 448 (1971)), suspendió *el habeas corpus*, impuso la ley marcial el 22 de septiembre de 1972 y, a continuación, se dispuso a redactar una nueva Constitución.[37] Un año más tarde, también fue en nombre del orden constitucional que el gobierno de Salvador Allende fue derrocado por los militares en Chile.[38] Más recientemente, en Myanmar, fue en base a un argumento constitucional que los militares tomaron el poder. El 1 de febrero de 2021, el "Tatmadaw", las fuerzas armadas, detuvieron al presidente de la República, a la "Consejera de Estado" Aung San Suu Kyi y a otras autoridades por la negativa de la Comisión Electoral a anular los resultados de las elecciones del 8 de noviembre de 2020. El Tatmadaw basa su acción en el artículo 417 de la Constitución de 2008. Según este texto, "si se produce un estado de emergencia o si hay razones suficientes para que se produzca un estado de

[36] K.L. ScheppeLE, "Autocratic Legalism", *University of Chicago Law Review*, vol. 85, 2018, pp. 545-583.

[37] R.V. Del Carmen, "Constitutionalism and the Supreme Court in a Changing Philippine Polity", *Asian Survey*, vol. 13, 1973, pp. 1050-1061.

[38] L. Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Cambridge, Nueva York, Cambridge UP, 2007, pp. 102-114; R. Barros, *La Junta militar*, *cit*.

emergencia susceptible de desintegrar la Unión o la solidaridad nacional o de provocar la pérdida de soberanía, debido a actos o intentos de apoderarse de la soberanía de la Unión mediante la insurrección, la violencia y el uso ilegal de la fuerza, el presidente podrá, en coordinación con el Consejo de Defensa y Seguridad Nacional, adoptar una ordenanza y declarar el estado de emergencia. Dicha orden especificará que el estado de emergencia entra en vigor en todo el país por un periodo de un año". De este modo, los militares hicieron que el Vicepresidente, próximo a los militares, declarara el estado de emergencia, convirtiéndolo en Presidente en funciones según el artículo 73a C, durante un año, con posibles prórrogas (arts. 421 y 425 C), en todo el país, y transfirieron plenos poderes, incluidos los judiciales (art. 432 C), al Comandante en Jefe, suspendiendo los poderes legislativos regionales, destituyendo a los agentes del Ejecutivo a excepción del Presidente -que ha sido detenido- y del Vicepresidente (art. 418 C), suspendiendo los derechos fundamentales (art. 420 C) y allanando el camino para la celebración de nuevas elecciones en un plazo de seis meses a partir del fin del estado de excepción (art. 429 C). Sea convincente o no, el argumento autoritario sigue basándose estrechamente en las normas constitucionales vigentes.

Uno de los rasgos distintivos de la democracia antiliberal, precisamente por su respeto a la ley, parece ser el no proceder al desmantelamiento brutal de las instituciones, sino gradual e incluso insidioso. Como señala Kim L. Scheppele,

> un golpe constitucional es constitucional porque no infringe la ley, porque un gobierno nunca hace nada formalmente ilegal para lograr sus objetivos. Sin embargo, es un golpe de Estado porque el resultado final anula el orden constitucional anterior sin ningún proceso de legitimación que confirme los cambios. A través de una serie de medidas perfectamente legales, los gobernantes constitucionalmente tortuosos de un Estado pueden lograr un resultado sustancialmente inconstitucional, incluyendo [...] la transformación a plena vista de una democracia constitucional en una autocracia, mientras aparentan honrar la constitución.[39]

[39] K.L. Scheppele, "Constitutional Coups and Judicial Review: How Transitional Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With

En contextos antiliberales, es la lógica interna del constitucionalismo jurisdiccional la que conduce a su propia subversión. Los poderes autoritarios toman prestada su propia retórica de los poderes democrático-liberales, mostrándose así fieles a su propia forma de pensar, solo para llevarla a consecuencias que no habían sido imaginadas en el origen del proyecto constitucionalista. Desde el punto de vista del constitucionalismo como estructura mental, marco de pensamiento o cultura, la situación es tanto más preocupante cuanto que el éxito del legalismo constitucional puede entenderse como su fracaso, y viceversa. Como señala Athony W. Pereira, "los regímenes autoritarios utilizan la ley y los tribunales para reforzar su poder de tal manera que una distinción simplista entre regímenes *de facto* y constitucionales (o de *jure*) los oscurece".[40] El caso de los tribunales constitucionales, guardianes últimos del constitucionalismo según la representación dominante, se presenta como una forma de prueba para la imaginación jurídica.

A través de la disonancia cognitiva que crea, tal estado de cosas implica una advertencia contra una forma de positivismo ideológico[41] confiado en la bondad intrínseca del constitucionalismo. El afianzamiento de tal convicción debe mucho a la naturaleza emotiva de la nebulosa terminología que gira en torno al término "constitución". Como ha señalado Reinhart Koselleck, desde el punto de vista de su construcción histórica, el significado del término constitución está vinculado a la idea de una lucha emancipadora por la libertad y la democracia. Este vocabulario de lucha pertenece a los "conceptos antitéticos asimétricos", de modo que descalifica política o moralmente todo lo que se le opone, introduciendo así una connotación despreciativa para sus

Special Reference to Hungary)", *Transnational and Contemporary Problems*, vol. 23, 2014, pp. 51-117, pp. 51-52. Véase también X. Philippe, "La légitimation constitutionnelle des démocratures", *Pouvoirs*, núm. 169, 2019, pp. 33-45.

40 A.W. Pereira, "Of Judges and Generals: Security Courts under Authoritarian Regimes in Argentina, Brazil, and Chile", en T. Ginsburg, T. Moustafa (ed.), *op. cit*. pp. 23-57.

41 N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, París, LGDJ, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 39-53.

oponentes.[42] Es de temer, pues, que ejercer la política desde lo jurídico, seguido de una mayor interferencia política en los procesos jurisdiccionales, conviertan la invocación de la constitucionalidad de una acción en un argumento que merezca ser clasificado entre los sofismas políticos contra los que Jeremy Bentham advierte.[43]

[42] G. Biaggini, "Die Idee der Verfassung. Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 141, 2000, pp. 445-476; R. Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985, pp. 211-213.

[43] J. Bentham, *The Book of Fallacies*, P. Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press, 2015. Véase. G. Tusseau, "Jeremy Bentham et le contrôle de constitutionnalité: du refus des formes fortes à l'anticipation des formes atténuées", *Droits*, núm. 70, 2019, pp 139-168; "L'étrange *Plaidoyer pour la Constitution* britanniqu e de Jeremy Bentham ", en P. Brunet, H. Yamamoto (dir.), *Mélanges en l'honneur de Ken Hasegawa*, de próxima publicación.

El presidencialismo vertical mexicano y los órganos constitucionales autónomos: una relación antagónica (2018-2024)

***

The Mexican Vertical Presidentialism and Autonomous Constitutional Bodies: An Antagonistic Relationship (2018–2024)

Ricardo Alexis Uvalle Aguilera

Resumen: el trabajo analiza las relaciones de tensión institucional que ha caracterizado la gestión presidencial durante el periodo comprendido de 2018 a 2024 entre el titular del poder ejecutivo federal y los órganos constitucionales autónomos a partir de distintos episodios, declaraciones, reducciones presupuestales, cooptación de los órganos de dirección, judicialización de conflictos políticos para culminar con la presentación de la iniciativa del 5 de febrero de 2024, que busca reconfigurar el diseño institucional de estos órganos para reestructurarlos y recuperar el control de la función administrativa que realizan, lo que generaría una regresión estatal y democrática que comprometería la visión del proceso de consolidación democrática que México comenzó a principios de la década de los noventa.

Abstract: the paper analyzes the relations of institutional tension that have characterized the presidential administration during the period from 2018 to 2024 between the head of the federal executive branch and the autonomous constitutional institutions, based on different episodes, declarations, budget reductions, co-optation of the management structures, judicialization

of political conflicts to culminate with the presentation of the constitutional amendment initiative of February 5, 2024, which seeks to reconfigure the institutional design of these institutions to restructure them and regain control of the administrative function they perform, which would generate a state and democratic regression that would compromise the vision of the democratic consolidation process that Mexico began in the early nineties.

Palabras clave: autonomía, presidencialismo vertical tensión institucional, regresión democrática.

Keywords: autonomy, vertical presidentialism, institutional tension, demoratic regression.

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Con base en la Constitución política de 1917, el Estado mexicano fue dotado de facultades amplias para intervenir en la sociedad y la economía. En los artículos 27 y 28 se prescriben las áreas de la vida productiva en las cuales ha tenido presencia significativa, lo cual tuvo procesos exponenciales que multiplicaron la creación de organismos descentralizados y empresas de participación estatal que hasta 1982, sumaban 1150. A partir del 1 de diciembre de 1982, las políticas gubernamentales se encaminan por la senda de desestatizar la vida del país, dando inicio a las políticas de privatización, fusión, liquidación y trasferencia de las agencias estatales que no justificaban su vigencia.

Inicia de este modo, la política de cambio estructural y redimensionamiento del Estado lo cual implica que, por problemas del déficit fiscal y el pago oneroso de la deuda externa, había que revisar, para aliviar la carga de las finanzas públicas, qué organismos no justificaban su operación y razón de ser en la estructura del Estado Mexicano. Esta política continua de 1988 a 1994, dando lugar a la proclama "que no puede haber Estado rico con sociedad pobre".

De 1994 a 2000 se culmina con la política de eliminar organismos y dependencias para disminuir la actividad estatal en la vida nacional, destacando en este sentido, la venta de Ferrocarriles Nacionales al sector privado. Se transita de este modo de un arquetipo de Estado interventor que diseñaba y ejecutaba políticas omnipotentes, a un Estado que tuviera un perfil más regulador y promotor, a fin de impulsar la economía de mercado mediante políticas liberales.

Sin embargo y debido a que el Estado aún tenía influencia determinante en el desarrollo de la economía, la desconfianza en su tamaño no se borraba de la vida pública, dado que las agencias centrales que lo integran tenían los instrumentos de gobierno para asignar costos y beneficios en relación a grupos y organizaciones de la sociedad civil. Esta situación ocasiona ambientes de inquietud en el sentido de que la burocracia gubernamental con apoyo en las agencias gubernamentales tenía margen de maniobra para imponer reglas e incentivos no siempre con apego a la justificación técnica e institucional de las políticas públicas

Además, en la medida que la centralización del poder anclado en la administración pública burocrática —centralidad, jerarquía, control, rutina, estandarización, eficiencia— y ejercido por las Secretarías de Estado asume el control acendrado en campos de la competencia económica, productiva y social, provoca en los agentes económicos y sociales la cultura de la desconfianza, porque el incentivo para alentar la efectividad de la vida económica se ubicaba en los órganos centralizados adscritos al Poder Ejecutivo. Junto con ello, la firma del Tratado de Libre Comercio suscrito con Canadá y Estados Unidos de Norteamérica en 1993, obligaba, por las reglas de la democracia, a generar confianza y certidumbre en puntos económicos y sociales que son determinantes para combinar crecimiento con desarrollo económico.

Se procede en consecuencia, a crear órganos constitucionales autónomos (OCAs), como una forma de alejar de la economía y la vida social a las agencias que provocaban ruido político —mediante camarillas, coaliciones, feudos y círculos en espiral— que afectaba el desempeño de la propia economía de mercado, al dar paso a las reglas informales que se extienden por los pasillos de la gestión burocrática tradicional. Los OCAs se forman como un

tipo de instituciones indispensables y legítimos para dar lugar a que la confianza en el poder público tuviera radios acción amplios. Los OCAS tienen como naturaleza, que son órganos de Estado, orientados a cumplir tareas estratégicas fuera de las áreas en las cuales las "pugnas y ruidos de la política" se intensifican como en el caso de los órganos centralizados del Estado Mexicano, por lo que forman parte de la superficie interna del Estado y su ubicación mediante el cumplimiento de cometidos estratégicos, tiene como apoyo la administración, dirección, implementación y evaluación de políticas públicas que son determinantes para impulsar la formación de capital y mejorar la calidad de la vida social. Son instituciones que se rigen por la innovación y la administración que desarrollan se apoya más en los valores de especialización, formación, preparación, medición, imparcialidad y responsabilidad que son consustanciales con las tendencias que prevalecen en los marcos de la sociedad abierta, competitiva e innovadora.

Durante el periodo comprendido entre el año 2018 a 2024 ha existido una relación de tensión institucional entre el titular del poder ejecutivo y los órganos constitucionales autónomos, la cual se ha caracterizado por la forma en que se ha ejercido el poder presidencial desde una visión anacrónica con la democracia constitucional contemporánea, que demanda la vigencia del control del poder y los pesos y contrapesos para volverlo efectivo. Por el contrario, la concepción para el ejercicio del poder se ha distinguido por ser de una forma vertical que no ve con buenos ojos cualquier ámbito institucional que no se le subordine, que lo contravenga o que, aun ejerciendo funciones constitucionales, límite el ejercicio de su poder.

II. Desarrollo

A principios del sexenio se impulsó una reforma constitucional para abrogar el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, mismo que desempeñaba un papel clave en la evaluación y profesionalización del magisterio educativo de cara a mejorar la calidad de los servicios de educación y desburocratizar la estructura magisterial para lograr una educación de calidad, a partir de exá-

menes, pruebas y adjudicación de plazas mediante concursos de oposición que avalaran las competencias de los docentes y no se determinaran por criterios personales, de venta y sucesión ilegales. Al respecto, el entonces presidente electo determinó que en realidad no había sido una reforma educativa, sino una laboral por lo cual debía replantearse la pertinencia de tener un órgano autónomo en la materia y mejor regresar la administración de la política educativa al gobierno, creando el Instituto para la Mejora Continua de la Educación (Mejoraedu).

De esta forma, de los diez órganos constitucionales autónomos con los que el diseño institucional mexicano contaba en 2019, únicamente prevalecieron nueve. Este mismo año, se designó a la persona que habría de conducir a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por el periodo comprendido de 2019 a 2024, en el marco de un proceso desaseado en el que, mediante una clara intromisión del gobierno, la persona candidata electa por el Senado resultó ser una militante activa del partido en el poder, que incluso ha sido funcionaria de dicho instituto político y cuya cercanía con el titular del poder ejecutivo es de dominio público.[1]

En este orden de ideas, la reputación bien ganada de la CNDH como un órgano de garantía para la vigencia de los derechos humanos ha sido atomizada por un liderazgo que no contraviene al presidente, que no señala las violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno y que incluso se ha inmiscuido en asuntos que con base en sus competencias constitucionales le resultan totalmente ajenas como la materia electoral.

Llegado el año 2021, con la organización de las elecciones intermedias y la primera consulta popular para enjuiciar a los expresidentes, los señalamientos desde el púlpito presidencial se encaminaron hacia el Instituto Nacional Electoral, por considerar que su papel como garante de la democracia electoral no se encontraba del todo satisfecho y responsabilizándolo del abstencionismo del mecanismo de democracia participativa. De igual

[1] Véase https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/12637/Designan_a_Rosario_Piedra_Ibarra_cmo_presidenta_de_la_CNDH

forma en 2022, existió una nueva desavenencia entre el presidente, la Cámara de Diputados y el INE por el tema presupuestal para la celebración de la primera revocación de mandato.

El INE promovió, el siete de diciembre de 2021, una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en contra del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022 (PEF 2022), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de noviembre de 2021; en dicho decreto, la Cámara de Diputados resolvió aplicar un recorte por 4,913 millones de pesos al presupuesto originalmente solicitado por el INE. Posteriormente, el 10 de diciembre de 2021, el Consejo General del INE aprobó modificaciones a la Cartera Institucional de Proyectos del Instituto para el ejercicio fiscal 2022, generando recursos adicionales por 227 millones de pesos, para llegar así a un ahorro total de 1,503 millones de pesos destinados a la realización de la Revocación de Mandato. Sin embargo, aún con ese ajuste había un faltante de 2,327 millones pesos.[2]

Más tarde, el 17 de diciembre de 2021, el Consejo General del INE determinó por mayoría "seis votos a favor y cinco en contra", y como medida extraordinaria, posponer temporalmente la realización de la Revocación de Mandato del presidente de la República electo para el periodo constitucional 2018-2024, ante la insuficiencia presupuestal derivada del recorte aprobado por la Cámara de Diputados al INE para el ejercicio fiscal 2022.[3] Asimismo, el Instituto precisó que se seguiría avanzando en la

[2] Instituto Nacional Electoral, "Promueve INE controversia constitucional en contra del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2022", Comunicados de Prensa, https://centralelectoral.ine.mx/2021/12/07/promueve-ine-controversia-constitucional-en-contra-del-presupuesto-de-egresos-de-la-federacion-para-el-ejercicio-fiscal-2022/

[3] Instituto Nacional Electoral, "Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, atendiendo al principio de certeza y ante la insuficiencia presupuestal derivada de la reducción aprobada en el anexo 32 del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022, se determina posponer temporalmente la realización del proceso de Revocación de Mandato 2021-2022", INE/CG1796/2021, https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/126386/CG2ex202112-17-ap-Unico.pdf

revisión de los millones de firmas de apoyo que continuaban llegando para detonar la organización del proceso de Revocación de Mandato.

Luego, la Comisión de Receso de la SCJN acordó admitir a trámite la controversia constitucional 224/2021, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en contra del Acuerdo aprobado por el INE el 17 de diciembre de 2021, en el que determinó posponer la realización del proceso de Revocación de Mandato 2021-2022. Con la admisión, se concedió la suspensión solicitada por la Cámara de Diputados, para que el INE se abstuviera de ejecutar el acuerdo del 17 de diciembre de 2021 y, en consecuencia, continuara con la organización y el desarrollo de la totalidad de las actividades de la Revocación de Mandato hasta su conclusión, con el presupuesto aprobado de 1,503 millones de pesos.[4]

Finalmente, el 29 de diciembre de 2021, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó revocar el Acuerdo del INE del 17 de diciembre de 2021, a efecto de que dicho Instituto explorara otras alternativas de gestión presupuestal para llevar a cabo la Revocación de Mandato y, en su caso, solicitara a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la ampliación presupuestal necesaria.[5] El INE acató las resoluciones del Poder Judicial de la Federación, no sin antes recibir una serie de descalificaciones por parte del presidente de la República, la Cámara de Diputados y, en general, del grupo en el poder.

Por otra parte, el 5 de febrero de 2024 fue presentado ante el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos un paquete de reformas constitucionales en las que se encuentra una

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicados de Prensa, 22 de diciembre de 2021, https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6704

[5] Instituto Nacional Electoral, "Continúa INE organización de la Revocación de Mandato en acatamiento a lo ordenado por la SCJN y el TEPJF", Comunicados de Prensa, https://centralelectoral.ine.mx/2021/12/30/continua-ine-organizacion-de-la-revocacion-de-mandato-en-acatamiento-a-lo-ordenado-por-la-scjn-y-el-tepjf/, fecha de consulta 15 de junio de 2024

mal llamada Reforma Administrativa de simplificación orgánica[6] que busca atomizar a los órganos constitucionales autónomos para reducir sus ámbitos de autonomía y consolidar, desde una perspectiva equivocada, varios de ellos. La iniciativa parte de un principio conceptual equivocado, ya que enfatiza conceptos como el neoliberalismo para determinar que el contexto de creación y proliferación de los órganos constitucionales autónomos únicamente responde a necesidades económicas, racionalidades instrumentales y debilitamiento de la estructura estatal; sin embargo, existe una tergiversación en relación con la forma en que se hace uso de estos conceptos sobre la base de justificar la abrogación (eliminación) de estas instituciones a la luz de sustento endebles que carecen de rigor científico, jurídico, constitucional y político, porque desconocen las razones que han llevado al Estado mexicano a la necesidad de crear estos órganos en áreas de democratizar el poder público.

Al respecto, la iniciativa plantea cuatro características para definir a los órganos constitucionales autónomos: "1) Implican el desmantelamiento del Estado; 2) Devienen de una privatización del derecho público; 3) Se concretan como un desmantelamiento del Estado de bienestar y 4) Se advierte una subordinación a Estados Unidos de América". Ante estas aseveraciones, se propone una contrargumentación en el orden en que fueron expuestas:

En primer lugar, es importante señalar que los órganos constitucionales autónomos no desmantelan al Estado; lo que hacen es plantear un nuevo modelo de Estado administrativo, el cual encuentra como base en el derecho comparado a las administraciones o agencias administrativas en Francia y Estados Unidos, cuya finalidad es crear un nuevo derrotero de conceptualización estatal para democratizar el ejercicio de la función pública; de tal forma que la función ejecutiva no realice tareas de gobierno que por su alta especialidad técnica, deben estar fuera de la politización propia de su naturaleza y resulta necesario profesionalizar al máximo a los cuadros burocráticos que las llevan a cabo. Al estar fuera del ámbito competencial ejecutivo, se procura que funcio-

[6] Gaceta Parlamentaria, Anexo 20, Inicitiva con proyecto de decreto en materia de simplificación orgánica visible en: https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-20.pdf

nes como la organización de las elecciones, la protección de los derechos humanos y el control de la estabilidad monetaria sean más técnicas y, por tanto, más eficientes, alejadas de la noción de administración pública burocrática y centralizada.

En una segunda aproximación, la aparición de estos órganos en ningún caso genera una privatización del derecho público. La naturaleza jurídica y el marco regulatorio que rige a los órganos constitucionales autónomos es de carácter público porque tienen base constitucional; son órganos de Estado con leyes, reglamentos y estatutos que se encuadran en la normativa pública; los procesos de designación y nombramiento de sus cuadros pasan por instituciones públicas y su relación con el mercado y la sociedad es de regulación y control político, jurídico, económico y social.

En un tercer orden de ideas, se asevera que la proliferación en la creación de los órganos autónomos concretó el desmantelamiento del Estado de bienestar, lo que constituye una tesis que es necesario precisar, conceptualizar y refutar. Durante la década de los sesenta y setenta México se constituyó con un Estado empresario, llegando a tener al interior de su integración administrativa más de mil empresas con participación estatal, generando un modelo de gobierno que llegó a su límite y puso en entredicho su vigencia con la gran crisis económica de 1976. Ante esta situación y el contexto global vigente que propugnaba por las ideas de un Estado menos interventor en la economía y más promotor del libre mercado, nuestro país comenzó un proceso de desincorporación de funciones y tareas que no correspondían con la naturaleza pública de su razón de ser. Por este motivo la tesis del bienestar estatizado llega a su fin, porque los costos del mismo son más cuantiosos que los beneficios sociales.

En este sentido, a la par de un nuevo modelo de gobierno con la aparición de la nueva gestión pública, se "achicó" al Estado, se gerencializó la administración y con ello se planteó la necesidad de democratizar la actividad pública a partir de una descentralización administrativa. Lo que erróneamente se llama desmantelamiento, es en realidad reestructura, evolución, reconceptualización, rediseño o reforma que son características propias del fenómeno estatal, cuya capacidad de adaptación es necesaria para no perder vigor ni vigencia como la organización política de la sociedad.

Por último, se asevera que la aparición de estos órganos es una subordinación de México a los Estados Unidos. Este planteamiento se inserta en el contexto de principios de la década de los noventa, donde surgen los órganos autónomos de primera generación (CNDH, Banxico, IFE), los cuales formaron parte de un cambio de paradigma en el régimen político después de la elección presidencial de 1988. La credibilidad institucional se encontraba en entredicho, en particular por la forma en que se organizaban y llevaban a cabo las elecciones en México, el manejo político de la economía y el respeto por los derechos humanos. En estas circunstancias, nuestro país negoció su ingreso a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCED) y suscribió el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) con la necesidad de democratizar funciones clave de la estructura estatal de cara a dotar de mayor certidumbre institucional al régimen político.

Estas acciones permitieron a México fortalecer su relación con los países de América del Norte, potenciar el sistema económico nacional y formar parte de una de las organizaciones mundiales más importante para ubicarnos en un plano de desarrollo global, potenciar la inversión extranjera, consolidarnos como un Estado democrático y mejorar la calidad de vida. Por tanto, reducir estos procesos a una subordinación implica desconocer los arreglos institucionales dados en el marco de las relaciones internacionales, la diplomacia y los acuerdos entre países y es desvirtuar el hecho de que el concepto de soberanía nacional hoy en día ha evolucionado para consolidar sistemas regionales con protección de derechos humanos y en bloques de integración económica que son necesarios para funcionar en los arquetipos de la democracia constitucional y la gobernanza global.

Una vez analizados los argumentos teóricos y las razones conceptuales de la iniciativa, es conducente revisar la parte instrumental de su contenido. Al respecto, plantea el traslado de funciones que en la actualidad se encuentran conferidas a distintos órganos autónomos para que sean desempeñadas por Secretarías de Estado dependientes del Ejecutivo y otros órganos del Estado, cuya naturaleza no corresponde con la de las tareas que quedarían desatendidas al concretarse las intenciones que el documento formula.

En este sentido, la iniciativa presidencial plantea la eliminación de los órganos autónomos siguientes: Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI). Además, en un evidente desconocimiento de la naturaleza jurídica de los mismos que ubica a los órganos reguladores coordinados en materia energética, la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE) —los cuales son dependencias del Poder Ejecutivo según la ley que los define y regula— y al Sistema Nacional de Mejora Continua de la Educación, cuya naturaleza jurídica es la de un órgano descentralizado y su existencia deviene del primer órgano autónomo que se abrogó en 2018 (Instituto Nacional de Evaluación Educativa).

En este sentido, se propone que las funciones que realizan la Cofece y el IFT sean realizadas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes que es precisamente de donde fueron desincorporadas en un inicio, para después descentralizarse y constitucionalizarse como órganos autónomos. Estos órganos tienen en su naturaleza constitucional funciones de carácter regulatorio que los ubican como responsables de asegurar, por una parte, la libre competencia y evitar con ello la concentración del mercado en un solo proveedor de servicios, lo que impulsa mejora en la calidad de los mismos, precios más accesibles, protegiendo los derechos económicos de las personas usuarias y la sociedad como consumidora. Mientras que, en el caso de las telecomunicaciones, lo que se garantiza es que la adjudicación y concesión de servicios públicos en materia de radio, televisión, plataformas digitales y demás instrumentos que impliquen la explotación del espectro radioeléctrico, sea asignada a las mejores empresas en el rubro, fortaleciendo con ello la oferta y demanda y mejorando la calidad de los servicios que se prestan en beneficio igualmente de las personas usuarias y consumidoras.

Es por lo anterior, que la naturaleza de las funciones que desempeña, además de requerir una rigurosa tecnificación por parte de los cuadros burocráticos que los integran, alcanza su verdadero desarrollo ejerciendo sus atribuciones constitucionales sin

injerencias del poder político y a partir de una rigurosa profesionalización para que en el día a día de las relaciones que surgen entre el Estado como regulador y los actores privados como destinatarios, los márgenes de discrecionalidad en la explotación del espectro radioeléctrico sean nulos y la libre competencia y la erradicación de los monopolios sean de carácter imparcial, técnico, profesional, objetivo y altamente especializado. Estos mismos argumentos fueron los que en su momento llevaron al Estado mexicano a consolidar los órganos reguladores en estas materias como constitucionales autónomos, de tal manera que regresar sus funciones a la esfera del poder ejecutivo, además de ser un despropósito implica una regresión estatal que afectaría la esfera de derechos, el libre mercado, la estabilidad política y el desarrollo económico.

En relación con el Coneval, se propone que las funciones de evaluación de la política de desarrollo social sean realizadas por otro órgano autónomo: el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Al respecto, es importante destacar que la evaluación de los programas sociales implica una metodología cuantitativa y cualitativa que debe ser desempeñadas por funcionarios de alta especialidad técnica y estructuras burocráticas profesionalizadas en el manejo de los datos, de la estadística, la actuaría, los índices demográficos, así como las bases matemáticas necesarias para poder medir el impacto que una política social tiene en una sociedad tan diversa y compleja como la mexicana.

Por tanto, pretender amalgamar esta labor de alta especialidad técnica con otra que realiza la de los censos, los índices de precios al consumidor, de percepción de seguridad, desarrollo económico, natalidad, mortalidad, entre otros, como es el INEGI es desconocer que las funciones estatales son de compleja especialidad, que los perfiles de ingreso, permanencia, promoción evaluación y ascenso de uno y otros cuadros burocráticos atienden a distintas naturaleza y que la concreción de esta fusión devendría en eliminar a un órgano fundamental en un país con cincuenta millones de personas en situación de pobreza, como es el Coneval y es atrofiar institucional e intencionalmente al INEGI, cuyas tareas son primordiales en la construcción de datos para el mejor diseño y evaluación de las políticas de gobierno.

En lo que respecta al INAI, se propone que las funciones de garantía en el ejercicio de los derechos humanos de acceso a la información y protección de datos, así como el manejo de la política de transparencia sean distribuidos entre la Secretaría de la Función Pública, el órgano de disciplina del Poder Judicial de la Federación, los órganos de control de los demás órganos constitucionales autónomos, las contralorías del Congreso de la Unión, el INE, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Esto implica, en primer lugar, negar la razón de ser de la transparencia como mecanismo de democratización en el ejercicio del poder público, dado que lo que se está proponiendo es una fragmentación de las función de garantía que el INAI lleva a cabo, generando una afectación sustantiva a derechos constitucionales reconocidos para la sociedad y una merma democrática en las conquistas ciudadanas relativas a la transparencia y el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales.

En segundo lugar, la garantía efectiva de estos derechos se alcanza precisamente cuando el órgano responsable de garantizarlos se encuentra fuera de la esfera del poder político, dado que lo que se propugna son procesos, mecanismos y herramientas que permitan al ciudadano ejercer sus derechos y obliguen a las autoridades, mediante los caminos institucionales, a cumplirlos. En este sentido, atomizar a este órgano para que sus funciones sean desempeñadas por instituciones del Estado es nulificar el potencial que tiene como mecanismo de democratización del poder público.

En este sentido, el planteamiento que se busca lograr con la iniciativa es terminar con cualquier posibilidad de que su desarrollo institucional se decante hacia más autonomía y por tanto más regulación de mercados emergentes en energías renovables y empresas alejadas de la centralidad estatal, y por el contrario, su estructura se alinea con la política energética de estatización, combustibles fósiles y control económico del Estado, dado que se plantea que al desaparecerlas, las funciones que llevan a cabo sean desarrolladas por la Secretaría de Energía, que es precisamente la dependencia de donde surgieron con una intención de profesionalizar, tecnificar y potenciar la regulación de la materia

energética a partir de un mercado más abierto, más sustentable y por lo tanto acorde a los estándares y exigencias globales, lo que se advierte como un despropósito y una regresión estatal.

III. Conclusiones

Los órganos constitucionales autónomos se han convertido en zona neurálgica en la vida del Estado, valorando su importancia en relación con la sociedad y la economía. Su relevancia consiste en que la profesionalización de sus tareas tiene que asegurarse con habilidades, pericias y competencias debidamente acreditadas, considerando la complejidad de las atribuciones que tienen, es determinante para que la acción del Estado mediante las políticas públicas sea consensuada, técnicamente sustentadas e institucionalmente factibles.

En el caso de México, los órganos constitucionales se asocian no solo con su necesidad y pertinencia técnica, sino con la confianza en la autoridad para que su desempeño no sea entendido en prácticas de patronazgo, la cultura patrimonialista, la difuminación de lo público y lo privado, así como en la existencia de áreas institucionales que se erijan en arenas de poder para saldar arreglos partidistas. La existencia no profesional de los órganos constitucionales autónomos abonaría en la desconfianza hacia el poder y las autoridades que lo ejercen, originando la erosión de la institucionalidad que necesita la democracia para consolidarse como una forma de gobierno.

La vigencia de los órganos constitucionales autónomos abre un capítulo inédito de administración y gestión en un país que, como México, estaba habituado a que la dirección e implementación de las políticas y los servicios públicos se encontraba adscrita en lo fundamental a la Administración Pública Federal tanto la Central como la Descentralizada. Esto propició un estilo de gobierno que contribuye al funcionamiento de un Estado intervencionista y avasallador que se ocupaba de un amplió volumen de tareas que llevó a cabo sin reparar en el crecimiento exponencial de las agencias burocráticas. Se configura de ese modo, una economía de Estado no necesariamente eficiente y responsable,

sino onerosa, que durante la década de los 80, llega a la fase de los rendimientos decrecientes que desembocan en crisis económicas, así como el quebranto de las finanzas y los presupuestos públicos. La intervención del Estado en la economía en los términos expuestos, más que una ventaja se convierte en fuente de problemas públicos que tienen su epicentro en el patrón de una administración y gestión que responden más al juego político y burocrático, no a la necesidad de lograr armonizar crecimiento y bienestar social.

Los años noventa marcan la reorientación de fondo para que la economía y la sociedad recuperen su dinamismo económico con otras reglas del juego, en las cuales la ruta hacia la democracia genera los diques para que el poder estatal no se desborde, ni rebase los límites que corresponden a lo privado y lo público en relación con el Estado. En este nuevo ambiente institucional, los órganos constitucionales autónomos tienen que ubicarse en la senda de los valores y las prácticas democráticas, motivo por el cual, su edificación además de indispensable es imprescindible para el desarrollo de México en la visión de la economía de mercado con regulación diáfana en materia de incentivos positivos y negativos, que estimulen un nuevo desarrollo institucional al combinar calidad, productividad y eficiencia.

Por tanto, la historia reciente de los órganos constitucionales autónomos no se enlaza con la historia secular de la administración y gestión del Estado, sino que da lugar a una administración y gestión más profesional y sujeta a las normas de transparencia y rendición de cuentas. En este sentido, en la medida que los llamados OCAs cumplan con las funciones de Estado y tareas de gobierno que la Constitución les atribuye mediante distintas facultades, con neutralidad política, especialidad técnico-administrativa y certidumbre jurídica, mayor será su legitimidad institucional y como consecuencia de ello mayor será también la comprensión de su necesidad, la idoneidad de su autonomía y la defensa de su existencia por parte de la sociedad. El Estado mexicano requiere de instituciones sólidas para superar los rezagos democráticos de los que adolece en materia institucional. Los órganos constitucionales autónomos juegan un papel clave en el cumplimiento de esos cometidos.

Referencias

Gaceta Parlamentaria, Anexo 20, Iniciativa con proyecto de decreto en materia de simplificación orgánica.

Instituto Nacional Electoral, "Continúa INE organización de la Revocación de Mandato en acatamiento a lo ordenado por la SCJN y el TEPJF", Comunicados de Prensa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicados de Prensa, 22 de diciembre de 2021.

Uvalle Aguilera, Ricardo, Órganos constitucionales autónomos en México: análisis y propuestas para su desarrollo institucional, México, IIJ-UNAM, 2021.

Valadés, Diego, El control del Poder, México, IIJ-UNAM, 1998.

Constitución, reforma constitucional y destino nacional

***

Constitution, constitutional reform and national destiny

*Salvador Valencia Carmona**

Resumen: esta ponencia tiene como tema principal la reforma constitucional en México, con reflexiones históricas, comparativas y sobre las modificaciones recientes que se han hecho en la ley fundamental de nuestro país. Se explica que pese a que la Constitución de 1917, tiene la característica de rígida, en la práctica ha sido muy flexible y sufrido muchas modificaciones. Se efectúan también diversos planteamientos sobre las iniciativas promovidas por el Ejecutivo Federal a principios de 2024, que pueden ocasionar una seria involución constitucional y del sistema democrático, que ha venido construyéndose gradualmente y que requiere para su preservación del concurso de todos los mexicanos.

Abstract: the main topic of this presentation is the constitutional reform in Mexico. It includes historical and comparative analysis as well as commentary about the recent changes that were made to the fundamental law of our country. It explains

* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana y Doctor en Derecho por la UNAM. Investigador de Tiempo Completo en las Universidades mencionadas. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores.

that despite the 1917 Constitution being characterized as rigid, in practice it has been very flexible and undergone many modifications. It also offers a series of viewpoints on the initiatives presented by the Federal Executive in early 2024, which could cause a serious constitutional and democratic system involution, a system that has been gradually built and requires the participation of all Mexicans for its preservation.

Palabras clave: constitución, reforma constitucional, democracia, Estado de derecho.

Keywords: constitution, constitutional reform, democracy, rule of law.

Sumario: I. Teoría del cambio constitucional. II. Estática y dinámica constitucional. III. Antecedentes de la reforma constitucional en México. IV. La Constitución de 1917 y la reforma constitucional. V. Reformas de 2024 y crisis de la democracia y el Estado de derecho. VI. Defensa de la Constitución y el destino de México.

I. Teoría del cambio constitucional

Una Constitución refleja en sus normas los compromisos sociales que le dieron origen, pero también entraña un modelo con el que se pretende organizar el Estado, la sociedad y la actividad de los propios ciudadanos. En principio, las instituciones y normas que establece una Constitución se espera que funcionen de manera normal, así como se cumplan de manera espontánea por sus destinatarios, conducta sin la cual el propio Estado de derecho no podría subsistir.

Sin embargo, las normas constitucionales tienen que probarse, revisarse y acomodarse a las propias realidades jurídicas, políticas y sociales que regulan. Como no existen constituciones ideales, ni perfectas, puede acontecer que surjan hipótesis no previstas por la norma primaria, que se produzcan modificaciones impuestas por las realidades referidas o incluso situaciones anormales que demandan una respuesta jurídica diferente o innovadora.

Para explicar los fenómenos y las vicisitudes que surgen en el transcurso de una Constitución, se ha formulado la llamada teoría del cambio constitucional. Esta teoría comprende los diferentes incidentes y accidentes que puede sufrir un texto constitucional durante su vigencia, que son –principalmente— los siguientes: reforma constitucional, mutación constitucional, suspensión, quebrantamiento y supresión de la Constitución.

El tema de nuestra ponencia se inserta en la teoría del cambio constitucional, más precisamente en la reforma constitucional, que tanto en México como en otros países ha sido un procedimiento que permite a las leyes fundamentales mantener su vigencia y enfrentarse a los nuevos problemas que van surgiendo en la sociedad política.

En cuanto a la reforma constitucional, consiste en la modificación del texto constitucional según el procedimiento que el propio texto se señala y por los órganos públicos cuya participación está prevista. La importancia de la reforma constitucional en el derecho mexicano es tal que a ella dedicaremos los principales apartados de nuestro trabajo. La mutación constitucional, por su parte, "se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la Constitución permanece intacto".[1]

Puede sufrir la Constitución cambios todavía más graves en su trayectoria, tales como la suspensión, el quebrantamiento o incluso la supresión de la ley fundamental.

La suspensión de la Constitución sucede "cuando una o varias prescripciones legal constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor".[2] Para la suspensión de la Constitución se establecen mecanismos de excepción, como en el caso mexicano

[1] Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 164 y ss

[2] Fernández-Miranda, Faustino y García Atance, María Victoria, "Reforma y defensa de la Constitución", *Derecho Público* (I), Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1988, pp. 248 y 249.

la suspensión de garantías a la que hacen referencia los artículos 29 y 49 constitucionales. En otros países del mundo, estas situaciones anormales dan lugar al estado de sitio o de emergencia, al estado de guerra" la ley marcial.

La necesidad de este derecho excepcional lleva su razón de ser en la propia dialéctica del Estado de derecho, el cual debe prever y normar la excepción, aun sabiendo lo difícil que resulta mantener el yugo de la ley cuando la autoridad pierde su rigor y los mandatos su prestigio, por eso dicha ley ha expresado Donoso Cortes,[3] considerada a veces imposible, es una ley necesaria, porque si el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos, aspire a gobernar sin ley es temerario. El derecho común es la ley ordinaria de los hombres en tiempos bonancibles. El derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales.

Por lo que se refiere al quebrantamiento, también llamado "rotura de la Constitución, consiste en "la violación de las prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo la condición de que los preceptos quebrantados sigan inalterables en lo demás, y por ello no son suprimidos permanentemente".[4]

En principio, el quebrantamiento de la Constitución es condenable, pero como en política no hay absolutos, a veces la realidad lo demanda, así sucedió en 1865 nada menos que con el presidente Juárez, que mediante ley de ese año tuvo que prorrogar su mandato sin efectuar elecciones, ya que se estaba en guerra con Francia y era en extremo difícil convocarlas, como tampoco reunir al poder reformador porque no estaban integrados ni el Congreso Federal ni muchas de las legislaturas locales.

La supresión o quiebra constitucional acontece cuando desaparece o se elimina la Constitución vigente, y no solo de una o va-

[3] *Cfr*. García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 8a. ed., Revista de Occidente, 1967, p. 163.

[4] Fernández Miranda, Faustino y Garela Actrice, María Victoria, *op. cit*. pp. 248 y 249

rias de sus normas, ya que el orden constitucional se rompe en su conjunto. Esta situación es al propio tiempo un fin y un renacer, "en el momento en que una Constitución se acaba otra se anuncia y el ciclo se reproduce".[5]

En principio, el problema de la supresión de las leyes fundamentales, el derecho a la revolución y el cambio de los sistemas políticos, eran temas que se consideraban ajenos o incluso en los límites de la ciencia del derecho y la ciencia política. Hasta hace poco, la idea que imperaba en nuestra disciplina era la de la Carré de Malberg, en el sentido de que "no hay lugar en la ciencia del derecho público para un capítulo consagrado a la técnica jurídica de los golpes de Estado o de las revoluciones y sus efectos".

Pero en la época actual, y debido a notables aportaciones hechas por la ciencia política, el derecho constitucional para entender mejor el contexto en que opera, ha tenido también que ocuparse de temas de una gran relevancia para el destino político de un país, como son, entre otros, las especulaciones sobre legalidad y legitimidad, la distinción entre estado democrático y estado autoritario, las formas que adoptan, la progresión de la democracia y la teoría de las transiciones. En la reforma constitucional de cualquier país, incluido el nuestro, tales reflexiones tienen forzosamente que considerarse.

II. Estática y dinámica constitucional

Toda constitución aspira, en principio, a ser una obra perdurable. Esta idea de permanencia, de estabilidad, forma parte tan íntima del concepto de constitución, que por mucho tiempo se le ha considerado en la teoría como su elemento principal y definidor. En otras palabras, la misión esencial de la constitución es generar un orden jurídico duradero, que sea firme en la movilidad incesante de los acontecimientos políticos, siendo al propio tiempo receptáculo idóneo para las nuevas tendencias sociales constructivas e innovadoras.

[5] Ardant, Philippe, *Manuel de institutions politiques et droit constitutionnel*, 2a. ed., París, LGDJ, 1990, p. 49.

En el derecho positivo, cuando esta idea de permanencia se ha llevado al extremo, ha dado lugar a constituciones que han carecido de cláusulas de revisión, o bien establecido mecanismos que hicieron difícil, cuando no imposible, cualquier modificación. En el constitucionalismo francés revolucionario se optó por esta solución, así el texto de 1791 para su reforma pedía el consenso de tres legislaturas y una cuarta daba la aprobación definitiva, el colmo fue la proposición de Felipe Delleville, la condena a muerte a quien pretendiera introducir reformas a la Constitución.

Frente a esta postura, se esgrimió el criterio de la adaptabilidad, de la dinámica de la Constitución, pues no se puede atar la voluntad popular para siempre. En este sentido, Rousseau, en sus comentarios sobre el gobierno para Polonia, afirmó que "es contra la naturaleza del cuerpo social imponerse leyes que no pueda revocar, pero no es ni contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocar esas leyes sino con la misma solemnidad con que las estableció. He ahí la cadena que no se puede crear para el porvenir.[6] Por su parte, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 consignó en su artículo 28: "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras".[7]

Como se advierte, cualquier constitución se mueve entre la estática y la dinámica constitucionales, puntos entre los que debe buscarse el justo medio aristotélico. Cierto es que los preceptos constitucionales no pueden ser volátiles, ni fugaces, requieren de un mínimo de fijeza e inalterabilidad, de modo que el orden general que la Constitución ha creado se mantenga. Pero las normas primarias, por otra parte, tampoco son entelequias, deben ir al paso de los cambios sociales y políticos, puesto que como bien apuntó Burke, "una Constitución incapaz de transformarse es una Constitución sin posibilidades de existencia".

La reforma constitucional es, por todo ello, una institución

6 *Cfr*., Prêlot, Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1987, p. 251.

7 Duverger, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, 6a. ed., Paris, PUF, 1971, p. 72.

necesaria e inevitable en un Estado de derecho. Como lo expresamos, mediante la reforma constitucional es posible modificar, en mayor o menor medida, el propio texto fundamental, siguiendo un procedimiento preestablecido y con la participación de los órganos competentes.

La reforma puede modificar, suprimir o sustituir un precepto por otro, así como revisar el orden constitucional en general. La mayor parte de las constituciones, en sus disposiciones finales o incluso dedicándole un capítulo en especial, regulan la reforma constitucional.

Toda constitución se mueve, por tanto, entre la estática o la dinámica constitucional. Cada país, en la eterna búsqueda del punto medio, ha adecuado su ley fundamental de acuerdo con su historia, sistema político y experiencias que le son propias. De este fenómeno permanente, existen múltiples casos paradigmáticos en la historia del constitucionalismo y también en el panorama contemporáneo del derecho público.

De este modo, la Constitución Norteamericana de 1787, la más antigua del mundo, ejemplo de concreción e interpretación constitucional, contó al principio con solo siete artículos, que cubrían la llamada parte orgánica de la ley fundamental, pronto se agregaron otras enmiendas para incluir los derechos humanos y otros tópicos.

Hoy día dicha ley fundamental es de las menos reformadas, cuenta con solo veintisiete enmiendas.

Las constituciones europeas han sido también de gran relevancia para la reforma constitucional e introducido interesantes soluciones. En la actualidad ofrecen situaciones variadas, así se fluctúa entre los textos de España y Polonia que han sufrido 2 reformas o Austria que tiene 55 y Alemania 70, según las exigencias que les demandó el entorno.[8]

[8] Garaikoetxea, Eider, Constitución española: apenas dos cambios en algo más de cuatro décadas de historia, Eitb.eus, España, 2024, *https://www.eitb.eus/es/noticias/politica/detalle/ 9399651/cuantas-veces-se-ha-reformado-constitucion-espanola-como-se-hace/*

América Latina, por su parte, ha sido el solar del cambio constitucional y de las reformas frecuentes. Desde la independencia hasta hace poco habían regido 190 constituciones en la región. Destaca Venezuela con 29, en tanto que Argentina solo ha tenido 3, Colombia tuvo constitución muy duradera de 1886 hasta su reemplazo en 1991, México tiene un texto que ha tenido larga vigencia, aunque ha sufrido múltiples y copiosas reformas constitucionales.[9]

III. Antecedentes de la reforma constitucional en México

Para entender como ha operado la reforma constitucional en México, es preciso recorrer de manera muy breve la historia de las principales constituciones que han regido en el país, así como los diferentes procedimientos que establecieron para su reforma.

Nuestros principales documentos constitucionales se generaron por movimientos revolucionarios. De la Independencia emanaron la Constitución de 1814, el Acta Constitutiva de la Federación y la primera Constitución Federal, ambas de 1824; a la revolución de Ayutla correspondió la Constitución de 1857 y la Revolución Mexicana originó la Constitución de 1917. Por su parte, las constituciones centralistas surgieron de un golpe de Estado técnico en 1836 o de un constituyente aristocrático en 1843.

En los textos constitucionales mexicanos se han utilizado distintos sistemas de reforma, como inmediatamente veremos.

De este modo, en el texto federalista de 1824 ha sido uno de los más rígidos, su poder reformador se integraba con las legislaturas estatales que tenían la iniciativa, y el Congreso Federal como órgano decisorio, siendo necesaria la intervención de dos legislaturas para aprobar las reformas que se hicieren, en virtud de que el artículo 168 exigía que "nunca deberá ser uno mismo el congreso que haga la calificación" de las reformas, y el que decrete las mismas.

[9] Dannemann, Victoria, *Constituciones latinoamericanas: frecuente recambio*, DW, Alemania, 2020, *https://www.dw.com/es/constituciones-latinoamericanas-frecuente-recambio-y-sellopropio/a-364607*

Más flexibles fueron las Constituciones centralistas, de 1836 y 1846. Las Siete Leyes Constitucionales de 1836, que en realidad fueron ocho si se considera la ley de bases del año anterior, prescribieron que la reforma seguía el mismo procedimiento que la legislación ordinaria, pero las modificaciones que acordara el Congreso, según el artículo 12 de la segunda ley, estaban sujetas a la sanción última del Supremo Poder Conservador. Por su lado, las Bases Orgánicas de 1843, indicaron en su artículo 202, que para las reformas se estaría "a lo previsto respecto de las leyes comunes", aunque para la votación se pedían los dos tercios de votos en las dos Cámaras.

Más adelante, la Constitución de 1857 retornó a la rigidez en el artículo 127, con algunas modificaciones menores, las reformas se efectuaban por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, como sucede en la Constitución vigente; debe destacarse que también se presentó otro proyecto que no fructificó, en el cual se acogía el sistema de dos legislaturas para aprobar las reformas. Durante la vigencia de la Constitución de 1857 llegaron a efectuarse 71 reformas constitucionales.

En los textos fundamentales mexicanos se han incorporado también a veces los denominados límites a la reforma constitucional. Tales límites, enseña el derecho comparado, pueden ser temporales, circunstanciales y sustanciales. Estos límites, sobre todo los sustanciales, son de gran importancia para impedir que una constitución virtud a reformas imprudentes y resultado de los vaivenes políticos y partidarios, deforman o perviertan la esencia misma de una ley fundamental.

Para ilustrar tales límites, algunas referencias de carácter mínimo: 1) límites temporales, se establece un plazo de espera o término en el cual no se permiten las reformas, el texto francés de 1791 fijó diez años a partir de su aprobación, mientras que el texto griego de 1975 en el artículo 110 solamente cinco años; 2) límites circunstanciales, cuando ciertas condiciones pueden afectar la reforma, así la prohíben en tiempos de ocupación extranjera las cartas francesas de 1946 y 1978, artículos 89 y 94 respectivamente, o en tiempo de guerra y en estados de crisis, la Constitución española vigente, de 1978, artículo 169; 3) límites sustanciales (o materiales), que dan lugar a las cláusulas "intan-

gibles" o "pétreas" en una Constitución, se inspiran en que hay una parte sustancial de la Constitución sin la cual devendría en algo diverso, como son los casos de algunos textos en que se ha prohibido la modificación del régimen republicano, tales los de Italia, artículo 139, y Francia, artículo 89, protegen la forma monárquica, así, Grecia, 1951, artículo 108, o establecido garantías para el Estado federal, Estados Unidos, artículo 50 y Alemania, artículo 79.

Algunas Constituciones mexicanas establecieron límites temporales para su reforma. El texto de 1824, por cierto, inspirado en este punto por el de Cádiz de 1812, en su artículo 166, estableció que las legislaturas de los estados podían hacer observaciones a determinados artículos de la Constitución y del Acta Constitutiva, "pero el Congreso General no las tomaría en consideración sino precisamente en el año de 1830". Por su parte, la Constitución de 1836, en la séptima ley, cuyo rubro era "variaciones de las leyes constitucionales", artículo 10. indicó que "en seis años, contados desde la publicación de esta Constitución no se podrá hacer alteración en ninguno de sus artículos".

Por su parte, en la Constitución de 1824, se establecieron algunos límites sustanciales o cláusulas pétreas. En el artículo 171, se prescribió que jamás se podrían reformar los artículos "que establecen la libertad de independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de los estados". Esta postura fue compartida también años después por distinguidos juristas, así para Mariano Otero, existían "principios primordiales y anteriores" a la Constitución, como la independencia, la forma de gobierno y la división de poderes, sobre los que "no cabe reforma, y deben declararse permanentes";[10] más adelantes, Castillo Velasco, opinaba que "las adiciones o reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella".[11]

[10] *Cfr*. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1991)*, 16a. ed., Porrúa, 1991, p. 466.

[11] Castillo Velasco, José María, *Apuntamientos del derecho constitucional mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871, pp. 350 y ss.

Precisamente, en el momento actual los límites sustanciales tienen suma importancia. En el pensamiento jurídico mexicano desde hace muchos años ha habido un gran debate, aún inacabado, entre dos tesis diferentes sobre reforma constitucional, una que está a favor de la revisión sin límites del órgano revisor y otra que estima que dicho órgano no puede atentar sobre decisiones políticas fundamentales de la nación. Cabe preguntarse ahora, si el poder revisor de la

Constitución puede a través de la reforma constitucional hacer que transitemos de un estado democrático a un estado autoritario, si está legitimado para establecer un poder ejecutivo sin límites, ni controles, tema que no es asunto exclusivo de una mayoría polémica de legisladores, sino de todos los ciudadanos y de todo el pueblo de México.[12]

IV. La Constitución de 1917 y la reforma constitucional

En 1917, se optó de nuevo por una constitución de carácter rígido, en cuanto requiere para sus reformas de un órgano y de un procedimiento especiales. Al órgano se le ha llamado por algunos Constituyente Permanente, pero a nuestro juicio es mejor la denominación de Poder Revisor de la Constitución, esta expresión es menos pretenciosa y más acorde con la soberanía del pueblo que es precisamente el titular del poder constituyente. Para las reformas constitucionales, según el artículo 135 constitucional, se requiere para la aprobación del Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras votos de los individuos presentes, así mismo que dichas reformas sean también aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los estados y de la Ciudad de México; corresponde al propio Congreso o a la Comisión Permanente en su caso, hacer el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de que fueron aprobadas las reformas propuestas.

La Constitución de 1917, sin embargo, ha sido una Constitu-

[12] Para las tesis sobre la limitación del órgano revisor: Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 10ª edición, Porrúa-UNAM, 2021, p.109- 110.

ción rígida más en la teoría que en la práctica, como se constata en las abundantes y heterogéneas modificaciones que ha sufrido hasta la fecha. Vistas en su conjunto las reformas constitucionales son impresionantes, hasta el 15 de enero de este año se han publicado 270 decretos de reforma,[13] que muchas veces han implicado modificaciones a diversos preceptos constitucionales. Aunque ha tenido sus virtudes, hace falta mejorar el sistema adecuado de reformas, para que estas sean objeto de una reflexión más detenida y sensata, la solución de la intervención de dos legislaturas o un mecanismo similar sería aconsejable, así mismo en ciertas reformas es preciso también la participación y consulta directa al pueblo mexicano, cuando estén a debate decisiones que puedan considerarse fundamentales para la nación.

Hay también que apuntar que, de manera general, puede afirmarse que la reforma constitucional había sido hasta ahora —con sus asegures— provechosa para el país, en cuanto respondió de manera adecuada a su problemática, mantuvo en lo sustancial las decisiones políticas fundamentales e introdujo modificaciones o instituciones novedosas que enriquecieron el ordenamiento constitucional. Se introdujeron gradualmente progresos y avances para bien del sistema democrático, entre otros sin pretender agotar el asunto, mecanismos para propiciar la colaboración de poderes y el avance de la justicia constitucional, la diversificación e internacionalización de los derechos humanos, la constitucionalización de los partidos, el sistema electoral de carácter mixto o los principios de derecho constitucional económico. Es cierto también que ello no significa que todas las reformas, sin excepción, hayan sido útiles o convenientes, tanto porque la revisión de los preceptos constitucionales por los legisladores, siendo obra humana no puede ser perfecta, sino porque hay que reconocer también que ha habido modificaciones innecesarias o incluso perjudiciales.

Como quiera, pese a sus tantas y múltiples reformas, en la Constitución habíamos encontrado los mexicanos un símbolo de estabilidad política y también de unidad nacional, en torno a la

[13] Cámara de Diputados, *Reformas Constitucionales por Decreto en orden cronológico,* México, 2024, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm*

cual partidos, grupos políticos, y los propios ciudadanos, han desenvuelto las actividades que les son propias, en otras palabras, ha sido la constitución mexicana un texto fundamental en el sentido más pleno de la palabra; más todavía, la reforma constitucional ha operado tambien como instrumento eficaz para permitirle al sistema político construir gradualmente un estado social y democrático de derecho.

V. Reformas de 2024 y crisis de la democracia y el Estado de derecho

Hoy día, sin embargo, estamos en peligro de una involución democrática, por las reformas constitucionales que promovió el Ejecutivo Federal el 5 de febrero de 2024, por ironía fecha en que se celebra el aniversario de nuestra ley fundamental, y que infortunadamente ha continuado sin el mayor reparo la presidenta de la República que está en el cargo. Si se examinan estas reformas a la luz del derecho constitucional y de la ciencia política, que ha estudiado el proceso bidireccional de estado autoritario a estado democrático o a la inversa, las reformas referidas anuncian un grave retroceso constitucional y de nuestro sistema político.

Precisamente, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, comunidad de gran dinamismo y en el cual sus investigadores incursionan en las distintas ramas del derecho, hizo valer su voz ante los graves problemas que enfrenta la nación, ante días sombríos y evidentes posibles retrocesos. En este sentido, el Instituto elaboró el "Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República (febrero 5, 2024)",[14] documento de vanguardia y un llamado a la sensatez, que alerta a los mexicanos sobre las graves consecuencias de varias de las reformas mencionadas.

Han compartido también este criterio instituciones académicas y distinguidos juristas, que han hecho penetrantes apor-

[14] López Ayllón, Sergio, Orozco Henríquez, J. Jesús, Salazar, Pedro y Valadés, Diego (coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República* (febrero 5, 2024), 1a. ed., CDMX, IIJ-UNAM, 2024.

taciones en el análisis de las reformas referidas. Han llamado particularmente la atención sus puntos de vista sobre la reforma judicial,[15] la desaparición de los órganos autónomos,[16] y la sobrerrepresentación legislativa en el Congreso Federal.[17]

México vive ahora una etapa difícil, incierta y que está poniendo en serio riesgo el sistema democrático y el Estado de derecho. De las reformas planteadas preocupan en grado sumo las siguientes: a) la reforma judicial, aprobada sin mayor análisis y que ha recibido enérgicos reclamos, releva o despide a todos los funcionarios judiciales del país, desde los ministros de la Suprema Corte, pasando por todos los magistrados y jueces federales, empleándose la misma medida en todas las entidades federativas, incluida la capital del país, para sustituirlos por juzgadores

15 Valadés, Diego, *Reflexiones sobre la reforma judicial en México,* UNAM, México, 2024, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/19400* Fernández Delgado, Miguel Ángel *et al*., *Estudios sobre la Reforma Judicial*, Escuela Libre de Derecho, México, 2024, *https://www.eld.edu.mx/Biblioteca/Estudio-sobre-la-Reforma-Judicial-versioncompleta.pdf*. Centro de Estudios Constitucionales SCJN, *Análisis de la Iniciativa de Reforma al Poder Judicial en México*, México, 2024, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/ default/files/page/files/202406/Ana%CC%81lisis%20de%20la%20iniciativa%20de%20reforma.%20 Problemas%20asociados_final.pdf*

16 Véanse entre otros: Sierra Wells, Alicia Franco *et al., Análisis de la propuesta de reforma constitucional de los órganos autónomos,* CDMX, 2024, *https://media.datacivica.org/ pdf/analisis_ propuesta_reforma_constitucional_oca.pdf*. Camarena González, Rodrigo *et al*., *Deconstruir para reconstruir: un análisis de los órganos constitucionales autónomos en México,* Scielo, México, 2021, *https://www.scielo. org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid= S0041-86332021000100061*.

17 Garza Onofre, Juan Jesús y Martin Reyes, Javier, *El verdadero fraude: la sobrerrepresentación en el Congreso*, Nexos, México, 2024, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/el verdadero-fraude-la-sobrerrepresentacion-en-el-congreso/*. Woldenberg, José, *La correcta lectura de las normas,* Nexos, México, 2024, *https://josewoldenberg.nexos.com.mx/la correcta-lectura-de-las-normas/*. Orozco Henríquez, Jesús, *¿Por qué es inconstitucional una sobrerrepresentación superior al 8 % y a 300 diputaciones?,* Nexos, México, 2024, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/por-que-es-inconstitucional-una-sobrerrepresentacion superior-al-8-y-a-300-diputaciones/*. Murayama, Ciro, *Sobrerrepresentación 2024: la trampa para abatir la democracia,* Nexos, México, 2024, *https://redaccion.nexos.com.mx/ sobrerrepresentacion-2024-la-trampa-para-abatir-la-democracia/*.

de elección popular, improvisados y sin carrera sin judicial; b) reforma legislativa, que introduce el sistema mayoritario simple, ahora todos los diputados y senadores deben elegirse por ese sistema, sin garantías para los derechos de las minorías legislativas y los partidos de oposición, que se establecieron a través de quince reformas constitucionales, regresión política que conducirá al siglo pasado; c) árbitro electoral a modo, se suprimen los órganos electorales actuales o cuando menos se menguan su autonomía, se crea ahora el Instituto Nacional de Elecciones y Consultas (INEC), que centraliza la función y elimina el federalismo electoral, la presidencia del órgano absorbe facultades en demérito de la colegialidad, igualmente se debilita la autonomía del Tribunal Electoral con periodos más cortos para sus miembros, en el entendido que tanto los magistrados como los miembros del Instituto, se elegirán por el voto popular, elecciones que obviamente dependerán del partido dominante y los partidos que le siguen; d) reforzamientos constitucionales autoritarios con estas medidas: se incorpora la Guardia Nacional a las Fuerzas Armadas, eliminando su carácter civil y renegándose la formación de la policía profesional; desaparición de la mayoría de los órganos autónomos que ahora actúan como contrapesos en importantes tareas públicas; ampliación de los supuestos de la prisión preventiva oficiosa, que deja su operación en manos de los fiscales controlados por el poder ejecutivo.

VI. Defensa de la Constitución y destino de México

Todos estos signos antidemocráticos empañan el destino de México, experiencia que también han tenido muchos de los países hermanos de Iberoamérica, como les consta a muchos de los participantes en este Congreso. Ante tales signos adversos no cabe ni el desaliento, ni menos la indiferencia. Es imperativo no revertir el reloj de la historia, ni retroceder a la centuria que ya feneció. Es obligado defender, ahora más que nunca, la Constitución y su legado, fruto de amplios consensos, de reformas que hoy la pervierten, que incluso amenazan las garantías que la hacen efectiva; a luchar por la aplicación moderna y constructiva

de la división de poderes, con los controles y contrapesos que implica, incluido el retorno de los órganos autónomos; a pugnar porque el Ejecutivo nacional obedezca la norma y no se le permita el ejercicio abusivo del poder, así como el Legislativo no sea de consigna, sino auténticamente representativo, plural y critico; a respaldar al Poder Judicial, cuya autonomía ha sido vulnerada y su servicio profesional pretende sustituirse con jueces de partido, susceptibles al vaivén político y a la influencia creciente del crimen organizado; a mantener elecciones libres, no clientelares, con árbitros electorales imparciales, ajenos a toda sospecha de manipulación, como sucedió en los recientes comicios.

Legado histórico de las constituciones de Cádiz y de Apatzingán en el régimen de gobierno adoptado por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 4 de octubre de 1824

***

Historical legacy of the constitutions of Cadiz and Apatzingán in the government regime adopted by the Federal Constitution of the United Mexican States, of October 4, 1824

*Eduardo Elías Gutiérrez López**
*Víctor Hugo Saldaña Guevara***
*Agustín Manuel Velázquez Bustamante****

* Licenciado en Derecho y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California y Doctor en Estudios de Migración por El Colegio de la Frontera Norte. Actualmente es profesor-investigador en la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC, miembro del Sistema Nacional de Investigadores e integrante del Cuerpo Académico "Derecho Constitucional en Baja California".

** Licenciado en Derecho y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Actualmente es profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC y miembro del Cuerpo Académico "Derecho Constitucional de Baja California".

*** Es Profesor investigador en el área de Derecho Constitucional, en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Líder del cuerpo académico "Derecho Constitucional en Baja California" y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, amvb_1959@uabc.edu.mx

Resumen: el presente documento se centra en analizar la forma de gobierno adoptadas por la Constitución Política de la Monarquía Española (Constitución de Cádiz) y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán), y determinar su influencia en la forma de gobierno instituida en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Abstract: this document focuses on analyzing the government regime adopted by the Political Constitution of the Spanish Monarchy (Constitution of Cádiz) and the Constitutional Decree for the Freedom of Mexican America (Constitution of Apatzingán) and determining its influence on the ruling government instituted in the Federal Constitution of the Mexican United States of 1824.

Palabras clave: forma de gobierno, Constitución de 1824, filosofía del derecho.

Keywords: government regime, Constitution 1824, law philosophy.

Sumario: I. Introducción. II. Constitución Política de la Monarquía Española. III. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana. IV. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. V. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

A doscientos años de celebrarse el aniversario de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre del año 1824 (en adelante Constitución de 1824), es necesario reflexionar sobre los momentos políticos que se vivían y la forma de gobierno que se instituyó, atendiendo a dos instrumentos constitucionales promulgados previamente, uno por la monarquía española que le permitió continuar gobernando en la Nueva España a pesar de las circunstancias políticas que se vivían en el continente europeo, y otro, por un grupo de insurgentes que buscaban la inde-

pendencia en el continente americano, y de manera especial, en la Nueva España, hoy en día, los Estados Unidos Mexicanos, es decir, México.

El primero de los instrumentos constitutivos que será motivo de análisis y que tuvo vigencia en el territorio de la Nueva España, convulsionado por un movimiento de emancipación y que da inicio al período que la historia de México, ha considerado como del México Independiente, reconocido así por la insurgencia iniciada en el año de 1808; sin embargo, durante estos años, tuvo obligatoriedad por alrededor de veintiocho años hasta que el Estado español reconoce la Independencia de México (1836), motivado por la inestabilidad política que presentó la insurgencia originaria y a través de otros movimientos de emancipación reconocidos en la historia universal que se fraguaban en el continente americano, por la invasión napoleónica en España, y que se conoce con el nombre de "Constitución Política de la Monarquía Española" (en adelante Constitución de Cádiz), jurada en 1812.

El segundo instrumento jurídico que es motivo de análisis y que trajo como consecuencia la verdadera independencia de la nación mexicana, cuyos antecedentes los encontramos en los movimientos de Miguel Hidalgo y Costilla, a través del Bando de Hidalgo promulgado en 1810; los elementos constitucionales circulados por Ignacio López Rayón en 1811, y por último, los Sentimientos de la Nación o 23 puntos dados a conocer por José María Morelos y Pavón, y que dieron motivo a la Convocatoria a un Congreso Constituyente en Chilpancingo y se hiciera constar en una Acta Solemne la declaración de Independencia y se sancionara en Apatzingán el "Decreto Constitucional para libertad de la América Mexicana" (en adelante Constitución de Apatzingán), resulto ser solamente un instrumento jurídico, que no encontró vigencia en el México Independiente, pero que dio motivo a la expresión del ideal de Estado de derecho que se buscaba.

Así mismo, se señalarán aspectos relacionados con la situación política que se guardaba en los inicios del siglo XIX en territorio mexicano, y las formas de gobierno expresadas por los instrumentos jurídicos descritos, para poder concluir con la forma de gobierno adoptada por el Estado mexicano en la Constitución de 1824 y determinar su influencia a la luz de los mismos.

II. Constitución Política de la Monarquía Española

Ante las constantes amenazas que se vivían en el continente europeo por la invasión napoleónica de España y que repercutieron en el continente americano, a principios del siglo XIX, la nación española buscó un mecanismo de control constitucional, a fin de proveer a las colonias americanas y reconocerles su organización política, entre las cuales, fue necesario convocar a un Congreso Constituyente —en el que se encontraba, la representación "mexicana" o ciudadanía española— para la elaboración de un instrumento jurídico que diera respuesta a las exigencias locales y salvaguardara la gobernabilidad de la monarquía española en territorio del continente americano.

Por el continente americano acaecían una serie de acontecimientos políticos al finalizar el siglo XVIII, que modificaron la visión política de los distintos asentamientos humanos que habían constituido diversas colonias. Por una parte, las trece colonias de los Estados Unidos de América habían logrado su emancipación, al promulgar su texto constitucional, independizarse y constituir un verdadero Estado de derecho, que sirvió de ejemplo para las demás colonias del continente americano de origen español al lograr estatuir sus propios movimientos de insurgencia e independizarse de la Corona Española. Por la otra parte, diversas colonias como Colombia buscaban su emancipación.

Durante el inicio del siglo XIX, en el caso particular de México, existía una verdadera descomposición social que tuvo eco en las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española, órgano encargado de redactar y aprobar la Constitución de Cádiz que, autores como José Gamas Torruco, consideran que "[...] es la primera denuncia parlamentaria de discriminación racial de que se tiene noticia",[1] y que dieron motivo, entre, otras cosas, a dar inicio a un movimiento de emancipación, motivado, por las inconformidades que generaban, por las castas sociales, los abusos que existían y la falta de reconocimiento a la oportunidad

[1] La Constitución de Cádiz de 1812 en México, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3525/16.pdf

de desarrollar otras actividades que les habían sido prohibidas, buscando la indivisibilidad de la nación mexicana, a punto de reconocerse.

Sin embargo, el territorio de la Nueva España no contaba con una verdadera división política e independiente entre las provincias, como el modelo de los Estados Unidos de América, qué basó su unidad en la suma de colonias, sino que la Nueva España admitía una división territorial, única y exclusivamente, para efectos de un control político y administrativo del Virreinato, lo que centralizaba el poder y las principales decisiones se adoptaban por el virrey, motivo suficiente para no reconocerles libertad y soberanía.

La Constitución de Cádiz generó una expectativa de reconocimiento autónomo al territorio español de la Nueva España con la Nueva Galicia y Península de Yucatán,[2] al dotarlas de una participación política de representación ante las Cortes, condicionada a los ciudadanos españoles, excluyendo a todos aquellos que, en consecuencia no lo fuesen,[3] pero no solo ello, sino al considerarla parte del territorio de las Españas para el buen gobierno y la recta administración del Estado, como tiene a bien expresarlo en su proemio dicha Constitución.

Como forma de gobierno, la nación española adopta "la Monarquía moderada hereditaria";[4] sin embargo, al referir su Título VI "Del Gobierno interior de las provincias y de los pueblos", en su Capítulo II, al hablar "Del Gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales" establece que: "Artículo 324. El gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas."

Adicionalmente, el Capítulo I "De los Ayuntamientos" establece en su artículo 309 que:

> Para el gobierno interior de los pueblos habrá ayuntamientos, compuestos del alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico,

[2] Constitución Política de la Monarquía Española, artículo 10.

[3] *Ibidem*, artículo 1.

[4] *Ibidem*, artículo 14.

> y presididos por el jefe político, donde lo hubiere, y en su defecto, por el alcalde o el primer nombrado entre estos, si hubiere dos,[5] electos en los pueblos,[6] lo que le da un principio de participación democrática.

De lo que se desprende que la estructura orgánica en territorio de la colonia española se encontraban tres autoridades: al frente, el rey quien gobernaba desde la península ibérica; en las provincias o territorio americano del dominio español, el virrey (o representante directo del rey en la Colonia); y por último, los ayuntamientos, en cuyo frente se encontraba el alcalde de los territorios provinciales, compuestos por autoridades electas democráticamente.

Corona

—

Provincia

—

Ayuntamiento

De lo anterior se concluye que la forma de gobierno adoptada por la Constitución de Cádiz en territorio mexicano durante el inicio del período histórico que se conoce como del México Independiente, lo fue una Monarquía moderada hereditaria, teniendo como órganos de gobierno el virreinato y los ayuntamientos, en cuyo frente se encontraban el rey, el virrey y los alcaldes, respectivamente.

III. Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana

Grupos sociales, principalmente conformado por criollos[7] habían dado inicio a un movimiento insurgente, que no lograba su ob-

[5] Constitución de Cádiz.

[6] Constitución de Cádiz, artículo 312.

[7] Descendientes de europeos nacidos en el continente americano y cuya condición gentilicia les impedía acceder a ciertos cargos públicos.

jetivo: la verdadera independencia de la colonia española y que trajo como consecuencia un nuevo período en la historia: México Independiente. Miguel Hidalgo y Costilla, no tuvo la oportunidad de apreciar los resultados del inicio de su insurgencia. Sin embargo, contaba con simpatizantes como José María Morelos y Pavón, quien había participado en el movimiento y era un convencido de la necesidad de emancipar a un pueblo que formaba parte de una "[...] nación profundamente dividida, cuyas partes vivían en constante confrontación [...]".[8] "El nacimiento de las naciones iberoamericanas ocurría en el punto donde se agotaba el modelo político, social y económico que prevaleció durante trescientos años".[9] Una verdadera crisis.

El territorio nacional se encontraba dividido en provincias; José Gamas Torruco expresa que las "[...] Cortes de Cádiz ordenaron la formación de diputaciones provinciales mexicanas en número de seis: México y San Luis Potosí (correspondientes a Nueva España), Monterrey, Guadalajara, Durango y Mérida";[10] sin embargo, la necesidad de convocar a un congreso constituyente, generó un fenómeno de representación distinto al número de provincias, reconociéndose ocho territorios independientes, a saber: Guadalajara, Michoacán, Guanajuato, Puebla, México, Veracruz, Oaxaca y Teacpan;[11] territorios que quedaron debidamente representados en el Congreso Nacional de Chilpancingo del 14 de septiembre de 1813 y de cuyos frutos se logró la promulgación de la Constitución de 1814.

El movimiento de emancipación auguraba un resultado exitoso, pero

> [...] es verdad que la Constitución de Apatzingán en ningún momento tuvo vigencia positiva en México, ya que la mayor parte del territorio nacional se encontraba bajo el dominio de las fuerzas virreinales, pero esa Constitución debe estimarse como la realización

8 García Ramírez, Sergio, Constitución de Apatzingán", p. 171, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/756/15.pdf*

9 *Ibidem,* p. 173.

10 *Ibidem,* p. 255.

11 Enríquez, Enrique A., "La Constitución de 1814", p. 20, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5279/4.pdf*

> del propósito insurgente de organizar políticamente a la antigua Nueva España bajo la forma democrática poniendo de resalto que no se trataba de una lucha mezquina de carácter personalista, sino de una noble pugna de principios en cuyo triunfo los insurgentes siempre tuvieron una fe absoluta.[12]

Ante estas condiciones, las influencias doctrinales derivadas del constitucionalismo francés y de la preocupación de las Cortes de Cádiz, que habían trascendido al continente americano, dieron realce a un instrumento jurídico que recogía, no solo el sentimiento de la nación, sino el ideal de un Estado independiente, cuyo resultado fue motivo de incineración y hasta, de excomunión —su simple lectura—, por las autoridades virreinales y eclesiásticas, respectivamente, porque —se expresaba— atentaba al Virreinato y en consecuencia, a la Monarquía española.

Al atender la forma de gobierno que adoptaría la nueva nación la Constitución de Apatzingán, en su Título II, capítulo I, no refiere de manera particular forma alguna, sino a la unidad de las provincias en su gobierno, prohibiendo su enajenación en todo o en parte, pero sí delimitando una demarcación exacta de lo que se consideraría la América Mexicana al reconocerse como provincias que la compondrían a: "[...] México, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Técpam, Michoacán, Querétaro, Guadalajara, Guanajuato, Potosí, Zacatecas, Durango, Sonora, Coahuila y Nuevo reino de León."[13]

Se conformaba un gobierno depositado en un Supremo Congreso Mexicano, un Supremo Gobierno y un Supremo Tribunal de Justicia. Una clara división de poderes.

El movimiento independentista cayó en manos del gobierno virreinal, sometiendo a sus principales defensores —del momento—, mismos que en su mayoría fueron privados de su vida, quedando el texto de la Constitución de Apatzingán como un documento histórico que da testimonio del conflicto que se vivía durante la segunda década del siglo XIX, al no haberse aplicado; sin embargo, sus ideales quedaron para continuar con la lucha insurgente que permitió continuar con el movimiento.

---

12 *Ibidem*, p. 25.

13 Constitución de Apatzingán, artículo 42.

IV. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos

Entre la infructuosa promulgación de la Constitución de Apatzingán y la Constitución de 1824 en el México Independiente, la situación social que se presentaba por la discriminación vivida por razón de las castas y el dominio del gobierno virreinal sobre la composición indisoluble de una nación mexicana, a punto de emerger, no lograba el movimiento insurgente encontrar su camino.

En el año 1821 surge el "Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba (marzo 1, 2 y 24 de agosto de 1821, respectivamente), declaraban la independencia de la Nueva España o de la América Septentrional y, aunque no aspiraban a ser constituciones, si establecían la forma de gobierno "monárquico, constitucional, moderado— por el que llamaban a Fernando VII o a su dinastía para reinar".[14] Lo que trajo como consecuencia, que la insurgencia no pudiera generar un verdadero estado independiente, sino solo una continuación del modelo español. Sin embargo, es de hacerse notar que se logra convocar a un Primer Congreso Constituyente (1822) para darse a la tarea de redactar una constitución, cuyo resultado fue fallido por la ambición de Agustín de Iturbide y su caída, lo que dio motivo una segunda convocatoria (1823), que dan inicio, como lo señala Emilio O. Rabasa que "[...] las 'Constituciones mexicanas" se inician con el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824, donde hay un desprendimiento total de todo tipo de legislación extranjera y el ejercicio absoluto de la soberanía y de la autodeterminación, elementos indispensables para poder reconocer una auténtica Constitución".[15] El éxito de este segundo Congreso trajo como resultado la promulgación de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del cuatro de octubre de mil ochocientos veinticuatro.

El constitucionalismo derivado de las diversas corrientes de origen francés, inglés y estadunidense, habían permeado en el

[14] Rabasa, Emilio O., "Historia de las Constituciones Mexicanas", México, UNAM, 1990, p. 7.

[15] *Ibidem,* p. 8.

pensamiento del ideal de estado de los insurgentes del México Independiente, durante la segunda década del siglo xix. Existen criterios que concluyen que el nacimiento del federalismo mexicano surge de la influencia del modelo de estado estadunidense y como consecuencia de su Constitución promulgada en el año de 1787, y por otra parte, que "[...] la intolerancia religiosa, la soberanía nacional [...] se tomaron de la de Cádiz [...]",[16] sin dejar de expresar que la Constitución de Apatzingán, ya contemplaba una verdadera división de poderes, como quedó asentado en el punto anterior.

Al referirse la Constitución de 1824 a la forma de gobierno que adopta, en su Sección Única, del Título II denominado "De la forma de gobierno de la nación, de sus partes integrantes y división de su poder supremo", expresa en su artículo 4: "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal".

V. Conclusión

Generar una conclusión al tenor del legado histórico que prevaleció durante el inicio del México Independiente, resulta obligado comprender la situación social, política y jurídica que se presentó durante los inicios del siglo xix, en lo que es hoy en día, los Estados Unidos Mexicanos y su régimen de gobierno.

Existió una verdadera descomposición social entre los habitantes que ocupaban el territorio de lo que sería el México Independiente, dividida en castas sociales, en donde prevalecía la preferencia por ciudadanos españoles en el ejercicio de las funciones políticas.

La crisis política que se presentó al finalizar el siglo xviii y principios del siglo xix en el continente europeo, necesariamente afectó la gobernanza de la corona española y beneficio a los movimientos insurgentes conformados, principalmente por criollos, cuya inconformidad prevalecía en el continente americano, a fin de lograr ocupar posiciones políticas en el gobierno y lograr la emancipación de la propia corona.

[16] *Ibidem*, p. 13.

La situación jurídica que prevalecía en la Nueva España dependía, única y exclusivamente, de la Corona española, cuya sede se encontraba en el Continente Europeo, lo que generaba una dilación en la toma de decisiones y en la protección de los intereses de la propia corona, sin atender las condiciones sociales que se vivían, y no fue, sino hasta principios del Siglo XIX, que la Corona Española se da a la tarea de promulgar un instrumento jurídico que permitiera llevar a cabo un gobierno plural en el continente americano, en donde, los territorios colonizados tuviesen representación en las cortes monárquicas y se pudieran organizar gubernamentalmente, los territorios de la Colonia, a través de las provincias que se fueron reconociendo como territorios independientes dentro de la Nueva España y que constituyen necesariamente un antecedente histórico para la conformación del Federalismo mexicano.

La crisis social, política y jurídica dieron como motivo, diversos intentos de emancipación durante un largo período que comprendió de los años 1808 a 1824, generándose diversos instrumentos jurídicos, entre los que destacan las constituciones de Cádiz, Apatzingán y la de 1824. De estos instrumentos constitucionales solamente dos de ellos que tuvieron vigencia y uno de ellos, no pudo aplicarse por las condiciones políticas que favorecían a la Corona Española.

La influencia que pudieron generar las constituciones de Cádiz y Apatzingán en la Constitución de 1824 distan del pensamiento del constituyente encargado de redactarla. La Constitución de 1824 adopta el pensamiento federalista del estado estadunidense en la forma de gobierno, sin dejar —el constituyente— de tomar en consideración los aspectos sociales y políticos que prevalecieron en el estado por la influencia religiosa.

Formas de gobierno que se adoptan

Constitución de Cádiz	*Constitución de Apatzingán*	*Constitución de 1824*
Monarquía moderada hereditaria.	Supremo Congreso Mexicano, Gobierno y Tribunal de Justicia.	República representativa, popular y federal.

Referencias

Barragán Barragán, José, *El Constituyente de 1824: memoria constitucional y fundamentos históricos del Federalismo en México*.

El Congreso de la Unión en la Historia.

Enríquez, Enrique A., *La Constitución de 1814*.

Gamas Torruco, José, *La Constitución de Cádiz de 1812 en México*.

García Ramírez, Sergio, *Constitución de Apatzingán*.

Rabasa, Emilio O., *Historia de las Constituciones Mexicanas,* México, UNAM, 1990.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808—1992,* Porrúa, México, 1992.

México: presidencialismo sin contrapesos, no es democrático

***

Mexico: presidentialism without counterweights is not democratic

Ruth Zavaleta Salgado

Resumen: el presente trabajo contiene un análisis sobre el riesgo que representó el resultado electoral del 2 de junio del 2024 para la democracia mexicana porque configuraron el nacimiento de una fuerza política hegemónica sin contrapesos, que está modificando el pacto social que significa la Constitución sin considerar la representación de las minorías parlamentarias, lo que significa un fraude a la democracia porque quien ejerce la mayoría del poder político no respeta las reglas del juego democrático, por lo tanto, abusa del poder político que le fue conferido y persigue y descalifica a los adversarios; coloniza y/o somete a las instituciones garantes de la legitimidad política y de la transparencia y rendición de cuentas; rompe los mecanismos de contrapeso de la división de poder; usa la demagogia para engañar a los ciudadanos y utiliza el erario público para hacerse de la voluntad política de los votantes, mediante la política social de las transferencias directas.

Abstract: this paper presents an analysis of the risk posed by the electoral results of June 2, 2024, to Mexican democracy. These results signify the emergence of a hegemonic political force without checks and balances, which is altering the social pact embodied in the Constitution without considering the re-

presentation of parliamentary minorities. This represents fraud to democracy because those who hold the majority of political power do not respect the democratic rules of the game. As a result, they abuse the political power granted to them, persecute and discredit their opponents, colonize and/or subordinate institutions that guarantee political legitimacy, transparency, and accountability, break the checks and balances of the separation of powers, use demagoguery to deceive citizens, and misuse public funds to secure the political will of voters through direct transfer social policies.

Palabras clave: presidencialismo, autoritarismo, democracia, poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, populismo.

Keywords: presidentialism, authoritarianism, democracy, legislative power, executive power, judicial power, populism.

Sumario: I. Introducción. II. La elección del 2018. III. La elección del 2024. IV. Los rasgos autoritarios del ejercicio del poder político. V. El impacto de las transferencias directas. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Antes de 1997, el régimen político mexicano fue considerado como un régimen presidencial *sui generis*, porque el presidente en turno, durante casi siete décadas, emanó de un partido hegemónico que propiciaba que pudiera ejercer el poder de forma autocrática, sin contrapesos reales a pesar del principio de división de poder establecido constitucionalmente. Además, ejercía funciones por encima de la Constitución que le permitían decidir quién iba a sucederlo en la silla presidencial, quienes conformarían el Poder Legislativo, y, por ende, quienes integrarían el Poder Judicial. Después de la Crisis política de 1988, derivada del fraude electoral de la elección presidencial, se reformó la Constitución y se crearon los árbitros electorales para garantizar la libertad política de los ciudadanos y legitimar la representación política. Esos, y otros cambios estructurales, fortalecieron la de-

mocracia porque generó mayor equidad en la competencia por el poder político y, con ello, se consolidó el sistema de partidos, dando como resultado que, en el 2000, iniciara la alternancia del Presidencial. Además, desde 1997, el Congreso de la Unión se integró de manera plural y se derrocó la hegemonía autoritaria del partido oficial. Pero, como consecuencia de este pluralismo político, desde que inició la alternancia presidencial, ningún titular del Poder Ejecutivo había logrado tener mayorías calificadas en el Congreso de la Unión sin recurrir a la construcción de acuerdos con las fuerzas políticas de la oposición. Para perfeccionar el equilibrio de poder que eso significaba y evitar la parálisis legislativa, se reformó la Constitución y se facultó al presidente de la República, para poder optar por Gobiernos de coalición, para integrar gabinetes plurales que le permitieran lograr mayorías calificadas en el Congreso de la Unión. No obstante, los resultados electorales del 2018 que le dieron el triunfo a Andrés Manuel López Obrador, fueron contundentes y perfilaron una mayoría calificada de legisladores en el Congreso de la Unión a partir de la fuerza de su partido de Morena y de sus aliados. Luego entonces, comenzó un nuevo periodo de alternancia del poder ejecutivo que se caracterizó por la forma populista de ejercer el poder del presidente electo. Al respecto, en los siguientes párrafos tratamos de responder la siguiente pregunta ¿Cuáles fueron los rasgos de esa forma de gobernar y que efectos tuvo en la democracia mexicana?

II. La elección del 2018

La elección del 1 de julio del 2018 fue un hecho político paradigmático del sistema político mexicano porque por primera vez: 1). Coincidió una confluencia de esa magnitud de número de cargos a elegir después de la Reforma político electoral del 2007: 18, 299;[1] 2). Hubo registro de candidaturas presidenciales indepen-

[1] Un presidente de la República, 500 diputados, 128 senadores, 8 gubernaturas, 1 jefe de gobierno, 972 diputaciones locales, 1596 presidencias municipales, 16 alcaldes, 1237 concejales, 1664 sindicaturas, 12013 regidurías, 19 regidores étnicos, y 24 presidencias, 24 síndicos y 96 regidurías. esta confluencia de cargos fue resultado de la reforma electoral del 2007 que

dientes (Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón y Margarita Zavala); 3). Como consecuencia de la Reforma de paridad política del 2014, hubo registro paritario de candidaturas;[2] y, 4).Todos los Partidos Políticos optaron por agruparse en frentes electorales: Coalición por México al Frente: Partido Acción Nacional (PAN), de la Revolución Democrática (PRD) y Movimiento Ciudadano (MC), encabezada por Ricardo Anaya; Juntos Haremos Historia: Partido del Trabajo (PT), Encuentro Social (PES) y de Reconstrucción Nacional (MORENA), encabezada por Andrés Manuel López Obrador; Todos Por México: Partido Revolucionario Institucional (PRI), Verde Ecologista de México (PVEM) y Nueva Alianza, encabezada por José Antonio Meade.

También el resultado electoral fue atípico si lo comparamos con el periodo de alternancias presidenciales que inició en el año 2000. Andrés Manuel López Obrador obtuvo 30 millones, 110 mil, 327 votos, lo que representó el 53.19% de la votación.[3] A diferencia de los dos intentos en las elecciones anteriores (2006 y 2012) en las que participó y perdió, el éxito del 2018, fue contundente. Mas allá de algunos factores que influyeron en el ánimo del electorado, por ejemplo, la insatisfacción ciudadana por el aumento de la inseguridad, la violencia y la corrupción política, para algunos estudiosos de la democracia, fue determinante el discurso "antisistema" que abanderó durante los 12 años que se mantuvo en campaña.[4] Además de la presidencia, la Coalición Juntos Haremos Historia (Morena, PES y PT) obtuvieron 69/128 senadores y 308/500 diputados federales. En lo referente al ám-

busco conjuntar las elecciones de toda la República en dos procesos y no 46 como antes sucedía.

2 Reforma al artículo 41 Constitucional del 2014, conocida como la "Reforma de Paridad política".

3 Con una participación de más de 56 millones de ciudadanos, lo que significó el 63.42% del padrón electoral.

4 "[...] La elección de AMLO en México muestra como los candidatos 'extramuros' del establishment político, se transforman en el nuevo establishment. Ello va aparejado de la derrota de los viejos partidos y el surgimiento de nuevos movimientos. Elegir a un "no político" que fustiga la política tradicional es lo que está en boga en una región donde la política esta puesta en cuestión [...]" Lagos, Martha, "El fin de la tercera ola de democracias", *www.latinobarometro.org/latdocs/Annus_Horribilis.pdf*

bito local, obtuvieron el triunfo en 5 de 32 gubernaturas; y respecto al Poder Legislativo, lograron mayoría absoluta en 13 de 32 Congresos.[5]

III. La elección del 2024

No obstante, el éxito de la Coalición Juntos Haremos Historia en el 2018 y su paulatino crecimiento en las elecciones intermedias en algunas regiones, nadie pudo prevenir el exponencial crecimiento político del que gozaría Morena y sus aliados el 2 de junio del 2024. Del 61% de electores que se presentó a votar,[6] Claudia Sheinbaum Pardo fue electa como presidenta de la República con un 59.75% de la votación, lo que significó 35 millones 923 mil 996 votos a su favor, contra 16 millones 502 mil 444 de la candidata opositora Xóchitl Gálvez, es decir, el 27.45%. En porcentaje y votos, la diferencia fue superior a la que obtuvo el presidente López Obrador en el 2018.

Entre los factores que pueden explicar estos resultados, se encuentran, en primer lugar, la intervención ilegal del presidente de la República en el proceso electoral;[7] y, en segundo lugar, la ventaja que implicó para Morena y sus aliados, que de manera irregular, iniciaran la campaña electoral meses antes de lo establecido en el calendario electoral; sin embargo, estos dos factores resultan insuficientes para explicar el crecimiento político de la alianza oficialista, toda vez que, Morena y los partido aliados del Verde ecologista y del Trabajo, no solo obtuvieron la presidencia de la República, sino, por primera vez en la etapa de las alternancias, una alianza electoral logró obtener la mayoría calificada de legisladores del Congreso de la Unión y la mayoría calificada o

5 Cd. de México, Durango, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala y Veracruz.

6 De un Padrón de 99 millones 255 mil 879 conformado por 48% de Hombres y 51.9% de Mujeres.

7 Núñez Albarrán, Ernesto, "El Tribunal admite que AMLO intervino en elecciones, pero no de manera 'sistemática ni reiterada'", *Animal Político, https://animalpolitico.com/politica/tribunal-electoral-amlo-intervino-elecciones*

absoluta en 27 Congresos locales, lo que le permite reformar la Constitución sin necesidad de construir acuerdos con las fuerzas políticas opositoras. Además, obtuvieron el triunfo en 7 de las 9 gubernaturas que se eligieron, con lo que sumaron 24 Estados gobernados.[8]

Todos estos resultados fueron sorpresivos, porque si bien es cierto la mayoría de las encuestas realizadas durante el proceso electoral, le daban el triunfo a Sheinbaum, ninguna proyectaba un margen de diferencia mayor al que había obtenido su antecesor, el presidente López Obrador en el 2018 ¿Cómo fue posible este crecimiento exponencial? ¿Qué implicaciones tienen para la democracia? ¿Qué implicaciones tiene para el régimen presidencial mexicano?

IV. Los rasgos autoritarios del ejercicio del poder político

Para tratar de dar respuesta a las anteriores preguntas, partamos de los resultados electorales del 2018, porque el triunfo contundente de un candidato con un discurso antisistema no solo evidenció el descontento ciudadano contra los partidos que habían gobernado, sino, un profundo cuestionamiento a la falta de eficacia del sistema democrático que se estuvo construyendo desde las reformas políticas de 1977. En ese contexto, para Dieter Nohlen, los problemas del funcionamiento de la democracia no se derivan del diseño institucional, sino de problemáticas estructurales como la desigualdad social, la extensión de la pobreza y la cultura política del país, "esta situación les permite a líderes y movimientos populistas movilizar, sumar adeptos y ganar elecciones con un discurso anti-institucional y antipartidos".[9] Esta forma de hacerse del Poder político, es calificada por el autor como populismo democrático, es decir aquél gobernante "que

[8] Ciudad de México, Veracruz, Puebla, Morelos, Tabasco, Yucatán y Chiapas.

[9] *Cfr.* Nohlen, Dieter, *La democracia, Instituciones, conceptos y contexto*, serie núm. 591, México, UNAM-Universidad-Inca Garcilaso de la Vega-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 140.

llega al poder por medio de elecciones, pero, lleva en sí, la tendencia de mutación hacia el populismo autoritario y presiona negativamente a la democracia".[10]

Los temores de que México enfrentaría una forma de gobierno populista se vieron confirmadas desde las primeras acciones del presidente electo. Por ejemplo, el 30 de noviembre del 2018, fue publicada la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para crear la figura de Delegados Estatales.[11] Estos representantes que fueron nombrados por el presidente de la República para coordinar la política social (principalmente, entrega de becas a jóvenes y ancianos), invadieron las funciones de los gobiernos estatales electos y se convirtieron en la base corporativa que favoreció los resultados electorales de los procesos intermedios en el sexenio 2018-2024 a favor de Morena y sus aliados. Incluso, en las elecciones del 2021, varios de estos actores encabezaron las candidaturas a los gobiernos estatales.

Pero, eso, solo fue el preámbulo de una forma de hacerse del poder territorial local, porque la estrategia del presidente de la República fue mucho más amplia y se caracterizó por los siguientes rasgos autoritarios: en primer lugar, desde que ganó la presidencia de la República, inauguró una nueva forma de comunicación entre gobernante y gobernados: las conferencias matutinas.[12] No podemos decir que los ciudadanos tuvieron oportunidad de interactuar con el presidente, sino, solo fueron oyentes, pero eso fue suficiente, porque el presidente convirtió esas dos o tres horas diarias, en una poderosa herramienta de comunica-

---

10 *Ibidem,* p.105.

11 Reforma al Artículo 17 TER de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/loapf/LOAPF_ref61_30nov18.pdf*

12 "Las "mañaneras" del presidente Andrés Manuel López Obrador, lejos de representar un ejercicio de transparencia y rendición de cuentas, forman parte de una estrategia de control mediático que tiene por objetivo monopolizar la agenda pública. Como consecuencia de la saturación mediática y la retórica del presidente, se polariza a la sociedad y se rompe el diálogo ciudadano, lo que pone en riesgo a las instituciones que sostienen la democracia en México." "Las "mañaneras" de AMLO y los abusos de la comunicación presidencial" de Kevin Zapata Celestino, *https://ceey.org.mx/las-mananeras-de-amlo-y-los-abusos-de-la-comunicacion-presidencial/*

ción y adoctrinamiento de sus seguidores. Utilizando los recursos públicos y una gran parte de su tiempo, diariamente, el presidente desinformó con otros datos diferentes a los que producían las propias instituciones oficiales (cuando estos no le gustaban), sobre los temas más relevantes de la vida pública nacional, al respecto, el analista Luis Estrada, en su libro titulado "El imperio de los otros datos", señaló que el presidente había hecho cerca de 86 mil 917 declaraciones que "son falsas, engañosas o no se pueden verificar". Esta forma demagógica de comunicar influyó para mantener un alto porcentaje de popularidad (60% al mes de mayo del 2024);[13] además, su narrativa era reforzada mediante la propaganda oficial que también se difundía por medio de publicidad pagada;[14] influencers; redes sociales oficiales; y medios de comunicación colonizados.[15]

En segundo lugar, el presidente de la República, no respetó el principio de división y equilibrio de poder, porque no solo impuso sus decisiones al Congreso de la Unión mediante su mayoría legislativa, sino, él mismo declaró que influyó en las decisiones del Poder Judicial hasta que fue nombrada presidenta de la Su-

[13] "Ahí queda eso": ¿Cuándo ha subido la popularidad de AMLO en 2024 en la Encuesta EF, *https://www.elfinanciero.com.mx/encuestas-ef/2024/05/03/encuesta-ef-cuanto-ha-subido-la-popularidad-de-amlo-en-2024/*

[14] "10 medios reciben casi la mitad de dinero por publicidad en el gobierno de AMLO", *https://politica.expansion.mx/mexico/2022/08/16/10-medios-reciben-casi-la-mitad-de-dinero-por-publicidad-en-el-gobierno-de-amlo*

[15] "El 23 de enero de 2019 el gobierno morenista de la Cuarta Transformación anunció la reestructuración de los medios de comunicación públicos para crear un nuevo orden de comunicación nacional en México. Dicha iniciativa pretende integrar en una sola dirección nacional al Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, Instituto Mexicano de la Radio, Canal 11, Canal 22, Televisión Educativa, Canal 14, Radio Educación, Notimex y la Dirección de Radio Televisión y Cinematografía, en una coordinación estatal para crear una orientación editorial, política de contenidos, producción conjunta con otras entidades, etc. para informar profesionalmente con objetividad, profesionalismo, sinergia, independencia, absoluta autonomía de cada medio, sin que exista injerencia, censura, línea, consigna o control por parte del Estado en lo que se transmita." "Los medios de comunicación públicos en la Cuarta Transformación de México", *http://bibliotecadigitalconeicc.iteso.mx/handle/123456789/5499* [Consultado: 13 de junio del 2024]

prema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la ministra Norma Piña (2 de enero del 2023).[16] A partir de entonces, el Poder Judicial se convirtió en el centro de sus ataques en las conferencias matutinas.[17] Al respecto, mediante descalificaciones y acusaciones infundadas, el presidente López Obrador generó un ambiente social adverso y un juicio sumario en contra del Poder Judicial, que culminó con la presentación y aprobación de una iniciativa de reforma constitucional para cambiar la forma de elegir a los Ministros y Magistrados (mediante el voto popular).[18] Cabe mencionar que esto no se pudo realizar antes de la elección presidencial del 2 de junio, porque el Presidente no tuvo la mayoría calificada en el Congreso de la Unión para que su iniciativa prosperara pero, inmediatamente que se conformó la nueva legislatura del Congreso de la Unión con una mayoría calificada a su favor, la iniciativa fue aprobada a pesar del impacto negativo que tuvo la noticia en el ámbito financiero internacional.[19]

Otro rasgo autoritario del presidente de la República fue su actitud contra los árbitros electorales después de la elección del 2021, cuando Morena sufrió un revés electoral en los resultados de número de curules en la Cámara de Diputados. El presidente intentó someter al Instituto Nacional Electoral (INE) y al Tribunal de Justicia electoral mediante un paquete de reformas legales (no tuvo mayoría calificada para hacer una reforma constitucional) para disminuir su autonomía e independencia, estos intentos fueron frenados jurídicamente por la SCJN,[20] y socialmente

16 "López Obrador: 'Cuando estaba Zaldívar nosotros respetuosamente interveníamos', *https://elpais.com/mexico/2024-02-21/lopez-obrador-reconoce-que-trataba-de-influir-en-las-decisiones-judiciales-cuando-estaba-zaldivar-nosotros-respetuosamente-interveniamos.html*

17 "EU alerta sobre ataques de AMLO contra Norma Piña y falta de independencia judicial", *https://aristeguinoticias.com/2304/mexico/eu-alerta-sobre-ataques-de-amlo-contra-norma-pina-y-falta-de-independencia-judicial/*

18 Javier Cruz Angulo, "Andrés Manuel López Obrador vs. la Suprema Corte de Justicia", *Nexos*, 2023, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/andres-manuel-lopez-obrador-vs-la-suprema-corte-de-justicia/*

19 "Bolsa Mexicana cierra con caída de más de 6%", *https://expansion.mx/mercados/2024/06/03/cae-bolsa-mexicana-de-valores-hoy*

20 "El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de 9 votos, invalidó el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan di-

por los ciudadanos que se movilizaron masivamente para protestar en más de 100 ciudades, y dieron origen al movimiento de la "Marea Rosa".[21] De la misma forma, el presidente trató de someter a los órganos autónomos que le representaron contrapeso, por ejemplo, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI),[22] aun cuando no logró su objetivo totalmente, si afectó el trabajo interno del órgano que operaba con una conformación incompleta de consejeros, porque nunca se cubrieron las vacantes de consejeros que habían concluido su periodo. Otra estrategia consistió en intentar colonizar a las instituciones que le significaron contrapeso, por ejemplo, mediante nombramientos de consejeros electorales o ministros de la SCJN, sin embargo, algunos de estos actores no le respondieron como él quería, y terminaron siendo el centro de sus ataques públicos.[23]

Así, desde que inició su mandato, bajo los rasgos de un ejercicio de poder de un gobernante populista, el presidente López Obrador polarizó el ambiente social y político mediante la descalificación y persecución contra quienes él consideró que eran sus enemigos, ya fueran adversarios políticos, periodistas, intelectuales, sacerdotes, empresarios e instituciones de todo tipo, incluyendo prestigiadas instituciones como la UNAM. Casi al final del periodo presidencial, una de las más emblemáticas persecuciones la realizó contra la presidenta de la Asociación de Mexica-

versas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado el 2 de marzo de 2023", *https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7408*

21 "Explicamos: el impacto del 'Plan B' en las elecciones mexicanas", *https://www.idea.int/blog/explicamos-el-impacto-del-plan-b-en-las-elecciones-mexicanas*

22 "AMLO vs. organismos autónomos; cinco años de amenazas sobre desaparecer al Inai", *https://animalpolitico.com/politica/amlo-organismos-autonomos-desaparecer-inai* [Consultado: 13 de junio del 2024]

23 "Fracasé: AMLO al señalar que dos de los cuatro ministros que propuso a la Corte se fueron con los conservadores", *https://www.eluniversal.com.mx/nacion/fracase-amlo-al-senalar-que-dos-de-los-cuatro-ministros-que-propuso-a-la-corte-se-fueron-con-los-conservadores/*

nos Contra la Corrupción y la Impunidad, Amparo Casar.[24] Pero, también, fueron víctimas de sus ataques, otros personajes que habían sido afines a su proyecto político, pero que se atrevieron a criticar algunas de sus acciones de gobierno. Finalmente, también atacó de manera constante a la Candidata de oposición, Xóchitl Gálvez, quien, después de reiteradas denuncias, logró que el 13 de junio, el Tribunal Electoral reconociera que, en 11 conferencias matutinas, el presidente ejerció violencia política contra ella.[25] A partir de esta estrategia de hostigamiento y persecución contra enemigos reales o ficticios, mediante sus conferencias matutinas, el presidente López Obrador creó una narrativa pública muy efectiva, en donde él representaba lo bueno y sus adversarios lo malo, sin que estos tuvieran derecho de réplica.

V. El impacto de las transferencias directas

Sin lugar a dudas, todos estos rasgos autoritarios incidieron en el ambiente y la voluntad política de los ciudadanos, no solo el 2 de junio, sino en elecciones intermedias durante el sexenio, sin embargo, el factor fundamental que inclinó la balanza a favor del bloque oficialista, fueron las transferencias directas de apoyos económicos que reciben más de 27 millones personas, entre adultos mayores, personas con discapacidad, mujeres, niños y jóvenes. Al respecto, en un comunicado de la Cámara de Diputados de diciembre del 2023, se dio a conocer que el monto total de recursos presupuestados para el ejercicio 2024, "al grupo funcional de Desarrollo Social" ascendió a 4 billones, 384 mil, 582.4 mdp, llegando a una inversión equivalente al 12.8% del PIB. Esto implicó un aumento anual de 7.1% en términos reales, respecto a lo aprobado en 2023.[26]

---

24 "Inicia AMLO persecución judicial contra María Amparo Casar", *https://www.claroscuronoticias.com/articulo/inicia-amlo-persecucion-judicial-contra-maria-amparo-casar—31496*

25 "El Tribunal Electoral determina que López Obrador cometió violencia política de género contra Xóchitl Gálvez", *https://elpais.com/mexico/elecciones-mexicanas/2024-06-13/el-tribunal-electoral-determina-que-lopez-obrador-cometio-violencia-politica-de-genero-contra-xochitl-galvez.html*

26 Juventina Bahena, "Se aprueba presupuesto 2024", *https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/revista/index.php/noticamara/se-aprueba-presupuesto-2024*

Así, el impacto de las transferencias directas, quedó medido una y otra vez con los resultados electorales que fue obteniendo Morena y sus aliados del PVEM y PT, pero, el momento culminante fue el 2 de junio, cuando, 7 de cada 10 ciudadanos que reciben apoyos, manifestó haber votado por Morena.[27] Al respecto, vale la pena preguntarnos ¿Por qué las personas relacionan las transferencias directas con la lealtad a Morena? La pregunta es fácil de responder. Porque fue en este sexenio que los apoyos a los adultos mayores, personas con discapacidad, y becas a niños y jóvenes se convirtieron en mandato Constitucional, con la Reforma al artículo 4° constitucional publicada el 8 de mayo del 2020. De esta forma, millones de personas de todos los niveles económicos, reciben los recursos del erario público, generando dos efectos, por un lado, con base en los datos del INEGI del 2018 al 2022, la pobreza moderada bajó de 43 millones, 194 mil, a 37 millones, 701 mil personas, pero, la pobreza extrema aumentó de 8 millones, 696 mil, a 9 millones, 103 mil personas; esto puede explicarse porque, si bien es cierto, la pobreza disminuyó, la vulnerabilidad por carencias sociales, del 2018 al 2022, se incrementó; por ejemplo, la carencia al acceso a los servicios de salud pasó de 16.2% a 39.1%, lo que significó un crecimiento de 20.1 a 50.4 millones de personas en esta situación.[28] Esto demuestra que, para las personas que enfrentan pobreza extrema no es suficiente el apoyo que reciben para enfrentar las carencias sociales; por otra parte, la falta de inversión en el servicio de salud pública.

Las implicaciones electorales de la política pública de transferencias directas hacia diferentes sectores de todos los niveles, quedaron demostradas cuando se analizaron las características de los votantes a favor de la presidenta electa: homogeneidad en las variables de edad, nivel de estudio, ingreso y condición laboral.[29] Pero, este comportamiento social frente a las transferencias

27 "Respaldo a '4T' y a AMLO apuntala triunfo de Sheinbaum: Encuesta EF", *https://www.elfinanciero.com.mx/encuestas-ef/2024/06/04/respaldo-a-4t-y-a-amlo-apuntala-triunfo-de-sheinbaum/*

28 "El CONEVAL presenta las estimaciones de pobreza multidimensional 2022", 10 de agosto 2023.

29 Montse Hidalgo Pérez, Patricia San Juan Flores y Kiko Llanera, "¿Quién ha votado a Sheinbaum? ¿y Gálvez? Su apoyo por edad, sexo, e ingresos":

directas es plausible que no solo fue en las elecciones presidenciales, sino a lo largo del sexenio, toda vez que, el crecimiento de Morena y sus aliados quedó demostrado en cada una de las elecciones desde el 2018 hasta el 2024, tal y como puede observarse en la siguiente tabla.

Tabla 1

Elección	*Diputados*	*Senadores*	*Gubernaturas*	*Congresos locales*
2018	308	69	6	13
2021	315	74	17	
2022			20	
2022			22	
2023			23	
2024	364	83+3	24	27

Tabla construida a partir de los datos difundidos en páginas electrónicas del INE, la Cámara de Diputados, Cámara de Senadores y Congresos locales.

También en el ámbito municipal el bloque oficialista avanzó de manera consistente, por ejemplo, si comparamos del 2020 al 2022, Morena y sus aliados crecieron de 491 a 793 de los 2 mil 478 municipios.[30]

a nivel de la estructura de edades, el voto que obtiene CSP es muy semejante: Entre 18 y 29 años el 57%; entre 30 y 44 años, el 60%; entre 45 y 59 años, el 58%; de 60 años y más, el 62%. A nivel de los años de estudio: Las personas con estudios de básica, el 66% votó por ella; media superior, el 57%; superior, el 43%. A nivel del ingreso: el de menos de 10 000 pesos al mes, votó el 65%; entre 10 000 y 15 000 el 59%; entre 15 000 a 25 000 el 62%; entre 25 000 a 50 000 el 52%; entre 50 000 y más el 50%. A nivel de la condición laboral: las amas de casa el 64%; los jubilados el 63%; los trabajadores por cuenta propia el 62%; los campesinos y jornaleros el 62%; los profesores y maestros el 61%; los trabajadores del sector privado el 59%; los estudiantes el 57%. Trabajadores del gobierno el 48%; profesionistas independientes el 46%; y los desempleados el 44%, *https://elpais.com/mexico/elecciones-mexicanas/2024-06-03/quien-ha-votado-a-sheinbaum-y-a-galvez-sus-apoyos-por-edad-sexo-e-ingresos.html*

30 INEGI, Censo Nacional de Gobiernos Municipales y Demarcaciones Territoriales de la Ciudad de México 2021 y 2023 *https://www.inegi.org.mx › programas›cngmd ›2021*

VI. Conclusiones

A partir de lo expuesto, podemos realizar algunas conclusiones, en primer lugar, que la forma de ejercer el poder el expresidente López Obrador fue populista e implicó una erosión de la democracia, sin embargo, la consolidación formal de un régimen autoritario no fue posible porque el partido de Morena no tuvo la fuerza suficiente para cambiar la parte orgánica de la Constitución; no obstante, su crecimiento político territorial y los resultados electorales del 2 de junio, proyectan que Morena puede convertirse en un partido hegemónico como lo fue el PRI antes de las reformas políticas de la década de los años 90s, lo que implicaría que se puede convertir en la poderosa herramienta política que puede utilizar la titular del poder ejecutivo para gobernar con poder amplio y sin contrapeso en los próximos años, tal y como sucedió en la etapa del presidencialismo *sui generis*. Por lo tanto, los resultados del 2 de junio del 2024, significan una reconfiguración política que puede ser el preámbulo de la continuidad del retroceso de la democracia y del fortalecimiento de un régimen autoritario, porque con la mayoría calificada en el Congreso de la Unión, Morena y sus aliados, pueden modificar el pacto social que significa la Constitución, sin incluir a las minorías parlamentarias, tal y como ya lo hizo; por su parte, la oposición, no tiene los números de legisladores necesarios para recurrir a la SCJN para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las reformas y leyes que se voten por encima de la Constitución, como si lo hicieron durante el sexenio 2018-2024. Además, al respecto, la configuración del poder judicial será cambiada a partir de la reforma Constitucional que Morena y sus aliados aprobaron en el mes de septiembre, primer mes de sesiones del nuevo congreso de la Unión y último de funciones del presidente de la República. La reforma se aprobó tal y como el expresidente López Obrador presentó la iniciativa en el mes de febrero, por lo tanto, México se convirtió en el segundo país, después de Bolivia, que va a elegir a los miembros del poder judicial mediante voto popular, impactando negativamente en la independencia y autonomía de las decisiones de jueces y magistrados, y en la garantía de que prevalezca el Estado de derecho y el régimen democrático.

Finalmente, aun cuando ya no fue parte de este análisis, cabe mencionar que el impacto negativo al principio de la división de poder y la erosión de la democracia, no se deriva únicamente del sometimiento del Poder Judicial, porque no es la única reforma que aprobó la mayoría de Morena y sus aliados en el primer periodo de sesiones de la sexagésima sexta legislatura del Poder legislativo, que inició el primero de septiembre y concluyó el 15 de diciembre. En total fueron publicados 11 decretos que afectan 60 artículos constitucionales, entre los cuales se encuentran las reformas de inimpugnabilidad de las adiciones o reformas a la Constitución (que impacta la Supremacía constitucional y la función de interpretación de la SCJN), la de simplificación orgánica (que impacta a los órganos autónomos de rendición de cuentas y transparencia); la ampliación del catálogo de delitos para aplicar la prisión preventiva oficiosa; la militarización de la Guardia Nacional, etcétera.

En conclusión, estos cambios, benefician la consolidación de un régimen presidencial autoritario, porque mantendrá una división formal del poder, pero ficticia, sin contrapeso, ni equilibrio, es decir, un régimen de dictadura blanda, porque formalmente se declara democrático, pero, en la práctica, es profundamente autoritario.

Presidencia millenial: vino rancio, odres viejos, vasijas nuevas

***

Millennial presidency: rancid wine, old wineskins, new vessels

Salvador Enrique Anaya

> "Ni tampoco se echa vino nuevo en odres viejos, porque el vino nuevo revienta los odres, y entonces el vino se derrama y los odres se echan a perder. Más bien, el vino nuevo debe echarse en odres nuevos"
>
> (San Marcos 2:22).

Resumen: el artículo reseña y analiza los hechos más relevantes vinculados al anuncio, preparación y ejecución del desmantelamiento de la democracia en El Salvador, lo que por ahora se ha materializado en la inconstitucional reelección de Nayib Bukele, el "presidente milenial" de El Salvador: según el autor, tal situación no es más que vino rancio, en odres viejos, servido en vasijas nuevas.

Abstract: the article reviews and analyzes the most relevant facts that are linked to the announcement, preparation, execution and dismantlement of El Salvador's democracy, which at the moment has been realized in the unconstitutional re—election of Nayib Bukele the "millennial president" of El Salvador. According to the author, this situation is only stale wine in old wineskins served in new vessels.

Palabras clave: democracia, reelección, El Salvador.

Keywords: democracy, reelection, El Salvador.

Sumario: I. Introducción. II. Anuncio: invasión militar de la Asamblea Legislativa. III. Preparación: pandemia y suspensión de facto de derechos constitucionales. IV. Ejecución: golpe de Estado contra la justicia. V. Materialización: reelección presidencial. VI. Conclusiones: vino rancio, odres viejos, vasijas nuevas.

I. Introducción

La referencia a la famosa parábola del vino y los odres no es indicativa de que propondremos en este espacio una labor de hermenéutica jurídica de aquélla, sobre la que ya existen múltiples interpretaciones, sino que simple y sencillamente, la narración nos sirve para analizar un fenómeno político de esta época.

Ahora bien, con relación a la citada parábola, basta recordar que el vino nuevo no podía echarse en odres viejos —hechos de cuero—, porque estos no podían estirarse y, por tanto, a causa de la fermentación del vino se rompían y se derramaba el vino: pues retomemos la metáfora relatada en el evangelio según San Marcos y cambiemos vino por ideas autoritarias; odres por prácticas ilegales; y vasijas por propaganda.

Así, hoy día, el *desmantelamiento de una democracia* funciona más bien como el proceso de guardar vino rancio en odres viejos y servirlo en vasijas nuevas.

Al respecto, no olvidemos que "[...] existe otra manera de hacer quebrar una democracia, un modo menos dramático pero igual de destructivo. Las democracias pueden fracasar a manos no ya de generales, sino de líderes electos, de presidentes o de primeros ministros que subvierten el proceso mismo que los condujo al poder".[1]

[1] Steven Levistsky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*, Ariel, México, 2018, p. 11.

En El Salvador, la legítimamente electa administración presidencial de Nayib Bukele (1 de junio de 2019-1 de junio de 2024) consistió, desde una perspectiva constitucional, en un constante goteo de acciones y actos tendentes al desmantelamiento —o, más bien, destrucción— de la democracia salvadoreña, lo que ha acontecido a un paso acelerado.

Así, en esta ocasión revisaremos el proceso de desmantelamiento de la democracia salvadoreña, en lo que no parece una medida ocasional y coyuntural, sino todo un plan estratégico (más bien, una conspiración desarrollada según los hechos imprevistos) para la concentración y perpetuación de un grupo —representado por una persona— en el poder estatal: analizaremos, en breve epítome, *las acciones y actos inconstitucionales* que han posibilitado que desaparezca, por hoy, lo que era la frágil democracia salvadoreña.

II. Anuncio: invasión militar de la asamblea legislativa

Antes de ocupar la presidencia de la República de El Salvador desde 1 de junio de 2019, Bukele ejerció como alcalde de dos municipios: primero, Nuevo Cuscatlán (desde 1 de mayo de 2012 al 1 de mayo de 2015), prácticamente una zona rural con un pequeño poblado, pero que por cercanía con áreas urbanas, ha estado en un rápido proceso de urbanización; y, segundo, de San Salvador (1 de mayo de 2015 al 1 de mayo de 2018), la capital salvadoreña.

Durante el ejercicio de funciones municipales, Bukele y su grupo ya utilizaban lenguaje de tono fascista, así como ejecutaban acciones de naturaleza autoritaria y, sobre todo, cuestionaban el papel y la importancia de la Constitución para el proceder político. A tal discurso y accionar le denominamos *a—constitucionalismo*.

Y es que, en lo que arbitrariamente denominamos mundo occidental, en los últimos casi 300 años, la ideología política, social y jurídica dominante ha sido el *constitucionalismo*, ese movimiento que, en esencia, basado en la premisa de la dignidad humana —expresada en la libertad y en igualdad de las perso-

nas—, es indicativa de la noción de limitación del poder mediante normas jurídicas. Es el constitucionalismo, pues, un conjunto de experiencias e ideas que, materializadas de distinta forma y alcance según tiempo y lugar, se identifica de modo esencial con las exigencias de justificación racional y de formación, limitación y control del poder: por ello, el constitucionalismo es la ideología política, social y jurídica a partir de la cual se han construido las democracias modernas y, con éxitos y fracasos, es una idea que ha estado presente en toda la historia salvadoreña.

Incluso antes del anuncio de la candidatura presidencial de Bukele en 2018, su discurso y accionar mostraban que el grupo que representa aquel negaba la premisa, los principios y los valores del constitucionalismo, renegaba de la Constitución: por ello le denominamos *a—constitucionalismo*, en el sentido de privación o negación del constitucionalismo.

Ahora bien, una vez inicia el período presidencial 2019-2024, el carácter autoritario del grupo dirigido por Bukele se presenta ya, recurriendo a la conocida frase de John Kennedy Toole en "La conjura de los necios", con una "asombrosa falta de buen gusto y de decencia".

Inicialmente mediante la divulgación de "órdenes" presidenciales a través de tuits —ahora post—, al extremo que asesores jurídicos de la presidencia de la República llegaron a afirmar que la divulgación de tuits "presidenciales" eran un medio válido para la existencia y vigencia de una norma jurídica, como si de ucases —decretos del zar— se trataran.

Luego, en un ambiente polarizado por la propaganda oficial de mensajes de odio y el ataque a los diputados de la Asamblea Legislativa (XIII legislatura, de 1 de mayo de 2018 a 1 de mayo de 2021, que Bukele no controlaba), la presidencia reclamó con urgencia la aprobación de un préstamo internacional de $109 millones de dólares, supuestamente para financiar una de las etapas de un supuesto plan de seguridad denominado "Plan de control territorial", cuyo contenido nunca se ha conocido.

Ante la negativa de la Asamblea Legislativa (en adelante, AL) a aprobar nuevos préstamos sin antes conocer los objetivos y el plan de inversión, desde la presidencia se llamó a una "insurrec-

ción" contra el órgano legislativo, pero que se materializó jurídicamente en una convocatoria del Consejo de Ministros —parte del órgano ejecutivo— a una sesión extraordinaria de la AL para que aprobara el préstamo reclamado.

En resumen, los hechos acontecieron así:

a. El 6 de febrero de 2020, el Consejo de Ministros, sobre la base del artículo 167, ordinal 7º, de la Constitución (en adelante, Cn.),[2] resuelve convocar a sesión extraordinaria de la AL para el 9 de febrero de 2020.
b. A partir del 6 de febrero de 2020 se realizó campaña propagandística en redes sociales, de que el presidente de la República exigía que la AL debía reunirse y aprobar el préstamo, alegando que, de no hacerlo, el pueblo debía ejercer el derecho a la insurrección contra la AL.[3]
c. El 7 de febrero de 2020, la Asamblea declaró improcedente la convocatoria hecha por el Consejo de Ministros.
d. El 8 de febrero de 2020 se presentaron, ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, SCn de CSJ), demandas de inconstitucionalidad contra el acuerdo del Consejo de Ministros.
e. El 9 de febrero de 2020, militares y policías de una unidad de élite, uniformados y equipados con armas de alto calibre, invadieron el salón de plenos de la AL —conocido como "Salón Azul"—, con presencia de pocos diputados.

---

2 Ordinal 7º del artículo 167 de la Constitución (Cn.): "Corresponde al Consejo de Ministros: 7º.- Convocar extraordinariamente a la Asamblea Legislativa, cuando los intereses de la República lo demanden".

3 Incluso, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ), en la sentencia de las 12 horas y 40 minutos del 23 de octubre de 2020, en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad Nos. 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020, se refirió al ambiente provocado por la propaganda oficialista: "La evidencia empírica a la que se ha hecho referencia en el párrafo precedente se trata de declaraciones realizadas por el Presidente de la República en las que, básicamente, denota una actitud de conflicto permanente hacia ciertos órganos establecidos en la Constitución (por ejemplo, la Asamblea Legislativa y esta sala) o aquellos sectores ciudadanos que, en ejercicio de su libertad de expresión, prensa o información, realizan manifestaciones que de alguna manera son percibidas como contrarias o críticas por parte de él".

f. En la tarde del 9 de febrero de 2020, Bukele ingresó al Salón Azul, se sentó en el sillón del presidente de la AL, supuestamente oró y se retiró.
g. El 10 de febrero de 2020, la SCn de CSJ admitió demanda de inconstitucionalidad y decretó medida cautelar en el sentido que cesaban los efectos de la convocatoria hecha por el Consejo de Ministros, dado el eventual carácter continuado del acto impugnado.
h. Aunque la llegada de la pandemia por Covid-19 impidió que la presidencia insistiera en la sesión extraordinaria de la AL, los procesos de inconstitucionalidad sí se desarrollaron con relativa normalidad.
i. La SCn de CSJ emitió sentencia hasta el 23 de octubre de 2020, declarando la inconstitucionalidad del acuerdo del Consejo de Ministros en que convocaba a la AL.[4]

[4] Sentencia de la SCn/CSJ, de las 12 horas y 40 minutos del 23 de octubre de 2020, en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad Nos. 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020: "Declárase inconstitucional por vicios de contenido, de un modo general y obligatorio, el punto cuatro del acuerdo emitido por el Consejo de Ministros en la sesión número 2 de 6 de febrero de 2020, mediante el cual se acordó por unanimidad convocar a la Asamblea Legislativa para que llevara a cabo una sesión extraordinaria a las 15 horas del 9 de febrero de 2020, con el objeto de obtener la autorización para suscribir el préstamo para financiar la fase III del Plan Control Territorial, porque ese acuerdo viola los artículos 167 ordinal 7°; 86 en relación con el artículo 167 ordinal 7°; y 86 inciso 1°, 131 ordinal 5° y 148; todos de la Constitución. Las razones son, por su orden, que: (i) el acuerdo de convocatoria no encaja dentro del supuesto previsto en el artículo 167 ordinal 7° Cn., porque aunque la seguridad y la lucha contra el crimen son de gran importancia, el tema del préstamo ya estaba dentro de la agenda de análisis de la Asamblea Legislativa y ya se había iniciado su discusión, lo cual se encuentra dentro del marco de debate y complejidad propio de un órgano deliberativo, y se agendaría en una próxima plenaria convocada ordinariamente (lunes 10 de febrero de 2020); (ii) no se justificó la urgencia de la aprobación del préstamo y la relación existente entre su aprobación y la disminución inmediata de la delincuencia organizada, es decir, por qué habría sido necesario aprobarlo antes de la fecha de la convocatoria extraordinaria y de qué manera su aprobación habría llevado, por sí misma y al instante, a la reducción de dicha delincuencia; y (iii) el acuerdo de convocatoria incide en las competencias de la Asamblea Legislativa, ya que la única obligación que tiene dicho órgano fundamental frente a una convocatoria extraordinaria, cuando legítimamente proceda, es la de atenderla

La toma militar del Salón Azul de la AL fue el acto que evidenció, ya sin ambages, el perfil autocrático del proyecto político de Bukele, que si bien no se concretó en la destitución de los diputados, sí mostró el uso de la fuerza para amenazar y amedrentar a opositores y críticos: en puridad, según investigaciones periodísticas, la toma de la AL fue más bien un acto de marketing político, que resultó excesivo y fue detenido por el cuerpo diplomático acreditado en El Salvador.[5]

III. Preparación: pandemia y suspensión de facto de derechos constitucionales

La situación de una inesperada grave crisis sanitaria puede provocar, como sucedió en El Salvador y en otros países, un ambiente propicio para la arbitrariedad y el autoritarismo, motivando incluso groseras violaciones a la libertad personal, llegando al extremo que es el propio Estado quien pueda eventualmente colocar en riesgos a los ciudadanos.

Así aconteció en El Salvador, cuando el sábado 21 de marzo de 2020, en cadena nacional de radio y televisión, el presidente de la República ordenó, sin ninguna base legal, que las personas que circularan en la calle sin justificación, serían detenidas y llevadas a un centro de contención por 30 días: semejante orden, carente de cualquier sustento racional o de soporte jurídico, se ejecutó a partir de la noche del mismo 21 de marzo de 2020, provocando en pocos días, cientos de detenciones ilegales.

Relativamente pocos días después del inicio de las detenciones ilegales (6 días, que es una eternidad en supuestos de restricciones ilegales de la libertad), la SCn de CSJ comenzó a emitir resoluciones cautelares en procesos de exhibición personal o hábeas corpus, en afán de detener esas detenciones.

---

y sesionar, no la de adoptar una decisión en uno u otro sentido. En este caso, no podía imponérsele o requerírsele a la Asamblea Legislativa que aprobara el préstamo para financiar la fase III del Plan de Control Territorial —mucho menos mediante coacción—, sino solo solicitar su discusión".

[5] Resulta muy interesante la investigación y reseña periodística publicada en *El Faro*, *https://elfaro.net/es/202003/el_salvador/24110/la-historia-detras-del-dia-en-que-bukele-se-tomo-la-asamblea-legislativa*

Sin embargo, la presidencia de la República obvió todas las órdenes judiciales y, al contrario, intentó por varias veces —mediante iniciativas de ley, mediante acuerdo ejecutivos— conservar de facto un régimen de suspensión de derechos constitucionales.

Dado que en este espacio es imposible se pueda reseñar la ingente producción normativa durante la pandemia y, de modo específico, en el transcurso de la cuarentena, solo cabe señalar que el 8 de junio de 2020, la SCn de CSJ decretó, en una sola sentencia, la inconstitucionalidad de 2 decretos legislativos[6] (en adelante, DL), así como 12 normativas emitidas directamente por el Órgano Ejecutivo (lo que comprende decretos presidenciales, decretos ministeriales y una resolución ministerial),[7] si bien —en

[6] En la sentencia de la SCn/CSJ, de las 18 horas y 55 minutos del 8 de junio de 2020, en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad No. 21-2020, se dispuso: "2. Declárase inconstitucional por vicios de forma, de un modo general y obligatorio, la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia Covid-19, contenida en el Decreto Legislativo número 611, por la violación del artículo 131 ordinal 27º de la Constitución. La razón es porque no se documentó ni acreditó suficientemente las razones que justificaban la suspensión de los derechos constitucionales concernidos en esos cuerpos normativos como la medida idónea para garantizar el derecho a la salud de la población salvadoreña en el contexto de pandemia por la COVID-19, pues para esa fecha no existían datos oficiales que reportaran casos de contagio en el país". Y en la misma sentencia se añadió: "3. Declárase inconstitucional por conexión, de un modo general y obligatorio, el Decreto Legislativo número 639, que contiene la Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19, por violación del artículo 131 ordinal 27º de la Constitución, debido a que no se documentó ni acreditó las razones en las que se justificaba el régimen de excepción contemplado en dicho cuerpo normativo".

[7] En la citada sentencia de la SCn/CSJ, de las 18 horas y 55 minutos del 8 de junio de 2020, en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad No. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, se falló: "4. Decláranse inconstitucionales por conexión, de un modo general y obligatorio, los Decretos Ejecutivos nº 5, 12, 18, 22, 24 y 25 (normas de desarrollo de los decretos legislativos emitidos en el contexto de la pandemia por COVID-19 con efectos de cuarentena domiciliar obligatoria en todo el país) y los Decretos Ejecutivos nº 14, 19, 21 y 26 y la Resolución Ministerial nº 101 (normas autónomas que producen efectos de cuarentena domiciliar obligatoria en todo el país), por violación al artículo 131 ordinal 27º de la Constitución. La razón es

lo que asemeja un acto de consideración estrictamente política— difirió los efectos de la sentencia por un plazo de 4 días hábiles, en la espera que los responsables políticos emitieran una normativa ajustada a la Constitución.[8]

Eso significa que 14 –sí, catorce— textos normativos emitidos en un lapso menor a un trimestre, en los que la presidencia intervino en todos, ya sea porque presentó iniciativa de ley, ya sea porque fueron emitidos por autoridades administrativas (Presidencia de la República y el Ministerio de Salud), producidos entre el 14 de marzo de 2020 y el 4 de junio de 2020, fueron declarados inconstitucionales, amén que la SCn de CSJ estableció, en la sentencia del 8 de junio de 2020, criterio jurisprudencial que imponía –obligadamente— la declaratoria de inconstitucionalidad de al menos 2 decretos ejecutivos más: así que, muy fácilmente, en números gruesos, en 80 días, la presidencia de la República se "lució" con la emisión de aproximadamente 15 textos normativos que violaban la Constitución. ¡A texto inconstitucional cada 5 días!

Pero amén del cúmulo de producción normativa inconstitucional, lo más grave –si cabe— es que las infracciones constitucionales que promovió, dictó y ejecutó la administración presidencial se referían a elementos esenciales del sistema democrático y

que solo mediante un régimen de excepción adoptado mediante los cauces constitucionalmente previstos es posible suspender uno o más de los derechos fundamentales en todo o en parte del territorio nacional".

8 En efecto, en la parte resolutiva de la sentencia de la SCn/CSJ, de las 18 horas y 55 minutos del 8 de junio de 2020, en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad No. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, se dispuso: "7. Difiérense los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 29 por el plazo de 4 días, contados a partir del siguiente al de la notificación. Esto se debe a que esta sala es consciente de que existe una pandemia en el país, que debe ser afrontada responsablemente, pero en el marco del respeto a la Constitución, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional. Durante dicho plazo la Asamblea y el Órgano Ejecutivo podrán emitir la normativa que estimen oportuna para controlar, eliminar y/o erradicar la pandemia de COVID-19 y sus riesgos para la comunidad, siempre que sea de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional –en especial esta sentencia".

republicano, pilares del sistema político y jurídico salvadoreño: por un lado, el establecimiento de regímenes de suspensión de derechos constitucionales sin el debido soporte fáctico o evidencia, es decir, emitidos por meros "decires" o mensajes de miedo, amenaza y zozobra; y, por otra parte, la invasión de funciones legislativas por parte del órgano ejecutivo, lo que constituyó una alteración a la noción básica de distribución y control del poder.

IV. Ejecución: golpe de estado contra la justicia

El 28 de febrero de 2021 se llevaron a cabo elecciones legislativas en El Salvador, con el resultado que el partido de Bukele, Nuevas Ideas (NI) obtuvo 56 de 84 escaños de la AL: ello supuso, entonces, que NI logró obtener el número de diputados necesarios para una mayoría simple (43 diputados) e, incluso, para una mayoría calificada de dos tercios (56 diputados).

La nueva legislatura (la 14ª desde la vigencia de la Constitución de 1983) se instaló el 1 de mayo de 2021 y, la primera decisión que adoptó[9] fue el cese inmediato y sin procedimiento de los cinco magistrados propietarios y cuatro suplentes de la SCn de CSJ:[10] el presidente Bukele reconoció implícitamente, en una reunión privada con el cuerpo diplomático acreditado en el país que luego se divulgó en cadena nacional de radio y televisión, que el cese de los magistrados fue por orden presidencial.

---

9 Decreto Legislativo No. 2, del 1 de mayo de 2021, publicado en el Diario Oficial No. 81. Tomo 431, del 1 de mayo de 2021.

10 Inciso 2º del art. 174 Cn.: "La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su presidente será elegido por la misma en cada ocasión en que le corresponda elegir magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial". Para un panorama sobre el régimen normativo aplicable a la SCn/CSJ, *vid*., S. Enrique Anaya, "Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia El Salvador)", *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*; Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación-IIJ-UNAM, 2014, t. II, pp. 1151-1153; y, a mayor detalle, S. Enrique Anaya, "Estatuto constitucional y legal de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador", *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2008, t. II.

El cese de los magistrados fue claramente contrario a la Constitución, a tratados internacionales de derechos humanos, a leyes locales y a la jurisprudencia nacional e internacional. En efecto:

a. El inciso 2º del artículo 186 Cn.[11] sí establece que la AL es el ente competente para decidir sobre la destitución de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ), lo que incluye a los magistrados de la Sala de lo Constitucional, ya que esta se haya integrada en la CSJ.[12]
b. Sin embargo, el cese o destitución de magistrados únicamente puede disponerse previo procedimiento para la privación de un derecho,[13] posibilitando el ejercicio del derecho de defensa,[14] y única y exclusivamente por "causas específicas previamente establecidas en la ley", con relación a lo cual no existe en El Salvador ley que establezca las causas para cese o destitución de magistrados de la CSJ.
c. En todo caso, ya que el cese de magistrados de la SCn de CSJ se efectuó con dispensa de trámite, sin procedimiento previo, sin posibilitar la defensa de los afectados y por motivos no previstos en ley previa, tal destitución también supuso la vulneración del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa y de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura; en lo que supuso, en definitiva, violación de

[11] Constitución, art. 186, inciso 2º: "Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un periodo de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarán por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos".

[12] Ibidem, art. 174, inciso 1º: "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolverlas demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a. del Art. 182 de esta Constitución".

[13] *Ibidem*, art. 11.

[14] *Ibidem*, art. 11 y 12.

los principios de separación de poderes[15] y de independencia judicial.[16]

d. Todavía más, de acuerdo a consolidada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),[17] el cese o separación de magistrados o jueces, sobre todo de altas cortes, debe efectuarse únicamente por causales previstas en ley, mediante un proceso —justo, objetivo e imparcial— que cumpla con garantías judiciales y exclusivamente por faltas de disciplina graves o incompetencia.[18]
e. Incluso, la Corte IDH ha indicado que el cese o separación de jueces no debe efectuarse en razón de las opiniones rendidas en las sentencias,[19] pero en el caso del

15 *Ibidem*, art. 86.

16 *Ibidem*, art. 172.

17 Al respecto, ver sentencias *inter alia*, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009; *Caso Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015; *Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2023.

18 Entre muchas, *cfr.,* Corte IDH. *Caso Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2023; párr. 105.

19 *Vid., ibidem,* párr. 107: "Asimismo, la Corte ha señalado que las opiniones rendidas en las sentencias de las autoridades judiciales no pueden ser motivo para la remoción del juzgador por parte del Poder Legislativo. El juicio político o la eventual destitución de quienes ejercen la judicatura no debe fundamentarse en el contenido de las decisiones que hayan dictado, en el entendido que la protección de la independencia judicial impide deducir responsabilidad por los votos y opiniones que se emitan en el ejercicio de la función jurisdiccional, con la excepción de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia".

> cese de los magistrados de la SCn de CSJ, ello se dispuso aduciendo como excusa que con las decisiones judiciales se habían violado derechos constitucionales.[20]

Luego del cese de los magistrados de la SCn de CSJ, inmediatamente la AL acordó,[21] sin seguir el procedimiento previsto en la Constitución y las leyes, el nombramiento de cinco "nuevos" magistrados de la SCn de CSJ, la que pasó a estar usurpada por cinco personas afines y dóciles a la presidencia de la República.

La extensión y profundización de la captura del poder judicial se efectuó a través de una purga de jueces, cuando en medio de una campaña propagandística montada desde la presidencia de la República, acusando de corruptos a todos los jueces, la AL dispuso una serie de reformas a la Ley de la Carrera Judicial:[22] por una parte, ordenando el cese inmediato de todos los jueces mayores de 60 años de edad o 30 años de servicio y, por otra parte, obviando el papel del Consejo Nacional de la Judicatura (en adelante, CNJ), autorizó que la CSJ pueda disponer libremente sobre el nombramiento y traslados de los jueces y magistrados, con lo que a efectos jurídicos y prácticos, ello ha producido la extinción de la carrera judicial establecida constitucionalmente.[23]

V. Materialización: reelección presidencial

En el constitucionalismo salvadoreño ha sido una constante el *principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República*, en el sentido que, como derivación de los principios republicano y de legalidad, está prohibida la reelección presidencial

---

20 En efecto, en el decreto legislativo de cese de los magistrados de la SCn/CSJ se alegó como excusa, [...] por haber violentado con sus actuaciones al momento del juzgamiento de distintas causas constitucionales, diferentes categorías de derechos contenidas en la Constitución, con lo cual quedó demostrado que no son las personas idóneas para ejercer dicho cargo".

21 Decreto Legislativo No. 3, del 1 de mayo de 2021, publicado en el Diario Oficial No. 81. Tomo 431, del 1 de mayo de 2021.

22 Decreto Legislativo No. 144, del 31 de agosto de 2021, publicado en el Diario Oficial No. 175, tomo 432, del 14 de septiembre de 2021.

23 Constitución, art. 186, inciso 1: "Se establece la carrera judicial".

inmediata: así, la vigente Constitución de 1983 dispone en forma explícita, en al menos 6 disposiciones, que no está autorizada la reelección presidencial inmediata o continua.

La previsión de la prohibición de la reelección presidencial inmediata se advierte en el siguiente conjunto normativo:

a. La Constitución[24] dispone que el sistema político y jurídico de El Salvador corresponde a una *República*.
b. Como parte del republicanismo, una de las reglas esenciales que desde la antigüedad caracteriza a la república es lo que se conoce como *principio de temporalidad de los cargos electivos*, que en los sistemas presidencialistas significa, al menos, la *limitación temporal en el cargo por parte del presidente de la República*.
c. En El Salvador, la decisión del constituyente fue establecer[25] —según el art. 88 Cn.— el *principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República*, incluso calificándola como regla indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político.
d. Dado que la presidencia de la República es un cargo personal, la alternabilidad o alternancia en el ejercicio de la presidencia que fija la Constitución impone *el relevo personal*, el cambio de la persona que ocupa dicho cargo, ya que, de continuar la misma persona en la presidencia por cualquier motivo, así sea por votación popular, la regla de alternancia se está violentado.
e. Para la limitación temporal del presidente en el cargo y así garantizar la alternancia en el ejercicio de la presidencia, se ha fijado un período presidencial de cinco años.[26]
f. Incluso, para garantizar el principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República, se ha dis-

[24] *Ibidem,* art. 85.

[25] *Ibidem,* art. 88: "La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos. La violación de esta norma obliga a la insurrección".

[26] *Ibidem,* art. 154: "El período presidencial será de cinco años y comenzará y terminará el día primero de junio, sin que la persona que haya ejercido la Presidencia pueda continuar en sus funciones ni un día más".

puesto que aquel no puede reformarse, constituyendo, entonces, una *cláusula pétrea* o *intangible*, que configura un elemento distintivo del sistema jurídico y político salvadoreño.

g. Todavía más, para reforzar la regla de alternancia en el ejercicio de la presidencia, la Constitución dispone como *causal de pérdida de los derechos políticos, cuando en deslealtad constitucional*, existan ciudadanos que promuevan o apoyen la reelección o continuación del presidente.[27]
h. Incluso se prevé que la AL tiene la obligación de desconocer al presidente que, terminado su período, continúe en el cargo.[28]
i. Además, *ninguna disposición constitucional autoriza la reelección presidencial inmediata*, como sí lo indica explícitamente, *inter alia*, sobre diputados,[29] magistrados de la CSJ[30] y concejales.[31]
j. Y, para cerrar tal conjunto normativo, se establece que no puede ser candidato a presidente quien haya desempeñado la presidencia por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior.[32]

La vigencia del principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República fue confirmada en sentencia de la SCn de CSJ,[33] consignando:

---

27 *Ibidem,* art. 75, ordinal 4º: "Pierden los derechos de ciudadano: Los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin".

28 *Ibidem,* art. 131, ordinal 16º.

29 *Ibidem,* art. 124.

30 *Ibidem,* art. 186.

31 *Ibidem,* art. 202.

32 *Ibidem,* art. 152, ordinal 1º: "No podrán ser candidatos a Presidente de la República: 1º. El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial".

33 Sentencia de la SCn/CSJ, de las 13 horas y 50 minutos del 25 de junio de 2014, en el proceso de inconstitucionalidad No. 163-2013.

a. Que en la Constitución existe un "conjunto de preceptos encaminados a garantizar el principio de alternancia o alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia".
b. Que todas "esas disposiciones indican que la Constitución prohíbe la reelección presidencial inmediata, sucesiva o continua y la permanencia en el cargo de quien lo haya ejercido por otro título [...]".
c. Que los "fines del principio de alternancia se relacionan en forma directa con las características fundamentales de la forma de gobierno".
d. Que debe potenciarse "el derecho de todos a participar e intervenir en la gestión de la vida colectiva, mediante la renovación periódica de la legitimidad democrática de los funcionarios de elección popular".
e. Que "la necesidad de cambio o rotación periódica en el ejercicio de la Presidencia de la República beneficia al principio democrático, ya que posibilita una mayor libertad en el sufragio activo del conjunto de la ciudadanía [...]".

A pesar de la contundencia de la normativa constitucional sobre la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República, quienes usurpan funciones en la SCn de CSJ dispusieron, apenas cuatro meses después de su inconstitucional designación, en una enrevesada resolución de sobreseimiento[34] dictada en un proceso de pérdida de derechos de ciudadanía, que la reelección presidencial inmediata o continúa sí está permitida por la Constitución.[35]

[34] Resolución de la SCn/CSJ, de las 12 horas y 37 minutos del 3 de septiembre de 2021, en el proceso de pérdida de ciudadanía No. 1-2021. Para comentarios sobre dicha resolución, *vid.*, Carlos Ayala Corao, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos (La internacionalización de las constituciones y la constitucionalización de los tratados)*, Tirant Lo Blanch, México, 2024, pp. 538 y ss., quien califica tal resolución como "una mutación inconstitucional para habilitar una sola reelección presidencial inmediata, por ahora".

[35] Organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos se pronunciaron contra la decisión de la SCn/CSJ impuesta y ocupada por usurpadores, como WOLA, *https://www.wola.org/es/2021/09/el-salvador-presidente-reeleccion-judicial/*; CRISTOSAL, *ww.cristosal.org/ES/*

Ello posibilitó que Bukele anunciara, el 15 de septiembre de 2022, que se presentaría como candidato a las elecciones presidenciales de 2024, lo cual efectivamente sucedió.

Así, entre octubre y noviembre de 2023, una vez iniciado el proceso de inscripción de candidaturas presidenciales, aunque se presentaron múltiples impugnaciones a la candidatura de Bukele, el Tribunal Supremo Electoral autorizó su inscripción.

Ello condujo a que el 3 de febrero de 2024 se llevará a cabo la elección presidencial para el período 2024-2029, en la que, entre denuncias de irregularidades,[36] Bukele fue declarado ganador y, así, el 1 de junio de 2024 se llevó a cabo la toma de posesión, siendo la primera en la que, desde 1935, un presidente en ejercicio asume el cargo para un período inmediato subsiguiente.

VI. Conclusiones: vino rancio, odres viejos, vasijas nuevas

Acostumbrada la prensa —de toda clase— al uso de expresiones llamativas en los títulos de sus reportajes o artículos, se generalizó la calificación de Bukele, por edad y por utilización de redes sociales, como "presidente millenial", como si la juventud y la presencia en internet fuere un fenómeno social y políticamente provechoso *per se*.

La realidad ha demostrado que más allá de la juventud y la popularidad en redes sociales, existen liderazgos políticos cuyo comportamiento no se diferencia, en el fondo, de los clásicos demagogos, hoy día, más generalizada la expresión populista y, cuyo proyecto político se reduce, en esencia, a un *vino rancio* —concentración y perpetuación en el poder—, guardado en *odres viejos* – desmantelamiento de la institucionalidad, desinformación, represión —servido en *vasijas nuevas*— presencia masiva en redes sociales, como X, TikTok, Instagram, etcétera.

wp-content/uploads/2024/02/Analisis-juridico-ejercicio-de-la-presidencia_.pdfw

[36] Al respecto, *vid*., tanto el primero como el segundo informe preliminar de la Misión de Observación Electoral de la OEA en El Salvador, *www.oas.org*

En efecto, como parte de la —ocupando una conocida frase— *civilización del espectáculo*, los "nuevos" demagogos se diferencian de los antiguos únicamente en la forma de impulso y consolidación de su imagen y de su proyecto, pero en el fondo son plenamente iguales a quienes en la historia humana procuraron y de o alcanzaron el poder con la finalidad de perpetuarse en el mismo para beneficio personal: el objetivo es el mismo;[37] la estrategia es esencialmente la misma;[38] las herramientas son las únicas diferentes.

Y es que, hoy día, a través de una aceitada maquinaria de propaganda en internet y redes sociales —incluyendo pago de *influencers*, *youtubers*, creadores de contenido, granjas de *trolls*, etc.—, así como en medios de comunicación tradicionales —radio, televisión, periódicos escritos—, se logra convertir en un fenómeno mediático, incluso a nivel regional, la imagen de un gobernante mesiánico y, todavía peor, la construcción de una realidad alternativa a la verdad fáctica, sustituyendo la realidad por la ficción,[39] reemplazando la razón por la emoción: en resumen, lo que se ha englobado bajo la expresión *trastornos de la información*.[40]

---

37 Al respecto, Moisés Naím, *La revancha de los poderosos*, México, Debate, 2022, p. 16, señala: "Los nuevos autócratas han sido los primeros en utilizar técnicas innovadoras para hacerse con un poder ilimitado y conservarlo el mayor tiempo posible. Su principal objetivo, no siempre alcanzable, pero por el que luchan con ahínco, es el poder para toda la vida".

38 Levistsky y Ziblatt, *op. cit.*; pp. 67 y ss., señalan 4 indicadores claves de un comportamiento autoritario: rechazo de las reglas democráticas, negación de la legitimidad de los adversarios políticos, tolerancia o fomento de la violencia, predisposición a la restricción de las libertades civiles. Naím, *op. cit.*, p. 17 y ss., identifica como componentes de la fórmula de los autócratas, lo que denomina 3P: "populismo, polarización y posverdad".

39 Aunque la mentira ha sido prácticamente consustancial a la política, la noción de *posverdad* supera a aquélla, pues plantea una realidad alternativa, promoviendo una disonancia cognitiva colectiva. Sobre la noción de posverdad, entre inabarcable literatura, *cfr.*, Máriam Martínez-Bascuñán, *Una aproximación a la posverdad desde el pensamiento de Hannah Arendt: tribalismo, ajuste entre realidad y mentira y ruptura del mundo común*; en *Revista de Estudios Políticos* Madrid, CEPC, núm. 203, 2024, pp. 63 y ss.

40 Sobre esta expresión, Rafa Rubio Núñez, "Los efectos de la posverdad en la democracia", *Revista de Derecho Político*, núm. 103, Madrid, UNED, 2018,

Así, que definitivamente, los "nuevos" autócratas no son sino simple continuación y remedo de los "viejos" autócratas, por lo que la resistencia y la lucha contra los despotismos requerirá de la misma antigua fórmula —democracia y ciencia, tanto social como exacta— pero presentada a través de nuevas herramientas: en ello, el *constitucionalismo*, como herramienta filosófica, política y jurídica, será ineludible e indispensable.

p. 198: "[...] describiría de una forma más amplia un fenómeno complejo que, además de bulos, incluye la descontextualización espacial o temporal de noticias, el uso del humor, con lo famosos memes, para transmitir estereotipos que no se corresponden con la verdad, los errores informativos, la manipulación política y la alarma social".

El régimen francés de historicidad a través del prisma del derecho, el Estado y Vichy

***

Regime of historicity and democracy. The case of the Vichy regime in France

Emmanuel Cartier

Resumen: A través de su uso y del tiempo, el Derecho transmite sus propias temporalidades de naturaleza jurídica, que pueden desglosarse en función del objetivo que le asigna la norma jurídica. Lo mismo ocurre con el Derecho constitucional, pues nuestras constituciones incorporan todas las dimensiones del tiempo con mayor o menor intensidad y distinto alcance según su naturaleza, su forma y según los ordenamientos jurídicos de que se trate y las "familias de Derecho" a las que pertenezcan. Desde un punto de vista normativo, las constituciones forman parte del pasado constitucional, que clausuran de distintas maneras, lo que a veces lleva a confundir los registros prescriptivos (propio del Derecho) y descriptivo (propio de la Historia). En el caso de Francia, por ejemplo, podemos observar fenómenos de idealización del pasado, con el momento 1789 o el momento 1946, pero también fenómenos de negación, como ilustra el "paréntesis" de Vichy.

Abstract: through its use of time, the law conveys its own temporalities of a legal nature, which can be broken down according to the objective assigned to it by the legal rule. The same is true of constitutional law, our constitutions incorporating all the dimensions of time with a greater or lesser intensity and a different scope according to their nature, their form

and according to the legal systems concerned and the 'families of law' to which they belong. From a normative point of view, constitutions are part of the constitutional past, which they close in different ways, sometimes leading to confusion between the prescriptive (proper to law) and descriptive (that of history) registers. In the case of France, for instance, we can identify phenomena of idealisation of the past, with the 1789 moment or the 1946 moment, but also phenomena of negation, as illustrated by the Vichy 'parenthesis'.

Palabras clave: democracia, pasado, régimen de historicidad, régimen de Vichy, archivos públicos, De Gaulle, Pétain, gobierno provisional de la república, ficción jurídica, responsabilidad del Estado, retroactividad, inexistencia jurídica, nulidad, Francia libre, referéndum, transición constitucional.

Keywords: democracy, past, regime of historicity, Vichy regime, public archives, De Gaulle, Pétain, provisional government of the republic, legal fiction, State responsibility, retroactivity, legal non—existence, nullity, free France, referendum, constitutional transition.

Sumario: I. Introducción. II. La orquestación de una doble ficción jurídica, al servicio de un relato republicano resucitado. III. Las aporías de una narrativa reajustada por el Conseil d'Etat. IV. Conclusión.

I. Introducción

El artículo 1 de la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 establece, de forma performativa y retroactiva, que "La forma de gobierno es y sigue siendo la República. En derecho, no ha dejado de existir". El Gobierno Provisional de la República (GPRP), con sede en Argel, tras recibir el dictamen de la Asamblea Consultiva Provisional (ACP[1]) y del *Comité juridique*, que sustituyó al Consejo

[1] Órgano consultivo creado en Argel en septiembre de 1943 bajo el CNLF y posteriormente el GPRD, compuesto por representantes de los principales movimientos de resistencia franceses y de los antiguos partidos políticos de la Tercera República.

de Estado francés en su función consultiva y estaba presidida por René Cassin, hizo algo más que zanjar la cuestión del destino del régimen de Vichy y de la ley que había promulgado durante cuatro largos años. Más allá de estas cuestiones coyunturales y de la cuestión técnica del "restablecimiento" de una República cuyas leyes y principios cardinales fueron aniquilados por el régimen de Vichy del mariscal Pétain y Pierre Laval (su jefe de gobierno) impulsados por el ímpetu reaccionario de los principios de la "revolución nacional". En Alger, capital de la "Francia combatiente",[2] los hombres y mujeres de la Francia Libre utilizaron este texto para sentar las bases de una concepción renovada de la República, del derecho y del Estado que, no sin contradicciones, contribuye aún hoy a la especificidad de nuestra cultura constitucional francesa. Con este texto fundamental, *La France libre* sentó las bases de una narrativa de la República escrita a varias manos, combinando continuidad y discontinuidad, lo performativo y lo descriptivo, articulación y congruencia, aporía y lógica, mito y realidad, al servicio de un "régimen de historicidad" muy particular.[3] Este concepto, tomado prestado por François Hartog de Claude Levi—Strauss, corresponde a la voluntad de inscribir el orden establecido en un largo plazo que es necesario reconstruir, más allá de la evocación histórica, en particular mediante la ficción combinada con la retroactividad autorizada por el derecho.

La ordenanza de 9 de agosto de 1944 pone así "un paréntesis" en los cuatro años del régimen de Vichy y, conviene recordarlo, en el último mes de la Tercera República (entre el 16 de junio de 1940, fecha del nombramiento del mariscal Pétain por el jefe del Estado como presidente del Consejo de la República Fran-

[2] Que sucedió a la "Francia libre" en septiembre 1943. Por comodidad, utilizaremos el término "Francia Libre" para todo el periodo anterior a la instauración de un gobierno elegido por sufragio universal, es decir, del 16 de junio de 1940 al 13 de noviembre de 1945, fecha en la que la Asamblea elegida el 21 de octubre de 1945 eligió al General de Gaulle para dirigir un gobierno de conformidad con la ley constitucional del 2 de noviembre de 1945.

[3] Rudelle, Odile, "Idée républicaine, lois fondamentales, résistance constitutionnelle. De Claude Nicolet à Michel Debré en passant par Marc Bloch et Alexis de Tocqueville. Droit mémoire et histoire", *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 915-936.

cesa, y el 10 de julio de 1940, fecha de la promulgación de la ley constitucional aprobada por la Asamblea Nacional reunida en el Gran Casino de Vichy). También marca el inicio de un proceso de reescritura del relato republicano. Esta narrativa esta así reconectada, a través de la fuerza de las palabras y la autoridad del Estado de Derecho, a la larga historia de la Constitución francesa. La Constitución del 27 de octubre de 1946 grabó en el mármol de su preámbulo (especialmente a través del párrafo 1),[4] que fue retomado, vía una referencia, por la Constitución de 1958, del mismo modo que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta secuencia normativa fue abierta en 1944 por un gobierno cuya legitimidad no se basaba en la elección sino en la acción, al servicio de una cierta idea del derecho y del Estado que iba más allá de la legalidad positiva y formal en la que se apoyó Vichy hasta la caída de su gobierno y su exilio a Sigmaringen en agosto de 1944. La legalidad a la que se adhiere la Francia Libre desde junio de 1940 se basa en una concepción sustantiva del derecho y, en particular, de la ley (o legalidad), vector de un "derecho resistente" —según la expresión de Jean Carbonnier— que se encuentra en el corazón de la construcción de la República. A diferencia del derecho de resistencia, el "derecho resistente" tiene una dimensión objetiva, imbuyendo a la ley, tanto en su estructura como en su esencia, de un sistema inmunitario de defensa dotado de una fuerza de autoconservación que se impone a los detentadores del poder público. Este sistema inmunitario se fue asociando progresivamente a la República y a sus "leyes justas", es decir, a la legalidad sustancial, tanto en el discurso doctrinal de la Francia Libre, promovida por el General de Gaulle, como en su derecho.[5] Esta secuencia, con las contradicciones que conlleva, ha dado lugar a reajustes a veces acrobá-

[4] Que establece que "Tras la victoria de los pueblos libres sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que cualquier ser humano, sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República." (subrayado nuestro).

[5] Ver Gaulle, Charles de, *Discours et messages*, t. 1, Pendant la guerre, juin 1940-janvier 1946, Paris, Plon, 1970.

ticos, pero siempre guiados por la preocupación de preservar lo esencial, es decir, el sentido profundo de la ruptura y posterior rechazo del único régimen de nuestra larga y rica historia constitucional que ha sido objeto de una verdadera *damnatio memoriae*. Estos reajustes, aunque iniciados políticamente al más alto nivel del Estado por el Presidente Jacques Chirac en 1995 en su famoso discurso conmemorativo de la "Rafle du Vel d'Hiv", fueron en términos jurídicos principalmente obra del Conseil d'Etat (CE) (jurisdicción suprema del orden jurisdiccional administrativo francés), es decir, de un juez cuya naturaleza e historia están ellas mismas enraizadas en la contradicción y participan también en la construcción de un relato republicano idealizado, incluso mistificado, entonces como ahora. La movilización de la etiqueta "republicano" por las corrientes políticas más diversas y opuestas ilustra tanto las contradicciones internas de esta narrativa como del modelo republicano francés y su capacidad para resistir el paso del tiempo en un país él mismo sumido en numerosas tensiones que son vectores de crisis sociales, territoriales y políticas, que el macronismo no ha conseguido reducir, habiendo llevado de hecho más bien a la activación de los extremos en su única dimensión de protesta, desgraciadamente la más rentable en términos electorales. A diferencia de muchos otros relatos nacionales, cuya dimensión mítica se basa únicamente en un discurso político que no resiste la evidencia de los hechos, el relato nacional republicano francés se basa a la vez en el discurso político (gaullismo) y en la fuerza imperativa del derecho, y en particular en esta secuencia normativa abierta en 1944 por la producción de una ficción jurídica radical en su alcance y sus efectos. Sin volver sobre todo el proceso de transición, del que la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 fue la piedra angular (junto con las Ordenanzas de 21 de abril de 1944 y de 17 de agosto de 1945, que condujeron a la adopción por referéndum del Acta Constitucional de 2 de noviembre de 1945, la "pequeña constitución" sobre cuya base se adoptó, también por referéndum, la Constitución de 27 de septiembre de 1946), hemos optado por ilustrar la construcción de este relato, que forma parte de la cultura constitucional y jurídica francesa, sobre todo mediante una sentencia dictada por el CE el 14 de abril de 2018 relativa a la clasificación jurídica de los documentos elaborados por el general de Gaulle entre el

11 de diciembre de 1940 y el 11 de diciembre de 1942, es decir, durante un período que abarca los primeros días de la existencia de la Francia Libre en Londres, en un momento en que el movimiento, de carácter claramente insurreccional dado el contexto de la época, no disponía aún de autonomía financiera, ni de una base territorial real, ni de un reconocimiento equivalente al de un gobierno en el exilio o de un gobierno de facto, frente a la Francia metropolitana y de ultramar, que disponía de todos los atributos y títulos jurídicos de un Estado y cuyo gobierno, y en particular su jefe, el mariscal Pétain, podía apoyarse en una legitimidad a la vez formal (las leyes constitucionales de 1875 y luego la ley constitucional del 10 de julio de 1940) e histórica (el prestigio del mariscal Pétain, "vencedor de Verdún" y artífice de la negociación de una paz con un enemigo que había logrado derribar, en el espacio de unos meses, la mayor potencia militar del mundo en aquella época). [6]

II. La orquestación de una doble ficción jurídica, al servicio de un relato republicano resucitado

2.1. La inclusión de Vichy en una temporalidad estatal reconstruida

El control del tiempo en la sociedad aparece muy pronto como un atributo esencial de la soberanía, ya se trate de la definición de los calendarios romano y pontificio o del intento fallido de un calendario republicano en el año I, seguido de un intento de introducir un calendario decenal, como todavía se puede ver en algunos de los relojes expuestos en el famoso Musée du Temps de Besançon (capital relojera de Francia).[7] Quien domina el tiempo domina el espacio y los diferentes ritmos de la vida social. Por tanto, puede aspirar a establecer la paz civil a largo plazo, sin dejar de ser dueño de las urgencias y las excepciones. Como es-

[6] Franc Claude, "La France en guerre en 1939", *Revue Défense Nationale*, núm.823, 2019, pp. 106-114.

[7] Decreto de 4 frimaire an II por el que se introduce la jornada de 10 horas.

cribió Maurice Hauriou "El Estado no es solo orden en el espacio [...] es también orden en el tiempo".[8] Este dominio del tiempo por el Estado moderno es ante todo jurídico, ya que el derecho, monopolio del Estado, produce su propia temporalidad cuando asigna al tiempo efectos adquisitivos, prescriptivos o extintivos, o incluso cuando le da el contenido y el alcance de una ficción, transformando la percepción de los hechos *ex ante* o *ex post*.[9] Al mismo tiempo, el Estado recurre al mito, o incluso a la historia oficial, para anclar su fundación en un tiempo absoluto, original, intocable, garantía de legitimidad y de continuidad. En Francia, esto queda ilustrado por las Repúblicas, que, anteponiendo a cada una de sus constituciones un número (de la primera en 1793 a la quinta en 1958) o mediante referencias encantadoras a su apego a los principios o textos de los regímenes anteriores (con la referencia en el preámbulo de la Constitución de 1946 a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República"), pretenden establecer una continuidad a pesar de las crisis, cambios y rupturas que han marcado la historia constitucional francesa. En términos jurídicos, la República ha tratado así de reconstruir esta "*cadena rota de constituciones*", función que René Capitant asignaba a la costumbre constitucional, en favor de una visión legitimadora del auge de la República desde 1789.[10] Así pues, Vichy habría podido considerarse como una simple crisis, una aspereza en el *continuo republicano, al igual* que la Restauración o los dos Imperios, una crisis que habría sido la ocasión de reafirmar *a posteriori* la legitimidad de la República con respecto a un régimen que no era más que una etapa en la construcción de la República. Sin embargo, Vichy fue mucho más que una crisis, y la imagen de un paréntesis utilizada a menudo por la doctrina jurídica y los historiadores solo ilustra imperfectamente la realidad

8 Hauriou Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., 1929, p. 76.

9 La "*ficción jurídica*" es un mecanismo técnico de creación del derecho, es decir, "*que consiste en un desconocimiento deliberado de la realidad para obtener un resultado jurídico*", véase Guillaume Wicker, "Fiction", *en* Alland Denis, Rials Stéphane, (eds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*, p.717; Delphine Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, París, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000, p. 614.

10 Capitant René, "La coutume constitutionnelle", *Gaz. Pal,* 20 de diciembre de 1929, reeditado en *RDP*, 1979, núm. 4, p. 970.

del complejo proceso de reestructuración del tiempo republicano puesto en marcha por la doctrina de la Francia Libre y luego por la fuerza de su ley: un "régimen de historicidad",[11] según la expresión de François Hartog. Esta ficción, que atestigua la tensión entre dos temporalidades republicanas, contribuyó a lo que los historiadores han denominado el "síndrome de Vichy".[12] Este proceso, sin precedentes en la historia constitucional francesa, combina de forma ambivalente el derecho, la historia y la moral. Invita tanto al jurista como al filósofo y al historiador a reflexionar de manera más general sobre las concepciones de lo público y del Estado que estructuran el pensamiento y la cultura constitucionales franceses y, de manera más general, el pensamiento y la cultura jurídicos.

2.2. El prisma discriminatorio del Estado republicano

Es este prisma estatal la clave del análisis de la relación entre Vichy y la República. En efecto, es a partir de una verdadera teoría moral del Estado republicano, en cuyo centro se encuentra un compromiso ético, como se negarán todos los atributos estatales y jurídicos de Vichy. Esta ética es la de la República concebida como el espacio privilegiado para la realización del bien común, que se hace eco de la vieja idea tomista del bien público (*Respublica)* del que el gobierno solo sería el custodio, siendo el pueblo o la nación los únicos propietarios según el prisma democrático. Los discursos políticos del General de Gaulle y los primeros textos fundacionales de la Francia Libre dan testimonio de esta dimensión moral. Los términos "honor", "Patrie", "cobardía" y "abandono" *son* recurrentes, al igual que las numerosas referencias a las ideas de "deber" y "sacrificio".[13] Fue esta construcción moral del Estado, a la que se unió la idea de "virtud", ya presente en la Revolución Francesa, la que legitimó la

[11] Véase la Introducción.

[12] Rousso Henry, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, París, éd. du Seuil, coll. "Points Histoire", 1987, p. 414.

[13] Por ejemplo, de Gaulle Charles, Discurso pronunciado en el Albert Hall de Londres (11 de noviembre de 1942), *Discourses et messages*, *op. cit*., p. 236.

institución del delito de indignidad nacional en la Liberación, así como las sanciones de nacionalización de 1945.[14] Fue también esta virtud republicana y esta defensa del bien común lo que la primera Asamblea Constituyente intentó incorporar al artículo 39 de la declaración de derechos en el proyecto de abril de 1946.[15] El Estado aparece así como una construcción moral que estructura tanto su organización interna como la sociedad civil en su conjunto. Corresponde al "Estado como instituyente social" apreciado por el historiador Pierre Rosenvallon.[16] En cierto modo, también está en consonancia con la construcción prebélica del Estado administrativo por el juez administrativo y la doctrina publicista francesa en torno a la noción de interés general, a la que Maurice Hauriou no dudó en vincular la idea de "moral administrativa".[17] Paradójicamente, esta construcción se inscribe en la misma lógica que la de la "Revolución Nacional", concebida por el mariscal Pétain y sus doctrinarios como un proceso de Estado para restablecer un orden moral encarnado en los antiguos valores mencionados en la ley constitucional del 10 de julio de 1940: Trabajo, Familia, Patria.[18] Vichy aparece como el arquetipo de un Estado administrativo comprometido política y moralmente con la reforma de la sociedad, que implica un doble movimiento de arrepentimiento y discriminación, dictado en parte solo por el enemigo. Este contenido moral del Estado republicano se expresó de forma radical a partir de ciertos principios socavados por el gobierno de Vichy. Por ejemplo, la salvaguarda de

---

14 Sobre la institución del delito de indignidad nacional y su genealogía en la historia constitucional francesa, véase Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République*,*Une histoire de l'indignité (1791-1958)*, París, Grasset, 2008.

15 "Declaración de los Derechos del Hombre en el proyecto de Constitución de 19 de abril de 1946", en Godechot Jacques, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, GF Flammarion, 2006, p. 376.

16 Rosenvallon Pierre, *L'Etat* en France de 1789 à nos jours, *op. cit*.

17 La tesis de la moral administrativa fue analizada en su dimensión jurídica por Welter Henri, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, París, Recueil Sirey, 1929, p. 513.

18 Wormser Olivier, *Les origines doctrinales de la "Révolution nationale : Vichy 10 juillet 1940-31 mars 1941*, París, Plon, 1971; Paxton Robert, *La France de Vichy, 1940-1944*, París, éd. du Seuil, Points Histoire, 1973, p. 188. Véase también Fabre Philippe, *Le Conseil d'Etat et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, París, 2001, pp. 70-99.

los principios de independencia y unidad nacionales, a los que está vinculado el respeto de la integridad del territorio de la nación,[19] convierte en "crimen de lesa soberanía" la intención misma de firmar los acuerdos de armisticio expresada por el mariscal Pétain el 16 de junio de 1940.[20] Del mismo modo, la concepción democrática del desarrollo del Estado de Derecho se opone al gobierno de Vichy, que suprimió muy pronto toda representación electiva, tanto local como nacional.[21] Por último, pero no por ello menos importante, corresponde a la idea de justicia a la que se asocian la República y su ley y a la que aspira la nación francesa desde 1789 mediante la afirmación y garantía de los derechos y libertades individuales. La Declaración Orgánica de 16 de noviembre de 1940 hace referencia explícita a los "Derechos del Hombre y del Ciudadano".[22] Este con-

19 La división territorial creada por la aplicación de los acuerdos de armisticio se consideró por tanto un atentado inaceptable contra la unidad y la indivisibilidad de la República, ya que los ciudadanos franceses estaban sujetos a leyes diferentes según la zona en la que vivieran. Tras la Liberación, la Asamblea Constituyente se esforzó por consagrar estos principios en la Constitución y hacer de ellos uno de los límites que impedían su revisión.

20 A los ojos de los Franceses Libres, el armisticio simbolizaba el abandono de Francia por parte de sus dirigentes y la traición a la Patria, de la que la colaboración no era más que una consecuencia previsible. Por consiguiente, toda acción resultante de la firma de este acto era ilegítima en principio, ya que constituía una especie de pecado original que marcó de forma permanente al mariscal Pétain y al régimen de Vichy, véase Cartier Emmanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit*. pp. 122 y ss.

21 El mariscal Pétain suspendió los únicos órganos autorizados para representar a la nación e impidió que la representación local desempeñara su papel. Tras suspender las cámaras el 11 de julio de 1940, primero suspendió y luego depuró sistemáticamente los consejos municipales y generales. Vichy optó entonces por un procedimiento de nombramiento por el Estado francés con la ley de 16 de noviembre de 1940 *relativa a la reorganización de los órganos municipales, J.O.R.F. de 12 de diciembre de 1940,* p. 6074. Asimismo, una ley de 12 de octubre de 1940 suspendió las sesiones de los consejos generales, cuyas competencias fueron confiadas a los prefectos asistidos por una comisión administrativa. A continuación, se promulgó la ley de 7 de agosto de 1942 relativa a la *creación de los consejos departamentales, cuyos miembros* eran nombrados por el ministro del Interior entre los consejeros generales, consejeros de distrito, alcaldes, consejeros municipales y presidentes de delegaciones especiales, *J.O.E.F. de* 27 de agosto de 1942, p. 2922. Véase Paxton Robert, *La France de Vichy, op. cit*, pp. 192 y s.

22 Declaración orgánica de 16 de noviembre de 1940, *op. cit*.

tenido moral también es evidente en las palabras utilizadas para describir Vichy y su derecho. Los prestamos de Vichy del registro republicano se niegan simbólicamente mediante el uso de perífrasis y comillas: "actos conocidos como 'ley; decretos; actos constitucionales'", "el llamado 'gobierno del Estado francés'" o "la autoridad de facto conocida como el 'gobierno del Estado francés'". Por el contrario, el General de Gaulle apelaba constantemente a la unidad nacional en torno a las "justas leyes de la República" que la Francia Libre trataba constantemente de restablecer y en las que se basaban sus instituciones provisionales para trabajar en interés de Francia.[23] De este modo, la República ya no aparece como un simple régimen caracterizado por una cierta forma de gobierno éticamente neutra, en oposición al Imperio y a la Monarquía, sino como un conjunto de valores y principios permanentes que el General de Gaulle inscribe, no en la corta historia positivista del republicanismo, sino en la larga historia de Francia, incluso más allá de 1789, como atestiguan sus discursos políticos. Esta utilización del pasado, reactivada por la ley y el discurso oficial de la Francia Libre, dio lugar a un "régimen de historicidad" que conciliaba la tradición legalista de la República con la idea de legitimidad inicialmente vinculada a la monarquía.[24] Este régimen de historicidad, que crea una temporalidad republicana propia, conduce a la negación de la Francia de Vichy instituyendo el olvido en la ley para constituir mejor la unidad de la nación. ¿No subrayaba el propio Ernest Renan que el olvido formaba parte integrante de la historia de las naciones?[25] En este caso, el olvido se basa en la fuerza prescriptiva y la ficción autorizada por la ley sobre lo fáctico y sus dos discursos respectivos: descriptivo en el caso de lo fáctico, prescriptivo en el caso de la ley.[26]

---

23 Cartier Emmanuel, "Les transitions constitutionnelles: continuité ou discontinuité de la légitimité en droit", en Fontaine Lauréline, dir., *Droit et légitimité*, núm. 96, Bruylant, 2011, pp. 252-254.

24 Rudelle Odile, "Un problème vieux de 169 ans. Le régime d'historicité de Charles de Gaulle", *op. cit*.

25 Renan Ernest, "Qu'est-ce qu'une nation?", Discurso pronunciado en la Sorbona, 1882.

26 Sobre la ficción y su uso en política, véase Lavocat Françoise, "Le mensonge dans la cité. Fiction juridique contre fiction poétique", *Raisons politiques*, 2007/3, núm. 27, pp. 123-129.

2.3. La negación jurídica del régimen de Vichy

El imperativo moral iniciado por la doctrina de la Francia Libre dio lugar a la idea de un derecho "resistente"[27] al servicio de la ideología republicana, que solo habría que "restablecer" en la Liberación y no "restaurar" o reinstaurar. Vichy correspondería pues a una simple interrupción de *hecho* de la República y de su ley. El Manifiesto de Brazzaville del 27 de octubre de 1940, completado por la declaración orgánica del 16 de noviembre, consagró formalmente esta posición de principio.[28] Esta posición fue retomada posteriormente por las ordenanzas de 27 de octubre de 1940, 24 de septiembre de 1941 y 3 de junio de 1943, que establecieron el estatuto constitucional material de la Francia Libre y de sus instituciones, bajo el prisma del Estado en su forma republicana y administrativa, tanto central como descentralizada. Sin embargo, fueron los primeros textos de restablecimiento de la legalidad republicana los que dieron forma jurídica definitiva a esta idea estableciendo una ficción a favor de la negación de Vichy. Es el caso de la Ordenanza de 20 de abril de 1943 relativa al territorio de La Reunión, que inició la solución en las colonias francesas[29] antes de que la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 la generalizara a la Francia metropolitana, seguida de 14 ordenanzas adicionales.[30] Los tres primeros artículos de la ordenanza de

---

27 Carbonnier Jean, nota sobre Casación, Derecho civil, 16 de julio de 1945, *D.,* 1946-321.

28 Ordonnance n°1 du 27 octobre1940 *organisant les pouvoirs publics pendant la guerre et instituant le Conseil de Défense de l'Empire,* précédée par le Manifeste du 27 octobre 1940 *relatif à la direction de l'effort français dans la guerre, Journal Officiel de l'Empire* publié en Afrique équatoriale française le 27 octobre 1940, p. 1 et J.O.*F.L.* n°1 du 20 janvier 1941, p.3. Ordenanza n° 16 de 24 de septiembre de 1941 *sobre la nueva organización de los poderes públicos de la Francia Libre*, J.O.*F.L. n° 11 de 14 de octubre de* 1941, p. 1-2; Ordenanza de 3 de junio de 1943 por la *que se crea el Comité Francés de Liberación Nacional, J.O.R.F. n° 1* de 10 de junio de 1943, p. 1.

29 Ordenanza núm. 46 de 2 de marzo de 1943 relativa al restablecimiento de la legalidad republicana *en la isla de Reunión, J.O.F.C. núm.* 3 de 18 de marzo de 1943, p. 12-13.

30 Fueron cinco: ordenanzas *complementarias de la ordenanza de 9 de agosto de 1944 relativa al restablecimiento de la legalidad republicana en el territorio continental, de 11 de octubre* y 8 de diciembre de 1944, de 31 de marzo, 6 de junio y 2 de noviembre de 1945.

9 de agosto de 1944 redefinen así el tiempo republicano en favor de la ficción, que el artículo 7 contrarresta ambiguamente en nombre de un principio de realismo.[31]

El complejo dispositivo jurídico puesto en marcha por la ley de la Liberación con respecto al legado jurídico de Vichy pretende conciliar legalidad y legitimidad en dos etapas. En primer lugar, consiste en proclamar la aniquilación retroactiva del *de cujus* instituyendo una verdadera *damnatio memoriae* contra Vichy, su gobierno y su derecho desde el 16 de junio de 1940, período en el que todavía era de hecho y de derecho el gobierno de la República pero en el que el propio general De Gaulle se había unido a la Resistencia y no habría podido desautorizar su acción reconociendo al gobierno del mariscal Pétain ninguna legitimidad, aunque solo fuera admitiendo que hubiera podido ser un gobierno legal. Así pues, el gobierno del mariscal Pétain fue calificado ab initio de "autoridad de hecho" y no de "gobierno de *facto*", lo que excluía el principio de validación a posteriori de sus actos, a diferencia de las experiencias constitucionales pasadas de Francia.[32] Así pues, Vichy fue considerada una autoridad inconstitucional e ilegítima. Por lo tanto, solo tiene derecho al olvido jurídico, o al menos al velo de una ley republicana reconstruida para las circunstancias. El segundo paso en el restablecimiento de la legalidad republicana fue demostrar realismo tratando de forma diferente el legado jurídico de Vichy. Los actos que no habían sido expresamente declarados nulos por las ordenanzas de la Francia

[31] Artículo 1: La forma de gobierno de Francia es y sigue siendo la República. En derecho, no ha dejado de existir.
Artículo 2: En consecuencia, todos los actos constitucionales legislativos o reglamentarios, así como los decretos dictados para su ejecución, bajo cualquier denominación, promulgados en el territorio continental después del 16 de junio de 1940 y hasta el restablecimiento del Gobierno Provisional de la República Francesa, son nulos de pleno derecho. Esta nulidad debe constar expresamente. Artículo 3: Se declaran expresamente nulos los siguientes actos; + Tabla adjunta
Artículo 7: Los demás actos de la autoridad de facto denominada "Gobierno del Estado francés" se convalidan provisionalmente hasta que sean declarados nulos y sin efecto por órdenes adicionales.

[32] Gemma Scipione, "Les gouvernements de fait", *RCADI,* 1924, III, t.4, 1925 pp. 297-410; Duverger Maurice, "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait", *RDP*, 1945, pp. 73-100.

Libre fueron así aceptados provisionalmente en nombre del único Estado francés legítimo: la Francia Libre. Sin embargo, estas normas "huérfanas" conservaron el infame título de "*actos conocidos como* 'ley', 'decreto', 'orden', etc.", hasta su convalidación definitiva, que en algunos casos nunca se produjo expresamente.[33] Los actos *expresamente declarados nulos* por las ordenanzas de la Francia Libre se anulan jurídicamente con o sin efecto retroactivo. Lo mismo ocurre con el vínculo de imputación con el Estado francés legítimo, que sustituyó legalmente a Vichy, pero al que no se le puede imputar la responsabilidad por los daños causados por los actos de Vichy declarados nulos sin reserva en cuanto a sus efectos pasados, incluso sobre la base de la teoría de la "voie de fait" elaborada por el Tribunal *des conflits*[34] en 1935,[35] que presupone que un acto administrativo vulnera el derecho de propiedad o una libertad fundamental de forma tan grave que pierde su carácter administrativo y cede automáticamente la competencia al juez administrativo en favor del juez judicial, tanto para poner fin a la "voie de fait" como para impedir que se produzca, o para condenar a la administración a indemnizar todos los daños. La Ordenanza de 9 de agosto de 1944 instituyó así un régimen de irresponsabilidad total en beneficio de la República. Así pues, las indemnizaciones a las víctimas de las acciones de Vichy solo se pagaron de forma voluntaria y a tanto alzado, mediante leyes específicas aprobadas por el legislador republicano después de la guerra, principalmente a partir de los años sesenta. Esta relación negativa con Vichy fue resuelta por el Gobierno Provisional de la República (G.P.R.F.) antes de la Liberación. Por un lado, legitima la actuación de la Francia Libre desde el 18 de junio de 1940 y vincula todas sus acciones a una legalidad republicana excepcional. Por otro lado, asegura el lugar de Francia

[33] Para un estudio muy bien referenciado de las actas de *Vichy*, véase Remy Dominique, *Les lois de Vichy: actes dits " lois " de l'autorité de fait se prétendant " gouvernement de l'État Français "*, 2ª. ed., París, Romillat, coll. Retour au texte, 1992, p. 255.

[34] Tribunal creado en 1848, compuesto a partes iguales por miembros del CE y de la *Cour de cassation,* encargado de dirimir los conflictos de competencia entre los dos órdenes judiciales franceses.

[35] T. confl. 8 abr. 1935, *Action française*, *GAJA*, 19.ª ed., Dalloz, 2013, núm. 45.

entre los vencedores. Esta sucesión negativa fue validada por el pueblo francés en el referéndum celebrado el 21 de octubre de 1945, en el que las únicas opciones que quedaban eran romper o no con la Tercera República y, en caso afirmativo, celebrar o no un referéndum constituyente para validar la futura constitución de la Cuarta República.[36]

2.4. Afirmando la continuidad de la República en derecho

En virtud de la Orden de 9 de agosto de 1944, todo sucedió como si el Estado francés (en el sentido jurídico y no en referencia al régimen del mariscal Pétain), ficticiamente unido a la República y a la Francia Libre, que lo encarnaba desde el 16 de junio de 1940, no se hubiera interrumpido en derecho. Esta ficción puede basarse en la referencia que hacen todos los actos de la Francia Libre (en sus visados) desde el período de Londres a las leyes ordinarias y constitucionales vigentes antes de la toma de poder del mariscal Pétain. Por ejemplo, las citas de la declaración orgánica de 16 de noviembre, que completa el Manifiesto de Brazzaville de 27 de octubre y la Orden número 1 de 27 de octubre de 1940, se refieren expresamente a las leyes constitucionales de 20 de febrero, 16 de julio y 2 de agosto de 1875, completadas por la ley de 14 de agosto de 1884, así como a la ley Tréveneuc de 15 de febrero de 1872. Aunque la Orden de 21 de abril *de 1944 sobre la organización de los poderes públicos en Francia después de la Liberación rompió* con la referencia a las leyes constitucionales de la III República, previendo la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente encargada de redactar la constitución de una 4 República, el proceso constituyente finalmente puesto en marcha por el General de Gaulle, mediante la Ordenanza de 17 de agosto de 1945,[37] a pesar de la oposición de la Asamblea

[36] *Idem.*

[37] La ordenanza del 17 de agosto de 1945, adoptada por el G.P.R.F. previa consulta a la Asamblea Consultiva Provisional, preveía este referéndum. El pueblo francés fue llamado simultáneamente a votar sobre el referéndum y a elegir a los miembros de la Asamblea que, en función de la respuesta dada a la primera pregunta del referéndum - "*¿Queréis que la Asamblea elegida*

Consultiva Provisional, rompió con esta lógica, devolviendo la palabra al pueblo francés al permitirle decidir si rompía con las leyes constitucionales de 1875 y de la III República eligiendo una Asamblea Constituyente o volvía al régimen anterior eligiendo una nueva Cámara de Diputados, de acuerdo con estas mismas leyes constitucionales . En el momento de la Liberación, esta continuidad de la República "de derecho" se basaba en la instauración prevista de un verdadero Estado clandestino mediante la "infiltración" progresiva de la administración de Vichy (central y descentralizada) por los servicios de la Francia Libre y la Resistencia, antes de la toma oficial del poder por los delegados del GPRF.[38] La narrativa resultante de este derecho de Resistencia y la doble ficción jurídica instaurada por el legislador provisional en 1944 provocaron un verdadero *hiatus* que fue fuente de

hoy sea una Asamblea Constituyente? - formarán una Asamblea Constituyente o una "*Cámara de Diputados prevista por las leyes constitucionales de 1875*". En el segundo caso, el Senado sería elegido en el plazo de dos meses, y cada una de las Cámaras se reuniría de pleno derecho el jueves siguiente a la elección del Senado. La segunda pregunta presupone una respuesta positiva a la primera y se refiere al proyecto de ley sobre la organización provisional de los poderes públicos, que se adjunta al referéndum: "*Si el electorado ha respondido "sí" a la primera pregunta, ¿aprueba que los poderes públicos se organicen de acuerdo con las disposiciones del proyecto de ley adjunto hasta la entrada en vigor de la nueva Constitución*? El artículo 5 de la Ordenanza estipula que, en caso de respuesta afirmativa a ambas preguntas, "*el proyecto de ley insertado en el reverso de las papeletas que se utilizarán para el referéndum tendrá fuerza constitucional y será promulgado inmediatamente*". El artículo 10 de la Ordenanza estipula que los poderes de la Asamblea Consultiva Provisional finalizarán el día de la votación. En caso de respuesta positiva a la primera pregunta, la Asamblea Constituyente, de conformidad con el artículo 7, "*se reunirá de pleno derecho en el Palacio Borbón de París el martes 6 de noviembre de 1945*". El artículo 6 estipula que en caso de respuesta negativa a la segunda pregunta, "*la Asamblea Constituyente elegida determinará la organización provisional de los poderes públicos que estime conveniente*", Cartier Emmanuel, *La transition constitutionnelle*, *op. cit*. pp. 523 y ss.

38 Hostache René, *De Gaulle 1944, victoire de la légitimité*, Plon, coll. Espoir, París, 1978, pp. 55 y ss. y 183 (para la toma de edificios públicos por hombres del N.A.P.: infiltración en la administración pública). Sobre el N.A.P. y el super N.A.P., véase Cointet Michel "N.A.P.", *en* Cointet Michel, Cointet Jean-Pierre, dir., *Dictionnaire historique de la France sous l'occupation*, Tallandier, París, 2000, pp. 521-522.

injusticia y de incomprensión por parte de la sociedad, a la que historiadores, juristas y algunos descendientes de víctimas de las atrocidades producidas o permitidas por el régimen colaboracionista del mariscal Pétain fueron despertando progresivamente a la realidad de este "paréntesis" en nuestra historia constitucional. De este modo, fue surgiendo poco a poco la necesidad de un reajuste, antes de traducirse en hechos, primero en la política (por el jefe del Estado) y luego en la jurisprudencia (la del CE).

III. Las aporías de una narrativa reajustada por el Conseil d'Etat

Este reajuste se produjo primero en el delicado ámbito de la responsabilidad del Estado francés republicano por las consecuencias de los actos de Vichy que quedaron anulados, o incluso jurídicamente inexistentes, por el derecho de la Liberación. Más recientemente, ha dirigido su atención al ámbito menos delicado, pero no menos importante para una sociedad democrática, de los archivos de la Francia Libre y de la Francia de Vichy, así como de su régimen jurídico.

3.1. La afirmación a posteriori de la responsabilidad del Estado republicano

El desfase entre la realidad vivida del Estado de derecho (su aplicación concreta y fáctica) y la recalificación retroactiva del Estado de derecho y de su punto de atribución (el Estado), puede conducir a la instauración progresiva de un verdadero síndrome en términos políticos y jurídicos, cuyas víctimas no son solo las normas. Así lo ilustra el principio, derivado de los dos primeros artículos de la Orden de 9 de agosto de 1944, de la irresponsabilidad del Estado republicano francés por la colaboración en el proceso de deportación. Para poner fin a los daños colaterales causados por esta ficción jurídica, el juez no dudó en transgredir la norma legal mediante la interpretación. En una especie de paradoja anacrónica, restablece así la prevalencia de la equidad sobre el derecho, es decir, la legitimidad de la solución jurisdic-

cional sobre su legalidad.[39] Paradójicamente, se trata del mismo tipo de razonamiento en el que el G.P.R.F. basó en un principio su ruptura jurídica con Vichy en 1944. Esta audacia pretoriana en el caso de Vichy contribuyó no solo a restablecer la equidad, sino también a articular *contra legem* los dos tiempos de la República reinterpretando su derecho. El juez contribuyó así a la definición de una nueva temporalidad republicana. Pero también ha tenido en cuenta la evolución de un terreno político y social que se va despejando poco a poco. El terreno político y social se fue despejando progresivamente gracias a la intervención de varios actores de la escena política y social: historiadores, víctimas, jueces y, por último, políticos en la persona del presidente de la República. La primera etapa de este proceso fue llevada a cabo por los historiadores, ayudados por la apertura de los archivos de Vichy y la transición de la "amnesia" a la "hipermnesia" *a* finales de los años 70, descrita muy bien por Henry Rousso.[40] El segundo trabajo de esclarecimiento del pasado se debe a la persistencia de las víctimas y descendientes de víctimas que no dudaron, con el apoyo de la fiscalía, en denunciar a algunos altos responsables de Vichy utilizando el arsenal criminal de que disponían en aquella época. Al mismo tiempo, los protagonistas de este proceso pionero fueron los jueces de instrucción y los jurados de instrucción, que llevaron a cabo juicios históricos (Barbie [1987], Touvier [1994], Papon [1998]), sobre la base de acusaciones de crímenes o de complicidad en crímenes contra la humanidad.[41] Durante estos juicios, el propio historiador fue llamado como experto, o incluso como testigo de interés público, para ayudar a determinar una "*verdad judicial" que* compite con la verdad histórica y la verdad

[39] La llamada "ley" de 4 de octubre de 1940 (completada por la llamada "ley" de 2 de junio de 1941) que otorgaba a los prefectos de departamento la facultad de someter a "*extranjeros de raza judía" a* arresto domiciliario e internamiento, había conducido a la creación de campos de internamiento especiales puestos bajo la autoridad del Ministerio del Interior, entre ellos el de Mérignac. Así pues, las medidas de arresto individual en cuestión se habían llevado a cabo sobre la base de esta legislación, cuya nulidad está expresamente declarada por el artículo 3 de la Orden, CE, As., 12 de abril de 2002, *M. Papon*, Ccl. Mme Sophie Boissard, *LPA*, 28 de mayo de 2002, p. 20.

[40] Rousso Henry, *Le syndrome de Vichy*, *op. cit*.

[41] Ley núm. 64-1326, de 26 de diciembre de 1964, *por la que se establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad*.

resultante del restablecimiento de la legalidad republicana[42]. Por último, la propia política, en la persona del presidente de la República, no dudó en romper con el mito de la Francia gaullista utilizando el vocabulario del arrepentimiento y la responsabilidad en su discurso de Vel'd'Hiv del 16 de julio de 1995.[43]

El Consejo del Estado abrió indirectamente la vía a una acción de responsabilidad en un *obiter dictum de* su sentencia *Pelletier de* 6 de abril de 2001, afirmando el carácter no exclusivo de la indemnización a tanto alzado para los descendientes de las víctimas judías del régimen de Vichy prevista por un decreto de 13 de julio de 2000, que excluía a los descendientes de las víctimas que solo eran miembros de la Resistencia.[44] La lógica implacable del Estado de derecho formulada por la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 no fue desbaratada hasta el 12 de abril de 2002 en la sentencia *Papon*, tras la condena del antiguo Secretario General de la Prefectura de la Gironda bajo Vichy por el Tribunal de Assize de la Gironda en 1998, antes de que se rechazara su recurso ante el Tribunal Supremo. En esta sentencia, siguiendo las conclusiones de su Comisario del Gobierno, el CE reinterpretó la ley republicana de la Francia Libre y restableció así la legalidad republicana. Al declarar admisible el recurso interpuesto por Maurice Papon contra el Estado a raíz de su condena por el Tribunal de Assize de Gironde, el CE declaró con respecto a la Orden de 9 de agosto de 1944 que: "Estas disposiciones no podían tener por efecto crear un régimen de irresponsabilidad de los poderes públicos por los actos o actuaciones cometidos por las autoridades y servicios del Estado en la aplicación de estos actos".[45] Esta interpretación

42 Véase Vitteau David, *Le rôle des historiens dans le procès*, *op. cit*., pp. 29-32.

43 Jacques Chirac, *Discurso pronunciado con ocasión de la conmemoración de la redada de Vél'd'Hiv* el 16 de julio de 1995, *op. cit*.

44 CE, Ass. 6 de abril de 2001, n° 224945, *Pelletier*, Ccl. Austry, nota *RFDA*, mayo-junio de 2001, p. 712.

45 CE, Ass., 12 de abril de 2002, *M. Papon*, Req. 238.689; *RFDA* 2002, p. 582, concl. Boissard; *AJDA*, núm. 5, mayo de 2002, cr. Guyomar y Collin; *LPA,* 28 de mayo de 2002, concl. Boissard, nota E. Aubin; *D.*, 2003-647, nota Delmas Saint-Hilaire; *JCP,* 2002-II-10161, nota Momolle; *Gaz. Pal,* 28-30 de julio de 2002, p. 27, nota de Petit; *RDP* 2002, p. 1511, nota de Degoffe y p. 1531, nota de Alvés; *RDP* 2003, p. 470, nota de Guettier; GAJA,14 éd, París, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2003, p. 890.

ha sido generalizada por *el* dictamen *Hoffman* de 16 de febrero de 2009,[46] emitido a raíz de una remisión del Tribunal Administrativo de Toulouse,[47] en el asunto Lipietz relativo a la responsabilidad de S.N.C.F. Tras realizar un análisis exhaustivo de los regímenes de indemnización financiera y de las diversas conmemoraciones destinadas a tener en cuenta las pérdidas inmateriales sufridas por las víctimas y sus descendientes, y reiterando el principio de que las víctimas de los actos de Vichy tienen derecho a reparación, el CE consideró que las pérdidas, cualquiera que fuera su naturaleza o su alcance, habían sido suficientemente compensadas. Remitiéndose a "la Constitución, en particular a su Preámbulo [...]" en los vistos de su dictamen, al tiempo que repetía el *stare decisis* de la sentencia Papon, el CE añadía que "con menosprecio de los derechos fundamentales de la persona consagrados por el derecho público francés, establecieron o aplicaron tal discriminación, las disposiciones de la Orden de 9 de agosto de 1944 admitían necesariamente que los actos excepcionalmente graves a que dieron lugar tenían el carácter de una falta que podía comprometer la responsabilidad del Estado". De ello se desprende que se incurre en esta responsabilidad por los daños causados por acciones que, no resultantes de la coacción directa de la potencia ocupante, permitieron o facilitaron la deportación desde Francia de personas víctimas de persecución antisemita. Esto se aplica en particular a las detenciones, internamientos y convoyes a campos de tránsito, que constituyeron, durante la Segunda Guerra Mundial, la primera etapa de la deportación de estas personas a campos en los que la mayoría de ellas fueron exterminadas. En una ruptura absoluta con los valores y principios, en particular la dignidad de la persona humana, consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la tradición republicana, esta persecución antisemita ha causado daños excepcionales y extremadamente graves. El derecho republicano, reconstruido a posteriori por el juez administrativo, desbarata así, en nombre de consideraciones éticas, el prisma de Estado elaborado en 1944 por el legislador republicano. Esta de-

[46] CE, Avis, 16 de febrero de 2009, *Hoffman- Glemane*, núm. 315495, Ccl. Lenica.

[47] TA de Toulouse, 2 ch., 6 de junio de 2006 *M.A. et consorts Lipietz c/ Préfet de la Haute-Garonne et SNCF*.

construcción se lleva a cabo en favor de otro prisma de Estado basado en una nueva concepción ética del Estado republicano, ya no basada en el honor o en un fondo de valores morales derivados de la cosa pública y de la democracia, sino en la garantía de los derechos fundamentales, es decir, en última instancia, en el prisma de la Justicia. Esta construcción abrió la puerta a un periodo de arrepentimiento y responsabilidad que, sin embargo, el CE cerró en su polémico dictamen del 16 de febrero de 2009 al considerar suficientes las reparaciones. En cuanto a la forma, en cambio, solo podemos constatar la fragilidad de una construcción que, a pesar de su aceptabilidad ética, se apoya en el juez y en su capacidad para manipular las temporalidades y combinar las legitimidades.

3.2. La aporía de la clasificación jurídica de los archivos franceses libres

En su informe de 1996 al primer ministro sobre el estado de los archivos en Francia, Guy Braibant escribió célebremente: "No hay historia, no hay administración, no hay República sin archivos".[48] A través de la recopilación y regulación de los archivos públicos, el Estado organiza y sanciona no solo la libertad de investigación de los historiadores interesados en las actividades pasadas del Estado, sino también el derecho de todos los ciudadanos a conocer las "huellas"[49] que atestiguan las actividades relacionadas con la actividad cotidiana del Estado y su administración, de conformidad con el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que "la sociedad tiene derecho a pedir cuentas a cualquier funcionario público de su administración". La creación de los Archivos Nacionales en 1790 materializó la voluntad de hacer de los Archivos del Estado (o Archivos Públicos) los Archivos de la Nación, uniéndose la Declaración de los Derechos del Hombre original, como lo hizo después la de la primera Constitución francesa, a los archivos

[48] *Les Archives en France*, informe presentado al Primer Ministro, París, La Documentation française, 1996, p. 9.

[49] Citando al historiador de Certeau Michel, *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, 1975.

nacionales bajo la custodia de archiveros públicos. La ley de 7 de Messidor, año II (25 de junio de 1794), que siguió siendo el texto de referencia del sistema de archivos públicos hasta 1979, extrajo las consecuencias de la Declaración de 1789 y proclamó que "cualquier ciudadano podrá solicitar la comunicación de los documentos que contengan en todos los depósitos, en los días y horas que se fijen: se le dará gratuitamente y sin desplazamiento, y con las precauciones de vigilancia".[50] Los archivos del Estado, que bajo el Antiguo Régimen se regían por el principio del secreto, se convierten así en los de la Nación, regidos por el principio revolucionario de su carácter público, para poder ser "puestos a disposición de todos los ciudadanos".[51] Adquieren así una dimensión a la vez cívica y democrática, y en aquella época están directamente vinculadas al poder legislativo, lo que les confiere una dimensión soberana que se verá disminuida bajo el Consulado y el Imperio, cuando su administración esté vinculada al Gobierno.[52]

Para el investigador, ya sea historiador de la literatura o historiador del derecho, el régimen de los archivos públicos determina la primera fase de lo que Michel de Certeau califica de operación historiográfica,[53] en virtud de la cual recoge, selecciona, analiza, clasifica y combina esas "huellas" del pasado, atribuyéndoles, por hipótesis o certeza (más o menos marcadas ideológicamente), relaciones causales que dan sentido a su relato. Esta narración, que se funde con su objeto (la historia), contribuye así a dar sentido a un pasado que, por su propia naturaleza, se le escapa al historiador, y que está necesaria y paradójicamente condicionado por el presente, es decir, por un desenlace que le lleva inevitablemente

50 Artículo 37 de la ley de 7 Messidor año II, *Moniteur*, 9 Messidor año II, pp. 1139-1140.

51 Bautier Robert-Henry, "Les archives", en Samaran Charles, dir., *Contribution à l'Histoire et ses méthodes, Encyclopédie de La Pléiade,* éd. La Pléiade, 1961, p. 1132.

52 Duclert Vincent, "République et archives", *Revue française d'administration publique*, 2002/2 (no102), pp. 269-276.

53 Se trata, respectivamente, de: "archivo"; "explicación/comprensión"; "representación histórica*", durante la cual tiene lugar* el acto mismo de escribir la historia, véase de Certeau M., *L'écriture de l'histoire*, *op. cit*. pp. 84 y ss.

a reconstruir a la inversa la narración de los hechos históricos y su comprensión. Así, como ha señalado Jan Dhondt, "la historia traza un devenir".[54] Mientras que la historia traza un devenir en forma de descripción, a través de una causalidad imperfecta (blanda) por naturaleza,[55] reconstruida por el historiador, el rasgo distintivo del derecho es trazar un "deber ser" en forma de prescripción que a veces adopta una forma performativa. Su *modus operandi* no se basa en la causalidad sino en la validez de las normas y en la imputabilidad de los hechos a las normas cuya validez se atestigua.[56] Los criterios utilizados para clasificar un documento determinado como archivo público (por oposición a los archivos que pueden calificarse de "privados") determinan en consecuencia su estatuto jurídico y, por tanto, su grado de protección y accesibilidad.[57] También refleja el vínculo entre estos documentos y la expresión de la soberanía en el seno del Estado, soberanía que se encuentra en el centro del paradigma del tratamiento jurídico de Vichy por la República y de la elección de la fecha del 16 de junio de 1940 como inicio del "paréntesis".[58] Esta clasificación procede de una definición dada por la Ley 79-18 de 3 de enero de 1979, que, aunque desde entonces se ha precisado y enriquecido, tiene como núcleo los documentos resultantes de una actividad del Estado (codificados hoy en el artículo L. 211-4 del Código del Patrimonio francés). Ello presupone que el Estado pueda ser identificado, lo que, en el contexto del periodo en cuestión, obligó a tener en cuenta varios paradigmas contradic-

54 Dhondt M. J., "Histoire et reconstitution du passé", en Perelman Chaïm, *Raisonnement et démarches de l'historien*, ULB, ed. de l'Institut de sociologie, 1963, p. 88.

55 Esto forma parte de la propia dinámica de la historia.

56 Sobre esta distinción esencial, véase Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, 1934, trans. H. Thévenaz, 2ª ed. rev. y actualizada, Neuchâtel, ed. de la Baconnière 1953 y 1988, p. 29.

57 Esto significa principalmente la gestión física de estos documentos, la gestión de sus derechos, el modo en que se utilizan (reproducción y comunicación), etc.

58 Esta fecha sitúa el "paréntesis" en un periodo en el que el gobierno del mariscal Pétain aún formaba parte de la Tercera República y que, además, no tenía su sede en Vichy sino en Burdeos. El gobierno del mariscal Pétain no se instaló en Vichy hasta el 1 de julio de 1940.

torios en relación con la *damnatio memoriae* pronunciada por la Orden de 9 de agosto de 1944 contra Vichy entre el 16 de junio de 1940 y "el restablecimiento de la legalidad republicana en el territorio continental". Los paradigmas convergentes no son solo los de la historia y la historiografía, sino también los del derecho vigente en la misma época en la Francia metropolitana. Ambos atestiguan la existencia de un Estado francés activo, incluso proactivo,[59] entre el 10 de julio de 1940 (fecha de la ley constitucional que autoriza al mariscal Pétain a dotar a Francia de una nueva Constitución) y el 7 de septiembre de 1944, fecha en que el mariscal Pétain y su gobierno son obligados a exiliarse por los alemanes en Sigmaringen. El paradigma divergente es el establecido performativa y retroactivamente en el artículo 1 de la Orden de 9 de agosto de 1944: "La forma de gobierno es y sigue siendo la República. En derecho, no ha dejado de existir". Entre el 16 de junio de 1940 y "el restablecimiento de la legalidad republicana en el territorio continental", esta declaración pone en práctica una *damnatio memoriae* contra Vichy, su gobierno y su ley.

A pesar de la brecha abierta en el paradigma de *la fictio legis* por la sentencia *Papon* y el polémico dictamen de *Dame Hoffman* en el ámbito de la responsabilidad del Estado francés por los actos de colaboración en el proceso de deportación orquestado por los nazis,[60] seguía existiendo una brecha entre el relato historiográfico y el relato transmitido por el derecho republicano reinterpretado por el CE. La tensión resultante de la diferencia entre los hechos reales del pasado (el discurso histórico y sus

[59] Prueba de ello fue la introducción en octubre de 1940 de una política conocida como la "arianización de la sociedad", que implicaba la promulgación (sin ninguna petición específica de Alemania) de un estatuto para los judíos y el expolio de las propiedades y bienes en poder de los judíos, Ley de 3 de octubre de 1940 sobre *el estatuto de los judíos*, J.O.*R.F.*, 18 de octubre de 1940, p. 5323; Ley de 2 de junio de 1941 *que sustituye a la Ley de 3 de octubre de 1940 sobre el estatuto de los judíos* (que prescribe su censo), J.O.E.*F. de* 14 de junio de 1941, p. 2475; Ley de 22 de julio de 1941 *sobre las sociedades, bienes y valores pertenecientes a los judíos, J.O.E.F. de* 24 de agosto de 1941, p. 3594. A título informativo, el gobierno de Vichy mantuvo el nombre de J.O.*R.F.* hasta el 4 de enero de 1941. Después cambió su nombre por el de *Journal officiel de l'État français*.

[60] Véase infra, II, 1.

fuentes historiográficas) y la construcción jurídica (reconstruida en este caso) por la Ordenenza de 9 de agosto de 1944 no solo se expresó en el ámbito de la responsabilidad, aunque este fuera el más sensible desde el punto de vista de la memoria colectiva y de la escritura del relato nacional. Una vez más, el CE se enfrentó a las paradojas creadas por la aplicación de la *fictio legis* de la República a la clasificación jurídica de 313 borradores, manuscritos y telegramas elaborados por el general de Gaulle en Londres, es decir, en un momento en el que la Francia Libre solo tenía aún un estatuto precario y en el que, además, toda la comunidad internacional, incluidos los Aliados, reconocía al gobierno del mariscal Pétain y al régimen de Vichy como los de Francia.[61] El 29 de diciembre de 1940, el presidente Roosevelt declaró: "El mariscal Pétain ocupa una posición única tanto en el corazón del pueblo francés como en el gobierno", posición confirmada por muchos otros jefes de Estado de todo el mundo en la misma época.[62] Los documentos en cuestión fueron vendidos por el propio General a su secretario personal, antes de ser vendidos posteriormente a *Aristophil, una* empresa especializada en la compra, venta y tasación de cartas y manuscritos, que entró en suspensión de pagos en 2015, y por la institución privada *Musée des Lettres et Manuscrits, que* Aristophil creó en 2004. Garantizaban la explotación comercial de estos documentos mediante la publicación de obras y la organización de exposiciones. El 25 de abril de 2012, el Estado francés interpuso una acción de reivindicación de estos documentos sobre la base del artículo L. 211-4 del Código del Patrimonio francés. El asunto fue devuelto al CE mediante un recurso de casación contra una resolución del Tribunal Administrativo de París de 12 de mayo de 2017, basada en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, que conocía del asunto en el procedimiento principal, de conformidad con

61 El gobierno de Vichy fue reconocido expresamente por treinta y dos gobiernos extranjeros, no solo en el momento de su constitución, el 16 de junio de 1940, sino también tras la promulgación del Acta Constitucional núm. 1, el 11 de julio de 1940, que estableció formalmente el nacimiento del Estado francés y de un nuevo orden jurídico.

62 En vísperas del desembarco, los Aliados siguieron manteniendo relaciones diplomáticas, tanto secretas como oficiales, con el gobierno de Vichy.

la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Conflictos.[63] Además del cierto interés patrimonial que revestían estos documentos, la mayoría de los cuales estaban escritos de puño y letra del General de Gaulle, su inclusión en el sistema de archivos públicos presuponía, de acuerdo con la definición dada por el Código del Patrimonio francés, que podían estar vinculados a "una actividad del Estado". Más allá de la cuestión preliminar de la aplicación en el tiempo de la definición legislativa de archivo público y de su aplicación a los documentos anteriores a la entrada en vigor de la ley de 1979, que el CE resolvió generalizando el alcance material y temporal de la definición, la cuestión esencial era la de vincular los documentos en cuestión a la actividad de un Estado francés identificable como tal en Londres en aquella época: un Estado dotado por definición de soberanía y con una doble base territorial y demográfica.

La apertura del paréntesis de Vichy por el CE en *Papon* colocó al juez en la tesitura de tener que hacer una elección corneliana, demostrando una vez más los límites de la ficción jurídica establecida por la Ordenenza de 9 de agosto de 1944: o bien reconocer "en consonancia con el reconocimiento de la responsabilidad del Estado francés por las consecuencias de los actos del Gobierno de Vichy" que el General de Gaulle durante ese período no ejerció funciones que pudieran vincularse a la actividad del Estado francés, o bien admitir, de conformidad con la letra de la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 y la teoría del paréntesis de Vichy, que sus funciones sí estaban vinculadas al Estado francés, el único que era a la vez legítimo y legal: aquel cuya continuidad garantizaban las Fuerzas Francesas Libres en Londres y luego en Argel. Para resolver esta cuestión, el CE tuvo que responder a la pregunta preliminar de "dónde estaba el Estado" durante esos dos años.[64] Además de la dificultad que tuvo el CE

[63] Si bien el tribunal es competente en principio, esta competencia se ejerce "a reserva de la *posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el tribunal administrativo en caso de dificultad grave relativa a la determinación del carácter público de dichos archivos*", Tribunal des conflits, civil, 9 de julio de 2012, 12-03.857, Publicado en el boletín.

[64] En palabras del ponente público Edouard Crepey en sus conclusiones en este caso.

para encontrar una solución que se ajustara tanto a la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 como a la jurisprudencia *Papon-Hoffman*, también tuvo que tener en cuenta, como le invitó a hacer el abogado de la empresa Arisophil, una sentencia de la Cour de Cassation (Tribunal Supremo francés del orden judicial) dictada un año antes, el 2 de febrero de 2017, en la que se reconocía el carácter de archivo público —por irónico que parezca— a un mecanografiado de la llamada (Appel) de 18 de junio de 1940 del general de Gaulle, anotado por el propio mariscal Pétain. El Tribunal de Casación había llegado a esta solución sin referirse a la Ordenanza de 9 de agosto de 1944, amparándose en la condición de Jefe de Estado de Pétain, sin siquiera añadir comillas y la perífrasis utilizada por todas las órdenes relativas al restablecimiento de la legalidad republicana: "una autoridad de hecho denominada "gobierno del Estado francés"". La competencia entre los discursos y los relatos relativos a la representación del periodo en cuestión estuvo, pues, marcada por fuertes antagonismos con los consiguientes desafíos jurídicos y simbólicos. Su resolución por el juez del Palacio Real (el CE) era, por tanto, más una cuestión de arte que de artesanía o de jugueteo jurídico, y excedía sin duda el oficio normalmente concedido a un juez "ordinario". El arte de juzgar, quizás más para el CE que para el Tribunal de cassacion, consiste en restablecer *a posteriori* la coherencia de la ley mediante una solución razonada y, para ello, resolver ciertas contradicciones aparentes de la ley. Este arte es tanto más importante cuando la solución contenciosa y la ley en la que se basa contribuyen, como en este caso, del mismo modo que otros discursos, al "régimen de historicidad" de nuestra Nación. Apoyándose en los artículos 3 y 7 de la Ordenanza de 9 de agosto de 1944, el Consejo confirmó, sin sorpresa, el carácter estatal de las funciones ejercidas por el general de Gaulle en Londres durante este período y el estatuto de archivo público de los documentos en cuestión, no dudando en considerar que las instituciones de la Francia Libre eran, desde entonces, "depositarias de la soberanía nacional y aseguraban la continuidad de la República". Este análisis también podría basarse en parte en elementos de hecho, ya que, en diciembre de 1940, fecha de los documentos más antiguos en cuestión, a diferencia del período comprendido entre el 16 de junio y el 7 de agosto de 1940, la Francia Libre

podía reivindicar una verdadera base territorial (a través de los primeros territorios del Imperio que se habían unido a su causa) y una administración embrionaria con, al *menos,* "vocación de Estado".[65] Ni el CE, ni su ponente público (*rapporteur public*) se preocuparon de tales consideraciones, asumiendo (aunque este último afirmó que no era así) la *fictio juris* de la Ordenenza de 9 de agosto de 1944 y la "ilegitimidad de intención" vinculada a la elección de la fecha del 16 de junio de 1940 como punto de partida de la abdicación del mariscal Pétain de la soberanía francesa, que pasó entonces a manos del general De Gaulle. Sin embargo, no cuestionó el estatuto de archivos públicos concedido a los archivos de Vichy, declarando "irrelevante" esta "circunstancia", aunque no fuera objeto de la demanda que se le había presentado, del mismo modo que la circunstancia, también invocada por el abogado de los demandantes, derivada del reconocimiento de la responsabilidad del Estado francés respecto a la administración de Vichy. En las conclusiones del ponente público se afirma que estos documentos deben considerarse archivos públicos "por asimilación", expresión que no se utiliza en la sentencia, que aborda esta cuestión mediante pretermisos. Así, si bien se ha suprimido el paréntesis del régimen de Vichy, permanecen las comillas y las perífrasis, que el CE se preocupa de destacar en su sentencia, a diferencia de su homólogo del otro lado del rio Sena[66] (el Tribunal de Casación). Esta lógica de asimilación de Vichy, tras la de suspensión del paréntesis, permite resolver de forma bastante original las contradicciones presentes en el mecanismo de *la fictio legis* instituido en 1944 y reinterpretado por el CE. Evita consagrar la aporía jurídica y lógica de la coexistencia de dos Estados franceses porque, como decía Hans Kelsen, "nadie puede servir a dos amos a la vez".[67]

65 *Idem*.

66 El rio que cruza París.

67 Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. según la 2ª ed. de Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 431.

IV. Conclusión

A través de estas sentencias, y de esta en particular, el CE francés demuestra que sigue siendo no solo el guardián del Estado de derecho, sino sobre todo el guardián del propio Estado, en su expresión más sustancial. En Francia, desde 1789, como decíamos en la introducción de este estudio, el Estado es a la vez el "productor de la Nación" y el "instituidor de lo social".[68] El CE, más que ninguna otra institución pública francesa, siempre ha sido plenamente consciente de la importancia de este paradigma del Estado francés. En efecto, en el largo tiempo transcurrido desde su creación en 1799 bajo el Consulado, ha sido a la vez un actor histórico en cada secuencia de la historia constitucional francesa y el autor de su relato político y jurídico. Desde el punto de vista jurídico, esta narración adopta la forma dworkiniana de la escritura de la novela en cadena,[69] cuya coherencia interna el CE ha sabido restablecer con bastante precisión, sin comprometer al Estado ni en su dimensión sustantiva (republicana) ni en su dimensión formal, ya que Vichy no encarna en modo alguno la "expresión política del Estado".[70] El prisma del Estado, arraigado en la cultura política y jurídica francesa, está en el centro de la visión que los republicanos tienen de Vichy y de su legado. La orquestación de su olvido jurídico sigue siendo compleja y no exenta de contradicciones, resueltas tanto práctica como retóricamente por el uso confirmado por el CE de comillas y perífrasis para referirse a Vichy y a su ley y a un pasado que, hagamos lo que hagamos, en 1944, en 2018 o en 2024,[71] seguirá "sin olvidarse" pero tendrá la inmensa ventaja, a ambos lados de la Mancha (en Londres como en Vichy), independientemente de la coherencia del relato presentado por el juez del Palacio Real, de ver sus archivos sometidos al régimen de los archivos de la Nación,

68 Rosenvallon P., *L'État* en France de 1789 à nos jours, *op. cit*.

69 Dworkin R., "La chaîne du droit", *Droit et Société* Paris, 1985, p. 5179; Dworkin R., , *L'empire du droit*, trans. Élisabeth Soubrenie, París, PUF, coll. Recherches politiques, pp. 250-254.

70 Expresión tomada de Édouard Crepey, *op. cit*.

71 Conan E., Rousso H., *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Folio Histoire, Gallimard, 1996, p. 528.

favorable a su conservación y consulta por cada ciudadano. De este modo, la narrativa republicana, a través del doble prisma del régimen de Vichy (negativo) y del Estado republicano (positivo), orquestada por una ley concebida como "resistente" y por un juez que reajustó sus efectos más radicales, desempeñó un papel decisivo en la construcción de una cultura constitucional muy específica que, en algunos aspectos, refleja la función misma de la constitución como instrumento de limitación del poder y de resistencia a la opresión, resistencia que puede adoptar la forma última de una ruptura con el pasado y dar lugar a un nuevo instrumento constitucional, como fue el caso de la Liberación. En 1945, como en 1946, y sobre todo en 1958, el momento constituyente rompió también con la tradición republicana de rechazo de la consulta directa al pueblo, con la tradición bonapartista, abriendo la puerta al retorno de la cultura constitucional del líder heredada de la tradición legitimista.

El régimen presidencial parlamentarizado peruano ¿qué revisar o cambiar ante la actual crisis política?

***

The parliamentarized presidential regime in Peru: what should be reviewed or changed in light of the current political crisis?

*Francisco José Eguiguren Praeli**

Resumen: el autor analiza cómo el régimen de gobierno peruano, de tipo presidencial "parlamentarizado", funciona de manera muy distinta según la composición política del parlamento y su relación de respaldo o confrontación con el Poder Ejecutivo. Ante la profunda crisis política institucional vigente, plantea qué aspectos podrían ser objeto de revisión o reforma.

Abtract: the author analyzes how the Peruvian system of government, of the "parliamentarized" presidential type, works very differently depending on the political composition of the

* Abogado, Magister en Derecho Constitucional y Doctor en Humanidades por la Pontificia Universidad Católica del Perú " PUCP. Profesor Principal, en el Área de Derecho Constitucional, en dicha universidad. Presidente de la Sociedad Peruana de Constitucionalistas. Ha sido: Jefe del Departamento Académico de Derecho y Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la PUCP; Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas; Director General de la Academia de la Magistratura; Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Ministro de Justicia y Derechos Humanos; Embajador del Perú en el Reino de España; Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos " CIDH.

parliament and its relationship of support or confrontation with the Executive Branch. In view of the current deep institutional political crisis, it raises the question of which aspects could be subject to revision or reform.

Palabras clave: régimen presidencial parlamentarizado, segunda vuelta presidencial, responsabilidad del presidente, juicio político, bicameralidad.

Keywords: Parliamentarized presidential regime, presidential runoff, responsibility of the president, impeachment, bicameralism.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Cómo ha funcionado este régimen presidencial "parlamentariazado" bajo las constituciones de 1979 y 1993? III. ¿Cabe abandonar el régimen presidencial? IV. La escasa utilidad política de la segunda vuelta en la elección del presidente. V. Las muy limitadas causales para la acusación constitucional al presidente durante su mandato y la distorsión en el uso de la vacancia por incapacidad moral. VI. La acusación constitucional y el juicio político. VII. La disolución del Congreso. VIII. El retorno a la bicameralidad parlamentaria.

I. Introducción

El régimen político tradicionalmente existente en el Perú, adoptado desde su primera Constitución de 1823 y configurado sustancialmente desde mediados del siglo xix, si bien es de tipo presidencial, como es común en los estados latinoamericanos, tiene características muy particulares, que lo diferencian de la mayoría de los imperantes en los países de la región. Esta peculiaridad radica en que, sobre la base del sistema presidencial, se ha incorporado una gran cantidad de instituciones propias de los regímenes parlamentarios, por lo que suele caracterizársele como un sistema presidencial "atenuado" o "parlamentarizado".

Para describirlo, diremos que tiene a la cabeza al presidente de la República, elegido directamente por el pueblo, quien ejerce simultáneamente las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno y carece de responsabilidad política ante el Congreso; su

mandato es de duración fija, tradicionalmente con prohibición de reelección inmediata. No obstante, a diferencia del sistema presidencial clásico (inspirado en los Estados Unidos de Norteamérica) desde un inicio se estableció la necesidad del refrendo ministerial para la validez de los actos y decisiones del presidente. Posteriormente, se introdujeron el Consejo de Ministros, un presidente de dicho Consejo, la responsabilidad política de los ministros ante el Congreso (a través de la interpelación, censura y otorgamiento de confianza), así como (desde la Constitución de 1979) la posibilidad de disolución del Congreso por el Presidente.

Cabe tener presente que luego de proclamada la independencia, el 28 de julio de 1821, el debate político para decidir la forma de gobierno que debía adoptar la nueva nación peruana se centró en la discusión entre monarquía constitucional o república. Tal debate se resolvió rápidamente, en el primer congreso constituyente de 1822, a favor de la república, lo que condujo a asumir, sin mayor discusión, el régimen presidencial.

Sin embargo, la ideología liberal predominante en la mayoría de los cuerpos constituyentes, que aprobaron nuestras varias constituciones del siglo XIX (8 entre 1823 y 1867), así como la reacción frente a la experiencia de gobiernos autoritarios o dictatoriales a cargo de caudillos militares durante las primeras décadas de vida republicana, explica la introducción de instituciones de origen parlamentario para intentar limitar y controlar el poder político del presidente.

Ya en el siglo XX, como reacción ante el gobierno denominado "el oncenio", del presidente Leguía (1919-1930) posibilitado mediante sucesivas reformas constitucionales para permitir la reelección presidencial inmediata, la Constitución de 1933 insistió en consolidar las instituciones de corte parlamentario y confirió mayores atribuciones políticas al Congreso. El resultado, sin embargo, no aportó a la gobernabilidad y funcionamiento del régimen democrático, pues la mayoría de los gobiernos elegidos durante la vigencia de esa Constitución no lograron culminar su mandato cuando el parlamento estuvo dominado por la oposición, porque se generaron conflictos y bloqueos políticos que culminaron en golpes militares (casos de Bustamante: 1945-48; Prado: 1956-62; Belaunde: 1963-68).

Influenciadas por esta experiencia de inestabilidad política e ingobernabilidad, las Constituciones de 1979 y 1993 optaron por fortalecer el poder del presidente y el Poder Ejecutivo, así como por debilitar el peso político del Congreso, pero sin eliminar las instituciones de control político de corte parlamentario. Se adoptó así la limitación de la participación del Congreso en el manejo económico del Estado y la generación de gasto público, se reconoció facultades legislativas al Poder Ejecutivo (legislación delegada, decretos de urgencia, y aprobación de convenios internacionales ejecutivos), así como la potestad presidencial de disolución del Congreso, cuando éste haya censurado o negado confianza a tres gabinetes ministeriales (Constitución de 1979) o a dos gabinetes (Constitución de 1993).

II. ¿Cómo ha funcionado este régimen presidencial "parlamentariazado" bajo las constituciones de 1979 y 1993?

Observando la experiencia política peruana de los últimos 90 años, se puede afirmar que la principal *conclusión* sobre las implicancias de incorporar en un régimen presidencial numerosas instituciones de tipo parlamentario, es que *el mismo diseño normativo constitucional funciona de manera bastante distinta según la composición política del Congreso y su relación de respaldo o confrontación con el Poder Ejecutivo*. De este modo, cuando un gobierno obtuvo o conformó una mayoría parlamentaria que le sea favorable, culminó su mandato sin mayores problemas de inestabilidad, pero con escaso control político, lo que, a menudo, favoreció un régimen inclinado al autoritarismo o al poder personal del presidente. En cambio, cuando el Poder Ejecutivo tuvo que enfrentar congresos dominados por la oposición, más aún si estas adoptaron conductas confrontacionales, lo frecuente fue que el gobierno no logre culminar su mandato (por golpes o autogolpes de estado) o que haya afrontado gran inestabilidad política.

Durante el presente siglo, bajo la misma Constitución de 1993, los gobiernos de los presidentes Alejandro Toledo (2001-2006), Alan García (2006-2011) y Ollanta Humala (2011-2016), donde el Congreso no estuvo controlado por la oposición ni el

gobierno contó con mayoría propia, se desenvolvieron con razonable normalidad y control político parlamentario. En cambio, desde el período presidencial 2016-2021, donde el Congreso estuvo ampliamente controlado por la oposición, se ha instalado una etapa de gran inestabilidad política y polarización. Es así que el presidente Kuczynski tuvo que renunciar antes de cumplir dos años de gobierno, cuando era inminente su destitución ante un segundo pedido de vacancia. Su reemplazante, el vicepresidente Martín Vizcarra, a pesar que logró la disolución de ese Congreso, afrontó con el nuevo Parlamento dos pedidos de vacancia, el segundo de los cuales consiguió vacarlo. Asumió la presidencia el presidente del Congreso Manuel Merino, quien a los pocos días tuvo que renunciar ante la movilización popular y juvenil contra su designación y el rechazo a la violenta represión frente a la protesta. Finalmente, el Parlamento eligió presidente al congresista de minoría Francisco Sagasti, quien pudo culminar el mandato, seguramente por el breve lapso que quedaba.

Que en un mismo período gubernamental de cinco años se haya contado con cuatro presidentes y dos congresos, evidencia la magnitud de esta crisis política. Este escenario no cambió sustancialmente en el nuevo período presidencial 2021-2026, que ha dejado un país políticamente muy polarizado. La elección del presidente Pedro Castillo, como expresión inorgánica del rechazo popular frente a los grupos políticos existentes, nuevamente colocó a un Presidente enfrentado con un Congreso fraccionado pero dominado por una oposición conservadora y confrontacional. Castillo fue vacado también antes de cumplir dos años de gobierno, luego de un fallido intento de autogolpe de estado.

Cabe tener presente que el gobierno de Castillo presentó ante el Congreso una propuesta legislativa de reforma constitucional para convocar a una asamblea constituyente que elabore una nueva Constitución (punto central de su campaña electoral) la que fue rechazada. Luego el Parlamento aprobó una ley que impide a la ciudadanía promover directamente la convocatoria a un referéndum para la aprobación de reformas constitucionales, señalando que cualquier reforma de la Constitución tiene que ser aprobada previamente en el Congreso.

Vacado y detenido Castillo, lo reemplazó la vicepresidenta Dina Boluarte, quien rápidamente, y sin mayor explicación polí-

tica, abandonó su discurso de campaña y se ha sometido a la hegemonía del Congreso, estableciéndose una suerte de pacto tácito de "sobrevivencia" entre el Gobierno y el Parlamento (ambos actualmente con menos del 10% de aprobación popular) bajo el interés común de permanecer en sus cargos hasta las elecciones del 2026. ¿Lo lograrán?

A poco de asumir el cargo de presidenta, Boluarte presentó ante el Congreso un pedido de adelanto de elecciones generales, lo que, obviamente, no fue aprobado por el Parlamento. Ante esta negativa parlamentaria, podía renunciar al cargo, lo que constitucionalmente forzaba al presidente del Congreso a asumir temporalmente la presidencia y convocar a elecciones. Pero ella no lo hizo, ni ha vuelto a plantear el tema, a pesar de la gran desaprobación popular a su gestión. Mientras tanto, el Congreso aprobó una ley de reforma constitucional que restituye la bicameralidad y la reelección parlamentaria inmediata, que modifica la cuarta parte del articulado constitucional, pero persiste en la negativa de acudir a un proceso constituyente para elaborar una nueva Constitución.

El actual Congreso ha asumido como discurso político que es "el primer poder del estado", algo que la Constitución no contempla ni nuestra tradición política tampoco. La existencia de un gobierno políticamente débil y la anuencia del Tribunal Constitucional (que debe su designación al Congreso) han favorecido la hegemonía política real del órgano parlamentario, quien ha aprobado varias leyes ordinarias que introducen limitaciones en las competencias políticas del Ejecutivo, las que, aunque fueron objeto de cuestionamiento de inconstitucionalidad, han sido convalidadas por el Tribunal.

III. ¿Cabe abandonar el régimen presidencial?

Al igual de lo sucedido en otros países latinoamericanos, los excesos del presidencialismo llevaron a que, principalmente desde el ámbito académico, algunos plantearan, aunque sin lograr mayor acogida, la conveniencia de abandonar nuestro tradicional régimen presidencial y sustituirlo por una forma de gobierno de tipo parlamentario o semipresidencial.

Como hemos descrito, el régimen presidencial peruano es el más "parlamentarizado" de Latinoamérica y nunca ha sido un sistema presidencial "puro" o clásico. Quizás por esta existencia de numerosas instituciones típicas de regímenes parlamentarias, algunos autores, principalmente extranjeros, lo han definido como "semipresidencial", aduciendo la existencia de un gabinete, responsabilidad política de los ministros ante el parlamento, y que el nuevo gabinete designado por el Presidente de la República debe obligatoriamente solicitar y obtener (según prevé la Constitución de 1993) el voto de confianza del Congreso (mal denominado voto de "investidura") para continuar en funciones. Considero un error calificar al actual régimen político peruano como semipresidencial, pues no existe un primer ministro que sea jefe de Gobierno, siendo el presidente de la República simultáneamente jefe de Estado y jefe de Gobierno, quien elige y remueve libremente a sus ministros; mientras que el Presidente del Consejo de Ministros y su Gabinete no pueden adoptar, sin la aprobación del presidente de la República, actos o decisiones de gobierno.

El régimen presidencial parlamentarizado ha operado en nuestro país desde hace más de 150 años y forma parte de nuestra constitución histórica y de la realidad política. El presidente de la República es quien ostenta el liderazgo y la legitimidad política y social, siendo su elección la que concita el interés popular, mientras que la elección del Congreso (que se realiza simultáneamente a la presidencial) tiene un rol secundario; a pesar que, como hemos anotado, la composición política del Parlamento desempeña un rol importante en el funcionamiento del régimen político, e incide en la estabilidad y gobernabilidad.

En la realidad política peruana, la adopción de un régimen de tipo parlamentario carece de toda viabilidad política. Desde hace buen tiempo, no existen verdaderos partidos políticos y la representatividad y legitimidad de tales grupos es muy escasa, al igual que el desprestigio del Congreso. Sin el sustento de partidos políticos sólidos no parece sensato, ni tendría respaldo social, una reforma constitucional para adoptar el régimen parlamentario.

En cuanto al tránsito hacia un régimen de tipo semipresidencial, nuestro sistema presidencial "parlamentarizado" tiene ya

parte del camino avanzado. El paso decisivo y pendiente sería aprobar, mediante una reforma constitucional, la transferencia de diversas atribuciones de gobierno (quizás no de todas) que tradicionalmente nuestras constituciones han encomendado al presidente de la República, que pasarían al presidente del Consejo de Ministros y su Gabinete. Por ejemplo, el control del orden público, el manejo de la política económica, la administración pública, el ejercicio de potestades legislativas o reglamentarias del Poder Ejecutivo. Dada la trascendencia de esta reforma para nuestro tradicional régimen político, tendría que evaluarse con mucho detalle la conveniencia y consecuencias de que el presidente de la República conserve las funciones de jefe de Estado y algunas atribuciones de gobierno, aquellas cuya decisión y dirección se considere indispensable por el liderazgo político que deba mantener.

La exclusión de responsabilidad política del presidente ha favorecido excesos, arbitrariedad e impunidad presidencial. Actualmente, la exigencia de responsabilidad política a los ministros ante el Congreso, mediante la interpelación, censura, o denegación del voto de confianza, permite la caída y el cambio de gabinete o ministro involucrado, pero no garantiza la modificación de la política gubernamental. Ante esta situación, transferir algunas atribuciones de gobierno al presidente del Consejo de Ministros y al Gabinete daría mayor equilibrio y efectividad al control político del Congreso, pues se ejercería contra quienes directamente adoptan las decisiones; sin afectar la continuidad de la función y el mandato del presidente de la República.

IV. La escasa utilidad política de la segunda vuelta en la elección del presidente

La Constitución de 1933 disponía que para ser elegido presidente de la República el candidato ganador debía obtener al menos un tercio de la votación general; si ninguno lo obtenía, correspondía al Congreso elegirlo entre los tres candidatos que contaban con las mayores votaciones. Al optar la Constitución de 1979 por fortalecer las atribuciones del Poder Ejecutivo, como respuesta a las crisis de gobernabilidad que afrontaron la mayo-

ría de los gobiernos elegidos bajo la vigencia de la Carta de 1933, se consideró necesario afianzar la legitimidad social y política del presidente, exigiendo para su elección obtener más de la mitad de los votos válidamente emitidos. Si ninguno lo lograba en la primera votación, se procedería a una segunda vuelta, entre los dos candidatos más votados, pero esta vez ya no elegiría el Congreso sino una votación popular directa. Como parte de un acuerdo político, este sistema se aplicaría recién en las elecciones presidenciales de 1985. Para el proceso electoral presidencial inmediato, de 1980, se exigiría que el ganador obtenga al menos el 36% de los votos; si no lo lograba, elegiría el Congreso, por el voto de más de la mitad del número legal de integrantes de cada Cámara, entre los dos candidatos más votados.

Sin embargo, el "debut" de la segunda vuelta no llegó a materializarse en las elecciones de 1985. En la primera vuelta, Alan García (APRA) obtuvo cerca del 47% del total de los votos emitidos, por lo que debía realizarse la segunda vuelta. Pero el candidato que obtuvo la segunda votación, Alfonso Barrantes (Izquierda Unida), con una votación algo inferior a la mitad de los votos de García, anunció que renunciaba a participar en la segunda vuelta. El Jurado Nacional de Elecciones, en un contexto político complejo, porque su presidente sufrió un grave atentado terrorista contra su vida, aceptó la renuncia de Barrantes. De este modo, Alan García fue proclamado presidente, sin que se realice la segunda vuelta ni haber alcanzado la votación formalmente exigida por la Constitución.

En las elecciones de 1990 si se realizó la segunda vuelta, en la que participaron el escritor Mario Vargas Llosa, que había obtenido la mayor votación en la primera vuelta (aunque inferior a la que se vaticinaba) y Alberto Fujimori, quien lo superó ampliamente en la segunda vuelta. Pero la representación parlamentaria de Fujimori era la tercera fuerza en el Congreso, por lo que, sin intentar establecer algún acuerdo o colaboración, el 5 de abril de 1992 dio un autogolpe de estado (con apoyo de la cúpula militar) rompiendo el orden constitucional y disolviendo inconstitucionalmente el Congreso.

La nueva Constitución de 1993, con claro dominio político del fujimorismo, mantuvo la segunda vuelta, aunque excluyó del

cómputo para determinar el logro de la mayoría exigida los votos nulos o en blanco; incorporó la posibilidad de reelección presidencial inmediata, por una sola vez. En las elecciones generales de 1995, Fujimori triunfó en primera vuelta y obtuvo mayoría absoluta en el Congreso, aunque la credibilidad de estos resultados suscitó dudas, ante el copamiento de las instituciones electorales por el régimen autoritario.

En las cinco elecciones presidenciales realizadas durante el presente siglo, ha sido necesario recurrir a la segunda vuelta; de ellas, en dos ocasiones obtuvo el triunfo final el candidato que había quedado segundo en la primera vuelta: Alan García contra Humala (2006) y Kuczynski contra Keiko Fujimori (2016). De estas experiencias pueden formularse algunos comentarios sobre los efectos políticos de la segunda vuelta presidencial: a) Por realizarse únicamente para la elección del Presidente, la segunda vuelta no tiene mayor incidencia en la composición política del Congreso, ni garantiza al ganador contar con mayoría parlamentaria, asunto que, como hemos visto, puede tener decisiva influencia en el funcionamiento y la gobernabilidad de nuestro régimen presidencial "parlamentarizado; b) la segunda vuelta contribuye a la polarización política, propiciando el voto "anti" contra alguno de los candidatos o de escoger a quien se percibe como "el mal menor"; c) el respaldo que obtiene el candidato ganador en la segunda vuelta no conlleva, normalmente, un apoyo político real ni duradero del electorado.

Por estas razones, la utilidad política de la segunda vuelta presidencial, para el fortalecimiento de la democracia peruana, ha sido muy escasa. La elección de los presidentes Kuczynski (2016-21) y Castillo (2021-26), quienes enfrentaron una oposición parlamentaria mayoritaria y confrontacional, evidencia lo políticamente relativo que significó su triunfo en la segunda vuelta, pues ninguno de ambos tuvo un régimen estable ni llegó a cumplir siquiera dos años de gobierno.

Ello me lleva a considerar conveniente eliminar la segunda vuelta en la elección presidencial, estableciendo como requisito para ganar el obtener una mayoría relativa significativa, a determinar entre el tercio y el 40% de la votación; procediendo el Congreso, si ningún candidato alcanza esta votación en primera

vuelta, a elegir al presidente entre los dos candidatos más votados. De este modo, resulta más factible que el designado por el Congreso cuente, al menos inicialmente, con el respaldo de una mayoría parlamentaria o de un acuerdo de gobernabilidad. En cambio, no soy favorable a extender la segunda vuelta también a las elecciones parlamentarias, pues afectaría el pluralismo y representatividad política real en la composición del Congreso.

V. Las muy limitadas causales para la acusación constitucional al presidente durante su mandato y la distorsión en el uso de la vacancia por incapacidad moral

Desde mediados del siglo XIX, nuestras constituciones han limitado severamente los casos en que el presidente de la República puede ser acusado ante el Congreso durante el ejercicio de su mandato. Ello alegando la necesidad de preservar la continuidad de la función presidencial. Con un contenido sustancialmente similar a ellas, el artículo 117 de la vigente Constitución solo permite acusar al presidente por traición a la patria, por disolver el Congreso fuera del supuesto previsto en la Constitución, por impedir las elecciones generales, regionales o municipales, o el funcionamiento de los órganos electorales. Se trata de un listado taxativo muy restrictivo, frente al régimen general aplicable a los demás altos funcionarios del Estado, que permite acusarlos y someterlos a antejuicio o juicio político por todo delito de función o infracción a la Constitución que cometan en el ejercicio de su cargo.

Ciertamente tan limitadas causales hicieron casi "intocable" al presidente, e inviable la procedencia de acusaciones en su contra mientras ejerce el cargo. Aplicando esta norma constitucional, la Fiscalía de la Nación archivó casi automáticamente cualquier denuncia contra el presidente que no se refiera a tales imputaciones. Más recientemente, se ha admitido el inicio y continuidad de la investigación de las denuncias hasta llegar a la fase de acusación, donde se suspende y reserva el caso hasta que cese en el cargo.

Debido a estas restricciones, desde el gobierno del presidente Kuczynski (2016), el Congreso ha utilizado con frecuencia la figura de la vacancia por permanente incapacidad moral (artículo 213, inciso 2). Si bien esta norma se contempla desde anteriores constituciones, no tuvo mayor uso. Se aplicó a fines del 2000 contra el presidente Fujimori, quien encontrándose en el extranjero presentó renuncia al cargo, pero el Congreso desestimó aceptarla o vacarlo por abandono del cargo, prefiriendo destituirlo por incapacidad moral. Ello marcaría el inicio de un nuevo sentido de aplicación de esta norma. Luego el Tribunal Constitucional, llenando un vacío constitucional, dispuso que esta causal específica de vacancia debía ser aprobada por dos tercios del número legal de congresistas, aunque sin aportar desarrollo sobre el contenido o alcances de la vacancia por incapacidad moral.

Si bien la referida norma constitucional autoriza al Congreso a declarar la vacancia del presidente por permanente incapacidad física o moral, existía debate sobre si lo moral debía entenderse como mental, o también como imputación de inconductas presidenciales que configuren indignidad para el desempeño de la función. A partir de la vacancia de Fujimori se adoptó una aplicación bastante amplia de la norma, lo que ha incidido en que sea planteada reiteradamente contra los presidentes de los últimos seis años, por el Congreso dominado por una oposición confrontacional.

Lo grave es que esta causal de vacancia no solo se ha formulado para imputaciones de inconductas "morales", sino invocando posibles delitos, no previstos para la acusación penal al Presidente en su mandato, ni sujetos aún a juicio o condena; o por actos o conductas producidas con anterioridad al ejercicio de la función presidencial. En el caso del Presidente Castillo también se planteó la vacancia por decisiones políticas que supondrían ineptitud o mal desempeño del cargo, o la desaprobación parlamentaria de su gestión. De este modo, la vacancia por incapacidad moral se ha instrumentado por la oposición parlamentaria, peligrosamente, como una suerte de "censura política" al presidente, algo inexistente en el régimen presidencial y en nuestra Constitución; quedando simplemente supeditada a que el Congreso obtenga el número de votos requeridos para aprobarla.

Consideramos que este sentido de interpretación y aplicación de la norma se aparta de un criterio razonable y objetivo sobre la verificación de esta causal de vacancia, convirtiéndola en un instrumento discrecional de contenido esencialmente político, que amenaza la continuidad en el cargo del presidente que no cuenta con mayoría parlamentaria. Más adecuado sería que esta causal de vacancia se limite a la permanente incapacidad física o mental, médicamente comprobadas, debiendo simultáneamente ampliarse las causales por las cuales el presidente pueda ser acusado, por delitos o infracciones constitucionales, durante su mandato. En todo caso, ante imputaciones de reproche moral o mal desempeño político del presidente, siempre quedaría abierta la exigencia parlamentaria o social de su renuncia.

Sin embargo, en un sentido claramente opuesto, recientes decisiones de la actual composición del Tribunal Constitucional sostienen que la vacancia por incapacidad moral es una modalidad suigéneris del juicio político, pudiendo el Congreso, discrecionalmente, imputar una infracción o desaprobación política al presidente, siempre que la apruebe con el número de votos requeridos. Tal interpretación contribuye a normalizar la instrumentación política de la vacancia por incapacidad moral, con su pernicioso efecto para la estabilidad democrática y la gobernabilidad.

VI. La acusación constitucional y el juicio político

Tradicionalmente en el Perú, la denuncia o acusación constitucional contra altos funcionarios, motivada en la imputación de delitos en la función o infracciones constitucionales, daba lugar al denominado Antejuicio Político. El procedimiento se desarrollaba ante el Congreso, y si este aprobaba haber mérito para la formación de causa penal, el acusado quedaba suspendido en su cargo y sometido a juicio ante la Corte Suprema. Sin embargo, la Constitución de 1993 (artículos 99º y 100º) introdujo algunos cambios, en su momento poco explicitados, sin duda influidos por la experiencia fallida de acusación al expresidente Alan García después de su primer mandato, durante el régimen fujimorista. La principal innovación fue habilitar al Congreso no solo a

suspender al acusado, sino a poder destituirlo del cargo e inhabilitarlo para ejercer toda función pública hasta por diez años.

Tiempo después, el Tribunal Constitucional (en la sentencia 00006-2003-PI) interpretó que, con esta innovación, contábamos con dos procedimientos: el tradicional Antejuicio y el Juicio Político. El primero procedía por imputación de delitos cometidos en el ejercicio de la función, mientras que el segundo por infracciones de orden político a la Constitución. Dispuso que el Antejuicio tenía que ser aprobado por más de la mitad del número legal de Congresistas, mientras que el juicio político por dos tercios de ellos, en ambos casos sin la participación de los integrantes de la Comisión Permanente, por ser el órgano que aprueba la acusación que se somete ante el Pleno del Congreso. Aprobado el Antejuicio, el acusado queda sujeto a juicio penal ante la Corte Suprema que, de emitirse sentencia condenatoria, habilita al Congreso a imponer las sanciones políticas de destitución o inhabilitación. En cambio, de aprobarse la acusación en el Juicio Político, el Congreso impone directamente estas sanciones.

Los últimos años han puesto en evidencia diversos casos de excesos del Congreso al aprobar sanciones en el juicio político contra altos funcionarios que le resultaban incómodos. La falta de una tipificación más específica de conductas que configuren infracciones a la Constitución ha favorecido que el Congreso, mediante imputaciones genéricas, imponga sanciones de destitución o inhabilitación política. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecieron que el sancionado en este procedimiento político parlamentario podía cuestionar la sanción impuesta ante el órgano jurisdiccional, una reciente decisión de la actual composición del TC, sorprendentemente, ha señalado que la sanción en el juicio político tiene carácter discrecional del Congreso, por lo que no es susceptible de revisión en sede jurisdiccional al tratarse de una *political question*.

Siendo el Congreso un órgano político y no jurisdiccional, la experiencia demuestra que es poco esperable su accionar objetivo y ponderado al momento de imponer sanciones, por lo que cabría revisar la conveniencia de mantener esta potestad sancionadora directa en el Juicio Político a altos funcionarios.

VII. La disolución del Congreso

Como contrapeso político a la competencia del Congreso para aprobar la censura o denegación de confianza a los ministros, la Constitución de 1979 incorporó a nuestro régimen político la potestad del presidente para disolver la cámara de diputados, cuando esta haya censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros; la Carta de 1993 redujo de tres a dos el número de consejos de ministros derribados por el Congreso para autorizar su disolución.

Fujimori disolvió inconstitucionalmente el Congreso en 1992, dando un autogolpe de estado, y Castillo intentó lo mismo en diciembre de 2022. Fue durante el gobierno del presidente Vizcarra (en septiembre de 2019) que se dispuso la disolución del Congreso invocando la denegación "fáctica" de confianza a un segundo gabinete. Si bien esta medida fue cuestionada por la subsistente Comisión Permanente del Congreso en un proceso competencial, el Tribunal Constitucional de entonces confirmó su validez señalando que la "denegación fáctica" de confianza se producía excepcionalmente cuando el Congreso, con sus decisiones concretas, actuaba en sentido contrario respecto al otorgamiento de confianza formalmente aprobado. Algún tiempo después, otro Congreso aprobó una ley que limita severamente los casos en que el Poder Ejecutivo puede plantear cuestión de confianza (no cabe respecto de proyecto de ley o de reforma constitucional) y descarta su denegación fáctica, indicando que lo determinante es el sentido del voto aprobado en el Congreso. Esta ley fue confirmada en su constitucionalidad por el actual TC, cambiando el criterio anterior.

Considero que la exigencia de un determinado número de gabinetes ministeriales censurados o con denegación de confianza para habilitar la disolución del Congreso, ha resultado políticamente contraproducente. Propicia un abuso del planteo de cuestiones de confianza por el Gobierno, buscando su denegación, o la "falsa" aprobación de confianza por el Congreso, buscando evitar que se configure la caída del Gabinete; en ambos casos, se recurre a estas maniobras para conseguir o evitar, según el caso, que se produzca la causal que habilita la disolución del Congre-

so. Frente a esta situación cabrían varias opciones de reforma: La primera, sería eliminar la potestad presidencial de disolución del Congreso; la segunda, que me parecería mejor, sería dejar de condicionar la disolución del Congreso a la caída previa de gabinetes de ministros, pudiendo ser derribados y simplemente reemplazados, pero permitiendo que el presidente pueda disponer la disolución del Parlamento, por una sola vez durante su mandato, cuando considere que el conflicto político entre ambos órganos impide el desarrollo de su gestión o hace inviable la gobernabilidad. La disolución permite que sea el pueblo, mediante la elección de un nuevo Congreso, quien dirima estos conflictos y determine cuál será la composición política del nuevo Parlamento.

VIII. El retorno a la bicameralidad parlamentaria

Una reciente reforma constitucional aprobada por el Congreso (Ley 31988), sin recurrir al referéndum popular ratificatorio, ha restablecido la bicameralidad parlamentaria y la posibilidad de reelección inmediata de los congresistas. Cabe recordar que, en diciembre de 2019, un referéndum sobre propuestas de reforma constitucional aprobó abrumadoramente el rechazo de la bicameralidad y la reelección inmediata de los congresistas. La reforma aprobada se aplicará a partir de las próximas elecciones generales de 2026.

En el nuevo Congreso bicameral, la función legislativa contempla la aprobación del proyecto de ley en Diputados y su revisión en el Senado; lo resuelto en el Senado será definitivo y no retornará a revisión en Diputados. Las funciones de control político, tales como interpelación, censura u otorgamiento de confianza a los ministros, y la conformación de comisiones investigadoras, corresponderán a la Cámara de Diputados. El Senado tendrá a su cargo el nombramiento o ratificación de altos funcionarios, como los integrantes del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Contralor, el Presidente y Directorio del Banco Central de Reserva y el Superintendente de Banca y Seguros. Asimismo, la aprobación del Antejuicio y el Juicio Político. También el Senado ejercerá control de la legislación delegada y

decretos de urgencia dictados por el Ejecutivo, así como la aprobación de los tratados y la prórroga de los estados de excepción. Como se puede apreciar, se otorga un rol político preponderante al Senado, pues tendrá la última palabra en materia legislativa y concentra el nombramiento o ratificación de las altas autoridades del Estado. La norma constitucional establece el número básico de integrantes de cada Cámara (130 diputados y 60 senadores), encomendando a la ley determinar la forma de elección de los congresistas, así como el incremento de su número.

El retorno a la bicameralidad venía siendo un reclamo de los expertos, ante la pobre labor legislativa y cuestionadas decisiones políticas del Congreso unicameral, que se traduce en el muy alto porcentaje de desaprobación popular a su gestión. Sin embargo, nada garantiza que la bicameralidad permita superar esta situación, aunque ello sería deseable. Dependerá sustancialmente de la mejora en la calidad de los postulantes, del acierto popular en su elección, y del desempeño político y ético de quienes resulten elegidos como parlamentarios.

Poder de las élites en el Estado

***

Power of the elites in the State

Iván Escobar Fornos

Resumen: la lucha de poderes en los Estados del mundo es un tema recurrente en la primera plana política. Este estudio es un aporte para comprender el funcionamiento político y social en Nicaragua, pues se estudia la historia y la evolución de los poderes políticos y los sectores sociales enfrentados, concluyendo el estudio con una propuesta guiada a la democracia liberal.

Abstract: the power struggle in the states of the world is a recurring theme in the first political plan. This study is a contribution to understanding the political and social functioning in Nicaragua, as it studies the history and evolution of the political powers and the social sectors in conflict, concluding the study with a proposal guided to liberal democracy.

Sumario: I. Introducción. II. El Liberalismo postindependencia. III. El conservatismo de los treinta años. IV. El Liberalismo de Zelaya. V. Vacío de poder y luchas entre liberales y conservadores. VI. El somocismo. VII. Propuesta del liberalismo social. Referencias.

I. Introducción

La decadencia cultural, la incapacidad política, la falta de valores y decencia de los representantes, la primordial preocupación de mantenerse en el poder y conservar sus privilegios, olvidándose del bienestar de la mayoría, las interminables y crueles guerras entre los países, la inmensa ola de migrantes en busca de mejor suerte en diferentes zonas y el deterioro constante del planeta, pone de manifiesto la grave crisis de los Estados.

Concretemos algo: la guerra de Israel y Hamás; y la de Rusia y Ucrania tienen en zozobras al mundo.

Las pestes y el narcotráfico nos viven carcomiendo y destruyendo el tejido social.

La dinámica política se activa al celebrarse en el 2024 setenta elecciones que abarcan casi la mitad de la población mundial; veintisiete en la Unión Europea y cuarenta y siete en el resto del mundo.

En Estados Unidos existe una lucha política destructiva entre demócratas y republicanos, cuyas consecuencias perjudican al resto del mundo

La lucha entre la izquierda y la derecha ha sido un tema recurrente en la escena política global y, por ejemplo, uno de los continentes más afectados pero que ha sido censurado en los medios periodísticos comunes es África. El tercer continente más grande del planeta, sostenido por una de las placas tectónicas más antiguas y rígidas del globo terráqueo no escapa a esta dinámica política y social.

En la esfera política africana, la dicotomía entre la izquierda y la derecha se manifiesta a través de enfoques económicos, sociales y políticos divergentes. Mientras que la izquierda tiende a abogar por políticas progresistas, redistributivas y mayor intervención estatal, la derecha suele favorecer políticas de mercado libre y una menor intervención gubernamental.

Dentro de los ejemplos más sonados en este continente tenemos a:

Kenia: las elecciones de 2017 ilustraron claramente la lucha ideológica entre la coalición de centro-izquierda liderada por Raila Odinga y el presidente en funciones, Uhuru Kenyatta, que representaba una posición más de centro-derecha. Las tensiones políticas resultaron en disputas postelectorales, subrayando la polarización entre ambas fuerzas.

Sudáfrica: el Congreso Nacional Africano (ANC), históricamente asociado con la izquierda, ha enfrentado desafíos de partidos de oposición, como la Alianza Democrática (DA), que adopta posturas más de centroderecha. Estas tensiones reflejan debates sobre la gestión económica y la equidad social.

Además, en las últimas décadas, África ha sido testigo de una serie de acontecimientos políticos significativos, marcados por golpes de estado que han desencadenado cambios sustanciales en la gobernanza de varios países. Este ensayo se adentrará en algunos de los eventos más destacados, deteniéndose en fechas, causas y desarrollos específicos para arrojar luz sobre las complejidades de estos episodios y sus implicaciones.

Golpe de Estado en Mali (2020): en agosto de 2020, Mali se convirtió en el epicentro de tensiones políticas cuando militares rebeldes llevaron a cabo un golpe de estado. Las causas subyacentes eran multifacéticas, desde la corrupción gubernamental hasta la ineficacia en la gestión de la violencia yihadista. La renuncia forzada del presidente Ibrahim Boubacar Keïta marcó el comienzo de un gobierno de transición que buscaba abordar las crecientes preocupaciones de la población.

Protestas y cambio de gobierno en Sudán (2019): en abril de 2019, Sudán experimentó un cambio de gobierno desencadenado por meses de protestas masivas. La ciudadanía se levantó contra el régimen autoritario del presidente Omar al-Bashir, exigiendo cambios debido a la inflación y la falta de libertades políticas. La caída de al-Bashir condujo a la formación de un gobierno de transición con participación civil, marcando un hito en el proceso hacia una gobernanza más democrática.

Golpe militar en Guinea (2021): en septiembre de 2021, Guinea se sumó a la lista de naciones africanas afectadas por la inestabilidad política con un golpe militar. El presidente Alpha

Condé, objeto de descontento popular por buscar un tercer mandato mediante modificaciones constitucionales cuestionables, fue derrocado por militares liderados por el coronel Mamady Doumbouya. Este golpe suspendió la constitución y planteó interrogantes sobre el futuro político del país.

Estos datos no son más que las flores decorativas de un pastel azotado por un pasado borrascoso, donde los estragos de la colonia han hecho de un continente tan rico en recursos naturales y con grandes proyecciones, en un campo de batalla donde la incertidumbre y la inseguridad reinan entre la sociedad y los Estados. Un pastel que fue edificado al gusto de las grandes potencias y que se ha ido desmoronando con el pasar de las décadas, costándole la vida a millones de africanos. Solo nos hemos detenido en tres golpes de estado, sin embargo, han existido casi una decena en tan solo diez años, sin contar los muchos intentos fallidos de golpes de Estado y los genocidios cometidos en países como Rwanda, Namibia, entre otros.

El estudio de la teoría de las élites, enmarcado dentro de la crisis actual, es una especial valoración de las clasificaciones de los gobiernos en cuanto a su origen, duración y extinción.

Son varias las clasificaciones que se han hecho sobre los sistemas de gobierno como puede verse en "La Política" de Aristóteles, guiado por diferentes constituciones. Es una de sus obras más reconocidas.

Presentaremos únicamente la clasificación tripartita, una de las abordadas por Aristóteles,[1] con importantes modificaciones:

El gobierno de una persona. Los faraones, reyes, emperadores, y líderes únicos (como Kim Jung-un o el führer), que mantienen la fortaleza de su poder gracias a la propaganda, engaño, represión y las armas. Por lo general, la fuente de poder de este gobierno proviene de Dios, de heroísmos, sabiduría y aciertos en su gobierno. En los Estados musulmanes existen teocracias, unas cerradas y otras abiertas. Todavía encontramos reyes dentro de una democracia parlamentaria (España, Inglaterra, Dinamarca etc.).

[1] Aristóteles, *La Política*, Madrid, Ediciones Mestas, 2010.

El gobierno de varias personas. Denominados por unos, oligarquías, y por otros, aristocracias. Platón califica de oligarquía al "Gobierno de los Treinta Tiranos" que dominó Grecia. También Esparta era gobernada por una oligarquía.

El gobierno del pueblo. La democracia en la que gobierna el pueblo. Fue practicada en Grecia en los Congresos y Asambleas, en los que todos los ciudadanos podían votar a favor de determinada resolución en forma directa. Pero no fue una democracia completa, pues existía la esclavitud y la sumisión a la Polis, como es el respeto a la juventud, a los dioses, etc. Entre las acusaciones por las que fue condenado Sócrates es la corrupción a la juventud y no respetar a los dioses

La democracia republicana. En este tipo de democracias, el pueblo vota por sus representantes, que normalmente son nominados en la contienda electoral por partidos políticos. Pero no votan a favor o en contra de las leyes o resoluciones de la Asamblea Nacional, si no por el triunfo de los candidatos de los partidos políticos. Es una democracia indirecta, es frágil en el juego político de los mismos partidos, los fuertes grupos económicos y de información.

La teoría de las élites no es un tema nuevo, ya Maquiavelo se refirió a él en sus "Discursos", Augusto Comte y Marx y Engels concluyeron que el Estado es el representante de la clase poseedora de los instrumentos de producción económica. Concluyen que las revoluciones no son más que el reemplazo de una élite por otra.

Vilfredo Pareto, (15 de julio de 1846), Gaetano Mosca (1 de abril 1858) y Robert Michels (9 de enero de 1876), sostienen en franca oposición a los pensadores liberales democráticos, incluso contra el marxismo, que las élites son las que tienen la dirección política, administrativa, militar, económica y moral, minorías organizadas que controlan el Estado en forma continua.

Vilfredo Pareto nació en Italia y es hijo de padres franceses. Escribió un famoso libro "Los Principios Fundamentales de Equilibrio de los Cuerpos Sólidos" y sostuvo que el enfoque metodológico de las ciencias naturales debería ser el mismo que el de las ciencias sociales.

Ataca a la democracia liberal, marxista, a Marx y Weber.

No se tiene conocimiento de la influencia que Benito Mussolini pudo haber recibido de los planteamientos de Pareto. Pero cuando Mussolini asumió el poder, Pareto lo vio con simpatía, pero insistió en la necesidad de conservar algunas libertades. Creía que el fascismo confirmaba su teoría y ofrecía esperanza de una nueva vida. Su simpatía no dejó dudas cuando después aceptó el cargo de Senador que antes había rechazado.

Pareto considera que las aristocracias no son eternas, motivo por el cual la historia es un cementerio de aristocracia. Las élites y la aristocracia pueden menguar en número y en calidad, circunstancias que los llevó al poder. Pero la clase gobernante puede ser restaurada en número y cantidad por las familias de las clases inferiores y proporcionarles elementos originales para mantenerse en el poder y conservarlo.

El 24 de octubre de 1922, Benito Mussolini, en un discurso pronunciado en la Metropolitana Plaza del Plebiscito, llama a sus seguidores, muchos de ellos armados, a lanzarse contra la capital de Italia y presionar al Rey Víctor Manuel III para que le entregue el poder. El 29 de octubre de 1922, el Rey en solemne ceremonia legal entrega el poder a Mussolini y a su Partido Nacional Fascista, destruyendo entonces la democracia, al desaparecer los partidos políticos, establecer un Estado corporativo y el control de los sindicatos fascistas y su relación con los empresarios.

Para el fascismo los intereses del Estado eran superiores que los del individuo, dentro de un régimen político dictatorial y destructor del enemigo. Critica al socialismo científico Marxista, se opone a la democracia, al comunismo y el liberalismo. El Fascismo duró dos décadas en el poder.

Inspirados en la figura del dictador nicaragüense, general Anastasio Somoza García, se formó un minúsculo movimiento fascista que proponía un caudillo, un solo partido, la eliminación del voto popular. Para ellos escogieron a Somoza García que gobernaba con un poder militar absoluto.

El joven poeta, Luis Alberto Cabrales y otros oradores, en la plaza de Santo Domingo, elogiaron a Somoza, el que sería el Mus-

solini de Nicaragua. Se organizó el grupo llamado "Grupo Renovador Intelectual Somocista de León y Chinandega".

Se formó el Movimiento de Vanguardia de Nicaragua, de carácter literario, iniciado en 1931 en la ciudad de Granada por los poetas José Coronel Urtecho, Pablo Antonio Cuadra Cardenal y Joaquín Pasos. Fueron estudiantes del Colegio Centroamérica, fundado y regentado por los Padres Jesuitas.

Algunos de ellos participaron en la política nacional y simpatizaron con las pretensiones continuistas del presidente Anastasio Somoza García, pero ninguno del grupo de vanguardia fue fascista.

Sin embargo, en la edición digital de Magazine del Diario la Prensa, en su edición de enero de 2024, Fabián Medina expresa que vieron con admiración al Duce y sus propuestas de gobierno: José Coronel Urtecho, Alberto Cabrales, Pablo Antonio Cuadra, Diego Manuel Chamarro, Octavio Rocha, Armando Castillo, Luis Downing y Joaquín Zabala Urtecho, entre otros. Luis Alberto Cabrales tuvo ideales fascistas.

Christopher Lasch (1932-1994), profesor y autor norteamericano, en su libro "La Revolución de las Élites", observa la deficiencia de los valores de las élites profesionales y directores de su tiempo. Sostiene que la democracia actual no solo está amenazada por las masas, como ya lo expresó Ortega y Gasset, sino también por las élites, de manera que la rebelión de las masas se convierte en la revolución de las élites, entes que se niegan a aceptar límites o lazos tanto nacionales, como internacionales.

Cuenta que George Busch, cuando vio por primera vez un dispositivo electrónico de registro en la caja de un supermercado, saltó a su mente el abismo que separa a las clases privilegiadas al resto de la nación.[2]

Lasch expresa que siempre ha habido una clase privilegiada, incluso en América, pero nunca ha estado tan peligrosamente aislada en su entorno.

[2] Lasch, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, Buenos Aires, Editorial Paidós, SAICF, 1996.

Los tiempos en que ricos y pobres se podían reconocer e identificar entre ellos terminaron con las grandes ciudades.

Señala que en una época se sostuvo que la rebelión de las masas amenazaba el orden social y las tradiciones civilizadoras de la cultura occidental; pero que en su época la principal amenaza no parece proceder de las masas, sino de los que se encuentran en las cúspides de la jerarquía social, notable cambio de rumbo que confunde las expectativas sobre el curso de la historia y pone en cuestión suposiciones aceptadas desde hace mucho tiempo.[3]

Agrega que Ortega y Gasset escribió en 1932 bajo el influjo de la revolución Bolchevique, el ascenso del fascismo y los efectos de la guerra, atribuyendo la crisis actual occidental al dominio de las masas, por lo que no pudo prever que ahora son las élites las que controlan el flujo internacional de dinero e información, presiden fundaciones filantrópicas e instituciones de enseñanza superior, manejan los instrumentos de producción cultural y establecen de ese modo los término del debate público; élites que han perdido la fe en los valores o lo que queda de ellos de occidente.

En el Capítulo IV realiza una inquietante pregunta: *¿merece sobrevivir la democracia?* Afirma que la creciente insularización de las élites significa, entre otras cosas, que las ideologías políticas pierden contacto con las preocupaciones del ciudadano corriente.

La antigua discusión entre izquierda y derecha ha agotado la capacidad de clarificar los temas y proporcionar un mapa fiable de la realidad, sus principios son tan rígidos en la actualidad que las nuevas ideas influyen poco en sus adictos, en lugar de afrontar los procesos sociales y políticos que tienden a cuestionar las creencias convencionales, prefieren intercambiar acusaciones de fascismo y socialismo a pesar del hecho evidente de que ninguno de ellos constituyen el pensamiento del futuro.

Sostiene que la cuestión no es solo si la democracia puede sobrevivir, sino también si lo merece. Opina que la democracia no es un fin en sí mismo, hay que juzgarla por su éxito en la produc-

[3] *Ibidem*, p. 31.

ción superiores, de grandes obras del arte y de saber, de un tipo de orden superior, cita a Walt Withman, "Democratic Vistas": mientras no funde y cultive exuberantemente sus propias formas de arte, su propio carácter religioso y moral, las personalidades perfectas que harán de nuestro mundo occidental una nacionalidad superior a todas las conocidas hasta el momento.

German J. Bidart Campos, profesor y autor de numerosos libros sobre teoría política y de derecho constitucional reconoce la dicotomía insalvable de los que mandan y obedecen, en su libro "Las Élites Políticas". Estudia los diferentes tipos de élites, entre ellas las cerradas a favor de ciertos grupos o estratos y cita como ejemplo la colonización que excluye elementos autóctonos: esclavos, plebeyos, apartheid, antifeminismo.[4] En América ya pudimos experimentar este tipo de élites.

Las conclusiones a las que llega el autor de este libro revelan el pensamiento político desarrollado en su el mismo. Estas son:

i. En todo régimen político las decisiones que se adoptan por un hombre o un grupo reducido de hombres, es la élite gobernante. Es preciso dejar claro que dentro de la élite gobernante pueden existir caudillos o personajes superiores que se imponen en las decisiones. Es el caso en Nicaragua de los presidentes Anastasio Somoza García y José Santos Zelaya.
ii. Las élites buenas deben formarse con hombres de ética y técnicamente bien dotados, que sean realmente los mejores en el sentido etimológico de la palabra aristocracia, provengan de donde provinieran.
iii. La democracia no es ni puede ser el gobierno de todo el pueblo, ni de los demás, como tampoco radica en un método de elecciones populares de los gobernantes. Con relación a la forma de Estado, deben respetar la libertad y los derechos del hombre.
iv. La existencia de una élite gobernante no configura por sí misma una dominación tiránica ni injusta; cuando lo es, el hecho obedece a la manera injusta de ejercer el poder o la

[4] Bidart Campos, Germán J., Las Élites Políticas, Buenos Aires, Ediar Ediciones, 1977.

perversión elitista o la cristalización y al endurecimiento de la élite oficial o a causas que están reñidas con la ética. La democracia liberal también puede desembocar en un régimen tiránico e injusto.

v. Los peligros que amenazan a un régimen político y que la pervierten pueden derivar por igual de las élites y de las masas.

vi. La aceptación del elitismo es una exigencia insoslayable de la ciencia política y de la política práctica. Este principio y los otros que concuerdan con el cierran el juego político tan necesario para el avance.
La imagen de una sociedad amorfa sin élite, sin jerarquía y sin minorías rectoras, implica ideológicamente una declinación de la cultura, insolvencia para afrontar la realidad con capacidad y justicia.

En el apéndice de la obra Bidart realiza una sinopsis del elitismo en Argentina, dentro de la extensión que puede permitir una monografía.

Al Tte. General Juan Domingo Perón se le acusaba de simpatizar con el eje. Adoptó como doctrina política "el Justicialismo", el cual ya había sido formulado con anterioridad, y no se conocía su contenido; por lo que Perón, en el Congreso Internacional de Filosofía celebrado en Mendoza 1949, en el discurso de apertura, haciendo gala de erudición filosófica le dio sustento ideológico al Justicialismo cuando afirma que es una tercera posición entre el individualismo de Hegel y el colectivismo de Marx.

Gaetano Mosca es italiano y se dedicó a destruir la teoría liberal democráticas y el Marxismo. Su punto principal fue el ataque a la fantasía rousseauniana de que establecido el colectivismo principiaría una era de igualdad y justicia universal, donde el Estado no es un órgano de clase y que no habría explotadores y explotados, demostrando que era una utopía, ya que siempre obraba una clase gobernante. Fue diputado en 1908 y lo puso más en contacto con la realidad y hacerlo más flexible que Pareto. Actualiza el pensamiento de Saint-Simon en la que se concibe un sistema de dos clases con una minoría dominante y una mayoría dirigida, en la que, en una determinada época de desarrollo, el control político (la dirección administrativa militar, religiosa y moral), es ejercido por una clase especial o por una minoría

organizada. Llegó a sostener que en las democracias subsiste la necesidad de una minoría organizada y es ella, a pesar de lo argumentado en contrario y principios legales, las que conservan el control real y efectivo del Estado.

Estima al liberalismo como el justo medio entre la democracia y la aristocracia, mediante el cual los funcionarios son elegidos desde abajo en forma directa e indirecta por los subordinados, entre un conjunto limitado dentro de un conjunto de hombres sabios, experimentados y responsables, que son los más capaces para gobernar una minoría aristocrática con autoridad y sin poder irrestricto.

Sostiene que los muchos, especialmente si son pobres e ignorantes, jamás han dirigido a los pocos, sobre todo si son ricos e inteligentes. Considera que la dictadura del proletariado no es más que una clase muy restringida ejercida en nombre del proletariado.

Para Mosca las masas dominadas ejercen presión sobre el poder e influyen en las medidas que adopte la clase dominante; pero un descontento popular puede derrocarla por otra que surge de la extinción del anterior.

Considera que una organización relativamente perfecta es la que detenta el pode y posee una posición económica independiente. Las características predominantes de la clase política consisten: su actitud de dirigir, cualidades o condiciones intelectuales, morales económicas y militares, grados académicos, cultura científica y actitudes probadas abren las puertas a los cargos públicos.

El hecho de tener el poder no es suficiente para justificarlo, pues debe fundarse sobre una base moral y legal, dentro de las creencias de la sociedad.

Robert Michels, sociólogo y politólogo alemán, también es contrario al marxismo, rechazándolo por utópico. Expresa: "[...] no hay contradicción esencial entre la doctrina de que la historia es el registro de una serie continua de lucha de clases y la doctrina de las luchas de clases invariablemente culminará en la creación de las nuevas oligarquías con las anteriores".[5]

En 1911 aparece su estudio principal: "Los Partidos Políticos" donde desarrolla sus ideas sobre la teoría de las élites. Sostiene

[5] Mosca, G., Historia de las doctrinas políticas, París.

que Marx no había previsto que la democracia conduce necesariamente a la oligarquía, la que llaman la ley de hierro de la oligarquía.

Existe una tendencia oligárquica en las organizaciones, desde el reparto de cargos por razón de su capacidad, hasta la selección de los líderes.

C. Wright Mills en su libro "La élite del poder" hace un estudio profundo sobre las minorías. Estima que la minoría poderosa está compuesta hombres cuyas posiciones les permiten trascender los ambientes habituales de los hombres y las mujeres corrientes; ocupan posiciones desde las cuales sus decisiones tienen consecuencias importantes:

> El que tomen o no esas decisiones importa menos de que el hecho que ocupen esas posiciones centrales: el que se abstenga a actuar y de tomar decisiones es ese mismo un acto que muchas veces tiene consecuencias más importantes que las decisiones que adoptan, porque tienen el mando de las jerarquías y organizaciones más importantes de la sociedad moderna: gobierno de las grandes empresas, gobierno de la maquinaria del Estado y exigen sus prerrogativas, dirigen la organización militar, ocupan los puestos de mando de la estructura social en los cuales están centrados ahora los medios efectivos del poder y la riqueza y la celebridad de que gozan.[6]

Afirma que, en la sociedad norteamericana, el máximo poder reside ahora en los dominios económicos, políticos y militares. Las demás instituciones parecen estar al margen de la historia moderna y, en ocasiones, debidamente subordinadas.[7]

Esos tres dominios han coincidido y las decisiones son totales, los principales individuos de cada uno de los tres dominios del poder —los señores de la guerra, los altos jefes de la empresa, el directorio político— tiende a unirse, a formar la minoría del poder de los Estados Unidos.[8]

---

6 Wright Mills, C., *La Élite del Poder*, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 11 y 12.

7 *Ibidem*, pp. 13 y 14.

8 *Ibidem*, p. 16.

La compañía por acciones son los centros organizados del sistema de propiedad privada y los altos directivos son los organizadores de este sistema. Como hombres económicos, son a la vez criaturas y creadores de las mediante el cual se controla su trabajo y se extrae de él una utilidad.[9]

Le preocupa el tema de la libertad y estudia el grado con que la autoridad institucional, con sus sanciones y restricciones, penetra en el público, lugar donde reside el problema, en la medida en que el público es realmente autónomo frente a dicha autoridad. Explica que, en un extremo opuesto, el público se ve forzado por medio, o adoptando la uniformidad de opinión mediante a la infiltración de informadores y la universalización sospechosa. Esto le viene a su mente el sistema nazi, el kumi japonés del siglo XVIII, la estructura celular soviética.[10]

Para penetrar en el análisis y la explicación del fenómeno político de las élites hay que desglosarlo en tres partes: ¿Cómo se constituyen?, ¿Cómo se mantienen el poder? ¿Cómo se pierden? Temas que serán abordados en su oportuno momento.

Únicamente, como simple orientación propongo el siguiente esquema:

¿Cómo se constituyen? Se integran fundamental de elementos de la aristocracia; con personas de vocación natural para gobernar, pues existen otros aristócratas que son fríos y hasta excepcionalmente enemigos. Es una organización que surge de la parte superior del Estado.

Entre sus miembros se encuentran destacados politólogos, apreciados personajes por su honradez, sabiduría, obras sociales, formando lo más selecto de la sociedad.

La minoría podría resultar de una elección, de un golpe de estado o de una revolución.

¿Cómo se mantienen en el poder? Además de las altas calidades de sus integrantes señaladas anteriormente, existen otros factores que los sostienen en el poder ante el conflicto con la mayoría

[9] *Ibidem*, p. 118.

[10] *Ibidem*, p. 282.

del Estado, cada día más numerosos y sin los recursos económicos para vivir en paz y dignidad.

La fortaleza de estas minorías descansa en su poder económico y amistades con recursos para ayudarles. Una de sus principales virtudes es el trabajo constante en el ejercicio de sus funciones, tienen la capacidad para lograr la ejecución de sus programas; tienen el poder sobre el ejército y los medios de publicidad para hacerles el ambiente político favorable. En resumen, son eficientes y pueden mantener un equilibrio social.

Es posible que el ejército no forme parte de la élite puramente económica, pero lo controlan.

El ejército y los partidos políticos que ejercen influencia en la élite económica cuando las circunstancias lo permiten.

¿Cómo se extinguen? Cuando las minorías van perdiendo sus cualidades: honradez, eficiencia, actuaciones contrarias a la normatividad; ponen oído sordo a las peticiones del pueblo, los medios de información las atacan, las protestas callejeras surgen, no existen amigos que les ayuden; entonces caen, pero son sustituidas por otra minoría.

A continuación, trataré de explicar el poder de las minorías y la oligarquía en nuestro país escogiendo las épocas y personajes históricos en los que pueda encasillarse el tema en forma general.

II. Liberalismo postindependencia

Nos independizamos del imperio español y nos convertimos en una república de carácter democrática liberal, pero heredamos de los españoles la manera desordenada, autoritaria y al margen de la ley de gobernar. Ejemplo de ello es el desastre del gobernador español de la colonia Pedrarias Dávila, entre otros personajes del descubrimiento y la conquista.

Centroamérica se independiza el 15 de septiembre de 1821 y se constituye en una federación por medio de la Constitución liberal de 1824, sin poderes efectivos de control, débil ejército y sin la cultura para aplicar una democracia republicana, todo

lo cual dio el traste con la Federación y cada Estado impuso su propia Constitución, también de carácter liberal. La de Nicaragua era 1826.

III. El conservatismo de los treinta años

En Nicaragua, al terminar los períodos liberales posteriores a su independencia, surge en el año 1857 un movimiento conservador, que se convirtió en una oligarquía de treinta años.

Con la presidencia del General Tomás Martínez terminó la Guerra Nacional y principia la República Conservadora de los Treinta años. Tomás Martínez toma posición el 15 de noviembre de 1857. Es el primer presidente de la oligarquía conservadora. Esta oligarquía gobernó bajó la constitución de 1858, que era una copia de la de 1854 que había aprobado Fruto Chamorro.

Cuando fue postulado a la presidencia de la República para otro período, la oposición se opuso porque el artículo 32 de la constitución lo prohibía, al establecer que el período del presidente de la República es de cuatro años: comienza y termina el primero de marzo. El ciudadano que lo haya servido no puede ser reelecto.

Por su parte, Tomás Martínez y sus partidarios alegaron que para que exista reelección es necesario haber sido presidente electo por el pueblo y no provisionalmente, como fue el mismo Martínez.

En realidad, el artículo citado no distingue si fue por elección popular o por designación.

Se reeligió para el período de 1863 a 1867.

Los presidentes de la oligarquía conservadora son los siguientes:

- Tomás Martínez (1858–1867).
- Fernando Guzmán (1867–1871).
- Vicente Cuadra (1871–1875).
- Pedro Joaquín Chamorro (1875–1879).
- Joaquín Zavala (1879–1883).

- Adán Cárdenas (1883–1887).
- Evaristo Carazo (1887–1889).
- Roberto Sacasa (1889–1893)

No se puede negar que en esa época se vivió en paz, se imponía el respeto al gobierno, a la jerarquía eclesiástica, la honestidad y el respeto a la propiedad privada. Se introdujo el telégrafo en 1876 y el teléfono en 1879, entre otras innovaciones.

Se estimaba que había que terminar el desorden social que había causado el liberalismo después de la independencia, lo que consideraban que condujo a establecer desigualdades de derechos y obligaciones, no permitiendo votar u obtener los principales cargos si no se tenía riqueza, lo cual se incorporó en el art. 92 de la Constitución de Cádiz de 1812 y el artículo 23 de la constitución de 1826.

Para comprender mejor el sistema de la oligarquía conservadora es conveniente partir de algunas consideraciones de Aristóteles en su libro "Política", donde considera que es una desviación de la aristocracia.[11] Califica como gobierno perfectos a la aristocracia en base a la idea de que no es menos evidente que con los mismos medios y virtudes que constituyen al hombre de bien se puede construir igualmente un Estado, aristocrático o monárquico, de donde se sigue que la educación y la costumbre que forman al hombre virtuoso son sobre poco, más o menos los mismos que forman al ciudadano de una república o al jefe de un reino.[12]

No hay oligarquía más que donde los ricos y los nobles, siendo pocos el número que ejercen la soberanía.[13]

Existen diversas clases de oligarquías.[14]

a) La realización de un censo bastante alto para que los pobres, aunque estén en mayoría no puedan aspirar al poder, abierto solo a los que posean rentas fijas por la ley,

[11] Aristóteles, *op. cit*., p. 100.

[12] *Ibidem*, p. 127.

[13] *Ibidem*, p. 202.

[14] *Ibidem*, pp. 207-211.

ejemplo de ello está en las mencionadas Constitución de Cádiz y la Constitución de 1826, correspondientemente en los arts. 92 y 23.

b) Exigir un censo de consideración para tomar parte en el Gobierno, y el cuerpo de magistrados tienen derecho de elegir a sus propios miembros; sin embargo, si la elección ha de recaer entre todos los incluidos en el censo, la institución parece más bien aristocrática, y solo es oligárquica cuando el círculo de la elección es limitado.
c) La tercera especie de oligarquía se funda en la sucesión, a manera de herencia en los empleos que pasan de padre a hijo.
d) Otra oligarquía es aquélla que se une al principio hereditario de la soberanía de los magistrados, la cual sustituye al reinado de la ley. Que corresponde perfectamente a la tiranía de los gobiernos monárquicos en la democracia.

La oligarquía conservadora de los treinta años en Nicaragua no tenía estatutos ni forma de organizarse, ni un procedimiento de postulación y votación de los candidatos a la Presidencia de la República. El centro del poder de la oligarquía conservadora fue la ciudad de Granada. La postulación se realizaba en libre competencia en la que se tomaban consideraciones una combinación de atributos económicos, de honradez, de eficiencia, de prestigio, de liderazgo en las luchas electorales, vinculaciones familiares, promoción de parte del Presidente de la República saliente y el ejército era controlado por el poder, elemento criticable.

Granada era la capital política de los treinta años y la cuna de sus candidatos.

Era una combinación de atributos económicos, de honradez, de eficiencia, de prestigio, liderazgo de luchas electorales, vinculaciones familiares y promoción de parte de presidentes salientes.

¿Cómo fueron seleccionados los presidentes de la oligarquía conservadora?

- *Tomás Martínez* llega al poder por sus méritos personales, militares y lucha efectiva en la Guerra Nacional.
- Don Fernando Guzmán llega al poder por el apoyo de Tomás Martínez y todos sus simpatizantes, debido a que

su sobrina (Gertrudis Solórzano) era casada con el General Tomás Martínez y existía una estrecha amistad entre ellos.
- Vicente Cuadra logró el poder con la ayuda de Fernando Guzmán.
- Pedro Joaquín Chamorro Alfaro era una figura principal del Partido Conservador y su postulación y triunfo no fueron difíciles.
- Joaquín Zavala había sido propuesto como candidato por el Partido Liberal, pero al estar desprestigiado por haber contratado a Walker, no aceptó la postulación. Posteriormente fue escogido como candidato por el Partido Conservador y los liberales postularon al coronel Evaristo Carazo. Zavala fue proclamado oficialmente presidente de la República.
- La Presidencia de Adán Cárdenas fue el resultado de la división de las filas del Partido Conservador por la expulsión de los jesuitas, dificultando la escogencia del candidato, el que recayó en el conservador rivense Adán Cárdenas.
- Evaristo Carazo logra la Presidencia a la República apoyado por una izquierda moderada del partido conservador, denominada "la Montaña" y otro grupo de intelectuales.
- Murió Evaristo Carazo ejerciendo la presidencia de la nación y el 6 de agosto de 1889 Roberto Sacasa toma posesión de la presidencia, para concluir el período del presidente Carazo, que terminaría el primero de marzo de 1891.

Roberto Sacasa Sarria nació en Chinandega y residía en León. Era miembro del Partido Conservador, pero no tenía sólidos vínculos con su dirigencia. Al terminar el período de Carazo lanzó su candidatura a la Presidencia de la República, a pesar del artículo 32 de la Constitución vigente, a lo cual se opuso el partido conservador por estar en detrimento del principio de la no reelección continua. Carlos Cuadra Pasos, miembro del Partido Conservador se pronunció a favor de Sacasa diciendo: "Sacasa jurídicamente tiene razón, porque él mismo nunca había sido electo por el pueblo".

Todo esto creó un descontento político entre León y Granada.

Roberto Sacasa gana las elecciones de octubre para el período de 1891 a 1895 y para asegurar la legalidad de su nueva presidencia, el 25 de diciembre de 1890 depositó voluntariamente la presidencia en el Senador Ignacio Chávez y dio cumplimiento a la ley de no sucederse a sí mismo. Roberto Sacasa toma posesión el primero de marzo de 1891, después de la presidencia interina de Ignacio Chávez.

La oposición no estaba conforme con tales procedimientos y dispuesta a lanzarse a las calles o iniciar una revolución, por lo que se decretaron encarcelamientos, destierros y confinamientos, por Decreto del 21 de agosto de 1891.

El 28 de abril de 1893 estalló la Revolución Conservadora contra Sacasa en la que participó José Santos Zelaya.

Surgió la contrarrevolución liberal, dirigida por el General José Santos Zelaya, quién logró que alguno de sus leales fueran incorporados al gobierno: a Pedro Valladares (conservador), Prefecto de Plaza; a Benito Chavarría (liberal) director de Policía; y a Santiago Callejas (liberal), Prefecto de Chinandega.

El presidente Sacasa deposita el poder en el Senador don Salvador Machado de acuerdo con el pacto de Sabana Grande, el 31 de mayo de 1893.

IV. El liberalismo de Zelaya

Ante la crisis de legitimidad de la oligarquía conservadora principia a surgir un movimiento de carácter liberal que se lleva a la realidad por la revolución liberal que dio por resultado el nombramiento como Presidente de Nicaragua del General José Santos Zelaya en 1893, que modernizó el país dictando varias leyes importantes que pretendían ampliar las libertades de los ciudadanos, entre ellas están la libertad económica, de prensa y enseñanza, la formación del Estado-Nación, por medio de la constitución conocida como “La Libérrima”, suponiendo grandes avances y modernización en la infraestructura y en materia institucional. El país sufrió una gran transformación política y económica.

El General José Santos Zelaya se rodeó de una élite de figuras políticas, económicas y sociales como Adolfo Altamirano, Julián Irías, José Dolores Gámez, Manuel Coronel Matus, Fernando y Gregorio Abaunza, Leopoldo Ramírez Mairena, entre otros. Controlaba el ejército, pues era su ejército personal, el partido y a la élite que le rodeaba.

En 1905 dictó una nueva constitución llamada "La Autoritaria" contra los principios liberales, lo cual fue criticado, surgieron sus desaciertos, cárcel para los opositores, las elecciones eran unilaterales, grupos liberales de gran importancia lo atacaron, hizo crisis y ante la presión del gobierno norteamericano, renunció y terminó el liberalismo de Zelaya.

El Genenral Juan J. Estrada, liberal zelayista, gobernador e intendente de la Costa Atlántica, inducido por los conservadores y especialmente por Adolfo Díaz, por Decreto del 10 de octubre de 1909 se levanta en armas, desconoce al gobierno de Zelaya y asume provisionalmente la presidencia. Se le suman los liberales Pedro Fornos Díaz y José María Moncada.

Juan J. Estrada tenía la ayuda del gobierno de los Estados Unidos, quién suministró las armas ancló dos buques de guerra en el atlántico para proteger a los revolucionarios, desembarcó tropas y movilizó hacia Nicaragua a los enemigos de Zelaya. También apoyó a la revolución el presidente y dictador de Guatemala Manuel Estrada Cabrera, rival de Zelaya por el predominio e influencia en Centroamérica.

Zelaya no conservaba buenas relaciones con el gobierno de los Estados Unidos, lo que reducía las posibilidades de un entendimiento, además no era sumiso, fusiló a unos extranjeros por enrolarse en la revolución: Lee Roy Cannon y Leonard Groce, más al francés Edmundo Couture, sin otorgarles el debido proceso. Otro problema con Estados Unidos fue el canal de Nicaragua, que según las circunstancias podía ser construido por cualquier otro país.

V. Vacío de poder y luchas entre liberales y conservadores

La situación de Zelaya era insostenible, por lo que Philander Chase Knox y en una nota entregada al Gobierno de Nicaragua se le acusa a Zelaya de la creciente inestabilidad de Nicaragua y Centroamérica, lo que lo dejó sin juego político, renuncia y deposita el poder en José Madriz.

Renuncia Madriz y es sustituido por Juan José Estrada, reconocido por los Estados Unidos, le pide ayuda y le envían a Thomas C. Dawson, director de la sección Latinoamericana del departamento de Estado. El gobierno de Nicaragua celebra con el de Estados Unidos una convención económica y política de claro corte intervencionista, denominada Pacto Dawson, firmado entre el veintisiete y treinta de octubre de mil novecientos diez, cuyo contenido es el siguiente: a) convocar a una asamblea constituyente para hacer una constitución democrática, y elegir un presidente y vicepresidente para un período de dos años. b) Prestar apoyo en la Asamblea Constituyente a la candidatura del General Juan J. Estrada para la Presidencia y a la de don Adolfo Díaz para la Vicepresidencia, por el referido término de dos años. c) La Constituyente suprimiría los monopolios y garantizaría los derechos legítimos de los extranjeros. d) Convocar al pueblo a elegir presidente para el período posterior a los dos años señalados. e) Se nombraría una comisión mixta con facultades para decidir sobre los reclamos de la cancelación de los contratos y concesiones relacionadas con el régimen anterior, manejado por el Departamento de Estado. f) Perseguir y ejecutar a los culpables de la muerte de Cannon y Groce. g) Conceder empréstitos a Nicaragua con la garantía de las aduanas. h) Por mayoría debida seleccionarse un candidato a la Presidencia y otro a la Vicepresidencia, para el período constitucional posterior a de los dos años concedidos al general Estrada, los cuales debían representar a la revolución y el partido conservador. En esta elección el general Estrada no podía ser candidato. i) Se prohibió el zelayismo y no podían participar en la administración.

Se convocó a elecciones para Asambleas Constituyentes y el 1 de enero de 1911, día de su instalación nombró presidente a Juan Estrada y como Vicepresidente a Adolfo Díaz por el período

de dos años. Las elecciones fueron unilaterales porque no concurrió el partido liberal, era una constituyente integrada por conservadores destacados como Carlos Cuadra Pasos, presentaron el proyecto de constitución del 19 de enero de 1911, que estableció como religión del Estado la Católica Apostólica y Romana, lo que disgustó al Presidente Estrada, porque violaba el Convenio de Blueffields de respetar los principios de la Constitución de 1893, celebrado con Emiliano Chamorro y Adolfo Díaz. Se estableció en el artículo 125 in fine la censura, mediante la cual los ministros eran separados del cargo, lo que afectaba a los ministros y generales Luis Mena y José María Moncada. Estos con el apoyo de los Estados Unidos, disolvieron la constituyente y convocaron a otra, pero la constitución ya se había aprobado y publicado, antes de que fueran desalojados del recinto los diputados. Esta es la famosa Constitución *non nata* de 1911.

En esta la lucha de los partidos los conservadores lograron la mayor parte del pastel, dentro de un desorden político en el que se dio otra Constitución en 1911, que entró en vigencia.

El presidente conservador Bartolomé Martín, sucesor para terminar el período de don Evaristo Carazo, fundó el Partido Conservador republicano y patrocinó la fórmula libero-conservadora de Carlos José Solórzano para Presidente y a Juan Bautista Sacasa como Vicepresidente y triunfaron en las elecciones de 1924, para el período de 1925 a 1928. Pero Emiliano Chamorro, candidato perdedor les propinó un golpe de Estado denominado "El Lomazo". Solórzano renunció y se fue del país; por el contrario, Sacasa reclamó la presidencia ante la renuncia de Solórzano.

Este golpe también trastornó el funcionamiento legal de la Corte Suprema de Justicia.

Por este y otros motivos se inició la guerra constitucionalista que reclamaba la presidencia para Sacasa. La revolución se dividió en dos frentes: uno en el pacífico, en Cosigüina, dirigido por Julián Irías y Crisanto Sacasa, el que no triunfó.

El otro frente era el de la Costa Atlántica, que registra el primer levantamiento el dos de mayo de 1926. El coronel Luis Beltrán Sandoval, Carlos Paso, Hildebrando Corea y Diego Navas se toman el cuartel de Blueffields.

El gobierno de México simpatiza con la revolución constitucionalista y le suministra armas, municiones y tres barcos.

La revolución era incontenible y la derrota de Díaz era cuestión de días y para propiciar una solución política, Estados Unidos envió a Nicaragua a Henry Stimson, quien llegó en 1927.

Moncada y Stimson se reúnen en Tipitapa el 4 de marzo de 1927 para lograr un acuerdo. Stimson llevaba un pliego de peticiones: acordar la paz de forma inmediata, el desarme de la fuerza que había participado en la guerra, la creación de una fuerza armada sin carácter partidista, aceptar la presidencia de Adolfo Díaz hasta 1928, la posibilidad de que los liberales ocuparan posiciones en el gobierno de Díaz, aunque los locales serían repartidos entre liberales y conservadores, la celebración de elecciones en 1928 supervigiladas por los Estados Unidos y la presencia de los Marines en Nicaragua hasta el cumplimiento de los acuerdos. Moncada consultó a los liberales la propuesta, al principio rechazaron a Díaz, pero después desistieron, menos Juan Bautista Sacasa y el General Augusto C. Sandino; el primero salió del país y el segundo continuó la lucha nacionalista en contra de la intervención.

De acuerdo a lo pactado se celebraron elecciones el cinco de noviembre de 1928 conforme el Reglamento Electoral, denominado Ley McCoy. Estados Unidos designó un Enviado Extraordinario y plenipotenciario para vigilar las elecciones y el General Frank Ross McCoy fue nombrado presidente del Consejo Nacional de Elecciones. En esta elección triunfaron los liberales: José María Moncada como presidente y como vicepresidente Enoc Aguado. Los conservadores postularon para la presidencia a don Adolfo Benard y para la vicepresidencia a Julio Cardenal.

VI. El somocismo

El 6 de noviembre de 1932 se celebraron las elecciones supervigiladas por los norteamericanos, dirigidas por el Contralmirante C.H. Woodward, en la que triunfó como presidente Juan Bautista Sacasa y vicepresidente Rodolfo Espinosa por el partido liberal constitucionalista, para el período de 1933-1937.

Sacasa toma posesión el primero de enero de 1933, lo mismo que el General Anastasio Somoza García como jefe director de la Guardia Nacional, nombramiento de común acuerdo.

En el año de 1931, el enviado Stimson prometió que las tropas norteamericanas dejarían el país una vez nombrado el presidente y tomado posesión. Se cumplió. Las tropas norteamericanas se fueron del país gradualmente, mientras la guardia nacional se hacía cargo de la guerra. El 3 de enero salieron las últimas tropas, poniendo fin a la intervención iniciada en 1912.

Ante tales circunstancias se abrieron las posibilidades de poder negociar Sandino con Sacasa y se firmó el Convenio de Paz del 2 de febrero de 1933, en virtud del cual, las tropas de Sandino debían de entregar las armas y se dedicarían a trabajar. Los amnistiaron y se le autorizó a Sandino permanecer por un año con cien hombres armados. El convenio no se pudo cumplir, porque Somoza quería que entregaran las armas. El presidente Sacasa invitó a cenar a Sandino el 21 de febrero de 1934, al regresar fueron detenidos por un pelotón del ejército y fueron asesinados: el General Augusto C. Sandino, Francisco Estada y Juan Pablo Umanzor.

Los liberales se dividieron, unos apoyaban al presidente Sacasa y otros a Somoza. Las relaciones entre ellos eran tensas. Sacasa intentó poner como jefe de Estado Mayor a su hermano Antioco Sacasa y a su primo Ramón Sacasa como Jefe de León y además buscaba como sustituir a Somoza.

La presión de Somoza fue tan contundente que Sacasa renunció ante el Congreso Nacional el 6 de junio de 1936 y salió del país, lo mismo que Rodolfo Espinosa.

Se convocó a elecciones, que se celebrarían el 8 de diciembre de 1936 y fue nominado por el Parido Liberal Nacionalista como presidente el General Anastasio Somoza García, en la elección en la que resultó electo para el cargo de Presidente de la República y para vicepresidente Francisco Navarro, para el período de 1937-1940.

El 17 de agosto de 1938 se convocó a una constituyente cuya finalidad era nombrar a Somoza presidente en las elecciones de 1940. Nombra la Constituyente a Somoza García, aumentando el período presidencial a 6 años y el período comenzaba el 30

de marzo de 1939 y terminaría el 1 de mayo de 1947. Burlando las disposiciones que prohibían la reelección y las inhibiciones. Producto de esta constituyente fue la Constitución de 1939, en la que participó en su redacción Carlos Cuadra Pasos.

Somoza reforma la Constitución y la Ley Electoral de 1955 y es postulado el 21 de septiembre de 1956, por la gran Convención Liberal en la ciudad de León. Fue festejado en el Club Social de Obreros y lo mató Rigoberto López Pérez.

Su hijo, Luis Somoza, primer designado es nombrado para terminar el período y Anastasio Somoza Debayle se convierte en el jefe director de la Guardia Nacional. Luis Somoza fue nombrado presidente en las elecciones del 3 de febrero de 1957. Luego Anastasio Somoza Debayle gana las elecciones de 1974.

Anastasio Somoza García es el fundador de la Dinastía Somocista. Socialmente era de trato agradable, tenía buena comunicación con los diplomáticos y las tropas interventoras de los Estados Unidos porque hablaba inglés, eran listo y rápido para realizar sus proyectos y estrategias y estaba vinculado familiarmente con el presidente Moncada y había participado en una rebelión.

Se casó con una de las jóvenes más representativas, no solo de la aristocracia leonesa, sino de todo el país, a pesar de la oposición de cierto hermano de doña Salvadora Debayle Sacasa. Los Sacasa eran una familia dominante de élite, sobre todo en occidente y tenían buenas relaciones con Granada.

Tenían como respaldo no solo a la aristocracia leonesa, sino también al ejército y al Partido Liberal, ambos de su control.

Cuarenta años en el poder, sus crímenes y la corrupción casi monopólica de los gobernantes y el nepotismo fueron factores importantes para la destrucción del Somocismo.

Un golpe duro fue la destrucción del Partido Conservador por acompañar al Somocismo en sus errores, valiéndose Somoza de concesiones para los negocios y la representación de minorías en los poderes del Estado, lo que significaba que el partido perdedor tenía garantizada representación en los poderes del Estado, sin tener en cuenta el número de votos.

Al romperse esa paralela del Partido Conservador el somocismo queda solo y surge la revolución sandinista, encabezada por un grupo de jóvenes soñadores que por primera vez cumplieron con el deber político de beneficiar a la clase desfavorecida.

El somocismo hizo algunas cosas que merecen mención: el Código del Trabajo, la Seguridad Social, el Banco Central, el Crédito Rural, la estabilidad del córdoba con relación al dólar, la existencia de medios de información, aunque tenían bozal; el carácter vitalicio de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de forma constitucionalizada que debido a los pactos políticos fue derogado.

VII. Propuesta del liberalismo social

Seguir confiando en la democracia liberal democrática, como sistema de gobierno que logre mantener un justo equilibrio entre la libertad y la justicia social.

Mantener la división de poderes: Ejecutivos, Legislativos y Judicial; regulando sus relaciones.

La Constitución debe ser rígida, estableciendo además el carácter pétreo de sus principales valores: la libertad como principio general, la división de poderes, la libertad de pensamiento, el pluralismo político, la vida, el sufragio activo y pasivo en elecciones libres, justas y secretas y la libertad de las personas.

Rechazar las mutaciones o interpretaciones constitucionales contrarias a los valores fundamentales.

Reforzamiento de la justicia constitucional nacional y transnacional.

Impedir la formación de minorías que dañan el libre juego de la democracia.

Enseñar a los jóvenes instrucción cívica y formas de ejercer ciertas libertades: reclamos ordenados a las autoridades, celebración de elecciones estudiantiles, etc.

Los que ejercen cargo público, además de su honradez, deberán tener un buen nivel cultural. Su cultura trae beneficios: mejo-

res leyes, mejor administración y mejores sentencias. La libertad sindical. La autonomía universitaria. La promoción de la igualdad material por medio efectivo.

Referencias

Arellano, J. E., *De Zelaya a Somoza*, Managua, Editorial Jea Edición, 2021.

Aristóteles, *La Política*, Madrid, Ediciones Mestas, 2010.

Belli Cortés, E., *50 años de vida republicana 1859-1909*, 1967.

Bidart Campos, Germán J., Las Élites Políticas, Buenos Aires, Ediar Ediciones, 1977.

Bolaños Geyer, E., *La Lucha por el Poder (El poder o la guerra)*, Managua, Impresión ARDISA, 2017.

Cruz Sequeira, A., *La República Conservadora de Nicaragua 1858-1893*, Colección Cultural de Centro América, 2017.

Escobar Fornos, I., *El Constitucionalismo Nicaragüense*, (vol. I y II), Managua, Hispamer, 2000.

Lasch, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, Buenos Aires, Editorial Paidós, SAICF, 1996.

MIchels, R., *Los Partidos Políticos*, Buenos Aires, 1979.

Mosca, G., *Historia de las doctrinas políticas*, París.

Mosca, G., *La Clase Política*, Fondo de Cultura Política.

Pareto, V., *Forma y Equilibrio Sociales*, Madrid, Alianza Editorial.

Wright Mills, C., *La Élite del Poder*, Fondo de Cultura Económica, 1957.

Sistemas híper presidenciales de los estados mexicanos. Problemas de ejecución eficaz de las leyes generales multinivel en estados y municipios, y soluciones de derecho comparado

***

Hyper-presidential systems of the Mexican states. Problems of effective implementation of multi-level general laws in states and municipalities, and comparative law solutions

Daniel A. Barceló Rojas

Sumario: I. Sistema intra partidista e intergubernamental de control de la ejecución de las leyes en el híper presidencialismo mexicano. II. Técnicas de derecho comparado para hacer cumplir las leyes generales por estados y municipios en el marco de la Constitución Federal.

I. Sistema intra partidista e intergubernamental de control de la ejecución de las leyes en el híper presidencialismo mexicano

El esquema de control intra partidista e intergubernamental que desde la presidencia de la República se ejerce sobre los gobernadores de los estados para la implementación de las leyes federales, se construyó en el siglo xx durante el período de hegemonía del PRI. El citado esquema de control es propio de un sistema

híper presidencial con partido hegemónico que, tanto por diseño como por práctica política, no descansa mayormente en el control parlamentario y el control jurisdiccional contemplados en la Constitución.[1]

El esquema de control del PRI se construyó como un arreglo intra partidista que, desde su fundación en 1929, tuvo como modelo las normas que producen la cohesión y disciplina intra partidista de los sistemas parlamentarios de gobierno europeos. No fue producto del azar sino de un diseño institucional deliberado. Su fundador, Plutarco Elías Calles, viajó personalmente entre agosto y octubre de 1924 a Europa en calidad de candidato presidencial recién elegido de México, a estudiar y consultar con primeros ministros y líderes de partidos políticos de Inglaterra, Francia y Alemania, la forma de organización y funcionamiento de sus instituciones partidistas y sindicales; y a los Estados Unidos donde solicitó opinión al embajador en México, quien le desaconsejó implantar en este país el sistema de partidos confederal de la República norteamericana.[2] La organización partidista vertical y la disciplina se implantaron, progresivamente, a través de los estatutos del PRI, así como en convenciones políticas llamadas "reglas no escritas del sistema" firmemente interiorizadas por los miembros de dicho partido. Actualmente por efecto de la reforma política de 1977 que constitucionalizó los partidos políticos e introdujo el método de representación proporcional, los incentivos políticos que le imprimen eficacia a dicho sistema de cohesión y control intra partidista con disciplina de voto se encuentran tejidos en el artículo 41 de la Constitución, en la Ley General de Partidos Políticos, en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, y en los estatutos de los partidos políticos si bien en estos bajo formas diversas pero equivalentes en sus efectos. Este es el ecosistema normativo del hiper presi-

[1] El libro seminal, clásico, que lo describe es de Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978.

[2] Garrido, Luis Javier, *El partido de la revolución institucionalizada (Medio siglo de poder político en México). La formación del nuevo Estado 1928-1945*, México, Siglo XXI, 1984, pp. 63-102. Véase también Georgette José Valenzuela, "El viaje de Plutarco Elías Calles como presidente electo por Europa y Estados Unidos", *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 3, 1995, pp. 193-210.

dencialismo mexicano. Mediante el efecto combinado de estas tres últimas normas infra constitucionales se genera la potestad metaconstitucional del presidente de la República de decidir la lista de candidatos de su partido político a las cámaras federales que se registrará ante el Instituto Nacional Electoral; a determinar cuáles de sus integrantes serán los coordinadores de grupo parlamentario del partido en el gobierno; qué diputados y senadores serán nombrados para encabezar los órganos de gobierno de las cámaras y las comisiones; y quienes serán registrados como candidatos a los gobiernos de los estados. Dicho sistema de control intra partidista ha probado ser eficaz para el proceso de asunción territorial vertical de las decisiones públicas concentrado en el presidente de la República, que se sobrepone como potestad metaconstitucional sobre la organización federal y la autonomía política de los estados.[3] Es así que la decisión del presidente(a) sobre una política pública se traduce eficazmente en leyes y presupuestos en el ámbito federal y de los estados, sin oposición de los gobernadores y legislaturas locales.

En el régimen de gobierno descrito del siglo xx la Constitución se entendía como un estatuto de carácter orgánico de los poderes de la Unión, y programático de las conquistas sociales de la Revolución. No se consideraba y aplicaba como una norma suprema con garantía judicial situada por encima del presidente y del Congreso de la Unión,[4] como se llegó a considerar del año 1995 al 2018,[5] hasta que el presidente de la República Andrés Manuel López Obrador cuestionó la legitimidad de la Corte como órgano de decisión política capaz de anular las iniciativas legislativas del presidente y del Congreso de la Unión. En el esquema del siglo xx el control constitucional del Poder Judicial de la Federación por vía del amparo se configuraba legislativamente

[3] Carpizo, *op. cit*.

[4] Véase la exposición doctrinal de quien fuera profesor de Derecho de la UNAM, y ex presidente de México, Miguel De la Madrid Hurtado, *El ejercicio de las facultades presidenciales*, IIJ-UNAM-Porrúa (coed.), 1998.

[5] Zaldívar Lelo de la Rea, Arturo, "Control del poder, Suprema Corte y Juicio de Amparo en México", en Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coords.), *El Control del poder. Homenaje a Diego Valadés* (t. I), México, IIJ-UNAM, 2011, pp. 375-385.

sin afectar el poder de decisión y ejecución del presidente de la República. En el siglo xxi con la reforma al poder judicial impulsada por Morena con amplio apoyo popular, es probable que se tengan los mismos efectos sobre los controles del poder que se configuraron en el siglo xx, si bien la justificación de teoría constitucional se hace reposar en consideraciones de legitimidad democrática directa para la toma de las decisiones políticas.

Un segundo control del sistema híper presidencial mexicano aún en vigor construido por el PRI, se concibió mediante el desarrollo del derecho administrativo,[6] para funcionar horizontal (gabinete federal) y verticalmente (sobre gobernadores) a través de las administraciones públicas. El control intergubernamental se ejerce por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por la Secretaría de la Función Pública del Poder Ejecutivo federal, las cuales tienen competencias legales expresas de control[7] sobre el ejercicio del gasto federalizado por los estados para el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo.[8] Este esquema de control intra partidista e intergubernamental del centro sobre la periferia del híper presidencialismo mexicano, tiene como tercera instancia del presidente a la Secretaría de Gobernación. Mediante dicha dependencia el presidente ejerce potestades constitucionales, meta constitucionales stricto sensu y para constitucionales sobre los gobernadores de los estados. Es a través de estas tres secretarías que se le ha exigido responsabilidad política a los gobernadores de los estados por la ejecución eficaz de las leyes federales, quienes a su vez reproducen el esquema de control de derecho administrativo sobre las autoridades municipales.

Es importante hacer notar que el sistema de control de derecho administrativo descrito lo fraguó el PRI en un contexto jurí-

6 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* 8ª. ed., (vol. I,.), Madrid, Civitas, 1997, p. 24.

7 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículos 9, 31 y 37; Ley de Planeación, artículo 9; Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, 45, 78 y 111; Reglamento Interior de la SHCP, artículo 4; Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, artículo 6.

8 Lineamientos Generales para la Evaluación de los Programas Federales de la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la Federación, 30 de marzo de 2007.

dico internacional sobre medio ambiente muy distinto al actual. Y por esta razón la caja de herramientas del derecho administrativo vigente no es suficiente para que desde la presidencia de la República (período 2024-2030) se pueda garantizar en su fase descendente la procuración de los bienes públicos globales por estados y municipios[9] para el tratamiento y contención del cambio climático.[10] Como es sabido en el presente siglo han proliferado los tratados y políticas públicas internacionales concernidas con el equilibrio ecológico y la protección del agua de los ríos, entre otras las que contempla el T-MEC y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU. Tales obligaciones y compromisos internacionales asumidos por los Estados Unidos Mexicanos se trasladan al interior de la República federal mexicana, por disposición de la Constitución, a través del tipo de ley federal denominado "ley general". Y el hecho es que el esquema de control de derecho administrativo arriba descrito para la eficaz ejecución de las leyes federales, no se concibió el siglo pasado considerando las "ley general" como legislación multinivel compuesta por tres segmentos normativos (federal-estatal-municipal) sino solo como mecanismo de ejecución de leyes federales ordinarias.

En este contexto ¿cómo puede la presidenta de México (2024-2030) asegurar la ejecución *eficaz* de las leyes generales en los estados gobernados por su partido y por los partidos de oposición, y en todos los municipios del país? ¿cómo inhibir la omisión de los segmentos normativos municipales o la negligencia inexcusable en la implementación descendente de las políticas públicas internacionales sobre medio ambiente, agua, u otras? Para contestar estas preguntas es necesario identificar ciertas características de las leyes generales.

La ley general es un tipo específico de ley del sistema de normas de la República federal mexicana concebido como técnica

---

9 El problema no es privativo de México. Véase Aaron Deslatte, Michael D. Siciliano y Rachel M. Krause, "Local government managers are at the frontline of climate change: Are they ready?", *Public Administration Review*, 2023, pp. 1506-1511.

10 Kaul, Inge, "Global public goods", en Kenneth A. Reinert, Ramkishen S. Raian, Amy Jocelyn Glass y Lewis S. Davis (eds.), *The Princeton Encyclopedia of the World Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pp. 550-555.

para promover homogeneidad en el tratamiento legislativo multinivel de una materia concurrente y en su implementación administrativa, al tiempo que se preserva el principio constitucional de autonomía de los estados como nota esencial del federalismo. La ley general permite un margen de apreciación local tanto en el segmento legislativo de los estados como en su implementación por los poderes ejecutivos locales.

La ley general es una legislación *compuesta*. Se integra de forma articulada por una ley federal que se denomina "general" y por treinta y dos leyes estatales.

L*as* leyes estatales complementarias de una ley general requieren ser ejecutadas por las administraciones públicas de los poderes ejecutivos de los estados, y algunas de ellas también por las administraciones públicas de los municipios. Para ello resulta obligado emitir textos normativos estructurados que reciben el nombre de "reglamentos", que redactan y aprueban los poderes ejecutivos estatales. Ello significa que el régimen legal multinivel se compone de una ley general, 32 leyes estatales, y 33 reglamentos ejecutivos para implementar las leyes "multinivel". Pero además el segmento compositivo de las leyes estatales según la materia, requiere para ser ejecutados de cuerpos estructurados de normas que emiten los ayuntamientos de los municipios llamados genéricamente por la jurisprudencia como "normas generales". Esto significa que, por ejemplo, en el caso de la *Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano* —de conformidad con lo que indica el artículo 115 CPEUM fracción V incisos "a" y "d"—, deben haber 2478 cuerpos normativos pues ese es el número de municipios del país, más otros 16 de las alcaldías de la Ciudad de México.

La ley general multinivel establece la obligación de los estados de emitir sus respectivas leyes estatales y municipales complementarias. La omisión de esta obligación puede ser remediada por control constitucional jurisdiccional federal[11] o estatal. Pero en cambio la ley general no puede contemplar los instrumentos para garantizar la debida implementación de los segmentos estatales y municipales. Estos necesariamente tienen que ser de derecho constitucional estatal.

[11] Art. 105, CPEUM.

La ley general mexicana en la doctrina comparada se le denomina "ley multinivel", porque identifica y describe un régimen legal para una política pública específica compuesto por ámbitos territoriales de la ley, el cual parte de una escala territorial mayor (internacional) hacia escalas territoriales menores, en nuestro caso la escala federal de todo el territorio de la República, a escalas territoriales menores que son los estados y municipios. El concepto multinivel *no implica relaciones de jerarquía* entre el ámbito territorial mayor y el ámbito territorial menor, y por eso su uso como concepto académico es apropiado para México.[12]

Como ya se apuntó líneas arriba, se sostiene en este trabajo de investigación que en la República federal mexicana los bienes públicos globales dependen de la implementación eficaz de las leyes generales a cargo de los gobiernos subnacionales y municipales. Y de manera muy especial dependen de los municipios aquellos relacionados con el cambio climático, tales como la protección del agua superficial de los ríos y lagunas por organismos de cuencas hidrológicas divididas territorialmente que operan in situ, y la provisión de los servicios públicos de agua potable, drenaje y tratamiento de aguas residuales, *que por su naturaleza son altamente descentralizados.13* A esta conclusión se llegó mediante un análisis empírico realizado de la periferia al centro (Palenque, Chiapas, México) del régimen multinivel sobre el medio ambiente y el agua, al verificar la aplicación estatal y municipal de las siguientes leyes generales: *Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano*, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente*, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, y *Ley General de Cambio Climático*. La norma reglamentaria municipal es el último elemento compositivo de tales leyes generales-estatales. Pero otras leyes federales, que no son generales, dependen también de que los municipios desempeñen sus obligaciones

12 Wälti, Sonja, "Multi-level environmental governance", en Henrik Enderlein, Sonja Wälti y Michael Zürn (ed.) *Handbook on Multi-level Governance*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 411-421.

13 Hughes, Sara, y Megan Mullin, "Local Water Politics", en *The Oxford Handbook of Water Politics and Policy*, New York, Oxford University Press, 2018, pp. 284-290.

constitucionales. Entre ellas se pueden citar la Ley del Mar y la Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas con respecto a los territorios insulares, como la isla de Cozumel, de jurisdicción estatal de Quintana Roo.

II. Técnicas de derecho comparado para hacer cumplir las leyes generales por estados y municipios en el marco de la Constitución Federal

El profesor norteamericano Guy Peters señala:

> Reconciliar la permanencia y *expertise* de la burocracia con el control político es un problema persistente de todo sistema político. Este problema de exigencia de responsabilidad política es más agudo en regímenes democráticos, donde el conflicto potencial entre democracia y burocracia se mantiene como un reto continuo y acaso aún mayor en los actuales sistemas democráticos. Pero incluso en regímenes autoritarios el conflicto potencial entre lo político y lo administrativo es también una cuestión de gran importancia. Cualquier líder político desea que los demás integrantes del sistema cumplan con sus políticas públicas y que la implementación de dichas políticas públicas se haga de conformidad con lo aprobado por la Legislatura o el Ejecutivo.[14]

La observación empírica de Peters sirve de contexto para los argumentos que se exponen en el presente apartado para el caso de México sobre la eficacia de las leyes generales en tanto son mandatos que ha aprobado el Congreso de la Unión frecuentemente a iniciativa del Poder Ejecutivo.

Por la contundente victoria electoral alcanzada por Morena en las elecciones generales del 2 de junio de 2024, Claudia Sheinbaum Pardo tiene en sus manos inclusive el poder metaconstitucional de cambiar la Constitución de México y las constituciones de los estados, así como sus respectivas leyes reglamentarias para hacer cumplir las leyes generales ¿cómo lo hará? Esta es la cues-

[14] Peters, Guy B., "Accountability in Public Administration", en Mark Bovens, Robert E. Goodin y Thomas Schillemans, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 211.

tión. Hace más de doscientos años, Napoleón Bonaparte, en su calidad de Primer Cónsul de Francia, para ejecutar las leyes del Estado en todo el territorio de la República, se sintió en la necesidad de resolver las siguientes cuestiones de gobierno, que son parecidas a la que hoy tiene ante sí Sheinbaum Pardo: ¿cómo asegurar que las autoridades municipales ejecuten las leyes emitidas desde la capital de la República?¿cómo vigilar desde el centro político del país la correcta ejecución de las leyes encomendada a miles de funcionarios municipales dispersos por todo el territorio nacional? ¿cómo hacer rectificar a los funcionarios municipales por el ejercicio indebido del poder público en caso de omisión o desviación de poder?

Napoleón Bonaparte resolvió tales cuestiones mediante *i)* la construcción de un sistema de supervisión vertical en sede administrativa, a través de distritos territoriales y "prefectos" en un Estado centralizado. *ii)* La confección legal del "procedimiento administrativo" desde Paris, como una norma de protocolo de la acción administrativa al que obligatoriamente se debían ceñir las autoridades municipales de todo el país. Y *iii)* el esquema de garantías contenciosas proveídas a los vecinos de la municipalidad por el Consejo de Estado,[15] institución que dentro del Poder Ejecutivo francés evolucionaría hasta fungir como un tribunal contencioso administrativo.[16] Mediante el procedimiento contencioso administrativo serían los propios particulares afectados de los pueblos y ciudades de Francia quienes impugnarían actos administrativos municipales ilegales, de suerte que los vecinos se constituirían como vigilantes in situ de la correcta aplicación de las leyes dictadas desde Paris, sin importar cuan alejados estuviesen geográficamente los funcionarios municipales de la capital de la República. Dicho en otras palabras, Napoleón Bonaparte introdujo el incentivo en el procedimiento contencioso administrativo para tener a millones de vecinos de todas las municipalidades del país como censores del jefe del Poder Ejecutivo

15 Coban, Alfred, "The Napoleonic System of Administration in France", *Modern Law Review*, vol. 9, 1946, pp. 54-56.

16 García de Enterría, Eduardo, "La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa", en Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coords.), *op. cit*., pp. 515-525.

central sobre los actos ejecutados por los funcionarios municipales de Francia.

El modelo napoleónico de Estado centralizado que en México inspiró la forma de organización administrativa y ejercicio vertical del poder ejecutivo del presidente Porfirio Díaz Mori, se sobrepuso de facto sobre la organización federal, sin que Díaz impulsara la abrogación formal del autogobierno de los estados de la venerada Constitución federal de 1857. Por razones históricas resueltas por la Revolución Mexicana de 1910-1917 que reivindicó la institución municipal, además de consideraciones constitucionales del orden federal, esta solución se descarta absolutamente en el presente para México. Sin embargo, las medidas de ingeniería política B y C concebidas por Napoleón Bonaparte, son aconsejables para resolver el problema de la eficacia de las leyes generales multinivel en el México del siglo XXI encomendadas a las autoridades municipales y administrativas de los estados. Y ello sin fracturar la organización política federal. Al respecto cabe hacer la importante observación que el modelo de derecho administrativo B y C de Napoleón Bonaparte fue adaptado y pervive en otros países que al día de hoy son democracias *federales*, con estados de derecho consolidados, como Alemania,[17] Suiza[18] y España,[19] entre otros. Las medidas ii) y iii) de derecho administrativo son adaptables en México en perfecta armonía con la Constitución federal y las constituciones de los estados que componen el orden constitucional de la República federal.

En este orden de ideas, teniendo presente el derecho comparado, se propone que:

Primero. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo vigente se transforme en ley general para configurar un proce-

[17] Heintzen, Markus, "Codification of Administrative Law in Germany and the European Union", en Felix Uhlmann (ed.), *Codification of Administrative Law: A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2023, pp. 271 y ss.

[18] Uhlmann, Felix, "Codification of Administrative Law in Switzerland", en Felix Uhlmann (ed.), *op. cit*., pp. 271 y ss.

[19] García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.,* pp. 394-398.

dimiento administrativo multinivel que contemple a estados y municipios. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo solo obliga a la administración pública federal. La ley general es de cumplimiento obligatorio por los estados, de tal manera que las legislaturas locales estarían obligadas a legislar incorporando los elementos esenciales del procedimiento administrativo aprobados por el Congreso de la Unión para la emisión y ejecución legal de actos administrativos estatales y municipales, incluyendo los reglamentos municipales bajo cualquier nombre que estos tomen.

Un procedimiento administrativo multinivel homogéneo es aconsejable también para la ejecución por convenio de tareas federales por las administraciones públicas de los estados, en términos del artículo 116 fracción VII CPEUM, y por las administraciones públicas de los municipios con respecto a tareas estatales. Y más aún si se considera que no existe un servicio profesional de carrera de las administraciones públicas en las treinta y dos entidades federativas mexicanas, lo cual afecta la calidad de la ejecución. En buena medida este problema burocrático puede ser superado erigiendo un procedimiento administrativo común que funcione como protocolo de actuación administrativa. En adición a ello es de advertir que los funcionarios de las administraciones públicas estatales y municipales se encuentran sujetos a la Ley General de Responsabilidad Administrativa emitida por el Congreso de la Unión que contempla sanciones por faltas graves, entre otras la pérdida del empleo, por actos que no cumplen con los elementos esenciales de un acto administrativo.

Segundo. Las leyes de los poderes legislativos de los estados deben incorporar un "control parlamentario abstracto de legalidad administrativa" sobre los reglamentos que emiten —*u omiten*— las autoridades ejecutivas estatales y municipales para hacer cumplir las leyes generales en el ámbito subnacional. El procedimiento y potestad parlamentaria que aquí se propone se inspira en el sistema presidencial federal norteamericano. En el artículo 801 la ley *Congressional Review Act of Agency Rulemaking* (Ley de Revisión Congresual de Reglamentos Administrativos) ordena que los reglamentos administrativos a cargo de los secretarios del presidente deben ser remitidos al Congreso con al

menos 60 días naturales de su entrada en vigor, para que el Poder Legislativo verifique por conducto de las comisiones competentes su conformidad con la letra de la ley e intención del legislador.[20] Bajo fórmulas distintas, pero con el mismo efecto práctico, la potestad de control parlamentario previo estadounidense, también se reconoce en el sistema semipresidencial francés y en los sistemas de gobierno parlamentarios que han incorporado la institución napoleónica del Consejo de Estado como instancia de consultoría del jefe de gobierno.

De adaptarse en los estados de la República mexicana la potestad de "control parlamentario abstracto de legalidad administrativa" sobre los reglamentos que emiten *u omiten* los ayuntamientos y titulares de las unidades administrativas municipales, este se constituiría como una técnica constitucional —sostenemos aquí— conforme y eficaz para hacer cumplir lo dispuesto por el artículo 115 fracción V de la Constitución, que literalmente indica:

> Los Municipios, *en los términos de las leyes federales y estatales relativas*, estarán facultados para: a) Formular y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal [...]. (d) Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales [...]. (g) participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento de esta materia [...]. (i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales [...]. En lo conducente *y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución*, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

El "control parlamentario abstracto de legalidad administrativa" municipal complementaría el tipo de control intergubernamental de derecho administrativo actualmente en vigor contemplado en las leyes orgánicas de la administración pública de todos los estados. Este opera a través de las relaciones entre el secretario de gobierno y los presidentes y regidores municipales. El control parlamentario sería sistemático y preventivo en lugar

[20] US Code, *Congressional Review Act of Agency Rulemaking*.

de ser incidental y ex post, como actualmente es, frecuentemente provocado por una crisis municipal que lo detona. Además, la relación entre el secretario de gobierno y las autoridades municipales no implica actualmente una poder vinculante del secretario sino únicamente de persuasión; Fue concebido así por las circunstancias de partido hegemónico del siglo XX, cuya eficacia se garantizaba el siglo pasado mediante potestades meta y para constitucionales. Por contraste el control parlamentario sí puede tener, como en Estados Unidos, un efecto constitucional vinculante. Por último, es de considerar que el propuesto es un control constitucionalmente válido que opera con igual eficacia para hacer cumplir las leyes generales en el marco de un estado o municipio gobernado por el partido político hegemónico, que en un estado o municipio con gobierno estatal de un partido de oposición unicolor o de coalición.

El control parlamentario se complementaría con el control judicial de constitucionalidad y legalidad administrativa estatales, que a continuación se proponen, para garantizar la eficacia de las leyes generales en su proceso de trasposición legislativa e implementación subnacionales.

Tercero. El control constitucional judicial local se debe consolidar en aquellos estados que ya lo han incorporado[21] y desarrollar en aquellos otros que no lo han construido, como instrumentos para hacer cumplir las leyes generales multinivel en el orden subnacional. Este sería su objetivo. El punto es de suma importancia *en tanto que la garantía judicial del segmento legislativo estatal de la ley general, así como del segmento normativo municipal, por efecto de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 41 CPEUM y de la cláusula residual del artículo 124, es en principio competencia del poder judicial de cada estado*. Pero no todos los estados han establecido en sus constituciones el control constitucional estatal. Y es a través de este que se puede llegar a impugnar sistemáticamente y con rapidez la omisión reglamentaria de un ayuntamiento, o su inaplicación, de la cual depende el cumplimiento fáctico de una ley general; o bien impugnar la desviación de aplicación

[21] El control constitucional de los estados y de la Ciudad de México quedó firmemente establecido mediante la sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas.

de la norma municipal con respecto a los criterios establecidos en la ley estatal de la materia y/o la Constitución local. El cumplimiento de las siguientes leyes generales, en partes esenciales, depende de la acción de las autoridades estatales y municipales: Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente, y Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

Si bien es cierto que la omisión de un ayuntamiento o de una autoridad estatal que infringe una ley general puede ser impugnada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con fundamento en el artículo 105 CPEUM, también lo es que en los hechos este procedimiento tarda aproximadamente cuatro años en desahogarse por la sobre carga de trabajo de la Corte; y un problema similar adolece el control de actos ilegales por vía del amparo federal del artículo 103 ante jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación. Por consiguiente, el tiempo para resolver un juicio es una razón añadida que aconseja construir la justicia constitucional estatal.

El control constitucional estatal debe complementarse mediante la introducción de diversos instrumentos procesales locales, donde se reconozca legitimación procesal a las autoridades ejecutivas federales para hacer cumplir la ley general en juicios de jurisdicción local. De esta manera SEDATU podría actuar, en sede judicial local, contra el incumplimiento por un municipio o por autoridades del estado de la Ley General de Asentamientos Humanos, Desarrollo Urbano y Ordenación Territorial; SEMARNAT por incumplimiento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente; CONAGUA por incumplimientos de normas estatales concernientes con las aguas interiores de jurisdicción estatal que implican transgresiones a la Ley de Aguas Nacionales[22]; la Secretaría de Marina por incumplimiento de normas estatales y municipales de territorios insulares de jurisdicción

[22] Al tiempo que se escribe este trabajo se encuentra activo el procedimiento legislativo para modificar el régimen legal de las aguas en México, que dejará de ser una materia de tratamiento coexistente alternativo, por uno concurrente a través de una ley general de aguas que intenta abrogar la actual Ley de Aguas Nacionales.

estatal —como el municipio de Cozumel en Quintana Roo— que contribuyen a la contaminación del mar. También debe abrirse desde luego los instrumentos procesales a las propias autoridades estatales contra actos u omisiones de los municipios, y viceversa; y a las personas para reivindicar derechos constitucionales por interés legítimo que residen en el lugar.[23]

El control de constitucionalidad estatal aquí propuesto, entendido como un control jurisdiccional de la legislación multinivel, no es incompatible, sino que racionaliza la posición del partido político Morena sobre el control de constitucionalidad. Este sostiene que son los poderes ejecutivo y legislativo federales los que ostentan la legitimación democrática para definir las políticas públicas nacionales, que son decisiones políticas que no deben ser obstruidas por el Poder Judicial de la Federación. En este contexto la justicia constitucional local puede convertirse en la garantía descentralizada de tal postura política en materia medio ambiental y del agua, tal y como sucede en el federalismo suizo y norteamericano. En Suiza las autoridades ejecutivas federales pueden impugnar, en sede judicial local, normas y actos de ejecución medioambientales y de urbanismo de las autoridades subnacionales que transgreden las leyes federales de la materia.[24] Y si bien bajo reglas procesales distintas, en los Estados Unidos de América también los tribunales estatales coadyuvan al cumplimiento de las disposiciones nacionales en materia de medio ambiente de forma independiente pero complementaria con los tribunales federales.[25]

---

23 Henkin, Louis, "Federalism, Decentralization and Human Rights", en Thomas Fleiner-Gerster y Silvan Hutter (ed.), *Federalism and Decentralization. Constitutional Problems of Territorial Decentralization in Federal and Centralized States*, Nueva York, Routledge, 2018, pp. 391 y ss.

24 Uhlmann, Felix y Patricia Popelier, "Multilevel law making, form, arrangement and design in theory and practice", en Patricia Popelier, William Robinson, Joao Tiago Silveira, y Felix Uhlmann (ed.), *Law Making in Multi-level Settings: Legislative challenges in federal systems and the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 17-41.

25 Holland, Kenneth, "The Role of the Courts in the Making and Administration of Environmental Policy in the United Sates", en Kenneth Holland, F.L. Morton, y Brian Galligan (ed.), *Federalism and the Environment. Environmental Policymaking in Australia, Canada and the United States*, Wetport Conn., Greenwood Press, 1996, pp. 159-181.

Cuarto. La ley estatal y normas municipales complementarias sobre la materia concreta concurrente, condicionadas por la ley general, requieren de tribunales y procedimientos estatales de justicia administrativa especializada, que garanticen el principio de legalidad en la aplicación de las normas estatales y municipales. *De dicha garantía judicial estatal depende, en último término, la efectividad de los mandatos de la ley general de la materia concurrente de medio ambiente*. La propuesta es crear por disposición de las constituciones estatales y sus leyes reglamentarias, los "tribunales en medio ambiente, urbanismo y agua", siguiendo para su trazos e instrumentos procesales las sugerencias del programa sobre medio ambiente de la Organización de las Naciones Unidas.[26]

Quinto. Organización de gobiernos de gabinete y de coalición en los estados para el cumplimiento eficaz de las leyes generales, las cuales son transversales y se solapan entre sí. Ello para (A) mejorar la toma de decisiones públicas locales concernidas con las leyes generales mediante su colegiación: definición del plan estatal de desarrollo, programa de gobierno, presupuesto, leyes y reglamentos. (B) La coordinación horizontal entre los secretarios del gabinete en el proceso de implementación de las políticas públicas y de su control y retroalimentación. Y (C) el control parlamentario en tiempo real con garantía política de ejercicio para los partidos coaligados, y con garantía judicial local para las oposiciones parlamentarias minoritarias.[27]

Sexto. La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria debe: (A) establecer, como obligación del Congreso de la Unión, solicitar el cálculo aproximado de un presupuesto a cada estado de la federación cuando se presente una iniciativa de ley general, sobre el monto de su aplicación subnacional. (B) La Ley debe prohibir a la Cámara de Diputados establecer obligaciones de hacer para los estados y municipios en una ley general,

[26] United Nations Environmental Programme, *Environmental Courts and Tribunals: A Guide for Policy Makers*, Nairobi, UN, 2022, pp. 6-8.

[27] Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición,* 3ª. ed., México, IIJ-UNAM, 2023, pp. 29 y ss. También Diego Valadés, en coautoría con Daniel Barceló Rojas, *Estudio del sistema presidencial mexicano que contiene anteproyecto de ley del gobierno de coalición*, México, IIJ-UNAM, 2016.

sin el correspondiente presupuesto federal transferido para ello. Esta prohibición existe en el federalismo norteamericano.[28] Y (C) los presupuestos de egresos de los estados y municipios, por disposición de cada constitución estatal, deben tener carácter de "ley" formal de la legislatura, no por "decreto". Ello para evitar la frecuente reforma unilateral de los mismos por el titular del Poder Ejecutivo estatal y/o los presidentes municipales durante el ejercicio fiscal, que determinan sin control parlamentario previo. De esta manera el presupuesto estatal para hacer cumplir una ley general tendría garantía judicial local de constitucionalidad, de la que ahora carece

[28] United Sates Code, *Unfunded Mandate Act*.

Vacancia presidencial en Perú: revisión y propuestas de gradualidad

Presidential vacancy in Peru: review and proposals for gradualness

Joaquín I. Cáceres Rosado[*]

Resumen: El uso frecuente de la moción de vacancia en el Congreso peruano ha generado una crisis de inestabilidad sin precedentes. La falta de cohesión en el parlamento dificulta el ejercicio efectivo de los mecanismos de control político. Tal es así que, hemos explorado aspectos procedimentales y estructurales de este mecanismo con la finalidad de describir posibles falencias que pueden ser atendidas. En resumen, buscamos alertar que el uso desproporcionado de la vacancia presidencial repercute en el sistema político, la confianza ciudadana y la gobernabilidad.

Abstract: the frequent use of the impeachment motion in the Peruvian Congress has generated an unprecedented crisis of instability. The lack of cohesion in parliament hinders the effective exercise of political control mechanisms. Therefo-

* Abogado por la Universidad Católica de Santa María, Candidato a Doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor en la Universidad de San Martin de Porres. Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Gobierno y Cultura de las Organizaciones por la Universidad de Navarra. Exregidor Distrital.

re, we have explored procedural and structural aspects of this mechanism to identify shortcomings that can be addressed. In short, we seek to set off the alerts that demonstrate that the disproportionate use of the presidential vacancy is harmful to the political system, citizen trust and governability.

Palabras clave: vacancia presidencial, control político, congreso, desconfianza.

Keywords: impeachment, accountability, congress, distrust.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones previas. III. La vacancia presidencial como problema. IV. Efectos en la estabilidad y confianza ciudadana. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

En el contexto contemporáneo del Perú, el Congreso de la Republica acudió recurrentemente al mecanismo de la vacancia presidencial, principalmente considerando el supuesto de incapacidad moral permanente, lo cual ha resultado en un fenómeno sin precedentes con 16 casos en los últimos 8 años.[1] Esta situación nos plantea serias preocupaciones en cuanto a la estabilidad política del país y la confianza ciudadana en las instituciones democráticas, sobre todo el Congreso de la Republica.

Compartimos la preocupación de autores como Javier García Roca[2] o Milagros Campos,[3] sobre la falta de mecanismos jurídicos y procesales que limiten el uso excesivo de instrumentos de control

1 Congreso de la República del Perú, *https://wb2server.congreso.gob.pe/smociones-portal/#/expediente/search*

2 García Roca, Javier, "Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* México, núm. 37, 2017, pp. 3-49, *http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2017.37.11452.*

3 Campos Ramos, Milagros, "El control parlamentario a los presidentes en minoría: un balance", *Revista de Derecho de Alumnos de la Universidad de Lima*, Lima, núm. 15, 2022, pp. 227-250, *https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/issue/view/410/127*

político en los presidencialismos latinoamericanos, especialmente, la vacancia presidencial que demanda una revisión constante y la implementación de medidas que salvaguarden el equilibrio entre los poderes del Estado y fortalezcan la democracia peruana.

A través de la presente investigación buscamos analizar y proponer mecanismos jurídicos y procesales que contribuyan a limitar el uso excesivo de la moción de vacancia por incapacidad moral permanente en el Perú, con el fin de fortalecer la estabilidad política y la confianza ciudadana en las instituciones democráticas como el Congreso de la República.

En ese mismo sentido, a través de tres acápites buscamos revisar y evaluar el marco legal y constitucional vigente en el Perú respecto a la vacancia presidencial, centrándonos en el supuesto de incapacidad moral permanente. Así como, en identificar las principales causas del uso recurrente de esta moción por parte del Congreso de la Republica y su impacto en la estabilidad política y confianza ciudadana.

II. Cuestiones previas

La Constitución política del Perú le otorga al Congreso de la República tres grandes facultades. Por una parte, representar a la población a través de los partidos políticos que llegan al parlamento y conforman bancadas, grupos parlamentarios o actúan individualmente. Así mismo, el Poder Legislativo tiene la prerrogativa constitucional de legislar, es decir, es el principal responsable de formulación de normas jurídicas. Adicionalmente, cuenta con la facultad de fiscalizar, es decir, supervisar, controlar y limitar el poder político.

Sobre la función fiscalizadora, el Parlamento puede ejercer dos tipos de control político, por una parte, el control de fiscalización y por otra, el control de responsabilidad política. Ambos están enfocados en exigir la rendición de cuentas del gobierno, en aras de la transparencia, la entrega de información y, de ser necesario, la exigencia de responsabilidad, lo que podría llevar a la remoción del cargo.[4]

[4] García Roca, Javier, *op. cit.*, p. 40.

Así, la Constitución de 1993 prevé en su artículo 99 la prerrogativa de acusar al presidente de la República y a altos funcionarios por infracción a la Constitución.[5] Asimismo, la carta Magna desarrolla el Antejuicio Constitucional en el artículo 100. Sin perjuicio de lo mencionado, también desarrolla la moción de vacancia con cinco supuestos como mecanismo de control al posible ejercicio abusivo del derecho en el artículo 113.

El maestro Domingo García Belaunde señala que estas figuras se encuentran separadas en la carta fundamental por una motivación histórica. Dado que la vacancia presidencial "nace en la constituyente reunida en Huancayo en el segundo semestre de 1839 y que precisamente da nacimiento la Constitución de ese año, pero no hay huellas que expliquen este apartado, puesta las actas existentes no dicen gran cosa".[6] Aclarado este punto, pasaremos a detallar las nociones esenciales de cada una de estas figuras.

Siguiendo a Luis Roel Alva, la acusación constitucional "es un procedimiento parlamentario especial cuya finalidad es determinar las eventuales responsabilidades en las que pudiera haber incurrido un alto funcionario del Estado [...]",[7] este concepto nos ayuda a comprender la naturaleza específica y el propósito de este mecanismo dentro del parlamento. Por otra parte, Víctor García Toma señala que el juicio político es "la valoración de la conducta funcional"[8], mientras que el antejuicio político permite "efectuar una valorización político-jurisdiccional destinado a permitir que se establece el juzgamiento de un alto funcionario [...]".[9]

---

5 Para Javier García Roca existen tres posiciones doctrinales respecto el control del poder. Una es la estricta, desarrollada por el profesor Fernando Santaolalla; otra es la tesis más amplia, de los maestros García Morillo y José Ramon Quintero; y la tesis amplísima valorada por los maestros Rubio Llorente y Manuel Aragón, García Roca, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional,* 1a. ed., Madrid, Aranzadi, 2023, p. 776.

6 García Belaunde, Domingo y Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coords.), *El juicio político en el Perú*, Lima, Instituto Pacifico, 2022, p. 67.

7 *Ibidem*, p. 192.

8 García Toma, Víctor, "La acusación constitucional", *Revista Advocatus*, Lima, núm. 25, 2011, pp. 245-262, *https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.396*

9 *Idem*.

Finalmente, para Cesar Delgado-Guembes, "la vacancia del presidente de la República reconoce la posibilidad de que el jefe de Estado no concluya su mandato durante el periodo para el que fue elegido".[10] Ahora bien, este mecanismo de control está supeditado a cinco causales dispuestas en la Constitución. En el presente trabajo, abordaremos la causal del inciso 2, es decir, la vacancia por incapacidad moral. Sobre la que Enrique Chirinos Soto señalaba lo siguiente:

> La incapacidad moral, por ser difusa o vaga, permite su calificación por el Congreso, pudiendo incluir conductas presidenciales socialmente consideradas como inmorales (ebriedad, escándalos) a pesar de que no configuran delitos; así como graves delitos comunes (asesinato, robo, estupro) por los cuales no se permite someterlo a acusación y Antejuicio durante su mandato, pero que lo inhabilitan moralmente para seguir ejerciendo como presidente de la República".[11]

III. La vacancia presidencial como problema

La vacancia presidencial es un tema que ha marcado la agenda política de la última década en el Perú. Desde la primera moción interpuesta contra Pedro Pablo Kuczynski en 2017, hasta los tres últimos intentos de remover a la presidenta Dina Boluarte en mayo de 2024. Tal es así que, ha sorteado diversos caminos y se ha ensayado en numerosos escenarios.

Como muestra de ello, Delgado-Guembes describe que, en el Congreso peruano de los últimos tres años, es decir, desde 2021 hasta la actualidad, encontramos hasta tres tipos de propuestas de reforma constitucional al artículo 113 de la Constitución Política del Perú. A pesar de ser de diversa naturaleza, tienen cinco elementos comunes. Entre los que destacan:

---

[10] Delgado-Guembes, César, *La responsabilidad política del presidente de la Republica: Indemnidad temporal, vacancia y acusación constitucional*, 1a. ed., Lima, YACHAY legal, 2022, p. 178.

[11] Eguiguren Praeli, Francisco, *Las Relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el Régimen Político peruano*, 1a. ed., Lima, Palestra, pp. 149-150.

> (1) los que mantienen la categoría pero definen que es incapacidad moral; (2) los que reducen el concepto de incapacidad moral a incapacidad mental; (3) los que amplían las causas por las que cabe acusar al presidente; (4) el que prevé una asociación indiscernible entre la vacancia de la presidencia y la disolución del Congreso; y (5) los que indican la línea de sucesión de la presidencia en caso de vacancia, señalando que da lugar a la convocatoria a elecciones generales (y no solo presidenciales).[12]

Además, en el mismo fuero legislativo, se han presentado dieciséis mociones de vacancia en los últimos ocho años. Cada una de estas mociones contuvo argumentos diferentes y fue presentada por diversas bancadas o congresistas no agrupados, pero todas comparten la finalidad de deponer al gobierno de turno por actos que se consideran inmorales.[13]

En su momento, ante diversos conflictos presentados en el ordenamiento jurídico sobre el contenido jurídico sobre el contenido semántico de la vacancia por incapacidad moral permanente, el Tribunal Constitucional peruano hizo referencia a esta institución. Aunque no desarrolló su contenido semántico, aclaro la finalidad y los elementos que deben tener en cuenta los Congresistas de la República al momento de interponerla.[14]

Dada la falta de claridad sobre el contenido semántico de la incapacidad moral, recordemos lo señalado por César Delgado-Guembes, cuando hace referencia a la responsabilidad del Congreso de ejercer control sobre el Gobierno, "El sentido de su responsabilidad institucional es prevenir el descalabro y despeñamiento del Estado en sentidos contrarios a estándares de gobernanza y de gobernabilidad"[15].

Por lo tanto, nuestros parlamentarios no necesitarían mayor interpretación si su accionar se enmarca en el mandato estable-

---

12 Delgado-Guembes, Cesar, *op. cit.,* p. 268.

13 Congreso de la República del Perú.

14 Tribunal Constitucional, Sentencia 778/2020 recaída en el Expediente 00002-2020-CC/TC, fundamento jurídico 59 y 60, https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf

15 Delgado-Guembes, César, *op. cit.,* p. 259.

cido por la Constitución de 1993. No obstante, la realidad es otra ya que proponen ideas para reformar la Constitución como si se tratara de una ley ordinaria. Además, se presentan mociones de vacancia sin considerar las consecuencias que estabas acarrean en la gobernabilidad del sistema político.[16]

En ese sentido, como señala la profesora mexicana Cecilia Mora-Donatto "ya no solo las grandes decisiones son hoy objeto de control parlamentario, sino también todas aquellas actividades gubernamentales que afectan a la vida del ciudadano de una forma indirecta".[17] En otras palabras, esta observación destaca la existencia de un instrumento que puede determinar la intensidad y gradualidad del control parlamentario.

Siguiendo la escala propuesta por la profesora Mora-Donatto, la moción de vacancia se encontraría en la tercera de cuatro categorías posibles, es decir se encuentra cerca del espectro más lesivo. Debido a su posición en esta escala, debemos reconocer que la moción de censura es un mecanismo de control que repercute intensamente en el sistema político.

Esta intensidad puede ser reconocida a través de los momentos en los que se ha sumergido la estabilidad política del país. Recordemos que en cada moción de vacancia el cambio de presidente ha repercutido tanto en la gobernabilidad como en la estabilidad económica, jurídica y social, así como en las políticas, proyectos y directivas que construye el gobierno en favor de la ciudadanía.

Ahora bien, echemos una mirada comparada para comprender el planteamiento de este apartado. En el sistema político peruano, la moción de censura no tiene los mismos efectos que en el sistema político español, ya que en el segundo se pretende la destitución del jefe del gobierno, mientras que, en el sistema peruano, se busca la destitución del ministro responsable de un acto en concreto. Por tanto, la afectación al sistema es proporcio-

16 *Ibidem,* p. 268.

17 Mora-Donatto, Cecilia, "Los nuevos desafíos del control parlamentario en México. Análisis y reflexiones", *Boletin Mexicano de Derecho Comparado,* México, núm. 153, 2018, pp. 627-671, *http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.153.13652*

nalmente distinta, ya que no es lo mismo censurar a un ministro que al jefe del gobierno.

3.1. Factores que influyen en el uso excesivo de la moción de vacancia presidencial

En Perú, la moción de vacancia por incapacidad moral permanente es empleada con frecuencia, como lo muestran las dieciséis mociones interpuestas en los últimos años.[18] Recordemos que se trata de un mecanismo para imponer límites al poder político. Sin embargo, como se hemos señalado, "resulta evidente que la intensidad del control parlamentario en unas actividades será más acentuada que en otras; es decir, este control deberá graduarse atendiendo a determinadas circunstancia.[19]

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico peruano cuenta con un procedimiento para garantizar su ejercicio. A pesar de eso, no existen mecanismos que guíen el uso gradual de este instrumento de control político, por ello, es necesario revisar los posibles factores que incentivan su uso excesivo, enfocándonos en la exigencia derivada de la acción política del gobierno.

3.2. Mayorías y minorías congresales

Un primer factor lo encontramos en la conformación de las mayorías y minorías en el Congreso de la República. Como bien señala Delgado, "es racional que las mayorías asuman un rol más bien áspero contras fuerzas políticas rivales o antagónicas".[20] Sin embargo, en el Parlamento peruano existe una alta fragmentación que impide formar mayorías solidas. En cambio, surge una corriente de minorías o legisladores independientes, tránsfugas en algunos casos, que rompen con la dicotomía del ejercicio de control de las minorías al gobierno.

---

18 Congreso de la República del Perú.

19 Mora-Donatto, Cecilia, *op. cit.,* p. 637.

20 García Belaunde, Domingo y Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coords.), *op. cit.,* p. 106.

Esta situación nos lleva a considerar que, con un alto número de grupos minoritarios, asumir una postura es complejo, ya que dependerá de los intereses propios de una minoría y no de los resultados electorales. Como señala Mora-Donatto: "Vale la pena traer aquí aquella afirmación que hacía Steffani en el sentido de que esta concepción de control se mueve más en la expresión de ver al Parlamento (a las minorías) como un mero revisor y se le aleja de pretensión determinante de un poder sancionador decisivo".[21]

Ahondando en esta situación, nos topamos con un parlamento flagelado por la fragmentación, como es el caso peruano, con 12 bancadas, 21 congresistas no agrupados y una la bancada mayoritaria con 22 integrantes, es decir con 25% del total de la cámara baja.[22] Esto representa un riesgo sumamente alto para el ejercicio gradual del control político a través de la vacancia presidencial por incapacidad moral. Un ejemplo de esto zona las tres mociones interpuestas con la Sra. Boluarte a comienzos del mes de mayo de 2024 que no prosperaron por no contar con los votos suficientes, es decir, es cuarenta por ciento de los congresistas hábiles.[23]

Como señala la profesora Milagros Campos en su reciente obra *Como salir de la crisis política: propuestas para una reforma*, es necesario "limitar la formación de nuevos grupos durante el periodo legislativo. Los Congresista que renuncien a sus cargos se integrarían a un grupo mixto, que debe tener un trato similar al de un grupo parlamentario [...]".[24]

Con esta idea, no solo desalentaríamos el transfuguismo, sino que también animaríamos a que las decisiones políticas de control se tomen a partir de acuerdos que representen a una mayoría o, al menos a una mayoría en vías de consolidación, finalmente es un acto político. Siguiendo al Magistrado del Tribunal Cons-

---

21 Mora-Donatto, Cecilia, *op. cit.,* p. 640.

22 Portal Andina, *ANDINA | Composición actual del Congreso por grupos parlamentarios*

23 Congreso de la República del Perú.

24 Campos Ramos, Milagros, *Como salir de la crisis política: propuestas para una reforma*, 1a. ed., Lima, Debate, pp. 87-88.

titucional Gustavo Gutiérrez Ticse, "los grupos parlamentarios son, en consecuencia, la concreción del partido en el órgano legislativo".[25]

3.3. Procedimiento parlamentario

El segundo factor que debemos considerar es el procedimiento parlamentario. Este conjunto de pasos permite a los legisladores iniciar, tramitar y concluir una nación de vacancia. Como señalamos al inicio, este mecanismo de control del poder político se encuentra en la Constitución y el Reglamento del Congreso. La carta fundamental detalla las causales de vacancia, mientras que el reglamento especifica el procedimiento para tramitarla en cada una de sus etapas.

El articulo 89-a del Reglamento del Congreso de la República reza lo siguiente:

> [...] a) El pedido de vacancia se formula mediante moción de orden del día, firmada por no menos de veinte por ciento del número legal de Congresistas, precisándose los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, así como de los documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren. Tiene preferencia en el Orden del Día y es vista antes que cualquier otra moción pendiente en la agenda. Recibido el pedido, copia de este se remite, a la mayor brevedad, al presidente de la República.
>
> b) Para la admisión del pedido de vacancia se requiere el voto de por lo menos el cuarenta por ciento de Congresistas hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción [...].[26]

Preliminarmente, podemos señalar que existen tres etapas dentro del procedimiento de la moción de vacancia. La primera

[25] Gutiérrez Ticse, Gustavo, *La Reforma* Constitucional, 1a. ed., Lima, Grijley, p. 69.

[26] Art. 89., Reglamento del Congreso de la República, *reglamento2023nov.pdf (congreso.gob.pe)*

etapa, que podemos denominar preparatoria, requiere de 26 votos, es decir el 20% el número legal de Congresistas, sin importar si están agrupados o no. La segunda etapa, la etapa *intermedia*, admite el pedido a trámite, en este caso, es necesario alcanzar el 40% del número legal de legisladores, 53 votos, con las mismas condiciones. Finalmente, en la tercera etapa de *juzgamiento* o *sanción* el Congreso puede vacar a un presidente si alcanza 2/3 del total de legisladores, es decir 87 votos.

Ahondando en este comentario, vemos que los requisitos para iniciar el procedimiento y admitirlo al trámite parlamentario son mínimos. Por un lado, solo se requiere alcanzar 26 firmas de legisladores; no es necesario que pertenezcan a una bancada o a un grupo parlamentario.[27] Por otro, no es necesario seguir el objetivo de las bancadas en el Parlamento, sino basta con llegar a acuerdos mínimos de poder para conseguir enormes afectaciones a la gobernabilidad.

Como observamos, esta norma desarrolla el procedimiento para declarar la vacancia del cargo de presidente de la Republica. Sin embargo, los requisitos que presenta no son proporcionales o graduales a la repercusión que este mecanismo de control político representa para la gobernabilidad.[28] Reconocemos que las principales repercusiones se gestan cuando se vaca al presidente, no obstante, la intensidad de la repercusión política no es menor.[29]

---

27 Los grupos parlamentarios, más conocidos como bancadas, están conformadas por un conjunto de partidos y movimientos políticos que forman una alianza para lograr objetivos comunes, en el argot parlamentario son más conocidas como bancadas. Véase, Hakansson Nieto, Carlos, *El neopresidencialismo: la forma de gobierno de la Constitución peruana,* 1a. ed., Lima, Yachay legal, 2023, p. 265.

28 Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-AI/TC, fundamento jurídico 26, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf*

29 Mora-Donatto, Cecilia, *op. cit.,* p. 637.

IV. Efectos en la estabilidad y confianza ciudadana

Cada vez que se presenta una moción de vacancia en el Congreso peruano, los medios de comunicación, de los especialistas y la población en general reaccionan. Los últimos tres intentos de vacar a la presidenta de la República, Dina Boluarte, se llevaron a cabo el 17 de mayo de 2024, pero se iniciaron el 26 de enero de 2023.[30] En total fueron siete mociones de vacancia, de las cuales, cinco 11507/2023, 11508/2023,10850/2023, 8433/2023, 05372/2022 estaban enmarcadas en la segunda causal, es decir, por incapacidad moral permanente.

Pedro Castillo corrió la misma suerte, en total afronto tres intentos de vacancia por la misma causal, sin embargo, como es conocido, fue vacado del cargo de presidente de la República por haber llevado a cabo un autogolpe de Estado el pasado 7 de diciembre de 2023. Retrocediendo en el tiempo, Francisco Sagasti fue el único presidente de los últimos ocho años en no haber sido amonestado con una moción de vacancia. No obstante, Martin Vizcarra, su predecesor, fue vacado con la moción de vacancia 12684/2020 el día 20 de octubre de 2020, luego de dos mociones de vacancia por incapacidad moral. Finalmente, Pedro Pablo Kuczynski renuncio al cargo de presidente antes de ser vacado por la segunda moción de vacancia interpuesta en su contra.

Para mejor comprensión de esta situación, hemos elaborado la siguiente tabla de contenido:

Moción	*Fecha*	*Presidente*	*Causal*	*Resultado*	*Bancada*
04710	15/12/2017	PPK	113.2	Archivada	Varios
05295	08/03/2018	PPK	113.2	Prospero	Varios
10650	30/09/2019	Martin Vizcarra	113.2	Archivada	Varios
12090	10/09/2020	Martin Vizcarra	113.2.	Archivada	Varios

[30] *Cfr.* Congreso de la República del *Perú, https://wb2server.congreso.gob.pe/smociones-portal/#/expediente/search*

Moción	*Fecha*	*Presidente*	*Causal*	*Resultado*	*Bancada*
12684	20/10/2020	Martin Vizcarra	113.2	Prospero	Varios
02148	08/03/2022	Pedro Castillo	113.2	Archivada	Renovación Popular
04904	29/11/2022	Pedro Castillo	113.2	Admitida a tramite	No agrupados
05000	11/12/2022	Pedro Castillo	113.2	Archivada	Perú Libre
05372	26/01/2023	Dina Boluarte	113.2	Archivada	Perú Democrático
08433	12/10/2023	Dina Boluarte	113.2	Archivada	No agrupados
10850	01/04/2024	Dina Boluarte	113.4	No admitida	Perú Libre
10867	03/04/2024	Dina Boluarte	113.4	No admitida	Cambio Democrático-JPP
11508	16/05/2024	Dina Boluarte	113.2	No admitida	Cambio Democrático-JPP
11507	16/05/2024	Dina Boluarte	113.2	No admitida	No agrupado
11512	16/05/2024	Dina Boluarte	113.2	No admitida	Perú Libre

Fuente: Congreso de la República.[31] Elaboración propia.

Como vemos, con el paso del tiempo, la institución de la moción de vacancia se ha deslegitimado y se utiliza como un instrumento que sigue la siguiente lógica. La tendencia muestra que la repetición de la moción de vacancia aumenta las probabilidades de consumarse. Con el Sr. Kuczynski fueron dos intentos y termino renunciando, con Martín Vizcarra fueron 3 y se consumó el tercero, con el Sr. Pedro Castillo se replicó lo ocurrido con el Sr. Vizcarra y con la Sra. Dina Baluarte ya se consumaron 7 intentos.

[31] Véase, Congreso de la República del Perú, *https://wb2server.congreso.gob.pe/smociones-portal/#/expediente/search*

Estos hechos son preocupantes, más aún, porque la vacancia presidencial no representa lo mismo para la ciudadanía de hoy que para los peruanos a inicios del 2017 cuando se intentó vacar Sr. Kuczynski. Hoy representa un instrumento más, que ha devenido en el mecanismo de salida de los presidentes peruanos en la última década cuando (i) son elegidos sin mayorías en el parlamento o, (ii) no cuentan con legisladores que los defiendan.[32]

Ahora bien, no podemos negar que la mayoría de los presidentes terminaron su mandato y fueron detenidos o puestos a disposición luego de un juicio político, como es el caso de Martin Vizcarra, sin embargo, no todos, como es el caso del Sr. Kuczynski han recibido una sentencia. Este tipo de hechos, como lo advierte Milagros Campos, tomando en cuenta el Barómetro de las Américas sobre la percepción de la democracia, "esta percepción afecta a los países de la región, pero en mayor medida al Perú, que lidera la tabla sobre la percepción de corrupción de los políticos".[33]

No pretendemos defender los supuestos actos de corrupción por los que se investiga a la mayoría de ex presidentes del Perú, sin embargo, hacemos un llamado a la reflexión y cordura de los parlamentarios. Las instituciones están para respetarlas y protegerlas, no para menoscabarlas y deslegitimar su objetivo. Finalmente, recordemos que "los sistemas políticos funcionan cuando los actores políticos quieren que funcionen".[34]

V. Conclusiones

El uso desmedido de los instrumentos de control-responsabilidad política puede debilitar la estabilidad del modelo al punto de afectar la integridad del régimen democrático. Cuando utilizamos mecanismos como la moción de vacancia presidencial, de manera oportunista, reiterativa o sin fundamentos sólidos, generamos incertidumbre política y ello obstaculiza la estabilidad y funcionalidad del sistema.

---

32 Eguiguren Praeli, Francisco, *op. cit.,* p.

33 Campos Ramos, Milagros, *Como salir..., cit.,* p. 32.

34 *Ibidem,* p. 27.

Los casos revisados en el presente trabajo y los análisis desarrollados por la doctrina deben ser tomados en cuenta por los legisladores para iniciar una nueva moción de vacancia presidencial. Debemos recordarles que, ellos deben respeto y obediencia a las instituciones de nuestro ordenamiento constitucional y que, si pretenden mejorar el ínfimo respaldo y confianza que tienen la población sobre ellos, deben actuar con coherencia y responsabilidad.

Es crucial que trabajemos sobre la cohesión entre los legisladores para fortalecer el control político de las acciones del gobierno. Estos mecanismos deben partir de decisiones conjuntas amparadas en argumentos y facticos que realmente sean merecedores de dar trámite a un recurso altamente lesivo para la gobernabilidad.

El procedimiento parlamentario para la vacancia presidencial en Perú revela que, aunque existe un marco jurídico constitucional desarrollado, la facilidad con la que se puede iniciar y dar trámite a una moción de esta naturaleza no se alinea con la magnitud de las consecuencias políticas y de gobernabilidad que están acción conlleva.

En ese sentido, es fundamental revisar los requisitos dispuestos por el Reglamento del Congreso de la República para ensayar alternativas serias y que repercutan positivamente en la acción de control que debe ejercer el Parlamento para garantizar estabilidad entre los poderes.

Referencias

Campos Ramos, Milagros, “El control parlamentario a los presidentes en minoría: un balance”, *Revista de Derecho de Alumnos de la Universidad de Lima*, Lima, núm. 15, 2022.

Campos Ramos, Milagros, *Cómo salir de la crisis política. Propuestas para una reforma*, Lima, DEBATE, 2023.

Constitución Política del Perú.

Delgado-Guembes, Cesar, “Para que se acusa en el Parlamento”, en García Belaunde, Domingo *et al.* (coords.), *El juicio político en el Perú*, Lima, Instituto Pacifico, 2022.

Delgado-Guembes, Cesar, *La responsabilidad política del presidente de la República. Indemnidad temporal, vacancia y acusación constitucional*, Lima, YACHAY legal, 2022.

Eguiguren Praeli, Francisco, *Las Relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el Régimen Político peruano*, Lima, Palestra Editores, 2021.

García Belaunde, Domingo, "El juicio político en el Perú: algunas precisiones conceptuales", en García Belaunde, Domingo *et al.* (coords.), *El juicio político en el Perú*, Lima, Instituto Pacifico, 2022.

García Roca, Javier, "Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* México, núm. 37, julio-diciembre de 2017.

García Roca, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

García Toma, Víctor, "La acusación constitucional", *Revista Advocatus*, Lima, núm. 25, 2011.

Gutiérrez Ticse, Gustavo, *La Reforma Constitucional*, Lima, Grijley, 2023.

Hakansson, Carlos, *El Neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana*, 4a. ed., Lima, YACHAY legal, 2023.

Mora-Donatto, Cecilia, "Los nuevos desafíos del control parlamentario en México. Análisis y reflexiones", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año LI, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018.

Reglamento del Congreso de la República del Perú.

Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 1a. reimpr., trad. de Roberto Reyes Mazzoni, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 778/2020 recaída en el Expediente 00002-2020-CC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 0006- 2003-AI/TC.

El retorno a la bicameralidad: los límites del diseño institucional

***

The Return to Bicameralism: The Limits of Institutional Design

*Milagros Campos**

Resumen: el sistema de gobierno peruano ha sido calificado como un presidencialismo parlamentarizado. En los últimos años inestabilidad política y problemas de gobernabilidad democrática han motivado estudios en torno al diseño institucional y reformas constitucionales. Uno de ellos es el diseño del Congreso. En marzo de 2024 se aprobó la reforma que reestablece la bicameralidad, treinta años después de instaurar un Congreso unicameral. Pero ¿el diseño aprobado contribuirá a la gobernabilidad democrática, a mejorar la representación política y la deliberación pública? La ponencia responde con un enfoque comparado los límites del diseño de la nueva bicameralidad y los temas pendientes de desarrollo legislativo.

Abstract: the Peruvian system of government has been described as a presidential parliamentarism. In recent years, political instability and democratic governance problems have motivated studies on institutional design and constitutional reforms. One of them is the design of Congress. In March 2024, a constitutional reform reestablishes bicameralism, thirty years

* Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

after establishing a unicameral Congress. But will the approved design contribute to democratic governance, improve political representation and public deliberation? The dissertation responds with a comparative approach to the limits of the design of the new bicameral system and the pending issues of legislative development.

Palabras clave: bicameralidad, congreso, parlamentos, ingeniería constitucional, representación política.

Key words: bicameralism, congress, parliaments, constitutional engineering, political representation.

Sumario: I. ¿Por qué dos Cámaras? II. El diseño del nuevo bicameralismo peruano. III. Reflexiones finales. Referencias.

I. ¿Por qué dos Cámaras?

Tradicionalmente, la introducción de una segunda cámara se justifica para mejorar la representación. La Cámara de Diputados se vincula a una representación de la población, mientras que el Senado responde a criterios territoriales. Aunque la mayor parte de congresos en el mundo son unicamerales, de acuerdo con la Unión Interparlamentaria a la fecha, aproximadamente un 41.5 % son bicamerales.

La evidencia muestra que el bicameralismo no está necesariamente vinculado a los estados federales. Hay estados unitarios que optan por la estructura bicameral de sus congresos como Chile, Paraguay o Uruguay, mientras que México y Brasil son federales. El reciente informe de la Comisión de Venecia (2024) sobre bicameralismo, señala que la mayoría de los países con más de 11 millones de habitantes tienen un sistema bicameral. En el mismo sentido, los trabajos de Planas y Tuesta, y más recientemente Campos y Zegarra[1] muestran que el tamaño del congre-

[1] Planas Silva, Pedro, Democracia y tradición constitucional en el Perú, Lima, San Marcos, 1998; Tuesta Soldevilla, Fernando, "La circunscripción

so importa pues afecta la representación política. Ello también afecta la proporcionalidad y consecuentemente se encuentran circunscripciones sobrerepresentadas o subrepresentadas.[2]

En países cuya población presenta una "mayor diversidad lingüística, religiosa, étnica o de otro tipo, suele prevalecer el sistema bicameral" (Comisión de Venecia 2024). Por ello, una segunda cámara puede contribuir a una representación de intereses distintos para promover "una legislación basada en un mayor consenso político y social".[3]

Históricamente se ha destacado que la bicameralidad puede favorecer una mejora en la legislación, así como en un mejor control de poder. En Estados Unidos, James Wilson, representante de Pensilvania en la Convención se refirió a la ausencia de control en congresos unicamerales, se depende de la virtud y el buen sentido de quienes la componen. Como señalan Tsebelis y Money la segunda cámara permitiría que la función legislativa se distribuya entre dos asambleas "separadas y respectivamente independientes",[4] lo que las coloca en situación de limitarse y controlarse respectivamente a esta distribución del poder.[5] En ese sentido, una justificación importante de una segunda cámara es la separación de poderes, para evitar el riesgo de abuso que conlleva la concentración de poder en un solo órgano y la mejora de la democracia al contar con una base más amplia y diversificada. (Comisión de Venecia 2024).

---

electoral: Perú y la Región Andina", Justicia Electoral, 2004; Campos, M., y K. Zegarra, "¿Cómo elige Perú a sus representantes?", Revista Elecciones, 2021, pp. 197-230.

2 A partir de la comparación entre el número de electores y congresistas se puede observar que Lima Metropolitana o Cusco se encuentran subrepresentadas a diferencia de Moquegua o Tumbes. Ver: Campos, M., y K. Zegarra, *op. cit*.

3 Llanos, Mariana, "El bicameralismo en América Latina", *Anuario*, IIJ-UNAM, 2003, pp. 347-377.

4 Tsebelis, George y Money, Jeannette, *Bicameralism,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

5 Loewenstein, K., *Teoria de la Constitución,* Barcelona, Ariel, 1976.

Un parámetro de clasificación de los bicameralismos frecuentemente comentado en los estudios es el de Arend Lijphart. Este parámetro analiza dos criterios: la congruencia de un lado, y de otro, la simetría. El primero alude a la similitud de criterios para elegir a los representantes de las cámaras para su composición política. El segundo, a la igualdad de poder a partir del análisis de sus atribuciones constitucionales.[6] En torno a la simetría, es importante anotar que no basta la diferencia en la asignación de atribuciones, sino el poder que tiene una cámara sobre la otra. Russell desarrolla un tercer elemento mencionado por Lijphart: la legitimidad. Explica que la legitimidad refiere al "aporte" democrático de la segunda cámara, hecho que excede al modo de composición.[7]

El citado informe de la Comisión de Venecia sistematiza los tres criterios para considerar un bicameralismo fuerte:

> (i) Simetría/Asimetría: dependiendo de si ambas cámaras disfrutan de poderes fundamentalmente similares; (ii) Congruencia/Incongruencia: en función de si la composición partidista de las cámaras es o no la misma; (iii) Legitimidad Percibida: depende de si la segunda cámara tiene suficiente legitimidad (normalmente democrática, pero también de otros tipos) para desempeñar plenamente sus competencias constitucionales o no (Comisión de Venecia 2024).

En el caso de la distinción simetría/asimetría, el análisis del informe se circunscribe a la comparación entre las competencias asignadas a cada cámara. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, resulta relevante el poder de una cámara sobre la otra. Respecto del criterio congruencia/incongruencia, Llanos detalla distintas disposiciones que puede contemplar el diseño institucional para fomentar la incongruencia. Por ejemplo, establecer la representación de intereses minoritarios en la cámara alta, diferencia en el diseño de las circunscripciones y formula electo-

[6] Tsebelis, George y Money, Jeannette, *op. cit*.; Llanos, Mariana, *op. cit*.; Toro Maureira, S., *et al.,* "Experiencias sobre el senado. Reflexiones para el debate latinoamericano", *EXPERIENIberoamericana America Latina*, 2023, pp. 189-210.

[7] Russell, Meg., *The Journal of Legislative Studies*, 2013, pp. 370-391.

ral, el tamaño de las cámaras (menor número en el Senado), los requisitos diferenciados para ser electo a fin de procurar mayor *expertise*, duración diferenciada del mandato o renovación parcial.[8] El factor que determina que un bicameralismo sea "fuerte" es la capacidad para que la segunda cámara ejerza influencia en las decisiones políticas.[9]

Muchos estudios atribuyen una mejor calidad en la legislación al congreso bicameral, pues la revisión por dos cámaras debería dar como resultado un mejor texto. Ello sin embargo depende de otros factores como los estudios de antecedentes, la determinación del problema a resolver, el análisis de competencias, la evidencia acompañada, entre otros. Lo cierto es que el diseño bicameral debería contribuir a una mayor deliberación y reflexión. Las cámaras pueden estar de acuerdo en el texto o pueden producirse discrepancias. Un aspecto importante en el diseño del bicameralismo es precisamente la resolución de desacuerdos que se presenten entre las cámaras. En materia legislativa suele mencionarse el sistema *navette* y el del funcionamiento de comités o conferencia. El sistema *navette* es definido como el reenvió de los textos aprobados por una u otra cámara hasta lograr un texto consensuado. Para evitar un intercambio infinito, las normas constitucionales o reglamentarios establecen las mayorías requeridas para determinar el texto final o el archivamiento de la iniciativa.

Si bien hay cierta coincidencia en que no hay un diseño que sea por sí mismo mejor que otro, las razones aquí explicadas muestran que, en sociedades complejas y heterogéneas, el bicameralismo puede contribuir a fortalecer la democracia. El bicameralismo per se no garantiza mejores procesos en la toma de decisiones, ni la mayor calidad en la legislación, menos aún la representación. Ello dependerá en buena medida del diseño legislativo que se adopte.

---

8 Llanos, Mariana, *op. cit*.

9 Russell, Meg., *op. cit*.

II. El diseño del nuevo bicameralismo peruano

El diseño del nuevo Congreso es muy diferente al que venía funcionando con la Constitución de 1979. También tiene diferencias sustanciales con otros congresos de la región. Algunos temas han quedado pendientes de desarrollo en la ley orgánica de elecciones, así como en los reglamentos del Congreso y de las cámaras.

2.1. Tamaño del Congreso

Como señaló Pedro Planas, el número de representantes no es arbitrario.[10] Actualmente, el Congreso unicameral está integrado por 130 congresistas para una población de 34 millones, de allí que se considere que es pequeño por la ratio entre el número de representantes y el de congresistas, en comparación con los congresos anteriores a 1993 también en relación con otros países de América Latina. La reforma constitucional ha previsto que se elijan 130 diputados y 60 senadores, aunque una ley orgánica puede aumentar el número.

2.2. Circunscripciones

Los sistemas electorales refieren a dos principios de representación política. La representación por mayoría busca que el escaño sea ocupado por un partido o una coalición; la representación proporcional tiene como objetivo reproducir "de la forma más fiel posible, las fuerzas sociales y los grupos políticos existentes en la población".[11] Las circunscripciones son un elemento esencial en el diseño de los sistemas electorales. Explica Tuesta que se trata del "conjunto de electores que conforma la base para que sus votos se repartan entre un número determinado de escaños".[12] Siguiendo su explicación es en la circunscripción elec-

10 Planas Silva, Pedro, *op. cit*.

11 Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y reforma electoral. Una introducción,* Lima, Asociación Civil Transparencia e International IDEA, 2004.

12 Tuesta Soldevilla, Fernando, *op. cit*.

toral en la que se asignan los escaños. De manera que el tamaño de la circunscripción es determinante para el número de partidos que pueden acceder a escaños y en algunos casos influye de manera más determinante; por ejemplo, a través de la práctica conocida como *gerrymandering*, definido como "el intento de alterar las oportunidades electorales de los candidatos a través de la delimitación de las circunscripciones de acuerdo con criterios políticos".[13] Un criterio frecuente es que la cámara de diputados represente a las personas y la segunda cámara se elija con criterio territorial.

Las circunscripciones pueden ser uninominales o plurinominales. Las uninominales suelen generar una mayor desproporción que se agudiza en países con fragmentación política. Sin embargo, la desproporción también se registra en el sistema electoral parlamentario actual, en el que algunos departamentos se encuentran sobrerrepresentados y otros subrepresentados. El Congreso peruano se elige en 27 circunscripciones plurinominales, que incluye una reciente circunscripción para peruanos en el exterior y una circunscripción uninominal (Madre de Dios).

De acuerdo con la reforma aprobada, los futuros senadores serán elegidos asegurando que haya un representante por circunscripción y el resto por "distrito único nacional". Para diputados no señala criterio. Aún se encuentra pendiente la aprobación de una ley orgánica que desarrolle este elemento del diseño que resulta esencial. A fin de garantizar un senado incongruente, los criterios para definir la circunscripción deberían ser diferentes en cada cámara de forma que se fortalezca la representación.

2.3. Voto preferencial

La regulación del tipo de listas es legal. Las listas cerradas y no bloqueadas, conocidas como voto preferencial, fueron parte de las reformas políticas aprobadas en 2019. Así, el voto preferencial fue eliminado en el 2019, manteniéndose solo para el proceso de 2021 (Ley 30996). Sin embargo, recientemente se ha

[13] Nohlen, Dieter, *op. cit.*

restablecido (Ley 31981). Es decir que, para las próximas elecciones, es posible que los electores elijan mediante ocho votos preferenciales a los candidatos de su preferencia. Dos votos preferenciales opcionales para la elección de diputados, dos para la elección de senadores por circunscripción nacional, dos para la circunscripción del senador departamental y dos para el Parlamento Andino. La evidencia muestra que el uso del voto preferencial no es mayoritario y cuando se usa eleva el riesgo de error y la consecuente distorsión del resultado. Por lo que, más allá de la conveniencia o no de mantenerlo, en este contexto, puede incrementar el número de votos nulos. El tema no es menor pues debido a las denuncias de fraude no probadas, la polarización e impugnaciones durante la campaña, la confianza en las elecciones en el Perú se ha reducido de 46% en 2012 a 22% en 2023, de acuerdo con el informe del Barómetro de las Américas 2023.

2.4. Edad

Las diferentes edades para elegir a representantes en la cámara de senadores y diputados es otro de los requisitos que conduce a un bicameralismo incongruente. La reforma precisa que los diputados deben contar con 25 años, los senadores con 45, salvo que antes hayan sido congresistas o diputados. Actualmente para ser elegidos congresistas se requiere haber cumplido 25 años. La exoneración del requisito de la edad para los senadores es muy relevante en el contexto de la reforma pues mediante referéndum se prohibió la reelección inmediata en 2019. Se trató de una contra reforma en el contexto de volatilidad electoral, pocas carreras políticas y con parlamentarios con poca experiencia y proyectos de corto plazo. La tasa de reelección inmediata histórica fue en promedio 20% desde el 2001, muy similar a la registrada en el pasado. La alta volatilidad electoral contribuyó a que no se construyeran carreras políticas. La nueva bicameralidad restituye la posibilidad de postular a la reelección inmediata.

El diseño del Senado no ha incorporado otros elementos que pueden contribuir al bicameralismo incongruente como períodos diferenciados o renovación escalonada. De allí que es muy posible que las cámaras se parezcan en su composición partidaria

inicial. En el mismo sentido de lo señalado en párrafos anteriores, la Comisión de Venecia ha señalado que "una segunda cámara puede contribuir a mejorar la legislación si sus miembros representan otros intereses diferentes a los de la mayoría nacional presente en la otra cámara, o si pueden aportar una experiencia y unos conocimientos específicos" (Comisión de Venecia 2024).

2.5. Atribuciones de las Cámaras

Al analizar las atribuciones de diputados y senadores se observa un nivel de asimetría, no solo por competencias diferenciadas sino por la cuota de poder asignada a cada cámara. En el ámbito legislativo, los senadores no tendrán iniciativa legislativa, pero controlan el contenido de la futura ley. El procedimiento legislativo es iniciado por iniciativa de los diputados así como del presidente y en las materias que les son propias a los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales y los ciudadanos, según lo establece el artículo 107 de la Constitución. Luego de la aprobación por la cámara de diputados, el Senado, como cámara revisora tendrá un plazo, que fijará el reglamento, para revisar. A continuación, pueden ocurrir los siguientes supuestos: a) Si ratifica lo aprobado por la cámara baja o vence el plazo sin pronunciarse, se remitirá la autógrafa de ley al Ejecutivo para su promulgación y publicación u observación. b) Ocurre lo propio si el Senado modifica el texto aprobado por la Cámara de Diputados. c) Si no alcanza los votos para su aprobación, se archiva.

A diferencia de lo establecido en los congresos en la región y Europa, frente al desacuerdo con la cámara de origen, no existe un sistema *navette* ni una obligación de recurrir a conferencias. Es decir que los senadores definen la legislación. Con ello se reduce la ventaja de la bicameralidad para lograr mayor deliberación y reflexión. En materia legislativa, el Senado aprueba tratados internacionales y ejerce el control de los actos normativos del presidente, así como el de la declaratoria de los regímenes de excepción.

Solo para el caso de la ley de presupuesto se establece que la iniciativa, que presenta de manera exclusiva el Ejecutivo, es estudiada y dictaminada por una comisión bicameral integrada por igual número de senadores y diputados. Este procedimiento debería seguirse también para leyes orgánicas y reformas constitucionales.

Respecto de otros mecanismos de control parlamentario, la Cámara de Diputados como cámara política, interpela y censura a los ministros de Estado, otorga o rehúsa la confianza (voluntaria) planteada por iniciativa ministerial. Asimismo, puede conformar comisiones investigadoras con la finalidad de iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público.

Cabe destacar que se ha eliminado la cuestión de confianza obligatoria. Se mantiene la obligación del nuevo gabinete de asistir, a la Cámara de Diputados, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, a fin de exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión, sin que ello de lugar a plantear una cuestión de confianza. Hemos considerado reiteradamente que esta reforma resulta conveniente. La presencia del gabinete para pedir el voto de confianza es un mandato constitucional que se desarrolla cuando ya hay un ejecutivo constituido y un gabinete en funciones; por lo que no es propiamente un voto de investidura, como el que se da en los regímenes parlamentarios. Sin embargo, de acuerdo al mandato constitucional, es condición para mantenerse en el cargo. De no lograr el voto favorable, el gabinete debe renunciar. Regularmente, el voto de confianza se otorgó pues la misma Constitución faculta al presidente a disolver el Congreso si se niega la confianza o se censura a dos gabinetes. De manera que con convicción o mayormente sin ella los gabinetes obtuvieron la confianza del Congreso. Su eliminación había sido propuesta por la Comisión de estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, así como por la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política.[14]

[14] Campos, Milagros, "El voto de confianza en el presidencialismo parlamentarizado peruano", Domingo García Belaunde, César Landa Arroyo y Marco (eds.), *Constitución y Democracia,* Lima, Nomos&Thesis EIRL, 2021; Campos, Milagros, "La Parlamentarización del Presidencialismo Peruano",

El Senado define la conformación de los órganos constitucionalmente autónomos por dos tercios de votos. Elige a los siete magistrados del Tribunal Constitucional, elige y remueve por falta grave al defensor del pueblo con igual votación; designa a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años al contralor general de la República, y lo puede remover por falta grave. Asimismo, puede remover por causa grave a los miembros de la Junta Nacional de Justicia con el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. También elige a tres directores del Banco Central de Reserva y ratifica la designación de su presidente con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros; los remueve por falta grave con igual votación. Ratifica al superintendente de banca, seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones designado por el Ejecutivo.

2.6. Antejuicio y juicio político

En el caso de lo dispuesto por los artículos 99 y 100 de la Constitución, la Cámara de Diputados acusa ante el Senado al presidente de la República y otros altos funcionarios por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas. El Senado puede suspender o no al funcionario acusado, inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función. Las mayorías requeridas serán definidas por los correspondientes reglamentos.

En este punto resulta relevante mencionar una reforma que estuvo en la agenda desde hace más de una década en torno al rol del Ministerio Público. La norma constitucional, actualmente vigente, establece que el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. La nueva norma señala que el Fiscal de la Nación evalúa, conforme a sus atribuciones, el ejercicio de la acción penal correspondiente ante la Corte Suprema.

---

en César Landa, *Actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2020.

Lamentablemente, el artículo 117 de la Constitución no fue reformado. Existe un dictamen aprobado en febrero de 2023 pendiente de debate en el Pleno. El dictamen prevé la inclusión de la imputación de delitos vinculados al terrorismo; al narcotráfico; a la corrupción de funcionarios: colusión, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho activo transnacional, cohecho activo especifico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias, y enriquecimiento ilícito; y a delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional: rebelión, sedición y motín entre los supuestos para acusar al presidente durante su periodo.

Sin embargo, la amenaza para los presidentes sin mayoría parlamentaria no ha sido el juicio político sino la declaratoria de vacancia por incapacidad moral. Cuatro de los seis presidentes desde 2016 libraron procedimientos de vacancia por esta causa, dos fueron destituidos. Ahora, corresponderá al Congreso declararla, pero el procedimiento y votación de cada cámara no ha sido regulado aún. Es otra tarea pendiente.

2.7. Disolución de la Cámara de Diputados

La reforma mantiene la facultad de disolver, pero solo la Cámara de Diputados si esta ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. Se precisa que los nuevos diputados electos completan el período constitucional de la cámara disuelta. Asimismo, respecto de los decretos de urgencia del interregno, se establece que necesariamente están vinculados al normal funcionamiento del Estado o las materias propias de la política general del Gobierno, de los que da cuenta al Senado para que los revise e inclusive queda habilitado para modificarlo.

Cabe señalar que esta facultad del presidente podría reemplazarse por la renovación por mitades de la cámara de diputados. Una medida como esta permite que los electores intervengan respecto de los posibles conflictos entre ambos poderes. Con el voto y la nueva conformación de la cámara, el elector puede apoyar al ejecutivo o a la oposición.

III. Reflexiones finales

Las razones históricas para incluir una segunda cámara varían. En el caso peruano, el diseño bicameral ha evidenciado ser disfuncional. Reestablecer la bicameralidad debía atender a principios como la mayor deliberación en la toma de decisiones parlamentarias y mejorar la representación. Otra de las razones que la justifica es introducir un mecanismo de control entre las cámaras. Para ello el diseño debe acercarse a ser incongruente y parcialmente simétrico (considerando el poder de cada cámara y no solo las diferentes atribuciones). Lo peculiar del diseño aprobado es que no se ha dispuesto ningún mecanismo para el consenso entre las cámaras respecto de los desacuerdos que se presenten en torno al contenido de la legislación. El Senado define sin consultar formalmente los desacuerdos. En ese sentido, hay espacio para que los reglamentos establezcan el mecanismo ya existente en el bicameralismo histórico de llamar conferencia. El artículo 233 del reglamento Interior del Senado de 1988 estableció que: "si un proyecto fuese adicionado o modificado por la cámara revisora y una de las cámaras pidiese conferencia se nombrará al efecto comisionado de una y otra cámara; y reunidos unos y otros conferenciarán libremente entre sí, comunicando de palabras por escrito las razones en que se fundan sus respectivas opiniones". El resultado de la conferencia será puesto en conocimiento de la cámara revisora. En igual sentido el Reglamento del Senado argentino ha previsto que este puede aceptar de la Cámara de Diputados o proponerle la creación de comisiones bicamerales para el estudio de materias de interés común o cuya complejidad o importancia lo hagan necesario. (artículo 86). En el caso de Chile, la constitución prevé la formación de comisiones mixtas.

Otro aspecto pendiente de cara a la gobernabilidad democrática es el de la responsabilidad del presidente durante su mandato. El uso frecuente de la vacancia por permanente incapacidad moral lo ha equiparado a una "censura presidencial", generando confusiones sobre la naturaleza de nuestro sistema de gobierno. Ello aunado a los mecanismos de control de los regímenes parlamentarios que se introdujeron sucesivamente al sistema de gobierno en las constituciones peruanas. El Perú tiene un sistema de gobierno que se define como presidencialismo parlamenta-

rizado.[15] Estas características, así como el funcionamiento del sistema de gobierno han llevado a calificarlo como uno semipresencial. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas semipresidenciales, el presidente en el Perú es jefe de Estado y jefe de gobierno, no hay competencias específicas que le otorguen una cuota de poder formal al presidente del Consejo de Ministros, que no es propiamente un Primer ministro. ¿Contribuirá la segunda cámara a mejorar la inestabilidad política que ha caracterizado al Perú, especialmente en los últimos años? En contextos de presidentes en minoría, sin partidos que los respalden, la duración de las presidencias depende del Congreso. El procedimiento de vacancia por permanente incapacidad moral no ha sido definido, deberá desarrollarse en los reglamentos del Congreso y las cámaras. Este debería darse en dos instancias como ocurre con el juicio político, con mayor razón cuando un reciente fallo del Tribunal Constitucional ha calificado la vacancia por permanente incapacidad moral como una modalidad *sui generis* de juicio político (Sentencia 96/2024. F.J. 28).

El funcionamiento del nuevo bicameralismo depende en buena medida del diseño. Muchos temas están pendientes de definición en las normas de desarrollo. Con todo, como hemos señalado, el rol de los actores políticos es esencial. En ese sentido el tipo de partidos es determinante. Evidentemente, mientras más congruentes sean las cámaras lo más probable es que sean los mismos partidos políticos que obtengan escaños. En la medida que estos partidos sean vehículos para llegar al Congreso y no organizaciones programáticas con propósito de permanencia, será difícil cambiar la dinámica de funcionamiento del Congreso que se caracteriza actualmente por fragmentación que se acrecienta con el transfuguismo. Se requiere que los partidos definan sus agendas a partir de políticas públicas, enfocadas en mejorar los indicadores sociales y económicos que aquejan a los ciudadanos.

[15] García Belaunde, Domingo, *La Constitución y su dinámica,* Lima, Palestra, 2006; Eguiguren Praeli, Francisco, *La responsabilidad del Presidente,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007; Campos Ramos, Milagros, *Relaciones Ejecutivo-Parlamento: grupos parlamentarios y mecanismos de control en el Poder Ejecutivo,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014; Campos, Milagros, "La Parlamentarización del Presidencialismo Peruano", *cit*.

El retorno a la bicameralidad, el restablecimiento de la reelección y la eliminación de la cuestión de confianza obligatoria son reformas institucionales que van en el sentido adecuado para un mejor diseño del sistema político.

Referencias

Campos Ramos, Milagros, *Relaciones Ejecutivo-Parlamento: grupos parlamentarios y mecanismos de control en el Poder Ejecutivo,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Campos, M., y K. Zegarra, ¿Cómo elige Perú a sus representantes?, *Revista Elecciones,* 2021.

Campos, Milagros, "El voto de confianza en el presidencialismo parlamentarizado peruano", Domingo García Belaunde, César Landa Arroyo y Marco (eds.), *Constitución y Democracia,* Lima, Nomos&Thesis EIRL, 2021.

Campos, Milagros, "La Parlamentarización del Presidencialismo Peruano", en César Landa, *Actas de las V Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2020.

Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política, CANARP. *Hacia la Democracia del Bicentenario.* Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional peruana, Ministerio de Justicia, "Documentos: Comisión de Estudio de las Bases para la Refórma CO/lStitucional en el Perú", *Pensamiento Constitucional,* año VIII, núm. 8, 2001.

Comisión de Venecia. "Informe sobre bicameralismo", Venecia, 2024.

Eguiguren Praeli, Francisco, *La responsabilidad del Presidente,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

García Belaunde, Domingo, *La Constitución y su dinámica,* Lima, Palestra, 2006.

Llanos, Mariana, "El bicameralismo en América Latina", *Anuario*, IIJ-UNAM, 2003.

Loewenstein, K., *Teoria de la Constitución,* Barcelona, Ariel, 1976.

Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y reforma electoral. Una introducción,* Lima, Asociación Civil Transparencia e International IDEA, 2004.

Planas Silva, Pedro, *Democracia y tradición constitucional en el Perú,* Lima, San Marcos, 1998.

Russell, Meg., *The Journal of Legislative Studies*, 2013.

Toro Maureira, S., *et al.,* "Experiencias sobre el senado. Reflexiones para el debate latinoamericano", *EXPERIENIberoamericana America Latina*, 2023.

Tsebelis, George y Money, Jeannette, *Bicameralism,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

Tuesta Soldevilla, Fernando, "La circunscripción electoral: Perú y la Región Andina", *Justicia Electoral*, 2004.

La república como problema constitucional

***

The republic as a constitutional problem

*Raúl Chanamé Orbe**

Resumen: el autor explica las consideraciones de la forma de gobierno que desde los clásicos se ha denominado como *Res pública* (cosa pública), cuya definición y concepción ha ido evolucionando a la par de las ideas políticas imperantes en Europa y posteriormente en Latinoamérica. Asimismo, entrelaza el derecho, la historia y la filosofía en el presente artículo para un entendimiento cabal e íntegro de este fenómeno político, que es régimen común a casi todo el bloque occidental. Por último analiza los desafíos del régimen tratado en base a las "constituciones agónicas" en un país que "ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones".

Abstract: the author explains the considerations of the form of government that since the classics has been called *Res pública* (public thing), whose definition and conception has evolved along with the prevailing political ideas in Europe and later in Latin America. It also interweaves law, history and philosophy in this article for a full and complete understanding of this political phenomenon, which is a regime common to almost the

* Abogado y catedrático. Posee los grados de bachiller, magister y doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Posee posgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza y Derecho Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid (España).

entire Western bloc. Finally, he analyzes the challenges of the regime dealt with on the basis of the "agonic constitutions" in a country that "has lived making and unmaking constitutions".

Palabras clave: república, estado de derecho, filosofía política, democracia, Constitución.

Keywords: republic, rule of law, political philosophy, democracy, Constitution.

Sumario: I. La República de los clásicos. II. El Renacimiento Republicano. III. La República Moderna. IV. El Republicanismo en las Américas. V. La Reivindicación Republicana. VI. La Constitucionalización del Republicanismo. VII. Actualidad del Republicanismo. VIII. Los desafíos de la Constitución Peruana.

I. La República de los clásicos

Los griegos denunciaron los primeros sofismas de la política,[1] y, a su vez, anunciaron sus primeras utopías.[2] La República[3] *(Politeia)* de Platón (427-347 a.n.e), es un diálogo filosófico, dividido en 10 libros, donde se plantea un orden social basado en un régimen ideal. La Politeia engloba varias voces: Estado, Constitución, gobierno, vida pública; el propósito de La República es saber qué es lo justo en la convivencia social, pues "La polis nace porque ninguno de nosotros se basta a sí mismo" y su máxima es: "Una polis perfecta solo debe ser esclava de sus leyes". Para Karl Popper, más que un Estado perfecto, era un régimen que anticipaba los totalitarismos contemporáneos.[4] Hannah Arendt disentirá de esta tesis, pues, señala que estos regímenes poseen componentes

1 Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

2 Berlin, Isaías, *Sobre la libertad*, Ciudad de México, Alianza Editorial, 2017, p. 325.

3 Candel, Miguel (ed.), *La República o Estado*, Madrid, Colección Austral, 1997.

4 Popper, Karl, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1994.

ideológicos de instituciones recientes, no anteriores.[5] La idea republicana desde su origen es polémica, no obstante, será duradera en la historia, a pesar de las falacias que han pesado sobre ella.

Anticipándose a sus críticos, Platón defendió su República en camino a ser optimizada con el tiempo:

> ¿Creer que un pintor, después de haber pintado el más bello modelo de hombre que pueda verse y de haber dado a cada rasgo la última perfección, sería menos hábil porque no le fuera posible probar que la naturaleza puede producir un hombre semejante? [...] Y nosotros, ¿qué hemos hecho en esta conversación sino trazar el modelo de un Estado perfecto? [...] Y lo hemos dicho, ¿pierde algo si no podemos demostrar que se puede formar un Estado según este modelo?.[6]

Esta obra se completará con *Las Leyes*, donde Platón estudia la organización de las polis, conjugando el modelo democrático con formas autocráticas. A diferencia de la República, donde se plantea un Estado gobernado por filósofos, en Las Leyes los hombres se autogobiernan por medio de legisladores reunidos en un Senado elegidos por la aristocracia, que serán los guardianes de la ley. En la República, Platón, sueña con el gobierno de hombres perfectos, en las Leyes con el gobierno posible de hombres imperfectos.

En tanto, Aristóteles (384-322 a.n.e.) somete a crítica el utópico modelo platónico en (La) Política (Politiká), planteando una teoría general de la política y el gobierno, menos ideal y más realista a la luz de su propia experiencia cívica, donde reconoce más de 150 constituciones para cada estado y régimen político.[7]

---

5 Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

6 Candel, Miguel (ed.), *op. cit.*, pp. 30-31.

7 Recién en 1880 se descubrió (La) Constitución de Atenas de Aristóteles donde, una vez más, muestra su realismo jurídico, su búsqueda práctica del buen gobierno y la eficacia de las instituciones, en su "justo medio", más allá de las abstracciones teóricas. Pedrals, Josep *et al*., *Los libros de los filósofos*, Barcelona, Ariel Filosofía, 2004, p. 128.

El estagirita, en Ética a Nicómaco,[8] orienta su crítica no a exaltar el ideal, sino a encontrar la contradicción con la realidad, a contrastar el ser con el deber ser de las instituciones. Halló que la participación democrática dentro de la República podía fácilmente degenerar en la oclocracia por medio de la elocuencia de los demagogos y la insensatez del pueblo. Así, una forma avanzada de toma de decisiones podía degenerar en la peor tiranía de la muchedumbre. Apareció la desconfianza a la democracia sin límites, a los derechos sin obligaciones, a la libertad sin ley, que Polibio (200-122 a.n.e.) describiría entre las formas puras en su origen e impuras en su ejercicio de gobierno. Atenas, Esparta y Corinto se agitaron históricamente entre la democracia y sus negadores autoritarios.

Por ello, Aristóteles critica la República por estar fuera de la realidad helénica y fundamentará su Política en el realismo platónico de Las Leyes. La República solo es posible con la desaparición de las clases sociales, en tanto, en un mundo clasista, hay que buscar Estados que integren su interés en un gobierno posible con moderación y sin extremismos. El sabio heleno señala: "Grande, es, en verdad, la buena fortuna de un estado en el que los ciudadanos tengan propiedad moderada y suficiente, ya que donde algunos poseen mucho y los demás nada, surgirá quizá la extrema democracia o bien la oligarquía pura; y la tiranía podría emerger de cualquier extremismo, tanto de la democracia excesiva como de la oligarquía".[9] De este debate filosófico sobre la República entre el maestro y el alumno, se ha calificado que Platón fue el soñador y Aristóteles el diseñador práctico de aquel sueño.

Platón y Aristóteles volvieron a la historia, en la experiencia romana, cuando estos superaron la autocracia de Lucio Tarquino el Soberbio (534 a 509 a.n.e), estableciendo a través de un derecho avanzado un modelo político inédito basado en un Senado, con comicios, referéndum y plebiscitos, donde convivían en equilibrio pacífico patricios y plebeyos. Marco Tulio Cicerón (106-43 a.n.e) imaginó su forma más avanzada de esta Repúbli-

8 Aristóteles, Ética a Nicómaco, Madrid, Alianza Editorial, 2001.

9 Giner, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008, p. 67.

ca romana, con virtudes ciudadanas estoicas: solidaridad, austeridad y compromiso cívico; organizado bajo preceptos morales (De República),[10] cuyas autoridades civiles o militares se sometían al imperio de la ley ("Somos siervos de la Ley, para poder ser libres") a través de los Cónsules (ejecutivo), Senadores (legislativo) y Tribunos (judicial).

Cicerón, a diferencia de Platón y Aristóteles, no solo teorizó sobre el gobierno, sino que también fue un actor político activo en la República romana, desempeñándose como jurista, senador e incluso con la posibilidad de ser cónsul. Consideró que Roma alcanzó la perfección de lo imperfecto al fusionar instituciones, creando así una República que subordinaba la monarquía, garantizaba la libertad de la aristocracia dentro de la ley y atendía las demandas del pueblo a través de vías democráticas.

Precisando contra los demagogos la diferencia entre pueblo y multitud: "Es pues, la República cosa del pueblo, considerando tal no a todos los hombres de cualquier modo congregados, sino a la reunión que tiene su fundamento en el consentimiento jurídico y en la común utilidad".[11]

Cicerón busca conciliar a Platón y Aristóteles en relación a la democracia y la virtud: "La igualdad de derecho o la democracia es una quimera imposible, de modo que los pueblos más enemigos de toda dominación y todo yugo han conferido los poderes más amplios a alguno de sus elegidos, fijándose con cuidado en la importancia de los rangos y en el mérito de los hombres".[12]

Esta extraordinaria experiencia no se resistió a la vocación imperial de Roma, cuyo caudillo, el general Julio César (100-44 a.n.e.), hijo de la ilustración romana, colocó por delante el interés expansionista del Estado sobre cualquier límite institucional, inaugurando en la historia el cesarismo político, trastocando el principio republicano de "la toga sobre la espada" con la supremacía de la espada sobre la toga.

En "La Ciudad de Dios" (De Civitate Dei) de Agustín de Hi-

---

10 Cicerón, *Sobre la República: Sobre las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1986.

11 Giner, Salvador, *Historia del pensamiento..., cit.,* p. 111.

12 *Ibidem*, p. 112.

pona (354-430), pretende ser la superación divina de la imperfección de Atenas o Roma, de Platón o Cicerón, por el orden político celestial, sometiendo la cruz, por igual, a la espada y la toga; cuya moral pagana sea sustituida por la máxima virtud cristina: "Donde no hay justicia, no hay República". La teología sustituyó a la filosofía.

II. El Renacimiento Republicano

En los albores del Renacimiento, de manera circunstancial se reinstalaron estos regímenes sobre algunos pequeños reinos italianos organizándose como repúblicas de comerciantes (Las Serenísimas Repúblicas de Venecia, Génova y Córcega), así como en pequeñas villas en la Confederación helvética (26 cantones) y las 7 repúblicas de los Países Bajos, que serían analizadas con la agudeza de Nicolás Maquiavelo (1469-1527), especialmente en su obra "Discursos sobre la primera década de Tito Livio" (1512-1519) deslizando sus premisas intelectuales sobre el republicanismo.[13]

Jean Bodin (1530-1596) en "Los seis libros de la República" (1576) afirma que la legitimidad de la monarquía radica en la soberanía, limitada por la ley divina y natural, siendo esta última el poder absoluto y perpetuo de una República. Esta idea es también reflejada por Justo Lipsio (1547-1606) en "Los seis libros de la política" (1589), quien critica el catolicismo desde la perspectiva protestante. El debate entre Platón y Aristóteles, entre Grecia y Roma, renace.

La idea de la República se materializó con Oliver Cromwell (1599-1658) en Inglaterra, luego de la abolición de la monarquía y el establecimiento de la Commonwealth tras la derrota del

[13] Agard Pocock, John Greville, *El Momento Maquiavélico: El Pensamiento Político Florentino y la Tradición Republicana Atlántica*, Madrid, Tecnos, 2002. La obra original de 1975, brindó un aporte a la historia de las ideas políticas republicanas, a través del análisis del "texto y contexto" del significado de las categorías, forjando la denominada Escuela de Cambridge, con las investigaciones de Quentin Skinner, John Dunn, entre otros académicos de sus predios.

ejército realista en 1645 y la decapitación de Carlos I en 1649. Cromwell optó por el título de Lord Protector en lugar de proclamarse monarca, sometiéndose al Parlamento burgués.

La República de Cromwell soportó la resistencia de la Irlanda católica, la Escocia presbiteriana, la nobleza inglesa desplazada y los extremistas de su propio ejército (los niveladores). Protegió a los judíos y a los cuáqueros, estableció un culto austero y de costumbres morales rígidas, prohibió las fiestas populares y la embriaguez, en busca de establecer la Republica platónica de hombres laboriosos y virtuosos. Esta etapa corresponde a su periodo "cesarista", bajo el razonamiento que para salvar la libertad hay que establecer momentos excepcionales de dictadura republicana. Tras su muerte, la Republica de Cromwell fue desmantelada; no obstante, se abrió el debate intelectual sobre la viabilidad del republicanismo a través de tres obras: "La República de Oceana" (1656) de James Harrington (1611-1677), "El Leviatán (o la materia, forma y poder de una República eclesiástica o civil)" de Tomas Hobbes (1588 - 1679) y "El espíritu de las leyes" (1748) de Montesquieu (1689-1755). Estos autores, con sus obras, buscarán superar las utopías de Platón, Moro, Campanella y Bacon.[14]

Harrington propuso su idea sobre la representación en base a tres fundamentos: i) rotación del poder, ii) división de poderes y iii) Congreso Bicameral (Senado y Asamblea popular), cuyo marco de consenso es la propiedad y libertad de deliberación de los diferentes grupos sociales en la base a la ley, recreando la República de Cicerón, que fue más allá de la utopía griega. Harrington en su "Arte de Legislar" contempló la relación entre norma y economía, entre modelo político y estructura económica, que tanto debate provocó en los inicios del republicanismo norteamericano.

[14] En más de dos siglos se escribieron utopías republicanas con rasgos platónicos: (La) República imaginaria (1588) de Ludovico Agostini (1536-1612), (La) República de Evandría (1625) de Ludovico Zuccolo (1568-1630), La República Literaria de Diego Saavedra Fajardo (1584 -1648) y La República de los filósofos (1768) de Bernard Le Bouvier de Fontenelle (1657-1757).

Milton, poeta de "Paraíso perdido" y activista republicano, respaldó que la autoridad del Rey emana del pueblo en su folleto "El mandato de reyes magistrados". Hobbes objetó, Montesquieu revisó. En la Revolución, los republicanos estadounidenses apoyaron a Harrington, los girondinos franceses prefirieron a Montesquieu.

III. La República Moderna

Estados Unidos estableció la primera República moderna tras un debate entre Adams, Madison, Paines, Jefferson y Hamilton. Se formó un "Republica neorromana", con representación política indirecta y directa. Jefferson y Madison fundaron el Partido Demócrata-Republicano, en oposición al Federalista, que favorecía la aristocracia. En Francia, la lucha entre monarquía constitucional y república llevó a la polémica entre girondinos y jacobinos. Durante el Directorio, se crearon "Repúblicas hermanas". Napoleón buscó sintetizar el republicanismo imperial, que continuó con Napoleón III.

A inicios del siglo XIX había tres experiencias republicanas: la norteamericana,[15] la europea[16] y la sudamericana.[17] La experiencia europea fue discreta. En 1814 ningún gran Estado del viejo mundo era República, mientras que en América había 2 repúblicas (EE. UU. y Haití). Un siglo después, en 1914, en Europa había 22 monarquías y solo 4 repúblicas (Francia, Portugal, Suecia y San Marino), a la vez que en América sus 20 países se reclamaban republicanos América era el continente con más repúblicas nominales en el mundo

La experiencia republicana comenzó en Haití con Pétion en 1804, seguido de la primera República Venezolana en 1811. La

15 Petit, Phillipe, *Republicanismo. Una teoría Sobre la Libertad y el Gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

16 Abellán García, Joaquín, "Sobre el Concepto de República en las décadas finales del Siglo XVIII", *Revista de Occidente*, Madrid, núm. 242, 2001, pp. 107-120.

17 Aguilar Rivera, José Antonio y Rojas, Rafael (comps.), *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de Historia Intelectual y Política*, México, FCE y CIDE, 2002.

restauración absolutista de Fernando VII en 1814 impulsó el fervor republicano en Sudamérica. En Perú, en 1822, Sánchez Carrión proclamó la "República Peruana". Durante el proceso independentista, muchas repúblicas adoptaron prácticas autocráticas, con presidencias cesaristas y constituciones centralizadoras. En pocas décadas, el número de repúblicas creció rápidamente, aunque muchas eran nominales sin institucionalización del republicanismo. Surgieron divisiones entre liberales, partidarios del parlamentarismo y federalismo, y conservadores, defensores del presidencialismo y unitarismo, pero ambos se identificaron con la retórica republicana. Las luchas internas y externas debilitaron estas repúblicas, y algunos grupos abogaron por restaurar la monarquía debido al despotismo, la anarquía y la corrupción republicana. Los conservadores criticaron estas consecuencias de las emergentes "republiquetas".

IV. El Republicanismo en las Américas

Alexis de Tocqueville (1805-1859) escribió La democracia en América (1837), ponderando que en EE. UU. se había cristalizado el ideal ateniense bajo preceptos ciceronianos.[18] Desde Vidaurre, que residió en Filadelfia, a principios del siglo XIX, hasta el joven José Arnaldo Márquez que visitó EE.UU. en 1857; ambos quedaron deslumbrados por el funcionamiento del republicanismo norteamericano, identificando en este sus contradicciones latentes: "En cuanto a la esclavitud, todo se reduce a que el Sur se imagina que la Republica no fue establecida para los negros; solo son partidarios de la República blanca y creen que puede existir otra Roma republicana, con esclavos",[19] llegando a sentenciar con entusiasmo que en un futuro el modelo será universal: "Los Estados Unidos y las repúblicas españolas cumplirán su misión; y la libertad salvada en el mundo de Washington y de Bolívar, irá

[18] Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

[19] Márquez, José Arnaldo, *Recuerdos de viaje a los Estados Unidos de la América del Norte* (1857 - 1861). *Clásicos sanmarquinos,* Lima, Fondo Editorial UNMSM, 2003, p. 189.

algún día a dictar leyes a la Europa, sentada sobre los escombros de sus tronos".[20]

Otros exhibirán más cautela a la luz de las experiencias vividas, así cuando Santiago Távara escribe su Historia de los partidos (1862),[21] ensaya un recuento de rupturas permanentes que se encaminan tortuosamente al ideal republicano. Este no era solo un problema peruano; lo padecían los chilenos,[22] los ecuatorianos,[23] los mexicanos[24] y los argentinos[25] con la misma intensidad. Rocafuerte, Alberti, Gálvez, Sarmiento y Juárez denuncian esta procelosa estructura institucional que no termina de consolidarse. Para los peruanos la idea que nació con ilusión utópica se transformó en una institución con abundante retórica y acumuladas injusticias.

Riva Agüero prefirió no escribir una historia de la República debido a su escepticismo sobre sus raíces anárquicas. En cambio, centró su atención en el virreinato. Fue la generación del centenario, liderada por Basadre, Porras Barrenechea y Leguía, la que abordó esta carencia intelectual de manera integral, estableciendo la Biblioteca de la República. Basadre, especialmente, se dedicó a recopilar las bases documentales para la historia republicana y publicó su obra "La Historia de la República del Perú: 1822-1933", buscando responder a los grandes interrogantes de la centuria republicana. Recurrió al archivo de Paz Soldán para nuevas interpretaciones y aclaró que cuando habla de "República", se refiere al Estado peruano en general, buscando resolver problemas tanto nacionales como democráticos.

---

20 *Ibidem*, p. 190.

21 Távara, Santiago, *Historia de los Partidos. Biblioteca de la República,* vol. I, Lima, Editorial Huascarán, 1951.

22 Collier, Simón, *Chile. La Construcción de la República. 1830-1865. Política e ideas,* Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2005.

23 Rodríguez, Jaime, *Monarquía, Constitución, Independencia y República: la Transición de Vicente Rocafuerte del Antiguo al Nuevo Régimen,* 1783-1832, México, Instituto Mora, el Colegio de Michoacán, 2008.

24 Costeloe, Michael, *La primera república federal de México (1824-1835)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

25 Myers, Jorge, *Orden y virtud. El discurso republicano en el régimen rosista*, Buenos Aires, Universidad de Quilmes, 2002.

Basadre, en sus reflexiones maduras, se interroga sobre el enigma republicano ¿Si el republicanismo fue un concepto partidario, como superar su visión parcializada? ¿Cómo hacer para que no sea una narrativa sectaria? ¿Cómo evitar que la historia desgarrada del pasado no sea un ajuste de cuentas con los adversarios del presente? El historiador de la República encara el problema: "Hay quienes ven la historia republicana del Perú como una cueva de bandoleros o un muladar que solo merece desprecio o condena. Algunos, en cambio, se precipitan en su recinto para querer convertirlo en su santuario y venerar en él a los antepasados propios o ajenos. Aquí se ha buscado, ante todo, comprensión, objetividad, coordinación, ensamble, sin odio para nadie y sin adulación para nadie, con el afán de superar el atolondramiento, la vehemencia, el encono, la suciedad, la mezquindad, plagas de la vida criolla".[26]

¿Cómo superar el encono fundacional? Francisco García Calderón Rey lo sintetiza buscando el equilibrio, pues para él no habían triunfado —como algunos presumen— los liberales ni habían sido derrotado los monárquicos, sino para afrenta de ambos, mantuvimos lo peor del virreinato, y no trajimos lo mejor del republicanismo, creando una "monarquía presidencial";[27] antes Alberdi señaló que la monarquía en nuestro continente "era una realidad y la República un accidente", solo en ese contexto se podría entender la apología de los "cesarismos democráticos" de Laureano Vallenilla[28] en Venezuela, Alberto Edwards Vives en Chile, Alberto Lamar Schweyer en Cuba y José Santos Chocano en Perú. En la experiencia peruana aún falta discernir las particularidades del concepto en nuestro marco institucional, sus momentos cíclicos, sus crisis periódicas, allí las denominaciones de República Militar, República Práctica, República Guanera, República Vertical, República Aristocrática, República Oligárquica, República Autocrática, República Empresarial o República Inconclusa.[29]

---

26 *Ibidem*, p. 17.

27 García Calderón, Francisco, *El Perú Contemporáneo*, Lima, Fondo editorial del Congreso de la República, 2001.

28 Vallenilla, Laureano, *Cesarismo Democrático y Otros Textos,* Venezuela, Arauco, 1991.

29 Chanamé Orbe, Raúl, *La República Inconclusa*, Lima, Editorial Summa, 2022.

V. La Reivindicación Republicana

En el momento de su predominio universal, en los últimos años, desde la filosofía política, la historia o la ciencia política han surgido posiciones que reivindican, revisan o cuestionan la denominada tradición liberal republicana o el republicanismo del liberalismo. Todo depende desde qué experiencia se asume el republicanismo moderno.

El pensamiento revisionista apareció también desde la filosofía jurídica (John Rawls, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas), planteando los dilemas entre deber y libertad, igualdad y justicia, e individuo y comunidad; trasladado la especulación filosófica a la teoría política (Michael Sandel, Philip Pettit, Quentin Skinner) entre el liberalismo y el republicanismo, el individualismo y el multiculturalismo, y la economía y la política. El cuestionamiento teórico ha surgido desde la práctica de la República ("realmente existente", "procedimental", "formal", "vertical", etc.), produciendo una abundante bibliografía tanto en castellano[30] como en inglés,[31] cuyas claves requieren ser interpretadas ante la crisis de los regímenes republicanos hegemónicos.

[30] Ovejero, Félix *et al.* (comps.), *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad*, Barcelona, Paidós, 2004; Béjar, Helena, *El Corazón de la República. Avatares de la Virtud Política*, Barcelona, Paidós, 2000; González, Ana Marta, "Republicanismo: Orígenes Historiográficos y la Relevancia de un Debate", *Revista de Occidente*, Madrid, núm. 242, 2001; Giner, Salvador, "Las razones del republicanismo", *Claves de la razón práctica*, Madrid, núm. 81, 1998.

[31] Rahe, Paul, *Republics Ancient and Modern: Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapell Hill, University of North Carolina Press, 1992; Bock, Gisela *et a*l. (comps), Machiavelli and Republicanism, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Rodgers, Daniel, "Republicanism: The Career of a Concep", *The Journal of American History*, 1992; Maynor, John, *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 2003. Entre muchísimos más.

VI. La Constitucionalización del Republicanismo

6.1. En el derecho peruano

En el estado peruano el concepto de República ha sido un desarrollo diacrónico. Actualmente, en el documento de 1993, se señalar una descripción sucinta en el artículo 43 que reza lo siguiente: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible", lo mencionado consagra en la doctrina el Estado social y democrático de Derecho, y es que, el ahínco en lo social, alude al reconocimiento de la dignidad como máximo valor para el quehacer exegético; lo democrático, a la necesidad de la participación ciudadana en la legitimación del poder y en la revisión continua de las leyes, y finalmente el epíteto de derecho, sugiere el reconocimiento a la carta constitucional como máxima fuente legal de jerarquía e interpretación. Este texto final se configuró condensando las líneas principales del artículo 79°, aunado al artículo 1° y 2° de los textos constitucionales de 1979 y de 1933 respectivamente, de quienes toma el término República y los conceptos conexos.

En el siguiente cuadro se detalla comparativamente el desarrollo de las formas de estado y de gobierno en las constituciones nacionales:

Constitución	*1860*	*1867*	*1920*	*1933*	*1979*	*1993*
Forma de Estado.	No contiene artículo referido a forma de estado.	No contiene artículo referido a forma de estado.	No contiene artículo referido a forma de estado.	República democrática (art. 1)	República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo (art. 79).	La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible (art. 43).

Constitución	*1860*	*1867*	*1920*	*1933*	*1979*	*1993*
Forma de Gobierno.	Gobierno Republicano democrático, representativo, fundado en la unidad (art. 42).	Gobierno Republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad (art. 43).	Gobierno Republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad (art. 68).	No contiene artículo referido a forma de estado.	Su gobierno unitario, representativo, representativo y descentralizado (art. 79).	Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación. de poderes (art. 43).

6.2. En el derecho comparado

El republicanismo constitucionalizado se evidencia en la Acta Constitucional de la República Francesa de 1793, donde se consagra a la República Francesa como única e indivisible, fundamentada en la libertad. En Latinoamérica, la Constitución de Chile declara de manera sucinta que "Chile es una república democrática", desarrollando posteriormente la soberanía y la doctrina social. En la Constitución argentina de 1853, se adopta la forma representativa republicana federal para el gobierno, y cada provincia debe incluir imperativamente la forma republicana en su constitución, bajo riesgo de intervención del gobierno federal.

En la carta constitucional de los Estados Unidos de México, consagra su forma de estado, previamente se puntualiza en el artículo 39° la soberanía como fundamento de todo el sistema jurídico político, por consiguiente, siguiendo estas premisas, la nación mexicana establece —al igual que en Argentina— una República democrática federal como expresión de la voluntad de las mayorías en el titulo dedicado a la soberanía nacional y la forma de gobierno, que sin perjuicio de aquello el constituyente mexi-

cano entendió la República democrática como: "No solamente como una estructura y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo". México adopta un federalismo en el Acta constitutiva de 1824, inspirándose del constituyente norteamericano de 1787, y como tal teniendo dentro de sí estados también libres con constituciones propias con alta relevancia en el derecho, como el eminente caso de la Constitución del estado de Querétaro. Este sistema es una constante en su vida independiente, sin antes pasar por los frustrados intentos de constituirse como un imperio, para lo cual, en aras de una verdadera República, el país prohíbe los títulos nobiliarios en su artículo 12°.

En Brasil, la constitución defiende el republicanismo como un principio fundamental, limitando la intervención del Gobierno federal en los estados para garantizar los principios republicanos y democráticos, y promoviendo teleológicamente la integración latinoamericana.

VIII. Actualidad del Republicanismo

La deliberación académica es actual en nuestra región. Para Botana, el republicanismo está regulado por seis componentes: 1) los derechos que se proclaman, 2) las instituciones que las garantizan, 3) el cuerpo representativo que en ese marco gobierna, 4) el gobierno que hace públicos sus actos, 5) la responsabilidad que esos representantes y gobernantes asumen 6) las obligaciones que el ciudadano incorpora a su conducta para apuntar a ese complejo edificio.[32] Para el ensayista argentino otra vez aparece en el orden institucional el diálogo entre Platón y Aristóteles, dialéctica entre el deber y el derecho, sostiene: "Para el republicanismo clásico el deber precede a los derechos; para el republicanismo moderno, los derechos preceden al deber. En rigor, no hay, en nuestra opinión, precedencia sino equivalencia".[33] Para el ensayista argentino es la búsqueda del equilibrio razonable entre libertad y comunidad.

[32] Botana, Natalio, *Poder y Hegemonía, El Régimen Político después de la Crisis*, Buenos Aires, Emece editores, 2006, p. 17.

[33] *Ibidem*, p. 229.

Hubo una disociación entre el ideal y la realidad en nuestro caso, donde la República se divorció de la democracia y se asemejó más a una monarquía despótica. Krause acuñó el término "Presidencia Imperial"[34] para describir este fenómeno. Los liberales latinoamericanos, en lugar de contrapesar el poder presidencial, adoptaron prácticas que llevaron al caudillismo militar. En el siglo xx, la denominación de "República" se generalizó globalmente, con diversos regímenes autocráticos utilizando el término. En nuestro contexto, se han propuesto diversas tradiciones republicanas, pero muchas se han perdido o ignorado. La discusión contemporánea gira en torno a cómo dar contenido material al concepto de República. A lo largo de la historia, ha habido un debate entre lo ideal y lo práctico en cuanto a la República, desde Platón hasta la actualidad. En América, la experiencia republicana ha sido variada, con Estados Unidos estableciendo la primera República moderna. En el Perú, la primera república estuvo marcada por injusticias y una retórica variada. En Latinoamérica, persisten reflexiones sobre la República debido a la falta de conclusión en los procesos de modernización y democratización. El republicanismo contemporáneo busca un equilibrio entre libertad y comunidad. En nuestro país, la República se alejó de la democracia, manteniendo estados nacionales de manera cesarista y siendo meramente nominal.

VIII. Los desafíos de la Constitución Peruana

8.1. Treinta años de la constitución de 1993

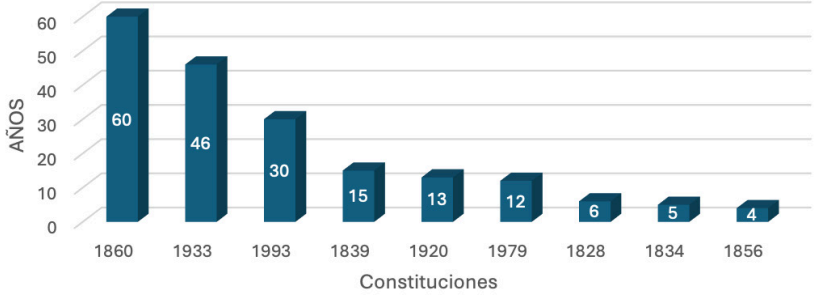
a. La Constitución de 1993, como otras, enfrentó controversias desde su origen. Rodríguez Chávez (2013) señala que la carta de 1860 tuvo una disputa de legitimidad y duró casi sesenta años a pesar de los intentos de sustituirla. Las leyes de 1920 y 1933 surgieron de golpes de Estado, conviviendo con regímenes de facto hasta 1978, según Castillo, García Rada y Belaúnde. La Constitución de 1979 nació sin someterse a la legalidad de la anterior, con el expresidente Belaúnde jurando lealtad en 1980. Sin em-

[34] Krause, Enrique, *La Presidencia Imperial*, México, Tusquets editores, 1997.

bargo, tras su derogación en 1992, se descubrieron tardíamente sus bondades.

La actual Constitución, nacida de un autogolpe de Estado, ha sido denostada pero no derogada por presidentes constitucionales sucesivos. Los debates actuales se centran en su futuro, con propuestas como restablecer la carta de 1979, reformar la de 1993 o convocar a una asamblea constituyente para un nuevo texto. Rodríguez Chávez (2013) examina el origen, legitimidad, contenido e impacto jurídico de la Constitución de 1993. Aunque el Tribunal Constitucional ha dado alcances y límites al camino reformista, sus operadores políticos han incurrido en excesos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha potenciado y legitimado su ejercicio en los últimos veinte años, optimizando el ejercicio de los derechos fundamentales y fortaleciendo el Estado de derecho en regímenes democráticos, a pesar de los cuestionamientos de origen.

CUADRO Nº1
Vigencia de las constituciones (años)



Fuente: elaboración propia.

La participación de los ministros del Poder Ejecutivo en los debates del Congreso de la Nación Argentina

***

The participation of the ministers of the Executive Branch in the debates of the National Congress of Argentina

*Diego Luis Frossasco**

Resumen: la Constitución argentina de 1853 otorga a los ministros del Poder Ejecutivo la posibilidad de participar en los debates de ambas Cámaras del Congreso asistiendo voluntariamente a sus sesiones. Esta posibilidad, ausente del precedente norteamericano, obedece a un mecanismo de conexión entre poderes que incorpora una práctica propia de los sistemas parlamentarios sin reemplazar el sistema presidencialista.

Abstract: the Argentine Constitution of 1853 grants the ministers of the Executive Branch the possibility of participating in the debates of both Chambers of Congress by attending voluntarily their sessions. This possibility, absent from the North American precedent, is due to a mechanism of connection between powers that incorporates a practice typical of parliamentary systems without replacing the presidential system.

Palabras clave: presidencialismo, semipresidencialismo, Poder Legislativo, Congreso, ministros, sesiones del Congreso.

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Keywords: presidentialism, semi-presidentialism, Legislative Branch, Congress, ministers, sessions of Congress.

Sumario: I. Normas constitucionales y antecedentes. II. Presencia de los ministros: voluntaria y por citación. III. Presencia voluntaria de los ministros. Normas reglamentarias. IV. Presencia voluntaria de los ministros en la doctrina constitucional. V. La presencia voluntaria de los ministros en la praxis. VI. La presencia voluntaria de los ministros y el régimen mixto. VII. Conclusión.

I. Normas constitucionales y antecedentes

La Constitución Nacional expresa en su artículo 106 lo siguiente: "Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar". Dicha norma se corresponde con el artículo 89 del texto originario de 1853.

La disposición no se encuentra en el anteproyecto de Alberdi incorporado en la segunda edición de setiembre de 1852 de su libro "Bases y Puntos de Partida; tampoco disposición similar se encuentra en las Constituciones de 1819 y 1826. El artículo se aparta, asimismo, del modelo norteamericano.

La institución ministerial tiene su origen inmediato en el derecho público francés. Así, la Constitución del 3 de setiembre de 1791 los prevé en el Título III, Capítulo II, Sección IV ("Des Ministres") cuyo artículo 4 expresa: "Ninguna orden del rey puede ejecutarse sin que esté firmada por él y refrendada por el ministro o el responsable del departamento".[1]

El Artículo 10, a su turno, prevé la presencia de los ministros en las sesiones de la Asamblea Nacional con el siguiente texto: "Los ministros del rey tendrán ingreso a la Asamblea Legislativa Nacional; tendrán una ubicación preasignada. — Serán oídos siempre que lo soliciten sobre cuestiones relativas a su administración, o cuando sean requeridos para dar

[1] Article 4. - Aucun ordre du roi ne pourra être exécuté, s'il n'est signé par lui et contresigné par le ministre ou l'ordonnateur du département.

aclaraciones. —También serán oídos en asuntos ajenos a su administración, cuando la Asamblea Nacional les conceda la palabra".[2]

Existe una notable similitud entre los artículos de la Constitución Argentina de 1853,[3] la Constitución Chilena de 1833[4] y la Constitución de Cádiz de 1812.[5]

C. de Cádiz de 1812	*C. de Chile de 1833*	*C. argentina de 1853*
Art. 171. Además de la prerrogativa que compete al Rey sancionar las leyes y promulgarías, le corresponden como principales las facultades siguientes: Décimasexta. Nombrar y separar libremente los secretarios de Estado y del Despacho.	Art. 82. Son atribuciones especiales del Presidente: [...] 6ª Nombrar i remover a su voluntad a los Ministros del Despacho i oficiales de sus secretarías [...]	Art. 83. El Presidente de la Confederacion tiene las siguientes atribuciones: 19. [...] por si solo nombra y remueve los Ministros del despacho, los oficiales de sus Secretarias [...]
CAPÍTULO VI.	CAPITULO VII	CAPÍTULO IV
De los Secretarios de Estado y del Despacho	De los Ministros del Despacho (Art. 84-101)	DE LOS MINISTROS DEL PODER EJECUTIVO

[2] Art. 10. – Les ministres du roi auront entrée dans l'Assemblée nationale législative; ils y auront une place marquée. — Ils seront entendus, toutes les fois qu'ils le demanderont sur les objets relatifs à leur administration, ou lorsqu'ils seront requis de donner des éclaircissements. — Ils seront également entendus sur les objets étrangers à leur administration, quand l'Assemblée nationale leur accordera la parole.

[3] Constitución argentina de 1853, *http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=*

[4] Constitución de Chile de 1833, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4518/22.pdf*

[5] Constitución de Cádiz de 1812, *https://www.congreso.es/es/cem/*

C. de Cádiz de 1812	*C. de Chile de 1833*	*C. argentina de 1853*
Art. 222. Los secretarios del despacho serán siete, a saber: El secretario del despacho de Estado. El secretario del despacho de la Gobernación del Reino para la Península e Islas adyacentes. El secretario del despacho de la Gobernación del Reino para Ultramar. El secretario del despacho de Gracia y Justicia. El secretario del despacho de Hacienda. El secretario del despacho de Guerra. El secretario del despacho de Marina. Las Cortes sucesivas harán en este sistema de secretarías del despacho la variación que la experiencia o las circunstancias exijan.	Art. 84. El número de los Ministros i sus respectivos Departamentos serán determinados por la lei.	Art. 84. Cinco Ministros Secretarios, á saber: Del Interior, — de Relaciones Estertores, — de Hacienda, —de Justicia, Culto é Instrucción Pública— y de Guerra y Marina, tendrán á su cargo el despacho de los Negocios de la Confederacion, y [...]
Art. 225. Todas las órdenes del Rey deberán ir firmadas por el secretario del despacho del ramo a que el asunto corresponda. Ningún tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden que carezca de este requisito.	Art. 86. Todas las órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro del Departamento respectivo, i no podrán ser obedecidas sin este esencial requisito.	[...] refrendarán y legalizarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. [...]
Art. 224. Por un reglamento particular aprobado por las Cortes se señalarán a cada secretaría los negocios que deban pertenecerle.		[...] Una ley deslindará los ramos del respectivo despacho de los Ministros
Art. 223. Para ser secretario del despacho se requiere ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, quedando excluidos los extranjeros, aunque tengan carta de ciudadanos.	Art. 85. Para ser Ministro se requiere: 1º Haber nacido en el territorio de la República. 2º Tener las calidades que se exijen para ser miembro de la Cámara de Diputados.	

C. de Cádiz de 1812	*C. de Chile de 1833*	*C. argentina de 1853*
Art. 226. Los secretarios del despacho serán responsables a las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución o las leyes, sin que les sirva de excusa haberlo mandado el Rey.	Art. 87. Cada Ministro es responsable personalmente de los actos que firmare, e in solidum de los que suscribiere o acordare con los otros Ministros.	Art. 85. Cada Ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus cólegas.
		Art. 86.- Los Ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones sin previo mandato ó consentimiento del Presidente de la Confederacion; á escepcion de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.
	Art. 88. Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los Ministros del Despacho darle cuenta del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios del Departamento de cada uno de ellos.	Art. 87. Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los Ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Confederacion, en lo relativo á los negocios de sus respectivos departamentos.
	Art. 89. Deberán igualmente presentarle el presupuesto anual de los gastos que deben hacerse en sus respectivos Departamentos; i dar cuenta de la inversión de las sumas decretadas para llenar los gastos del año anterior.	
Art. 95. Los secretarios del despacho, los consejeros de Estado, y los que sirven empleos de la casa real, no podrán ser elegidos diputados de Cortes.	Art. 90. No son incompatibles las funciones de Ministros del Despacho con las de Senador o Diputado.	Art. 88. No pueden ser Senadores ni Diputados sin hacer dimision de sus empleos de Ministros.

C. de Cádiz de 1812	*C. de Chile de 1833*	*C. argentina de 1853*
Art. 125. En los casos en que los secretarios del Despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del Rey, asistirán a las discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación.	Art. 91. Los Ministros, aun cuando no sean miembros del Senado o de la Cámara de Diputados, pueden concurrir a sus sesiones, i tomar parte en sus debates; pero no votar en ellas.	Art. 89. Pueden los Ministros concurrir á las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar.
Art. 230. Las Cortes señalarán el sueldo que deban gozar los secretarios del despacho durante su encargo.		Art. 90. Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor ó perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

Los artículos 84 al 90 del texto originario de la Constitución argentina, fueron aprobados rápidamente en la sesión del Congreso General Constituyente del 29 de abril de 1853. Se mencionan solamente en un párrafo que da cuenta que no fueron discutidos y se aprobaron por unanimidad: "Puestos sucesivamente en discusión los siete artículos del Capítulo IV, y no observándose nada sobre ellos, se votaron y aprobaron unánimemente".[6]

II. Presencia de los ministros: voluntaria y por citación

La presencia de los ministros en el Congreso argentino adquiere dos modalidades bien definidas. En primer lugar, la presencia voluntaria para participar en los debates, a la que hemos aludido y sobre la que versa el presente trabajo. Su fuente constitucional se encuentra en el Artículo 89 de la Constitución Nacional de 1853 precitado (se corresponde con el artículo 106 de la Constitución vigente). En la reforma constitucional de 1994 se agregó la misma facultad para el jefe de gabinete de ministros ya que el

[6] Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1917, p. 194.

artículo 100 inciso 9 expresa: "[...] Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: [...] Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar".

La asistencia ministerial *motu proprio* no requiere autorización del cuerpo, ni debe ser anunciada con anterioridad. En la práctica parlamentaria los ministros disponen, en ambos recintos, de una mesa de forma arriñonada para su ubicación.

En segundo lugar, los ministros concurren a las Cámaras del Congreso cuando son convocados para dar explicaciones e informes. Así, el artículo 71 expresa: "Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes". Se trata en este caso de las mal llamadas "interpelaciones", decimos mal llamadas por que la interpelación es un instituto propio de los regímenes parlamentarios previo al voto de censura o desconfianza a los ministros, que pueden ser removidos por el Parlamento.

Para diferenciar nuestra "citación de ministros" de la "interpelación de ministros" transcribimos a manera ejemplificativa las disposiciones pertinentes de la Constitución española que responde al modelo del Parlamentarismo clásico:[7]

> Artículo 111. 1. El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. [...] 2. Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición. [...] Artículo 113. 1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. [...] Artículo 114. 1. Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, este presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno según lo dispuesto en el artículo 99. [...]

Como vemos, aquí la interpelación podrá dar lugar a una moción de censura que, de ser aprobada da lugar a una nueva elec-

[7] Constitución española, *https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/ constitucion/index.html*

ción de gobierno mediante el llamado voto de confianza previsto en el artículo 99 de la Constitución española.

Este procedimiento se asemeja a la censura al jefe de Gabinete de ministros introducida en la reforma a la Constitución Nacional de 1994. Al igual que las Constituciones propias del régimen parlamentario se prevé una interpelación y un voto de censura por mayoría absoluta que equivale a la remoción del jefe de Gabinete. Así lo expresa el artículo 101 de la Constitución Nacional: "Artículo 101.- El jefe de gabinete de ministros [...] Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras". Sin embargo, hasta allí llegan las coincidencias con el régimen parlamentario ya que las Cámaras no pueden designar al nuevo funcionario por cuanto el artículo 99 inciso 7 mantiene la facultad presidencial: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho [...]". Por tal motivo, la introducción de la figura del jefe de gabinete no ha alcanzado a conmover el régimen presidencial ya que la ausencia de "voto de investidura" aleja la institución introducida del parlamentarismo clásico.

III. Presencia voluntaria de los ministros. Normas reglamentarias

Como hemos dicho la presencia voluntaria de los ministros se encuentra en el actual artículo 106 de la Constitución argentina ("Art. 106. Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar").

Vemos entonces que los ministros pueden participar de un acto esencial del trámite parlamentario, esto es el debate de los proyectos.

Recordemos que los proyectos tienen 5 etapas, a saber: etapa de iniciativa, etapa de publicidad, etapa de dictamen, etapa de discusión y etapa de votación. Es en la etapa de discusión donde los ministros tienen habilitada la participación.

Así el Reglamento de la Cámara de Diputados prevé en diversos artículos la participación de los ministros. Así, el artículo 33 autoriza la presencia de los ministros en las sesiones secretas; el artículo 50, inc. 5 contempla la distribución a los ministros del Orden del Día, los dictámenes de Comisión, el Boletín de Asuntos Entrados y demás impresiones que por Secretaría se hicieren; y el Artículo 216 habilita el acceso al recinto de los ministros.

El Capítulo XXIII del Reglamento se denomina "De los informes y de la asistencia de los ministros y secretarios del Poder Ejecutivo". El artículo 203 se refiere a la asistencia voluntaria para la participación en los debates:

> Artículo 203. Concurrencia de los ministros y secretarios de Estado. Los ministros del Poder Ejecutivo pueden concurrir a cualquier sesión y tomar parte en el debate. Podrán ser asistidos, cuando lo consideren conveniente, por los secretarios de Estado dependientes de sus respectivos ministerios, los que asimismo tendrán derecho a participar en el debate. Unos y otros serán equiparados en el uso de la palabra, a los miembros informantes de comisión.

Como se observa en el texto anterior, el Reglamento amplia la participación en los debates a los Secretarios de Estado dependientes de los Ministerios, algo que resulta de dudosa constitucionalidad ya que, como hemos visto, la Carta Magna autoriza en su artículo 106 la participación en los debates exclusivamente de los ministros, no así de otros funcionarios de dichas carteras.

Por su parte, el Reglamento del Senado, se refiere a los ministros en el artículo 24 (asistencia a sesiones secretas) y artículo 139 (facultad de formular mociones en el debate). El título XIX denominado "Asistencia de los Ministros" se refiere exclusivamente a las citaciones, no así a la presencia voluntaria.

IV. Presencia voluntaria de los ministros en la doctrina constitucional

La presencia voluntaria de los ministros ha sido analizada como una especificidad de la Constitución argentina frente al modelo

estadounidense. Sin embargo, como hemos visto, la regla tiene anclaje histórico en derecho público francés.

Montes de Oca expresa que:

> Los ministros argentinos tienen origen constitucional, y lejos de ser como en Estados Unidos simples empleados de la administración, secretarios del despacho, son ellos los que llevan la voz del presidente, y es de alta conveniencia que asistan a las cámaras para manifestar en su seno cuál es la opinión del poder ejecutivo, cuál es la tendencia a que responde una medida a dictar, cuáles serán las ideas de aquel al ponerla en ejecución.
>
> El doctor Lucio V. López, que miraba con gran cariño las instituciones británicas, decía a este respecto: 'Nuestro sistema, ni proporciona las ventajas del divorcio absoluto que existe en los Estados Unidos entre el congreso y el poder ejecutivo, ni nos proporciona la práctica eficaz que el ministerio inglés produce en el ejercicio de las instituciones británicas'.
>
> No hemos podido descubrir cuáles son las ventajas del divorcio absoluto que rige en los Estados Unidos entre las cámaras y el ministerio; pero no han de ser tan grandes, cuando los comentadores de la constitución norteamericana suelen manifestar su sentimiento porque el presidente no tenga medios de intervenir en la discusión de los proyectos legales, haciendo conocer su opinión. El presidente de Estados Unidos, dicen los comentadores, cuando cree inconveniente la adopción de una cláusula de detalle en una ley, se ve obligado a vetarla formalmente, produciendo trastornos y choques entre los poderes, mientras que, si se hubiera acordado a los ministros la facultad de representar en las cámaras al poder ejecutivo, haciendo escuchar la opinión presidencial, y de dar informes sobre los puntos de detalles que demanda la adopción de una medida legislativa, esas dificultades se hubieran evitado, porque los legisladores, penetrados de los móviles del presidente, si los encuentran justos, los adoptan, para evitar un choque ulterior.
>
> El doctor López se ha dejado, sin duda alguna, influenciar por los inconvenientes múltiples que han producido en la Argentina las frecuentes interpelaciones a los ministros que carecen de objeto dentro de nuestro sistema de organización ministerial, según hemos tenido ocasión de comprobarlo. La constitución ha dicho simplemente que las cámaras podrán pedir informes a los ministros cuando lo crean necesario, y estos informes se han convertido en

el hecho en verdaderas interpelaciones absurdas, desde que a nada responden. La opinión parlamentaria, cualquiera que sea el sentido en que se pronuncie, no conmueve, ni puede conmover, la estabilidad ministerial y la estabilidad presidencial; el ministro que no cuenta con la opinión de la mayoría de las cámaras y que cuenta con la opinión y la confianza del presidente, se encuentra perfectamente firme en su silla.

Este resultado será, quizás, defectuoso si se examina el punto con el criterio que deriva de la práctica parlamentaria de Inglaterra; pero si se piensa que la separación de los poderes es, como hemos dicho y repetido, uno de los puntos cardinales del régimen político argentino, se comprende fácilmente que no hay ningún mal en que estas interpelaciones, viciadas en la práctica, no conduzcan a resultados positivos.[8]

A su turno Joaquín V. González expone:

Una de las más importantes funciones de los miembros del gabinete es la activa participación que, en nombre del poder ejecutivo, toman en la vida parlamentaria, en la preparación, estudio y debate de las leyes, y en continuas relaciones sobre asuntos administrativos. El Presidente no concurre en persona al Congreso, sino para abrir sus sesiones. Si Washington y Adams lo hicieron en los primeros tiempos de la Constitución de los Estados Unidos, pronto fue reemplazado el sistema por el de los mensajes escritos. En nuestro gobierno los ministros desempeñan en forma activa el poder colegislador del ejecutivo, al propio tiempo que representan la administración en el seno del Congreso. No es menos importante su papel político, porque su presencia en el Congreso puede allanar dificultades, suprimir malas inteligencias respecto del pensamiento o actos del Presidente, y por la ilustración, la elocuencia o la táctica parlamentaria, mantener vivas las simpatías de las cámaras, impulsarlas a dar su aprobación a los proyectos legislativos que él remita. Ha sido un verdadero progreso de nuestro derecho constitucional la organización en esta forma, del cuerpo de consejeros del poder ejecutivo, porque sin las intermitencias del régimen parlamentario, ni el aislamiento del régimen presidencial absoluto de los Estados Unidos, ha sido posible adoptar un término medio que satisface a ambos, en cuanto tienen de más práctico y conveniente a los fines del gobierno. [...]

8 Montes de Oca, M.A. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tip. y Enc. La Buenos Aires, s/f, t. II, pp. 392-394.

> Los ministros, como jefes de cada departamento del poder ejecutivo, tienen a su cargo la iniciativa práctica de las leyes, que a él le corresponde. Los proyectos, previamente sometidos al examen del Presidente, son enviados al Congreso precedidos de un mensaje explicativo, sin que esto impida a los ministros tomar parte en su discusión y emplear en su defensa o sostenimiento todos los recursos de la ciencia y arte parlamentarios. Para conseguir esta concurrencia, la Constitución dice que 'pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar'.
>
> Esta es una nueva manera que tiene el poder ejecutivo de participar en la formación de las leyes, como colegislador, porque no solo concurre por sus ministros a discutir los proyectos por él iniciados, sino que puede hacerlo con cualesquiera otros en cuya aprobación o rechazo tenga interés por las conveniencias o las necesidades del país. La buena práctica, no obstante, le ha aconsejado no abusar de este recurso que puede causar su desprestigio, o distraerlo de sus funciones propias administrativas. Para mantener la distinción substancial entre los dos poderes, ejecutivo y legislativo, y a la vez, no dar a los ministros mayor poder que a los miembros del Congreso, se les prohíbe el voto, que es esencial al mandato legislativo que ellos no poseen. Adviértase también que este caso de concurrencia es por propio derecho del poder ejecutivo, y distinto, por lo tanto, del del artículo 63, en que los ministros son llamados por las cámaras para dar las explicaciones que crean convenientes sobre los asuntos públicos. Pero en uno y otro caso, es regla invariable que los ministros, tanto por hallarse en el recinto del Congreso, como respecto de las opiniones y discursos emitidos en el debate, gozan de las mismas inmunidades y privilegios que los miembros de ambas cámaras.[9]

Mas recientemente, Pelleriti se refiere de esta manera al instituto que tratamos:

> En virtud del artículo 92 de la Constitución nacional, los ministros pueden concurrir a las sesiones de las cámaras para participar en sus debates, pero sin voto. Mediante esta atribución, aquéllos pueden defender las opiniones del Poder Ejecutivo sobre los temas en discusión, especialmente en lo referente a proyectos de ley presentados por el órgano ejecutivo. Por medio de los ministros son

[9] González, Joaquin V., *Manual de la Consitución argentina*, Ed. Estrada, 6a. ed., pp. 606-608.

llevadas a cabo las atribuciones colegislativas que tiene el Poder Ejecutivo.[10]

Por su parte Luna, expresa:

La segunda etapa en el proceso legislativo se cumple ante las cámaras del Congreso y conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución nacional (arts. 68, 69, 71, 72 y 73) y los reglamentos propios de cada una de ellas. En esta etapa, que corresponde al debate de los proyectos en el seno de los cuerpos legislativos, el Poder Ejecutivo puede participar de esa discusión por intermedio de sus ministros, con voz pero sin voto, según lo establecido por el artículo 92 de la norma suprema.

Esta atribución que la Constitución otorga a los ministros, que no tiene antecedentes en proyectos o constituciones anteriores a 1853, aunque sí lo contemplaba la Constitución de 1949, incluso extendiendo esta facultad al mismo presidente (art. 88), posibilita al ejecutivo a tomar parte en las deliberaciones y defender tanto sus proyectos de ley como 'cualquiera otros en cuya aprobación o rechazo tenga interés para las conveniencias o necesidades del país'.

La participación de los ministros en la discusión de la ley fue ardientemente defendida por Barnave, en contra de la opinión de Robespierre, durante las sesiones de la Asamblea Nacional francesa de 1789, y señalaba: '¿Cómo queréis que la ley reciba ejecución, cómo queréis que el poder ejecutivo sea activo y de buena fe, sí cuando se presentan inconvenientes en la confección de la ley no tiene ningún medio de denunciarlos de antemano?'

La presencia de los ministros en el Congreso, en los supuestos: previstos en el artículo 92 de la norma suprema, es voluntaria, pero ello no quita que las cámaras puedan citar a algunos de ellos, con motivo del análisis de determinados proyectos, en uso de las atribuciones que la Constitución les confiere en el artículo 63. En este caso: la interpelación parlamentaria también ofrece al Ejecutivo la posibilidad de explicitar, defender u oponerse a determinados proyectos de ley.[11]

---

10 Pelleriti, Gustavo Adolfo, "Las atribuciones de Ejecutivo y los ministros", *Atribuciones del Presidente argentino*, Perez Guilhou *et al.*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 548.

11 Luna, Eduardo Fernando, "Participación del Poder Ejecutivo en la formación y sanción de las leyes", en *Atribuciones del Presidente argentino*, Perez Guilhou *et al.*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 355.

V. La presencia voluntaria de los ministros en la praxis

No existe una estadística de la presencia voluntaria de ministros en el Congreso. Castells lo señala: "Cabe señalar que sobre 'presencias' voluntarias' de ministros en el Congreso no se dispone de información cuantitativa, lo que consideramos explicable, dado que la habitualidad, rutinización e informalidad de tales presencias, hace casi imposible su registro".[12]

Sin perjuicio de estas dificultades cuantitativas a que alude Castells, Schinelli, gran estudioso del Congreso argentino, en un comentario monumental al Reglamento de la Cámara de Diputados, reseña las presencias ministeriales en dicha Cámara en el período 1983–2019, a saber:

Julio de 1984: "La primera situación de las previstas en esta norma producida en el período en análisis, ocurrió el 19-20/7/84 (ps. 2382 y ss.), con la presencia del ministro de Relaciones Exteriores y Culto y de la Secretaria de Estado de Relaciones Internacionales y Culto. El ministro informó sobre un tema en particular, espontáneamente, registrándose además muchas intervenciones de diputados (algunas de ellas con interrogantes al ministro presente). Este replicó en varios casos y, una vez retirado del recinto, sobre tablas se aprobó un proyecto relativo a su presencia y al contenido político del tema en cuestión".

Marzo de 1986: "El 6-7/3/86 (ps. 6984 y ss.), tras un intenso debate, se invitó a pasar al recinto y participar de la sesión a diversos secretarios y subsecretarios del Ministerio de Economía, y a funcionarios del Banco Central. Se decidió que en el marco del debate (la deuda externa) usarían de la palabra en primer término los diputados, con facultad de interrogar a los funcionarios, y que luego estos podrían participar en la discusión. La presencia e intervención de los dependientes del Poder Ejecutivo se prolongó en varias reuniones (12-13/3/86, 13-14/3/86, 19/3/86, 20/3/86, 3/4/86). El 13-14/3/86 (ps. 7961/2) se peticionó que los funcionarios se inscribieran en la lista de oradores, negándose la Presidencia a proceder de esa forma, en atención a la tradi-

[12] Castells, Alberto, *Los ministros en el sistema presidencialista*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 105.

ción parlamentaria, que, dijo, los habilitaba a utilizar la palabra en cualquier oportunidad".

Mayo de 1986: "Durante la consideración del proyecto de Ley de Presupuesto, concurrieron a la Cámara el ministro de Economía, el secretario de Hacienda, varios subsecretarios y funcionarios, en las reuniones del 7-8/5/86, 8-9/5/86, 14-15/5/86, 21/5/86 y 22-23/5/86. Participaron en el debate y además contestaron preguntas".

Octubre de 1986: "Otra intervención voluntaria del ministro de Relaciones Exteriores, varios de sus secretarios, subsecretarios y funcionarios, se produjo el 29-30/10/86 (ps. 7270 y ss.). Durante una sesión ordinaria, ante un anuncio del presidente, la Cámara asintió a sus presencias. El ministro informó sobre un tema. Luego, hablaron trece diputados. Se formularon preguntas y respuestas, y tras un cuarto intermedio la Cámara aprobó un proyecto de resolución acordado por los bloques. Finalmente, usaron de la palabra los presidentes de los bloques mayoritarios y el ministro".

Julio de 1987: "El ministro de Salud y Acción Social compareció al recinto el 16-17/7/87 y el 22/7/87, durante la discusión de dos proyectos atinentes a su área. Usó de la palabra y respondió preguntas".

Marzo de 1988: "Una tercera intervención espontánea -de contenidos procesales similares a las anteriores- realizó el ministro de Relaciones Exteriores, acompañado por algunos de sus funcionarios, el 9-10/3/88 (ps. 5405 y ss.). La reunión culminó con un pase a cuarto intermedio para otro día, sin la presencia del ministro".

Marzo de 1990: "El 28-29/3/90, p. 7489, concurrieron el ministro de Obras y Servicios Públicos y varios de sus subsecretarios. Aunque se trató de una presencia voluntaria, realmente había sido originada en pedidos de legisladores; pese a ello, se le dió el trámite del artículo 206R. Producido en p. 7490 un incidente sobre el orden de la reunión, se aclaró que en la CLP se había decidido adelantarle preguntas al ministro, que serían contestadas, lo que se estaba haciendo. Tras un cuarto intermedio se decidió que también podrían hablar los diputados. Tras estos discursos, contestó el ministro, y la sesión se levantó por falta de quórum".

Agosto de 1991: "El 14-15/8/91, p. 2427, durante un debate sobre el Mercosur, compareció otra vez el ministro de Relaciones Exteriores, junto con dos funcionarios. Pronunció palabras y no se le hicieron preguntas".

Septiembre y octubre de 1991: "Considerándose la ley de empleo, el 26-27/9/91, p. 3216, se pidió autorización para el ingreso del ministro de Trabajo, contestándose que no hacía falta, pues su presencia estaba autorizada por la Constitución Nacional. El 2-3/10/91, empero, se asintió la participación del mismo funcionario, y del ministro del Interior (ps. 3307 y 3329), junto con otros integrantes del Ejecutivo. En la sesión, hablaron el titular de Interior y un secretario de Estado".

Noviembre de 1991: "El 6-7/11/91 se produjo la intervención del ministro del Interior, en una sesión especial. Producido un incidente procesal, se recordó que según el artículo 106 constitucional, no se requería la aprobación de la Cámara para el ingreso de ministros. El funcionario (acompañado por un secretario de Estado) hizo su arribo según consta en p. 4157, y pronunció un discurso".

Marzo de 1992: "Discutiéndose proyectos impositivos, hicieron su ingreso al recinto, el 11/3/92, p. 5851, el Ministro de Economía y varios secretarios de Estado (se invocó la existencia de un pedido del bloque oficialista). Tras un discurso del ministro, varias veces interrumpido, se dejó de lado la lista de oradores existente y el presidente, invocando al artículo 137R, habilitó a hablar al miembro informante de la comisión y a un representante de cada bloque. El ministro se retiró luego, con el agradecimiento del presidente, quedándose en el recinto algunos de sus colaboradores".

Diciembre de 2006: "Más cerca en el tiempo (pero hace ya varios años, lo que marca que la presencia espontánea de ministros en el recinto se ha dejado de frecuentar), destacamos la presencia en el recinto del ministro de Educación de la Nación, mientras se trataba la Ley de Educación Nacional, según la mención que se hizo varias veces durante el debate del 14/12/06, p. 82, entre otras. Pero no participó del debate. Y no se volvieron a dar presencias de este tipo".[13]

[13] Schinelli, Guillermo Carlos, *La Cámara de Diputados de la Nación y su Reglamento, Comentado 1983/2019*, Buenos Aires, 2021.

Como vemos, el autor de esta excepcional recopilación de jurisprudencia parlamentaria indica que la presencia voluntaria de los ministros en las sesiones ha caído en desuso.

VI. La presencia voluntaria de los ministros y el régimen mixto

Como lo advierten Montes de Oca y Joaquín V. González, la presencia de los ministros en los debates del Congreso constituye una previsión que se aleja tanto del presidencialismo norteamericano, como del parlamentarismo inglés. Resulta claro que los ministros argentinos no son legisladores y no participan en los debates de las Cámaras en calidad de tales por lo que, entre otras consecuencias, carecen de voto en los asuntos bajo tratamiento.

El gran profesor mexicano Diego Valadés ha estudiado la adopción por parte de los sistemas presidenciales de instituciones de origen parlamentario, pero preservando la estructura básica del sistema receptor. En su excepcional obra "La parlamentarización de los sistemas presidenciales" dedica el capítulo segundo a la "Presencia de los ministros en el Congreso". Allí el maestro Valadés afirma:

> [...] el desarrollo mas importante se registra en los casos donde se permite a los ministros intervenir con libertad en los debates. Así sucede en nueve países latinoamericanos [Argentina (artículos 100 y 106), Brasil (artículo 50), Chile (articulo 37), Colombia (artículo 208), Costa Rica (artículo 145), Guatemala (artículo 168), Perú (artículo 129), República Dominicana (artículo 38) y Venezuela (artículo 245)], además de Filipinas, Irán y Uzbekistán, entre otros. Es significativo que en diez Estados nacionales sea posible que los ministros hagan uso de la tribuna parlamentaria. [...] Como se puede advertir, va en aumento la suma de países que han incorporado instrumentos parlamentarios en las relaciones entre los órganos del poder, con resultados tangibles en lo que atañe a la estabilidad y el desempeño eficaz de sus instituciones. En el caso de la intervención de los ministros en la tribuna parlamentaria, auspicia que el intercambio de puntos de vista sea más intenso y contribuye a la centralidad política de los órganos de representación.
>
> En los sistemas que no han dado ese paso, los miembros del gabinete no tienen mejor tribuna que la ofrecida por los medios de comu-

> nicación, con los problemas inherentes a la dependencia que de ahí resulta. El acceso a los medios se convierte en una de las claves para el ejercicio del poder, confiriéndoles una influencia que no se ve compensada por la que también conviene asignar a los congresos.
>
> Además, la participación de los ministros en los debates les ofrece una oportunidad de adiestramiento en la polémica política que de otra manera no se produce. Se mitiga, así, la inercia del comportamiento burocrático y del ejercicio críptico del poder que ha sido una constante en los sistemas presidenciales latinoamericanos. A su vez, los representantes tienen mejores posibilidades de contar con información y de conocer de primera fuente los criterios que orientan las decisiones políticas en su país. Esta es una experiencia incipiente, pero prometedora, para renovar los sistemas presidenciales.
>
> La intervención de los ministros en los debates se ha generalizado como práctica parlamentaria en los sistemas presidenciales, incluso sin que exista previsión constitucional. En el caso mexicano, desde 1934 el Reglamento del Congreso (artículos 53 y 130) faculta a los secretarios para intervenir en los debates cuando ellos decidan; pero ninguno de ellos ha hecho uso de esta atribución en los últimos 50 años.[14]

Puede advertirse que el desuso a que alude Valadés también se verifica en el Congreso argentino. Aún con las dificultades estadísticas, pueden recordarse momentos estelares del Congreso en los que los ministros lideraron las posiciones gubernamentales tal como en los debates de la reforma electoral de 1912 en la que el ministro del Interior Indalecio Gómez llevó la voz cantante de la iniciativa del Presidente Roque Sáenz Peña cuyo apellido, a la postre daría denominación informal a la ley 8871 sancionada el 13 de febrero de 1912.

Valadés esgrime una teoría para explicar el desuso del instituto de la presencia voluntaria de ministros que, si bien referida al caso mexicano, bien podría aplicarse al Congreso argentino:

> La participación de los ministros en la tribuna parlamentaria tiende a facilitarse en los sistemas presidenciales. La mayor o menor utilización de este instrumento de comunicación depende de las intenciones del gobierno y de las aptitudes de los ministros. Es evi-

[14] Valadés, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Ed. Andrus, Lima, 2009, pp. 35-42.

dente que una asistencia frecuente ofrece al gobierno un escenario muy propicio para impulsar sus programas y explicar sus decisiones, pero también expone a los ministros a desencuentros y descalabros. Lo más común es que el gobierno delegue, en los parlamentarios de su partido o coalición, la tarea de exponer las razones de su actuación. En ocasiones, son los aliados en los congresos quienes muestran mayor resistencia a la participación de los ministros en los debates, para no verse desplazados como intermediarios del gobierno ante la opinión pública y las demás fuerzas políticas.

En esas circunstancias, la previsión constitucional sirve como una norma de habilitación cuya intensidad de uso puede variar según lo recomiende cada situación en particular o se acomode al estilo de cada gobierno. Desde el punto de vista de la teoría clásica, esta posibilidad representa una manera más flexible y constructiva de ver la separación de poderes, pues la especialización de funciones no se traduce en distancia política.

Gentile también advierte sobre el olvido del artículo 106:

La Constitución además establece que: 'Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar' (artículo 106). El artículo 138 del Reglamento del Senado les reconoce la facultad de mocionar a los ministros. Mi experiencia me indica que en general los ministros son reacios a asistir a las sesiones plenarias de las Cámaras por el impacto político que ello significa, sin embargo, creemos que debe cambiarse esta reticencia especialmente cuando se tratan proyectos legislativos de significación.

Recuerdo que en el primer debate en el que intervine como diputado cuando se discutía la ley de reforma del Estado en agosto de 1989, en un palco del recinto estaba presenciando la sesión el autor material de la iniciativa del Poder Ejecutivo, el ministro de Obras Públicas Roberto Dromi, y ello me llamó mucho la atención, ya que si hubiera intervenido en el debate (en los términos del actual artículo 106), hubiera hecho un aporte significativo. Igualmente recuerdo la inexplicable ausencia del ministro de Justicia León Arslanian cuando se debatió en la Cámara de Diputados en 1991 el nuevo Código de Procedimiento Penal de la Nación, que venía a reemplazar un código centenario, y a cambiar el sistema escrito por el oral, circunstancia que remarcamos en uno de nuestros discursos.[15]

[15] Gentile, Jorge Horacio, *Derecho Parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1997, pp. 190 y 191.

VII. Conclusión

La Constitución Nacional ofrece un claro deslinde que garantiza la independencia del Poder Legislativo y Ejecutivo. Por tal motivo, el artículo 105 establece la incompatibilidad entre el cargo de ministro del Poder Ejecutivo y el de parlamentario, así como también, el artículo 72 impide a los legisladores recibir cualquier empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin permiso de la Cámara.

Sin embargo, como hemos visto en los comentarios de Montes de Oca y Joaquín V. González, esta independencia de poderes e incompatibilidad de pertenecer a ambos al mismo tiempo, no empecé poner de relevancia que la asistencia de los ministros y su participación en los debates de las Cámaras atraen muchas ventajas.

La presencia voluntaria de los ministros ha caído en desuso. Como hemos visto, Schinelli releva 12 asistencias de ministros en un período de 36 años, siendo la última del período analizado en el año 2006.

Entendemos que las razones de la falta de práctica obedecen al predominio de las bancadas legislativas oficialistas que llevan la voz del partido presidencial al seno del Poder Legislativo haciendo innecesaria la presencia de los ministros.

Sin embargo, entendemos que la recuperación de la práctica otrora vigorosa puede redundar en una flexibilización del régimen presidencialista dando mayor jerarquía a los debates parlamentarios y relevancia al Poder Legislativo en un marco del hiperpresidencialismo que necesita ser remplazado por un Poder Legislativo más robusto.

Gobiernos de coalición en Europa: apuntes para una reflexión constitucional

***

Coalition governments in Europe: notes for constitutional reflection

*María Garrote**

Resumen: la Ciencia Política ha examinado con fecundidad los gobiernos de coalición, ofreciendo modelos analíticos muy interesantes que permiten identificarlos factores que inciden en la formación, composición y duración de estos gobiernos.

Sin embargo, los gobiernos de coalición apenas han recibido la atención del Derecho Constitucional. Esto se debe a que se trata de un fenómeno genuinamente político, no jurídico. La identificación de los elementos de naturaleza constitucional que inciden en la formación de coaliciones de gobierno nos puede ayudar a comprender por qué en unos países este tipo de acuerdos son más frecuentes que en otros. Además, puede servir de punto de partida para plantear algún tipo de intervención normativa en esta materia.

Abstract: political science has fruitfully examined coalition governments, offering very interesting analytical models that make it possible to identify the factors that influence the formation, composition and duration of these governments.

* Doctora en Derecho y Licenciada en Ciencias Políticas. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Autora de diversas obras sobre derecho electoral, derecho parlamentario y representación política, *magarrot@ucm.es*

However, coalition governments have received little attention in constitutional law. This is because it is a genuinely political phenomenon, not a legal one. Identifying the constitutional elements that influence the formation of coalition governments can help us to understand why coalition governments are more frequent in some countries than in others. It can also serve as a starting point for considering some form of regulatory intervention in this area.

Palabras Clave: Coaliciones, Gobiernos de coalición, sistema parlamentario, Europa, sistema presidencial.

Keywords: coalitions, coalition governments, parliamentary system, Europe, presidential system.

Sumario: I. Introducción. II. Gobiernos de coalición y sistemas de gobierno. III. Sistema electoral y reglas de designación del gobierno parlamentario. IV. Desempeño del gobierno de coalición. V. Una reflexión final.

I. Introducción

En junio de 2024, solo dos de los 27 países de la Unión Europea (UE) tienen un Gobierno de un solo partido. (Grecia y Malta). Si extendemos el análisis a otros 13 estados europeos no comunitarios[1] la cifra se eleva a siete (Albania, Moldova, Reino Unido, Turquía y Ucrania).[2] En otros términos, en Europa, más del 82% de los gobiernos son de coalición, porcentaje que asciende al 93% entre los que pertenecen a la UE. Estos datos, ya de por sí contundentes, lo son aún más si tenemos en cuenta ciertas características de los países con gobiernos monocolores. Turquía posee

[1] Los países europeos no comunitarios incluidos en el estudio son Albania, Bosnia-Herzegovina, Islandia, Kosovo, Macedonia del Norte, Moldova, Montenegro, Noriega, Reino Unido, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania.

[2] Ortiz de Zárate, R., "Cuáles son los gobiernos europeos. Partidos, coaliciones, primeros ministros", *Pensamiento crítico*, CIDOB, 2024, *http://www.pensamientocritico.org/cuales-son-los-gobiernos-europeos-partidos-coaliciones-primeros-ministros/*

un sistema de gobierno presidencialista y Moldova y Ucrania son semipresidencialistas, lo que impone una dinámica institucional especial; Malta y Reino Unido cuentan con un sistema de partidos bipartidista consolidado, y Grecia posee una dilatada experiencia en gobiernos de coalición, pero actualmente gobierna un solo partido con mayoría absoluta gracias a las primas que otorga el sistema electoral.

Este panorama responde a una evolución sostenida que viene de lejos. Desde 1945 los seis países fundadores de la UE (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) han estado gobernados la mayor parte del tiempo por coaliciones.[3] Esta tendencia se ha incrementado en los últimos años. Los resultados electorales poco concluyentes hacen que los pactos y las concesiones para formar gobiernos de coalición ya no sean la excepción sino la norma.

Las coaliciones pueden definirse de varias maneras y, aunque contemplen en general los acuerdos formalizados entre actores políticos, no es lo mismo una coalición electoral, un pacto parlamentario puntual o de legislatura, o un gobierno de coalición.[4] Los gobiernos de coalición que nos interesan son los gobiernos formados por más de un partido político, con independencia de que se hayan enfrentado o no en las elecciones. De los 33 países que gobiernan en coalición, solo Hungría tiene un gobierno que proviene de una previa coalición electoral. De modo que la decisión de compartir las tareas y responsabilidades de gobierno se produce casi siempre después de la contienda electoral.

Los gobiernos de coalición han sido profusamente estudiados por la Ciencia Política[5]. Las dos teorías clásicas que se han manejado en los estudios sobre gobiernos de coalición centran su interés en los incentivos y las causas que pueden condicionar la formalización de estos acuerdos. Más allá de las diferencias entre las

---

3 Lijphart, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y su evolución*, Barcelona, Ariel, 2000.

4 Román, P. Y Ferri, J., "Gobierno y estrategias de coalición", *Política y Sociedad,* vol. 40, núm. 2, 2003; Reniu, J.M., *La formación de gobiernos minoritarios en España 1977-1996*, Madrid, CIS, 2003.

5 Para un análisis de la literatura clásica en la materia, véase *ibidem,* pp. 20-22.

teorías formales —derivadas de la teoría de juegos, con un objeto limitado conceptualmente y de carácter predictivo— y las teorías multidimensionales -que manejan más variables y utilizan una aproximación inductiva-, ambas tienen en común el estudio de los comportamientos y actitudes de los diferentes actores. Nos ofrecen modelos analíticos muy interesantes que permiten identificar los factores que inciden en la formación, composición y duración de los gobiernos de coalición.

Sin embargo, los gobiernos de coalición apenas han recibido la atención del Derecho Constitucional. Esto se debe a que se trata de un fenómeno genuinamente político, no jurídico. Las normas constitucionales no suelen prever ni regular específicamente la formación de los gobiernos de coalición o su desenvolvimiento. El Gobierno es considerado un órgano constitucional, detentador de uno de los tradicionales poderes del Estado, que tiene una entidad propia, con independencia de la adscripción partidista de sus miembros. No obstante, el marco constitucional influye de manera relevante en la posibilidad de formar un gobierno de coalición, lo puede facilitar o puede desalentarlo. Ello incluye el diseño institucional de la forma de gobierno, el sistema electoral y las reglas de designación y remoción del ejecutivo, además de las que directamente regulan la composición y desempeño del gobierno. La identificación de los elementos de naturaleza constitucional que inciden en la formación de coaliciones de gobierno nos puede ayudar a comprender por qué en unos países este tipo de acuerdos son más frecuentes que en otros. También ofrece una reflexión acerca de la necesidad de abordar normativamente algunos aspectos de los gobiernos de coalición en los sistemas parlamentarios.

II. Gobiernos de coalición y sistemas de gobierno

Hasta hace no mucho, existía la creencia de que las coaliciones son típicas de los sistemas de gobierno parlamentario. De hecho, la proliferación de gobiernos de coalición en Europa ha generado un amplio campo de estudio sobre el fenómeno coalicional.[6] Sin

[6] Matas Dalmases, J., *La formación de un gobierno de coalición*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Reniu, J.M., *op. cit.*,

embargo, los gobiernos de coalición no son ajenos a los sistemas de gobierno presidencialistas o semipresidencialistas.[7] En Europa, Bosnia, Francia, Lituania, Polonia o Rumania son repúblicas semipresidencialistas que actualmente tienen gobiernos de coalición.

Inicialmente, los estudios sobre el presidencialismo en el continente americano ofrecían una visión mayoritariamente pesimista sobre los incentivos para la cooperación entre presidentes y legislaturas.[8] En particular, se sostenía que los sistemas multipartidistas presidenciales son intrínsecamente inestables porque los presidentes minoritarios no pueden recurrir a los mecanismos institucionales presentes en los sistemas parlamentarios para obtener el apoyo mayoritario en la legislatura. En retrospectiva, esta hipótesis parece ahora inadecuada para explicar el funcionamiento real del multipartidismo presidencial. De hecho, hoy en día existe un gran número de investigaciones que demuestran que las coaliciones de gobierno no solo son frecuentes en los países presidencialistas, sino que también son razonablemente eficaces.[9] En definitiva, la coalición suele ser necesaria para formar gobierno en el sistema parlamentario, pero puede ser un requisito para la gobernabilidad en un sistema presidencial. Con los incentivos institucionales adecuados la historia reciente ha demostrado que las coaliciones sobreviven y que pueden ayudar a la estabilidad del sistema político. En este proceso parece ser central el desarrollo de instituciones que promuevan el equilibrio entre los poderes legislativos y ejecutivo.[10] Existen numerosos antecedentes de coaliciones exitosas en América La-

7 Cheibub, J.A., Przeworski, A., Saiegh, A., "Government Coalitions and Legislative Success under Presidentialism and Parliamentarism", *British Journal of Political Science*, vol. 34, 2004, pp. 565–587.

8 Linz J. J., "The perils of presidentialism", Journal *of Democracy,* vol. 1, 1990, pp. 51–69; Mainwaring, S., Y Shugart M. S., *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

9 Cheibub, J.A., Przeworski, A., Saiegh, A., *op. cit*.; Borges, A., Turgeon, M., Albala, A., "Electoral incentives to coalition formation in multiparty presidential systems", *Party Politics*, vol. 27, núm. 6, 2021, pp. 1279-1289.

10 Olivares, A., *et al.,* "Presidencialismo en América Latina. Algunas consideraciones para el debate", *Iberoamericana*, año XXII, núm. 79, 2022, pp. 211-242.

tina[11] y México ha sido un referente en la regulación constitucional de las coaliciones.[12]

III. Sistema electoral y reglas de designación del gobierno parlamentario

En el plano electoral, las normas que regulan la presentación de candidaturas y las que diseñan el sistema electoral pueden favorecer la formación de coaliciones electorales, lo que a la postre determinará una mayor presencia de gobiernos de coalición. Si la normativa electoral facilita la presentación de coaliciones electorales (por ejemplo, en Suiza o en Italia), y si, además, el mecanismo de adjudicación de los escaños tiende a favorecer a los partidos más grandes, no cabe duda de que los incentivos para acudir a las elecciones en coalición con otro partido se incrementarán. Por el contrario, sistemas mayoritarios uninominales (como Reino Unido o Francia) o aquellos que despliegan un considerable nivel de proporcionalidad en la distribución de los escaños no favorecen las uniones electorales. No obstante, el grado de proporcionalidad del sistema electoral puede favorecer acuerdos postelectorales para formalizar coaliciones de gobierno si ningún partido ha obtenido la mayoría suficiente.

Precisamente la obtención de la mayoría es un factor determinante en la formación de los gobiernos de coalición. En los países europeos encontramos una extraordinaria variedad de regulaciones en los procesos de formación del gobierno parlamentario.[13] Además, hay que tener en cuenta que estos procesos,

[11] Reniu, J.M. y Albala, A., "Los gobiernos de coalición y su incidencia sobre los presidencialismos latinoamericanos: el caso del Cono Sur", *Estudios Políticos*, México, vol. 26, 2012; Valadés, D., *Los gobiernos de coalición en América Latina*, El Colegio Nacional, Ciudad de México, 2016; Albala, A., "Presidencialismo y coaliciones de gobierno en América Latina: Un análisis del papel de las instituciones", *Revista de Ciencia Política*, vol. 36, núm. 2, Santiago, 2016, pp. 459-479.

[12] Escamilla Cadena, A. y López de la Torre, R., "El gobierno de coalición en México: un instrumento para los partidos políticos y el presidencialismo", *Tla-Melaua*, vol. 12, núm. 45, 2018, pp. 31-51.

[13] Brunclik, M., "Patterns of Government Formation in Europe: The Role of the Head of State", *Czech Journal of Political Science*, núm. 1, 2015, pp. 26-

sobre todo en lo referente a la función que desempeña el Jefe del Estado, están fuertemente condicionados por las convenciones constitucionales y a menudo la literalidad de la norma no refleja la práctica política real. Esto es muy evidente en las monarquías europeas. En todo caso, parece que la existencia o no de una votación formal de investidura del Primer ministro es un elemento que puede facilitar o desalentar la formación de coaliciones. En este sentido, podemos contemplar dos modelos: países que no exigen una votación formal de investidura (Noruega, Dinamarca, Islandia, Finlandia, Francia, Austria, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido), o países que sí exigen este voto formal de confianza. Este voto puede ser de carácter negativo, es decir, la confianza se presume en tanto no haya una votación mayoritaria en su contra (Suecia o Portugal) o puede tener carácter positivo. En este último supuesto, la mayoría exigida para entender otorgada la confianza puede variar entre la mayoría simple (República Checa, Eslovaquia, Polonia, Grecia, Albania, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Irlanda, Lituania, Letonia, Bélgica); mayoría absoluta inicial, aunque pueda otorgarse la confianza después por mayoría simple (Alemania, Eslovenia, España); o mayoría absoluta (Croacia, Hungría, Kosovo, Moldova, Montenegro, Serbia y Ucrania). Finalmente, en Italia y Rumanía, la investidura debe ser aprobada en ambas Cámaras, lo cual introduce un elemento adicional de complejidad.

En teoría, los sistemas que contemplan una votación de formal de investidura pueden ser más proclives a los gobiernos de coalición, o lo que es lo mismo, si no hace falta recibir la confianza de la Cámara, un solo partido podría formar gobierno en minoría y no tendría incentivos para pactar un acuerdo de coalición con otros partidos. Esto parece que se confirma, pues en países donde hay gobiernos de un solo partido comprobamos que no hay votación de investidura (Reino Unido o Malta), y en Grecia el voto de investidura se entiende otorgado con mayoría simple.

42; Pinon, S., "La forma de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, pp. 135-173.

IV. Desempeño del gobierno de coalición

Si para obtener la confianza de la Cámara es necesario contar con la mayoría, esta puede no ser suficiente para gobernar. Hay que contemplar también qué mayorías se requieren para aprobar las diferentes leyes, para sacar adelante los presupuestos, para reformar la Constitución, para ganar una moción de censura o una cuestión de confianza. (Matas, 2015: 26). Estas mayorías que configuran un determinado funcionamiento parlamentario pueden asegurarse con un gobierno de coalición o a través de pactos parlamentarios. Se ha considerado que la mayoría absoluta (como punto efectivo de decisión) debería ser el objetivo de todo gobierno de coalición. En efecto, de los 33 países europeos que gobiernan en coalición solo cinco lo hacen en minoría (Bosnia-Herzegovina, Chipre, España, Noruega y Portugal). Incluso hay gobiernos que detentan una supermayoría, algunos como grandes coaliciones -que incluyen a casi todos los partidos del espectro parlamentario o que están formados por los principales partidos-. Ejemplos de ello son Dinamarca, Macedonia del Norte, Islandia, Rumanía y Suiza (Ortiz de Zárate, 2024).

Directamente relacionado con la mayoría que tenga la coalición de gobierno está la oposición que genera dicho gobierno. Y ello depende no solo de la aritmética parlamentaria que lo apoya, sino también de su concreta composición política. En los sistemas políticos que cuentan con un estatuto de la oposición, a la que se le conceden más instrumentos para el seguimiento y control del gobierno y cuya misión es prepararse para ser la alternativa de gobierno, existen muchos más límites para sostener gobiernos de coalición. En cambio, en países con sistemas multipartidistas donde prácticamente todos los partidos pueden ser parte de una coalición gubernamental, el papel institucional asignado a la oposición queda más diluido, ya que la alternativa no está solo en la oposición, sino que también puede estar dentro del propio gobierno.[14]

Los gobiernos de coalición tienen un impacto relevante en la dinámica de los controles políticos horizontales, con efectos di-

[14] Matas Dalmases, J., *op. cit*., p. 45.

ferentes en los sistemas parlamentarios y en los presidenciales.[15] Es precisamente en este ámbito donde creemos que es necesario una reflexión, indicada específicamente para España, aunque trasladable a un buen número de países europeos. La transformación del parlamento en esta nueva era digital ha llevado al debilitamiento de muchas de sus funciones, en parte por el fortalecimiento del gobierno y en parte por la dinámica del estado de partidos.

Si algo debe permanecer y reforzarse es el control al gobierno, no tanto por el parlamento como por la oposición. El protagonismo de los grupos parlamentarios en todas las actividades de la Cámara ha hecho que su funcionamiento gire en torno a esa estructura. Los gobiernos de coalición con mayoría formados por varios partidos que tienen su correspondiente grupo parlamentario pueden tener una ventaja excepcional en sus relaciones con el parlamento, en las funciones legislativa y de control, sobre todo. A ello se deben añadir las técnicas del parlamentarismo racionalizado extendidas en toda Europa que protegen la posición del gobierno. Quizá se podría contemplar la especial naturaleza de estos gobiernos de coalición mayoritarios, integrados por varios partidos con grupo parlamentario, a la hora de regular y equilibrar los mecanismos de control. Es esos casos los grupos parlamentarios que integran la oposición deberían tener la iniciativa del control y una posición preferente con respecto a los que forman parte del ejecutivo.

Hay otras cuestiones que también podrían ser abordadas con la mentalidad de gobiernos de coalición: la necesaria transparencia de los acuerdos iniciales, y si estos condicionan el reparto de carteras ministeriales y la determinación de las políticas públicas impulsadas desde el gobierno.[16] Estos acuerdos sirven, además, de punto de referencia para evaluar la gestión ordinaria de la labor del gobierno "incluso por los partidos políticos socios de la coalición" y facilitan posteriormente una rendición de cuentas

15 Valadés, D., *op. cit*., p. 28.

16 Klüver, H., Bäck, H., Krauss, S., *Coalition Agreements as Control Devices. Coalition Governance in Western and Eastern Europe*, Oxford, Oxford University Press, Series in Comparative Politics, 2023.

con la debida información.[17] La responsabilidad ministerial individual es clave en este sentido. Y ya que los electores no deciden directamente quiénes formarán parte de un gobierno de coalición, que al menos sean las organizaciones partidistas con procesos democráticos las que puedan también influir en este tipo de decisiones.

V. Una reflexión final

No cabe duda de que los gobiernos de coalición son un fenómeno cada vez más habitual —casi generalizado— en las democracias europeas. La transformaciones sociales y políticas que se ha registrado desde la crisis económica de 2008 han alumbrado un nuevo paradigma de gobierno en los sistemas parlamentarios. La mayor fragmentación partidista y el surgimiento de nuevos partidos —con rasgos muy diferentes a los que definían a los partidos clásicos— dificulta la obtención de mayorías en un entorno electoral proporcional como el europeo. Las coaliciones se han vuelto imprescindibles y poseen unas ventajas intrínsecas. Sin embargo, su formación y desenvolvimiento pueden afectar a las dinámicas parlamentarias y generar espacios de opacidad, dificultando la rendición de cuentas. El derecho constitucional no puede ser ajeno a esta realidad que, en muchos aspectos, contribuye a fortalecer la democracia.

Referencias

Albala, A., "Presidencialismo y coaliciones de gobierno en América Latina: Un análisis del papel de las instituciones", *Revista de Ciencia Política*, vol. 36, núm. 2, Santiago, 2016.

Borges, A., Turgeon, M., Albala, A., "Electoral incentives to coalition formation in multiparty presidential systems", *Party Politics*, vol. 27, núm. 6, 2021.

[17] Matthews, F., "Formal rules, informal norms and the everyday practice of coalition governance", *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 148-168.

Brunclik, M., "Patterns of Government Formation in Europe: The Role of the Head of State", *Czech Journal of Political Science*, núm. 1, 2015.

Cheibub, J.A., Przeworski, A., Saiegh, A., "Government Coalitions and Legislative Success under Presidentialism and Parliamentarism", *British Journal of Political Science*, vol. 34, 2004.

Escamilla Cadena, A. y López de la Torre, R., "El gobierno de coalición en México: un instrumento para los partidos políticos y el presidencialismo", *Tla-Melaua*, vol. 12, núm. 45, 2018.

Klüver, H., Bäck, H., Krauss, S., *Coalition Agreements as Control Devices. Coalition Governance in Western and Eastern Europe*, Oxford, Oxford University Press, Series in Comparative Politics, 2023.

Lijphart, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y su evolución*, Barcelona, Ariel, 2000.

Linz J. J., "The perils of presidentialism", Journal *of Democracy,* vol. 1, 1990.

Mainwaring, S., Y Shugart M. S., *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

Matas Dalmases, J., *La formación de un gobierno de coalición*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Matthews, F., "Formal rules, informal norms and the everyday practice of coalition governance", *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 21, núm. 1, 2019.

Olivares, A., *et al.,* "Presidencialismo en América Latina. Algunas consideraciones para el debate", *Iberoamericana*, año XXII, núm. 79, 2022.

Ortiz de Zárate, R., "Cuáles son los gobiernos europeos. Partidos, coaliciones, primeros ministros", *Pensamiento crítico*, CIDOB, 2024.

Pinon, S., "La forma de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011.

Reniu, J.M., *La formación de gobiernos minoritarios en España 1977-1996*, Madrid, CIS, 2003.

Reniu, J.M. y Albala, A., "Los gobiernos de coalición y su incidencia sobre los presidencialismos latinoamericanos: el caso del Cono Sur", *Estudios Políticos*, México, vol. 26, 2012.

Román, P. y Ferri, J., "Gobierno y estrategias de coalición", *Política y Sociedad,* vol. 40, núm. 2, 2003.

Valadés, D., *Los gobiernos de coalición en América Latina*, El Colegio Nacional, Ciudad de México, 2016.

El estudio constitucional-comparado de América Latina: una aproximación metodológica desde Europa

***

The Constitutional-Comparative Study of Latin America: A Methodological Approach from Europe

Rosa Iannaccone[*]

Resumen: el objetivo del siguiente trabajo es esbozar un enfoque metodológico que pueda ser útil para abordar los sistemas jurídicos latinoamericanos y las múltiples dificultades que surgen en los estudios comparados sobre América Latina. Para ello, partiendo de los rasgos comunes que caracterizan a los ordenamientos jurídicos de esta subregión, reconstruiremos, centrándonos exclusivamente en sus peculiaridades, las características fundamentales que asumen ciertos "hechos jurídicos" en este ámbito, a saber, la forma de gobierno, el tipo de Estado y el catálogo de derechos.

Abstract: the aim of the following paper is to outline a methodological approach that may be useful in dealing with Latin American legal systems and the numerous difficulties that arise in comparative studies on Latin America. To this end, starting

* Doctora *cum laude* en Derecho público comparado por la Sapienza Universidad de Roma y en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada, España (doctorado en cotutela) y mención europea (2023). Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Granada; en el IIJ de la Universidad Nacional Autónoma de México; en la Universidad de Chile y en el CEPC de Madrid. Actualmente es Investigadora posdoctoral en Derecho público comparado en la Sapienza Universidad de Roma.

from the common features that characterise the legal systems of this sub-region, we will reconstruct, focusing exclusively on their peculiarities, the fundamental characteristics that certain "legal facts" assume in this area, specifically the form of government, the type of State and the catalogue of rights.

Palabras clave: América Latina, comparación, hechos jurídicos, modelos.

Key words: Latin America, comparison, legal facts, models.

Sumario: I. El estudio constitucional-comparado de América Latina. II. Una forma de gobierno específica. III. Tipos de Estado difícilmente definibles. IV. Un catálogo vanguardista de derechos. V. Reflexiones sobre la metodología.

I. El estudio constitucional-comparativo de América Latina

En el área geográfica que se extiende desde Río Bravo, en el norte, hasta Cabo de Hornos, en el extremo de la Patagonia, se encuentran países que comparten ciertos rasgos comunes, conservando cada uno su propia identidad. La mayoría de sus características se establecieron en la época colonial y en las décadas posteriores a la independencia y se han consolidado con el tiempo, convirtiéndose en "elementos aglutinadores tradicionales", a los que se han añadido "de nuevo cuño".[1] Esta zona se identifica comúnmente como "América Latina", aunque no existe un criterio único ni una convención universalmente aceptada para definir esta expresión. Sin embargo, es innegable que, a partir de la Conquista y la evangelización del "Nuevo Mundo", existen profundas raíces comunes en la historia y el derecho de estos

[1] G. Pavani, "Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione", en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Turín, 2021, pp. 64-65. *Véase* J. Carpizo, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, 114 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 2005.

territorios.[2] Más recientemente, en las últimas décadas, junto a los elementos característicos del sistema de Derecho civil, dentro del cual a menudo se ha considerado absorbido el derecho latinoamericano, han ido surgiendo peculiaridades específicas y se ha subrayado cómo la unidad sistemática de los códigos civiles, la referencia a los principios generales del derecho, la centralidad de la persona en el Derecho civil, el papel de los formantes individuales e incluso antes el papel de los juristas en el desarrollo del sistema representan elementos cruciales en la identificación del derecho latinoamericano.

Precisamente de los rasgos comunes que caracterizan a los sistemas jurídicos de esta subregión parte el siguiente trabajo, en el que se intentará esbozar, sin ninguna pretensión de exhaustividad, las características fundamentales que asumen determinados "hechos jurídicos" en esta subregión.[3] Se abordarán la forma de gobierno, el tipo de Estado y el catálogo de derechos. Se trata aquí de trazar, tras la reconstrucción que se acaba de mencionar, un enfoque metodológico que pueda ser útil para abordar los sistemas jurídicos de esta zona y las numerosas dificultades que se plantean en los estudios comparados sobre América Latina. La primera que salta a la vista, por ser la más común y obvia, es la denominación para utilizar. "América hispana y lusófona", "Iberoamérica", "América del Sur", etc. son todas expresiones igualmente válidas, pero solo a efectos de referirse a algunos de los países del aire, implicando, asimismo, connotaciones distintas en cuanto a ubicación geográfica, colonización, cultura jurídica y disciplina de determinadas instituciones.[4] Además, como se verá

---

2 S. Lanni, *Latinoamérica: diritto, sistema e tradizione di una Patria Grande*, en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica , cit*., pp. 21 y ss.

3 Sobre la dificultad de utilizar las clasificaciones propias de la *Tradición Jurídica Occidental* con respecto a América Latina y la necesidad de repensar también las propias categorías de "Estado" y "Poder" *véase S*. Bagni, G. Pavani, *Leggere le categorie giuridiche del costituzionalismo e della democrazia attraverso le recenti vicende istituzionali dell'America latina*, 1 *Dpce online,* 2024. Más en general, sobre la evolución del derecho comparado y su metodología, *véase S*. Ragone, G. Smorto, *Comparative Law. A Very Short Introduction*, Oxford, 2023.

4 Sobre este punto *véase* L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordenadas metodológicas para el estudio comparado de los*

sobre todo en lo que se refiere a la forma de gobierno, las experiencias constitucionales latinoamericanas han sido consideradas con frecuencia, y en cierta medida lo siguen siendo, versiones incompletas y a menudo degeneradas del sistema estadounidense, omitiendo todas las variables propias de la experiencia nacional que las alejan, en algunos casos incluso considerablemente, de un tipo ideal. Es necesario, por lo tanto, considerar debidamente la importancia de otros factores, como el resurgimiento de criptotipos[5] arraigados en la experiencia colonial e indígena, elementos propios del proceso de independencia y la composición social. Del mismo modo, no se puede no considerar la influencia de la Constitución de Cádiz, el bolivarismo y sus concepciones de la representación política y, más en general, no es posible no tener en cuenta la historia, el caudillismo y la personalización de la política, el populismo y el papel que los partidos políticos han tenido en el constitucionalismo latinoamericano.[6]

Además, entre las dificultades que se pueden encontrar está sin duda la llamada "comparación implícita",[7] que se ve afectada por los antecedentes del estudioso y que durante mucho tiempo ha relegado a América Latina a un objeto de investigación de segundo orden y principalmente a sus aspectos "negativos".

---

sistemas jurídicos latinoamericanos), en 22 *Pensamiento Constitucional*, 177 ss. (2017); S. Lanni, *voce "Sistema giuridico latinoamericano"*, en *Dig. disc. priv*., Turín, 2016; Id., *Il diritto nell'America Latina*, Nápoles, 2017.

5 *Véase* L.-J. Constantinesco, *Tratado de derecho comparado*, trad. E. Freitas da Costa, Madrid, 1981; E. Rozo-Acuña, *Guia Bibliografica Elementar sobre el poder ejecutivo en America latina* (Atti Convegno "Presidenzialismo in America Latina"), Roma, 1978; G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, 1986, p. 65; R. Sacco, *Crittotipo*, en *Dig. disc. priv*., Turín, 1990; B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*. Bogotá, 2016; S. Gambino, *Democrazia e forme di governo nelle esperienze costituzionali latinoamericane: derive illiberali o degenerazioni autoritarie*?, 3 *Dpce online,* 2020.

6 L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordenadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos)*, *cit*., pp. 179-180.

7 *Véase* F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milán, 2004, pp. 6 y ss.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer sucintamente, el enfoque metodológico que se propone, como se verá con más detalle en las conclusiones de este trabajo, se basa en una comparación estratificada que permite la elaboración de un modelo y su comparación con la realidad fáctica, teniendo en cuenta tanto las disposiciones formales que regulan una determinada institución como las dinámicas que caracterizan un determinado ordenamiento y su sistema político. Asimismo, parece oportuno precisar desde el principio que, como se desprende también de los hechos jurídicos que nos proponemos tratar, la metodología propuesta se refiere al ámbito del derecho público, más concretamente al del derecho constitucional.

II. Una forma de gobierno específica

Antes de pasar al análisis del primero de los "hechos jurídicos" objeto de este estudio, es decir la forma de gobierno, es importante destacar que se parte de la idea de que el presidencialismo latinoamericano es una variante propia de los países de esta subregión que difiere *ab origine*[8] del presidencialismo de los Estados Unidos y por eso no es una mera aplicación deformada del régimen pre-

[8] Nogueira Alcalá (*El presidencialismo en la práctica política*, en 77 *Nue. soc.,* 17, 1985, habla a este respecto de un "régimen original" que responde, en el siglo XIX y a principios del XX, a una doble y contradictoria necesidad, como subraya Jacques Lambert. Éstas eran, por una parte, la de conceder al Jefe del ejecutivo los amplios medios de gobierno que requería la peculiar situación de los países en desarrollo y, por otra, la de limitar esos poderes en los países que no se resignan a la arbitrariedad y al abuso de poder y que aspiran a ser verdaderos Estados democráticos de Derecho. En este sentido, el autor se remite a las obras de F. Cumplido Cereceda, (*El sistema democrático en América Latina,* Santiago de Chile, 1984) y J.M. Franco-García (*Estado Federal y Estado Regional. El derecho venezolano en 1982*, Caracas, 1982). Ya a principios de los años setenta G. Lombardi (*Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemas de método*, *cit*., 63) señalaba cómo se podía correr fácilmente el riesgo de una generalización inadecuada al realizar comparaciones basadas en la idea de que la experiencia constitucional latinoamericana representa una versión incompleta y a menudo degenerada del sistema norteamericano, omitiendo todas las variables de la experiencia nacional que distancian, y considerablemente, la forma presidencialista de gobierno latinoamericana de la ideal-típica norteamericana.

sidencial clásico.[9] Ello se debe a que, lo que se ha considerado una aplicación degenerativa respecto del modelo original,[10] responde en realidad a un peculiar desarrollo del constitucionalismo en el momento de la formación del Estado-nación, simultáneamente a la transposición del principio de separación de poderes en las normas fundamentales del área.[11] Por otra parte, también es necesario considerar que el constitucionalismo latinoamericano, en sus inicios, no estuvo únicamente influido por la experiencia de los vecinos Estados Unidos de América, aunque esta fue sin duda la más significativa. De hecho, también hubo la de la Constitución de Cádiz, del pensamiento y de las normas fundamentales francesas[12] e, indirectamente, del constitucionalismo británico.[13]

---

9 M. Duverger, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, 1984, p. 152.

10 Definido de forma variable por los estudiosos como régimen presidencialista (*véanse*, entre otros, H. Nogueira Alcalá, *El presidencialismo en la práctica política*, *cit*.), hiperpresidencialismo, caudillismo, régimen de preponderancia presidencial (J. Lambert, *América Latina,* Barcelona, 1964), neopresidencialismo autoritario (F. Claus, *Il presidenzialismo messicano nell'ora della riforma elettorale,* en *Quaderni Constitucionali,* 1991), monarquía electiva, cesarismo representativo (A. Rivera Pineda, C.M. Villabella Armengol, *División de poderes y forma de gobierno. El presidencialismo en América Latina*, en D. Valadés - M. Carbonell (ed.), *El Estado constitucional contemporáneo*, México D.F., 2006), presidencalismo hipertrofiado (R. Combellas (ed.), *El nuevo derecho constitucional latinoamericano,* Caracas, 1996; F. Moderne, *Les avatars du présidentialisme dans les États latinoaméricains*, en 98 *Rev. pouv.,* 2001).

11 *Véase* D. Nohlen, *Presidencialismo vs. parlamentarismo en América Latina (notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada)*, 74 *Rev. est. pol.*, 1991.

12 En particular, la Constitución de la Segunda República Francesa de 1848, que fue la primera fuera del continente americano en adoptar el sistema presidencial. *Véase* D. Valadés, "Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el ius constitutionale commune latinoamericano", en H. Fix Fierro, A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, 2014, pp. 829-830.

13 Principalmente las obras de Locke y Blackstone y en algunos documentos de la época se afirma que los constituyentes se guiaban por la Constitución inglesa. *véase*. D. Valadés, *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional)*, México, 2007, pp. 1 y ss. De manera más general sobre las influencias de otras experiencias constitu-

Por otra parte, se considera que existen elementos institucionales significativos, propios de todas las experiencias latinoamericanas y derivados de dinámicas históricas y culturales comunes, que impiden que la forma de gobierno presidencial latinoamericana entre en la categoría de la forma de gobierno presidencial "clásica", y que la decisión, adoptada en algunos ordenamientos de esta área, de introducir elementos de parlamentarización es un elemento más que perfila su originalidad.

Valadés destaca cómo, para una correcta comprensión del presidencialismo latinoamericano contemporáneo, es esencial e imprescindible analizar las raíces del poder en los Estados que se independizaron a principios del siglo XIX y, por tanto, la importancia de analizar la "dimensión histórico-cultural" que, como veremos con más detalle a continuación, es fundamental en el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En efecto, en todo el continente, las independencias tuvieron orígenes, desarrollo cronológico y evolución posterior similares, y las luchas armadas para alcanzarlas llevaron a los caudillos militares a ser también los titulares del poder ejecutivo. Los caudillos militares, por tanto, una vez finalizada la lucha armada, se convirtieron en los encargados de ejercer el poder político y, en la mayoría de los casos, también de definir el orden normativo que iba a caracterizar a los nuevos Estados independientes. Los sistemas constitucionales de la primera mitad del siglo XIX eran, pues, particularmente proclives a ampliar los poderes del Ejecutivo, en lugar de limitarlos, y autorizaban, o al menos no prohibían, una estrecha relación entre el presidente y las fuerzas militares.[14] Los caudillos representaban también una continuación de

cionales en América Latina *véase* E.A. López Sánchez, J.L. Soberanes Fernández (eds.), *La Constitución de Cádiz de 1812 y su impacto en el occidente novohispano*, México, 2015; F.J. Paoli Bolio, "Influencia de la constitución de Cádiz en Iberoamérica", *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo contemporáneo*, Ciudad de México, 2015; A. Colomer Vidal, *La revolución Francesa, su Declaración de Derechos y el constitucionalismo iberoamericano*, 34 *Rev. der. pol.*, 1991, pp. 355-368; F. Fernández Segado, *España e Ibéroamerica: una recíproca permeabilidad constitucional*, en F. Fernández Segado (ed.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, pp. 13-28.

14 *Véase,* entre otros, D. Valadés, *La formación del sistema presidencial latinoamericano (Un ensayo de cultura constitucional),* cit., 1 y ss.

las autoridades ejecutivas unipersonales de la realidad colonial de capitanes generales y virreyes. Como se ha observado, tanto en el plano de la organización constitucional de los poderes como en el de la distribución constitucional relativa entre Presidente/Ejecutivo y Parlamento "más que en la experiencia democrática y constitucional de dos décadas de los Estados Unidos de América", las formas de gobierno latinoamericanas parecen estar mejor conectadas con un "un criptotipo enraizado en la antigua historia colonial" y por tanto, a una institución preconstitucional que se corresponde "en cuanto a su título y a la mayor parte de sus poderes y funciones" con lo que más tarde sería la institución presidencial una vez afirmada la independencia de la corona española.[15] Los regímenes presidenciales latinoamericanos, de hecho, se caracterizan por el legado de dos grandes tradiciones autoritarias, no solo la española sino también la indígena, a las que es posible, al menos en parte, atribuir la falta de una auténtica separación de poderes.[16]

Es posible delinear los rasgos comunes de la forma de gobierno latinoamericana precisamente a partir del Ejecutivo y en particular de las modalidades de su elección[17] y de las prerrogativas

15 Así S. Gambino, *Democrazia e forme di governo nelle esperienze costituzionali latinoamericane: derive illiberali o degenerazioni autoritarie?*, cit., citando a G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemas de método*, *cit*., 65.

16 L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamentarismo e parlamentarismi nel diritto comparato*, 2020, p. 111.

17 A diferencia de Estados Unidos, que se caracteriza por el filtro de los grandes electores en la elección, en América Latina el Presidente es elegido directamente por el cuerpo electoral, ya sea por mayoría simple o por un sistema de dos vueltas. La elección directa del ejecutivo representaría un giro plebiscitario de la forma de gobierno, derivado de la influencia de la Constitución francesa de 1848. Al analizar la elección presidencial y su potencial plebiscitario, también es necesario tener en cuenta el elemento de la reelección, cuestión debatida desde la independencia y sobre cuya incidencia la doctrina no está de acuerdo. En efecto, la reelección, junto con la duración del mandato, afecta el nivel de alternancia de partidos y personalidades en la presidencia y si estas reglas influyen en el poder de negociación del ejecutivo con los legisladores de su propio partido y de la oposición (G.L. Negretto, *La reforma política en América Latina. Reglas electorales y distribución de poder entre Presidente y Congreso*, 198 *Des. eco*., 2010, p. 208.

que se le confieren, como las facultades legislativas y los poderes de emergencia, teniendo en cuenta, sin embargo, que su alcance varía según los casos. Utilizando un enfoque comparativo "intercultural o transcultural" basado en las diferencias, consideramos estos elementos no solo sustancialmente diferentes del modelo de los Estados Unidos de América, sino también particularmente relevantes dentro del estudio de las formas de gobierno, hasta el punto de que pueden considerarse los aspectos que hacen del presidencialismo latinoamericano una forma de gobierno distinta.[18] Deteniéndonos en las prerrogativas de los ejecutivos latinoamericanos, se les reconoce formalmente la condición de colegisladores ya que, además de la iniciativa legislativa y de la iniciativa exclusiva en determinadas materias,[19] ostentan la po-

[18] Mezzetti identifica las características de la forma de gobierno analizada en la autonomía de legitimidad del cargo presidencial, en los amplios poderes del Presidente "tanto ordinarios como extraordinarios" y en la ausencia de un control institucional suficiente – ni el Parlamento ni el Poder Judicial ejercen un control que limite las facultades, legales y extralegales, del Ejecutivo. Los tres factores mencionados hacen imposible o muy problemático el funcionamiento fisiológico de un sistema de pesos y contrapesos y representan un elemento significativo de diferenciación con el presidencialismo norteamericano (L. Mezzetti, L'*America Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato,* Roma-Bari, 470). Nohlen y Fernández, por su parte, se centran en los poderes "metaconstitucionales" de los presidentes latinoamericanos y, en particular, en el poder que tienen sobre su burocracia. En teoría, los presidentes latinoamericanos tienen el mismo poder que sus homólogos estadounidenses en el nombramiento de altos funcionarios. En la práctica, sin embargo, la ausencia de un servicio civil autónomo y de una carrera administrativa en la mayoría de los países de la región hace que la capacidad de maniobra presidencial sea tan amplia que puede considerarse incontrolable (D. Nohlen, M. Fernández, *El presidencialismo latinoamericano: Evolución y perspectivas*, Caracas, 1991, pp. 120-121).

[19] La doctrina reconoce, prácticamente por unanimidad, que a través del poder de iniciativa legislativa el Presidente puede orientar la labor legislativa del Parlamento de acuerdo con las prioridades de su programa de gobierno. En casi todos los casos, esta prerrogativa pertenece exclusivamente al Jefe del Ejecutivo, mientras que en Honduras, Panamá y Paraguay, los ministros o secretarios de Estado están igualmente autorizados a presentar proyectos de ley, aunque siempre en nombre del Ejecutivo. ES más, en algunas jurisdicciones -como Uruguay, Chile y Brasil- se prevé que el Presidente ejerza la iniciativa legislativa exclusiva en determinadas materias, como la social

sibilidad de convocar sesiones extraordinarias,[20] de declarar la urgencia en el tratamiento de los proyectos de ley,[21] de participar en el debate parlamentario a través de los ministros; de aplicar no solo el veto sino también un veto parcial y/o el llamado veto de bolsillo,[22] de asumir poderes legislativos, incluso sin delegación

y la presupuestaria (A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder*, en 37 *Estudios Políticos. Nov. ép.*, 117, p. 2016); M. Sánchez Manzano, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, en 53 *Rev. fac. der.*, 2000, p. 278.

20 La prerrogativa presidencial de convocar sesiones extraordinarias del Congreso cuando est se encuentra de vacaciones está prevista en todas las constituciones latinoamericanas, algunas de las cuales señalan explícitamente que corresponde al Presidente fijar el orden del día. A este respecto, cabe señalar que en Colombia la facultad de convocar no corresponde al Presidente sino al Gobierno Nacional, que incluye también a los ministros y directores de departamentos administrativos; puede ejercerse a través de otro órgano, por ejemplo, la Comisión Permanente en Honduras o el Presidente de la Asamblea Nacional en Nicaragua. Finalmente, cabe mencionar que en México no basta la decisión del Presidente, sino que se requiere el acuerdo de la Comisión Permanente (J.J. Orozco Henríquez, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, *Bol. mex. der. com*., 2008, p. 839).

21 La declaración de urgencia legislativa es otro instrumento que permite al Presidente influir en el calendario de los trabajos parlamentarios y dar prioridad a los proyectos de ley que considera más importantes para su mandato. Consiste en fijar un plazo determinado (normalmente 30 días) para la aprobación de determinados proyectos legislativos. Entre las constituciones que lo contemplan se encuentran las de Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, República Dominicana y Uruguay (J.J. Orozco Henríquez, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, *cit*., p. 840).

22 Los países que prevén exclusivamente el veto total son Bolivia, Guatemala y la República Dominicana, mientras que los que combinan el veto total y el parcial son México, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela. Por su parte, Chile, El Salvador y Honduras prevén un veto "bolsillo" además del veto total. También hay casos en los que el Jefe del Ejecutivo está autorizado a utilizar los tres tipos de veto, como en Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Paraguay (A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder, cit*., p. 117). El veto presidencial puede ser anulado por mayoría absoluta, como es el caso de Brasil, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perú y Ecuador cuando se trata del veto parcial, de tres quintos en Uruguay cuando se trata del ejercicio del veto total, o de dos tercios en Argentina, Ecuador en el caso del veto total, México y Panamá

parlamentaria,[23] de decidir, con el apoyo de los ministros, la fir-

(M. Sánchez Manzano, *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*, cit., 283). Especialmente interesante es el caso de Uruguay, donde en caso de inercia del legislativo durante más de treinta días, el texto se considera aprobado enmendado según las observaciones del ejecutivo (E. Mostacci, *L'altra faccia del presidenzialismo latinoamericano: Costa Rica e Uruguay*, en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica* , *cit*., p. 114).

[23] Se trata de la llamada habilitación legislativa, por la que se autoriza al poder ejecutivo a asumir la función legislativa. En América Latina, en ocho países (Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay), las constituciones no especifican si el Jefe del Ejecutivo puede dictar decretos presidenciales, y esta ambigüedad ha hecho que, en la gran mayoría de los casos, este instrumento se haya convertido en una práctica habitual. Los diez países restantes permiten explícitamente los decretos presidenciales y de éstos, sólo Brasil, Honduras, Nicaragua, Perú y Venezuela ponen restricciones a las áreas en las que el Ejecutivo puede hacer uso de esta prerrogativa (A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder, cit*., pp. 117-118). Además, existen disposiciones que privilegian al poder ejecutivo sobre el legislativo en la resolución de ciertos asuntos en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá y Venezuela. En algunos casos, también se prevé que el Presidente dicte los decretos-leyes necesarios en materia económica, como en Venezuela, Honduras y Perú, pero sólo si el interés nacional lo requiere, o para hacer frente a una situación de emergencia o excepcional, como en Argentina, Chile y Ecuador (M. Sánchez Manzano, *Caracterización y problemática del presidencialismo* iberoamericano, *cit*, 281; J.J. Orozco Henríquez, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos, cit*., p. 832). Aun cuando la mayoría de la Asamblea Legislativa pueda derogar o modificar un decreto, el Presidente sigue desempeñando un papel clave en la formación de la legislación, ya que, a diferencia de su poder de iniciativa, el decreto presidencial es ya una ley ante la cual la otra rama sólo puede reaccionar. De hecho, el poder de decreto es una de las manifestaciones más importantes de los llamados "poderes proactivos". Además de poder anular el orden del día con un gran número de decretos impidiendo que el poder legislativo examine las medidas antes de que tengan un efecto irreversible, el Presidente puede hacer un uso estratégico del mismo tratando de identificar un punto en el espacio político ante el que la mayoría se muestre indiferente en el tiempo que media entre el *statu quo* y la emisión del decreto (L. Mezzetti, *Ruolo ed evoluzione del Parlamento nei sistemi presidenziali latino-americani*, en R. Tarchi (ed.), *Parlamentarismo e parlamentarismi nel diritto comparato*, *cit*, pp. 104-105). La delegación legislativa sólo está prevista en siete países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá y Perú) y de ellos, Chile, Colombia y México han establecido restricciones sobre cuándo y en qué materias se

ma de créditos presupuestarios adicionales; y de utilizar medidas excepcionales en materia económica y/o social, que a veces tienen una perniciosa vocación de permanencia.[24]

Por último, en cuanto a las facultades extraordinarias o de crisis en manos del Ejecutivo, todos los presidentes de la región tienen estas prerrogativas para hacer frente a situaciones especiales o extraordinarias, que van desde catástrofes naturales hasta guerras o disturbios sociales que pueden amenazar la paz interna.[25] En estos casos, el jefe de Estado, directamente o con la autorización del Congreso, pero en todo caso con el acuerdo de los ministros o secretarios de Estado, suspende ciertos derechos fundamentales[26] y a menudo dicta medidas legislativas con validez específica destinadas a hacer frente a la situación.[27] Una

pueden delegar facultades legislativas al Presidente (A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la dispersión de poder, cit*., p. 118).

24 H. Nogueira Alcalá, *El presidencialismo en la práctica política, cit*., p. 92.

25 En general, las motivaciones más citadas son: necesidad pública, guerra, invasión, rebelión, catástrofe, calamidad general, alteración del orden público, epidemia, seguridad nacional, conmoción interior, y según la causa que determine su aplicación adoptan diferentes nombres (D. Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974; C. Villabella, *Las Constituciones de Iberoamérica*, La Habana, 2002).

26 Entre los derechos que pueden suspenderse legítimamente, los más comunes son la libertad de circulación y locomoción, la libertad de pensamiento, expresión y opinión, el derecho de reunión, el derecho al debido proceso y el derecho de huelga de los trabajadores. La suspensión de estos derechos puede prolongarse 30 días (Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Colombia); 45 (Honduras y Paraguay); 60 (Brasil, Ecuador, Perú, Paraguay y Bolivia); 90 (Colombia y Chile). Estos estados son proclamados por decretos, que pueden ser pronunciados por el órgano legislativo y, en caso de suspensión de est, por el Ejecutivo en Argentina, Costa Rica, Cuba y República Dominicana; por el Presidente con acuerdo del Consejo de Ministros y ratificación del Legislativo en Bolivia, Guatemala, Honduras, El Salvador, México, Nicaragua, Puerto Rico y Venezuela; por el Presidente con ratificación del Legislativo en Uruguay; por el Presidente solo en Chile y Ecuador; por el Presidente con acuerdo del Consejo de Ministros en Colombia, Panamá y Perú. (D. Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina, cit*.; C. Villabella, *Las Constituciones de Iberoamérica*, *cit*.).

27 J.J. Orozco Henríquez, *Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos*, *cit*., p. 834.

de las fórmulas que encontramos en las Constituciones latinoamericanas consiste en encomendar expresamente esta tarea al poder ejecutivo. Otra modalidad consiste en determinar estados excepcionales en los que los poderes públicos, y en particular el Ejecutivo, dada su mayor agilidad, pueden asumir competencias predeterminadas en la Constitución o en la ley. La aplicación generalizada de esta legislación hace que la declaración de emergencia en América Latina sea vista como una situación de normalidad constitucional, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los sistemas europeos, donde supone un verdadero apartamiento del orden establecido.[28]

III. Tipos de estado difícilmente definibles

Pasando ahora a un análisis sintético de las características de las relaciones entre el centro y las periferias[29] adoptadas por los diversos ordenamientos latinoamericanos, es posible sostener que, si bien se han orientado hacia el tipo de Estado federal y centralizado, han adquirido características propias y desarrollado tendencias opuestas que, sin llevar a confusión, los han distanciado, respectivamente, del modelo estadounidense y del modelo napoleónicos francés. De hecho, la tendencia a la centralización en los Estados federales sigue trayectorias diferentes de las que caracterizaron el centralismo de los Estados unitarios, y las tendencias centrífugas registradas en estos últimos miran hacia formas de autonomía distintas de las propias de los Estados miembros de los Estados federales.[30]

Respecto a los países pertenecientes a la primera categoría, la doctrina ha argumentado que el sistema político no siempre llega a configurar el federalismo como un freno al poder central, tanto por las cláusulas que limitan efectivamente las competencias de la

[28] M. Sánchez Manzano, *Caracterización y problemática del presidencialismo* iberoamericano, *cit*., pp. 278 y ss.

[29] F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, *cit*., pp. 311 y ss.

[30] G. Pavani, *Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione*, en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica* , *cit*., pp. 74 y 75.

periferia, como porque la práctica democrática solo ha sido uniforme en las últimas décadas. Además, el peculiar presidencialismo latinoamericano, antes mencionado, junto con la casi inexistencia de un verdadero federalismo fiscal han dejado muy poca autonomía a las autoridades territoriales. Como se verá con más detalle, la presencia de ciertos condicionantes "culturales, institucionales y derivados de hechos políticos" ha afectado en gran medida a la articulación de las relaciones entre el centro y la periferia. Precisamente para tenerlos en cuenta a la hora de definir el federalismo en América Latina, la doctrina[31] Se ha referido a un conjunto de modelos y, en particular, a la categoría del "federalismo centralizado" para indicar el fenómeno de la concentración de poder en la Federación. Esta expresión no identifica el proceso generalizado de "centralización" que afecta, en todo el mundo, a la práctica totalidad de los sistemas federales existentes, sino un modelo diferente de federalismo, en el que todos los poderes estatales, provinciales o regionales y locales dependen totalmente de las decisiones nacionales adoptadas por el poder central. Además, en esta subregión, la configuración federal de los estados no solo se ha alejado del modelo estadounidense, sino que se ha desarrollado de forma diferente en cada uno de los cuatro países que se caracterizan por él,[32] es decir, México, Argentina, Brasil y Venezuela.

Pasando a tratar más en profundidad los condicionantes antes mencionados, estos pueden definirse, con Mezzetti, como causas de distinta naturaleza que históricamente han marcado y aún contribuyen a connotar una acentuada anomalía en estos siste-

31 *Véase,* entre otros, J. Carpizo, *Federalismo en Latinoamérica*, Ciudad de México, 1973; L. Luatti, *Il federalismo "virtuale" latino-americano*, en 1 *Quaderni costituzionali,* 1999; L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistema costituzionali comparati*, Turín, 2017; F. Fernández Segado, *Reflexiones críticas en torno al Federalismo en América Latina*, en A. Alfredo Arismendi, J. Caballero Ortiz (eds.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, vol. 1, 2003; J. Chaires Zaragoza, *El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, 23 *Revista Via Iuris,* 2017; L. Mezzetti, L'*America Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, *cit*.

32 G. Pavani, *Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione*, en S. Bagni - S. Baldin (eds.), *Latinoamérica , cit*., pp. 71 y ss.

mas, especialmente cuando se comparan con los modelos federales tradicionales y, en concreto, con el modelo estadounidense. Un primer factor coincide con la endémica inestabilidad constitucional de los sistemas políticos latinoamericanos.[33] Además de la peculiar forma de gobierno, de hecho, la frecuente instauración de regímenes militares o autocráticos ha conducido en muchos sistemas a una fuerte concentración de poder en el centro en detrimento de los estados miembros.[34] La mayoría de los países latinoamericanos, de hecho, se han caracterizado por gobiernos centralizados, tanto de origen civil como militar, de forma que el poder económico y político ha tendido a concentrarse en manos de pequeñas élites ubicadas en las capitales de la región, lo que ha conducido a una fuerte primacía de las instituciones federales y, por tanto, de la principal ciudad que las albergaba. Sin embargo, desde finales del siglo xx, en la mayoría de estas jurisdicciones se ha desarrollado un proceso de democratización caracterizado por una incipiente división de poderes, que ha tenido lugar paralelamente a una descentralización dirigida a fortalecer los gobiernos locales.[35] Otro elemento, no secundario, que ha propiciado el funcionamiento diferenciado de los sistemas federales latinoamericanos coincide con la estructura del sistema de partidos y, en particular, con la ausencia de partidos que operen a nivel estatal y la solo tímida sensibilidad de los partidos nacionales a la inspiración federal del sistema. Por último, no puede obviarse la incidencia de factores culturales y sociológicos que ponen de manifiesto la fragilidad de las bases sociopolíticas que normalmente acompañan a los sistemas federales latinoamericanos, vaciados bajo una pluralidad de perfiles de consistencia institucional real y destinados a convertirse en meros contenedores formales.[36]

---

33 L. Mezzetti, *L'America Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds), *Diritto costituzionale comparato*, *cit*., pp. 488-489.

34 L. Rosenbaum, C.A. Rodríguez Acosta, *Gobierno y gobernabilidad en las áreas metropolitanas de América Latina*, en *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile, 2005, p. 1.

35 S. Moreno Pérez, *La gestión, coordinación y gobernabilidad de las metrópolis*, in 9 *Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública-Documento de Trabajo*, 2006, p. 16.

36 L. Mezzetti, *L'America Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds), *Diritto costituzionale comparato*, *cit*., pp. 488-489.

Por otra parte, en lo que se refiere al otro tipo de Estado que caracteriza a los sistemas latinoamericanos, el Estado centralizado, algunos de los países que entran en esta categoría se encuentran en un proceso de "transformación o reorganización", imposible de describir según los cánones utilizados en los siglos XIX y XX y según las taxonomías clásicas formadas por criterios exclusivamente jurídicos que giran en torno a la contraposición Estado unitario/Estado compuesto.[37]

En función de la mayor o menor proximidad a las características básicas del modelo napoleónico, se puede generar una primera clasificación, afirmando que en América Latina el Estado unitario no es un monolito ya que existen diversas variantes. Es más, algunos países que entran en esta categoría se caracterizan, al mismo tiempo, por formas de autonomía que difieren de las reconocidas a los Estados federales, tanto por las motivaciones que subyacen a esta elección como por los objetivos perseguidos. En particular, los textos constitucionales ecuatoriano y boliviano representan un conflicto semántico en la medida en que, si bien definen una forma centralizada de Estado, contemplan formas de descentralización fuertemente vinculadas a la centralidad asumida en el diseño constitucional por los pueblos indígenas a los que se han reconocido derechos específicos, como se verá con mayor detalle más adelante, entre ellos el de autodeterminación territorial. En particular, con la afirmación del Estado intercultural se produjo una ruptura con el modelo francés de integración asimilacionista, y la organización territorial que se estableció se basó en la asimetría.[38] De hecho, tanto la Constitución ecuatoriana como la boliviana diseñan Estados territorialmente complejos, con un reconocimiento específico de las "autonomías indígenas".[39]

---

37 G. Pavani, *Stato unitario e Stato federale in America Latina: due categorie in evoluzione*, en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica , cit*., pp. 65 y ss. *véase*. L. Mezzetti, L'*America Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato, cit*., pp. 480-481.

38 A. D'Andrea, *Decentramento, pluralismo, comunità indigena e potere popolare in America Latina tra Stati unitari e Stati federali*, en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica , cit*., p. 85.

39 O. Colpari, La nueva participación ciudadana en Ecuador y Bolivia. ¿Resultados de la lucha del movimiento indígena campesino?, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. especial: América Latina, 2011;

A la luz de lo brevemente analizado, parece evidente la utilidad y centralidad, en el estudio de estas formas de territorialidad y más en general de América Latina, de enfoques y métodos multidisciplinarios propios de otras ciencias sociales que permitan explicar y fundamentar las opciones formales e informales adoptadas en un ordenamiento dado.

IV. Un catálogo vanguardista de derechos

Como hemos visto, los sistemas latinoamericanos se caracterizan por una organización política que tiende a ser verticalista, limitadora de libertades y concentradora de poder que, paradójicamente, ha coexistido, al menos desde principios del siglo xx, con la presencia de un amplio y vanguardista[40] catálogo de derechos. Un claro ejemplo de ello es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que entró en vigor en 1917, al término de la Revolución Mexicana. Esta norma fundamental, por un lado, recogía los principios liberales propugnados por los ejércitos vencedores, como las libertades individuales y la laicidad del Estado, y, por otro, introducía también principios sociales y nacionalistas totalmente inéditos en la región en aquella época, sancionando la propiedad de la Nación sobre los bienes del subsuelo y sentando las bases de la reforma agraria[41]. De hecho, la CPEUM fue la primera constitución democrático-social

M. Aparicio Wilhelmi, *Estado, organización territorial y constitucionalismo plurinacional en Ecuador y Bolivia. ¿Una década ganada?*, *REAF*, 27, 2018; M. Meza-Lopehandía, G. P. Rubio Apiolaza, *La nacionalidad a la luz del principio constitucional de plurinacionalidad. Constituciones de Bolivia y Ecuador*, BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria, noviembre 2021; R. Tapia H., *Reconocimiento de los pueblos indígenas en el derecho constitucional latinoamericano*,*Serie Informe Legislativo*, vol. 68, 2022.

40 Se retoman los argumentos de Gargarella sobre las constituciones latinoamericanas más recientes. *véase* R. Gargarella, *La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo*, 25 *Nueva sociedad,* 2015; Id. *El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010)*, en P. Riberi (ed.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, Ciudad de México, 2019.

41 L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Roma-Bari, 2010, p. 87.

del mundo moderno, dos años antes que la Constitución alemana de Weimar.[42]

Esta situación se ha mantenido inalterada incluso en los textos constitucionales más recientes, aquellos que parte de la doctrina adscribe al "nuevo constitucionalismo latinoamericano" (NCL),[43] en los que se consagran nuevos derechos políticos, que se traducen en la previsión de instrumentos de democracia directa, semidirecta y comunitaria, así como una especial protección de las comunidades indígenas y de los derechos conexos. Además, se presta especial atención a la protección de la naturaleza como sujeto de derechos. En estos textos las declaraciones de derechos pretenden remediar tres grandes "carencias" históricas del constitucionalismo latinoamericano: la desprotección de los "postergados entre los postergados", es decir, de las comunidades indígenas; el desconocimiento de los derechos humanos; y la incapacidad de garantizar y hacer efectivos los derechos políticos de la mayoría de la población. Los compromisos sociales asumidos por el constitucionalismo desde principios del siglo xx se extienden, por lo tanto, a sectores, principalmente indígenas y mujeres, y a temas, cuales los derechos de "tercera generación", que no habían sido contemplados por la primera "ola social" del constitucionalismo regional.[44] Para comprender cabalmente las características de ta-

42 M. Olivetti, *Messico,* Bolonia, e-book, cap. III, 2013, párr. 10.

43 *ex multis*, Aa.Vv., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, 2010; R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, 2012; C. Storini, J.F. Alenza García, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, 2012; A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, en 2 *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2020; R. Martínez Dalmau, C. Storini, R. Viciano Pastor, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza*, Santiago de Chile, 2021.

44 R. Gargarella, *Sobre el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"*, 1 *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 2018, p. 115; *R.* Gargarella; C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, 2009, p. 31; A.R. Sotillo Antezana*, La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 35 *Ciencia y Cultur,* 2015; J. Méndez, D. Cutie, *La participación popular y los derechos. Fundamentos y contenidos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano,* R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo*

les catálogos de derechos, parece crucial considerar elementos culturales y contextuales en la comparación, así como es importante integrar el enfoque constitucional-comparativo con el de otras disciplinas como las ciencias etnoantropológicas.

Volviendo a un esbozo más general del carácter innovador de los catálogos de derechos en América Latina, hay que considerar que algunas jurisdicciones de la zona han sido especialmente sensibles a introducir, incluso constitucionalmente, la protección de determinados derechos vinculados a las nuevas tecnologías y a la sociedad digital.[45] En México, por ejemplo, el artículo 6 de la CPEUM fue reformado en 2013 para reconocer el derecho de acceso a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluyendo la banda ancha e Internet. De manera más general, en América Latina se introdujo la protección del llamado *habeas data,* que puede definirse, con Rodotà, como una extensión tecnológica del *habeas corpus* estrechamente relacionada con la protección de datos personales y la protección de la privacidad.[46]

Latinoamericano, cit.; C.M. Villabella Armengol, *Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, 25 *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2010, pp. 29 y ss.

45 Sobre el derecho de acceso a Internet como derecho fundamental, particularmente en América Latina, *véase ex multis* F.J. Díaz Revorio, *Tecnologías de la Información y la Comunicación y Nuevas Dimensiones de los Derechos Fundamentales,* en XIV *Pensamiento Constitucional,* 2010; I. Acata, *Internet, un derecho humano de cuarta generación,* en 4 *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales,* 2011; I. Lucena, *El derecho de acceso a Internet y el fortalecimiento de la democracia*, *Revista Internacional de Pensamiento Político,* 2014; J.C. Riofrío, *La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales*, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos,* 2014; F. Pérez Bes (coord.), *El derecho de Internet*, Barcelona, 2016; H. Miranda Bonilla, *El acceso a internet como derecho fundamental*, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, 2016; M.S. Segura, *Activismo por los derechos digitales en América Latina. Pensar globalmente, actuar localmente*, *Persona&Sociedad,* 2019; D. Villena Fernández Baca, *Derecho fundamental de acceso a internet Derecho fundamental de acceso a internet. Un acercamiento preliminar a sus contenidos*, *Gaceta Constitucional,* 2021; M. Eder Fernandes, J. Díaz Lafuente, *Los derechos digitales: ¿hacia una nueva generación de derechos humanos? Aproximaciones teóricas desde América Latina y Europa*, *Direito, Estado e Sociedade,* 2022; Aa.Vv. *Derechos digitales en Iberoamérica: situación y perspectivas,* 2023.

46 S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bolonia, 1995. *véase*, asimismo, A.E. Pérez Luño, *Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al ha-*

También en este ámbito, la subregión latinoamericana ha sido un interesante laboratorio constitucional y muchas de las constituciones de la zona contienen referencias explícitas a la protección de situaciones subjetivas derivadas de la informática, consagrando el *habeas data* como una nueva garantía jurisdiccional del derecho público latinoamericano. No todas las jurisdicciones han introducido este principio de la misma manera: Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina y Venezuela han reformado sus constituciones consagrando este derecho de manera directa, completa y precisa; otros, como Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Honduras, han previsto tal garantía por vía legislativa o indirectamente a través del recurso constitucional de amparo; finalmente, las restantes experiencias de Panamá, Uruguay, El Salvador y México prevén una protección indirecta del *habeas data*.[47] Un desarrollo ulterior de este derecho ha sido recogido recientemente por la Constitución chilena que, tras una modificación del artículo 19 en octubre de 2021, ha establecido la protección de los denominados "neuro derechos".[48]

beas data, en Aa.Vv., *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992; E. Rozo Acuña, *Habeas Data constitucional: una nueva garantía jurisdiccional en el derecho público latinoamericano*, en 4 *Diritto pubblico compáralo ed europeo,* 2002; S. Russo, A. Sciuto, *Habeas data e informatica*, Milano, 2011. Más en general sobre la "libertad informática" en América Latina *véase* V. Frosini, *Informática y Derecho,* Bogotá, 1988; E. Sánchez Jiménez, *Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática*, en 3 *Informática y Derecho,* 1992, C. Castillo Jiménez, *Las nuevas tecnologías de la información y el derecho. De Vittorio Frosini a Internet*, Sevilla, 2003.

47 T.E. Frosini, *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 2004, pp. 135-136.

48 *v.* P. López-Silva, R. Madrid, *Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley*, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología,* 2021; L.E. Vásquez Leal, "Neuroderechos, Constitución y neuroética: Aportes de la neuroética al proceso de constitucionalización de los neuroderechos en Chile", *Anuario de Derechos Humanos,* 2022; F. Paredes, C. Quiroz, "Neuroderechos en Chile: Estado del arte y desafíos", *en* A.M. D'Ávila Lopes, F. Paredes, A.J. Pereira Júnior, A. Passos Maia (org.), *Neurodireito, Neurotecnologia e Direitos*, 2023. Por lo que respecta a la doctrina italiana, véase más recientemente Aa.Vv., *Focus – "Neurodiritti" tra virtuale e reale*, en 6 *federalismi.it,* 2024.

V. Reflexiones sobre la metodología

Aunque no es posible oponer límites teóricos a la libertad de investigación[49] y, por tanto, a la metodología, las peculiaridades que caracterizan a instituciones como la forma de gobierno, los tipos de Estado y el catálogo de derechos en América Latina, de las que hemos tratado de dar cuenta en las páginas precedentes, sugieren la necesidad de utilizar una metodología comparada específica,[50] por lo menos en ocasión de una primera aproximación a este estudio. Esta metodología, que puede calificarse como estratificada, está orientada a la elaboración de modelos[51] de los que se pueda partir por el estudio de esta área. Es innegable que se trata

[49] G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto costituzionale comparato. Problemi di metodo*, cit.; G. De Vergottini, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, *Derecho público comparado y europeo,* 2015; A. Di Giovine, A. Algostino; F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milán, 2017.

[50] La existencia de diferentes ordenamientos jurídicos da lugar a comparaciones entre ordenamientos en su conjunto y entre instituciones individuales, de las que surgen coincidencias, semejanzas y diferencias, que serán tenidas en cuenta en función de las necesidades de quien realiza la comparación. La comparación jurídica es, por tanto, la operación intelectual de comparar los sistemas, las instituciones y las leyes de distintos ordenamientos, que, si se realiza sistemáticamente según los cánones del método jurídico, adquiere las características de una disciplina científica. (G. Gorla, "Diritto Comparato", *Enciclopedia del diritto*, Milano, Annali XII, 1964, pp. 928 y ss.). En palabras de García-Pelayo, la misión del Derecho constitucional comparado es el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas, no necesariamente vigentes, de distintos Estados, con el fin de poner de relieve las singularidades y contrastes entre ellos o entre grupos de ellos. (M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1999, p. 20). Sobre el tema más general de la evolución del Derecho constitucional, remitimos a F. Balaguer Callejón, "El Derecho constitucional", en F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, J.F. López Aguilar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos, *Manual de Derecho constitucional,* vol. I, Madrid, 2022, 29.

[51] Aquí se utiliza el término "modelo" como sinónimo de "tipo", pero se pretende que signifique sólo el conjunto de elementos identificativos y no también la propiedad de ser tomado como referencia para otros sistemas. Sobre la distinción entre "tipo" y "modelo" y su utilización en el derecho constitucional comparado, véase G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato,* Padua, 2022, pp. 23 y ss.

de una generalización muy arriesgada, dadas las diferencias entre los ordenamientos de una subregión tan extensa y compleja, pero se considera necesaria. Para llevar a cabo dicha modelización, se considera útil utilizar tanto un enfoque comparativo "intercultural o transcultural" como uno "intracultural".[52] El primero se basa en las diferencias[53] entre los sistemas jurídicos de la zona y un sistema externo que puede tomarse como "arquetipo" de ese hecho jurídico concreto"piénsese en el presidencialismo estadounidense para la forma de gobierno, en el centralismo francés para el tipo de Estado centralizado. La segunda, en cambio, se basa en las analogías entre los sistemas jurídicos internos de la subregión latinoamericana para fundamentar lo derivado anteriormente. Esta última comparación, además, puede ser "binaria" o "múltiple",[54] identificando jurisdicciones consideradas particularmente descriptivas de ese hecho jurídico. Uno de los criterios de agrupación típicos del derecho constitucional comparado es, en efecto, la reducción de las Constituciones de determinados Estados a grupos colectivos, cada uno dotado de su propia singularidad en relación con los demás, de modo que las singularidades individuales se reducen a singularidades colectivas. Se trata, por tanto, también de una representación típica, ya que opera con formas y relaciones fundamentales comunes a una serie de Constituciones particulares dotadas de características similares o afines. El enfoque dual propuesto, por tanto, permite elaborar concepciones colectivas con respecto a las individualidades que agrupa, y concepciones individualizadas respecto de otras formas colectivas.[55]

---

52 G. de Vergottini, *Derecho comparado y constitucional*, en 2 *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2018, p. 3.

53 Sobre la importancia del análisis de las diferencias, para que se considere la "sal de la comparación", *véase* L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padua, 2013.

54 *Véase* F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, *cit*., 8.

55 M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., 20-21. Según el autor, la misión del Derecho constitucional comparado es el estudio teórico de las normas constitucionales-legales positivas, no necesariamente vigentes, de distintos Estados, con el fin de poner de relieve las singularidades y contrastes entre ellos o entre grupos de ellos. (M. García- Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, *cit*., p. 20).

Otro aspecto no secundario para considerar es la perspectiva a utilizar en el estudio constitucional-comparativo. En efecto, las diferencias en el plano comparativo pueden observarse tanto desde una perspectiva que privilegie el esquema constitucional como desde un punto de vista más amplio que considere el régimen político en su funcionamiento real y en relación con los factores que interactúan con el ejercicio del poder incluyendo el sistema de partidos, el esquema burocrático y la acción de los grupos de presión.[56] En un estudio sobre América Latina, se considera preferible, en una primera etapa, privilegiar el primero de los enfoques mencionados ya que, especialmente para aquellos países caracterizados por estructuras presidencialistas y democracias inestables o regímenes autoritarios, se han subestimado las características formales de las diversas instituciones, otorgando un papel central únicamente a los factores sociales, económicos, culturales y políticos.[57] Al tratarse de una representación sintética de fenómenos de la realidad político-constitucional[58] se considera, por tanto, más eficaz y oportuno centrarse inicialmente solo en el aspecto institucional formal, considerando que tiene su propia autonomía metodológica y sustantiva. Posteriormente, tras haber enmarcado lo estudiado en un "modelo propiamente latinoamericano", será imprescindible integrar este análisis, que se desarrolla íntegramente en la dimensión sincrónica de la comparación, con el del desarrollo temporal de un determinado hecho jurídico, utilizando así un enfoque comparativo diacrónico[59]. Ello permitirá comprender la "dimensión histórico-cultural"[60] y

---

56 L. Mezzetti, *América Latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Derecho constitucional comparado*, *cit*., p. 469.

57 J.J. Linz, "Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?", en Aa.Vv., *Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la Reforma Constitucional,* Buenos Aires, 1988, pp. 19-20; J.G. March - J.P. Olsen, "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life"*, American Political Science Review*, 1984, p. 738.

58 L. Pegoraro, *Comparare l'America Latina (e in America Latina). Introduzione critica,* en S. Bagni, S. Baldin (eds.), *Latinoamérica , cit*., p. 13.

59 Véase, entre otros, F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato, cit*., pp. 7-8.

60 Sobre la relación entre historia y derecho y su centralidad, véase *ex pluribus* S. Romano, *Le prime carte costituzionali: discorso per l'inaugurazione dell'an-*

las características asumidas por la configuración institucional. Igualmente necesario, para poder llevar a cabo una investigación completa, es tener debidamente en cuenta la presencia de factores condicionantes, ya sean culturales, institucionales o derivados de hechos políticos, su dinámica evolutiva y su interacción con los aspectos formales que caracterizan al sistema jurídico. Es evidente, por tanto, en los estudios jurídico-comparados sobre América Latina la utilidad, además del análisis contextual, de enfoques y métodos multidisciplinares propios de otras ciencias sociales.[61] Lo que se propone, en definitiva, es adaptar y enriquecer, con otras perspectivas además de las de las ciencias jurídicas y políticas, el método combinatorio,[62] es decir, partir de los datos normativos para, al final de la investigación, a través de una serie de pasos, llegar a los resultados concretos que estos tienen en los sistemas considerado.

no accademico nella R. Università di Modena, en *Annuario della R. Università di Modena - anno scolastico 1906-1907*; G. Arcoleo, *Diritto Costituzionale. Dottrina e Storia*, Nápoles, 1907; G. Mosca, *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica, Milán*, 1958; M. Galizia, *Diritto costituzionale: profili storici*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, 962 y ss.; Id., *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, en 1-2 *Archivio giuridico Filippo Serafini,* 1963; C. Ghisalberti, *Stato, nazione e Costituzione nell'Italia contemporanea*, Nápoles, 1999. Más recientemente, *ex pluribus,* F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Turín, 2009; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari, 2012; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali,* Turín, 2014; M. Brutti, A. Somma (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuevas proposiciones para un binomio antiguo*, Berlín, 2018.

61 G. Smorto, S. Ragone, *Derecho comparado. A Very Short Introduction*, *cit*., pp. 74 y ss.

62 *Véase,* entre otros, S. Ceccanti, "Maurice Duverger e il metodo combinatorio: una lezione ancora valida", *Quaderni costituzionali,* 2015.

El Presidencialismo argentino

***

Argentine Presidentialism

*Víctor Enrique Ibáñez Rosaz**

* Abogado, Fundador y Director General del Estudio Jurídico "Ibáñez Rosaz" desde el año 1999, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, ex Ministro de Gobierno, Trabajo y Justicia, Provincia de Mendoza, República Argentina (2019 a 2023), Profesor Visitante de la Universitá degli Studi di Messina (Italia), de la Faculdade de Direito de Sao Bernardo Do Campo (San Pablo, Brasil) y con estancias de investigación en la Università degli Studi di Bolonia y en la Università degli Studi di Torino (Italia), Profesor Titular Efectivo de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo, Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Público I (Constitucional) de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad del Aconcagua, Par evaluador de la Revista Jurídica "República y Derecho (RYD)" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, República Argentina, de la Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, República de Chile, de la Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado, República de Colombia, y Evaluador Disciplinar de la Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo, Director del "Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos", período 2.019/2.023, Miembro Titular del "Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos", Miembro correspondiente del "Instituto de Federalismo" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Miembro Titular de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Ex- Director Titular y Vicepresidente del H. Directorio del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Mendoza, Observador electoral Internacional seleccionado por el Consejo Nacional Electoral de la República del Ecuador, Miembro Titular y actual Vocal Titular (Períodos 2.017-2.019; 2.019-2.021; 2.019-2.023; 2023-2025) de la "Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro de la "Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional", Ha participado como panelista en diversos Congresos provinciales, nacionales e internacionales de su especialidad y cuenta con una importante cantidad de publicaciones en la materia.

Resumen: el régimen político argentino, en punto al sistema presidencialista fuerte, encuentra en nuestra Constitución histórica su génesis desde al menos la creación del Directorio en el año 1814. Esto luego será plasmado en la Constitución de 1853/60 y a partir de ese momento, pasando por el debate del centenario de mayo, los dictámenes del Consejo para la consolidación de la democracia y el profundo trabajo que en punto a este tema se da en la Convención que reformara en 1994 la Constitución, conforma uno de los debates centrales de la cuestión constitucional en nuestro país. El presidencialismo argentino es un juego de suma cero que desalienta acuerdos y responsabilidades compartidas y una democracia estable se sustenta en la ejecución de políticas públicas concertadas entre todas las fuerzas políticas representadas y por medio de ellas entre el poder Legislativo y el poder Ejecutivo. El híper presidencialismo argentino no permite este tipo de relación equilibrada.

Abstract: the Argentine political regime, in terms of the strong presidential system, finds its genesis in our historical Constitution since at least the creation of the Directory in 1814. This will later be reflected in the Constitution of 1853/60 and from that moment on, through The May centenary debate, the opinions of the Council for the consolidation of democracy and the profound work that is done on this issue in the Convention that reformed the Constitution in 1994, make up one of the central debates of the constitutional question in our country. Argentine presidentialism is a zero—sum game that discourages agreements and shared responsibilities and a stable democracy is based on the execution of concerted public policies between all the political forces represented and through them between the Legislative branch and the Executive branch. Argentine hyper—presidentialism does not allow this type of balanced relationship.

Palabras clave: presidencialismo, parlamentarismo, constitución, reforma constitucional, caudillismo, jefe de gabinete.

Key words: presidentialism, parliamentarianism, Constitution, constitutional reform, caudillismo, chief of staff.

Sumario: I. El sistema presidencialista argentino en la Constitución de 1853. II. La Argentina del centenario. III. Presidencialismo vs. Parlamentarismo. El primer debate. IV. Gobierno y

control. V. La Reforma constitucional de 1994. VI. El Consejo para la Consolidación de la Democracia. VII. Colofón.

I. El sistema presidencialista argentino en la Constitución de 1853

Sabemos que nuestro régimen político responde al modelo presidencialista fuerte trazado por Juan Bautista Alberdi y que forma parte de nuestra tradición constitucional que arranca —a nuestro juicio— aún antes de su consolidación definitiva por la creación del Directorio a manos de la Asamblea del año XIII.

De las principales fuentes que influyen en su pensamiento y que junto al anteproyecto de José Benjamín Gorostiaga predominan en la Convención de 1853: antecedentes argentinos (estatutos, reglamentos, Constitución de 1826), Anteproyecto de Pellegrino Rossi, Constitución de E.E.U.U., textos constitucionales franceses de 1791 y 1793, Constitución de Cádiz de 1812 y Constitución chilena de 1833; el tucumano prefirió esta última a la hora de diseñar el órgano ejecutivo.[1]

Para Alberdi el pueblo no está preparado para realizar el contenido de la república, sin embargo, descarta el retorno al modelo monárquico por resultar un contrasentido luego de tantos años de lucha contra aquél para instaurar el modelo republicano. Es por ello que la solución no es otra que elevar al pueblo a la altura de la forma republicana de gobierno para hacerlo digno de ella.[2]

De allí que en el precedente chileno encuentra que la energía del poder del presidente ofrece garantías públicas para el orden y la paz sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Solución adoptada por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma.[3]

---

1 En este sentido puede consultarse la obra de Pérez Guilhou, Dardo *"El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853"*, Mendoza, EDIUNC, 2003, p. 101-118.

2 Ver Serrafero, Mario Daniel, "Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales", Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1993, p. 31.

3 Ver Serrafero, Mario Daniel, *op. cit.,* p. 32.

No ve contradicción entre el gradual fondo democrático de la república y un ejecutivo que se encuentra en el umbral del déspota pero cuyos límites están ahora en la Constitución. Dice: "[...]Dad al Poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución[...]".[4]

El constituyente de 1853 se hace eco del planteo alberdiano y sanciona un texto del que surge un esquema republicano de tripartición de poder pero con un ejecutivo vigoroso al que le asigna las jefaturas de estado, gobierno, administración pública, fuerzas armadas y capital federal y al que sitúa como colegislador natural del congreso a través de su participación activa en el proceso de formación y sanción de leyes (mediante la facultad de presentar proyectos de ley, apoyar los mismos en el seno del congreso con la intervención de los ministros con voz y sin voto en las sesiones y con facultad de veto, promulgación y publicación). Todo lo cual da como resultado un verdadero monarca constitucional.

II. La Argentina del centenario

Al llegar el centenario de la revolución de mayo de 1810 el debate acerca del sistema presidencialista se enmarca dentro de un conjunto de ideas provenientes de las principales corrientes que tienen influencia en el período que transcurre entre 1880 y 1930.

Tau Anzoátegui señala que: "La etapa que nos ocupa está estrechamente vinculada a un nuevo período de vida nacional. El año 80 es considerado como el fin de una Argentina que aún conservaba importantes rasgos de su viejo pasado y el comienzo de una era de progreso material, de auge económico y de nuevas formas políticas[...]".[5]

---

4 Alberdi, Juan Bautista, "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina", Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1913, t. I, p. 139.

5 Tau Anzóategui, Victor, "Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX – XX)", Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de historia jurídica III, Ed. Perrot, p. 104.

Zea extiende esta visión a todos los países hispanoamericanos al decir que:

> Entre los años 1880 y 1900 pareció surgir una Hispanoamérica nueva. Un grupo de países que parecían no tener nada que ver con la Hispanoamérica que había seguido a la independencia política. Un nuevo orden se alzaba; pero ya no era el orden colonial, sino un orden apoyado en las ideas del progreso y la ciencia[...]La filosofía que justificó este orden y sirvió de orientación a esta nueva forma de educación, fue el positivismo.[6]

Es esta una época trascendente para el desarrollo de las ideas políticas; cuyo recorrido social es canalizado por hombres en su mayoría pragmáticos. La sociedad se configura de otra manera como consecuencia de la inmigración y de la significativa inversión extranjera. El liberalismo es ideología dominante, el positivismo avasalla los ambientes académicos, la masonería es una fuerza aún vigente[7] y bien se ha dicho que en la historia argentina no existen tres décadas que hayan experimentado una expansión económica tan significativa.[8]

Los ferrocarriles empiezan a cruzar los caminos, las industrias se multiplican; se deja sentir una era de progreso y de gran optimismo. En política, las palabras libertad, progreso y democracia sobre bases científicas y positivas aparecen como nuevas banderas. La riqueza parece ser el mejor de los estímulos para el crecimiento de la nueva América.[9]

---

6 Zea, Leopoldo, "Las ideas en Iberoamérica en el siglo XIX", *Cuadernos de extensión universitaria*, Departamento de Filosofía - Instituto de Historia de la filosofía y del pensamiento argentino, Buenos Aires, Universidad Nacional de la Plata (Facultad de humanidades y Ciencias de la educación), 1956, pp. 44-45.

7 Cfr. Floria, Carlos Alberto y García Belsunce, César A. "Historia política de la Argentina contemporánea 1.880-1.983", Buenos Aires/Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1988, pp. 63 y 77.

8 Cfr. Díaz Alejandro, Carlos F., "Ensayos sobre la historia económica argentina", Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1975.

9 Cfr. Zea, Leopoldo, "El pensamiento latinoamericano", *Repertorio de Ensayistas y filósofos,* México, apartado V, p. 6, *http://www.ensayistas.org/filosofos/mexico/zea/pla/prefacio.htm*

A la vez, suceden en el curso del período que nos ocupa un gran número de hechos históricos relevantes, que comprenden, entre otros, la federalización de Buenos Aires como capital de la República (1880), la llegada a la Presidencia de Julio Argentino Roca —1880/1886— con quien convergen y tienen respuesta tres problemas básicos: la integridad territorial, la identidad nacional y la organización de un régimen político caracterizado por la hegemonía gubernamental, control en la sucesión y alianza de los notables —traducida en una república aristocrática u orden conservador—[10] con plataforma en el Partido Autonomista nacional y en la llamada liga de gobernadores.[11]

No podemos dejar de incluir la revolución de 1890, el debate sobre la reforma electoral —que culmina con las leyes dictadas durante la segunda presidencia de Julio Argentino Roca y la de Roque Sáenz Peña— y la revolución de 1930.

En punto a las preferencias políticas de todo el período, coincidimos con Segovia en que:

> [...]Entre el 60´y el 80´se forma un corpus ideológico básico, un credo elemental común, al que adhieren la gran mayoría de los intelectuales y los políticos[...]el liberalismo[...]que se identifica: con la defensa de la legitimidad constitucional del 53/60´; con un gobierno enérgico pero limitado, una república representativa[...]optimismo progresista en lo económico, lo material y lo intelectual[...] protección y desarrollo de los derechos individuales,[...]División de poderes, control del gobierno, Ejecutivo fuerte, federalismo de unidad, libertad política y derechos individuales, democracia limitada, libertad económica desde el Estado[...]Nadie se define fuera del liberalismo. Las disputas siempre son "internas".[12]

---

10 Los términos utilizados se extraen de las obras de Floria, Carlos Alberto y García Belsunce César A, "Historia de los Argentinos", Larousse, Buenos Aires, 1992 y Botana, Natalio, "El Orden Conservador", Sudamericana, Buenos Aires, 1977.

11 *Cfr*. Floria, Carlos Alberto y García Belsunce César A, "Historia política de la Argentina contemporánea 1.880-1.983", *cit*., p. 67.

12 Segovia, Juan Fernando "El liberalismo argentino de la generación del ochenta. Coincidencias y diferencias ideológicas", *Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional

Dentro de este núcleo común se pueden diferenciar, al menos, dos importantes sectores liberales.

Por un lado, el liberalismo positivista que cree en una política apartada de toda vinculación religiosa, y cuyo ideal de progreso se entiende como programa efectivo de gobierno que impone el rechazo a lo autóctono.

Por el otro, el sector del liberalismo que no comparte el positivismo dominante, o que lo atenúa por la incorporación de elementos filosóficos y políticos provenientes de fuentes distintas a las spencerianas y utilitaristas. Tal el caso de los liberales católicos.

Hay además un sector, también liberal, que incorpora elementos del conservadorismo provenientes tanto del romanticismo y el historicismo europeos cuanto del republicanismo norteamericano.[13]

Por último, desde fines de la presidencia de Roca y durante la de Juárez Celman, se va perfilando un liberalismo radical, con tintes más democráticos, que hará de la libertad electoral su bandera.

III. Presidencialismo vs. parlamentarismo. El primer debate

El centenario de la revolución de Mayo presencia la aparición de la Revista Argentina de Ciencias Políticas dirigida por Rodolfo Rivarola y cuyo principal debate constitucional es la función que la Constitución les asigna a los ministros del poder ejecutivo; debate que encierra otro de naturaleza institucional, más acotado y menos publicitado: fue el período en el cual la alternativa entre presidencialismo o parlamentarismo aparece por primera vez con singular entidad en el escenario del derecho constitucional argentino.[14]

---

de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XVII, Córdoba, 2000, pp. 259-345.

13 *Ibidem*, p. 269.

14 Cfr. Serrafero, Mario Daniel, *op. cit.*, pp. 49-51.

Dos obras claves abren el centenario: Rivarola propone la transformación del régimen federal en un sistema unitario en 1908 en su obra "Del régimen federal al unitario" y Matienzo publica en 1910 "El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina"; describiendo con agudeza el mundo de los gobiernos electores y de la república restrictiva.

Parten ambos de la observación de la práctica política pasada, la experiencia comparada y la propia realidad de aquellos días. Movidos por las ideas y las corrientes propias de la época vierten opiniones que no solo implican interpretar el texto constitucional teniendo en cuenta lo normativo sino también la práctica institucional y la experiencia histórica. Advierten así que los problemas del sistema presidencialista son el personalismo prepotente, el divorcio entre el gobierno y la opinión pública y la distancia absoluta entre el poder ejecutivo y el legislativo.[15]

Para estos hombres es necesario que exista cooperación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. Entienden que nuestra Constitución contempla esa posibilidad a través de la facultad de colegislación que le asigna al poder ejecutivo y a través de la institución ministerial. Así, el gobierno libre exige un régimen parlamentario gobernado por la opinión pública y la palabra parlamentaria.[16]

Matienzo niega la unipersonalidad del órgano ejecutivo y sostiene al analizar los viejos arts. 74, 87 y 88 de la Constitución que:

> [...]En la República Argentina[...]desde los primeros días[...]vemos aparecer a los ministros refrendando bajo su responsabilidad los actos del poder ejecutivo y asistiendo a los debates de las cámaras. El derecho del parlamento de llamar a su sala a los ministros para pedirles explicaciones fue consagrado en la ley de 14 de febrero de 1814 por la[...] asamblea general constituyente que se instaló en 1813, y ha sido confirmado por todas las constituciones posteriores. La facultad de los ministros para asistir a las sesiones sin ser llamados tiene su origen en la misma ley. La responsabilidad y poder de los ministros se estableció en el estatuto de 1815, según el

15 *Ibidem*, p. 52.

16 *Idem*.

> cual, el director no podía expedir orden[...] alguna sin la firma del respectivo secretario del estado, y ninguno de estos podía autorizar órdenes, decretos o providencias contrarias al estatuto, sin que le sirviera de excusa la súplica, mandato o fuerza del director[...].[17]

Entiende que en este tema: "[...]se tenía a la vista[...]la primera constitución francesa,[...] de 1791[...]".[18]

Luego hace una breve reseña de las normas que regulan la materia en el Reglamento Provisorio dictado en 1817, —que reproduce las disposiciones del Estatuto de 1815— y aclara que interrumpido el gobierno nacional en 1820 la Provincia de Buenos Aires constituye su Poder ejecutivo con un Gobernador asistido de dos ministros, responsables, declarando por la ley de julio de 1821, que estos podían concurrir a la sala de sesiones de la Junta de Representantes para: "[...]ilustrar e ilustrarse sobre los negocios del interés público[...]".[19]

La constitución de 1826 no pudo separarse —en punto al régimen ministerial— de la práctica argentina y fue esta la tradición que encuentra el Congreso constituyente de 1853, el que, apartándose del modelo norteamericano, integra el poder ejecutivo con ministros responsables, cuya firma es requisito necesario para la validez de los actos gubernativos y cuya presencia en las cámaras es a la vez un derecho y un deber.

En conclusión, para Matienzo la institución ministerial proviene de la Constitución francesa de 1791. De esta forma sustenta no solo en la norma sino también en los antecedentes y en la realidad histórica su visión de un régimen, si no totalmente parlamentario, si opuesto a un crudo presidencialismo y con claros matices parlamentarios.[20]

Así, la limitación al poder presidencial viene dada en la Constitución de 1853 —entre otros factores— por el hecho de que los

---

17 Matienzo, José Nicolás, "Función constitucional de los Ministros", *Temas Políticos e Históricos, Tipográfico Kosmos*, Buenos Aires, 1916, p. 95.

18 *Ibidem*, pp. 95 y 96.

19 *Ibidem*, p. 97.

20 *Cfr*. Serrafero, Mario Daniel, *op. cit.*, pp. 58.

actos del presidente "[...]tienen que ser autorizados por un ministro responsable[...]" y "[...]su intervención (la del presidente) activa en el gobierno está limitada por la necesidad de guardar a los ministros las consideraciones debidas a su alto rango; y esta restricción es tanto mayor en cada caso cuanto más eminente es el ministro que corre con el despacho del asunto de que se trata[...]".[21]

Como se advierte, estos hombres están convencidos que nuestros padres no concibieron jamás un poder ejecutivo independiente de las cámaras y sin ministros responsables. Dirán en reiteradas oportunidades que la Constitución del 53, a diferencia de la norteamericana, ha puesto a los ministros en relación directa con las cámaras del congreso, sin intervención del presidente, obligándoles a asistir a las sesiones para dar informes y explicaciones y que el germen del personalismo es el agravio inferido a la Constitución nacional, de anular en la práctica el régimen ministerial para dejar subsistente el gobierno personal de presidentes y gobernadores.

Aún para Isidoro Ruiz Moreno —quien considera que el órgano ejecutivo argentino es unipersonal, siendo los ministros simples secretarios de Estado— cabe sostener que: "[...]si la constitución ha consagrado el sistema presidencial, en la práctica no siempre se ha cumplido[...]".[22]

Raúl Orgaz clasifica el sistema argentino como presidencial —parlamentario y González Calderón sostiene que es cuasi presidencialista porque, a pesar de contener elementos parlamentarios, se acerca más al modelo presidencial; toda vez que, si bien ha tomado de aquél muchas de sus ventajas se aleja en dos puntos excluyendo la irresponsabilidad del jefe del estado, primera condición del sistema ministerial, y también, al prescindir del derecho de disolución de las cámaras.[23]

---

21 Matienzo, José Nicolás, "El Presidente", *El Gobierno representativo federal en la República Argentina, América*, Madrid, 1917, p. 124.

22 Serrafero, Mario Daniel, *op. cit.*, p. 55.

23 En "Función constitucional de los ministros", Edición de la R.A.C.P., Buenos Aires, 1911, p. 170 y 96 respectivamente.

Para estos publicistas, el ministerio argentino no es de esencia diferente a aquél que gobierna en los países civilizados, pero se encuentra en las primeras etapas de su evolución. El destino final es un cambio de régimen hacia el parlamentarismo y para esto no es la Constitución formal la que debe transformarse, es la propia práctica institucional; a pesar de los condicionantes personalistas, la que inspira tal rumbo.

Rivarola entiende que el centro institucional de transformación democrática debe ser el órgano ejecutivo. La reforma electoral poco o nada puede hacer en ese sentido con el cambio de composición política en el legislativo. Es el poder ejecutivo el que debe ser democratizado. Y lo explica en los siguientes términos:

> [...] Si el Presidente Sáenz Peña quería fundar el gobierno republicano representativo, de verdad, debió comenzar por lo que tenía más a mano y dependía más directamente de su propia acción: concluir de una vez por todas, con el concepto autocrático de un ejecutivo unipersonal, a quien están sometidos los ministros como a un jefe supremo, y elevar la función de aquellos a la concepción constitucional que se tuvo en otros tiempos[...].
>
> [...] El problema político argentino, de gravedad, no ha sido nunca el que hay ciudadanos que en mayor o menor número dejen de votar, sino que haya habido presidentes y gobernadores que en el ejercicio personalísimo del gobierno se hayan substituido a toda aspiración de los ciudadanos y no les haya permitido votar sino como ellos quisieron imponerlo[...]Los ministros del presidente no debían ser representantes suyos, sino de las corrientes de opinión que transitan el país político.[24]

El optimismo del centenario al debatir estos temas no se concreta en la realidad. Requería de una práctica política inmediata, que permita imaginar una república de tono parlamentario. Pero, el año 1916 significa no solo la alternancia política —que no había permitido antes la república liberal-conservadora— sino también la emergencia de un radicalismo que cobra carácter de partido predominante bajo el fuerte liderazgo de Yrigoyen. El gobierno de gabinete volcado hacia un estilo parlamentario, es lo menos previsible.[25]

---

[24] Rivarola, Rodolfo, "Función constitucional de los ministros", *R.A.C.P.*, año II, núm. 15, 1911, pp. 291-292 y 294.

[25] *Cfr*. Serrafero, Mario Daniel, *op. cit.,* p. 61.

IV. Gobierno y control

Este poder ejecutivo fuerte a lo largo del siglo xx se desnaturaliza por diversas causas a tal punto que puede sostenerse que el proceso de hipertrofia que sufre transforma nuestro régimen presidencialista en un régimen híper —presidencialista.

Cierto es que no podemos negar nuestra tradición caudillista y de fuertes liderazgos personales que se suma como dato histórico y sociológico al diagrama constitucional del poder ejecutivo, pero, también es cierto que desde hace ya muchos años la doctrina advierte sobre el retraimiento del órgano legislativo y el crecimiento del órgano ejecutivo, aún en los sistemas parlamentarios.

César Enrique Romero dice: "Lo que fue postulado de la República como garantía de la libertad [...] y principio intergiversable del Estado constitucional[...]hoy ha hecho crisis. El poder dividido [...] equilibrado, pero coordinado[...]en la casi totalidad de los Estados contemporáneos se ha amenguado enormemente en aras de una eficacia gubernativa [...]".[26]

Completa su idea: "[...] las modernas leyes fundamentales otorgan ya —lo que nuestro genial Alberdi postulaba a mediados del siglo pasado en sus Bases— amplísimas facultades a los poderes ejecutivos [...]".[27]

Es que, no podemos negar que —a más de los elementos criollos— que hacen a nuestro régimen político híper presidencialista existen diversas causas que contribuyen a la vigorización del poder ejecutivo y por ende a la crisis del parlamento.

Así, los autores [28] señalan como factores de crecimiento del poder ejecutivo entre otros: la consolidación y desarrollo de los

---

26 Romero, César Enrique, "Derecho Constitucional", Victor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1975, t. I, pp. 18-19.

27 *Ibidem*, p. 25.

28 Ancarola, Gerardo, "La crisis del parlamentarismo", *Foro Político,* U.M.SA, Buenos Aires, 1991, vol. II, p. 42-50; Luder, Ítalo A., "Sociología del Parlamento", L.L., T. 92, pp. 784 - 793 y Martínez Peroni, José Luis, "Algunas consideraciones acerca de las funciones del Poder" en Atribuciones del Presidente Argentino, Pérez Guilhou y otros, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 161-192.

partidos políticos, el intervencionismo estatal activo en las relaciones económico-sociales, la exigencia de rapidez, información y técnicos especializados, la frecuencia de los estados de emergencia, la delegación de funciones legislativas en el poder ejecutivo, la conducción de las relaciones exteriores, la crisis del sistema federal, la imposibilidad de discutir en el órgano legislativo la totalidad de los proyectos de ley de envergadura, la necesidad de contar con una tecno burocracia, etcétera.

Es que, con el paso del Estado demo liberal parlamentario al Estado social perfilado en torno al partido político aparecen por sobre las tres funciones del poder clásicas otra dos: gobierno y control.

Oyhanarte define la función de gobierno como "[...]el trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla".[29]

Esta función le compete al poder ejecutivo, pero no en forma privativa, pues requiere de la mayoría legislativa y de la declaración de viabilidad de la C.S.J.N., toda vez que si bien el instrumento o herramienta idónea para el trazado de la política global es la ley, la función colegisladora que cumple el poder ejecutivo lo coloca en el centro mismo de la función de gobierno. A su turno, la función de control corresponde a las minorías legislativas y tribunales inferiores.[30]

El congreso dejó de ser así el ámbito de deliberación por excelencia, lo que sumado al crecimiento desmesurado del órgano ejecutivo trae como consecuencia que los miembros de este no concurren al seno de aquel a discutir las políticas de Estado.

Toda esta trama del régimen político argentino híper presidencialista trae aparejada la falta de flexibilidad constitucional frente a las crisis políticas y la falta de válvulas de escape que permitan superar aquellas sin afectar el prestigio y popularidad del presidente.

---

29 Oyhanarte, Julio, "Poder Político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo", Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 58.

30 Cfr. *Ibidem*, pp. 58-82.

V. La Reforma constitucional de 1994

Para el tiempo en el que se abre el proceso constituyente que desemboca en la reforma de 1994 la intención de atenuar el presidencialismo, dar al congreso un rol de mayor preponderancia y fortalecer el federalismo no es algo novedoso.

En la misma Convención se sostiene que: "[...] El régimen político argentino se caracteriza por una fuerte concentración de poderes en la figura presidencial que deriva del texto constitucional y que la práctica política ha incrementado[...]".[31]

En reiteradas oportunidades en el desarrollo de los debates se señala con claridad que el objetivo central de la pretendida reforma —o al menos el más importante de ellos— es atenuar el sistema presidencialista y formular un nuevo equilibrio de poderes. En el marco de este objetivo la creación de un Jefe de Gabinete resulta —a juicio de muchos—decisiva.[32]

Así el convencional García Lema manifiesta: "La [...] gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado [...] y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial [...]".[33]

A su turno el convencional Alfonsín expresa: "[...] es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente [...] fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes [...]".[34]

La propia ley que declara la necesidad de la reforma en su artículo 2º establece como objetivo prioritario la "A) ATENUACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIALISTA" prescribiendo a renglón seguido "la necesidad de crear un jefe de Gabinete de Ministros [...]".

---

31 Cfr. Inserción solicitada por el sr. Convencional Alfonsín, *Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente* de 1994, Imprenta del Congreso de la Nación, t. III, p. 2715.

32 *Ibidem*, p. 2403

33 *Ibidem*, p. 2211.

34 *Ibidem*, p. 2682.

Somos conscientes que el cumplimiento o no del objetivo señalado no está exclusivamente circunscrito a la creación de la figura del Jefe de Gabinete,[35] pues no resulta novedoso que muchas otras instituciones influyen decididamente en aquél, tales como la elección directa por sistema de doble vuelta, la reelección presidencial, la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, la promulgación parcial de leyes, etc. Ahora bien, aclaramos que sin desconocer lo expuesto nos detenemos a examinar de qué manera influye la figura del Jefe de

[35] El Jefe de Gabinete tiene las siguientes atribuciones:
- Ejercer la administración general del país" (art. 100 inc. 1) de la cual el Presidente resulta ser el "responsable político" (art. 99 inc. 1).
- Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera. (art. 100 inc. 2).
- Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.(art. 100 inc. 3)
- Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación (art. 100 inc. 4).
- Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente (art. 100 inc. 5).
- Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 6).
- Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional (art. 100 inc. 7).
- Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (art. 100 inc. 9).
- Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos (art. 100 inc. 10).
- Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 11).
- Respecto del relacionamiento con el Congreso, se advierte este rol en las atribuciones de concurrir a sus sesiones y participar de los debates (art. 100 inc. 9), presentar la memoria detallada del estado de la Nación (art. 100 inc. 10) como así también enviar al Congreso los informes que le sean requeridos al Ejecutivo (art. 100 inc. 11). Lo expuesto se complementa con la obligación de concurrir al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar de la marcha del Gobierno que consagra el art. 101 y con la facultad de las Cámaras de convocarlo (art. 71).

Gabinete introducida en punto al fin perseguido por tratarse de una institución parlamentaria que pretende acercar nuestro presidencialismo a un sistema semiparlamentario.

Analizando el debate de la constituyente advertimos al menos cinco grandes posturas respecto de la figura del Jefe de Gabinete.[36]

V. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que no atenúa el régimen presidencialista

Aquí podemos citar la opinión del convencional Auyero el que manifiesta: "La institución es válida, porque intenta[...] atenuar el sistema presidencialista. [...] (Pero) la construcción que se ha hecho [...] persiste en la centralidad del Poder Ejecutivo como único espacio con capacidad de bloquear o activar la decisión política[...]".[37]

Esta idea llevó a algunos constituyentes a sostener que el Jefe de Gabinete es "[...] un [...] funcionario inestable [...] elegido al [...] arbitrio por el Presidente[...]" (Conv. Vásquez);[38] "[...] un engendro o un híbrido dentro del sistema [...] No es ni chicha ni limonada, [...] será [...] el chivo emisario del gobierno de turno [...]" (Conv. Conesa Mones Ruiz);[39] "[...] una mula [...] porque no es caballo ni burro. [...] no es el primer ministro porque no se ajusta a la figura que con tal nombre existe en un régimen parlamentario, ni tampoco en un ministro común [...] (Es) un regalón cosmético del Presidente [...]" (Conv. Cornet),[40] "[...] figura inocua a los fines perseguidos [...] sus facultades [...] no son sino el resumen de las que hasta hoy ejercen cualquiera de los secre-

[36] Ibañez Rosaz, Victor Enrique, "El Jefe de Gabinete y la función constitucional de los Ministros", *A una Década de la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 299-318. Obra dirigida por Bidart Campos, Germán J. y Gil Dominguez, Andrés.

[37] Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente, *cit*., p. 2228 y 2229.

[38] *Ibidem*, pp. 2235 - 2236.

[39] *Ibidem*, pp. 2240 - 2241.

[40] Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente, *cit*., p. 2270.

tarios de Estado y más particularmente el secretario general de la Presidencia. [...] figura híbrida [...]" (Conv. Castillo Odena),[41] "[...] un empleado jerárquico del presidente [...] sin siquiera los recaudos de estabilidad [...]" (Conv. Natale).[42]

5.1. Postura a favor de la incorporación del instituto por considerar que atenúa el régimen presidencialista

En esta postura encontramos al convencional Lorenzo quien sostiene que la figura: "[...]va a ser absolutamente útil, porque va a servir [...] para establecer una disminución de las facultades del presidente. También va a servir [...] para revitalizar el rol del Parlamento, porque va a tener que estar permanentemente rindiéndole cuentas[...]".[43]

A su turno el convencional Alfonsín manifiesta: "[...] la creación de la figura del jefe de gabinete[...] desconcentra el poder presidencial, destrabar bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis[...]".[44]

5.2. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que genera irresponsabilidad del presidente

Algunos convencionales, aun considerando que la figura del Jefe de Gabinete efectivamente iba a actuar como un fusible del poder ejecutivo, ven en esto un real perjuicio al sistema pues consideran que: "[...] La responsabilidad no será más del Presidente sino del Jefe de Gabinete[...] (Pues) con la creación de esta figura el presidente nunca será responsable de nada [...]" (Conv. Jándula).[45]

41 *Ibidem*, p. 2303.

42 *Ibidem*, p. 2352.

43 *Ibidem*, p. 2542.

44 *Ibidem*, p. 2683.

45 *Ibidem*, p. 2596.

5.3. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que con ella se hace más presidencialista el sistema

En el seno de la convención están también quienes como el convencional Bravo sostienen que la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete no solo no atenúa el régimen presidencialista sino que: "[...]Al contrario estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo[...]".[46]

5.4. La quinta postura

La que denominamos quinta postura es aquella que refleja en la convención la idea de que la Constitución histórica contiene los mecanismos necesarios para atenuar el presidencialismo fuerte que ella misma establece y que, la incorporación del Jefe de Gabinete no agrega nada relevante al sistema.

Halla fundamento en la existencia de un instituto que nuestra Constitución de 1853 ya contiene. Nos referimos a la institución ministerial.

Lo expresado surge al analizar la inserción solicitada por el convencional Bassani en la que puede leerse: "[...] a principios de este siglo (se)[...]demuestra que el gabinete argentino no tiene por base al modelo constitucional norteamericano sino al francés, llegando a sostener[...]que el producto de esta simbiosis ha sido una especie particular y aún única entre el presidencialismo y el parlamentarismo que no se ha utilizado en todas sus ventajas por los operadores constitucionales de nuestro país[...]".[47]

A su turno, el convencional Berhongaray sostiene: "[...]Los actuales ministros argentinos[...]no vienen del modelo americano, no son los secretarios de Estado con acuerdo del Senado, son los ministros responsables que refrendan, que legalizan, que certifican, son instituciones que vienen[...]del derecho francés[...]" [48].

46 *Ibidem*, p. 2282.

47 *Ibidem*, p. 2744.

48 *Ibidem*, p. 2407.

VI. El consejo para la consolidación de la democracia

El Consejo para la Consolidación de la Democracia[49] en sus dos dictámenes acomete en profundidad el tema de la atenuación del presidencialismo.

De los textos hemos extractado algunas conclusiones que coadyuvan a la tesis de que la solución al problema del híper presidencialismo argentino está en nuestra Constitución histórica, o, en todo caso, en la reformulación del instituto ministerial que ella contiene.

En efecto, la Comisión núm. 2 señala que:

> [...]Las propuestas de esta subcomisión[...]tienden a jerarquizar al gabinete ministerial, acentuando las tendencias que están presentes en el texto de la Constitución de 1.853/60, y que se fueron desvaneciendo con el correr del tiempo a consecuencia de la personalización del poder[...]La jerarquización política de los ministros, consecuencia del aumento de su responsabilidad parlamentaria, los convertirá en fusibles eficaces para la protección de la figura presidencial en las situaciones de crisis[...].[50]

También advierte el Consejo que el Primer Ministro (en caso de introducirse) debe ser genuino responsable de la conducción política del país y de implementar el programa de gobierno, pues si él y su gabinete asumen un rol secundario, ni se atenúa la personalización del poder ni existe un fusible real frente a situaciones de crisis; concluyendo que para que se materialicen las ventajas del sistema la gente debe identificar al gobierno con el Primer Ministro y su gabinete y estos no deben tener una dependencia

---

[49] El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el Presidente de la Nación, Dr. Raúl R. Alfonsín, el día 24 de diciembre de 1.985, mediante el Decreto nº 2.446. En dicho decreto el sr. Presidente expresó la necesidad de encarar un vasto proyecto de consolidación de nuestro régimen republicano y democrático, tendiente a la modernización de las estructuras políticas, culturales y económicas. El día 13 de marzo de 1.986 el sr. Presidente se dirigió al Consejo para encomendarle el estudio de la posible reforma de la Constitución nacional.

[50] *Cfr*. "Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia", EUDEBA, Buenos Aires, 1986, pp. 99-100 y p. 329.

exclusiva del presidente, sino una conexión estrecha y directa con el congreso.[51]

Resulta entonces que la introducción de la figura del Jefe de Gabinete debe ir acompañada necesariamente de la asignación concreta en la norma y en los hechos del ejercicio de la Jefatura de Gobierno en cabeza de este y de su Gabinete.

Analizando los debates de la Constituyente advertimos que tanto los convencionales que sostienen que el Jefe de Gabinete no atenúa el régimen presidencialista como quienes entienden que hace al sistema aún mas presidencialista presentan un elemento común: consideran que el punto decisivo resulta haber asignado a aquél la jefatura de la administración y haberse reservado el presidente la jefatura de gobierno que hoy se ha constitucionalizado en el artículo 99 inciso 1º, quedando para el Jefe de Gabinete la facultad de "[...]Ejercer la administración general del país[...]" (art. 100 inc. 1 de la C.N.).[52]

No nos cabe duda que siendo la función gubernamental la que se ejerce cuando se solucionan los asuntos excepcionales que afectan la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales[53] siempre será el presidente —que conserva esta jefatura— la pieza clave del sistema; luego, si aquél es débil o pierde consenso con su caída arrastra todo el sistema y si es un líder hegemónico se agotará cuando concluya su proyecto político.

---

51 *Cfr*. "Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia", EUDEBA, Buenos Aires, 1987, p. 22.

52 El Presidente, conforme al texto constitucional es el *"Jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país."* (art. 99 inc. 1) ; nombra y renueve libremente a los ministros, como también al Jefe de Gabinete de Ministros (art. 99 inc. 7)
A su turno, el Congreso puede destituir a los Ministros y al Jefe de Gabinete de Ministros mediante juicio político por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes (arts. 53, 59 y 60 CN), pudiendo además interpelar al Jefe de Gabinete a fin de emitir una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 101).

53 Cfr. Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional,* Madrid, 1927, p. 373.

VII. Colofón

La misma reforma de 1994 que introduce la figura del Jefe de Gabinete de manera tal que el propósito perseguido no se cumple, también modifica el sistema de elección presidencial para introducir uno directo a doble vuelta y si bien se acorta el mandato del ejecutivo de seis a cuatro años introduce la posibilidad de la reelección inmediata por un período igual.[54]

Creemos que con esta sustancial modificación que posibilita la reelección por un período consecutivo el diseño constitucional conlleva un acrecentamiento del poder del presidente en ejercicio que cuenta con el aparato estatal para sostener su campaña electoral.

El objetivo buscado por la constituyente de 1994 —expresado en aquello de que con el ballotage la llegada al poder presidencial implica negociar el programa de gobierno con grupos políticos más reducidos, incorporándolos al gabinete o formando con ellos una coalición mayoritaria capaz de sostener al jefe de gabinete que elija el presidente— no se cumple.[55]

---

[54] Ibañez Rosaz, Víctor Enrique, "El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994", *Revista El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, año XLIII, Buenos Aires, 2005, pp. 6-8.

[55] El pasado 22 de octubre de 2023 los argentinos, una vez más desde el restablecimiento de la legitimidad constitucional en 1983, asistimos a una elección presidencial, conjuntamente con elecciones legislativas y las correspondientes al Parlasur; todo ello de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional y las leyes electorales.
Los candidatos de cada fuerza fueron elegidos en elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) realizadas el 13 de agosto de 2023, de conformidad con la ley sancionada en el año 2.009.
Además de elegir presidente y vicepresidente, se renovaron ciento treinta bancas de diputados nacionales y veinticuatro de senadores nacionales. El actual presidente, Alberto Fernández, habilitado para postularse a un nuevo mandato de cuatro años -según el artículo 90 de la Constitución nacional- el 21 de abril de 2023 declaró oficialmente que no se presentaría a la reelección.
Nuestro sistema electoral para la primera magistratura es, a partir de la reforma constitucional de 1994, directo -tomando el territorio nacional en un solo distrito único-, por fórmula (Presidente y Vicepresidente), y a doble vuelta o ballotage. En este sentido, si alguna fórmula obtiene más del

45% de los sufragios afirmativos válidamente emitidos será proclamada en primera vuelta. Lo mismo sucede en el caso que obteniendo entre el 40% y el 45% obtenga más del 10% de diferencia con la que le sigue en el número de votos. En todos los demás supuestos corresponde realizar una segunda elección dentro de los treinta días posteriores entre las dos fórmulas más votadas. En esta última triunfa la fórmula que obtenga mayoría simple por no existir umbral electoral exigido por la Constitución. La primera vuelta se caracterizó por ser una elección entre cinco agrupaciones políticas, en la que los candidatos de las coaliciones Unión por la Patria (UP), La Libertad Avanza (LLA) y Juntos por el Cambio (JxC) canalizaron el 90,58% de los votos válidos, distribuido en forma escalonada, con una ventaja para UP de 6,78% sobre LLA según el escrutinio definitivo, quedando JxC en tercer lugar y fuera del ballotage, con casi un cuarto de los votos. El resto de los votos válidos -el 9,4%- se distribuyó entre el candidato Juan Schiaretti de la coalición política Hacemos por Nuestro País y la candidata Myriam Bregman de la coalición Frente de Izquierda y de Trabajadores Unidad.

Como consecuencia de esta elección en primera vuelta quedó fuera de la disputa presidencial la agrupación política Juntos por el Cambio, que era la principal coalición opositora.

La segunda vuelta electoral tuvo lugar el 19 de noviembre de 2023 y quedó marcada por la victoria de Javier Milei (LLA), frente al oficialista Sergio Massa (UP), en la que el primero logró sacar más de once puntos porcentuales y una diferencia de casi tres millones de votos en el resultado electoral.

De esta forma, con más de catorce millones quinientos mil votos, Milei se convirtió en el candidato a la Presidencia de la Nación Argentina más votado en términos de cantidad numérica y a la vez el Presidente con menos apoyo parlamentario de la historia argentina y el único cuya fuerza política no ganó ninguna de las gobernaciones provinciales.

Milei ganó en el ballotage en 20 de los 24 distritos electorales (Catamarca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Tucumán), mientras que Massa triunfó en 4 (Buenos Aires, Chaco, Formosa y Santiago del Estero) .

Vale la pena tener presente que en esta elección fue la primera vez, en la actual etapa democrática argentina de los últimos 40 años, en la que el peronismo y el radicalismo (los dos grandes partidos históricos) quedaron afuera del gobierno nacional.

Sostuvimos más de una vez que la ingobernabilidad en países como el nuestro se identifica con partidos en el gobierno y en la oposición con vocación hegemónica; constantes disputas entre las mismas fuerzas políticas opositoras; carencia de mecanismos constitucionales que sirvan para descomprimir situaciones de gravedad que a menudo están acompañadas de persistente descontento popular. La relación entre oficialismo y oposición naturalmente se reduce al juego de “suma cero” que desalienta acuerdos y

responsabilidades compartidas y una democracia estable se sustenta, o al menos debe sustentarse, en la ejecución de políticas públicas concertadas entre todas las fuerzas políticas representadas y por medio de ellas entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo.

El régimen político argentino no deja de ser partidocrático, hiperpresidencialista y absolutamente ajeno a todos los institutos provenientes de sistemas constitucionales semipresidencialistas o parlamentarios, que introducidos a nuestra Carta Federal, creíamos que no modificaban el juego político de suma cero al que nos referimos.

Sin embargo, el escenario histórico institucional nos muestra circunstancias y resultados que vale la pena analizar.

Repasemos los antecedentes y los procesos electorales de los últimos ocho años:

- Desde 1972, y hasta el año 2015, en los períodos en los que se aplicó el sistema de doble vuelta (en sus dos modalidades, el previsto en la Constitución de 1972 y el actual introducido en la reforma de 1994) se presentaron dos supuestos -años 1972 y 2003- en los que debió realizarse una segunda vuelta y en ambos momentos alguna de las fórmulas renunció. En el primer caso la que estaba en segundo lugar y en el otro la que había ganado.
- En el mismo período hubo dos procesos en los que ninguna de las fórmulas obtuvo la mayoría de los votos requeridos para ser elegida en primera vuelta y si se realizó el ballotage de forma efectiva, siendo la primera vez en las elecciones de 2015 y la restante en este año 2023. En ambas perdió el oficialismo de turno.
- El presidente Mauricio Macri al finalizar su período se presentó a la reelección y no triunfó. Situación poco común en un sistema hiperpresidencialista con facultades de reelección como el nuestro.
- Javier Milei es el Presidente más votado en términos de cantidad numérica, con menos legisladores electos de su partido al Congreso y que a la vez no ganó ninguna de las gobernaciones provinciales, aún cuando para la categoría presidente triunfó en 20 de los 24 distritos electorales -provincias-y solo perdió en 4.
- En esta última elección presidencial los dos partidos históricos, peronismo y radicalismo (sea como partidos políticos o conformando algún frente) quedaron afuera del gobierno nacional.

Tratando de encontrar alguna respuesta o explicación a esta circusntancia histórica me animo a sostener que el hiperpresidencialismo mesiánico, caudillista y populista argentino que anida en nuestra génesis histórica no ha cambiado en nada.

Seguimos eligiendo un "salvador" y en la Argentina la figura del Presidente ha sido y sigue siendo avasallante y, en numerosas ocasiones, ha cruzado y cruza los límites constitucionales.

Las causas son numerosas, pero además permanecen incólumes: el liderazgo natural dado por la unipersonalidad, permanencia e inmediatez en la toma de decisiones; la intervención estatal en la economía; el populis-

Nuestro sistema es de un juego de suma cero que desalienta acuerdos y responsabilidades compartidas y una democracia estable se sustenta en la ejecución de políticas públicas concertadas entre todas las fuerzas políticas representadas y por medio de ellas entre el poder Legislativo y el poder Ejecutivo. El híper presidencialismo argentino no permite este tipo de relación equilibrada.

A lo expuesto cabe agregar que la reforma de 1.994 lleva al texto importantes instituciones que consolidan aún más la preeminencia del órgano ejecutivo argentino, a saber: los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3), la legislación delegada (art. 76) y la promulgación parcial de leyes (art. 80).[56]

---

mo, entendido no como una forma de gobierno sino como una forma de gobernar, como una metodología signada por la agitación de las pasiones más básicas de la población que personaliza hasta el extremo el poder, deformando y corrompiendo la democracia, a la que convierte en demagogia; el centralismo fiscal; la potestad legislativa y reglamentaria; el sistema electoral con la aplicación de las listas bloqueadas, que debilitan al órgano legislativo y; las crisis económicas que con el resorte de las "emergencias" han contribuido eficazmente a incrementar el poder político del Presidente .
También creo que no podemos soslayar que los partidos políticos (bajo sus formas clásicas o como frentes electorales) ya hace mucho tiempo que no encarnan ideas políticas definitivas que lleven a los ciudadanos a elegir a los candidatos que postulan por sentirse representados en ellas; por el contrario, adoptan plataformas pragmáticas destinadas a obtener un triunfo electoral sin más. La velocidad de la información y el acceso irrestricto a la misma por prácticamente toda la población es determinante en los cambios que vamos viendo: ya nadie puede sostener que con estructura partidaria y dádivas militantes se garantiza un resultado.
De allí que entiendo que hemos comenzado a utilizar herramientas institucionales como las elecciones primarias y el sistema de doble vuelta como vehículos que canalizan el enorme descontento popular y descreimiento con la que podemos llamar la "vieja política" y de esa manera un candidato como Milei hoy es Presidente de los argentinos.

56 Es a partir de la reforma de 1994 que el Poder Ejecutivo puede dictar actos con fuerza de Ley. Si bien se establece como regla general que "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo." (art. 99 inc. 3º), a renglón seguido se establecen las excepciones "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos

El panorama expuesto en punto a la dinámica del poder nos demuestra que existe un marcado acrecentamiento de las facultades del ejecutivo; a la vez, un abandono progresivo por parte del congreso del ejercicio de su facultad de control; y finalmente, un poder judicial que, salvo algunas excepciones en las que puede advertirse algún debilitamiento en sus estándares, ejerce su atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes y decretos.

Es que el ejercicio abusivo de la facultad constitucional extraordinaria de dictar decretos de necesidad y urgencia y delegados, como así también la de promulgar leyes en forma parcial, agrede sistemáticamente la esencia del sistema político pues, altera sustancialmente los mencionados tres órdenes establecidos en el artículo 1 de la Constitución.

Contraría el sistema republicano en la medida en que rompe el principio de división de poderes al destruir el esquema pensado sobre la base, precisamente, del sistema de elaboración y ejecución de las leyes; afecta al régimen representativo porque excluye la voluntad de los representantes del pueblo nada menos que en la elaboración de las leyes y; finalmente, es incompatible con el federalismo pues se excluye a los sujetos primarios del or-

---

políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia."
Con lógica similar, el artículo 76 de la Constitución establece que "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca."
En definitiva, existen dos herramientas expresamente consagradas en el texto constitucional que habilitan al Poder Ejecutivo a dictar normas de naturaleza legislativa.
En materia de Decretos de Necesidad y Urgencia el constituyente no ha habilitado temas puntuales, sino que ha optado por excluir ciertas materias: "penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos". De esta manera, en caso de que se verifiquen los presupuestos que habilitan el dictado de este tipo de normas, el Poder Ejecutivo puede hacerlo sobre cualquier tema, con excepción de los cuatro mencionados.
En materia de delegación legislativa, la temática habilitada es amplia: "materia determinada de administración o de emergencia pública", de modo que el Congreso puede delegar prácticamente cualquier materia, con excepción de aquellas que están reservadas al Congreso en virtud del principio de legalidad (materia tributaria y penal).

den federal, que son las provincias, de la posibilidad de participar en el procedimiento de formación y sanción de las leyes. Cada vez que el Presidente dicta una norma de carácter legislativo saltea el citado procedimiento.[57]

Ahora bien, para quien escribe estas líneas, la Constitución argentina no tiene la culpa del gobierno personal ni de sus excesos. El texto fundamental debe señalar los principios republicanos, los grandes trazados del régimen político y entre esas líneas y la experiencia concreta deben actuar las instituciones dando contenido actual y funcional a la Constitución, lo cual permite con el mismo articulado transformaciones y cambios de régimen, sin modificación de los principios.

Domínguez señala con acierto que:

---

[57] *Cfr*. Pérez Hualde, Alejandro, "El DNU y su impacto en el régimen político"*, La ley,* Suplemento Constitucional, 2010.
La intervención del Congreso en el caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia está prevista en el mismo texto Constitucional, pero con un diseño incompleto que delega en la reglamentación el trámite completo del control.
Puntualmente, el art. 99 inc. 3 dispone en su tercer párrafo que "El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso."
Nada dice la Constitución sobre el control de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo consecuencia de una delegación legislativa.
La reglamentación se sancionó recién en el año 2006 mediante la Ley nº 26.122 -12 años después de la reforma- y se aplica tanto al control de los Decretos de Necesidad y Urgencia como a los Decretos Delegados y Promulgación parcial de leyes.
El mecanismo de control señalado, tiene diversos inconvenientes, el principal de ellos no prever un plazo para la intervención de las Cámaras del Congreso ni consecuencias ante la ausencia de pronunciamiento -el decreto sigue vigente- y la necesidad de que ambas Cámaras se pronuncien en contra para que la norma pierda validez.
La mayoría de las normas legislativas del Poder Ejecutivo no son controladas por el Congreso.

> Tras muchos de estos elementos se esconden problemas sociales estructurales, que será menester modificar, no necesariamente por cambios de formas constitucionales sino por procesos continuos y progresivos que tiendan hacia la modificación de las estructuras y situaciones sociales que permiten estos fenómenos[...]pretender modificar sustancialmente el régimen político sin buscar, a la vez, una paulatina transformación de las circunstancias sociales que potencian los vicios del régimen constitucional, resulta claramente inútil[...]
>
> [...]La experiencia del ciclo reformista latinoamericano iniciado desde 1974 parece confirmar preliminarmente estas conclusiones[...] Algunos países pretendieron establecer formas semipresidenciales, pero estas no lograron modificar el régimen ni conseguir los resultados buscados. Lo contradictorio es que al mismo tiempo que se hacían estas reformas, algunos países concedían la posibilidad de reelección del presidente y con el pretexto de reconocer lo que era evidente, le otorgaron más facultades al Poder Ejecutivo, permitiéndole dictar decretos—leyes por razones de urgencia, necesidad o emergencia, legislación delegada, vetos parciales, con regulaciones a veces vagas e imprecisas que potenciaron irremediablemente el principal vicio del régimen, esto es, la posibilidad de disimular regímenes autoritarios bajo formas constitucionales.[58]

Para nosotros, la solución al fuerte presidencialismo argentino se encuentra ínsita en nuestra Constitución histórica, la que contiene desde su origen los mecanismos necesarios para atenuar las importantes facultades presidenciales que ella misma establece.

Ahora bien, la solución requiere de conductas generosas en quienes ocupan la primera magistratura y de todos y cada uno de los operadores constitucionales.

Mientras tanto: "[...]Es como si hubiéramos encargado un espléndido buque, dotado de las mejores máquinas de vapor para hacerlo navegar a vela, contando con la apatía[...]de los pasajeros y cargadores[...]".[59]

---

58 Cfr. Domínguez, Mariano, "Hegemonía presidencial y desconstitucionalización. Algunas reflexiones en torno al régimen presidencialista Latinoamericano", inédito.

59 Matienzo, José Nicolás, "El Poder Ejecutivo y los Ministros", El Gobierno representativo..., *cit*., pp. 171-172.

Gobiernos democráticos bajo la tentación totalitaria del populismo

***

Democratic governments under the totalitarian temptation of populism

*Daniel Montero Zendejas**

Resumen: la presente Comunicación establece las bases teóricas cuyas ideologías pretenden confundir los fines de la democracia bajo supuestos preceptos que se alimentan de su concepción práctica, amén de llegar a un sistema híbrido, en donde se ubica el populismo con la simulación del gobierno para el pueblo, pero en su esencia totalitaria hace uso del poder político, destruye instituciones que mantienen la división de poderes y controles constitucionales para la vigencia de derechos humanos y de todo lo que garantiza el estado de derecho.

Abstract: this Communication establishes the theoretical bases whose ideologies seek to confuse the purposes of democracy under supposed precepts that are fed by its practical conception, in addition to arriving at a hybrid system, where populism is located with the simulation of government for the people, but in its totalitarian essence it makes use of political power, destroys institutions that maintain the division of

* Profesor Investigador de Tiempo Completo de la UAEM, Profesor Definitivo de la Facultad de Derecho de la UNAM, SNI II, Miembro Asociado del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección México, Miembro Académico Internacional de Honor por la UCU, socio de la FICP. *ORCID: 0000-0002-3159-9592*.

powers and constitutional controls for the validity of human rights and everything that guarantees the rule of law

Palabras clave: Estado, democracia, populismo, partidos políticos, ciudadano.

Keywords: State, democracy, populism, political parties, citizen.

Sumario: I. Introducción. II. Marco conceptual. Democracia frente al populismo. III. Retos y riesgos democráticos para el siglo xxi. Referencias.

I. Introducción

Las nuevas circunstancias de nuestro continente y del mundo globalizado en general, nos acercan a horizontes poco explorados en la cosmogonía política de nuestros días. Pareciera que la política y más aún los factores de poder, circunscriben el futuro de las ideas de esa naturaleza para erradicar o minimizar la teoría constitucional.

Es cierto para todos los que vivimos y creemos en la ciencia jurídica, vemos con preocupación el peso de las coyunturas que alejan al constitucionalismo que nos identifica como un estado de derecho democrático, de la realidad cotidiana en busca de justicia y de la respuesta de los gobernantes; al igual que de las áreas de procuración y administración de justicia para lograr concretar este paradigma, prevaleciente en décadas como una asignatura pendiente de las administraciones posrevolucionarias del siglo pasado y de este nuevo milenio.

La impartición de justicia envuelta en simulación, opacidad y corrupción bajo los lineamientos de un modelo oral, con un procedimiento abreviado, medios alternativos de solución, reparación del daño y demás alternativas que brinda; aleja la proporcionalidad del daño causado con su hipotética reparación, o sea, deja también el derecho victimario alejado de la cultura de legalidad que imprime la ciencia penal, al profundizar el debate entre lo justo y lo equitativo.

Una justicia constitucional que introdujo el juicio de amparo y que en nuestros días, aparenta fenecer con iniciativas promovida por grupos parlamentarios seducidos por un estilo de gobierno que, envuelto en la realización democrática de una elección se torna en contra de la legalidad que le aseguró legitimidad y en medio de esa tentación totalitaria[1] que nos brinda este autor al igual que muchos otros, busca romper el equilibrio de la división de poderes y de organismos autónomos, bajo la hipótesis demagógica en pro del pueblo.

Bajo esta perspectiva, las amenazas al régimen democrático han prevalecido con el ejercicio del poder desde la conformación del estado moderno. Las enseñanzas del devenir democrático, nos han heredado igualdad en el sufragio en nuestra calidad de ciudadano, libertades políticas insustituibles como la de tránsito, creencias, laborales y un sin fin que preceptúa nuestra Constitución.

Lejos quedó la Oración de Gettysburg de 1863 donde Lincoln proclamaba la fe democrática de un nuevo amanecer en la historia de la civilidad humana. La democracia trajo consigo el germen de la igualdad y justicia anunciada en la Revolución Francesa, empero, habría que engendrarla con la participación ciudadana que en un siglo acumuló la teoría de los partidos políticos.

Los whigs y tories encuadraban esa representación y que posteriormente analizaría Ostrogorsky,[2] para definir la insustituible existencia de los partidos en los fines democráticos de los gobiernos que se sumaban al ejercicio de la teoría de la representación, también analizada por Rousseau desde el siglo XVIII.

La existencia de las ideas políticas donde se fundamentó esta forma de gobierno, por primera vez se ejerció en los pasajes de la Ilíada de Homero y más tarde se desarrolló en el siglo de oro de Pericles bajo los principios de la isegoría, isonomía e isotopía, descrita más tarde en la Política de Aristóteles.

---

1 *Cfr*. Revel, Jean Francois, *Comment les Démocraties Finissent,* Paris, Grasset, 1983.

2 *Cfr*. Ostrogorski, Moisei y Lipset, Seymour Martin, ed., *Democracy and the organization of political parties,* New Brunswick, N. J., Transaction Books, 1982.

Hablar de la calidad de la democracia en este amanecer de milenio, donde el mundo se achica y los acontecimientos políticos se arraigan en las culturas de las generaciones que presenciamos en el espacio de nadie, o sea, de la multicitada globalización y en donde las sociedades se encuentra enmarcadas en la llamada Teoría del riesgo global, la cual sostiene que, las sociedades modernas están conformadas por nuestros tipos de riesgos, que sus cimientos se ven sacudidos por la anticipación global de catástrofes globales, resulta insoslayable, más aún, cuando pretendemos abordar esos riesgos y retos democráticos con el surgimientos de formas hibridas en el ejercicio del poder, que como Leviathan son devoradores de derechos humanos y garantías constitucionales.

Nos referimos ya no a los Ismos políticos contemporáneos escrito por Ebenstein,[3] sino a la combinación del pragmatismo con expresiones en el estilo personal del que mencionaba Cosío Villegas, como tipos de dominación Weberiana, para colocar en el tablero del comportamiento político una expresión de gobierno que denominamos populismo, expresión que nos recuerda la Oclocracia de Polibio cuando la definía como el gobierno de la plebe y que todo régimen político tiende a degenerarse.

Así encontramos una nueva ventana democrática que abre la inteligencia artificial y la nueva estrategia de propaganda política por medio de bots y granjas digitales, cuyo poder desquebraja la individualidad y privacidad al convertirnos en cyborg donde la finalidad es el rompimiento de identidad[4] e integridad.

La crisis del estado moderno, la opacidad de sus instituciones, las prácticas de corrupción, simulación, impunidad y el cinismo de sus gobernantes han ocasionado entre muchos fenómenos más, como la carencia de valores, verbigracia, al sentimiento

[3] *Cfr*. Ebenstein. William, *Los ismos políticos contemporáneos,* Barcelona, Ariel, 1975.

[4] Montero Zendejas, Daniel, "Hacia un derecho cuántico punitivo frente al fenómeno del zombi digital" *Revista DERECOM*, España, núm. 35, Nueva época, octubre 2023-abril 2024, pp. 1-18, *http://www.derecom.com/secciones/opiniones/item/520-hacia-un-derecho-cuanticopunitivo-frente-al-fenomeno-del-zombi-digital*

de nación y patria; de conductas cívicas que orientaba y arraigaba a la juventud a un respeto a sus héroes, símbolos e identidad comunitaria o a esa aldea global que McLuhan definió.

En este orden de ideas, nos preguntamos frente al trabajo parlamentario de nuestros países ¿qué calidad de democracia existe? cuando nuestros legisladores responden a intereses particulares o de grupo, pero nunca de atención a las demandas de una sociedad homologada y estandarizada por los efectos de la globalización.

Sí los legisladores que han sido propuestos por los políticos registrados conforme a los ordenamientos del derecho electoral ¿son los idóneos para una sociedad en riesgo? Las respuestas a un sin fin de interrogaciones que abarcaría este espacio seria de manera interminable y las repuestas por supuesto negativas.

II. Marco conceptual. Democracia frente al populismo

La presente ponencia se inscribe en las consideraciones que enmarcan el trabajo parlamentario en el diseño institucional del estado democrático, por medio de lo que implica el valor de esta forma de gobierno en la teoría de la representación y el riesgo que representa la existencia de formas de gobierno hibridas, que no se identifican por su conformación metodológica y teórica, si no en el ejercicio del poder que más se adentra a las expresiones totalitarias de ideologías y practicas alejadas a la cultura de paz y de derechos humanos.

En este sentido baste ver los trabajos de Leonard Schapiro o de Hemet,[5] sin omitir el estado de excepción de Schmitt.

Uno de los hechos sobresalientes del final del siglo XX es, sin duda, la preeminencia de la democracia sobre el autoritarismo. La extensión y el arraigo de los valores, las instituciones y las prácticas democráticas en el mundo de hoy constituyen, en efecto, un proceso global que, al parecer, se dirige hacia su con-

[5] *Cfr*. Hemet, Guy y Lombera Pallares, Enrique (trad.), *Totalitarismos,* México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

solidación. La derrota de los totalitarismos de derecha en la Segunda Guerra Mundial, las transiciones a la democracia en el sur de Europa, en América Latina y en el sudeste asiático como nos señala Lord Norton[6] a lo largo de los años setenta y ochenta y el derrumbe de los regímenes totalitarios de Europa del Este, conocidos como socialismo real, durante el segundo lustro de los ochenta, la bipolaridad por la multipolaridad, apuntalaron a las grandes democracias e impulsaron la emergencia de nuevas democracias transformando de manera radical, el mapa geopolítico que significó un proceso profundo de cambio en los valores y las percepciones de las sociedades contemporáneas en favor de los derechos y las libertades fundamentales de la persona, sustento y fin del constitucionalismo democrático.

El éxito de ese proceso de universalización de la democracia no implica, sin embargo, un triunfo definitivo sobre el autoritarismo, ni mucho menos que los retos actuales y los desafíos futuros de las democracias en particular hayan sido resueltos; por el contrario, podemos visualizar esos retos que no significan que las nuevas constituciones no arropen tendencias totalitarias o retrogradas en la cosmovisión de la evolución del iusnaturalismo y de los derechos humanos frente a la teoría abolicionista del derecho penal.

"La meditación de las sociedades contemporáneas también implica que la comunicación de riesgos, la percepción de riesgos y la interpretación de la legitimidad política, están siendo sometidas a la lógica especifica de los medios de comunicación de masas y las necesidades de crear y dramatizar la noticia".[7]

Es cierto como lo diría el poeta Neruda los de antes ya no somos los mismos, menos aun los que hemos presenciado el fin de un milenio y el nacimiento de otro, donde formas y expresiones de gobiernos han agotado sus discursos y tácticas de legitimación con esos motores de la democracia que alguna vez definió Duverger a los partidos políticos.[8]

---

6 *Cfr*. Norton, Philip, *Parlamentos y gobiernos en Europa occidental,* México, Porrúa, 2003.

7 Innerarity, Daniel y Solana, Javier, *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales,* Madrid, Paidós, 2011, p. 132.

8 Duverger, Maurice, *Los partidos políticos,* México, FCE, 1972, p. 163.

Los riesgos de involución hacia formas autoritarias de gobierno, en especial en las formas de gobierno más recientes y frágiles, las dificultades para emprender o consolidar transiciones democráticas frente a los autoritarismos persistentes y los viejos o nuevos problemas institucionales de las democracias, exigen cada día más imaginación y responsabilidad, más conocimientos y participación, más y mejor formación de ciudadanos libres y responsables. Exigen, en suma, una más amplia y sólida cultura democrática basada en valores universales, roles de ciudadanía responsable, de cero tolerancia a la corrupción, en síntesis, una educación integral a la niñez que pronto será la ciudadanía que decida el rumbo de una nación.

En este contexto también resulta fundamental abordar el agotamiento democrático de sociedades en riesgo, cuyos valores han sido trasplantados en una política de bienestar, sin darse cuenta que su única riqueza continúa siendo su pobreza.

Esta suplantación de valores envuelta de un discurso solidario hacia el pueblo que carece de todo y es llevado a una ignominia que reproduce el modelo de un socialismo retrogrado y mal entendido, encauza la confrontación sistémica, no de una revolución permanente Trotskista, por el contrario, socavando el estado de derecho, instituciones democráticas al polarizar no la lucha ideológica, por el contrario, al agudizar el antagonismo derivado de la lucha de clases, sin entender que esta es la lucha política y el motor de historia.

La política se convirtió no en arena para el debate de altura, sino en el mercado de voces que denuncian lo que practican y se someten no al juicio de la historia y de las generaciones venideras, si no a la lisonja de sus iguales. Esta hibridez en el manejo de la teoría del poder, rompe los moldes y formas de entender que el poder al servicio de una idea, de una nación y de una convicción, nacida de un mundo mejor queda en el ostracismo de la ignorancia.

Hibridez de regímenes o sistemas de gobierno que desdibujan la teoría democrática, para ubicarse en la pobreza mediática de un pragmatismo inocuo e inicuo que lleva a un país, a una sociedad, a un pueblo y a su niñez al caos y donde no hay cabida

al pensamiento libre y de competitividad productiva que asegure desarrollo integral.

En la metáfora de la existencia de la Internet, del ChatGPT, inteligencia artificial, avances tecnológicos, proyectos para colonizar el espacio, todo ello y no tenemos energía eléctrica en nuestros domicilios.

No olvidemos que en el deambular democrático de los siglos, ha sido según el tiempo y el ejercicio del poder quien la califique, recordemos a Anatole France, cuando aseveraba "pobre democracia cuántos crímenes en tu nombre se han cometido".[9]

III. Retos y riesgos democráticos para el siglo xxi

Es evidente que no hay mejor garantía para la consolidación de la democracia que la formación de una sociedad que conozca y aprecie sus valores, sus instituciones y sus prácticas y que, al mismo tiempo, a través de sus ciudadanas y ciudadanos, de sus diversas organizaciones, de sus partidos políticos y de su gobierno, participen efectivamente en el debate y en la formulación de propuestas frente a los asuntos de interés público propios, que ensanchen la cultura de la legalidad y una mejor y mayor justicia para todos. Una sociedad, pues, comprometida con la democracia y su desarrollo es aquella que se nutre de la teoría de la elección, como parte de la civilidad y del nivel de su participación en las entidades de interés público definidas en nuestra Constitución como organizaciones políticas.

Hablar de partidos políticos en el rigor científico de la ideología y el rol de interlocutor entre la ciudadanía y el gobierno, bajo los signos del inicio de milenio y encontrar los resultados democráticos que recuerdan las tesis de Tocqueville, frente a la legitimación de los últimos procesos electorales vividos en nuestro territorio nacional, resulta nostálgica la conclusión que pudiéramos abordar a casi dos siglos de la publicación de su obra: "La democracia en América".[10]

---

9 Montero Zendejas, Daniel, *Estado, democracia y partido,* México, Costa Amic, 1973, p. 67.

10 *Cfr*. Tocqueville, Alexis, La democracia en América, México, FCE, 1963.

Por ello resulta fundamental el ejercicio democrático vía electoral, que se llevará a cabo en la renovación de Poderes de la Unión y de 9 gubernaturas en el territorio nacional[11] el próximo 2 de junio del presente año, donde la tendencia de partido único campea en arena política como un logro de la hibridez gubernamental cuyas tendencias aproximan con partidos afines o cooptados con cuotas en el Congreso, la permanencia de este tipo de modelo definido anteriormente.

Es por ello que, en el diseño institucional del estado moderno, los procesos electorales deben ser la expresión del desarrollo de su sociedad que mediante el sufragio universal y la plataforma que propone el candidato con la anuencia del partido que lo postula, se nutra el poder legislativo con la clara visión de su responsabilidad como legislador en la interpretación de la realidad y de cara a la ciudadanía que lo eligió.[12]

Desafortunadamente, la partidocracia y otros factores que agudizan la crisis de estos institutos políticos, como la negación de la propia democracia en el interior de su estructura para la selección de candidatos, los resultados de los comicios ratifican que la ausencia de una democracia cualitativa, anula la participación que, mediante el abstencionismo, el elector descalifica el sistema político actual.

Si bien es cierto que Tocqueville definió a la democracia como aquéllos niños que crecían en las calles, olvidados de los cuidados paternos y solamente conociendo los vicios y miserias de las calles,[13] o más allá de las reflexiones de la poliarquía de Robert Dahl; para conformar en esa evolución axiológica y descarnada lo que el proceso de legalidad y legitimidad para el ascenso del poder requiere de esta forma de gobierno.

---

11 Por cuestiones logísticas y de lineamientos del IIJ para este Congreso, no pudimos incluir los resultados de esta votación; sin embargo, esperamos que la ciudadanía supere la compra de votos, el manejo intimidatorio de grupos delincuenciales en la orientación a favor de candidatos idóneos a sus intereses y sobre todo prevalezca la "equidad" y el espíritu democrático de una elección libre y segura, alejada del fraude electoral.

12 Duverger, *op. cit*.

13 Tocqueville, *op. cit.,* p. 81.

El populismo suma lo legal con lo ilegal, en esa vertiente de sofisma de bien y de mal, de justo y lo injusto, de la confrontación axiológica de categorías impuestas y de una verdad construida desde la cúpula del poder. Es ese el reto y la aportación de una Comunicación que busca que la consciencia de colegas y de estudiosos del tema, encuentren una vertiente ideológica que defina este fenómeno cuya raíz democrática, colapse para fusionar nuevos factores reales de poder en la toma de decisiones de un pueblo que, sumido en la ignorancia y el ostracismo, espera solamente la dádiva gubernamental que alimenta la división y el fanatismo hacia la defensa de su supuesto protector.

Referencias

Duverger, Maurice, *Los partidos políticos,* México, FCE, 1972.

Ebenstein, William, *Los ismos políticos contemporáneos,* Barcelona, Ariel, 1975.

Hemet, Guy y Lombera Pallares, Enrique (trad.), *Totalitarismos,* México, FCE, 1991.

Innerarity, Daniel y Solana, Javier, *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales,* Madrid, Paidós, 2011.

Montero Zendejas, Daniel, *Estado, democracia y partido,* México, Costa Amic, 1973.

Norton, Philip, *Parlamentos y gobiernos en Europa occidental,* México, Porrúa, 2003.

Ostrogorski, Moisei y Lipset, Seymour Martin, (ed.), *Democracy and the organization of political parties,* New Brunswick, N. J., Transaction Books, 1982.

Revel, Jean Francois, *Comment les Démocraties Finissent,* Paris, Grasset, 1983.

Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, México, FCE, 1963.

Sobre los alcances y límites de los decretos de urgencia durante el interregno parlamentario en la Constitución peruana de 1993

***

On the scope and limits of emergency decrees during the parliamentary interregum in the Peruvian Constitution of 1993

*Enrique Pestana Uribe**

Resumen: este trabajo busca analizar el alcance normativo del artículo 135 de la Constitución peruana de 1993, respecto de la expedición de los llamados decretos extraordinarios de emergencia y el contenido material que estos podrían alcanzar, máxime teniendo en cuenta que la abstracción e imprecisión de la norma original, e incluso la modificada, poco contribuyen a delimitar el tipo de normas que pueden ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario y en el futuro durante la disolución de la Cámara de Diputados, por lo que se requiere una norma de desarrollo constitucional que delimite el alcance formal y material de dichos decretos.

* Abogado especializado en derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derechos humanos y derecho internacional público y comparado. Estudios de maestría en Derecho Internacional Económico (Pontificia Universidad Católica del Perú). Master en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia, España. Especialista en Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú. Docente de la Academia de la Magistratura del Perú, ex magistrado del Poder Judicial. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú.

Abstract: this text seeks to analyze the regulatory scope of article 135 of the Peruvian Constitution of 1993, regarding the issuance of the so-called extraordinary emergency decrees and the material content that these could achieve, especially taking into account that the abstraction and imprecision of The original norm, and even the modified one, contribute little to delimit the type of norms that can be regulated by the Executive Branch during the parliamentary interregnum period and in the future during the dissolution of the Chamber of Deputies, which is why a rule of constitutional development that delimits the formal and material scope of such decrees.

Palabras clave: Constitución, parlamento, decretos de urgencia, jerarquía normativa, interregno parlamentario

Keywords: Constitution, parliament, emergency decrees, regulatory hierarchy, parliamentary interregnum.

Sumario: I. Nota introductoria. II. Naturaleza y jerarquía normativa de los Decretos de Urgencia. III. La experiencia previa durante el interregno parlamentario del 2019. IV. La fuerza normativa de los Decretos de Urgencia y sus límites implícitos. V. La reciente reforma del artículo 135 de la Constitución. VI. La necesidad de una reforma que delimite los Decretos de Urgencia durante el interregno parlamentario. VII. Consideraciones finales.

I. Nota introductoria

Como consecuencia de la coyuntura política, a raíz de la disolución del Congreso de la República por denegación fáctica de una cuestión de confianza formulada por el presidente del Consejo de Ministros, ocurrida en setiembre del año 2019, se activó lo previsto en el artículo 135 de la Constitución política, habilitándose al Poder Ejecutivo a legislar mediante decretos de urgencia durante el interregno parlamentario. Siendo la primera vez en que se aplica la potestad de disolución del Congreso bajo un régimen democrático, y más allá de lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la medida, lo cierto

es que esta abrió una auténtica caja de Pandora en cuanto a la actividad legislativa que durante meses desarrolló el Poder Ejecutivo, sin saberse, a ciencia cierta, hasta dónde podía ejercerse dicha potestad y sus verdaderos alcances, pues la vaguedad de la norma constitucional permitía diversas interpretaciones, sobre todo porque si bien el artículo 135 se refiere a "decretos de urgencia", era evidente que la intención del constituyente de 1993 no fue la de circunscribir tales normas al muy acotado ámbito de aplicación que aquellos tienen en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución.

Es en razón a lo antes expuesto que, haciendo un esfuerzo hermenéutico, pretendemos mediante estas líneas esclarecer aquello que el Constituyente de 1993 quiso normar en cuanto a la potestad legisferante del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario, más allá del evidente vacío que encontramos en el artículo 135 antes acotado. Ciertamente no cabe duda que es necesario darle amplitud a la norma constitucional o, en todo caso, desarrollarla mediante una ley especial o a través de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

II. Naturaleza y jerarquía normativa de los Decretos de Urgencia

Los decretos de urgencia se encuentran previstos en nuestra Constitución de 1993, haciéndose expresa mención a ellos en los artículos 118 inciso 19) y 135. A modo de antecedente podemos decir que, si bien el artículo 211 inciso 20) de la Carta de 1979 autorizaba al presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso, sin embargo no se especificaba mediante qué clase o tipo de norma podía hacerlo, pues no se hacía referencia alguna a los decretos de urgencia.

Tampoco la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo vigente en aquella época desarrolló el tema. En cualquier caso, lo cierto es que, pese a ello, durante el gobierno del presidente Fernando Belaunde Terry se expidieron 667 decretos de urgencia, mientras

que en el de García Pérez fueron 1033, en tanto que durante el régimen de Alberto Fujimori se dictaron 562 (solo durante la vigencia de la Constitución de 1979).[1]

Es evidente que el constituyente de 1993 previó que, bajo determinadas circunstancias, era indispensable dotar al Poder Ejecutivo de una herramienta normativa expeditiva que le permitiese afrontar situaciones sumamente urgentes en materia económica y financiera, teniendo en cuenta que la aprobación de una ley suele tomar mucho más tiempo debido a los procedimientos parlamentarios. Sin embargo, pese a que en estricto no son leyes, los decretos de urgencia están dotados de "fuerza de ley". Al respecto, conviene acotar que la fuerza de ley de una determinada norma implica la imposibilidad de que esta sea modificada por otra norma de inferior jerarquía, vale decir, aquello que entendemos como la "fuerza pasiva" de la norma. Por otra parte, la "fuerza activa" de una norma le permite innovar en el ordenamiento jurídico, es decir, modificar sustancialmente cualquier otra norma, ya sea de su mismo rango jurídico o de menor rango a aquella. Así, en virtud a ello, un decreto legislativo puede derogar o modificar una ley ordinaria o un decreto de urgencia; como también un decreto de urgencia puede dejar en suspenso una disposición contenida en un decreto legislativo o en una ley ordinaria.

Por otra parte, cabe señalar que los decretos de urgencia tienen una doble condición: están dotados de fuerza de ley,[2] y a la vez tienen rango de ley,[3] por lo que normativamente tienen la misma condición jurídica que cualquier ley, aun cuando su ámbito de aplicación pudiese verse restringido a determinados supuestos de carácter material y temporal. Respecto al concepto de "fuerza de ley", Guastini[4] sostiene en usual que en los textos constitucionales se use indistintamente los términos "fuerza de

[1] Landa Arroyo, César, "Los Decretos de Urgencia en el Perú", *Pensamiento Constitucional IX,* núm. 9, 2003, p. 132.

[2] *Cfr.* Art. 118 inciso 19) de la Constitución política del Perú.

[3] *Cfr.* Art. 200 inciso 4) de la Constitución política del Perú.

[4] Guastini, Ricardo, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos Teóricos,* Lima, Ediciones Raguel, 2016, pp. 185-186.

ley", "valor de ley" y "valor legislativo". Para el citado autor estas expresiones manifiestan el mismo concepto. Si bien en nuestra Constitución se establece que los decretos de urgencia tienen "rango de ley", únicamente es para habilitar el control de constitucionalidad de tales normas por parte del Tribunal Constitucional conforme al artículo 200 inciso 4, de modo que se equiparan a las leyes, a los decretos legislativos, tratados, reglamento del Congreso, ordenanzas municipales y ordenanzas regionales.

Desde una mirada comparada, tenemos que, en algunos países, el presidente de la República se encuentra autorizado, generalmente con aprobación del gabinete ministerial, a expedir "decretos de necesidad y urgencia", tal como sucede en el caso argentino. Sin embargo, tales normas pueden utilizarse

> [...] Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.[5]

En el caso italiano, en principio la Constitución de 1947 prohíbe expresamente que el gobierno dicte decretos con fuerza de ley ordinaria, pero no obstante establece que "Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes".[6] Como podemos observar, si bien en determinadas circunstancias se permite el uso de tales dispositivos, para su conservación y eficacia se exige que sean inmediatamente ratificadas por el Poder Legislativo.

Tratándose de España, la Carta de 1978 –que sirvió de inspiración a la nuestra de 1979– prevé en su artículo 86.1 que "En

---

5 Así lo establece la Constitución de la Nación Argentina en su art. 99 inciso 3.

6 Ver Constitución de Italia, art. 77.

caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos- leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general". Aunque en este caso se les denomina "decretos-leyes" en estricto se trata de decretos porque son expedidos por el Poder Ejecutivo y es menester anotar que en casi todos los casos examinados, la Constitución restringe el uso de los decretos de excepción estableciendo prohibiciones expresas en cuanto a la materia sobre la que pueden versar.

Así, en cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que, por su propia naturaleza, los decretos de urgencia son excepcionales y no tienen vocación de permanencia en el tiempo, en la medida que están destinados a enfrentar situaciones coyunturales en materia económica y financiera que demandan soluciones inmediatas. No obstante, los decretos de urgencia regulados en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución se encuentran sujetos a determinadas condiciones que establece la propia Ley Fundamental, como son: a) situación urgente y extraordinaria, b) interés nacional; y, c) materia económica y financiera.

En cuanto a los decretos de urgencia,[7] el Tribunal Constitucional[8] ha dejado establecido que para su expedición se debe cumplir con ciertos criterios exógenos, a saber:

> a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar

[7] Siempre referidos a los denominados decretos de urgencia "ordinarios" regulados en el art. 118 inciso 19 de la Const.

[8] STC Exp. 00008-2003- PI/TC, fundamento 60).

cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma" (STC 29/1982, fundamento 3).

b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Sentencia 00001-2003-AI/TC y 00003-2003-AI/TC, fundamento 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de

los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.

a) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él "cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (STC 29/1982, fundamento 3). Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

Ahora bien, a fin de diferenciar la naturaleza, características y alcances normativos de los decretos de urgencia, el Tribunal Constitucional denomina "decretos de urgencia ordinarios" a los que se refiere el artículo 118 inciso 19 de la Constitución y "decretos de urgencia extraordinarios" a los previstos en el artículo 135, es decir aquellos que se expiden durante el interregno parlamentario debido a la disolución del Congreso.[9]

En cuanto se refiere a los decretos de urgencia "extraordinarios", el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "ante la disolución del Congreso de la República, el Poder Ejecutivo expide normas con rango de ley a través de los decretos de urgencia. En ese sentido, no se trata del mismo escenario ordinario en el cual se emiten los decretos de urgencia según el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución". Añade el Tribunal Constitucional que, "[...] siendo un escenario excepcional, sería irrazonable que las exigencias que debe observar el Poder Ejecutivo al emitir los decretos de urgencia durante dicho interregno sean las mismas que cuando dicha situación no se configura". Finalmente sostiene que el Poder Ejecutivo tiene habilitada la competencia para legislar través de decretos de urgencia durante el interregno, lo que a su vez es objeto de control por el Poder Legislativo, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución.[10]

Empero, en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad número 00001-2021- PI/TC, cuya demanda por cierto fue desestimada, el Tribunal Constitucional se aventura a decir que "este Tribunal entiende que existen al menos dos materias vedadas para el contenido de los decretos de urgencia emitidos al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental; estas son la de regular reformas constitucionales, por un lado, y leyes de desarrollo constitucional, por el otro". (p. 32).

Como bien podemos observar, aún no existe una postura claramente definida por la vía jurisprudencial respecto a los alcances o ámbito de competencia normativa de los "decretos de urgencia extraordinarios" dictados al amparo del artículo 135 de la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha limita-

[9] STC Expediente 00001-2021-PI/TC, p. 17.

[10] STC Expediente 0003-2020-PI/TC, pp. 22, 23 y 24.

do a excluir de dicho ámbito lo relacionado a la reforma constitucional y a las leyes de desarrollo constitucional, entiéndase como tales a las leyes orgánicas, pero no ha querido ir más allá, de tal modo que todavía queda mucho que decir y regular al respecto.

III. La experiencia previa durante el interregno parlamentario del 2019

Tras la disolución del Congreso de la República, ocurrida durante el gobierno del expresidente Martín Vizcarra, se produjo el interregno parlamentario a que se refiere el artículo 135 de la Constitución política. Ciertamente se trató de una situación *sui generis* e inédita, pues fue la primera vez que se usó el mecanismo previsto en la norma constitucional desde que la figura de la disolución del Congreso como consecuencia de la denegación de confianza a más de un Consejo de Ministros fuera introducida en nuestro ordenamiento mediante la Carta de 1979 y posteriormente recogida, aunque con una ligera variante, en la Constitución de 1993 vigente. No es menester de este trabajo entrar a analizar la constitucionalidad de la medida adoptada por el gobierno de entonces puesto que ya ha sido materia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, por lo que nos limitaremos a hacer un recuento de los hechos concretos en cuanto se refiere al uso de los decretos de urgencia mientras se mantuvo la disolución del Congreso. Si bien es cierto la Comisión Permanente se mantuvo en funcionamiento, prácticamente estuvo atada de manos, toda vez que se encontraba impedida de revisar y eventualmente derogar los decretos de urgencia dictados por el Poder Ejecutivo por no estar dentro de sus facultades el poder hacerlo, debiendo limitarse a recibir y acopiar las normas en cuestión hasta que se instalase el nuevo Congreso.

Es así que durante el interregno parlamentario se expidieron 68 decretos de urgencia, de los cuales 44 corresponden al año 2019 y 24 al 2020.[11] Varios de los decretos estuvieron referidos a

[11] Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, *https://www.congreso.gob.pe/comisiones2020/ConstitucionReglamento/LaborLegislativa/DUInterrengo/*

establecer medidas destinadas a prevenir la propagación del coronavirus, disposiciones para financiar la micro y pequeña empresa para evitar el impacto del Covid19, autorizar el retiro extraordinario del fondo de pensiones para mitigar los efectos de la pandemia, garantizar la continuidad del servicio educativo, entre otras. También se utilizó esta norma excepcional para modificar la Ley que fomenta la liquidez e integración del mercado de valores, establecer medidas para reactivar de obras públicas paralizadas a nivel nacional, o aprobar el presupuesto del sector público para el año 2020 al igual que la ley de equilibrio financiero del presupuesto del sector público para el 2020, incluidos algunos otros relacionados a expropiaciones, bonos de chatarreo, modificaciones a la ley universitaria, etc. En suma, podemos advertir que se utilizaron los denominados decretos de urgencia "extraordinarios" para legislar sobre los más diversos temas, obviamente sobrepasando los límites materiales a los que se refiere el artículo 118 inciso 19 de la Constitución.

La discusión se centró en si tales decretos de urgencia se encontraban o no sujetos a los parámetros y límites establecidos en la Constitución, pues de ser así devendrían en inconstitucionales. Como quiera que la norma constitucional que autoriza al Poder Ejecutivo a legislar mediante decretos de urgencia durante el interregno parlamentario, no ha determinado el ámbito material que estos pueden abarcar, surge la incógnita respecto a sus alcances, siendo necesario hacer un esfuerzo exegético bajo los criterios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica a fin de esclarecer lo que el constituyente de 1993 quiso decir al redactar el artículo 135 de la *norma normarum*.

Como lo recuerda Campos Ramos,[12] el tema de los decretos de urgencia fue planteado en el seno del Congreso Constituyente Democrático por Enrique Chirinos Soto, habiendo quedado plasmadas otras posturas en el Diario de Debates, como las de Róger Cáceres Velásquez, Lourdes Flores Nano y Manuel Moreyra Loredo; sin embargo no se refleja en ellas una clara po-

[12] Campos Ramos, Milagros, "Los decretos de urgencia del interregno parlamentario. Análisis de la disolución del Parlamento y el control posterior de los decretos de urgencia", *Gaceta Constitucional,* t. 146, febrero de 2020, pp. 100 y ss.

sición sobre la naturaleza jurídica de tales decretos ni mucho menos sobre su ámbito normativo. Coincidimos en todo ello se deriva del peculiar hecho de que en el Perú contamos con un modelo híbrido, que es una suerte de mezcla entre el régimen presidencial y el parlamentario, teniéndose en consideración que dentro del presidencialismo no se admite la posibilidad de la disolución del Congreso ante la reiterada negación de la confianza al Consejo de Ministros, toda vez que este no la requiere en los regímenes presidencialistas. Creemos, por lo tanto, que la intensión del constituyente fue la de dotar al Poder Ejecutivo de una herramienta que le permita gobernar en tanto se instale el nuevo Parlamento, confiriéndole la facultad de legislar durante ese periodo de tiempo. No obstante, como lo refiere Campos, "una primera cuestión resulta de analizar si el artículo 135 refiere al mismo tipo de norma que contempla el inciso 19 del artículo 118 o si aunque el legislador constituyente los llamó igual, distinguió una de otras" precisando dicha autora que, "de la revisión del Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático puede observarse que en ningún momento se vinculan ambas normas" y que "aun cuando se trata de nombres idénticos, los decretos a los que alude el artículo 135, constituyen un instrumento legislativo diferente al que está previsto en el inciso 19 del artículo 118".[13]

Desde un punto de vista teleológico, debemos asumir que la finalidad buscada por el constituyente de 1993, fue la de evitar la parálisis del Estado y mantener la gobernabilidad, en tanto resulta extremadamente difícil que el Poder Ejecutivo pueda conducir el aparato público, tomar medidas y adoptar decisiones sin contar con el respaldo de normas que tengan fuerza y rango de ley, sobre todo en materia económica y financiera, o en temas presupuestales. Empero, en los acápites correspondientes intentaremos desentrañar aquello que lamentablemente la Constitución dejó en el limbo y que creemos merecería una reforma de su artículo 135.

[13] *Ibidem,* pp. 102 y 103.

IV. La fuerza normativa de los Decretos de Urgencia y sus límites implícitos

Particularmente no nos cabe ninguna duda que los decretos de urgencia gozan de fuerza y rango de ley, no solo porque así lo refiere expresamente la Constitución en los artículos 118 (inciso 19) y 200 (inciso 4), respectivamente, sino porque esto también ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional en las sentencias a las que hemos aludido previamente, de modo que respecto a ello no cabe mayor discusión. Por otra parte, en cuanto a la semejanza que tendrían los decretos de urgencia a que refiere el inciso 19 del artículo 118 y el artículo 135, consideramos que solo se trata de la misma denominación respecto a una determinada categoría normativa, tan igual como puede ocurrir con la ley.

En efecto, hay leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes de reforma constitucional, entre otras recogidas por la doctrina. Todas tienen la misma raíz, pero pueden diferir en cuanto a su fuerza normativa, o a sus competencias. Lo mismo ocurre en el caso de los decretos de urgencia, pues estos funcionan de un modo determinado en periodos —por así decirlo— de "normalidad constitucional", y de otro modo, con distintos alcances, cuando se produce la situación excepcional de la disolución del Congreso. En este aspecto, resulta siendo crucial y ciertamente determinante el ámbito normativo que tienen los denominados decretos de urgencia "extraordinarios", puesto que en un escenario donde no se cuenta con el Congreso, sería insuficiente y bastante limitada la utilidad de los decretos de urgencia "ordinarios", al menos para los fines que se persiguen, cual es mantener la gobernabilidad del país durante el interregno parlamentario.

En tal sentido, creemos que los decretos de urgencia "extraordinarios" más se asemejan a los decretos legislativos en cuanto a las materias que pueden regular y la fuerza que tienen para innovar en la legislación en general, excepto la orgánica y la constitucional, incluyendo la de reforma constitucional. En efecto, el artículo 104 de la Constitución establece que, mediante la legislación delegada, el Congreso puede otorgar al Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos que tienen rango de ley conforme lo establece el artículo 200 inciso 4 de la

Constitución. Además, el propio artículo 104 establece que los decretos legislativos "están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley". Sin embargo, hay determinados temas o materias que no pueden ser reguladas mediante decreto legislativo, que son las mismas que le están vedadas a la Comisión Permanente. Precisamente, el artículo 101 inciso 4 de la Norma Fundamental prescribe que "No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República".

Por lo antes dicho, creemos que los decretos de urgencia expedidos durante el interregno parlamentario se encuentran sujetos a determinados límites implícitos, de tal suerte que en ningún caso mediante ellos se puede aprobar, modificar o derogar: a) leyes orgánicas o regular materias reservadas a esta,[14] b) aprobar tratados o afectar aquellos que se encuentran en vigor,[15] c) reformas a la Constitución, d) reformas al sistema electoral preexistente.[16]

Si bien en el caso de los decretos legislativos, mediante estos no se puede aprobar la Ley de Presupuesto ni la Ley de la Cuenta General de la República, habría que considerar que, tratándose de normas esenciales y vitales para el funcionamiento del aparato del Estado, aquellas sí pueden ser aprobadas mediante decreto de urgencia sin limitación alguna. En cuanto a la materia tributaria, consideramos que tampoco habría razón alguna para sea objeto de regulación a través de decretos de urgencia, pues queda claro que la limitación impuesta por el artículo 74 de la Constitución está referida única y exclusivamente a los denominados decretos de urgencia "ordinarios", previstos en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución. No podemos obviar el hecho que la materia tributaria es vital para el financiamiento del presupuesto públi-

[14] La reserva de ley orgánica se encuentra plasmada en el art. 166 de la Constitución.

[15] Entiéndase aquellos tratados que requieren la aprobación del Congreso conforme a lo previsto en el art. 56 de la Constitución.

[16] Por expresa prohibición del art. 134, segundo párrafo, de la Constitución.

co, de tal manera que sería irracional y carente de todo sentido lógico proscribir que durante el interregno parlamentario el Poder Ejecutivo pueda articular la política fiscal que, por su propia naturaleza y finalidades, requiere de cierto equilibrio financiero. En ese sentido, opinamos que las materias que en ningún caso pueden ser abordadas mediante decretos de urgencia "extraordinarios" deben ser aquellas que por su especial trascendencia deben quedar reservadas para el Poder Legislativo.

Después de todo, no debe perderse de vista que la habilitación que el constituyente ha hecho en favor del Poder Ejecutivo para que legisle mediante decretos de urgencia supone, en cierta forma, dotarlo de facultades semejantes a las que posee el Poder Legislativo, que durante el periodo de interregno parlamentario son ejercidas, con muy pocas excepciones y, temporalmente, por el Poder Ejecutivo. Desde luego, los decretos de urgencia que se expidan durante el interregno, igualmente pueden ser objeto de control constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, independientemente del control político posterior que habrá de realizar el nuevo Congreso en cuanto se encuentre instalado, pudiendo este derogarlos si así lo decidiese. En tal sentido, los decretos de urgencia no son un cheque en blanco que la norma constitucional concede al Poder Ejecutivo, pues siempre habrán de estar sujetos a los límites formales y materiales que impone la Ley Fundamental dentro de un Estado de Derecho. Algunos autores sostienen que en todo caso debería recurrirse a una suerte de *self restriant*, es decir, una suerte de autorestricción por parte del Poder Ejecutivo al momento de expedir los decretos de urgencia.[17]

V. La reciente reforma del artículo 135 de la Constitución

A raíz de la última reforma constitucional,[18] ocurrida en marzo del presente año 2024, y mediante la cual se reincorporó al Se-

[17] Campos Ramos, *op. cit.*, p. 103.

[18] Art. 1° de la Ley de reforma constitucional núm. 31988 que entrará en vigencia a partir de las elecciones generales del 2026.

nado dentro de la estructura del Poder Legislativo, se modificó (con efecto diferido) el artículo 135 de la Constitución, estableciéndose que tras la disolución de la Cámara de Diputado y, durante el interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, los que necesariamente están vinculados al normal funcionamiento del Estado o las materias propias de la política general del Gobierno, de los que da cuenta al Senado para que este los revise.

Como podemos advertir, si bien es cierto el nuevo texto del artículo 135 es más específico que el de la norma aún vigente, sin embargo, se limita a señalar que los decretos de urgencia deben estar vinculados al normal funcionamiento del Estado, aunque no precisa qué tipo de normas podrían ser aprobadas, modificadas o derogadas mediante tales decretos de urgencia. Tampoco se indica qué materias podrían estar reguladas por los decretos de urgencia y cuáles les están prohibidas. En cualquier caso, la determinación de todo ello quedaría a criterio del Poder Ejecutivo, toda vez que algunos temas relacionados al normal funcionamiento del Estado se regulan mediante ley orgánica, o tienen que ver con el manejo económico, financiero o tributario.

Aparentemente, el legislador ha querido excluir las normas electorales, tratados y las que regulan el funcionamiento de otros Poderes del Estado u órganos constitucionales autónomos, dado que estas en absoluto tienen injerencia alguna con la política general del Estado. La intención, a nuestro modo de ver, sería la de circunscribir el ámbito material de los decretos de urgencia dictados durante el interregno de la Cámara de Diputados, a aquellos asuntos que son de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, aun cuando no se ha hecho mención expresa a las materias que estarían vedadas a los decretos de urgencia.

VI. La necesidad de una reforma que delimite los Decretos de Urgencia durante el interregno parlamentario

Hasta la fecha no se cuenta con una jurisprudencia constitucional que haya zanjado el tema materia del presente artículo, de

modo tal que aún subsiste una zona de penumbra en cuanto a los límites y alcances de los llamados decretos de urgencia "extraordinarios" y que, por lo tanto, se torna indispensable regular. Creemos que lo ideal sería introducir una nueva modificación al artículo 135 de la Constitución con una adición al tercer párrafo que establezca lo siguiente "Mediante tales decretos de urgencia no se puede aprobar, modificar o derogar leyes orgánicas ni regular materias reservadas a estas, aprobar tratados, efectuar reformas a la Constitución, ni introducir reformas al sistema electoral preexistente". De este modo quedaría claramente definido el ámbito normativo de los decretos de urgencia, evitando que a través de indistintas interpretaciones el Poder Ejecutivo se extralimite en el ejercicio de la potestad legisladora que la Constitución le encomienda durante el interregno parlamentario.

Desde luego, también existe la posibilidad de lograr similar propósito mediante una norma de desarrollo constitucional, es decir mediante ley orgánica, habida cuenta que la normativa vigente no desarrolla este aspecto. No obstante, estimamos que lo óptimo sería una reforma constitucional por el peso normativo que tendría, ya que incluso la vía jurisprudencial no sería la solución más adecuada, debido a que la postura del Tribunal Constitucional podría mostrar cambios bruscos en el tiempo, dependiendo de la composición del máximo intérprete de la Constitución. En ese sentido, la seguridad jurídica juega un rol muy importante cuando se trata de aspectos de especial trascendencia y que pueden incidir sobre la gobernabilidad del país. En cualquier caso, nuestra propuesta busca poner sobre la mesa un aspecto que, creemos, tarde o temprano deberá ser abordado por el Poder Legislativo.

VI. Consideraciones finales

Como lo hemos expresado en los acápites precedentes, el problema derivado de la utilización de los decretos de urgencia durante el interregno parlamentario por disolución constitucional del Congreso, es un tema pendiente de resolver y que trae consigo muchas discusiones en el ámbito académico y jurisdiccional, pues la norma constitucional que los habilita no ha precisado

sus límites y alcances normativos, no ha establecido el contenido material que tales decretos pueden comprender y las materias que le estarían vedadas.

Ciertamente la solución pasa, eventualmente, por una nueva reforma constitucional (que sería lo ideal), o por la incorporación de una norma de desarrollo constitucional, que en nuestro caso tendría que verse plasmada en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, pues es la norma que regula no solo el funcionamiento sino también las atribuciones y facultades del gobierno. Empero, nuestra postura es que, en cuanto a sus alcances normativos, los decretos de urgencia a que se refiere el artículo 135 de la Constitución en ningún caso pueden versar sobre temas reservados a ley orgánica, tratados o convenios internacionales, legislación electoral o reforma constitucional. Obviamente, tampoco pueden usarse para limitar, disminuir o suprimir derechos fundamentales.

El proyecto de código modelo iberoamericano de los procesos constitucionales[1]*

***

The ibero—american model code project for constitutional proceedings

*Aníbal Quiroga León**

> "Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari; [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría —por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de Derechos

* Abogado y académico peruano en Derecho Procesal Constitucional, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad César Vallejo y Profesor Principal en la PUCP. Autor de numerosas publicaciones y miembro de comisiones consultivas nacionales e internacionales en temas de Derecho Constitucional.

1 *Ponencia a ser presentada en el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI", Homenaje a la Constitución Federal de 1824, organizado en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC), del 21 al 25 de octubre de 2024, en la Ciudad de México.

Humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama Stare Decisis (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales indirectos, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones".[2]

Héctor Fix—Zamudio

Introducción al Derecho Procesal Constitucional

"Finalmente, hoy comienza a hablarse de la superación del 'sistema americano-sistema austríaco". La combinación de las técnicas del control incidental y del control concentrado ha dado pie a ciertos sectores doctrinales para postular la conveniencia de la evolución hacia un solo sistema.

Francisco Fernández Segado
La Jurisdicción Constitucional en España

Resumen: el presente trabajo aborda el desarrollo normativo unificado y sistematizado del Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica, en el entendido de que todos provienen de las mismas fuentes que el derecho comparado nos ofrece (sistema difuso, sistema concentrado), sin dejar de considerar los sistemas de control constitucional ya adaptados y adoptados de cada nación, ya sea que se encuentren bajo el sistema de control difuso, bajo el control concentrado o que hayan implementado sistemas únicos, mixtos, o híbridos en orden a los atributos y particularidades de cada país. Además, se aborda la justicia constitucional resaltando la importancia de los instrumentos procesales para la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales mediante una interpretación constitucional adecuada. Finalmente se propone identificar similitudes conceptuales más allá de las diferencias en las denominaciones a fin de establecer una codificación común de modelo de referencia.

[2] Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los Derechos Humanos - Estudios comparativos,* 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 604 y 605, 18*.pdf (unam.mx)*

Abstract: this academic work addresses the unified and systematized regulatory development of the Constitutional Procedural Law in Ibero-America, considering the constitutional control systems of each nation, whether they are under the diffuse control system, under concentrated control system or implementation of unique, mixed, or hybrid systems in order to the attributes and particularities of each country. In addition, the constitutional justice is addressed, highlighting the importance of procedural instruments for the defense of the Constitution and the fundamental rights through an appropriate constitutional interpretation. Finally, it is proposed to identify conceptual similarities beyond the differences in the names in order to establish a common coding of the reference model.

Palabras clave: Constitución, derechos fundamentales, Derecho procesal Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Iberoamérica.

Keywords: Constitution, fundamental rights, constitutional procedural law, constitutional court, Ibero-America.

Sumario: I. Introducción. II. Principales fuentes de control constitucional. III. Breve referencia a la justicia constitucional en el ámbito iberoamericano. IV. Contexto constitucional en el ámbito nacional de Perú. V. Camino hacia un código modelo iberoamericano. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

En la hora actual del desarrollo democrático y constitucional de los Estados de derecho, todos han desarrollado y consignan, dentro de sus sistemas jurídicos constitucionales, diversos instrumentos para la defensa constitucional directa en forma orgánica para la defensa de sus constituciones (tales como la acción contra la ley, el control difuso, el proceso de inconstitucionalidad de la legislación derivada o reglamentaria, los conflictos de competencia, los conflictos de territorialidades o de regionalización), y también para la adecuada protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se hallan recogidos y protegi-

dos en los diversos textos constitucionales (tales como el hábeas corpus, la acción de amparo, el habeas data, la acción popular, la acción de cumplimiento, recurso de tutela, *mandato de segurança*, recurso de protección, etc.).

Al conjunto sistematizado de estos mecanismos e instrumentos, y a su adecuado funcionamiento y alcances, hoy en forma generalizada se le denomina Derecho Procesal Constitucional. En otras realidades, se les denomina "jurisdicción constitucional" o "justicia constitucional".[3] Para nosotros, las tres acepciones, más allá de sus matices, son fundamentalmente expresiones de significado sinónimo o equivalente, que apuntan a denotar lo mismo.

II. Principales fuentes de control constitucional

Como es sabido, básicamente, a la fecha son dos las principales fuentes o modelos de control constitucional que se han desarrollado en la historia constitucional comparada, y un subsistema. A saber:

i) En primer lugar,nos encontramos ante el modelo americano de control difuso o "judicial review", nacido en los Estados Unidos a partir de una sentencia de su Corte Suprema Federal, en el célebre *leading case Marbury vs. Madison*, sentenciado en 1803, en la que la referida Corte Suprema estadounidense señaló, sin dejar duda alguna, que una constitución escrita era la máxima expresión jurídica de una nación, que no podía ser superada por acto legislativo alguno, el que por tanto devenía en *nulo y repugnante*, y que —por lo tanto— correspondía a los jueces del Poder Judicial declararlo así bajo el sistema de *Common Law*. Es considerado en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional como uno de los sistemas de control constitucional vigentes en el derecho occidental. De allí, que también recibe la denominación de Sistema Americano de Control

[3] Conforme se desarrolla en este mismo trabajo, vamos a utilizar indistintamente —como sinónimos—las expresiones; derecho procesal constitucional, justicia constitucional o jurisdicción constitucional.

Constitucional.[4] La justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la "judicial review" se caracteriza por estar "difundida" entre todos los órganos y jueces del Poder Judicial. Adicionalmente podemos señalar que es una justicia constitucional: i) subsidiaria, ii) residual y iii) fundamentalmente subjetiva.
Podemos además señalar que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional "innominado" de toda Constitución escrita[5]. Así, en los países en que se lo ha incorporado, figura expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial, consecuentemente, como señalamos en el párrafo previo, es un, atributo "distribuido" o "difundido" entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales.

ii) En segundo lugar, tenemos al Sistema Austriaco o Europeo de Control Constitucional. Aparece evidente en el denominado *Control concentrado* o *Control Ad—Hoc*, esto es, de índole abstracto. Creado básicamente entre 1918 y 1920 por el influjo de Hans Kelsen, que parte del mismo principio de la supremacía constitucional; solo que la labor de interpretación de la Constitución y del control constitucional está reservada para un órgano *ad hoc,* sea un Tribunal Constitucional o una corte especializada, distinta al Poder Judicial, y donde los jueces de la judicatura ordinaria ya no hacen juicios de constitucionalidad.

iii) Por último, está el subsistema francés, que originalmente nace como un subsistema exclusivo de control preventivo ex ante de la constitucionalidad de las leyes. Fue desarrollándose como una derivación del modelo concentrado adaptado para el sistema jurídico francés desde la Constitución

[4] Quiroga León, Aníbal, "El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional", *Ensayos*, Lima, ARA, 2005.

[5] Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica "creación" o "redefinición jurisprudencial" efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial.

de 1958 y el *Conseil Constitutionnel*, de gran influencia en el modelo democrático francés de la segunda mitad del siglo xx y, a partir de la Reforma Constitucional del 2010, va aproximándose cada vez más al modelo europeo kelseniano original por medio de la *question prioritaire de constitutionnalité*.

III. Breve referencia a la justicia constitucional en el ámbito iberoamericano

El Derecho Procesal Constitucional, también conocido por la doctrina como Jurisdicción Constitucional o Justicia Constitucional, está referido a aquellos instrumentos procesales que contiene una carta constitucional para su defensa y control orgánico y para la defensa de los derechos fundamentales por medio de la Jurisdicción de la Libertad. Estos instrumentos —incorporados en el curso de la historia— han continuado su evolución constitucional de las últimas dos centurias, con la finalidad de que, a través de la interpretación constitucional,[6] se brinde a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal, la tutela de los derechos fundamentales ante la vulneración a amenaza de estos y de la defensa y prevalencia de la norma constitucional. Así, debido a la extensión del presente trabajo, pasamos a describir brevemente algunos los sistemas de justicia constitucional, que pueden constituir un claro ejemplo del panorama del Derecho Procesal Constitucional de Iberoamérica.

Bolivia. De la última reforma Constitucional Boliviana de 2009, podemos notar que la tarea del control de constitucionalidad ha sido encomendada principalmente a un tribunal constitucional, denominado "Tribunal Constitucional Plurinacional", así en el numeral III del Artículo 179 se plasmó que "La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional".[7] Adicionalmente, el "Órgano Judicial" conoce en primera

[6] Quiroga León, Aníbal, "La Interpretación Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La Interpretación Constitucional*, t. II, México, Porrúa, 2005, pp. 949-966.

[7] Art. 179. Constitución Política del Estado de Bolivia, *https://tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/pdf/normas/cpe/cpe.pdf*

instancia las acciones constitucionales destinadas a la protección de los derechos fundamentales denominadas en dicha Constitución como "Acciones de Defensa" y estas son elevadas en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional. En ese sentido, el modelo de control de constitucionalidad predominante de Bolivia es el modelo europeo o kelseniano, siendo que este coexiste con el control americano o difuso, es decir, mantiene algunos elementos importantes del modelo americano de la revisión judicial.[8]

Un aspecto particular, de las competencias otorgadas al Tribunal Constitucional boliviano radica en la posibilidad de efectuar un control previo sobre proyectos de Tratados Internacionales, proyectos de Leyes, proyectos de Estatutos o Cartas Orgánicas y, de preguntas de referendos.

Desde el 5 de julio de 2012, Bolivia cuenta con un Código Procesal Constitucional (Ley Nº 254), que regula de forma más desarrollada los procesos constitucionales que son de conocimiento exclusivo de su Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las acciones de defensa cuyo conocimiento —como hemos detallado previamente— serán conocidos tanto por el Órgano Judicial como por el referido Tribunal Constitucional.

Así, dentro de su Código Procesal Constitucional[9] tenemos a i) las acciones de defensa como la acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento y acción popular. Por otra parte, en su texto se regulan también las ii) acciones de inconstitucionalidad, iii) conflictos de competencia, iv) control previo de constitucionalidad y consultas, v) consultas de autoridades indígena originaria campesina sobre aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, vi) recurso directo de nulidad, vii) recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribu-

---

8 Rivera Santibáñez, José, "La justicia constitucional en el nuevo modelo de estado boliviano", en Bogdandy, Armin von *et.al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?,* México, 2010, t. I, pp. 645-679, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/26.pdf*

9 Código Procesal Constitucional de Bolivia, *https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley254/ley254.pdf*

ciones especiales, y viii) recurso contra resoluciones del órgano legislativo, constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la constitución política del estado.

Chile. Podemos referir que el sistema de Control Constitucional chileno, no es puramente Concentrado o Difuso, en tanto que, con sus propias particularidades, posee características de ambos sistemas. Su Constitución vigente de 1980[10] y la posterior modificación, por Ley N.º 20.050,[11] publicada el 26 de agosto de 2005, posee elementos de ambos sistemas americano y europeo, atribuyendo el conocimiento del control constitucional a su Tribunal Constitucional en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; etc.[12] Resaltamos precisamente, la facultad que tiene el Tribunal Constitucional Chileno para efectuar un control preventivo de constitucionalidad.[13] Por otra parte, para las acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales son competentes las Cortes de Apelaciones respectivas, mientras que la Corte Suprema de Justicia hará las veces de segunda instancia.

---

10 Constitución Política de Chile,*https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302*

11 Ley núm. 20.050, Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República,*https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20050*

12 Artículo 1, N. 41 de la ley de Reforma Constitucional N. 20.050. *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20050*

13 Nogueira Alcalá, Humberto, "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madrid, 2006, núm. 10, pp. 241-280,*https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151589.pdf*

Para el caso de la tutela de los derechos fundamentales a nivel constitucional, el sistema jurídico de Chile cuenta con el instrumento constitucional denominado "Recurso de Protección"[14] consagrado en el artículo 20 de su constitución, el cual protege la amplitud de derechos fundamentales, (vida e integridad física, igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales, libertad de conciencia, inviolabilidad del hogar, libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, derecho de asociación, libertad del trabajo, derecho de propiedad, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc.). Asimismo, el "Recurso de amparo", contemplado en el artículo 21 de la Constitución, está destinado concretamente a la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual.

México. Conforme estipula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y sus posteriores reformas, para la protección de los derechos humanos, reconocidos tanto en el mismo texto de la Constitución como de los tratados internacionales,[15] ante las afectaciones concretas a estos derechos se encuentra el denominado "amparo". Resaltamos que este instrumento constitucional surgió en la Carta Federal Mexicana de 1857. En la actualidad, se ha extendido a diversas constituciones conservando inclusive la misma denominación —pero con sus propias singularidades, tal es el caso de países como España, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela o bajo una denominación distinta como *mandato de segurança* en Brasil, recurso de protección en Chile o acción de tutela en Colombia.[16]

Este instrumento del derecho procesal constitucional mexicano incluye en su ámbito de protección no solo una amplia

[14] Nogueira Alcalá, Humberto, "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México", *Revista Ius et Praxis - Universidad de Talca*, Chile, año XVI, núm. 1, 2010, pp. 219-286,*https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24759.pdf*

[15] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,*https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

[16] Fix-Zamudio, *op. cit.,* pp. 634-640.

gama de derechos fundamentales, adicionalmente incluye la protección del derecho a la libertad personal, es decir, dentro del amparo, se tutelan también los derechos que en la doctrina y el derecho comparado son resguardados por el instrumento del derecho procesal constitucional, llamado "hábeas corpus".[17]

Al igual que los sistemas de control constitucional de los países analizados previamente, México no se caracteriza por implementar elementos de un único sistema de control, en tanto que ha implementado elementos de ambos. Por lo que como lo denomina la doctrina puede considerarse que posee un sistema híbrido o ecléctico[18], siendo una particularidad que su Corte Suprema de Justicia haga las veces de un Tribunal Constitucional.

Argentina. La República Argentina se distingue en el contexto latinoamericano por su peculiar confluencia de la estructura gubernamental proveniente de los Estados Unidos y el sistema judicial del *Common Law*. Este paradigma se asienta en un sistema de Estado federal, tal como lo estipula el artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina,[19] en el cual consagra el principio de supremacía constitucional. En este contexto, el control de constitucionalidad en Argentina se lleva a cabo de manera judicial y difusa, otorgando a cada juez del país la competencia para tal fin, siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación la instancia máxima.

En ese sentido, esta distribución de competencias implica que las provincias argentinas tienen la facultad de instituir su propio normativa y sistema de control de constitucionalidad, sin estar

---

17 Corado de Paz, Manuel, "La justicia constitucional en México", en Mezzeti, Luca *et. al* (cords.), *Justicia constitucional sistemas y modelos comparados*, Colombia, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017, pp. 177-209.

18 Soto Flores, Armando, "La Controversia Constitucional y la acción de Constitucionalidad como medios de control de la constitución", *Grandes Temas Constitucionales,* México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, pp. 154-169,*https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/DERECHOPROCESAL.pdf*

19 Constitución de la Nación Argentina, *http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel*

constreñidas a adoptar el modelo de la República lo que en efecto sucede, en tanto que, las provincias argentinas poseen leyes especiales o un código sobre la materia. En adición a ello, el sistema argentino dispone de una variedad de mecanismos para iniciar el control de constitucionalidad, entre los cuales se encuentran la vía incidental clásica (el control de constitucionalidad se hace dentro de un proceso que posee una finalidad principal diferente que la declaración de inconstitucionalidad), el hábeas corpus, el amparo y la acción de inconstitucionalidad.[20]

Es relevante señalar que la provincia de Tucumán cuenta con un Código Procesal Constitucional, vigente desde 1999, mediante la Ley 6944 y sus posteriores modificaciones de 2012, 2019 y 2021,[21] el referido código regula las normas procedimentales concernientes al hábeas Corpus, Amparo General, Amparos Especiales (informativo hábeas data, electoral, fiscal, por mora de la administración), Amparos Colectivos, y finalmente el control de constitucionalidad (referente a la declaración de inconstitucionalidad).

En consonancia con lo anterior, Díaz Ricci es la de opinión que el Código Procesal Constitucional de Tucumán superó la dispersión de normativa de los instrumentos de defensa de la Constitución existente en el derecho procesal constitucional argentino, logrando reunir los distintos instrumentos procesales constitucionales. Más aún, consiguió unificarlos y asentar los principios generales que regulan la problemática procesal constitucional que deben ser considerados por el Tribunal que intervenga en la causa. Siendo, además, que estos atributos marcan la diferencia entre el Código de Tucumán y otras leyes provinciales argentinas, cuya regulación esta referida los procedimientos constitucionales.[22]

---

20 Amaya, Jorge, "La Justicia Constitucional en Argentina, en Mezzeti", Luca *et. al* (cords.), *Justicia constitucional sistemas y modelos comparados*, Colombia, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017, pp. 61-88.

21 Ley 6944, Código Procesal Constitucional de la Provincia Tucumán,*https://www.justucuman.gov.ar/storage/adjuntos/documents/jurisprudencia/leyes/1666877440.pdf*

22 Díaz Ricci, Sergio, Un código procesal constitucional y algunos problemas de la jurisdicción constitucional en argentina, en *Anuario Iberoamericano*

IV. Contexto constitucional en el ámbito nacional de Perú

El sistema actual que rige nuestra Justicia Constitucional nacional no surge plena y únicamente de la Constitución vigente de 1993 o de la Constitución de 1979, sino que nace de un proceso histórico que ha ido evolucionando en el tiempo, históricamente, casi como un resultado natural sin que se le hubiere perfilado así por la intención del constituyente o legislador determinado.

Así, en el Perú existe un sistema mixto de justicia constitucional, lo que ya no admite duda alguna, en el que se pueden ver conjugados diversos instrumentos de control orgánico e instrumentos de la libertad de orden subjetivo. A la par, los planos también están entrelazados, ya que algunos de estos instrumentos pertenecen a la jurisdicción del Poder Judicial, en tanto que otros ingresan a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, institución constitucionalmente autónoma "de control concentrado" que fue incorporada al derecho constitucional peruano desde 1979, y que se ha ido consolidando con la vigencia de tres décadas de la Constitución de 1993. Enfatizando el hecho de que algunos de estos instrumentos que, empezando en la jurisdicción del Poder Judicial, es posible que terminen en la del Tribunal Constitucional.[23]

Conforme a ello, en la Constitución vigente, se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el artículo 200° de la Carta Constitucional (Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, Acción de Inconstitucionalidad, Acción Popular, Acción de Cumplimiento). En adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138 en su segunda parte al Control difuso, y en el artículo 202 inciso 3,

de Justicia Constitucional, núm. 9, Madrid, 2005, pp. 65-88,*https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25767aijc009004.pdf*

[23] Quiroga León, Aníbal, "Breve Historia del Derecho Procesal Constitucional en el Perú", en Crispín Sánchez, Arturo (coord.), *Los procesos constitucionales en sus documentos*, Perú, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 7-25.

al conflicto competencial, todos ellos, forman parte del Derecho Procesal Constitucional peruano.[24]

El caso del sistema constitucional peruano adquirió un cariz muy diferente a partir de la Constitución Política de 1979 (derogada) —vigente desde julio de 1980 hasta diciembre de 1992— donde se nos proveyó al mismo tiempo de los dos modelos de control en una misma Carta Constitucional. A saber:

I. En su artículo 236 se elevó a rango constitucional al control difuso judicial; y,

II. En el Artículo 295° se instituyó la vigencia de un denominado —por ese entonces— Tribunal de Garantías Constitucionales, bajo el modelo kelseniano de control concentrado.

El artículo 236° señalaba era que: "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez debe preferir siempre la primera. Igualmente, tiene que preferir la norma legal sobre toda otra norma subalterna". Evidentemente, podemos ver cómo el sistema americano del *judicial review* fungió como paradigma para la constitución de 1979, a partir de la concepción de que una Constitución escrita es la máxima expresión jurídica en una nación, elevándose al rango constitucional una disposición de control constitucional que tenía como antecedente una norma legal ordinaria (El artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, actualmente derogada).

Por su parte, el artículo 296 de la Constitución de 1979 señalaba que: "El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución"; y se creaba un órgano concentrado de control constitucional denominado *Tribunal de Garantías Constitucionales*, con una evidente influencia del proyecto de Constitución española de 1978, y que tenía por competencia la dilucidación de la constitucionalidad de las leyes, el dirimir y determinar la solución de los conflictos de competencia cons-

[24] Quiroga León, Aníbal, "Nociones básicas y aportes a la litigación en el Derecho Procesal Constitucional peruano", en Crispín Sánchez, Arturo (coord.), *Estrategias de Litigio en Sede Constitucional*, Perú, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-30.

titucionales, y el actuar como tercera instancia en el control de las acciones de garantía constitucionales (jurisdicción de la libertad) originadas en el Poder Judicial y que hayan sido previamente rechazadas en esa sede judicial (la denominada *jurisdicción negativa de la libertad*).

De esta forma, se observa que dentro de un mismo esquema constitucional confluyeron sin una necesaria sistemática que así lo explicara, sin los necesarios antecedentes doctrinarios que lo sustentaran, los dos grandes modelos de control del derecho comparado, en un esquema que originalmente se dio en denominar "sistema dual"[25] de control constitucional.

Pero hoy, sin lugar a dudas, más de cuarenta años después de ello ambos sistemas han pasado de encontrarse normativamente separados en la Constitución de 1979 (que justificada entonces ser considerado como un "sistema dual"), a quedar combinados sistemáticamente a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1993 y posterior regulación en un Código Procesal Constitucional (2004) y luego actualizado o relanzado con el llamado Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) que largamente conforman hoy en el Perú de un "sistema mixto"[26] de control constitucional. Así, la fuerza de la jurisprudencia, de la profusa doctrina que se ha desplegado con gran fortaleza en paralelo y de nuestra propia historia constitucional, hemos desarrollado un modelo de control bastante afiatado, ordenado y sistemáticamente ordenado bajo el protagonismo activista del Tribunal Constitucional.

4.1. El Código Procesal Constitucional del Perú

El desarrollo histórico del Derecho Procesal Constitucional peruano, que ha sido vasto y muy acelerado en los últimos 30 años,

[25] García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Revista Advocatus*, Perú, num. 1, 1998, pp. 65-71, *https://doi.org/10.26439/advocatus1998.n001.2214*

[26] Quiroga León, Aníbal, "Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano", *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP,* Perú, núm. 50, diciembre de 1996, pp. 207 y ss.

ha facilitado a que —con no poca dificultad— se pueda sintetizar en un solo texto normativo, todo el ejercicio de las acciones de control orgánico y las acciones de garantías constitucionales o de tutela de derechos (o jurisdicción de la libertad) en el denominado Código Procesal Constitucional (2004, relanzado el 2021), que es una ley orgánica con reserva en el Artículo 200° de la Constitución, y que ha facilitado grandemente la comprensión y utilización de este modelo mixto de control constitucional a jueces del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional, juzgadores administrativos y políticos, funcionarios públicos, abogados y justiciables.

El Código Procesal Constitucional derogado, Ley 28237,[27] fue promulgado el 7 de mayo de 2004 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2004. Posteriormente entró en vigencia el 1 de diciembre de ese mismo año, tras la *vacatio legis* dispuesta en su texto. Fue en verdad un texto legal pionero a nivel del ordenamiento interno y en Iberoamérica, destinado a recoger de manera integral y sistemática todas las Acciones de Garantía Constitucional y todas las Acciones de Control Constitucional en un solo *corpus iuris*, conforme al mandato contenido en el Artículo 200º "Una Ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas",[28] esto es, el Código Procesa Constitucional. Dicha codificación surgió como respuesta al anhelo de diversos sectores académicos en el Perú,[29] así como al innegable avance de la doctrina peruana en materia de Derecho Procesal Constitucional.

Posteriormente el 23 de julio de 2021 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 31307, que creó el "Nuevo Código Pro-

---

27 Ley 28237- Código Procesal Constitucional del Perú derogado de 2004, *https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682683*

28 Art. 200, Constitución Política del Perú de 1993, *https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678*

29 Véase Quiroga León, Aníbal, "La Judicial Review en el Perú" (artículo de opinión), *El Comercio*, 13 de septiembre de 1996. Constituyendo uno de los primeros reclamos públicos -si no el primero- de llegar a un Código Procesal Constitucional. Véase Quiroga León, Aníbal, "Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional-Estudios", Perú, ARA, 2005, p. 126.

cesal Constitucional",[30] derogando así el Código Procesal Constitucional de 2004. Ello no significó una modificación radical del originario Código de 2004, sino que en él se han introducido modificaciones puntuales, conservándose la esencia y organización del Código de 2004. Siendo que en este texto normativo se regulan los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data, de cumplimiento. Así como el proceso de acción popular, proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial.

El Código Procesal Constitucional del Perú (en su versión original de 2004, cuanto en la actual versión del 2021) es un texto bondadoso, de gran factura, de simple redacción y aplicación, y básicamente sencillo en su redacción y comprensión. A la vez, ha logrado condensar el ejercicio sistemático de las diferentes acciones de control y garantía constitucional, como mencionamos anteriormente en el complejo sistema mixto de justicia constitucional que, desde la Carta de 1070(D), hasta la actual Constitución de 1993, se provee para el sistema procesal constitucional en el Perú.

Desde el conocimiento y aplicación el Derecho Procesal Constitucional peruano desde la perspectiva académica y en la práctica profesional de la abogacía por más de 40 años, es que podemos concluir que, es debido al Código Procesal Constitucional que ahora tenemos un sistema orgánico y desarrollado con una evidente lógica procesal constitucional, que permite tanto a los operadores jurídicos como justiciables una aplicación funcional de los instrumentos constitucionales. Cabe mencionar que antes de la existencia de un texto sistematizado de los procesos constitucionales, las normas procesales aplicables se encontraban dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, en diversas leyes que había que concordar permanentemente. Si bien era un sistema funcional, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el Código Procesal Constitucional, ha significado una evolución plenamente positiva en nuestro sistema constitucional y, en consecuencia, se recomienda su implementación en los sistemas de justicia constitucional de las naciones iberoamericanas.

[30] Ley N. 31307 - Nuevo Código Procesal Constitucional del Perú, *https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext web/#/detallenorma/H1288461*

V. Camino hacia un código modelo iberoamericano

Como hemos descrito en líneas previas, el Perú ha sido el país iberoamericano pionero en dotarse de un Código Procesal Constitucional (2004, relanzado el 2021). Siendo que el esfuerzo de unificación normativa ha sido seguido, con la dación del Código Procesal Constitucional de Bolivia 2012 y a nivel provincial en Argentina el Código Procesal Constitucional Tucumán de 1999, constituyen un claro ejemplo de que la sistematización de la dispersa normatividad que posee la gran mayoría de países Iberoamericanos —en algunos casos contradictoria y hasta confusa en su aplicación— en materia justicia constitucional, es plenamente posible.

En los últimos cuarenta años, todos los países iberoamericanos, en mayor o en menor medida, también han ido desarrollando y desplegando diversos instrumentos del proceso constitucional, del Derecho Procesal Constitucional (también denominada "jurisdicción constitucional" o "justicia constitucional"), ya sean de control orgánico, ya sean en el ámbito de la protección y consolidación de los derechos fundamentales, cuanto por el fortalecimiento de sus estados de derecho, en la mayor amplitud de en sus territorios; bien sea en esquemas claramente judicialistas, bien sea en esquemas concentrados, bien sea en esquemas o en esquemas mixtos o híbridos. Ya señalaba Fix-Zamudio, del análisis de diferentes constituciones como la portuguesa, española, brasileña, colombiana, paraguaya, peruana, que estas han estructurado las garantías constitucionales como aquellos instrumentos tutelares tanto de los derechos fundamentales como de las atribuciones de los órganos de gobierno, contra su afectación por parte de las autoridades públicas.[31]

Si bien en los demás países de Iberoamérica la idea de crear un Código Procesal Constitucional se mira con particular interés, en dichos territorios, aún no se ha podido desarrollar o culminar el referido proyecto. Ello va de la mano con las distintas concepciones, que sobre el control constitucional se pudiera tener, con el enfrentamiento, con el poder de control político que estas

[31] Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 628-633.

acciones de control y garantía suponen, y con una ideología que a veces pareciera alejar a estos conceptos —con algunos paradigmas cuestionables— que muchas veces son más similares de lo que parecen.

La importancia de codificación en materia de la jurisdicción constitucional, ha sido destacada por Velandia Canosa, al señalar que la codificación es una "imperiosa necesidad" de: "i) asegurar legislativamente el espíritu de la Constitución; ii) unificar los contenidos del derecho procesal constitucional (dar orden, claridad y coherencia en la legislación procesal constitucional) y, iii) dar eficacia a la supremacía constitucional".[32]

En consonancia con ello, se presenta como un ejercicio de gran interés conceptual y académico: que nos detengamos a pensar, a discutir y a dilucidar —si es posible a idear—, a nivel iberoamericano, una suerte de esquema o "Código Modelo"[33] de los procesos constitucionales, en el entendido de que las muy diversas instituciones del control constitucional y las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son de interés común para todos los sistemas jurídicos de todas las naciones democráticas y, al mismo tiempo, tienen en su implementación mucho más lugares comunes que diferentes, al margen de denominación, nombres y algunas específicas particularidades.

En consecuencia, esta propuesta, que —en verdad— no es nueva y que ya fue lanzada en foros iberoamericanos a principios del siglo XXI, tiene por idea fundamental comenzar a discutir académicamente la posibilidad de idear o plasmar un "Código Modelo para el proceso constitucional de las naciones iberoamericanas". En el que, respetando las peculiaridades de cada una de ellas, se recoja las líneas matrices en las que todas están adscritas: el modelo de control americano de control difuso, con sus muy

[32] Velandia Canosa, Eduardo, "Necesidad e importancia de la Codificación Procesal Constitucional", en Pérez Salazar, Gonzalo *et. al.* (coords.), *Los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor,* Venezuela, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2011, vol. I, pp. 343-381.

[33] Como el esfuerzo que en su día hizo el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en redactar códigos modelos del proceso civil y de las acciones colectivas e intereses difuso.

diversos alcances y consecuencias, y las del modelo concentrado europeo kelseniano del Tribunal Constitucional (o como similarmente se le llame, vrg. Corte Constitucional, Consejo Constitucional, Consejo Constitucional, etc.). Consideramos con todo fundamento que, si ello se lograra, constituiría un gran aporte al Derecho Procesal Constitucional iberoamericano.

Por eso, nos parece sumamente atractivo y retador que diversos especialistas en la materia se reúnan alrededor de uno o más coloquios o simposios a discutir, razonar, profundizar y debatir la posibilidad de definir conceptualmente las líneas matrices del control constitucional, de la defensa constitucional y de la protección de los derechos fundamentales en cada nación. Todo ello dentro de los canales legitimados para realizar la más adecuada interpretación constitucional de cada nación. Es muy probable que descubramos, y esa es nuestra premisa, muchas más similitudes que diferencias conceptuales, más allá de las diferencias en las denominaciones (*nomens iuris*).

No cabe duda alguna de que todas las naciones, sus autoridades y sus ciudadanos poseemos comunes denominadores, absolutamente unánimes e incuestionables, que no podemos dejar de reconocer como punto de partida. A saber:

a) La supremacía de una Constitución es una cuestión indiscutible y esencial.
b) La división de poderes es de carácter fundamental en una democracia constitucional.
c) La defensa constitucional es una necesidad imprescindible en el Estado constitucional de derecho, en tanto que permite la profundización de los principales valores constitucionales. Deben existir procesos concretos para la defensa directa y abstracta de la constitución.
d) La efectiva defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos es también esencial en una democracia constitucional, un importante imperativo constitucional en toda sociedad democrática. Por ello mismo, todos los ordenamientos jurídicos deben contener instrumentos procesales sencillos, rápidos y eficaces para la defensa de esos derechos constitucionales, distintos de la defensa de los derechos de orden legal resguardados por la jurisdic-

ción ordinaria. Conforme a ello, debemos recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su num. 1 Artículo 25, dispone que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".[34]

e) La democracia, la alternancia democrática, el valor de la libertad, la verdadera igualdad de los seres humanos, el sufragio libre y universal o la legitimidad democrático-constitucional de las autoridades constitucionales, son valores comunes a todas las naciones.
f) Los conceptos de democracia representativa, legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, la fortaleza en el cumplimiento de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la fuerza de la ley (*law enforcement*) y el acatamiento a las reglas de derecho previstas en la Constitución son también ideales comunes a todos *("Goverment by Laws vs el Goverment by Men")*.
g) Finalmente, los límites al ejercicio del poder, los necesarios controles constitucionales interórganos y la apropiada interpretación constitucional por parte del o de los órganos encargados constitucionalmente de verificarla, también son ideales comunes a todos en todas las naciones.

Debería, por tanto, como un proyecto anhelado gestarse un equipo de trabajo o comisión de trabajo con los principales expertos internacionales de Iberoamérica, designados y destinados a discutir la posibilidad o viabilidad de intentar redactar las bases de este "Código Modelo", para que, una vez aceptada la propuesta, pueda empezarse a describir las principales instituciones del control constitucional y de la defensa de los derechos fundamentales en un esquema base, que responda a todas las escuelas y

[34] Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), núm. 1, art. 25, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf*

modelos de control, para finalmente, aterrizar en la redacción de un "Código Modelo Base", con principios comunes (*soft law*),[35] que puedan ser de utilidad comparada a las diversas naciones de Iberoamérica, de los estudiosos de la materia, y también de los propios tribunales, cortes u órganos del control constitucional, con el claro objetivo de que puedan tomar de dicho modelo las figuras que necesiten y amoldarlas a las características de su propia jurisdicción. Todavía suena a una gran utopía constitucional.

De lograrse aquello, esta iniciativa se constituiría un gran aporte al Derecho Procesal Constitucional iberoamericano, y también un gran aporte al Derecho Comparado en material del proceso constitucional y del Derecho Constitucional mismo.

VI. Conclusiones

A nivel iberoamericano, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, es innegable el desarrollo que han tenido todas las naciones que la conforman, siendo que cada una de ellas ha desarrollado, con sus propias particularidades, instrumentos procesales para la defensa orgánica de la constitución y para la defensa de los derechos fundamentales que en ella se encuentren, en consonancia además con los tratados internacionales.

En suma, a lo largo de la historia del Derecho Procesal Constitucional del Perú, hemos sido testigos de las variaciones que ha tenido nuestro sistema normativo. En ese sentido, hemos ilustrado cómo se ha venido desarrollando nuestro sistema procesal constitucional y cómo ha evolucionado de manera doctrinaria, académica y jurisprudencial, teniendo como máximo punto de evolución la creación del Código Procesal Constitucional actual, del cual el Perú ha sido pionero en su creación alrededor de los

[35] Para el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE, *soft law* es el [c]conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materia de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de la conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

países iberoamericanos. Como ya mencionamos, es un código bastante afiatado, ordenado, sistemático y de fácil lectura.

Consideramos que los países pertenecientes a Iberoamérica, al poseer instituciones con características diferentes o particularidades pero similares en los objetivos o fin que persiguen, podrían gestionar un grupo de trabajo de expertos internacionales que tengan como misión principal redactar los cimientos, principales bases y postulados de lo que bien podría ser un *Código Modelo Base para los procesos constitucionales, concentrados y de la libertad, para Iberoamérica,* con la finalidad de que, precisamente sea de utilidad y guía en los sistemas de justicia constitucional de cada nación en la defensa de los derechos fundamentales de toda una comunidad de naciones iberoamericanas que, comparten de manera unánime, los mismos valores y principios constitucionales de defensa de la persona humana, plena igualdad de derechos, defensa de los valores constitucionales y defensa y protección de los principales derechos fundamentales que dan realidad a una común aspiración democrática, constitucional y libertaria.

Referencias

Amaya, Jorge, "La Justicia Constitucional en Argentina", en Luca *et. al* (cords.), *Justicia constitucional sistemas y modelos comparados*, Colombia, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017.

Código Procesal Constitucional de Bolivia.

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Constitución Política de Chile.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Perú de 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corado de Paz, Manuel, "La justicia constitucional en México", en Mezzeti, Luca *et. al* (cords.), *Justicia constitucional sistemas y modelos comparados*, Colombia, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2017.

Díaz Ricci, Sergio, Un código procesal constitucional y algunos problemas de la jurisdicción constitucional en argentina, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005.

Fix—Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los Derechos Humanos -Estudios comparativos,* 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Revista Advocatus*, Perú, núm. 1, 1998.

Nogueira Alcalá, Humberto, "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México", *Revista Ius et Praxis - Universidad de Talca*, Chile, año XVI, núm. 1, 2010.

Nogueira Alcalá, Humberto, "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Madrid, 2006, núm. 10.

Quiroga León, Aníbal, "Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano", en *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP,* Perú, núm. 50, diciembre de1996.

Quiroga León, Aníbal, "Breve Historia del Derecho Procesal Constitucional en el Perú", en Crispín Sánchez, Arturo (coord.), *Los procesos constitucionales en sus documentos*, Perú, Gaceta Jurídica, 2023.

Quiroga León, Aníbal, "El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional -Estudios-", ARA, Lima, 2005.

Quiroga León, Aníbal, "La Interpretación Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La Interpretación Constitucional*, t. II, México, Porrúa, 2005.

Quiroga León, Aníbal, "La Judicial Review en el Perú" (artículo de opinión), *El Comercio*, 13 de septiembre de 1996.

Quiroga León, Aníbal, "Nociones básicas y aportes a la litigación en el Derecho Procesal Constitucional peruano", en Crispín Sánchez, Arturo (coord.), *Estrategias de Litigio en Sede Constitucional*, Perú, Gaceta Jurídica, 2023.

Rivera Santibáñez, José, "La justicia constitucional en el nuevo modelo de estado boliviano", en Bogdandy, Armin von *et.al.* (coords.)*, La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América Latina?,* México, 2010, t. I.

Soto Flores, Armando, "La Controversia Constitucional y la acción de Constitucionalidad como medios de control de la constitución", *Grandes Temas Constitucionales,* México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016.

Velandia Canosa, Eduardo, "Necesidad e importancia de la Codificación Procesal Constitucional", en Pérez Salazar, Gonzalo *et. al.* (coords.), *Los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor,* Venezuela, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2011, vol. I.

La hibridación de la forma de gobierno como respuesta al hiperpresidencialismo

***

The hybridization of the form of government as a response to hyper-presidentialism

*Pablo Riberi**

Resumen: la tesis de este texto es que, sin cambios formales que afecten al marco constitucional de poderes, es poco probable que puedan contenerse o corregirse las nefastas consecuencias que provoca el hiperpresidencialismo. La hibridación, por lo tanto, es la respuesta de diseño más sensata tanto para atenuar tales desbordes como para potenciar los controles republicanos y la deliberación democrática. De paso, es el camino más confiable para lograr acuerdos cooperativos más estables y transparentes entre las élites políticas.

Abstract: the thesis of this text is that without formal changes impacting the constitutional framework of powers, it is unlikely that the ongoing dire consequences caused by hyper-presidentialism can be overcome or curbed. Accordingly, hybridization is the most sensible design response to attenuate such excesses and enhance republican controls and democratic de-

* Catedrático de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba) y de Teoría Constitucional (Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho (Córdoba, Argentina). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

liberation. Incidentally, it is the most reliable way to achieve more stable and transparent cooperative arrangements among political elites.

Palabras clave: formas de gobierno y separación de poderes, presidencialismo, hiperpresidencialismo y atenuación de competencias ejecutivas, hibridación y respuestas desde el diseño constitucional.

Key words: forms of government and separation of powers, presidentialism, hyperpresidentialism and the attenuation of executive powers, hybridization and responses from constitutional design.

Sumario: I. Proemio II. La distorsión del modelo presidencialista: ¿una transformación reversible? III. Reflexiones finales.

I. Proemio

La Política y, sobre todo la Política Constitucional, tiene por método una mirada arquitectónica trascendental sobre el comportamiento del poder: su legitimidad, competencias y límites. Naturalmente, la misma apunta a establecer los mecanismos de representación, gobierno y control. Asimismo, la política constitucional no puede librar la regulación de las relaciones interpersonales a otras condiciones que no sean aquellas que, en claves de justicia, la misma constitución propicie o autorice.

El diseño constitucional y el *ethos* —o ambiente— constitucional de cualquier comunidad política civilizada, por lo tanto, debe prever las normas, las instituciones y los comportamientos que permitan optimizar los objetivos constitucionalmente acordados. Esto es, debe pensar cómo las dos sustancias con las que se hace una Constitución —Poder y Libertad— pueden amalgamarse y perdurar en armonía.

Amén de robustecer la educación cívica —y la formación republicana de funcionarios, representantes y ciudadanos—, lo más sensato es pensar remedios y reformas en las normas e institu-

ciones que están constitucionalmente llamadas a consolidar los fines apuntados. Es imprescindible repensar dinámicamente qué transformaciones en reglas, procedimientos e instituciones pueden necesitar ser reconfiguradas. Ello es razonable en la medida que los actos estatales de representación, gobierno y de control se muestren poco eficaces o carentes de justicia.

Como puede sospecharse, modificar la estructura constitucional del Poder o incentivar el cambio de comportamiento en los detentadores del Poder, no es tarea sencilla. Hay que comprender que el comportamiento individual y de las instituciones están imbricados en sutiles relaciones estructuradas. Esto es, el resultado inmediato, mediato y remoto de las modificaciones constitucionales a un mecanismo del Poder, inexorablemente, suelen ser contingentes cuando no impredecibles. A menudo, los cambios constitucionales introducidos al interior del Estado, traen consigo consecuencias no deseados. En pocas palabras, es importante evitar que el remedio no sea peor que la enfermedad.

Ante esta situación, la tasa de fracaso y frustración colectiva suele multiplicarse y profundizarse durante los procesos de reforma política y constitucional. En todos los casos, las correcciones y mejoras logradas, en gran medida, dependen de un adecuado diagnóstico constitucional. Téngase presente que todo sistema político debe lograr armonizar tres objetivos centrales.

1. Un sistema político legítimo y estable debe exhibir capacidad para la toma de decisiones eficaces y eficientes en tiempo oportuno.
2. Un sistema político legítimo y estable debe proyectar controles idóneos e imparciales.
3. Finalmente, finalmente, un sistema político legítimo y estable debe este contar con instituciones cuyas credenciales democráticas deben contar con respaldo popular —o de la mayoría— de los integrantes de la comunidad política involucrada.

A contramano de ello, a menudo, que las correcciones en materia de gobernabilidad suelen minar los controles y con ello menoscaban el estado de derecho. Y, a contramano de lo dicho, el objetivo de más y mejores controles, suele terminar entorpeciendo la eficacia/eficiencia de las decisiones estatales, cuando

no minando la gobernabilidad y la estabilidad del sistema. El juicio de legitimidad —o sobre la representatividad de los órganos superiores del estado—, por último, suele impactar tanto en los órganos del Poder Legislativo, el Ejecutivo como en el Poder Judicial.

Mi opinión, es que, no obstante los riesgos, el desarrollo de modelos híbridos de gobierno en Latinoamérica —y en otras regiones del planeta—, sigue siendo una alternativa sensata para resistir y corregir las amenazas del hiperpresidencialismo. En esta inteligencia, las claves reformistas y de atenuación del (hiper) presidencialismo, quizás debieran explorar nuevos horizontes en materia de separación de poderes. Como corolario del argumento, entonces, si esto fuere aceptado, complementariamente, sugiero no perder de vista los siguiente objetivos político—constitucionales. Todos ellos, claro está, compatibles con la hibridación del sistema político.[1] Estos son:

1. Frente a la tecnocracia y al *management* público—estatal, robustecer legitimidad al Poder Legislativo, robusteciendo los principios históricos del republicanismo ideológico.
2. Crear un conjunto de incentivos institucionales para que el presidente, el gobierno, las mayorías y las minorías parlamentarias, estén en condiciones de decidir, coordinar y cooperar por medio de acciones comunes. Que puedan hacerlo, aun reflejando diferenciadas posturas ideológicas relativas.
3. Identificar un conjunto de amenazas institucionales recíprocas entre los poderes superiores del estado. La existencia potencial de las mismas debe ser compatible con una dinámica razonable de acuerdos y desconfianzas entre el poder ejecutivo y el poder legislativo.[2]

---

[1] Pablo Riberi, "Sans eficacite, cooperation ni controles, le presidentialismo Argentin est un modele obsolete", *Civitas—Europa*, Bruylant, Bruxeles, núm. 26, 2011, pp.7-21.

[2] Véase Riberi, Pablo, "Disenso, pesimismo y desconfianza dentro de los límites de las reglas constitucionales", en Bergman, Marcelo y Rosenkrantz Carlos (coords.), *Confianza y Derecho en América Latina,* México, FCE-CIDE, 2009, pp. 195-214.

4. Regular constitucionalmente modos más flexibles de legislación —manteniendo una 'reserva de ley' para ciertas materias—. Estos modos más sencillos de sanción de normas —bajo el liderazgo del poder ejecutivo—, empero, debe contar siempre con un control inmediato y exhaustivo del congreso. Naturalmente, este último prevalece. Los mecanismos apuntados en "3", juegan un papel central en tales hipótesis.
5. Asegurar un desmembramiento razonable de algunas funciones y competencias del presidente en la cabeza de un jefe de gabinete o primer ministro.

II. La distorsión del modelo presidencialista: ¿una transformación reversible?

Guillermo O'Donnell ha hecho notar como el hiperpresidencialismo se amalgama y desarrolla conformando un régimen político degradado; eso que él llama "democracia delegativa". Para O'Donnell, por lo tanto:

> [...] las democracias delegativas se fundamentan en una premisa básica: el que gana una elección presidencial está autorizado a gobernar el país como le parezca conveniente y, en la medida en que las relaciones de poder existentes lo permitan, hasta el final del mandato. El presidente es la encarnación de la nación el principal fiador del interés nacional, lo cual cabe a él definir.[3]

Obviamente, la decisión, actuación y gobierno en los sistemas hiperpresidencialistas, no podría ser de otro modo. Evidentemente, cuando ello acontece, los mecanismos republicanos de control, cuando no, la forma de estado federal; incluso, la legitimidad democrática, se encuentran en peligro.

En el último tercio del siglo XX, en América Latina, lo cierto es que las copias producidas del modelo norteamericano fueron mutando en cesarismos hiperpresidencialistas o, en palabras de

[3] Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª. impresión, Buenos Aires, Astrea, 2005.

Maurice Duverger, terminaron consolidando "sistemas de preponderancia presidencial".[4] En verdad, este autor fue uno de los primeros en observar que, en América Latina, las copias producidas del modelo norteamericano habían derivado en expresiones deterioradas del modelo original. En estas imperfectas réplicas de la Constitución de Filadelfia, el principio de división de poderes, se manifiesta por medio de un asimétrico desequilibrio en sus ejes; con un poder ejecutivo pletórico y un parlamento y un poder judicial vulnerables frente al primero.

De modo que, dentro de un esquema de poderes desequilibrado, en varios países de la región, fuimos testigo cómo, con resignación, en aras de mayor gobernabilidad, o bien se desbarataron controles necesarios o, dolorosamente, al preservarse dichos controles, el sistema político entró en parálisis y/o ingobernabilidad. Dentro de este dilema insuperable, en pocas palabras, se advierte que, la amenaza del descontento popular por la falta de gobernabilidad —'responsiveness': eficacia/eficiencia, resultaron ser una excusa recurrente para la irrupción de gobiernos autoritarios.

Tal como nos lo explica Ackerman —citando a Juan Linz—, la degradación del sistema presidencialista tiene una explicación plausible.[5] Más allá de buenas o malas intenciones, en rigor de verdad, lo que el desapego a la Constitución termina provocando, es una deriva autoritaria en nombre de un "realismo político" bastante hipócrita. Luego, el razonamiento es sencillo: mantenerse respetuoso de los procedimientos constitucionales de decisión y control —muy especialmente cuando la oposición domina una o ambas cámaras—, importa el sacrificio voluntario de los programas y las promesas electorales. Tal sacrifico, implica ciertamente asumir la debilidad estructural de un gobierno que, perdiendo apoyo popular, pasa a ser además un gobierno vulnerable frente a otros factores de poder. En este contexto, entonces, la pregunta es dónde está la salida. Y, normalmente, la salida ha sido hacia más hiperpresidencialismo.

---

4 Véase Duverger, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Thémis, Presses Universitaires de France, 1970, pp. 608 y ss.

5 Volveré más adelante sobre esta idea. Véase, Ackerman, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 633–725.

En consecuencia, he aquí, algunas razones que explican por qué el hiperpresidencialismo necesita remedios de "diseño" afines a la hibridación del sistema. Siguiendo importantes contribuciones en la materia, es también necesario identificar núcleos de problemas que merecen especial atención. En mi opinión, atento la experiencia legada por el hiperpresidencialismo, es fundamental tener registro de algunas lecciones adicionales. Estas son:

1. Que todo incremento y concentración injustificada de facultades y recursos en el Poder Ejecutivo, no solo afecta el equilibrio, sino que tiene un impacto negativo en los demás poderes superiores del estado.
2. Que en países cuya forma de estado es federal —como Argentina—, el poder central exhibe una clara tendencia a aumentar sus atribuciones por encima —o invadiendo—, los poderes de los estados subnacionales.
3. Que las competencias y atribuciones del poder ejecutivo tienen tendencia a incrementarse por encima de las competencias y atribuciones del resto de los poderes del estado federal.
4. Que el incremento y concentración del poder en el ejecutivo suele tener un efecto predatorio sobre las libertades y los derechos de las personas. Este flagelo no solo sucede en tiempos de emergencia. Lo que sucede en varios países como la Argentina, es que el abuso y la prolongación en el tiempo de la legislación de emergencia, es una característica típica de la lógica del hiperpresidencialismo.

2.1. El hiperpresidencialismo y la crisis del sistema democrático

El hiperpresidencialismo, por lo tanto, es una subespecie de forma de gobierno que habita y se solapa tanto dentro del modelo de separación de poderes. Este se caracteriza por el abrumador liderazgo de un Poder Ejecutivo con competencias desmesuradas; desconocidas en el modelo original norteamericano.[6] Este corrimiento de los ejes competenciales ha traído consigo no solo

[6] *Cfr*. Nino. Carlos S., *op. cit*., pp. 504-538.

la ruptura de los mecanismos institucionales de pesos y contrapesos, sino también, la erosión de tantos otros principios normativos propios del constitucionalismo político.

En este sentido, tal como correcta y *madisoneanamente* especula Sebastián Etchemendy, los pesos y contrapesos fueron emplazados, precisamente, para contener la ambición de unos por medio de la ambición de otros.[7] La división de poderes, además, fue pensada como una manera de garantizar la libertad individual. Sin embargo, en varios países de la región —como la Argentina—, los límites diseñados fueron desbordados cuando no arrasados por medio de arrestos imperiales de parte de presidentes de diversa extracción. Esto guarda especial relevancia en los actuales tiempos posindustriales; en esta época signada por un proceso global de digitalización que está dominando los procesos burocráticos, administrativos, comerciales y financieros.[8]

Teniendo en cuenta los males institucionales que el hiperpresidencialismo auspicia, es un dato de la realidad que los desajustes entre poderes, es una secuencia repetida en la historia constitucional de la región. A los fines de esta argumentación —aunque también en términos más amplios de la teoría constitucional—, sostengo que la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político-constitucional, ciertamente, son un fin en sí mismo.[9] La ingobernabilidad, por lo tanto, se refiere a una situación disfuncional que dificulta la actividad y la capacidad gubernamental. La repetición del fenómeno —como nos ha pasado—, desencadena tensiones y rupturas dolorosas. A propósito de la estabilidad del orden político constitucional, conviene recordar a Garzón Valdés quien correctamente ha hecho notar que existe: "[una relación necesaria entre el concepto descriptivo de estabilidad y el con-

7 Etchemendy, Sebastián, "Los Presidencialismos Argentino y Norteamericano", *Revista Agora*, año 4, núm. 8, 1998, Buenos Aires, p. 51.

8 En este punto, no se puede soslayar la influencia que hoy han ganado otros factores informales del poder. Muy especialmente hay que tomar conciencia sobre la existencia de grupos auto-interesados muy agresivos, cuya agenda rechaza cualquier argumento sensible al bien común. *Cfr*. Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism,* Profile Books, 2019.

9 Offe, Claus, *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales,* Editorial Sistema, Madrid, 1992, p. 46.

cepto normativo de legitimidad]". [10] Vale decir, que no es sencillo desatar el vínculo esencial que determina la suerte común de ambos planos.

En otras palabras, pareciera ser que, sin estabilidad, es difícil que haya legitimidad suficiente en el tiempo. Mientras que, al mismo tiempo, sin legitimidad suficiente, es difícil que se logre la estabilidad necesaria que el sistema político precisa. Aun así, está claro que no hay ecuación posible entre ambas dimensiones que, discursivamente, corren por carriles separados.

2.1.1. Una pesadilla recurrente: iperpresidencialismo y fragilidad constitucional

En un texto seminal de la Harvard Law Review, Bruce Ackerman —recostándose en los estudios de Juan Linz— afirmó que la copia del sistema presidencialista norteamericano ha sido la causa necesaria sino suficiente para que: "constituciones en manos de presidentes frustrados que prescindían de congresos intransigentes y se instalaban ellos mismos como caudillos con la ayuda de militares o de plebiscitos extra constitucionales".[11] En contraposición al presidencialismo, ratificando estos datos de la realidad, de paso, cabe tener presente las observaciones de Stepan y Skach quienes advierten que el sistema parlamentario

> [t]iene mayor propensión a que los gobiernos tengan mayorías que puedan hacer cumplir sus programas; su mayor capacidad para gobernar en un medio multipartidario; su menor propensión a que los ejecutivos gobiernen en los límites de la constitución y su mayor facilidad para destituir al jefe del ejecutivo que lo haga, sin menor susceptibilidad a un golpe militar y su mayor tendencia a asegurar carreras largas dentro del partido o del gobierno, lo que añade lealtad y experiencia a la sociedad política.[12]

---

[10] Garzón Valdés, Ernesto, "El Concepto de Estabilidad en los Sistemas Políticos*", Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 509-519.

[11] Ackerman, Bruce, *Ibidem*.

[12] *Cfr*., Stepan y Skach, "Presidencialismo y Parlamentarismo; Perspectiva comparada", en Linz, Juan y Valenzuela, Arturo, comps., *La Crisis del*

Reparando ambas intuiciones presentadas en el párrafo anterior, una pregunta interesante debería intentar esclarecer si el diseño institucional plasmado mediante normas en la Constitución tiene influencia directa en el *ethos* o ambiente constitucional. El interrogante es relevante porque, si no lo tuviere, poco sentido tendrían la hibridación del sistema por medio de una reforma constitucional. Si lo tuviere, como ya he subrayado, resulta de todos modos necesario estar precavidos sobre potenciales efectos remotos no deseados en todo proceso de reforma o cambio constitucional. Como nos lo advierte Vermuele, las más sutiles alteraciones al registro de competencias horizontales y/o verticales, a veces suelen traer consigo un impacto desequilibrante; a veces estructural al interior del sistema.[13]

Ahora bien, es importante sopesar en profundidad algunas observaciones metodológicas adicionales. Estas son centrales en el debate que propongo. Aun cuando Shugart y Mainwaring cuestionan las rígidas implicaciones causales que, livianamente, cargan contra determinada opción —vgr: el presidencialismo—, una inevitable inestabilidad o escasa calidad democrática. Esta cautela, en todos los casos, siempre es sensata.[14] Pero también lo es seguir con atención ciertos fenómenos regulares en materia de diseño y comportamiento del Poder.[15] Si bien resulta razonable evitar inferir conclusiones universales, lo cierto es que no debiera parecernos casualidad que el presidencialismo preferido en América latina y en África haya manifestado una historia plagada de tensiones y rupturas institucionales.[16]

Presidencialismo. Perspectivas Comparadas, Alianza Universidad, 1997, p. 209.

13 *Cfr*. Vermeule, Adrian, *The Mechanics of Democracy,* Oxford University Press, 2007.

14 Véase Valadés, Diego, *The Parliamentarization of Presidential Systems,* IIJ-UNAM, México, 2022, pp. 7-11.

15 Mainwaring Scott Y Shugart, Matthew, *Presidentialism and Democracy in Latin America,* Cambridge University Press, 1997, p. 27.

16 Véase Colombo Murúa, Ignacio, "El presindecialismo en Latinoamérica. Un replanteo metodológico para su abordaje", en Riberi, Pablo y Salazar Ugarte, Pedro (dir.), *Decisión Democrática y Forma Constitucional,* IIJ-UNAM, México, pp. 207-230.

En pocas palabras, aun siendo incorrecto predicar una relación de condicionalidad directa entre la opción constitucional presidencialista con la derivada producción de una incontable lista de calamidades político—institucionales; de todos modos, y a contramano de cualquier indiferencia, me parece insensato desatender los datos empíricos que apuntan a vincular la fragilidad democrática, la debilidad institucional y la inestabilidad de muchos de estos sistemas políticos con la deriva autoritaria del hiperpresidencialismo desatado. Es evidente que tanto mejor puede ser el análisis comparado si el observador logra proyectar otros factores y variables dependientes. Por caso, la densidad poblacional, el nivel de ingresos, los sustratos culturales, religiosos, étnicos, etc., etc. La sustentabilidad o el fracaso de las formas de gobierno, en resumidas cuentas, dependen tanto de los déficits de diseño como de las variables contextuales que van forjando cada *ethos* constitucional en concreto.[17]

Por caso, en países como la Argentina, el hiperpresidencialismo, sin duda, ha tenido la capacidad de acomodar las instituciones y los procedimientos estatales a la lógica de la emergencia. Dentro de una espiral viciosa, nuevas situaciones de emergencia de diversa índole, han permitido la ampliación de nuevos poderes al Poder ejecutivo que, inexorablemente, se ha encargado de minar los equilibrios constitucionales alguna vez instalados al interior del sistema. La adaptación y/o degradación del *ethos* constitucional local a las normas de emergencia, por lo tanto, permite notar los siguientes extremos:

1. La legitimidad de un presidente electo con mucho poder, escindido del parlamento, reclama para sí el esquivo concepto de mandato popular. Montado sobre esta legitimidad concentrada y excluyente, el Poder ejecutivo tiende a justificar decisiones inconsultas. Naturalmente, tal como lo destaca Liphart, hay pocos estímulos para la coopera-

[17] Blondel, a su vez, observa una relación entre pluralismo y sistema político parlamentario. Según se desprende de dicho análisis, un 80% de las democracias pluralistas eran de índole parlamentaria o mixta. Asimismo, son muy pocos los casos que se encuentren unidas las variables legitimidad democrática estabilidad y presidencialismo. *Cfr*., Blondel, Jean, *Comparative Government*, Second Edition, Prentice Hall, 1995, pp. 27-30.

ción y el consenso previo a la toma de decisiones ejecutivas.[18] Y, ciertamente, a caballo de esto, la ciudadanía percibe claramente desde donde se precipita la gradiente del Poder. El sistema tiende a reproducir gobiernos mayoritarios, a menudo hegemónicos. La elección presidencial, en este escenario, constituye el máximo objetivo de toda fuerza política competitiva.

2. Ausencia de mecanismos institucionales descompresivos para las crisis políticas graves. Los funcionarios importantes son removibles solo por el paso del tiempo o por la sola voluntad del presidente. Por la rigidez de los mandatos, no hay válvula de escape ni mecanismos institucionales para forjar acuerdos necesarios y duraderos al interior del Poder Legislativo.
3. Existe una mayor permeabilidad frente a la operación sectorial de lobbies particulares y grupos de presión que, sin duda, concentran sus influencias sobre el poder ejecutivo. Particularmente, sobre ministros, secretarios, asesores, colaboradores y técnicos que definen políticas públicas desde ministerios.
4. Ausencia de incentivos para promover acuerdos programáticos con las fuerzas políticas de la oposición. Cabe destacarse que en los sistemas presidencialistas hay dos legitimidades democráticas, electas popularmente. De modo que de acuerdo a lo dicho renglones arriba, la oposición siempre se ve tentada a encerrarse en un discurso solipsista, obstinadamente opositor al gobierno.
5. Impermeabilidad institucional o desconexión del orden de decisiones político—ejecutivas con el contenido del debate público. Muy a menudo, tal desconexión ocluye la precepción de las demandas —las necesidades— del pueblo. El congreso solo es *partenaire*.
6. Finalmente se nota una tendencia a subestimar el apego

[18] Liphart, quien distingue entre democracias mayoritarias y democracias consensuales, observa que el presidencialismo es proclive a caer en alternativas mayoritarias, dejando poco espacio para prohijar consensos. Cfr. A. Liphart, en Juan Linz y Arturo Valenzuela (comps)., *La Crisis del Presidencialismo. Perspectivas Comparadas,* t. I, Alianza editorial, Madrid, 1997, p. 147.

a las reglas jurídicas y las formalidades esenciales que simbolizan los atributos normativos de una democracia constitucional. Los conflictos de poderes tienden a ser dirimidos por criterios que raramente son jurídicos.

2.2. ¿Se puede corregir el hiperpresidencialismo mediante cambios de diseño?

La atenuación del presidencialismo, evidentemente, es un objetivo constitucional deseado, claro está. De todos modos, ahí no terminan los desafíos de diseño. En verdad, existe un desafío aún muy esencial. Un desafío imprescindible que apuntala la obligación política fundamental; esa que es clave de bóveda en toda comunidad civilizada. Me refiero a la obligación de obediencia a la constitución y las leyes. Y, en ese instinto, hay que prestar especial atención a la autoridad del congreso, la asamblea o parlamento. En efecto, tal como remarca Mény, hay que tener conciencia (que) "[...] el Parlamento, por sus funciones de representación, de decisión y control sigue siendo, a pesar de sus deficiencias, un instrumento de legitimación del poder y un lugar de debate —el único— donde se enfrentan en forma institucionalizada y organizada la mayoría gobernante y la oposición.[19]

Mirando el comportamiento de los sistemas político-constitucionales comparados, Stepan y Skach sostienen que las democracias parlamentarias tienden a aumentar el grado de libertad que facilitan las graves tareas de reestructuración económica y social.[20] Al igual que Liphart, agregan estos autores, que, de acuerdo a tendencias teóricamente predecibles y empíricamente observables, el parlamentarismo ofrece más apoyo para consolidar la democracia.

Estos hechos han sido constatados en varios países de América Latina. Además, en países como Argentina, se puede constatar como el presidente suele sufrir la falta de instrumentos y apoyos

[19] Yves, Mény, *El Sistema Político Francés,* La Documentation Française, Paris, 1998, p. 79.

[20] *Cfr*. Stepan y Skach, *op. cit.,* p. 189.

político-institucionales suficientes para cumplir el programa de electoral. Otras veces, se puede advertir un abuso escandaloso en la utilización de poderes de emergencia o directamente para lograr llevar adelante políticas populistas o, muchas veces, políticas enfrentadas a la constitución. Esta es una cuestión central.

Quizás, por eso, recogiendo las enseñanzas que dejó el Consejo para la Consolidación de la Democracia en Argentina —en sus dos dictámenes—, las correcciones institucionales que apunten hacia una hibridación del sistema político, tal vez pueden traer soluciones contundentes al hiperpresidencialismo instalado. En este sentido, siguiendo las intuiciones de Carlos Nino, sigue siendo insoslayable corregir los mecanismos político-institucionales que todavía auspician inveteradas prácticas asociadas al caudillismo. Si una eventual reforma constitucional permitiera mudar la forma de gobierno argentina hacia un esquema híbrido —en mi opinión: de tipo semipresidencial—, tales correcciones y objetivos pudieran volverse plausibles.[21] El sostenimiento del actual esquema constitucional de distribución y ejercicio del poder torna inverosímil la atenuación del hiperpresidencialismo.

Ahora bien, las variantes y tonalidades entre modelos semiparlamentarios y modelos semipresidencialistas permiten de alguna manera componer incontables arreglos y permutaciones institucionales posibles. A título de hoja de ruta, presento genéricamente dos alternativas básicas:

1. *Presidencialismo Parlamentarizado* o modelo *Congresional* sobre la base de la histórica constitución de los Estados Unidos, pero en sintonía con las reformas introducidas al congreso de la unión en tiempos de Lyndon Johnson. Esta alternativa debiera admitir la elección directa del presidente. En este modelo, téngase presente, el gobierno está formado por el presidente y por los ministros del gobierno. Los ministros, de todos modos, necesitan acuerdo y son responsables ante el Congreso. El presidente no tiene

[21] Véase AA.VV. (Nino, Carlos S. Coord.) *Dictamen Consejo para la Consolidación para la Democracia,* Eudeba, Buenos Aires, 1986. Asimismo, AA.VV., (Nino Carlos Coord.), *Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación para la Democracia,* Eudeba, Buenos Aires, 1987.

iniciativa de ley y cuenta con limitadas atribuciones legislativas (*executive orders*). No huelga aludir la importancia ha tenido la doctrina del llamado "departamentalismo" en la consolidación del poder político del congreso en los Estados Unidos.[22]

2. *Semipresidencialismo (a la francesa).* Ejecutivo dual: eleccion del presidente por voto universal directo *majority runoff*; amplios poderes son conservados por el Presidente que es quien nombra al Primer Ministro o jefe de Gabinete. El presidente preside el Consejo de Ministros —sobre todo cuando tiene mayoría en la asamblea; más aún si gana las elecciones de medio término—. En este esquema, la responsabilidad del gobierno —con su primer ministro a la cabeza— y los ministros es siempre ante el congreso o parlamento. El presidente cuenta a su vez con el poder de disolución del parlamento; debiendo automáticamente convocar a nuevas elecciones cuando toma dicha decisión. El gobierno —con su primer ministro o jefe de gabinete a la cabeza— cuenta con importantes competencias legislativas, las cuales son revisadas por el Poder Legislativo de forma periódica o semanal.

2.2.1. Razones que justifican la hibridación del modelo

En discrepancia con quienes pretenden reducir el razonamiento político a una lógica utilitaria y a los presupuestos epistémicos de la *rational choice,* me parece importante remarcar algo importante. Entiendo que las preferencias y los deseos particulares que explican las decisiones y los actos de políticos y de altos funcionarios solo pueden ser reconocidos como tales, sí y solo sí los mismos fueran evaluados dentro de un contexto de "incentivos institucionalmente previsibles" y en función de alternativas ins-

[22] He analizado esta postura en varios textos. Entre ellos destaco: *El departamentalismo como respuesta a la Emergencia —Reflexiones desde el Constitucionalismo Político-Republicano. Cfr*. Riberi Pablo, "Desequilibrio de Poderes durante la Emergencia", en Barrera Buteler (ed.), *El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Postpandemia del Covid—19*, T.2., Advocatus, Córdoba, 2020, pp.227-241.

titucionales que, concomitantemente, deben ir estructurando materialmente el contenido de tales elecciones. Pues bien, en países como Argentina, para superar el abuso de la actividad legislativa de emergencia por DNU y/o legislación delegada, ¿qué mecanismos podrían incorporarse para potenciar la *responsiveness* del gobierno? Sospecho que es interesante prestar atención a la interfase y práctica que, en el modelo francés, vinculan al Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo. En efecto, allí existen dos alternativas muy singulares que merecen atención. Estas son el llamado "voto paquete" y la "guillotina". A partir de la puesta en marcha de cualquiera de estos mecanismos, el gobierno cuenta con procedimientos expeditos, aunque solo las va a tener asumiendo una responsabilidad especial frente al Parlamento. Naturalmente, este juego de inciertas iniciativas y reacciones —en especial ante una eventual negativa del parlamento a concederle los instrumentos legales requeridos por el gobierno—, ofrece resultados que o bien son satisfactorios y, si no lo fueran, en todo caso siempre son transparentes y respetuosos del equilibrio de poderes.

El "voto paquete" presentado por el Gobierno, por ejemplo, pone al congreso, asamblea o parlamento ante el dilema de votar afirmativamente todas las leyes incluidas en ese "paquete" o, caso contrario, se asume que con la negativa han sido rechazadas todas las normas involucradas en el paquete legislativo. Recordemos que una mayoría en el gobierno es responsable de establecer el orden del día. En consecuencia, no es difícil imaginar que, dentro del paquete, seguramente el gobierno puede incluir también varias leyes que cuentan con especial interés de parte de los representantes de la oposición. No se trata de una carnada, sino más bien, de una instancia de negociación plural para obtener la cooperación de otras bancadas.

Otro mecanismo interesante es la llamada "guillotina". Este procedimiento permite decidir con urgencia una cuestión esencial para el gobierno. Luego, esto no solo evita el llamado 'filibusterismo' sino que supone plazos razonables para el tratamiento de leyes prioritarias. Cuando el gobierno introduce la 'guillotina', *in—extremis,* lo que está haciendo es obligar a los representantes a optar en tiempo propio. En un escenario de emergencia terminal, los representantes en el congreso, entienden que o bien

acompañan con el voto la propuesta del Líder del gobierno, o bien con su negativa están provocando la caída de este con todo su gabinete. Naturalmente, esto habitualmente no le conviene a nadie, sobre todo cuando el presidente —a instancias del jefe de gobierno o primer ministro—, puede disolver la asamblea legislativa.

III. Reflexiones finales

Siempre es necesario tener mucha cautela con los procesos de reforma y cambio constitucional. Estos eventos suelen presentarse como la ofrenda de los griegos a los troyanos. Y ello es así porque las reformas constitucionales suelen precipitarse por múltiples razones. Algunas veces, en aras del bien común, otras veces, por razones más bien inconfesadas. Las auténticas motivaciones de tales iniciativas, suelen solaparse con el interés egoísta del líder o de conspicuos integrantes de la fuerza en el poder.

Para reconocer exhaustivamente el cuerpo de motivaciones agonales que suelen profundizar el hiperpresidencialismo en Latinoamérica, me parece ilustrativo destacar la importante contribución hecha por Gabriel Negretto en materia.[23] En todo caso, la verdad es que, prometiendo remozar la parte dogmática; o bajo la consigna de nuevos derechos, los verdaderos cambios trascendentes operan sutilmente en las secciones orgánicas —en la sala de máquinas nos dice Gargarella— y, con ello, suelen colarse las reelecciones, convenientes reformas electorales, nuevos poderes; menos controles, menos incentivos para alcanzar consensos plurales. [24]

En síntesis, en muchos de nuestros países —especialmente en Argentina—, la figura del hiperpresidencialismo ha crecido porque el diseño constitucional lo ha permitido. Y, con ello, en su tendencia inexorable, se ha ido degradando los principios repu-

[23] Véase, Negretto, Gabriel, *La Política del Cambio Constitucional en América Latina,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, pp. 66–104.

[24] Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas en Latinoamérica", en Riberi Pablo (coord.), México, IIJ-UNAM, 2019, pp. 95-118.

blicanos al tiempo que han ido menguando también el desarrollo económico y social. El hiperpresidencialismo ha sido el gran responsable de la ruptura del equilibrio de poderes en los sistemas constitucionales de la región; ha sido y sigue siendo la causa eficiente de la multiplicación de emergencias de diversa índole.

Naturalmente, por todo ello, resulta prioritario enfatizar una conclusión esencial. Hay que saber que para combatir el hiperpresidencialismo no basta con apostar por una educar al soberano. Para evitar todos sus males, es imprescindible realizar cambios estructurales a las instituciones representativas, de gobierno y de control. En otras palabras, es necesario recalibrar nuevos contrapesos para restablecer equilibrios en el sistema político. Con toda cautela —con los acuerdos y en los tiempos adecuados—, por lo tanto, es razonable asumir algunos riesgos medidos. Tal proceso de reforma, debería reconfigurar los ejes del Poder en claves de un semipresidencialismo o de un semiparlamentarismo adecuado a las experiencias democráticas locales. Para tallar esta fisonomía, claro está, es deseable que el órgano reformador esté dotado de diversidad ideológica, aptitud técnica y convenientes dosis de patriotismo.

Sobre este concierto de ideas, con miras a una hibridación y atenuación del hiperpresidencialismo vigente en países como la Argentina, propongo sintetizar algunas conclusiones generales. En cualquier hipótesis, para mudar hacia un sistema híbrido, con dos motores —como decía Vedel—, o con un poder ejecutivo restringido en su liderazgo político —como sugiere Sartori—, sugiero tener presente las siguientes características:

1. Dentro de un sistema multipartidista acotado; aun conservando un presidente electo por voto popular (*runoff*), el presidente —Jefe de Estado, debe conservar funciones de gobierno compartidas—. Por otro lado, este debe además contar con la capacidad fulminante de disolver el Parlamento.
2. Erigir un Poder Ejecutivo bifronte. Esto quiere decir que, aun cuando el primer ministro gobierna, su autoridad no es plena, toda vez que el presidente conserva importantes atribuciones ejecutivas (vgr. en materia de relaciones internacionales, en materia de emergencia y defen-

sa nacional). Eventualmente, pueden preverse asimismo situaciones de liderazgo alternativo teniendo en cuenta las hipótesis de "cohabitación" constatadas en el modelo francés.

3. Aceptar que al gobierno lo dirige un jefe de gabinete —o primer ministro— que preside un gabinete o consejo de ministros conformado por acuerdos sostenibles con las mayorías parlamentarias. La posición del jefe de gabinete —o primer ministro— con su consejo de ministros exige la independencia del mismo respecto del Congreso o Parlamento de quien, dicho sea de paso, necesita "confianza". A su vez, esa independencia también debe existir con relación al presidente, aun cuando deba compartir con este algunas funciones ejecutivas.
4. Resguardar claramente la separación de Poderes entre la máxima autoridad ejecutiva y el Parlamento. El poder judicial, resguardando su independencia, debe jugar el esencial rol de convertirse en garante de las libertades individuales por medio del control de constitucionalidad.

Presidencialismo y parlamentarismo

***

Presidentialism and parliamentarism

*Daniel Alberto Sabsay**

Sumario: I. Introducción. II. Presidencialismo, parlamentarismo y semipresidencialismo. Análisis comparado. III. Experiencias de reformas al presidencialismo en Latinoamérica. IV. El jefe de Gabinete de ministros luego de la reforma constitucional. V. Conclusiones.

I. Introducción

Abordar la problemática de la forma de gobierno constituye en los países de América Latina una temática de permanente actualidad, aunque de difícil tratamiento. Su desarrollo se enfrenta a un entrecruzamiento de pasiones y prejuicios que va desde aquellos que consideran que el presidencialismo está tan enraizado que hace a la esencia de nuestras realidades institucionales y que su modificación traería aparejado más males que beneficios, hasta quienes, por el contrario, lo demonizan hasta ubicarlo como principal causante de todos nuestros problemas. Una posición intermedia en la que nos ubicamos trata de abordar la cuestión de manera desapasionada a efectos de encontrar un nuevo equili-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

brio entre los poderes estatales, susceptible de restaurar muchas de las notas esenciales del constitucionalismo en el presidencialismo latinoamericano.

Nos proponemos observar la cuestión a partir de un primer acápite en el que abordamos la comparación entre las dos formas de gobierno clásicas de la democracia y a continuación el semipresidencialismo. Luego, analizamos las notas más salientes del presidencialismo de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha sido el modelo que han tomado casi todos los países latinoamericanos, entre ellos, el nuestro. En el punto siguiente nos concentramos en la observación de las deficiencias en la aplicación de las pautas del constitucionalismo estadounidense en nuestras tierras y por separado mencionamos las iniciativas encaminadas a la atenuación del presidencialismo ocurridas en el subcontinente latinoamericano. Nos adentramos en la experiencia del Jefe de Gabinete de Ministros, a casi treinta años de su incorporación en la constitución argentina. Por último, realizamos algunas consideraciones generales a modo de conclusión.

II. Presidencialismo, parlamentarismo y semipresidencialismo. Análisis comparado

Desde fines del siglo xviii y durante todo el siglo xix, a la aparición de la democracia le seguiría la adopción de una de estas dos formas de gobierno que por ello se consideran los modelos clásicos de organización de la estructura gubernativa en una democracia constitucional. Esto fue así, en aquellos Estados que se iban pronunciando a favor de los principios del constitucionalismo. Uno y otro se establecerían en distintas áreas geográficas. El parlamentarismo de cuño británico, producto de la evolución de las instituciones inglesas, se asentaría en Europa. El presidencialismo "ideado por la imaginación y el pragmatismo del constituyente estadounidense", se instalaría en los Estados Unidos de Norteamérica para luego extenderse en todo el continente americano.

Cuando hablamos de forma de gobierno de la democracia nos referimos a toda modalidad que contemple como sustrato básico a los caracteres del Estado de Derecho.

En el siglo XIX, la práctica llevaría a la existencia de sistemas diferentes según las características del lugar donde los mismos eran aplicados. Las características de cada país tienen que ver con el régimen electoral escogido, en particular, para la designación de los legisladores; y, con el sistema de partidos políticos, cuya conformación es el resultado, en gran parte de la modalidad electoral imperante. Claro, que esta no es una relación de causa a efecto, como la que surge de una ley natural. En principio, como lo ha señalado Maurice Duverger, luego criticado por Giovanni Sartori, los sistemas electorales mayoritarios generan modalidades bipartidistas mientras que los de representación proporcional tienden a la conformación del pluripartidismo. Estos dos caracteres gravitarán luego de manera preponderante en el funcionamiento del sistema en su conjunto. El semipresidencialismo es la forma mixta que ha obtenido mayor difusión, por ello le dedicamos un acápite especial en este capítulo comparativo.

2.1. Presidencialismo

La separación entre los poderes es concebida de manera tajante. El Poder Ejecutivo es unipersonal y es ejercido por el presidente de la República quien concentra en su persona las calidades de jefe de Estado y de jefe de gobierno. Los ministros y secretarios de Estado son meros asistentes del presidente, quien los designa y remueve libremente, sin que deba mediar para ello la intervención de ningún otro órgano. En los sistemas donde existe el vicepresidente, su presencia en el Poder Ejecutivo sólo se efectiviza en caso de acefalía en la Presidencia.

Tanto el titular del Poder Ejecutivo como los miembros del Congreso son elegidos de manera independiente a través del sufragio universal. Ni el Congreso, ni el presidente pueden remover al o a los titulares del otro poder por razones de tipo político. La única causal de excepción a esta regla la constituye un juicio político al presidente, al vicepresidente o a los ministros, el que precisamente, y no obstante la terminología utilizada en Latinoamérica para caracterizar a su antecedente extranjero, el "impeachment", no puede fundarse en motivos de orden político.

2.2. Parlamentarismo

La composición del Poder Ejecutivo es colegiada, las jefaturas de Estado y de gobierno se encuentran separadas, quedando la primera a cargo de un presidente o de un monarca quienes ejercen un poder de tipo simbólico o ritualista,[1] mientras que la segunda recae en la persona del Primer Ministro quien a su vez preside un Consejo de Ministros o gabinete. Este órgano compone el "Gobierno", sus integrantes son individual y solidariamente responsables de la gestión gubernamental ante el Parlamento y deben ser parlamentarios.

Existe colaboración entre los poderes políticos del Estado. Este esquema de relaciones conlleva un proceso de designación del gobierno en el que participan el jefe de Estado y el Parlamento, pero que precisa en última instancia de la confianza de este último para gobernar. El Parlamento es el único órgano cuyos ocupantes son elegidos a través del sufragio del pueblo. Los mandatos de los miembros de los poderes políticos pueden verse interrumpidos antes de la finalización del mandato para el que han sido elegidos. En el caso del Parlamento por su disolución; mientras que el gobierno puede ser removido por la aprobación de una moción de censura que provoca el retiro de la confianza parlamentaria. Duverger se refiere a estas dos herramientas bajo la expresión: "medios de acción recíproca", la que grafica el juego paralelo y recíproco de relación que surge entre los poderes políticos del Estado.

[1] Ello así, cabe destacar que en determinadas situaciones institucionales excepcionales en algunos países el jefe de Estado llega a desempeñar un papel que supera su posición formal. Esto ha ocurrido en España, cuando el Rey Juan Carlos debió enfrentar un intento de golpe de Estado que se había consumado con la toma de Las Cortes (Parlamento) por parte de un grupo de militares, en febrero de 1982. También el presidente italiano Sandro Pertini cumplió una valorada función de protección del sistema, ante la fragilidad patológica de los gobiernos italianos en la década del 80. Otro ejemplo ha sido el del rey Balduino de Bélgica, quien, gracias a sus hábiles gestiones, impidió en varias oportunidades que en Bélgica se consumara la división territorial entre Flandes y Walonia.

2.3. Semipresidencialismo

El semipresidencialismo es un régimen híbrido en el que conviven elementos del presidencialismo y del parlamentarismo. El poder ejecutivo está integrado por un Consejo de ministros a cuya cabeza se sitúa el primer ministro, y el presidente, jefe de Estado, quien es elegido por sufragio universal y cuenta con importantes poderes propios. A diferencia del parlamentarismo, en el que el jefe de Estado carece de facultades efectivas. Al sistema se lo asocia la constitución de Francia de 1958, sin embargo, no es una creación francesa, tiene antecedentes en las constituciones finlandesa, alemana de Weimar, ambas de 1919, irlandesa, islandesa y austriaca, sancionadas poco después de la segunda guerra mundial. A esta altura de la descripción del sistema queremos detenernos en el papel que le toca jugar al presidente de la República. La Constitución gala en su artículo 5º expresa que "el Presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. Asegura, con su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la continuidad del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y del respeto a los acuerdos de Comunidad y a los tratados". El perfil que surge de esta definición nos lleva al concepto de "poder neutro" de B. Constant. Es decir, la presencia de un super árbitro cuyas potestades aparecen, sobre todo, cuando de conjurar tormentas y tempestades se trata. Frente a las crisis habrá siempre un último recurso, hábil tanto para asegurar la defensa de las instituciones, como para la de la república, erigiéndose al mismo tiempo en una última garantía frente a los demás Estados y a organizaciones internacionales.

El presidente de la República para llevar a cabo sus funciones y sobre todo mantenerse en la posición tan especial en que la constitución lo sitúa, debe presentarse como el representante indiscutido de toda la ciudadanía, por encima de los partidos y de todo interés particular. En tal sentido el ballottage se presenta como un instrumento por demás adecuado para ello. Inclusive, el hecho de que los candidatos a la presidencia presenten sus candidaturas con independencia de toda bandería política, coadyuva a preservarlos y a colocarlos ante el electorado como potenciales "árbitros" más que como hombres de partido.

Las relaciones ejecutivo/legislativo son similares a las del Parlamentarismo. Sin embargo, existen dos importantes diferencias. La primera, los miembros del gabinete no tienen que ser necesariamente parlamentarios. Inclusive, en la mayoría de los países que han adoptado este sistema, el número de no parlamentarios ministros supera el de parlamentarios. En algunas oportunidades excepcionales, se ha recurrido a un gabinete integrado totalmente por técnicos —así ocurrió en Portugal, a fines de los setenta, en el siglo pasado—. La segunda diferencia, consiste en que la confianza no tiene que ser expresa, puede ser tácita. Gracias al silencio del Parlamento en pronunciarse en un breve plazo, se presume que ha brindado el apoyo a un nuevo gobierno.

III. Experiencias de reformas al presidencialismo en Latinoamérica

En varios países de América Latina se ha emprendido la búsqueda de estructuras gubernamentales susceptibles de corregir las falencias de sus formas de gobierno, a fin de superar los aspectos negativos que presenta el presidencialismo en su versión local. Todas estas experiencias han tenido como objetivo común el deseo de atenuar el presidencialismo. A esos efectos se han utilizado diferentes soluciones que van desde la adopción del semipresidencialismo (en las constituciones peruana de 1980 y haitiana de 1987) o la mera introducción de notas parlamentarias en las partes orgánicas de constituciones de raigambre presidencialista (Uruguay, Ecuador –hasta la constitución de 2008–, Colombia, Brasil, Paraguay, y algunas repúblicas de América Central).

En la Argentina, del mismo modo que en las restantes transiciones ocurridas en América Latina desde fines de la década de 1970, la cuestión de la reforma constitucional aparece desde el comienzo de la reinstalación del Estado de Derecho como un asunto de trascendencia en su agenda institucional. La modificación de la forma de gobierno se encuentra en prácticamente todas las iniciativas de enmienda.

Nos detendremos a analizar la propuesta del Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), pues la misma ha sido invocada como antecedente por varios de los iniciadores de la re-

forma constitucional de 1994. Nos valdremos de sus principales características para trazar las importantes diferencias que alejan a la solución adoptada del mencionado antecedente. El estudio del CCD contenido en dos dictámenes que, junto a sus numerosos anexos, integran dos libros (CCD, 1986-1987). A las reformas al presidencialismo se les dedica un capítulo del "Dictamen Preliminar" y la mayor parte del "Segundo Dictamen". La propuesta comienza con una fundamentación, donde se hace un cuestionamiento del presidencialismo argentino, y se manifiesta, sobre todo, el exceso de concentración de poder que se ha generado a favor del presidente. Pero, el diagnóstico no lleva a que se recomiende la adopción de un sistema parlamentario puro.

El diseño institucional reconoce como modelos a las constituciones francesa y portuguesa, con algunas innovaciones adaptadas a la tradición y a la realidad locales. En el interior del poder ejecutivo se opera una clara descentralización de funciones, ya que desaparece su composición monocrática para convertirse en un órgano colegiado. A esos efectos, el presidente comparte —con poderes propios y efectivos— el ejercicio del ejecutivo, con un gabinete presidido por un primer ministro. Una minuciosa distribución de competencias trata de salvar el surgimiento de conflictos entre ambos, pese a lo cual, en el Segundo Dictamen, se avanza más, ya que se prevé la intervención de un tribunal especial de control encargado de resolver ese tipo de enfrentamientos. Los ministros pierden el carácter de meros colaboradores del presidente. Ello en razón, por una parte, de que componen en su conjunto un órgano colegiado —Consejo de ministros— cuyo consentimiento y consulta son necesarios para la validez de cierto tipo de actos y, por otra parte, dada la relación que mantienen con el Parlamento, cuya confianza precisan para poder ser designados, la que puede ser retirada importando una remoción.

Asimismo, cabe recordar que el CCD también propuso la organización de un Senado Federal, entre otras medidas encaminadas al fortalecimiento del federalismo. Así, este debía convertirse en un órgano de naturaleza federal, con una competencia limitada a los temas que tuviesen una relación directa con el interés de las provincias. Respecto de ellas, se convertía en cámara de origen, mientras que para las demás cuestiones la iniciadora debía ser la cámara de Diputados.

IV. El jefe de Gabinete de ministros luego de la reforma constitucional

4.1. Los ministros en el presidencialismo argentino

Luego de la reforma constitucional de 1994, el jefe de gabinete aparece en el capítulo cuarto, ahora titulado: "Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo", artículos 100 a 107 de la constitución. Se trata precisamente del capítulo que siempre ha llamado la atención por su inclusión en el marco de un presidencialismo. Ello en razón de que la fuente fundamental de nuestra forma de gobierno ha sido la Constitución de los EE.UU en la cual el poder ejecutivo, tiene como principal característica su carácter unipersonal. Este modelo no admite otro ocupante que se sume al primer mandatario. El vicepresidente, es un funcionario de reserva, ya que sólo accederá al ejecutivo para reemplazar a su titular en caso de acefalía transitoria o permanente, mientras ello no ocurra es un funcionario extra-poder y se desempeña como presidente del Senado.

En el país del norte, la ley fundamental sólo habla del presidente y del vicepresidente, cuando desarrolla las disposiciones relativas al poder ejecutivo. La labor del presidente es asistida por secretarios de Estado. Ellos son funcionarios que la Constitución no contempla, dado que no integran el poder ejecutivo, ni forman un gabinete. Estas dos modalidades son características de todo sistema parlamentario, no fueron adoptadas por el constituyente de los EE.UU, pues este quiso diferenciarse claramente del modelo europeo. El capítulo cuarto de nuestra constitución importó la incorporación de la institución ministerial en el marco de un presidencialismo. Además, a los ministros se les conceden facultades y un tipo de relaciones con el legislativo que hacen recordar a aspectos del parlamentarismo.

La necesidad del refrendo y de la legalización de los actos presidenciales por parte de los ministros (art.100), la responsabilidad individual y colectiva de sus actos (art.102), entre otras particularidades de nuestro régimen ministerial, parecen acercarnos a un sistema parlamentario. Además, la relación de los

ministros con el Congreso se manifiesta a través de un tipo de vínculo que los obliga a presentarle una memoria anual de lo acontecido en sus respectivos departamentos, les faculta la concurrencia al mismo cuando lo deseen (arts.104 y 106); asimismo, cada una de las cámaras puede convocarlos para que informen (art. 71). Por último, los ministros pueden ser sometidos a juicio político por el Congreso (art.53).

4.2. Perfil institucional del nuevo protagonista institucional

La reforma constitucional introduce un nuevo funcionario en nuestra ley fundamental, el jefe de Gabinete de ministros. Se trata de otro protagonista de origen constitucional que junto a los ministros se ubica dentro de la esfera del ejecutivo. Estaríamos en presencia de un elemento parlamentario enclavado en el interior de nuestro sistema presidencialista, que viene a agregarse a la institución ministerial. Este flamante miembro del gabinete, al menos por su denominación permite una rápida asociación con el Primer ministro del parlamentarismo o de alguna forma mixta de gobierno. Sin embargo, su perfil institucional es muy diferente del de aquél.

El artículo 100, inciso 1º le confía la función de "ejercer la administración general del país". Ello pareciera indicar que se trata de un jefe de gobierno, pero esto no es así, pues el artículo 99 le concede dicha jefatura, de manera expresa al presidente de la Nación. Además, en la misma disposición se aclara que este último es "el responsable político de la administración del país" (inc. 1º). Dado lo cual consideramos que se trata de un colaborador presidente, quien es el que regula el ámbito de su competencia y el protagonismo que deberá llevar a cabo. Creemos que se acerca más a la figura de un ministro-coordinador que al jefe de un gabinete de ministros. El nombramiento y remoción constituyen potestades presidenciales, pues la censura del Congreso resulta de tan difícil ejercicio que de hecho será prácticamente imposible que alguna vez se concrete. Los casi treinta años de vigencia de la institución nos dan la razón.

Moción de censura: de conformidad con lo expresado en los artículos 100 y 101 el jefe de Gabinete es responsable políticamente ante el Congreso, responsabilidad que se hace efectiva a través de la interpelación de que puede ser objeto y posterior voto positivo de censura. A propósito de la censura nos parece importante destacar que este instituto que hace a la efectivización de la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento, para que pueda operar debe resultar de su utilización posible en el terreno de los hechos y no verse rodeado de requisitos que, por su rigidez, imposibiliten de hecho la remoción del funcionario cuestionado.

Atribuciones: la interpretación conjunta de los artículos 100, correspondiente a las atribuciones del jefe de Gabinete, y 99, dedicado a las del presidente de la República, permiten comprobar que el primero no posee un verdadero campo de potestades propias. Una mera lectura comparativa de los respectivos catálogos de facultades nos lleva a la conclusión, de que el jefe de Gabinete será una figura subordinada a la voluntad presidencial. La sola caracterización institucional de estos dos ocupantes del espectro del Ejecutivo no deja dudas sobre nuestra afirmación. Así, se determina que al jefe de Gabinete de Ministros "le corresponde: ejercer la administración general del país" (art.100,inc. 1). Pero, para el presidente, se determina en el art. 99 que "es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país". De lo encomillado se extraen las siguientes consideraciones:

- Se le agrega al presidente de manera explícita la jefatura de gobierno, la que importa el manejo de la administración pública entre otras atribuciones.
- No obstante, lo expresado en el punto anterior se ha considerado necesario recalcar que es el presidente el responsable político de la administración general del país.
- De resultas de las dos observaciones anteriores podemos sostener que la nueva figura no posee un ámbito propio de facultades. Ellas sólo serán el resultado de la supervisión, subordinación o delegación de los poderes que el presidente tenga a bien derivarle. Más bien se tratará de una suerte de coordinador de gabinete.

- Por otra parte, la potestad reglamentaria que se le concede (art. 100, inc. 2º), no debe confundirse con la función de aplicación de las leyes que conserva el presidente de la Nación con carácter exclusivo (art. 99, inc. 2º). En realidad se trata del dictado de resoluciones —como también les cabe a los restantes ministros— para poner en ejercicio las funciones que le son atribuidas en el artículo 100.
- Tampoco en materia de nombramientos recibe una porción importante de poder, pues a los ministros los designa el presidente, quien, a su vez, conserva sus atribuciones en lo atinente a magistrados, oficiales superiores y diplomáticos (art. 99, incs. 4, 7 y 13). Por último, es notable el rol de supervisión que sobre todos los actos del jefe de gabinete ejerce el presidente,

El gabinete de ministros: La reforma menciona la palabra gabinete cual, si se tratara de un cuerpo o de una institución que tiene una composición y facultades propias, es decir de un ente que expresa su voluntad en relación con distintos actos que hacen a la vida institucional del país. Sin embargo, un repaso de la nueva normativa constitucional no permite comprobar la existencia de un órgano de esta naturaleza. Las únicas prescripciones que involucran al gabinete están relacionadas con la actividad de su jefe, quien más bien pareciera ser un coordinador de este.

V. Conclusiones

Tanto en el parlamentarismo como en el semipresidencialismo, el primer ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, quien le brinda o retira la confianza en función de su composición política interna. Es, por lo tanto, un órgano independiente, con responsabilidad política propia y ocupa un lugar en el andamiaje institucional del poder. La creación de una figura con el nombre de jefe de Gabinete o de Primer Ministro en un ejecutivo unipersonal, no alcanza per se, para cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el presidente pueda remover a este nuevo ocupante del ejecutivo, no se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de

las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá.

Las disposiciones sobre los ministros contempladas en nuestra constitución desde su sanción de poco han servido para atenuar el presidencialismo. Creemos que esto ha sido así debido al carácter monocrático del ejecutivo. El primer mandatario con su potestad de designar y de remover libremente a los ministros retiene la clave de bóveda del ejercicio del poder, que impide que nadie se anteponga a su voluntad. Tampoco ha demostrado ser eficaz a los efectos del control, la singular, para un sistema no parlamentario, relación Congreso-ministros. Más allá del sano deseo de obligar a una suerte de rendición de cuentas del Ejecutivo —a través de sus ministros—, por una parte, y por otra, de facilitar el contacto entre ambos poderes, flexibilizando la férrea separación presente en el antecedente estadounidense. La imposibilidad del legislativo de llevar hasta sus últimas consecuencias la incipiente "censura" del artículo 71, pareciera haber enervado el funcionamiento de estos mecanismos.

Nos parece importante recordar un principio fundamental en materia de control entre distintos órganos de gobierno. El mismo expresa la necesidad de que no exista una relación de dependencia del órgano o del funcionario "controlante" respecto de aquel a quien él debe fiscalizar. A ello nos parece importante agregar la necesidad de que quien controla pueda hacer uso de su poder disciplinario, cuando en ejercicio de sus potestades de control, encuentre procederes reprochables desde el punto de vista del equilibrio de los poderes. Además, su nombramiento y remoción constituyen también una potestad presidencial, pues la censura del Congreso que se contempla será de tan difícil ejercicio que de hecho resultará prácticamente imposible que alguna vez se concrete en la práctica. La posición del Congreso frente al jefe de Gabinete tampoco ha sido pensada de manera detenida, pues, resulta sorprendente, que contando con la potestad de removerlo, no se haya previsto ningún tipo de intervención de su parte en el proceso relativo a su nombramiento. También resulta atípica la falta de paralelismo entre la censura y la disolución del Congreso que no ha sido contemplada. Asimismo, sorprende que la relación Congreso-Gabinete, se centre exclusivamente en su jefe,

pues no se ha previsto que la censura pueda ser individual (en relación con los restantes ministros), colectiva o total.

Frente a estas reflexiones, la introducción en el "universo" del poder ejecutivo de la figura del jefe de Gabinete, no constituye un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se trata de una figura muy alejada de la institución del primer ministro. La competencia de este actor institucional no está debidamente definida en el texto constitucional, en la medida que el grueso de sus atribuciones serán el producto de la delegación presidencial y su posición institucional frente a él no se diferencia de la de los demás ministros, como ya hemos analizado. Además, la potestad reglamentaria que se le otorga (art. 100, inc. 2º), en realidad es la misma que poseen los restantes ministros y que ejercitan a través del dictado de las resoluciones que firman como responsables del "despacho de los negocios de la Nación" que quedan a su cargo.

El constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI: hallazgos del Congreso del 2024 a la luz de su nombre[1]

Armin von Bogdandy

SUMARIO: I. Hallazgos del Congreso a la luz de su nombre. II. Derecho Constitucional. III. Instituto. IV. Iberoamericano. V. El Gobierno Scheinbaum y el control de convencionalidad. VI. Cuatro hallazgos y un camino.

I. HALLAZGOS DEL CONGRESO A LA LUZ DE SU NOMBRE

En este XXX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional nos planteamos una cuestión de gran importancia: ¿cómo avanzar en la comprensión, conceptualización y proyección del constitucionalismo para la democracia del siglo XXI?

A primera vista, no encontramos respuestas. Predominó entre los participantes un escepticismo considerable respecto al futuro de la democracia en este siglo. Nadie ofreció una receta que garantizara su viabilidad. Lo que sí quedó patente es que la democracia atraviesa un momento crítico: un aumento en el

[1] Conferencia dictada en el XVI Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Texto revisado con la asistencia lingüística de ChatGPT (OpenAI). Agradezco a Daniel González Herrera, profesor de la Universidad de Salamanca y al equipo ICCAL del MPIL por sus correcciones y comentarios.

apoyo a partidos populistas con posturas antidemocráticas; una participación política escasa; una confianza menguante en el sistema político. Son muchos los que expresan insatisfacción con el funcionamiento de la democracia. Además, se observa una creciente aceptación de discursos que no reflejan los valores fundamentales del orden democrático. También se evidencia un desequilibrio a favor del poder ejecutivo, con gobiernos que han concentrado un poder excesivo en detrimento de parlamentos, tribunales y medios de comunicación. Finalmente, la globalización de la política y la economía ha reducido en gran medida el margen de actuación de las instituciones democráticas frente a estas tendencias. Este diagnóstico compartido entre los participantes del Congreso revela la necesidad urgente de repensar los fundamentos y mecanismos del constitucionalismo democrático para responder a los retos de la presente centuria.

A una conclusión similar se llegó en octubre de 2024, durante una conferencia en honor a Rainer Forst,[2] figura emblemática de la tercera generación de la Escuela de Frankfurt. En dicho evento, se reunió lo más granado del pensamiento democrático progresista en torno a una pregunta crucial: ¿cómo podemos imaginar la democracia para el siglo xxi? De las ponencias surgió una constatación inquietante: las fórmulas tradicionales para fortalecer las democracias —más derechos, mayor participación ciudadana, mayor protagonismo de los movimientos sociales y de las ONG—, aunque siguen siendo válidas, no han logrado necesariamente consolidarlas; en algunos casos, incluso han servido para debilitarlas. Entonces, ¿qué hacer? Algunas voces, como la

[2] Rainer Forst es un destacado filósofo y teórico-político alemán, reconocido como uno de los principales exponentes de la tercera generación de la Escuela de Fráncfort. Obtuvo su doctorado en 1993 bajo la dirección de Jürgen Habermas, con supervisión adicional de John Rawls (1991-1992). Actualmente es Profesor de Teoría Política y Filosofía en la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno. Sus investigaciones se centran en cuestiones fundamentales de la filosofía política, en particular la justicia, la democracia y la tolerancia. En 2012, fue galardonado con el Premio Gottfried Wilhelm Leibniz, consolidando su posición como una de las figuras más influyentes en el pensamiento político contemporáneo, *https://www.goethe-university-frankfurt.de/46637034/Prof__Dr__Rainer_Forst?locale=en*

de Lea Ypi,[3] propusieron como solución el desmantelamiento del capitalismo global. La reacción del público ante esta propuesta fue elocuente: pareció decir, con una mezcla de ironía y alarma, "Bienvenidos a Venezuela". Este episodio ilustra los límites del pensamiento democrático actual ante los desafíos estructurales del siglo xxi y evidencia la necesidad de enfoques más realistas y contextualizados.

Al mismo tiempo, no hay razón para caer en la desesperanza. La satisfacción con la democracia no ha experimentado un declive uniforme, sino más bien fluctuaciones, como ha ocurrido históricamente. Para la mayoría de las personas, vivir en democracia sigue siendo una prioridad irrenunciable. Además, han surgido nuevas formas de participación política que van más allá de las elecciones tradicionales. También se han desarrollado mecanismos internacionales innovadores —como el control de convencionalidad— que contribuyen a frenar la erosión democrática.

Un análisis de nuestras reflexiones durante estos cinco días revela varios hallazgos clave para la defensa de un constitucionalismo democrático en el siglo xxi. No es en absoluto ilusorio que, desde el Instituto Iberoamericano,[4] sigamos comprometidos con el proyecto que inspiró la fundación de nuestra institución hace ya cincuenta años.[5]

---

3 Lea Ypi es filósofa y teórica política albanesa, profesora de Teoría Política en la London School of Economics. Obtuvo su doctorado en la European University Institute y ha desarrollado una destacada trayectoria en filosofía política, democracia, las teorías jurídicas, con un enfoque en justicia global, teoría crítica y la relación entre liberalismo y socialismo y las cuestiones de migración y derechos territoriales, *https://www.lse.ac.uk/people/lea-ypi*

4 El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional es una organización académica que tiene por objeto fomentar el estudio de las instituciones constitucionales iberoamericanas. Fue fundado en Buenos Aires en 1974, en tiempos difíciles para la democracia en América Latina. Por esta razón, catedráticos argentinos y mexicanos decidieron sumar esfuerzos para impulsar la mayor comunicación posible entre los especialistas del área. Para más información, véase *https://iidc.juridicas.unam.mx/*

5 La idea de un discurso regional inspira publicaciones como la Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano y la Revista Latinoamericana de Derecho, Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Presentaré estos hallazgos inspirándome en el nombre mismo de nuestra institución: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. A partir de él, se pueden identificar cuatro ideas orientadoras para la democracia del siglo xxi, lo que confirma la visión de futuro de quienes fundaron este Instituto hace cinco décadas. El propio nombre del Instituto encierra claves conceptuales que, al ser reinterpretadas hoy, permiten trazar una hoja de ruta para un constitucionalismo democrático renovado y contextualizado.

II. Derecho Constitucional

De nuestras discusiones ha quedado claro que no puede existir una democracia en el siglo xxi —que sea real, con derechos para todas y todos— sin un derecho constitucional sólido. En América Latina ya existen elementos de este tipo de derecho constitucional, y este presenta varios rasgos esenciales: una verdadera justicia constitucional (1), un carácter multinivel (2), y un enfoque regional y comparativo (3). Aunque estos elementos no agotan los requisitos de una democracia contemporánea, sin duda ofrecen una contribución fundamental para su fortalecimiento.

Las democracias actuales en América Latina necesitan un órgano de control constitucional que sea independiente, imparcial y competente. Este mensaje es particularmente relevante a la luz de los acontecimientos recientes en varios países de la región. Catalina Botero y muchas otras voces han destacado el vínculo indisoluble entre democracia y derechos humanos como componente esencial del derecho constitucional.[6] En este sentido, existe un amplio consenso regional, como se desprende de los artículos 7 y 8 de la Carta Democrática Interamericana (CDI), que han servido de base para la doctrina del denominado Test

[6] Arango, Rodolfo, "Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional", en Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Héctor Fix Fierro, *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos, México, IIJ-UNAM/MPIL, 2014, pp. 25-35.

Democrático Interamericano, fundamentado en los valores y principios del Sistema Interamericano.[7]

La afirmación de que un control constitucional eficaz es indispensable para una democracia no es, desde luego, novedosa. Es un tema que ha sido objeto de estudio durante décadas. Sin embargo, los grandes logros del constitucionalismo deben ser constantemente reafirmados y adaptados a nuevos contextos. Precisamente esta necesidad de adaptación —ante las transformaciones tecnológicas, sociales y políticas del siglo xxi— define un campo de investigación en el que muchos de nosotros estamos activamente comprometidos.[8] Reivindicar el papel central del derecho constitucional no significa repetir fórmulas del pasado, sino reconceptualizar sus funciones frente a las amenazas contemporáneas a la democracia.

Una segunda característica del derecho constitucional en América Latina es su carácter multinivel. Las decisiones fundamentales de casi todas las constituciones nacionales adoptadas tras el fin de las épocas de represión encuentran respaldo —e incluso impulso dinamizador— en el Sistema Interamericano. Este vínculo será analizado con mayor detenimiento más adelante, al abordar el componente "Iberoamericano" (sección IV).

Las dos primeras características del derecho constitucional están plasmadas en normas jurídicas positivas, mientras que la tercera tiene un carácter más bien metodológico y cultural. Se trata del papel de la comparación entre los ordenamientos representados en el Instituto Iberoamericano. En efecto, el derecho constitucional latinoamericano posee una dimensión regional

---

7 Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, IIJ-UNAM, 2015.

8 Véase Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela, "DigitICCAL. Human Rights and New Technologies: The Contribution of the Inter-American System", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), noviembre de 2024, *https://ssrn.com/abstract=5034657;* Mariela Morales Antoniazzi, "El mandato transformador del Sistema Interamericano como respuesta a la pandemia a la luz del test democrático", vol. 19, núm. 4, 2021, pp. 1229-1234, *https://doi.org/10.1093/icon/moab111*

basada en la práctica jurídica comparada. Esta lógica comparativa constituye uno de los cimientos de nuestro Instituto.

La comparación, tal como la cultivamos en el Instituto —a diferencia de muchas iniciativas lideradas desde el Norte Global—, genera un espacio argumentativo común con efectos concretos en la práctica constitucional de la región. Al igual que una dimensión esencial del derecho consiste en el intercambio de argumentos jurídicos, este espacio común ha contribuido a conformar, en esencia, un derecho constitucional regional compartido. Durante estos cinco días, ha quedado claro que este espacio jurídico común es vital para la democracia en América Latina en el siglo xxi. Porque esta democracia no se basa únicamente en instituciones públicas con poderes formales, sino también en la solidez y calidad de los argumentos jurídicos que las legitiman y orientan. Si bien cada país latinoamericano tiene sus propias particularidades, existen principios, tradiciones y patrones compartidos que configuran un núcleo común: la independencia judicial, el respeto a los derechos fundamentales y un compromiso con la justicia social a la luz de las realidades latinoamericanas.

El derecho constitucional en América Latina, tal como lo concebimos para el siglo xxi, se estructura a partir de estas tres características. Por ello, nosotras y nosotros, como comunidad académica especializada, tenemos un papel relevante y, por las mismas razones, también una responsabilidad. Aunque no manejamos recetas infalibles, sabemos bien cuál es nuestro cometido. La reflexión académica crítica y comparada no es un ejercicio meramente intelectual, sino una forma concreta de incidir en la configuración de un constitucionalismo regional más sólido y democrático.

III. Instituto

¿Por qué el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional se denomina “Instituto” y no simplemente “Asociación”? En general, el vocablo “instituto” sugiere una estructura estable, con personal propio y sede física. Nada de eso tiene nuestro Instituto: en la práctica, se asemeja más a una asociación académica.

Sin embargo, el nombre refleja una intuición que vale la pena destacar: nos invita a reflexionar sobre uno de los desafíos fundamentales de la democracia en el siglo xxi, a saber, la necesidad de institucionalización y de institucionalidad.

La experiencia acumulada demuestra que una asociación de personas debe convertirse en una institución para lograr sus objetivos de manera sostenible. En nuestro caso, el propósito fundacional estaba claro: promover la democracia en Iberoamérica a través del derecho constitucional. Para ello, se requiere una institucionalización multiescalar que sigue siendo uno de los grandes temas pendientes de las sociedades latinoamericanas.

En este sentido, me gustaría proponer una línea de reflexión para futuros congresos: el constitucionalismo iberoamericano puede enriquecer al constitucionalismo global precisamente a través de su particular preocupación por la institucionalidad. De la misma manera en que ha aportado valiosos enfoques sobre justicia transicional, bloque de constitucionalidad, desapariciones forzadas, propiedad indígena o control de convencionalidad, el interés del Instituto por la falta de institucionalidad —y también por las carencias institucionales— tiene una relevancia que trasciende nuestras fronteras. El nombre "Instituto" no es solo una etiqueta, sino una afirmación del compromiso con estructuras duraderas capaces de defender los ideales democráticos en contextos frágiles o en transformación.

Por ello, hay que celebrar la decisión del presidente Valadés de abrir el Instituto Iberoamericano a académicas y académicos provenientes de Francia, Polonia, Estados Unidos y Alemania. Esta apertura responde al hecho de que el desarrollo del derecho constitucional latinoamericano despierta verdadero interés más allá de la región. La inclusión de voces de otras partes del mundo demuestra que este derecho constitucional regional aspira, legítimamente, a proyectarse globalmente.

Desde Europa puedo confirmar que la cuestión de la institucionalidad está cobrando cada vez mayor relevancia, incluso en países con una larga tradición institucional, como Alemania. De hecho, uno de los principales blancos de ataque del partido *Alternative für Deutschland* ha sido, precisamente, la institucionalidad misma del Estado.

Además, la estabilidad institucional de muchos Estados miembros de la Unión Europea depende, en buena medida, de la propia Unión. Es decir, a veces la institucionalidad es hoy una construcción supranacional. A menudo ya no son los Estados los que garantizan la estabilidad de la Unión, como ocurrió durante décadas, sino que es la Unión la que sostiene la institucionalidad de algunos de sus miembros. Un ejemplo ilustrativo —probablemente recogido por la prensa latinoamericana— se produjo en 2024, cuando los dos principales partidos políticos españoles recurrieron a la Comisión Europea para desbloquear el estancamiento en el nombramiento de miembros del poder judicial, una situación que se había prolongado durante años, generando una crisis constitucional de gran envergadura en España.

Este ejemplo pone de relieve un punto crucial: la importancia creciente de las instituciones supranacionales en la protección de la institucionalidad democrática. Y con ello llegamos a los hallazgos que pueden articularse en torno al concepto de "Iberoamericano". El giro supranacional en la garantía de la institucionalidad democrática refuerza la relevancia del componente "Iberoamericano", en tanto invita a pensar en estructuras regionales capaces de asumir funciones similares en América Latina.

IV. Iberoamericano

Mi identidad profesional es, ante todo, la de un investigador del derecho europeo; es decir, de un derecho regional que ha logrado construir un constitucionalismo regional capaz de responder a los desafíos democráticos del siglo xxi. Precisamente por eso, el término "iberoamericano" en el nombre de nuestro Instituto me resulta especialmente sugestivo. Más allá de su connotación geográfica, este concepto encierra claves relevantes para pensar el tema que nos convoca: la democracia. Señala un proyecto innovador, un horizonte democrático articulado a través de un derecho constitucional de alcance regional, cuya importancia se hace aún más visible cuando se lo observa desde una perspectiva interregional y transatlántica en diálogo con Europa. El término "iberoamericano" invita a concebir la democracia latinoamericana no solo en clave nacional, sino como parte de una apuesta común por una arquitectura constitucional regional.

4.1. La lección de España y Portugal

¿Por qué el Instituto no se llama "latinoamericano", sino "iberoamericano", incluyendo así a España y Portugal? La elección de este nombre transmite un mensaje claro: América Latina debe tomarse en serio el desarrollo del constitucionalismo democrático en estos dos países, que probablemente son los más cercanos a América Latina en términos históricos, culturales y jurídicos.

La inclusión de España y Portugal cobra aún más sentido si recordamos que, en el momento de la fundación del Instituto en 1974, ambos países compartían con muchas naciones latinoamericanas importantes similitudes políticas, económicas, sociales y culturales. En aquel momento, el constitucionalismo democrático estaba ausente en la península ibérica. En algunos países latinoamericanos —como Argentina, Chile (hasta 1973) o Venezuela— la democracia estaba incluso más consolidada. Merece la pena añadir que varios países de América Latina contaban con mayores logros económicos, culturales y científicos que los regímenes autoritarios de Franco y Salazar.

Hoy, España y Portugal son democracias asentadas. A pesar de sus desafíos, representan modelos que figuras como Fix Zamudio y Jorge Carpizo —entre otros fundadores del Instituto— soñaban con ver realizados en la región. ¿Cómo ha sido posible esta transformación? Hay muchas explicaciones, pero una destaca con claridad: la Unión Europea. La integración europea fue decisiva para afianzar las democracias en la península ibérica.

El nombre "iberoamericano" nos invita, por tanto, a tomar inspiración en el proceso ibérico a la luz de su integración europea, y a buscar mecanismos latinoamericanos análogos para avanzar con el constitucionalismo democrático en el siglo xxi. El ingreso de España y Portugal a las Comunidades Europeas en 1986 no solo significó el acceso a un mercado común y a recursos financieros, sino también la incorporación a un marco constitucional supranacional basado en valores compartidos. Este marco fue formalizado con la entrada en vigor del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea en 2009, que define a la UE como una sociedad fundada en los principios de libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho, respeto a los derechos humanos y

solidaridad. Sus instituciones están obligadas a promover estos principios (artículo 3, párrafo 1, TUE).

La pertenencia a la Unión ha proporcionado a España y Portugal un sistema de incentivos y sanciones que ha facilitado la consolidación democrática. No solo ha provisto de recursos financieros, sino que también ha promovido mecanismos de gobernanza que refuerzan el Estado democrático de derecho y crean un entorno favorable para la estabilidad política. La trayectoria democrática de España y Portugal demuestra que la integración regional puede ser una palanca poderosa para la consolidación constitucional y democrática, una lección especialmente relevante para América Latina.

La experiencia europea subraya la importancia de la integración regional como vía para enfrentar los desafíos que hoy amenazan a la democracia. Es cierto que América Latina carece de una organización regional con un mercado común, una estructura de interdependencia sólida y recursos financieros significativos, como ocurre en la Unión Europea. Sin embargo, existen organizaciones regionales relevantes cuya contribución al constitucionalismo democrático del siglo xxi merece ser estudiada con atención. En casi todas las ponencias del Congreso, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido algún papel destacado. Este es, sin duda, uno de los hallazgos centrales de nuestra reunión.

Uno de los grandes desafíos para América Latina consiste en construir estructuras transnacionales que fortalezcan el constitucionalismo democrático más allá de los marcos nacionales. En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye un logro de gran relevancia: ofrece instituciones regionales dedicadas a la protección de los derechos fundamentales y, a su vez, a la defensa de la democracia. Todo esto, pese a las conocidas limitaciones en materia de capacidad institucional, fragmentación y problemas de cumplimiento.[9]

[9] Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *The Impact of the Inter-American Human Rights System. Transformations on the Ground*, Oxford, Oxford University Press, 2024, *https://www.mpil.de/files/pdf6/the-impact-of-the-inter-american-human-rights-system-v1.pdf*.

Además, desde una perspectiva comparada, el concepto jurídico de "sociedad europea", desarrollado en el contexto de la Unión Europea, ofrece una clave útil para conceptualizar una "sociedad iberoamericana" que funcione como referente social del derecho constitucional regional. Por supuesto, las bases sociales de ambos conceptos son diferentes. En Europa, la idea de sociedad europea se funda en la interacción e interdependencia entre ciudadanos e instituciones más allá de los límites nacionales, articulada mediante un marco institucional sólido y un ordenamiento jurídico que abarca casi todos los sectores del derecho.

En América Latina, una sociedad común se basaría más bien en rasgos culturales compartidos, desafíos históricos semejantes, y en la existencia de un derecho constitucional común, forjado en una experiencia histórica paralela, en un discurso regional coincidente y en la actuación de instituciones regionales —en especial las del Sistema Interamericano de Derechos Humanos—. A través del derecho constitucional, ya se observa una cooperación regional y una arquitectura jurídica emergente para la defensa de la democracia y los derechos humanos. Esto puede interpretarse como uno de los elementos constitutivos de una sociedad latinoamericana. La comparación sugiere que la construcción de una identidad jurídica común es una dimensión clave de toda integración regional.

¿Qué nos deja entonces como lección esta comparación para la democracia latinoamericana en el siglo xxi? El desarrollo de España y Portugal nos enseña que es indispensable fortalecer las instituciones que promuevan la integración regional, incluso cuando no cuenten con los mismos recursos económicos o el respaldo de un ejecutivo supranacional fuerte. Afortunadamente, en América Latina ya existen tales instituciones, sobre todo en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La clave está en comprender que una sociedad constitucional regional no requiere replicar el modelo europeo, pero sí puede nutrirse de él para construir una vía latinoamericana propia hacia la integración democrática.

4.2. La Interamericanización

Así entendido, el concepto de "iberoamericano" pone en el centro el proceso de interamericanización del derecho constitucional en los países latinoamericanos, como ha destacado con acierto Mariela Morales Antoniazzi.[10] Aunque el derecho interamericano tiene su origen en el derecho internacional, y no estrictamente en el constitucional, durante este Congreso nadie ha puesto en tela de juicio su relevancia como parte integrante del derecho constitucional de los Estados de la región. Esta idea fue expresada con especial claridad por el colega Cantú en este último panel.

El concepto de "interamericanización" permite comprender mejor un aspecto crucial: la existencia de un derecho constitucional común que no se basa únicamente en un espacio discursivo compartido, sino que también tiene una fuente jurídica común. A pesar de su origen internacional, el derecho interamericano ha sido incorporado en muchos países como parte activa de su ordenamiento constitucional, contribuyendo así a reforzar su compromiso democrático con una orientación transformadora.[11]

Gracias a este proceso de interamericanización, el derecho constitucional de los Estados parte no puede ser entendido exclusivamente a partir de su Constitución nacional. Requiere, además, tener en cuenta el *corpus iuris* interamericano, que funciona como un referente normativo supranacional.[12] Reafirmar la im-

[10] Mariela Morales Antoniazzi y Pablo Saavedra Alessandri, "Inter-Americanization: Its Legal Basis and Political Impac"t, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Comune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 255-276.

[11] Sergio García Ramírez, "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un Ius Commune", en Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coords). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Textos básicos para su comprensión, pp. 55-107.

[12] Flavia Piovesan alude a la fuerza catalizadora del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para promover avances en el régimen de derechos humanos. Flavia Piovesan, Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interameericano: Rasgos, potencialidades y desafíos, en Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Héctor Fix Fierro, *op. cit*., pp. 63 y ss.

portancia de esta interrelación como pilar de la democracia en el siglo xxi es, sin duda, otro de los hallazgos fundamentales del Congreso.[13] La interamericanización convierte al derecho constitucional latinoamericano en un proyecto regional que, sin abandonar lo nacional, se alimenta de un marco común que refuerza los valores democráticos.

V. El Gobierno Scheinbaum y el control de convencionalidad

El mecanismo más importante del proceso de interamericanización es, sin duda, el control de convencionalidad. Fue desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de reforzar la eficacia de las obligaciones dimanantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[14] Esta doctrina impone a todas las autoridades estatales la obligación de interpretar y aplicar el derecho interno conforme al marco jurídico interamericano. En esencia, cuando existe un conflicto entre una norma o situación jurídica interna —incluida la legislación— y las disposiciones de la Convención, las autoridades nacionales deben dejar inaplicadas aquellas normas internas que resulten contrarias, a fin de evitar violaciones a los derechos fundamentales.[15]

---

13 En los videos de las diferentes mesas del Congreso puede constatarse esta afirmación, *https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/3450-xvi-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional-el-constitucionalismo-para-la-democracia-del-siglo-xxi-homenaje-a-la-constitucion-federal-de-1824*

14 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Control de Convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales", en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades,* México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-IECEQ-IIJ-UNAM, 2019.

15 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

De esta manera, el control de convencionalidad garantiza la eficacia práctica tanto de la Convención como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En más de treinta sentencias, la Corte ha subrayado que este control debe aplicarse de oficio (*ex officio*) y que tiene validez incluso frente a normas constitucionales (como dejó sentado en *Boyce y otros vs. Barbados*).[16] Además, la obligación no recae únicamente en los jueces, sino en "todas las autoridades públicas", como se afirmó en el caso *Gelman vs. Uruguay*.[17]

Este control de convencionalidad se ha convertido en un instrumento clave del constitucionalismo latinoamericano para la democracia del siglo xxi. Por ello, ha sido aceptado —aunque con ciertos matices— por tribunales de países que mantienen un compromiso firme con los principios democráticos.

Parece incluso que esta doctrina forma ya parte constitutiva de la cultura democrática latinoamericana. Quisiera cerrar esta parte con una anécdota ilustrativa: Mariela Morales y Henry Jiménez me relataron lo ocurrido en un debate televisivo ocurrido el 23 de octubre de 2024 en México, en el que se discutía una propuesta de reforma constitucional. La enmienda planteaba añadir al artículo 1 de la Constitución mexicana una cláusula que rezaba: "Pero en ningún caso (las leyes) pueden ser inaplicadas por medio del control de convencionalidad".

El contexto de esta propuesta es revelador. Desde la reforma constitucional de 2011, que elevó los derechos humanos al más alto nivel normativo, el control de convencionalidad ha cobrado una relevancia creciente en México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desempeñado un papel central en su aplicación, asegurando que las leyes y políticas nacionales se alineen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país. Esto ha generado importantes transformaciones constitucionales: una mayor capacitación de los operadores jurídicos,

16 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párrs. 78 y 79.

17 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 239.

la revisión de prácticas institucionales arraigadas, y el fortalecimiento de una cultura democrática en un entorno especialmente problemático.

La relevancia del control de convencionalidad quedó demostrada por la resistencia que suscitó la propuesta de reforma en octubre de 2024. Es significativo que el gobierno mexicano —conocido por su capacidad para imponer sus proyectos legislativos— decidiera finalmente retirarla. Este giro inesperado motivó una pregunta directa a un representante de la mayoría en el programa televisivo visto por Mariela Morales y Henry Jiménez: ¿por qué se había retirado la enmienda? La respuesta fue tan sencilla como llamativa: "Porque el pueblo lo pidió".

Permítanme observar, desde mi perspectiva académica, que parece poco probable que el "pueblo" haya formulado una demanda de este tipo en apenas unos días. No conozco ningún procedimiento que permita a 130 millones de ciudadanas y ciudadanos expresarse colectivamente y de forma vinculante en tan corto plazo. Una actuación semejante del "pueblo mexicano" me resulta tan verosímil como si la solicitud viniera directamente de la Virgen de Guadalupe.

Y, sin embargo, esta respuesta encierra una verdad profunda: el control de convencionalidad se ha convertido en una parte esencial de la democracia mexicana del siglo xxi, tan arraigada que ni siquiera un gobierno tan decidido como el de la presidenta Scheinbaum se atrevió a desafiarlo abiertamente. Puedo cerrar, entonces, con este último hallazgo: un elemento central del constitucionalismo democrático del siglo xxi ya forma parte de la cultura popular mexicana. Cuando una institución jurídica adquiere tal fuerza simbólica que invocar al "pueblo" en su defensa se vuelve un gesto eficaz, es señal de que el derecho ha echado raíces en la conciencia democrática. La reacción ante esta propuesta de reforma demuestra que el control de convencionalidad ya no es una noción puramente doctrinal, sino una conquista ciudadana que estructura las expectativas democráticas en países como México.

VI. Cuatro hallazgos y un camino

Muchos aspectos de la democracia latinoamericana en el siglo xxi siguen envueltos en una densa y amenazante neblina. Sin embargo, gracias al trabajo de estos cinco días, cuatro elementos esenciales han quedado claramente identificados:

1. La democracia latinoamericana del siglo xxi necesita un derecho constitucional con un órgano de control independiente, imparcial y competente.
2. La institucionalidad continúa siendo un desafío crucial para la democracia latinoamericana en este siglo.
3. La democracia en la región se sustenta en un derecho constitucional común, basado tanto en un discurso jurídico regional como en las instituciones interamericanas.
4. La democracia latinoamericana del siglo xxi cuenta con una innovación de relevancia global: el control de convencionalidad, que ya forma parte de su cultura política.

Estos hallazgos justifican plenamente el esfuerzo invertido en este Congreso. Ha sido, más que un intercambio académico, un ejercicio colectivo de construcción de sentido democrático, capaz de proyectar ideas, instituciones y convicciones hacia el futuro de nuestra región. En este contexto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional está en condiciones de seguir desempeñando un papel clave: como espacio de reflexión académica, como actor decisivo en la promoción de estándares democráticos y como generador de propuestas para una democracia constitucional más sólida.

Concluyo con la firme convicción de que, bajo la presidencia de José María Serna de la Garza, el Instituto seguirá contribuyendo a la democracia en el siglo xxi, gracias a su compromiso con el derecho constitucional regional.

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo VII Federalismo y descentralización. Responsabilidades compartidas. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática
se terminó de imprimir en mayo de 2026,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 500 ejemplares.

EL TOMO VII ABORDA EL ESTUDIO de los regímenes de gobierno y la gobernabilidad democrática, con énfasis en cómo la organización del poder influye en la estabilidad institucional y el funcionamiento de las democracias. Se examinan los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios, y los sistemas híbridos, que integran elementos de ambos modelos para lograr un balance entre estabilidad gubernamental y control parlamentario.

El análisis comparado de estas formas de gobierno permite comprender sus ventajas y limitaciones en la construcción de democracias efectivas. Asimismo, se destaca que la gobernabilidad no depende exclusivamente del modelo adoptado, sino de la manera en que éste se articula con el contexto político e institucional de cada país, lo que resulta fundamental para el fortalecimiento de una gobernabilidad democrática sólida.

JU
RÍDI
CAS

ISBN 978-607-442-058-0
9 786076 428580
UNAM

ISBN 978-607-8908-31-8
9 786078 908318
IECEQ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO