

Controles constitucionales sobre el Poder Ejecutivo

Jorge Silvero Salgueiro

Resumen: *La Constitución constituye el sistema óptimo de frenos y contrapesos para la práctica constitucional; no obstante, el autor sostiene que las constituciones latinoamericanas han perdido la capacidad de controlar, específicamente al poder ejecutivo o nunca la han tenido. A través del análisis de los casos de la prohibición de la reelección presidencial y la legislación mediante decretos-ejecutivos por “urgencia” en varios países de América Latina se establece que tanto en la teoría como en la práctica las Constituciones no está pudiendo controlar los excesos de poder del Ejecutivo.*

Abstract: *The Constitution constitutes the optimum system of breaks and balances for constitutional practice; nevertheless, the author states that Latin American constitutions have lost the capacity to control, specifically the Executive branch, or they have never had it. Analyzing cases as the prohibition for presidential reelection and the legislative function through out “urgency” executive-decrees in several countries it is established that in theory and practice Constitutions are not limiting the Executive power excesses.*

I. Introducción

En el marco de las preguntas planteadas a este panel *¿Cuál es el sistema óptimo de frenos y contrapesos? ¿En qué medida se acerca a este óptimo la práctica constitucional de los países latinoamericanos?*¹, el presente trabajo indaga acerca de la posibilidad de que la Constitución se constituya en el sistema óptimo de frenos y contrapesos para la práctica constitucional. Asimismo, el análisis pone de relieve determinados procesos de transformación del Estado en los cuales se concretaría dicha posibilidad.

1. Las preguntas se encuentran establecidas en el programa SELA – 2006.

Además, el presente panel contenía una batería de preguntas referidas a la capacidad de control del Poder Legislativo y del Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo, así como su grado de efectividad. Con estos planteamientos se configura en forma acertada una relación ínter orgánica de control constitucional. Ahora bien, en ocasiones ciertas relaciones bilaterales de control Judicial-Ejecutivo o Legislativo-Ejecutivo derivan en realidad de relaciones previas de conflicto entre el Poder Ejecutivo y la Constitución. Es decir, allá donde el Ejecutivo entró en conflicto con la Constitución debido a sus disposiciones de control sobre el ejercicio del poder es donde posteriormente se necesitará un pronunciamiento del Poder Judicial o del Poder Legislativo conforme a sus respectivas competencias. Vista así la interacción entre control (posterior) y conflicto (previo), es probable que la eficacia del primero esté en cierto grado de dependencia con las circunstancias estructurales que propiciaron el conflicto. Tomando en cuenta esta perspectiva, este trabajo indaga acerca de aquellos casos concretos en los cuales opera una relación directa de control Constitución-Poder Ejecutivo que genera conflictos del Ejecutivo con respecto a las disposiciones constitucionales².

Más allá de estos planteamientos concretos, en este estudio subyace la discusión de la relación entre teoría y práctica constitucional como marco de referencia necesario a la hora de emprender indagaciones de eficacia y eficiencia constitucional en América Latina.

II. La práctica constitucional a la luz del sistema óptimo.

- ¿Cuál es el sistema óptimo de frenos y contrapesos para la práctica constitucional de los países latinoamericanos?
- Sin duda el sistema normativo constitucional vigente.
- ¿Cuál es el sistema óptimo desde el punto de vista de la teoría?
- Sin duda sigue en discusión.
- ¿Cuál es el sistema óptimo más conocido e influyente?
- Sin duda el elaborado por Montesquieu.

La certidumbre es aquello que caracteriza a las tres respuestas que introducen este apartado. Ahora bien, desde un punto de vista filosófico, la certidumbre puede referirse a toda clase de verdades o falsedades, por lo que sería necesario avanzar hacia la certidumbre de evidencia, basada en una mayor dosis

2. Al respecto, véase: Diego Valadés, *El control del poder*, México, 2000,

de conocimiento o razón que la mera certidumbre subjetiva.³ Para tal fin, siguiendo a Leibniz⁴, se podría sostener de manera intuitiva que dichas respuestas tienen un grado de razón que puede ser demostrado por medio del análisis⁵. En otras palabras, es necesario dotar de evidencia analítica a la certidumbre arriba expresada.

1. Si se coloca la primera pregunta y su respuesta en el contexto político de los países latinoamericanos de las últimas dos décadas, se observará que en varios de estos países se discutió de manera intensa la propuesta de mejorar los sistemas normativos constitucionales frente a las críticas certeras a los defectos funcionales de dichos sistemas. Así, las pretensiones de optimización de las Constituciones latinoamericanas terminaron siendo canalizadas en procesos formales de reformas constitucionales con amplia participación ciudadana. Más importante aún, las propuestas de mejoramiento fueron incorporadas en su gran mayoría a los nuevos textos constitucionales. Ello significó un cambio normativo institucional de suma envergadura en los países de la región. Notablemente, y a pesar de los reclamos de cambio de los sistemas presidencialistas por sistemas parlamentaristas, en ningún país se tomó dicha determinación política. El reclamo se satisfizo a lo sumo con la incorporación de algún rasgo parlamentarista en los renovados sistemas presidenciales.

En **Colombia**, en 1991, se produjo una reforma constitucional total cuando una Asamblea Constituyente de bases democráticas elaboró una nueva Constitución: *“Para el derecho constitucional y la vida política colombianas, la expedición de la Constitución significó un auténtico giro copernicano en su evolución política y jurídica”*⁶.

3. *“...certidumbre es un acto del espíritu por el cual se reconoce sin reservas la verdad o falsedad de una cosa o, para enunciarlo más rigurosamente, de una situación objetiva. Esta certidumbre puede referirse a toda clase de verdades o falsedades, tanto a las de razón como a las de hecho....”* Al respecto, véase la voz certidumbre en: José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, 1958, pp.219-220, donde se plantean diferentes tipos de certidumbre y se afirma que la llamada certidumbre de evidencia es *“más perfecta en lo que toca al conocimiento o razón del conocimiento”*.

4. Para Leibniz la intuición es un modo de acceso a las verdades de razón y de hecho. Las primeras son necesarias, dependen solo de su entendimiento y se puede hallar su razón por medio del análisis y su opuesto es imposible. Las segundas son contingentes y su principio es la conveniencia o la elección de lo mejor; su opuesto es posible. Véase: G.W. Leibniz, *la Monadología*, § 33, § 46 y *la Teodicea*, § 170, § 174, § 189, § 280-282.

5. Sobre el pensamiento analítico, véase la obra clásica: Werner Jaeger, *Aristóteles*, México, 2002, pp. 422-429.

6. Néstor Osuna Patiño, “Los primeros diez años de la Corte Constitucional Colombiana”, en: J. Vega / E. Corzo, *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 317.

En **Paraguay**, la Convención Nacional Constituyente de 1992, conformada por convencionales electos democráticamente, promulgó la actual Constitución que reemplazó en su totalidad a la anterior de 1967 de corte autoritario. La nueva Constitución diseñó para el Paraguay un Estado de Derecho teniendo en cuenta “*las críticas efectuadas a la Constitución anterior*”⁷.

En **Uruguay**, se encuentra vigente la Constitución de 1966 que sufrió modificaciones en 1989, 1994, 1997 y 2004. Sin embargo, la reforma de 1997 aprobada en un plebiscito “*es la reforma más importante en materia constitucional, desde la de 1918. Es decir: es un cambio revolucionario en materia de sistema político*”⁸, y es la que “*contiene una serie de importantes enmiendas constitucionales que cambiaron aspectos significativos de la base política del texto constitucional y del régimen electoral*”⁹.

En **Argentina**, la Constitución de 1853/60 fue reformada por última vez en 1994 por una Convención Nacional Constituyente electa democráticamente¹⁰. “*Esta reforma –más allá de la controvertida inclusión de la reelección presidencial- tuvo la virtud de unificar la legitimación constitucional pues concurren a aquélla todos los sectores, sin proscripciones de ninguna especie y, una vez sancionada, nadie percibió que fuera el triunfo de unos sobre los otros. Por fin, después de una larga historia de desavenencias institucionales, la Constitución Nacional fue la ley que une en la diversidad cultural.*”¹¹

En **Chile**, tras cinco largos años de debates político-parlamentarios, en el año 2005 se cerró formalmente el capítulo autoritario de su reciente historia política con la aprobación por parte del Congreso pleno de reformas a la Constitución de 1980. Entre las 58 enmiendas constitucionales se contempló el reemplazo de la rúbrica de Pinochet en el texto constitucional por la de un presidente electo democráticamente¹².

En resumen, los casos citados permiten expresar que si bien las constituciones emanadas de las reformas mencionadas probablemente no fueron “*eri-*

7. V.J.Flecha / C.Martini / J.Silvero Salgueiro, *Autoritarismo, Transición y Constitución en el Paraguay*, Asunción, 1993, p. 86.

8. Oscar Bottinelli, “Las tres finalidades de la reforma”, *Factum digital*, en: <http://www.factum.edu.uy/>

9. Héctor Gros Espiell / Eduardo Esteva Gallicchio, *Constituciones Iberoamericanas. Uruguay*, México, 2005, p. 166

10. Las críticas a la Constitución de 1853/60 y las propuestas de reforma se encuentran condensadas en: Raúl Alfonsín, *Núcleo de coincidencias básicas*, La Ley, 1994, pp. 824-844. Véase además: Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2002.

11. María Angélica Gelli, “Prólogo”, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, 2003, p. XIV.

12. Jorge Silvero Salgueiro, “El simbolismo constitucional chileno”, *La Prensa*, 14/Oct/2005, Panamá. En internet: www.prensa.com

gidas en una catedral gótica” -el ideal óptimo en los términos acuñados por Nino-, ellas constituyen el resultado de esfuerzos colectivos y por tanto representan un nivel óptimo de lo políticamente posible en cada país¹³. En este sentido, expresan a la vez resultados equiparables a la “racionalidad de lo segundo mejor”¹⁴. De ahí que se puede afirmar que el sistema normativo constitucional vigente se constituye en el sistema óptimo de frenos y contrapesos para la práctica constitucional.

En otras palabras, la constitución como un *óptimo posible* puede ser valorada, por un lado, desde un contexto retrospectivo al interior de cada país y en función de un “antes” y un “después” de una reforma constitucional de envergadura; por otro lado, en comparación con el estándar constitucional democrático existente en la región¹⁵.

Si la optimización normativa no hubiera culminado satisfactoriamente, o si por causas relacionadas a la aplicación de la norma se hubiera producido una modificación en la valorización inicialmente positiva de los cambios normativos introducidos, entonces sería de esperar que la pretensión del sistema normativo constitucional vigente de constituirse en un sistema óptimo pierda gradualmente fundamento¹⁶.

2. Autores tales como Karl Loewenstein -cuyos trabajos sobre la tipología de constituciones tuvieron gran impacto en Latinoamérica-, han descartado la posibilidad de construir a partir de la teoría una constitución ideal. En sus palabras: “una constitución ideal no ha existido jamás, y jamás existirá”¹⁷.

Si bien es posible compartir la primera parte de la citada afirmación debido a la falta de evidencia empírica que demuestre lo contrario, el escepticismo acerca de la imposibilidad de la existencia de una constitución ideal no debería truncar la búsqueda de un sistema óptimo por parte de la teoría. Justamente, dicha pretensión actúa de una manera motivadora sobre la *libido sciendi* en los términos expresados por Cassirer, más allá de sus consideraciones metafísicas:

13. Acerca de la constitución como una catedral gótica, véase: Hegel, Georg. W. Friedrich, *Filosofía de la Historia*, 2005.

14. Al respecto, véase: Carlos Santiago Nino, *op. cit.*, nota 10, pp. 63-66.

15. Por ejemplo, es indudable que la Constitución chilena de 1980, en comparación con la de Argentina, Uruguay y Paraguay alcanzó los niveles democráticos de éstas cuando la reforma constitucional de 2005 suprimió los “enclaves autoritarios” en un proceso político de alta aceptación ciudadana.

16. Por ejemplo, en el caso de Argentina, al comentar la atenuación del presidencialismo como una de las ideas fuerza que guiaron la reforma constitucional Hernández expresó: “en general los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplieran”. Antonio María Hernández, “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, *Cuestiones Constitucionales*, número 14, 2006, p. 165.

17. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, p. 151.

*“Montesquieu trata de ofrecer un fundamento teórico general al supuesto de que el afán de saber, la curiosidad intelectual insaciable que no nos permite descansar en ningún conocimiento adquirido, sino que nos lleva, siempre, de una idea a la otra, pertenece a la esencia del alma humana...La libido sciendi, que la dogmática teológica proscribire y condena como soberbia espiritual, se reconoce aquí como constitución necesaria del alma”*¹⁸

En la actualidad, la insatisfacción con la organización de la democracia constitucional se convierte en uno de los motivos más poderosos para elaborar nuevos estudios sobre temas clásicos en el intento de echar luz a las “zonas oscuras de la Constitución”¹⁹. Entonces, esto demuestra que la búsqueda del sistema óptimo se convierte en el campo de la teoría en un segmento dentro un continuo.

El control constitucional sobre el Poder Ejecutivo

El enunciado “control constitucional sobre el Poder Ejecutivo” parte de la idea de que la Constitución controla el ejercicio del poder de la rama ejecutiva de gobierno²⁰. En ocasiones, dicho control opera en una relación directa Constitución-Ejecutivo²¹. Ello ocurre, por ejemplo, (1) cuando ciertas disposiciones constitucionales limitan al Poder Ejecutivo en alguna actividad, o (2) lo habilitan para realizar alguna otra bajo ciertos requisitos. En tanto que el Ejecutivo respete los postulados constitucionales, el poder se ejercerá controladamente. En cambio, cuando el Ejecutivo manifiesta su desacuerdo a dichos postulados

18. Ernst Cassirer, *La filosofía de la ilustración*, México, 2000, p. 29.

19. Gargarella en el prólogo de su obra citada a continuación expresa su crítica a la organización de la democracia constitucional de la siguiente forma: “*La intuición que motiva este abordaje sostiene que el sistema institucional con el que contamos no ha contribuido a honrar los valiosos ideales democráticos a partir de los cuales este sistema fue construido. Por el contrario entiendo que el sistema institucional a partir del cual nos organizamos ha venido a frustrar, más que a desarrollar, nuestras pretensiones de ganar en libertad y capacidades de acción colectivas*”. Roberto Gargarella, *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires, 2004.

20. “En la doctrina europea contemporánea se...considera al control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. Héctor Fix-Zamudio, “Prólogo”, en: Diego Valadés, *op. cit.*, nota 2, p. XVI. Aragón, actual magistrado del Tribunal Constitucional español, expresa: “*sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma*.” Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Buenos Aires, 1995, p. 12.

21. En cambio, en la generalidad de los casos el control constitucional opera como un control jurisdiccional o como un control político a cargo del Parlamento por medio de mecanismos pre-establecidos en la Constitución.

ya sea en forma de negación de los límites impuestos normativamente, ya sea en forma de incumplimiento de los requisitos para el ejercicio de sus competencias constitucionales, entonces es altamente probable que se esté a las puertas de un conflicto constitucional. En cualquier circunstancia, dicho conflicto será decididamente un caso de descontrol del poder.

Una vez instalado el conflicto constitucional, en la práctica es probable que los órganos constitucionales de contralor se dediquen a enmendar judicialmente el error o a sancionar políticamente el acto viciado, toda vez que el órgano en cuestión goce de autonomía judicial o política. En cambio, la función de la teoría constitucional será analizar los hechos críticamente. De ahí que la teoría tiene solo efectos limitados en relación a la práctica constitucional y la necesidad de dirimir sus conflictos urgentes.

1. Casos de reelección.²² Las disposiciones constitucionales sobre reelección limitada o la prohibición de reelección en todos los casos, representan un claro ejemplo de un control directo de la constitución sobre el Ejecutivo, sobre todo en términos de límites temporales al poder. La fuerza normativa de dichas normas se pone a prueba cuando llega el momento de su aplicación, frecuentemente, en medio de intensos conflictos políticos. En esta materia, la experiencia latinoamericana es diversa.

Bajo el gobierno autoritario del Gral. Alfredo Stroessner (1954-1989), en **Paraguay** se produjeron dos casos de interés analítico. Primeramente, Stroessner asumió el poder en 1954 luego de un golpe de estado. En aquel entonces, estaba vigente la Constitución de 1940 que disponía “*el Presidente de la República durará cinco años en sus funciones y podrá ser reelecto por un período más*” (art. 47). En este sentido, Stroessner completó el período presidencial 1953-1958, y fue reelecto para el siguiente 1958-1963. En este último año, se presentó nuevamente para su tercer período 1963-1968 en abierta contravención al citado artículo 47 con el argumento de estar presentándose a su segundo período propiamente dicho y no al tercero dado que entre 1954 y 1958 solo completó el período del presidente depuesto. Stroessner finalmente fue reelegido.

Posteriormente, para las elecciones presidenciales de 1968-1973 ya no había margen posible para interpretación alguna del artículo 47 de la Constitución de 1940. La solución para la reelección presidencial fue entonces reformar la constitución. Ello ocurrió en 1967. La nueva Constitución, que el mismo Stroessner promulgó, permitió la reelección solo por un período más (art. 173), pero en las disposiciones transitorias se hizo un borrón y cuenta nueva en los términos siguientes: “*Para los períodos presidenciales que se sucedan a partir*

22. Además de los países citados en este trabajo se registran los casos de Cardozo en Brasil, Fujimori en Perú, Sanguinetti en Uruguay, Mejía en República Dominicana, entre otros.

de [1968] y a los efectos de la elegibilidad y reelegibilidad del Presidente de la República, sólo se tomarán en cuenta los que se hayan cumplido desde entonces” (art. 236). Stroessner volvió a ser reelecto.

Cuando en 1977 la disposición del artículo 173 de la Constitución de 1967 significaba para Stroessner un nuevo obstáculo en su camino para la reelección, dicha disposición fue simplemente reemplazada por otra. La nueva disposición establecía que la reelección sería “*indefinida*”. Una Convención Nacional Constituyente, convocada solo a dicho efecto, introdujo la reforma constitucional citada. Stroessner siguió gobernando período tras período durante casi 35 años hasta que terminó su presidencia de la misma forma que comenzó, es decir, con un golpe de estado en 1989.

En cambio, iniciada la transición democrática en **Paraguay** y bajo la presidencia del Gral. Andrés Rodríguez, se convocó a la Convención Nacional Constituyente en 1992 para la elaboración de una nueva Constitución. Los convencionales electos democráticamente discutieron entonces la posibilidad de introducir en la nueva carta magna una disposición estableciendo que el Presidente “*no podrá ser reelecto en ningún caso*”. Con este fin, se estipulaba que “*se computará el actual período inclusive*”. Esta propuesta produjo conflictos tan intensos con el entonces Presidente de la República que se generaron fuertes rumores de disolución de la propia Convención. La Convención Constituyente se mantuvo en su posición y ambas disposiciones quedaron firmes en los artículos 229 y 19 (disposiciones transitorias) respectivamente, de la nueva Constitución de 1992. En reacción a ello, Rodríguez no prestó juramento a la nueva Constitución en el momento formal indicado y mantuvo en ascuas a la población por 48 horas acerca de cuál sería su decisión. Finalmente, aceptó someterse a la nueva Constitución prestando juramento en un acto especial. Al término de su mandato en 1994 entregó el poder al primer presidente civil en más de 40 años.

En la actualidad, el Presidente paraguayo Nicanor Duarte Frutos (2003-2008) manifestó su deseo de presentarse a un segundo período presidencial, lo que motivó una serie de discusiones y conflictos políticos acerca de la necesidad de la reforma constitucional. La respuesta fue una manifestación multitudinaria convocada como una “resistencia ciudadana” bajo el lema “el Paraguay está harto” [de autoritarismo y continuismo]²³.

En **Panamá**, el primer Presidente después de la invasión de Estados Unidos de 1989, Guillermo Endara (1989-1994), respetó la disposición constitucional que establece que el presidente “*no podrá ser reelegido en los dos períodos presidenciales inmediatamente siguientes*” (art. 178). Por tanto, Endara

23. Los periódicos paraguayos de la fecha 30/marzo/2006 reportan la manifestación ciudadana como una “*Severa advertencia ciudadana a Nicanor*” (www.abc.com.py) y como un “*Vere-dicto ciudadano: Freno a Nicanor*” (www.ultimahora.com).

no se postuló como presidente en 1994 ni en 1999, pero sí al inicio del tercer periodo 2004-2009, esta vez sin éxito. En cambio, el segundo presidente de la transición democrática, Ernesto Pérez Balladares (1994-1999), puso en marcha en 1998 un referéndum para aprobar o rechazar una reforma constitucional que hubiese permitido su reelección como presidente. La ciudadanía panameña se expresó claramente por el “no” cuando un 63% de los electores votaron en contra de la pretensión de reforma constitucional. De esta forma, el Presidente Pérez Balladares quedó sin posibilidad de ser reelecto en forma inmediata²⁴. La norma constitucional en cuestión logró su eficacia plena con apoyo ciudadano.

En **Colombia**, la disposición constitucional que establecía “*no podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia*” (art. 197 derogado) fue modificada en el año 2004 a propuesta del Presidente Álvaro Uribe. El cambio constitucional, que en su momento generó una fuerte controversia política, fue definido judicialmente en 2005 ante la Corte Constitucional de Colombia. Actualmente se permite la reelección por dos periodos, y en el caso del Presidente en ejercicio o de los anteriores a la reforma constitucional, la reelección por un periodo presidencial más (actual art. 197 y parte transitoria). En consecuencia, quedó allanado el camino para que el actual Presidente Álvaro Uribe pudiera postularse para el siguiente periodo presidencial 2006-2010 como efectivamente lo hizo.

En **Argentina**, la Constitución de 1853/60 establecía que el Presidente no puede ser reelegido “*sino con intervalo de un periodo*” (art 77). Juan Domingo Perón fue el primero que modificó la Constitución para posibilitar su reelección inmediata. Pero su reforma de 1949 fue abolida en 1956 luego de su caída.

Posteriormente, el Pacto de Olivos, firmado en 1993 entre el entonces Presidente Saúl Menem (1989-1995) y el líder de la oposición Raúl Alfonsín, abrió la posibilidad de reformar la constitución e introducir la reelección “*por un solo periodo consecutivo*”. Este acuerdo se tradujo en el artículo 90 de la reforma constitucional de 1994. Por su parte, la novena disposición transitoria de dicha reforma estableció además que el mandato del presidente en ejercicio al momento de la reforma deberá ser considerado como primer período.

Así, el segundo período presidencial de Menem (1995-1999) fue el último conforme al artículo 90 en concordancia con la novena disposición transitoria. Sin embargo, para el período presidencial 1999-2003, Menem expresó nuevamente sus intenciones de postularse para dicho período. En ese sentido, partidarios políticos suyos presentaron acciones judiciales solicitando “*que se invalide la cláusula transitoria novena de dicha constitución, con el fin de ha-*

24. El actual artículo 178 (ex 158) de la Constitución de Panamá dispone que el Presidente de la República no podrá ser reelegido “en los dos periodos presidenciales inmediatamente siguientes”.

bilitar la reelección presidencial del ciudadano Carlos Saúl Menem para la próxima elección de 1999"²⁵. La Corte Suprema de Justicia de Argentina rechazó la citada pretensión.

Más allá de sus posibilidades electorales reales, el obstáculo obvio para Menem y su pretensión de reelegibilidad fue la norma constitucional. Menem volvió a presentarse a las elecciones presidenciales de 2003 y ganó la primera vuelta electoral, pero se retiró para la segunda porque dudó de la "*legitimidad democrática y la transparencia del proceso electoral*".

En **Costa Rica**, la Constitución de 1949 fue reformada en 1969 y el nuevo artículo 132 inciso 1) dispuso: "*No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente: El Presidente que hubiera ejercido la Presidencia durante cualquier lapso*". Más de 30 años después, partidarios políticos del ex-presidente Oscar Arias (1986-1990) interpusieron una acción judicial contra dicha reforma solicitando su inconstitucionalidad y lograron un resultado favorable ante la justicia, bajo fuertes críticas de tráfico de influencias. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso en un fallo de 2003: "*Por tanto: Se declaran con lugar las acciones. En consecuencia, se anula la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. Esta sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada. De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta esta anulación, son válidos.*"²⁶ De esta forma, Oscar Arias pudo postularse nuevamente y estar en condiciones de ejercer una segunda presidencia para el período 2006-2010.

En resumen, los casos de reelección de Stroessner en Paraguay son extremos y evidencian que la Constitución, cualquiera de las que estuvo vigente durante sus 7 períodos presidenciales, no ejercía control del poder. Más técnicamente se podría observar, que mientras la reelección de 1963-1968 se produjo en clara violación a la norma constitucional, las siguientes sin embargo representan casos de "desconstitucionalización" donde la norma pierde su función de constitucionalizar el poder en el sentido clásico de limitar su ejercicio²⁷. En cambio, la situación fue distinta al inicio del proceso de transición democrática. Con la reforma constitucional de 1992 se optimizó el enunciado

25. Fallo O. 20. XXXIV. Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo, p. 3, en: www.csjn.gov.ar

26. Véase el fallo completo en el portal de la Sala Constitucional de Costa Rica: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional

27. Acerca de la desconstitucionalización del poder bajo Stroessner, véase: Justo José Prieto, *Constitución y Régimen político en el Paraguay*, Asunción, 1987.

normativo sobre reelección, el cual obstaculizó cualquier intento de continuidad en el poder permitiendo oxigenar el sistema de gobierno con aires de recambio democrático. Es indudable que el contexto de libertad ayudó a que la norma de control desarrollara su mayor fuerza normativa gozando –hasta el momento– de una eficacia plena.

Los casos de Argentina y Costa Rica presentan similitudes y diferencias. Menem y Arias estaban constreñidos por la norma constitucional de reelección a no postularse más a la presidencia. En ambos casos, un “ciudadano libre” acude en su auxilio ante un tribunal de justicia para impugnar la reforma constitucional en cuestión y argumentando que ésta violó sus derechos. El final de la historia es, sin embargo, distinto en cada país. Mientras que en Costa Rica el contralor de la norma se convirtió en el verdugo de la misma modificando la propia Constitución, en Argentina se confirmó el criterio de control acordado constitucionalmente en 1994. Cabe resaltar que Arias no estaba en el ejercicio de la presidencia en su segunda postulación. Sin embargo, el efecto de la norma era justamente ese: que aun después de dejar el cargo por uno, dos o más periodos la restricción de no postularse todavía le siguiera rigiendo.

Colombia representa el caso que se va extendiendo por América Latina donde las recientes reformas constitucionales son puestas de nuevo sobre la mesa política y se encuentran sujetas a discusión²⁸. Vale decir, los procesos de deliberación política concluyen con una decisión que al poco tiempo da lugar nuevamente al inicio de un nuevo proceso. Pareciera que las decisiones trascendentales representaran el resultado de breves asaltos (rounds) de una lucha mayor por el poder (utilizando términos del boxeo). En conclusión, las reglas jurídicas se cambian con mucha rapidez, lo cual ciertamente no contribuye a estabilizar los sistemas constitucionales, aunque probablemente se establezca el poder de alguno que otro presidente.

Y, por último, para no terminar con una visión escéptica sobre la práctica latinoamericana cabe recordar que la experiencia panameña más arriba relatada fue exitosa fundamentalmente porque hubo una decisión colectiva e respaldar la Constitución como control.

2. Casos de decretos-leyes. A diferencia de gobiernos de facto, cuyas cabezas ejecutivas legislaban sin base constitucional, en la actualidad, algunos ejecutivos de gobiernos democráticos poseen facultades legislativas extraordinarias dispuestas por las propias Constituciones. Ello genera un caso complejo de control constitucional. En efecto, los Ejecutivos podrán argumentar que lo hacen en virtud de una atribución constitucional concreta. Entonces, la califica-

28. A manera de ejemplo, en Argentina el Consejo de la Magistratura fue creado con la reforma constitucional de 1994, pero en la actualidad el Ejecutivo propicia una modificación de su conformación bajo supuestas premisas de mejor funcionamiento que ocultarían pretensiones políticas de mayor influencia sobre el mismo.

ción de abuso de sus facultades dependerá en gran medida de cómo fue previsto el diseño constitucional del control.

En **Paraguay**, el artículo 183 de la Constitución de 1967 establecía que el Presidente “*podrá dictar decretos con fuerza de ley*” durante el receso parlamentario, el cual duraba del 21 de diciembre al 31 de marzo. En este tiempo, el Ejecutivo asumía dos de las tres funciones del Estado. Evidentemente, el diseño constitucional propiciaba los abusos de las facultades extraordinarias de legislación, los cuales de hecho ocurrían.

Posteriormente, la reforma constitucional de 1992 decidió suprimir de plano dicha facultad excepcional y no le otorgó al presidente ninguna competencia extraordinaria de legislación. El Ejecutivo solo conservó su participación en el proceso ordinario de formación de la ley con las competencias usuales de iniciativa legislativa y veto.

Los típicos argumentos “de necesidad y urgencia” usados para justificar la facultad de legislar del Presidente fueron canalizados en la figura del “tratamiento de urgencia”. Conforme al artículo 238 inc. 12 de la Constitución de 1992, el Presidente puede presentar proyectos de ley con solicitud de urgente consideración, lo cual obliga a las Cámaras del Congreso a tratar dicha solicitud dentro de plazos fijos y abreviados (art. 210).

En **Panamá**, el artículo 159 en el numeral 16 incorporado a la Constitución de 1972 con la reforma de 1983 establece: “*Conceder al Órgano Ejecutivo, cuando éste lo solicite, y que la necesidad lo exija, facultades extraordinarias precisas, que serán ejercidas durante el receso de la Asamblea Nacional, mediante Decretos-Leyes...El Órgano Legislativo podrá en todo tiempo y a iniciativa propia derogar, modificar o adicionar sin limitación de materias los Decretos-Leyes así dictados.*”²⁹

29. La Constitución de Panamá contiene en el artículo 163 una serie de prohibiciones para la Asamblea Nacional, entre ellas: “9. *Delegar cualquiera de las funciones que le correspondan, salvo lo previsto en el numeral 16 del artículo 159*”.

Estas “facultades extraordinarias” fueron ejercidas por el Poder Ejecutivo en el pasado³⁰ como en el presente³¹ y le han permitido al Presidente actuar como el principal legislador, por ejemplo, en temas sensibles de la economía panameña.

La reciente legislación por decreto-ley suscitó una discusión en el seno de la Asamblea Legislativa panameña sobre la forma en cómo operaría el control legislativo sobre dicha facultad. La conclusión fue que no existe ningún procedimiento especial establecido para ello en los reglamentos legislativos y que el control en cuestión a fin de “discutir, modificar, adicionar e incluso, eliminar los decretos leyes” se efectuaría por el procedimiento ordinario de reforma legislativa³². Vale decir, la posibilidad del control está enunciada pero no concretizada normativamente.

En **Argentina**, la Constitución de 1953/60 no habilitó al Presidente a dictar decretos de necesidad y urgencia, sin embargo, en la práctica constitucional se dieron dichos casos. Ante esta situación Bidart Campos sostuvo enfáticamente en la década de 1980: *“Nosotros creemos que los reglamentos de necesidad y urgencia siempre son inconstitucionales en nuestro régimen, porque la división de poderes que demarca la constitución argentina (que es suprema y*

30. La Ley N° 1 de 1998 por la cual se concedió facultades extraordinarias al Órgano Ejecutivo dispuso en su art. 1: *“Se conceden facultades extraordinarias precisas al Órgano Ejecutivo que serán ejercidas mediante decretos-leyes conforme lo dispone el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Política de la República para que dicte disposiciones relativas a las siguientes materias y fines: 1. Establecer nuevas normas relativas al marco regulatorio del régimen bancario, derogando íntegramente el Decreto de Gabinete 238 de 1970, por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional, con el objeto de modernizar su marco jurídico, así como la ordenación general y supervisión de sus actividades, adaptando la legislación nacional a tendencias internacionales modernas que garanticen un mayor índice de eficiencia y confiabilidad en el desenvolvimiento de este sector.”* Posteriormente, el Poder Ejecutivo por Decreto-Ley N° 9 de 1998 “Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos” reguló en 166 artículos gran parte de la actividad bancaria panameña, sector estratégico de su economía.

31. La Ley N° 1 de 2006 concedió facultades extraordinarias al Órgano Ejecutivo para dictar decretos-leyes en diversas materias como ser: la creación del Fondo Fiduciario del Canal de Panamá para el desarrollo de infraestructura; la modificación de la ley 18 de 1983 orgánica del Instituto Nacional de Formación Profesional para su reestructuración; la modificación de la ley 29 de 1996, orgánica de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor *“con el fin de brindar una verdadera y efectiva protección a los consumidores y promover la libre competencia y la libre concurrencia”*; la subrogación de la ley 20 de 1975 que reorganiza el Banco Nacional de Panamá *“con el fin de dotar...de una normativa que propicie su modernización, eficiencia y competitividad”*, etc. En cumplimiento de la Ley N° 1 de 2006 se dictaron 11 Decretos-Leyes. Toda la legislación panameña está disponible *on line*: <http://www.presidencia.gob.pa/gacetaoficial/>

32. Véase, la entrevista al asesor de la Asamblea Legislativa, Salvador Sánchez, en La Prensa de Panamá de 13/marzo/2000, en internet: <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2006/03/13/hoy/panorama/530828.html>

rígida) no tolera, ni siquiera por razones de urgencia y necesidad, que el poder ejecutivo ejerza competencias del congreso. Para sostener que puede hacerlo, habría que dar por cierto que nuestra constitución contiene una norma habilitante implícita del siguiente tenor: 'la división de poderes y el reparto de competencias pueden excepcionarse cuando por necesidad y urgencia es menester que el poder ejecutivo ejerza directamente una o más funciones del congreso'. Y nos parece que ningún espacio y ningún principio de la constitución permiten inducir que tal norma implícita tenga cabida en ella"³³.

Cuando llegó el momento de la reforma constitucional en 1994, la propuesta para tratar dicho problema fue la de "constitucionalizar" los decretos de necesidad y urgencia a fin de "impedir que existan prácticas paralelas al sistema constitucional y con el propósito de ajustarlos a determinados requisitos"³⁴. Además, se tenía el antecedente del caso "Peralta" del año 1990 en el cual "la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia –de sustancia legislativa- dictado en el contexto de una grave crisis económica y social, producida por la hiperinflación."³⁵

La atribución para dictar decretos de necesidad y urgencia fue incorporada a la Constitución con la reforma de 1994, aunque ciertamente de una forma paradójal. En efecto, la nueva disposición constitucional sigue los lineamientos propuestos por Bidart Campos que en su momento los enunció no para confirmar dicha facultad, ni para incorporarlos a la Constitución sino para negar que se trataba de una facultad implícita: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trata de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral, o el régimen de partidos, podrá [el Presidente] dictar decretos por razones de necesidad y urgencia..."³⁶

33. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, 1988, p. 230.

34. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, 1997, p. 502.

35. María Angélica Gelli, *op. cit.*, nota 10, p. 699.

36. En un reciente estudio sobre análisis funcional en el Derecho constitucional traté dicha disposición constitucional como un caso que cumplía con una función mítica. En efecto, se crea un campo de ilusión normativo que oculta la realidad empírica del poder. Por consiguiente, el análisis constitucional no puede limitarse a las simples percepciones normativas sino que debe abarcar su vinculación con el poder. Al respecto, véase: Jorge Silvero Salgueiro, "El sistema funcional de la división de poderes en Latinoamérica", en: M. Carbonell, *Memoria del Congreso Internacional de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2006, en imprenta.

Sin embargo, el problema se agudizó en vez de solucionarse con el nuevo diseño constitucional y con el control constitucional previsto por medio de una Comisión Bicameral Permanente del Congreso. Así, después de la reforma de 1994, se dieron los mayores abusos en el ejercicio de dicha atribución constitucional³⁷. Además, la citada Comisión Bicameral del Congreso encargada de ejercer el control nunca fue conformada. Al respecto, en la doctrina argentina se sostuvo: “*Ante la falta de ley reglamentaria Bidart Campos y Sagüés entienden que el presidente no puede dictar decretos-leyes. Al no haberse creado la Comisión Bicameral –según estos autores- falta un elemento esencial para legitimar los decretos-leyes.*”³⁸

Si antes de la reforma los decretos de necesidad y urgencia eran casos de “prácticas paralelas” o “abusos de hecho”, hoy en día representan más bien un exceso de atribuciones constitucionales. Es decir, el problema evolucionó a una nueva dimensión, a aquella del diseño normativo constitucional.

En resumen, cuando las constituciones deciden otorgar facultades excepcionales de legislación al Presidente de la República se toman ciertos recaudos, tales como establecer requisitos y materias restringidas, o incluso se dispone expresamente que el Poder Legislativo ejercerá el control de las facultades en cuestión; sin embargo, esto no ha impedido que en la práctica los Ejecutivos legislen sin control legislativo, lo cual le resta eficacia a los controles constitucionales dispuestos sobre el mismo.

Para tratar analíticamente este problema de eficacia constitucional se podría recurrir a la analogía de un prototipo que representaría el constructo normativo sobre la facultad excepcional de legislar del Ejecutivo. Dicho prototipo se compondría de dos motores ubicados lateralmente y con funcionamiento autónomo el uno del otro, representando respectivamente las atribuciones del Ejecutivo y los controles del Legislativo. Ambos motores tendrían que generar en forma separada la misma cantidad de fuerza para poner en marcha la máquina, garantizando de esta forma que la dirección se mantenga estable.

Sin embargo, ocurre que mientras el primer motor ya está en funcionamiento y generando suficiente fuerza para movilizar el prototipo, el segundo motor todavía no entró en funcionamiento dado que ni siquiera se conoce la forma de encendido. Ello ocasiona que el prototipo adquiera una dirección inclinada por el funcionamiento de un solo motor, acometiendo una trayectoria

37. Acerca de la reducción de la Constitución argentina a los artículos 76 (delegación legislativa) y 99, inc. 3 (decretos de necesidad y urgencia) y de la transformación en una “*república ejecutiva*” ante el uso indiscriminado de dichas facultades véase: Ventura, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida aconstitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, enero-junio, 2004, p. 521

38. Calogero Pizzolo, “Las circunstancias excepcionales en los decretos de necesidad y urgencia”, en: Daniel Alberto Sabsay, *Colección de Análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, 2002, p. 694.

errática. Lo errático en términos constitucionales representaría lo arbitrario. El equilibrio en la dirección del prototipo se restituirá recién cuando se encienda el segundo motor, lo que a veces en la práctica constitucional no ocurre.

Por estar sujeta a la coyuntura política, la mencionada solución tendría solamente carácter temporal. A fin de buscar el nivel óptimo de funcionamiento del “prototipo”, sería necesario - además de mantener la autonomía de cada uno de los dos motores - incluir en el diseño un dispositivo o mecanismo único que pusiera en funcionamiento los dos motores simultáneamente y de forma automática. Con ello, el equilibrio en la dirección de gobierno estaría asegurado desde el principio, por lo menos en teoría.

La Constitución como control: entre la teoría y la práctica

Este trabajo se inició con la siguiente certidumbre expresada de manera retórica: *la Constitución constituye el sistema óptimo de frenos y contrapesos para la práctica constitucional*. Esta afirmación representa para la práctica una *verdad de hecho*³⁹ pues al concluir un proceso de reforma constitucional el nuevo modelo normativo acordado simboliza la elección de lo mejor posible. Tendrá posibilidades de evolucionar a una *verdad de razón* en tanto que un análisis riguroso del nuevo sistema normativo demuestre en el plano de la teoría constitucional dónde radican las razones que fundamentan su cualidad de “sistema óptimo”, más allá de la contingencia política.

También la idea de que la Constitución controla el ejercicio del poder del Ejecutivo reproduce la perspectiva de una interconexión entre la teoría y la práctica. La Constitución es, desde una visión teórica, “*una carta de buen gobierno*”⁴⁰, pero cuyo respeto o irrespeto genera conflictos en la práctica. En la medida en que se comprendan las condiciones de contexto y estructurales (político-institucionales, sociales, culturales, etc.) en las cuales tiene lugar la implementación de los controles constitucionales al Ejecutivo, podrán optimizarse los controles normativos inter-orgánicos que están dirigidos a resolver conflictos entre la Constitución y el Poder Ejecutivo.

Desde esta perspectiva, el análisis de la constitución debe realizarse necesariamente a través de la interacción dialéctica entre el mundo de la práctica y

39. Acerca de la definición y uso de los conceptos *verdad de hecho* y *verdad de razón* en Leibnitz, véase nota de pie de página número 4.

40. La definición completa de la constitución conlleva la idea del control: “*la Constitución...es una carta de buen gobierno que establece las instituciones de gobierno y las normas, estándares y principios que deben controlar tales instituciones*”, véase: Owen Fiss, ¿Por qué el Estado?, en: O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, México, 2004, p. 48. En inglés: Why the State?, Harvard Law Review, vol. 100, 1987.

de la teoría. En ese sentido, adquieren pertinencia las reflexiones de Kant acerca de la teoría y la práctica (1793). Este pensador denomina teoría “*a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad, y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación. Por el contrario, no se llama práctica a cualquier manipulación, sino solo a aquella realización de un fin que sea pensada como el cumplimiento de ciertos principios representados con universalidad. Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre la teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace para el tránsito de la una hacia la otra.*”⁴¹

En resumen, si concebimos al análisis constitucional como un puente entre la teoría y la práctica, éste podrá contribuir a acortar las distancias entre los sistemas óptimos y la realidad política en América Latina.

41. Immanuel Kant, *En torno al tópico: “Tal vez sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”*, en: I. Kant, *Teoría y Práctica*, Madrid, 2002, p. 3.