

SELA. Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y

Política. Reporte de Participación.

Raul Manuel Mejía Garza¹

El SELA es un seminario en el cual participan universidades de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, España y los Estados Unidos. Los temas giran en torno a la consolidación y desarrollo regional de temas generales como: el estado de derecho, la consolidación y límites a la democracia, o cultura jurídica; así como temas mas coyunturales como: pobreza y violencia. Las delegaciones participantes se encuentran integradas por académicos y juristas invitados de manera personal y permanente al seminario.

El tema general del seminario se refirió al Poder Ejecutivo. El seminario se dividió en cinco paneles de discusión, una conferencia y dos mesas redondas. El trabajo permitió dar cuenta de la evolución de los sistemas presidenciales latinoamericanos y de los retos que se les presentan en el futuro. Latinoamérica concentra el mayor porcentaje de sistemas presidenciales a nivel mundial y México ha sido un ejemplo claro de sus ventajas y desventajas en el transcurso de su desarrollo, en particular del siglo XX.

En este reporte daré cuenta de dos problemas relacionados con los sistemas presidenciales que fueron presentados en el seminario: el de los poderes no

¹ Secretario de estudio y cuenta adscrito a la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. Coordinador de la delegación mexicana al SELA desde el año 2002.

regulados del presidente y la Administración Pública, llamados por el ponente: poderes infraconstitucionales del Presidente; y los problemas generados por la creciente autonomización de las funciones del poderes ejecutivo presidencial en órganos diversos. Los organismos reguladores autónomos.

I. Los poderes Infraconstitucionales del Ejecutivo. Ponente: Alejandro Madrazo Lajous (México).

El autor comienza con una referencia a los poderes metaconstitucionales de los regímenes presidenciales, obviamente refiriéndose al término acuñado para la practica presidencial en México antes de la transición las presidencias. Con esto se refiere a poderes que no emanan de la Constitución, que no están contemplados en el diseño constitucional de nuestros países y que, por ende, no quedan sujetos al sistema de pesos y contrapesos que las constituciones establecen. La existencia de poderes meta-constitucionales fue, nos dice el autor, durante el siglo XX, el rasgo característico del sistema político mexicano. México es conocido por la importancia y persistencia de dichos poderes. Sin embargo, la presencia y relevancia de poderes meta-constitucionales no es un fenómeno exclusivo a México. Estados Unidos, por mencionar solo un caso, presenta un claro ejemplo de una presidencia expansiva que, a lo largo de la historia, ha extendido su poder real mucho más allá del diseño constitucional. Hoy en día parece que se expanden y se consolidan las presidencias en todo el continente – desde Bush, hasta Chávez, pasando por Uribe.

El autor refiere la preocupación por poderes presidenciales que constituyen una capacidad de acción o una influencia desmedidas. El temor es que una figura presidencial fuerte pueda trastocar el sistema político, violentar derechos fundamentales o desdibujar la Constitución. Sustentados en políticas populistas, carisma personal, un partido hegemónico o algún instrumento análogo, los poderes meta-constitucionales se originan en alguna fuente que trasciende a la Constitución – como la costumbre y la cultura políticas. Ubicadas por encima de la Constitución, desde allí amenazan al orden constitucional. Concretamente, estos poderes incluyen la influencia mediática desmedida, el control sobre los poderes legislativo o judicial, el control de gobiernos locales, etc.

La ponencia del autor pretende desplazar el enfoque del debate sobre los peligros del poder presidencial. Frente al enfoque meta-constitucional quiere presentar uno alternativo y complementario: poderes que se ubican por debajo de la constitución y que desde allí la amenazan; poderes que pueden pasar relativamente desapercibidos por la opinión pública, la prensa, la academia y el diseño constitucional. Llámenseles a estos poderes “infra-constitucionales”. El autor califica a estos poderes como de bajo perfil, que quedan fuera del radar del control constitucional, ya sea político o judicial. Por su incidencia cotidiana o por su carácter técnico, no reciben el escrutinio público que suscitaría una reacción suficiente de los demás actores políticos y judiciales como para acotarlos. En otras palabras, el autor sostiene que no contamos con mecanismos efectivos para contrarrestar el ejercicio de poderes infra-constitucionales cuando estos afectan los derechos fundamentales o la normatividad constitucional.

Estos poderes infra-constitucionales no son inconstitucionales en sí. Esto es, su ejercicio no significa, por si solo, una violación a la Constitución. Tampoco se sustentan más allá de la autoridad constitucional. A primera vista, no parecen amenazar el orden constitucional. Son poderes que, al ejercitarse pueden afectar la normatividad constitucional o los derechos fundamentales en forma importante, pero sigilosa. En gran medida, la efectividad de un poder infra-constitucional se debe a que logra pasar desapercibido. Pero no por ser sigilosas, estas violaciones constitucionales son menos graves.

El autor realiza un estudio de estos poderes a través de un caso, analizando el poder de contratar por parte de las dependencias del Ejecutivo. El propósito es mostrar lo importante que puede llegar a ser, en términos constitucionales, el ejercicio de un poder infra-constitucional. Como caso concreto se analiza la regulación de la industria tabacalera en México en años recientes. El autor presenta este caso a manera de ilustrar la importancia que pueden tener los poderes infra-constitucionales. Al finalizar el caso mexicano el autor menciona casos similares en Argentina y Chile. Finalmente, el autor hace algunas consideraciones para iniciar el debate sobre posibles soluciones al problema.

La ponencia del autor no busca formular soluciones al problema del ejercicio de los poderes infra-constitucionales, sino articular tentativamente el problema. La meta del ponente es iniciar un debate sobre los peligros a la constitucionalidad

que se esconden debajo del ejercicio cotidiano de facultades ejecutivas en tiempos de relativa normalidad constitucional.

Lo primero que llama la atención de este caso es que el Convenio entre la industria tabacalera y el Gobierno Mexicano a través de la Secretaria de Salud adquirió notoriedad pública por razones coyunturales. Durante un año – de junio del 2004 a mayo de 2005 – la colusión entre las autoridades de salud y las grandes empresas tabacaleras pasó prácticamente desapercibida. El poder del Ejecutivo para celebrar convenios, ejercido en detrimento de la Constitución, quedó fuera del radar de la opinión pública y de los controles políticos y judiciales. Fueron la protesta pública y la vinculación con un escándalo de corrupción legislativa que le dieron proyección en los medios a este caso. Ya en los medios, el Convenio ha sobrevivido sin que asome algún tipo de control político o judicial.

Esto sugiere dos cosas. Primero, que algo está fallando con el radar de los controles políticos y judiciales al Ejecutivo: ni el Legislativo ni el Judicial han tomado cartas en el asunto. Segundo, que el monitoreo ciudadano constituye un importante mecanismo de control político: si los miembros del Partido Alternativa Socialdemócrata y Campesina – entonces simples activistas políticos – no hubieran dado a conocer el Convenio y sus vicios, es posible que el tema hubiese pasado desapercibido.

Las fallas de los controles al Ejecutivo son muchas y muy variadas. En su nivel más básico el problema, al menos en México, refleja un entendimiento de la

constitucionalidad y de su control de una cultura política fundamentalmente cerrada a la participación ciudadana. La premisa básica del diseño de los controles constitucionales en México es el de control entre pares. Esto es, por regla general la fiscalización de un actor político o gubernamental la realiza otro actor político o gubernamental. Los límites a los poderes públicos se hacen efectivos mediante roces horizontales entre ellos mismos.

La justicia constitucional mexicana – aún después de su reforma en 1995– es un claro ejemplo de ello. Por una parte, el principal procedimiento constitucional al que tiene acceso la ciudadanía – un juicio de amparo extremadamente limitado – resulta insuficiente para salvaguardar las garantías constitucionales en forma efectiva. En el juicio de amparo mexicano no se reconoce el interés difuso ni se les da efectos generales a las sentencias. La legitimación activa es muy restringida, y los efectos que en la práctica tiene una sentencia de amparo, por lo general, lo son aún más. Para impugnar un acto del Ejecutivo, una persona se tiene que ver personal y directamente afectada (y además debe contar con los recursos para llevar adelante un juicio costoso). En el caso que aquí nos concierne la celebración del Convenio afecta los derechos de todas las personas que habitan en México. Sin embargo el formalismo dominante en la dogmática procesal mexicana hace pensar que resultará difícil probar la afectación directa y personal a los derechos de una persona particular.

La reforma constitucional al Poder Judicial del año 1995 modernizó considerablemente a la justicia constitucional mexicana. Pero la modernizó

fundamentalmente en beneficio de la elite política: la legitimación activa en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad – los dos procedimientos constitucionales que constituyen el corazón de la reforma – queda reservada a representantes electos, funcionarios públicos o dirigentes de partidos políticos. Ambos procedimientos, para tener efectos generales (y en algunos casos simplemente para lograr un fallo), requieren de mayorías calificadas en el Pleno de la Suprema Corte (8 de 11 ministros). Ello ha desembocado en que, en más de una ocasión, las cuestiones constitucionales de fondo queden indeterminadas y la constitucionalidad de actos o normas quede lejos de ser esclarecida. Finalmente, la materia de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad es la más de las veces ajena a la protección de los derechos fundamentales. Así, es la parte orgánica de la Constitución, no la dogmática, la principal tutelada por la nueva justicia constitucional mexicana. En consecuencia, son los poderes públicos, no los ciudadanos, los principales beneficiarios de la modernización judicial en México.

La segunda lección que, nos dice el ponente, podemos aprender del caso de la regulación al tabaco en México es que el monitoreo ciudadano es potencialmente un instrumento poderoso para subsanar la ineficacia de otros controles de constitucionalidad. Los poderes infra-constitucionales del Ejecutivo – quizá por ser poderes que se utilizan en abundancia y cotidianamente o bien por considerarse que se ejercen en con base en ponderaciones técnicas – resultan particularmente difíciles de detectar en el radar de los controles políticos y judiciales. En realidad, es difícil creer que uno o varios órganos del estado puedan supervisar el

funcionamiento de la totalidad de la administración pública. La solución parece estar en la desconcentración del control al ejercicio gubernamental. Entre más amplio sea el universo de agentes que pueden monitorear el actuar gubernamental, más altas son las probabilidades de detectar infracciones al orden constitucional. La propuesta central consiste en buscar que el control de la constitucionalidad pase de ser fundamentalmente horizontal (de un poder a otro) a ser también vertical (de la ciudadanía al gobierno).

El control de los poderes infra-constitucionales del Ejecutivo depende de la posibilidad que tenga la ciudadanía de monitorear a su gobierno y de obstaculizarlo cuando violente la Constitución. Los cimientos del control gubernamental desconcentrado requieren, por lo menos, de dos piedras angulares. Por una parte, el derecho a la información: la transparencia gubernamental permitirá a la ciudadanía monitorear el actuar del gobierno. Por otra parte, la democratización de la justicia constitucional: el interés difuso y los efectos generales de las sentencias de amparo permitirán enjuiciar el actuar gubernamental cuando desborde los límites constitucionales.

En resumen, la facilidad con la que el ejercicio de los poderes infra-constitucionales queda fuera de los radares de los controles político y judicial, exige descentralizar tanto el monitoreo como el control del actuar gubernamental. Los poderes infra-constitucionales, al ser de ejercicio cotidiano y muy extenso, difícilmente pueden ser fiscalizados por algún órgano gubernamental. Se requiere de la participación lo más amplia posible de la ciudadanía y de los medios de

comunicación para vigilar al gobierno. Para ello es necesario robustecer la transparencia y democratizar la justicia.

II. Órganos Reguladores Autónomos. Ponente: William Vázquez Irrizarri (Puerto Rico)

El ponente sostiene que aunque se habla usualmente del gobierno de forma general e indiferenciada, lo cierto es que existen diferentes grados de especialización entre los distintos organismos que componen la administración pública. Aunque cada país tiene sus variantes, hay un sinnúmero de secretarías, ministerios o departamentos cuya existencia se da por sentado en cada sistema jurídico-político. Tal es el caso en temas como educación, sanidad, justicia, hacienda y relaciones exteriores. A esto debemos añadir niveles de complejidad conforme se continúan creando entidades públicas para atender nuevas necesidades o intereses.

El trabajo del ponente trata sobre cómo la desconfianza en las instituciones públicas y las tendencias en varios sistemas político-legales por recuperar una legitimidad perdida, han dado paso al surgimiento de órganos públicos cuya característica distintiva es la autonomía respecto a las fuerzas políticas dentro del propio gobierno. Se analiza que la premisa para la creación de estas entidades que llamaremos “órganos autónomos” es esencialmente la misma sin importar que su desarrollo no se dé en forma uniforme o coordinada. De hecho los contextos pueden ser variados. Mientras en Europa la discusión se da como parte de la evolución de las instituciones a nivel supranacional, en América Latina está ligada a los procesos de consolidación de la democracia. En atención a esta realidad y aunque la discusión se fundamenta esencialmente sobre un modelo de gobierno presidencialista, el autor procura utilizar como ejemplos distintos sistemas políticos

El autor afirma que no pretende ser exhaustivo dada la cantidad de países y la diversidad de entidades públicas objeto de mención, pero pretende proveer de una plataforma o esquema adecuado para el estudio de estos desarrollos conforme las experiencias particulares de cada sistema, mientras se reconoce al mismo tiempo que no se trata de fenómenos aislados.

La exposición comienza con una exposición de las premisas del sistema de representación política, las razones para el estado de crisis actual que lo aqueja y las principales respuestas planteadas para atender el problema. Posteriormente se explora en detalle una de las respuestas a la crisis: la creación de órganos públicos autónomos. Por último, evalúa las implicaciones que la creación de estas entidades supone para la estructura gubernamental diseñada al amparo de los tres poderes tradicionales, con un enfoque particular en las consecuencias sobre la noción del Poder Ejecutivo.

Son muchas las variables envueltas en una discusión como esta por lo que en ningún momento se pretende abarcar todas las posibilidades en cuanto al significado y consecuencias de la creación de órganos autónomos. Sin embargo, sostiene el autor, mientras no haya una salida a la crisis de la representación política, es de esperar más presión para buscar avenidas de escape y las virtudes de las entidades autónomas son sumamente atractivas para el discurso público.

Después de todo, ¿quién se opone a la premisa de que hay que tener desconfianza a los gobernantes? ¿Quién negaría que la corrupción justifica dudar sobre el manejo adecuado de los recursos públicos? ¿Quién se opondría a que funcionarios íntegros no sean removidos de sus cargos al finalizar cada elección? Apelar a estas ideas no es difícil, por lo que es importante tomar en consideración de forma responsable las implicaciones envueltas, rechazar fórmulas mágicas y ponderar cada propuesta de forma particular.

Parecería claro, nos dice el autor, que el ente autónomo debe ser una opción disponible para casos de conflicto de intereses. Sin embargo, los demás casos deberían requerir un nivel mayor de justificación pues resultan en principio inconsistentes con la representación política e implican despojar de una tarea a la estructura tradicional del Poder Ejecutivo.

Por otro lado, hay temas que quedan abiertos para discusión pues dependen del diseño constitucional y administrativo de Ejecutivo en cada país. Tal es el caso del tipo de relación que debe tener el Primer Ejecutivo con los funcionarios de la Rama Ejecutiva. Aunque podemos asumir una relación jerárquica de supervisión, hay margen para debate sobre el nivel de control legal que debiera tener un Primer Ejecutivo en estos casos.

Finalmente, los atributos de autonomía de los entes bajo discusión no deberían ser impedimento para que sobre los mismos se establezcan exigencias que aseguren que sus decisiones respondan al mejor interés público. La experiencia

del derecho administrativo en Estados Unidos en el pasado siglo, nos comenta el ponente, puede resultar aleccionadora para los órganos autónomos justificados por el principio de que sean expertos y no políticos quienes tomen las decisiones. Principios importantes del derecho administrativo en ese país fueron desarrollados a través de decisiones judiciales a partir de las décadas del 1930 y 1940, cuando comenzaron a brindar deferencia a las agencias a base del conocimiento técnico de éstas. Con el tiempo esta actitud fue sustituida por escepticismo, lo cual dio paso a: mayores niveles de transparencia, la necesidad de abrir los procesos a la participación ciudadana y la exigencia de que las agencias expusieran la racionalidad de sus decisiones.

Se trata, sin lugar a dudas, de consideraciones fundamentales para toda entidad pública y nos parece que deben ser puntos de referencia en toda discusión sobre nuevos entes públicos, particularmente los que aspiran a tener atributos de autonomía.