

**ELEMENTOS
DE TEORÍA CONSTITUCIONAL**

Una propuesta para Cuba

Ricardo Manuel Rojas

**ELEMENTOS
DE TEORÍA CONSTITUCIONAL**

Una propuesta para Cuba



Unión Editorial



Fundación
Friedrich A. von Hayek



Rojas, Ricardo Manuel
Elementos de teoría constitucional: una propuesta para Cuba - 1ª ed. - Buenos Aires.
Fundación F. A. von Hayek, 2008.
200 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-23516-3-2

1. Derecho Constitucional. I. Título
CDD 342

Fecha de catalogación: 24/06/2008

© 2008 – Fundación Friedrich A. von Hayek – Ricardo Manuel Rojas
website: www.hayek.org.ar
e-mail: fundacionhayek@hayek.org.ar

Unión Editorial
c/Martín Machío 15 – 28002 Madrid – España
Tel. (91) 350 02 28 – Fax (91) 181 22 12
website: www.unioneditorial.es
e-mail: info@unioneditorial.net

ISBN 978-987-23516-3-2

Impreso en la República Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro, o su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia, registro u otros medios sin el debido permiso del titular del copyright.

Todos los derechos reservados por la Fundación Friedrich A. von Hayek

ÍNDICE

Introducción	1
--------------------	---

Parte I

Los principios involucrados en la redacción de la Constitución

.....	9
-------	---

1.

¿Qué aspecto del orden social requiere ser organizado por la Constitución?

1.1. El orden social como orden espontáneo	12
1.2. Orden espontáneo, sistema de precios e intercambio	21
1.3. La función de la Constitución en este esquema social	25

2.

El objeto de la Constitución

2.1. ¿Para qué se sanciona una Constitución?.....	29
2.2. Los elementos fundamentales de la teoría constitucional	32
a. El origen popular del poder, y la subordinación del gobierno al pueblo	32
b. La limitación constitucional de las funciones del gobierno	33
c. Los controles a los actos del gobierno	34
d. La supremacía de los derechos individuales	34
e. La democracia representativa	35
f. La descentralización política y funcional	36

3.

La extensión y vigencia de la Constitución

3.1. Límites al contenido de la Constitución	39
--	----

3.2. La distinción entre cláusulas operativas y programáticas de la Constitución.....	46
3.3. ¿Qué asuntos debe tratar la Constitución?	50
3.4. La Constitución y las circunstancias excepcionales.....	52
3.4.1. Las leyes de emergencia	54
3.4.2. La convalidación jurisprudencial de la emergencia.....	54
3.5. La reforma de la Constitución	58
3.6. Conclusión de este punto: es necesario tomar a la Constitución seriamente.....	60

4.

La supremacía de los derechos individuales protegidos por la Constitución

4.1. La protección de los derechos individuales en la Constitución	64
4.2. El respeto al derecho internacional de los derechos humanos.	68
4.3. Los derechos sociales y su interpretación en el contexto constitucional.....	71
4.4. El concepto de “derecho” en la Constitución	81
4.5. ¿Qué significa reglamentar el ejercicio de los derechos?	84
4.6. Conclusión de este punto: La necesidad de poner límites a las atribuciones legislativas y ejecutivas	88

5.

El sistema republicano de gobierno

5.1. Los principios republicanos	91
5.2. La división de poderes	92
5.3. Los órganos de control extra-poder.....	97
5.4. Otros principios republicanos que deben nutrir la Constitución	100
5.4.1. Periodicidad en las funciones	100
5.4.2. Limitaciones para ser candidato	100
5.4.3. Imposibilidad de acumular cargos de distintos poderes	102
5.4.4. Responsabilidad de los funcionarios	103
5.4.5. Publicidad de los actos de gobierno	104
5.4.6. Formas de canalizar la petición a las autoridades.....	105
5.5. La descentralización política y administrativa	106

6.

Independencia del Poder Judicial

6.1. Mecanismos constitucionales para garantizar la independencia de los jueces	112
6.1.1. Designación	113
6.1.2. Duración	115
6.1.3. Inamovilidad	116
6.1.4. Intangibilidad de sus remuneraciones.....	116
6.1.5. Remoción	117

7.

La democracia representativa

7.1. ¿Qué es el pueblo y cómo se expresa?	119
7.1.1. La decisión “democrática”	122
7.2. La democracia representativa	124
7.2.1. Modos de participación popular en la democracia representativa	126
7.3. Conclusión de este punto: La constitución debe prevalecer sobre las mayorías	127

8.

Las leyes que deben complementar la Constitución

Leyes complementarias a la Constitución	130
---	-----

Parte II

Proyecto de Constitución para la República de Cuba

.....	133
-------	-----

INTRODUCCIÓN

“...ratificamos nuestra firme e inquebrantable resolución de obtener la independencia absoluta e inmediata de la Isla y establecer en ella una República democrática...”.
Preámbulo de la Constitución de La Yaya, 1897.

Es inminente la caída del régimen comunista cubano. Fidel Castro, quien mantuvo hegemónicamente el poder durante medio siglo, no podrá sostenerlo más, y los cambios producidos en el mundo a partir de la década de los '90 hacen inviable la continuación de su gobierno autoritario.

En otro trabajo me he ocupado del régimen jurídico e institucional de Cuba de las últimas décadas¹, y probablemente sea éste el momento oportuno para pensar en el futuro institucional de la Isla, que deberá construirse a partir del desmantelamiento de cincuenta años de régimen totalitario, y reedificar las bases de la República.

En su historia, Cuba no tuvo demasiada ocasión de fortalecer instituciones republicanas. Fue el último país de Hispanoamérica en lograr su independencia política, y lo hizo a medias, en 1901, bajo un protectorado norteamericano.

No obstante ello, durante la segunda mitad del siglo XIX, en medio de escauceos independentistas y de la guerra entre Estados Unidos y España, se produjeron varios intentos constitucionales embrionarios: las llamadas constituciones mambisas de Guáimaro

¹ Rojas, Ricardo Manuel, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, Cadal, K. Adenauer, F. Hayek, Buenos Aires, 2005.

(1869), Baraguá (1878), Jimaguayú (1895) y La Yaya (1897). Todas ellas rigieron en lugares ocupados por las armas por los revolucionarios cubanos, tuvieron un corte liberal y en cierta medida fueron antecedentes de la de 1901².

Durante esos últimos años del siglo XIX, hasta la firma del Tratado de París el 10 de diciembre de 1899, se sucedió una situación de caos institucional, que ha sido denominada como “multi-constitucionalismo”. En efecto, rigieron simultáneamente tres constituciones y dos regímenes constitucionales atípicos: 1) La Constitución de La Yaya en los territorios ocupados por el Ejército Libertador; 2) La Constitución Autonómica, en los territorios donde aún detentaba su fuerza el ejército español; 3) la Constitución provisional impuesta por el general Leonard Wood en Santiago de Cuba el 20 de octubre de 1898, y que rigió hasta el 31 de diciembre de ese año; 4) El régimen de gobierno civil impuesto por el primer gobernador militar norteamericano Brooke en La Habana; y 5) las Instrucciones suplementarias del presidente Mc Kinley, dictadas el 18 de julio de 1898 en la provincia de Oriente³.

Tras el Tratado de París se sucedió un período de gobierno militar norteamericano, que convocó en 1900 a una Convención Constituyente. El fundamento para esta convocatoria fue la Resolución Conjunta del Congreso de los Estados Unidos, que el 20 de abril de 1898 había declarado que el pueblo de Cuba es y debe ser libre e independiente, y que los Estados Unidos desechaban todo deseo o intención de ejercer soberanía, jurisdicción o dominio sobre la Isla.

Se eligieron Delegados en septiembre de 1900 y la Convención se reunió en noviembre. A esta Convención no sólo se le impuso la tarea de redactar una Constitución para Cuba, sino de definir cómo serían en el futuro las relaciones entre la Isla y los Estados Unidos.

² Bernal, Beatriz, “Estudio histórico-jurídico de la Constitución de 1901”, en *Cuba y sus Leyes*, UNAM, México, 2002, p. 82.

³ Infiesta, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, La Habana, 1942, ps. 293-294.

Finalmente, debía establecer el mecanismo para elegir a las primeras autoridades.

Estas tareas fueron encaradas en pasos llevados a cabo en momentos diferentes: 1) se discutió la Constitución entre el 5 de noviembre de 1900 y el 21 de febrero de 1901; 2) Se discutió y aprobó la Enmienda Platt entre el 11 de febrero y el 12 de junio de 1901; y 3) Se modificó la ley electoral, se realizaron las elecciones y se disolvió la Asamblea Constituyente entre el 2 de julio de 1901 y el 14 de abril de 1902⁴.

Desde la independencia de Cuba hasta la revolución castrista, fueron sancionadas dos constituciones, en 1901 y en 1940. Bajo el influjo de la segunda de ellas, se produjo la toma del poder por Fulgencio Batista, reemplazado luego en su hegemonía sobre el país por la triunfante revolución que encaramó en el poder a Fidel Castro.

De este modo, pueden distinguirse tres períodos en la vida constitucional de Cuba: 1) un primer período desde su independencia, con una fuerte influencia del gobierno de Estados Unidos, y regida institucionalmente por la Constitución de 1901; 2) un segundo período signado por el avance de las ideas socialdemócratas y del constitucionalismo social que a partir de la Constitución Mexicana de 1917 y la Alemana de 1919 comenzaba a influir fuertemente en el mundo, y que en Cuba tuvo su expresión en la Constitución de 1940; y 3) el régimen autoritario, de raíz comunista, que comenzó en 1959, y cuyas bases institucionales fueron establecidas en la Constitución de 1976, reformada en 1992.

Al examinar la historia del siglo XX, se advierte que Cuba vivió menos tiempo bajo un orden constitucional democrático y republicano, que bajo el sometimiento de algún régimen autoritario, y que salvo excepciones, durante el período de vigencia de las constituciones de 1901 y 1940 se vivió un clima de profundas luchas políticas y

⁴ Hernández Corujo, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, La Habana, 1960, ps. 340 y ss.

un fuerte personalismo que superó cualquier previsión formal en la Constitución. Como sostiene Carlos Alberto Montaner:

“...hay varios modos de comportamiento típicos de la clase dirigente en el terreno político, presentes desde el 20 de mayo de 1902 hasta hoy, que de alguna manera explican nuestra azarosa travesía republicana: la violencia, el caudillismo, la intolerancia frente al adversario, la falta de respeto a las reglas democráticas, la concepción patrimonialista del Estado... y la asignación de la culpa de nuestras desgracias a poderes extraños empeñados en perjudicarnos”⁵.

Esto lleva a no perder de vista la distinción hecha por los teóricos políticos y constitucionales entre la constitución formal y la constitución real, entre los documentos y textos sancionados, y su aplicación fáctica, donde la posibilidad de que dichos textos se apliquen o no, tengan verdadero vigor o sean distorsionados, dependerá de factores muy diversos, históricos, sociológicos, políticos, etc.

Sin embargo, al momento de tener que reconstruir las instituciones del país, no debe desdeñarse la importancia de los precedentes constitucionales republicanos que, más allá de los problemas políticos y sociales, alguna vez encaminaron a Cuba a convertirse en una de las naciones prósperas de América Latina.

La necesidad de reconstruir institucionalmente a Cuba abre un camino con varias alternativas: 1) el ensayo de formas políticas totalmente novedosas e importadas de países en los que se considere que han resultado exitosas; 2) la resurrección de aquellas instituciones que alguna vez funcionaron —aún con imperfecciones— y fueron abandonadas por el último período autoritario; 3) una solución mixta, es decir, tomar como base la tradición constitucional cubana, e introducirle algunas modificaciones o aditamentos basados en la

⁵ Montaner, Carlos Alberto, “Las tres Repúblicas”, publicado en *El Nuevo Herald* del 22 de junio de 2002. Citado por Beatriz Bernal, *Las Constituciones de Cuba*, Instituto y Biblioteca de la Libertad, Miami, 2003, p. 8.

evolución de la teoría constitucional en el último siglo, tendientes a reforzar su aplicación.

Se ha discutido mucho respecto de la conveniencia o inconveniencia de transplantar instituciones desarrolladas en ciertas sociedades y que resultaron exitosas, a otras que reconocen una tradición distinta.

Algunos autores han señalado los serios problemas que supone este tipo de trasplantes constitucionales o legales⁶. En la posición opuesta, se ha señalado que en rigor, generalmente el surgimiento de cualquier tipo de norma es el producto de alguna forma de trasplante legislativo⁷.

Si bien es cierto que en general las normas, y especialmente las Constituciones, no surgen nunca totalmente en el vacío sino que reconocen influencias de normas anteriores, también es cierto que cuando no existe una costumbre o ejercicio de ciertas prácticas políticas, los intentos de transplantar instituciones extrañas, por buenas que sean, pueden tener efectos contraproducentes si no se procede con cuidado.

La tarea de redactar una nueva constitución, entonces, obliga a navegar en tres mares: los antecedentes constitucionales republicanos y democráticos de Cuba, los distintos aportes teóricos de modelos constitucionales extraños a la Isla, y las instituciones heredadas de los últimos cincuenta años de gobierno autoritario.

No es un detalle menor enfrentar la carga autoritaria recibida. De los principios que nutren el actual régimen no deberían quedar ni vestigios. Como señaló Juan Bautista Alberdi, padre de la Constitución Argentina de 1853, refiriéndose a los años previos de caudillismo y autoritarismo protagonizados en el país, y de la herencia intervencionista del gobierno colonial español:

⁶ Legrand, Pierre, "Impossibility of legal transplants", en *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1997, ps. 111 y ss.

⁷ Watson, Alan, *Legal Transplants*, University of Georgia Press, 1993 y *Society and legal change*, Scottish Academy Press, 1998, entre otros trabajos.

*“La Constitución, en cierto modo, es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre”*⁸.

Pero tampoco se puede desconocer que hasta tanto no se discuta seriamente la futura Constitución y se construyan los cimientos de las futuras instituciones republicanas, habrá que convivir con un sistema político de signo contrario al que se pretende establecer. De allí la importancia para esa transición de trabajos como el de Jorge I. Domínguez, que intenta determinar qué conjunto de cláusulas de la constitución de 1992 se podría conservar para mantener la institucionalidad del país durante esa transición, lo cual, de todos modos, no debería extenderse demasiado en el tiempo⁹.

Por ello, entiendo que al haber tenido la República de Cuba dos constituciones democráticas y algunas décadas de aplicación de sus normas e instituciones, debería hacerse un esfuerzo para intentar recuperar lo más posible de dicha tradición, y combinarla con cláusulas novedosas, de todos modos serán útiles para reforzar los principios republicanos que deberán instalarse a partir del nuevo gobierno.

Teniendo todos estos aspectos en cuenta, el propósito de este trabajo es elaborar un modelo de constitución que siga los preceptos republicanos que se dieron en Cuba, desnudándolos de algunos factores coyunturales que en su momento empañaron su pureza, y que fueron producto de situaciones históricas que no deberán repetirse (por caso, las circunstancias que desembocaron en la Enmienda Platt, la tendencia al personalismo y la concentración de poder en los caudillos políticos de la primera mitad del siglo XX, etc.).

⁸ Alberdi, Juan Bautista, “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Obras Escogidas*, Luz del Día, Buenos Aires, 1954, t. IV, p. 67

⁹ Domínguez, Jorge I., *Una Constitución para la transición política en Cuba: La utilidad de retener (y enmendar) la Constitución de 1992*, Institute for Cuban & Cuban-American Studies, University of Miami, 2007.

Sobre estos principios, se intentará una síntesis que sirva como punto de partida de un proyecto de Constitución. Por otra parte, este esfuerzo no bastará por sí mismo para generar las bases jurídico-políticas necesarias. Junto con la constitución harán falta varias leyes fundamentales que deberían ser sancionadas prioritariamente por el futuro Congreso, o incluso por la Convención Constituyente actuando como primer Congreso inmediatamente después de sancionada la Constitución. Una nómina de estas leyes fundamentales será también presentada en este trabajo.

Parte I

**LOS PRINCIPIOS INVOLUCRADOS
EN LA REDACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

1.

¿QUÉ ASPECTO DEL ORDEN SOCIAL REQUIERE SER ORGANIZADO POR LA CONSTITUCIÓN?

“Las naciones tropiezan con instituciones que ciertamente son el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del designio humano”.
Adam Ferguson, *An Essay on Civil Society*, 1767.

Cuando se enfrenta la tarea de elaborar una Constitución, normalmente se piensa en un conjunto de reglas necesarias para organizar políticamente la sociedad. Las constituciones surgidas de la tradición liberal del siglo XVIII, tuvieron por objeto garantizar la supremacía de los derechos y garantías individuales, al organizar las distintas ramas del gobierno y limitar su poder.

Todo lo demás era dejado al derecho común, que estaba separado del poder político, especialmente en la tradición anglosajona, aunque también lo había estado en los inicios de la organización política de la Europa continental.

Las siguientes generaciones de constituciones se basaron en una visión más constructivista e intervencionista del rol del gobierno, nacida a su vez de la idea de sociedad como un ámbito a ser planificado y dirigido desde el poder político. Ello convirtió a las constituciones en cartas mucho más extensas y detallistas, que comenzaron a contener entre sus cláusulas disposiciones vinculadas directamente con ámbitos del derecho hasta entonces ajenos a las cartas políticas en el mundo.

En este capítulo, intentaré describir cuál ha sido la tradición de pensamiento en la que se asienta la necesidad de concebir a la

Constitución como un marco dentro del cual la sociedad pueda desarrollarse a través de la interacción libre y voluntaria de sus integrantes.

1.1. EL ORDEN SOCIAL COMO ORDEN ESPONTÁNEO

En el mundo occidental se pueden distinguir, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, dos vertientes de pensamiento respecto de cómo se genera el orden en la sociedad¹⁰.

Especialmente en los países de Europa continental, los grandes sistemas racionalistas en física y filosofía, desarrollados en los dos siglos anteriores alrededor del pensamiento de Galileo, Newton, Descartes, Spinoza y Leibnitz, tuvieron su influencia inevitable sobre las ciencias sociales, y especialmente en lo relativo a la organización política y jurídica de la sociedad.

La idea fundamental era que la organización social no podía ser abandonada al arbitrio de las decisiones no coordinadas de muchas personas, sino que era necesario un planificador central, que agudizando los preceptos deducidos por la razón, no dejara ningún detalle librado al azar.

René Descartes fue quizá el pensador de quien recibieron su expresión filosófica inicial las ideas de lo que en el siglo XX Friedrich A. von Hayek definiría como el *racionalismo constructivista*. En *El Discurso del Método*, explicaba Descartes su visión de un orden social basado en un único planificador:

¹⁰ Sobre la naturaleza y desarrollo de estas dos visiones del orden, se recomienda la lectura de las obras de Friedrich A. von Hayek: *Camino de Servidumbre, La Contrarrevolución de la Ciencia y Derecho, Legislación y Libertad, vol. 1*; y de Bruno Leoni: *La Libertad y la Ley*. Una reseña de este pensamiento se puede encontrar en Ricardo Manuel Rojas: *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*.

“Rara vez hay tanta perfección en trabajos compuestos de muchas partes separadas, sobre las cuales distintos operarios han sido empleados, como en aquellos completados por uno solo.

“Aquellas naciones que, partiendo de un estado semi-bárbaro y avanzando hacia la civilización por grados lentos han tenido leyes dictadas sucesivamente y, por decirlo así, impuestas por la experiencia de la naturaleza perniciosa de determinados delitos y controversias, vendrían a tener por este proceso instituciones menos perfectas que aquellas que, desde el comienzo de su asociación como comunidades, han seguido el mandato de algún sabio legislador.

“[...] la grandeza de Esparta no fue debida a la preeminencia de cada una de sus leyes en particular [...] sino a la circunstancia de que, nacidas de un solo individuo, tendían todas a un mismo fin”¹¹.

Una de las consecuencias históricas del racionalismo tuvo que ver con su influencia sobre el concepto y diseño del Estado moderno. Se comenzó a hablar de la Razón de Estado (la *ragione di Stato* de Maquiavelo), que fue el germen del Estado absoluto: un estado con personalidad propia y sus propias razones, que son determinadas por su propio criterio. Esta personificación del Estado apareció al mismo tiempo que las nacionalidades modernas¹², y que el concepto de soberanía.

A partir de allí, el derecho fue entendido como sinónimo de ley escrita, y a ésta como la expresión del poder político para regular la sociedad, cuyos fundamentos fueron esencialmente dos a lo largo de la historia: 1) el racionalismo, la pretensión de que el derecho debía deducirse de los principios de la razón, y esa tarea sólo podía ser hecha por un sabio erudito en leyes que plasmara dichos principios

¹¹ Citado por Friedrich A. von Hayek, *Individualismo: verdadero o falso*, CDEL, Buenos Aires, 1968, p. 26.

¹² Marías, Julián, *Historia de la Filosofía*, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1946, p. 287. Citado por Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico...*, p. 38.

en normas positivas; y 2) el voluntarismo, la idea de que el poder del gobierno es consecuencia de la expresión de una voluntad: sea del príncipe, del legislador, del pueblo, etc.

El primero de estos fundamentos fue el generador del proceso codificador que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XVIII en la Europa Continental, caracterizado por una competencia de príncipes y doctrinarios por elaborar las legislaciones más minuciosas y extensas. El segundo fundamento ha permitido justificar, hasta nuestros días, el poder casi ilimitado del legislador.

Frente a estas ideas que, desde el racionalismo o desde el voluntarismo, abogaban por un diseño de la sociedad y su planificación por una mente única, en Escocia, en la segunda mitad del siglo XVIII, una serie de pensadores morales desarrollaron una visión muy distinta.

Entre ellos, especialmente Adam Smith, Adam Ferguson y David Hume sustentaron la idea de que la sociedad crece y se desarrolla de un modo no planificado, sino como producto de una evolución espontánea llevada a cabo a partir de innumerables decisiones individuales, tomadas por cada uno siguiendo sus propias metas e intereses; y que de la conjunción de todas esas decisiones se obtiene un orden que ninguna mente podría ser capaz de planificar.

Los estudios sociales llevados a cabo por estos autores, fueron precedidos por un análisis de la naturaleza humana. El reconocimiento de que cada individuo posee valores, virtudes, sentimientos, pasiones y defectos, que no son iguales y muchas veces se contradicen entre sí, les permitió deducir ciertos principios¹³:

1) El hombre actúa siempre buscando una satisfacción personal, un interés propio;

2) El conocimiento del hombre es limitado. Estas limitaciones, según Ferguson, no sólo impiden un conocimiento cabal y detallado

¹³ Conf Gallo, Ezequiel, "La tradición del orden social espontáneo: Adam Ferguson, David Hume y Adam Smith", en *Libertas* nº 6, mayo de 1987, ps. 134 y ss.

de las circunstancias actuales, sino que dificultan nuestra comprensión sobre los orígenes de la sociedad y su evolución posterior¹⁴.

3) Ese hombre, que busca el interés propio y posee conocimiento limitado, se enfrenta a un mundo con recursos escasos.

Estas tres premisas, lejos de conducir a estos autores a una visión pesimista de las posibilidades de bienestar, los motivaron a indagar sobre las condiciones y causas que permiten la generación de riqueza y progreso. A su vez, el realismo en el reconocimiento de estas características humanas les permitió deducir que el progreso no debía buscarse en un plan maestro diseñado por un hombre o grupo de hombres, y que la aparición y desarrollo de las instituciones no es el producto de algún contrato original, sino que por el contrario, el orden social progresa por obra de la acción de millones de personas, quienes al perseguir fines individuales, logran como resultado el orden y crecimiento de la sociedad toda. Estas ideas marcaron un giro abrupto en la noción de orden social que desde hacía dos siglos se venía gestando en el continente europeo¹⁵.

Esta forma natural de comportamiento del hombre fue señalada claramente por el más famoso de los filósofos morales escoceses, Adam Smith, en *The Wealth of Nations*. Sostenía en uno de sus párrafos más conocidos:

“En casi todas las otras especies zoológicas el individuo, cuando ha alcanzado la madurez, conquista la independencia y no necesita el concurso de otro ser viviente. Pero el hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla sólo de su benevolencia. La conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo

¹⁴ Ferguson, Adam, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), p. 183; citado por Ezequiel Gallo, ob. cit., p. 137.

¹⁵ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e institucional...*, ps. 30 y ss.

una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que deseas, es el sentido de cualquier clase de oferta, y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos. No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas”¹⁶.

Por su parte, tras señalar Adam Ferguson que “las naciones tropiezan con instituciones que ciertamente son el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del designio humano”¹⁷, los autores escoceses vieron que el orden político debe ser entendido dentro de un espontáneo e irresistible desarrollo de ciertos principios obvios, y demostraron que con pequeñas ideas y sabiduría política podían construirse los más complicados y aparentemente artificiales esquemas de política¹⁸.

Esta visión de Ferguson, que culmina en la frase recién citada, contiene dos presupuestos que resultan básicos para el pensamiento de los escoceses: que los hombres no “inventan” desde cero, sino que innovan a partir de circunstancias o instituciones que fueron el fruto de acciones humanas anteriores, y que la yuxtaposición de multitud de planes individuales muchas veces producen, al entrecruzarse, resultados que no eran buscados por sus autores¹⁹.

La moneda, el derecho, el mercado, el lenguaje, son ejemplos de estos órdenes surgidos a partir de ciertas conductas humanas, pero

¹⁶ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, p. 17.

¹⁷ Ferguson, Adam, *An Essay on Civil Society*, citado por Norman Barry, “The Tradition of Spontaneous Order”, *Literature of Liberty*, 5 (Summer 1982), p. 22.

¹⁸ Jeffrey, Francis, “Graig’s Life of Miller”, *Edimburg Review*, IX, 1807, p. 84; citado por Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, p. 87.

¹⁹ Gallo, Ezequiel, ob.cit., p. 140.

sin constituir el diseño de persona alguna. Mucho antes de que el hombre hubiese desarrollado el lenguaje hasta el punto de posibilitarle impartir órdenes de carácter general, los individuos sólo eran admitidos por el grupo si se avenían a respetar las correspondientes normas. Podían ser éstas en cierto sentido desconocidas, y hasta ignotas, porque existe un largo trecho entre que el hombre sea capaz de reconocer si los actos ajenos se ajustan o no a las prácticas admitidas y que pueda expresarlas verbalmente. Pero desde un principio, nadie pensaba que la ley pudiera ser creada por el hombre²⁰.

La “mano invisible” fue una metáfora usada por Adam Smith para describir el principio por el cual un orden social beneficioso emerge como una consecuencia no buscada de las acciones humanas individuales. No obstante que Smith usó la expresión “mano invisible” en este sentido sólo en dos ocasiones en sus escritos, una en *Theory of Moral Sentiments* y otra en *The Wealth of Nations*, la idea subyacente en la metáfora apareció en todas sus teorías morales y sociales.

En general, el concepto que la expresión “mano invisible” capturó tan gráficamente —un concepto que Carl Menger rescató como un “entendimiento orgánico del fenómeno social” y Hayek luego definió como un “orden espontáneo”— se compone de tres pasos lógicos. El primero es la observación de que la acción humana frecuentemente tiene consecuencias que no son entendidas ni buscadas por los actores. El segundo paso es el argumento de que la suma de estas consecuencias impensadas de una gran cantidad de personas en un largo período, dadas las condiciones correctas, resulta en un orden entendible para la mente humana y que aparece como si fuese el producto de algún planificador inteligente. El tercer paso y final es el juicio de que este orden es beneficioso para los participantes, de

²⁰ Hayek, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, ob. cit., vol. 1, p. 118.

una manera que ellos no buscan pero que de todos modos les resulta deseable²¹.

El orden así generado es mucho más eficiente y consensuado que aquel que emana de una decisión arbitraria y se impone compulsivamente, y por ello mismo tiende a perdurar en el tiempo mucho más que las decisiones impuestas.

Para estos autores, tal intercambio voluntario protegido por instituciones desarrolladas para garantizar los derechos de propiedad fue el fruto de la división del trabajo, que para ellos es la causa principal de la riqueza de las naciones. Adam Smith lo explicaba de este modo:

“La división del trabajo, de la cual se derivan tantas ventajas, no ha sido planeada por una mente humana que se propuso la opulencia general a que está dando lugar. Es la necesaria, pero lenta y gradual, consecuencia de una cierta propensión humana: la propensión a realizar trueques, o intercambiar una cosa por otra”²².

Ese mismo principio de la división del trabajo, al igual que el lenguaje, la moneda, los principios morales y el derecho, son elementos entre otros que han existido aún antes de la organización institucional de las sociedades. Mucho antes de que los seres humanos pudieran elaborar el concepto de sociedad y de reglas políticas, tuvieron que desarrollar medios de comunicación, de intercambio y de supervivencia, que necesariamente suponían formas de interrelación social.

Para estos autores, además, la sociedad no se mantiene unida en virtud de una “dirección unitaria” que armonice las acciones de

²¹ Vaughn, Karen I., “Invisible Hand”, en *The Invisible Hand*, Macmillan Press, New York, 1999, p. 170.

²² Smith Adam, *The Wealth of Nations*, citada por Ezequiel Gallo, ob. cit., p. 146.

los individuos, sino que la cooperación deriva, sin programación alguna, del intento de realizar fines individuales²³.

Los postulados sobre el orden espontáneo en los que los autores escoceses basaron sus estudios sobre la sociedad fueron tomados en el siglo XX por Friedrich A. von Hayek, cuya obra ha sido considerada como “la más excitante puesta al día de este cuerpo de ideas”²⁴.

En primer lugar, Hayek resaltó la importancia del creador de la Escuela Austríaca de Economía, Carl Menger, como el primer pensador de la época moderna en restaurar el individualismo metodológico de Adam Smith y su escuela²⁵.

Como explica Lorenzo Infantino, Menger no tomó esta visión directamente de Adam Smith, sino de Edmund Burke, quien la había recibido a su vez del gran autor escocés. Según Menger:

“Burke fue el primero en subrayar conscientemente, inducido a ello por la jurisprudencia inglesa, el valor de las formaciones orgánicas de la vida social y el origen en parte no programado de las mismas... Mostró de la manera más convincente que muchas instituciones de su patria, realmente útiles a la comunidad y motivo de orgullo para todo inglés, no son producto de la legislación positiva o de la voluntad común de la sociedad conscientemente orientada a su creación, sino resultado no programado del desarrollo histórico. Fue el primero que atribuyó valor a lo que se ha formado históricamente, y abrió así la primera brecha en el unilateral racionalismo y pragmatismo del Iluminismo anglo-francés”²⁶.

²³ Infantino, Lorenzo, *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*, Unión Editorial, Madrid, 2000, p. 66.

²⁴ Gallo, Ezequiel, ob. cit., p. 133.

²⁵ Hayek, Friedrich, *Individualismo: verdadero o falso*, Centro de Estudios sobre la Libertad, Buenos Aires, 1968, p. 17, nota 3.

²⁶ Citado por Infantino, Lorenzo, *Ignorancia y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 178.

Este enfoque de la sociedad como producto de un orden espontáneo y evolutivo pasó, de los primeros aportes realizados por los autores morales escoceses y Mandeville, a Alemania, a través de la obra de Wilhelm von Humboldt y Savigny, y en Inglaterra a través de un discípulo de Savigny, Henry Maine, hasta llegar a Menger²⁷.

Como explica William Jaffé, a diferencia del *main stream* de la época, Menger formuló sus teorías sobre la base de un ser humano al que concibe como ignorante y falible, no un “iluminado calculador”, sino una criatura “mal informada, que se equivoca, atormentada por la incertidumbre, siempre titubeante entre seductoras esperanzas y recurrentes temores, congénitamente incapaz de adoptar, en la persecución de sus propios fines, decisiones bien calibradas”²⁸.

Hayek comienza señalando que el principal problema con el que se encuentra el hombre frente a los procesos sociales complejos, parte de la escasez y dispersión del conocimiento. Es decir, que no sólo la capacidad de información y comprensión humana sobre el desarrollo de los procesos sociales es limitada, sino que además está dispersa entre las personas en distintas cantidades. Por eso habla Hayek del problema de la “división del conocimiento”, como igualmente importante al de la “división del trabajo”, aunque menos estudiado²⁹.

Ha señalado Hayek al respecto:

“...el conocimiento específico que guía la acción de cualquier grupo de personas nunca se da como un cuerpo coherente y consistente. Sólo existe en la forma dispersa, incompleta e inconsistente que aparece en muchas mentes individuales y la disper-

²⁷ Hayek, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, vol. 1, ps. 43 y 44

²⁸ Jaffé, William, “Menger, Jevons and Walras De-homogenized”, en *Economic Inquiry*, vol. 14 (1976); citado por Infantino, Lorenzo, op. cit., p. 180

²⁹ Hayek, Friedrich, “Economics and Knowledge”, en *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, 1948, p. 50.

*sión e imperfección de todo el conocimiento son dos de los factores básicos desde donde las ciencias sociales han de partir*³⁰.

Además, ese conocimiento no es acumulativo ni se transmite a la sociedad, sino que es individual. No interesa cuánto haya avanzado la ciencia en algún aspecto determinado, ese avance no se transmite automáticamente a todos los integrantes de la sociedad. Sólo estará disponible para aquellos que lo adquirieron originalmente, y su transmisión supone un esfuerzo consciente del transmisor y receptor. Como señaló Hayek:

*“El conocimiento existe únicamente como conocimiento individual. Hablar de conocimiento de la sociedad como un todo no es otra cosa que una metáfora. Jamás existe como total general la suma de conocimientos de todos los individuos”*³¹.

Por lo tanto, en buena medida, la gran tarea de la supervivencia humana consiste en saber encontrar y aprovechar todo ese conocimiento disperso, para enfocarlo en un fin individual.

El desafío de la organización política de una sociedad abierta, consiste en permitir la creación y desarrollo de normas que sirvan para garantizar a cada persona el nivel de libertad y seguridad necesarios para la persecución de sus propios fines, y a través del intercambio libre y voluntario, la cooperación con los demás.

1.2. ORDEN ESPONTÁNEO, SISTEMA DE PRECIOS E INTERCAMBIO

A partir de sus propias valoraciones, los individuos toman decisiones basadas en el limitado conocimiento disponible. Elaboran sus propios planes y los ejecutan. Ello supone interactuar con otros

³⁰ Hayek, Friedrich A., *La contrarrevolución de la ciencia*, p. 56.

³¹ Hayek, Friedrich A., *Los Fundamentos de la Libertad*, p. 50.

hombres que, a su vez, están persiguiendo planes personales basados en otra porción de conocimiento limitado.

Lo que Hayek mostró con claridad en este punto es que lo que ha permitido encontrar denominadores comunes en las decisiones de múltiples personas, y a su vez conjugar los planes de cada uno para adecuarse de algún modo con los de los demás, es el sistema de precios. Los precios actúan como un tablero de señales que ayudan al momento de decidir cómo invertir recursos escasos: qué comprar, qué vender, dónde invertir, qué producir... y cuándo.

El mercado no es ni más ni menos que un proceso de intercambio, a través del cual las personas expresan sus preferencias, aventuran sus inversiones y, por obra de tantas opciones individuales, generan un orden que tiene un desarrollo más allá de cualquier autoridad y de cualquier fin deliberadamente previsto. Como advertían los autores escoceses y Hayek explicó con mayor claridad, la acción de los hombres buscando sus propias metas, a través de ese proceso de intercambio que se facilita con el sistema de precios, muchas veces genera resultados que no fueron buscados por ellos.

El estupendo pensador y economista Leonard Read escribió en 1958 un cuento, que fue publicado en "The Freeman" en diciembre de ese año, bajo el título: *I, Pencil*. Era la autobiografía de un lápiz, que proclamaba a la gente que "ninguna persona sobre la faz de la tierra sabe cómo fabricarme".

Para explicar esta afirmación, el lápiz contó su historia, diciendo que su árbol familiar era, de hecho, un árbol, un cedro que creció en los bosques del norte de California y Oregon. A partir de allí, habló de los leñadores que cortaron el árbol; de quienes lo trasladaron por el río hasta la maderera, donde fue cortado; de quienes fabricaban las tazas en las cuales los leñadores tomaban café.

Habló de la fábrica de lápices, adonde fue enviada la madera, una instalación que tenía un capital de cuatro millones de dólares acumulados gracias a la construcción de millones de hermanos suyos. Luego habló del grafito obtenido en las minas de Ceilán, luego mezclado con la arcilla del Mississippi, cuyo hidróxido de amonio es

usado en el proceso de refinamiento. Continuó relatando el proceso de fabricación, hasta el momento en que el lápiz llega a la tienda donde uno puede comprarlo.

Decía Read que, de hecho, millones de seres humanos habían puesto sus manos en la creación del lápiz, pero ninguno de ellos se conocía entre sí, salvo muy levemente. Ninguna de esas personas, incluido el presidente de la empresa de lápices, contribuyó más que en una parte infinitesimal en su fabricación. La mayoría de estas personas ni siquiera sabía que estaba contribuyendo en la fabricación de un lápiz; hablaban idiomas distintos, tenían costumbres distintas, e incluso pertenecían a países que estaban en guerra unos con otros. Ninguna mente en el mundo podría ser tan poderosa como para poner a todas estas personas de acuerdo para fabricar el lápiz, pero de hecho el lápiz estaba allí.

Es el resultado del orden espontáneo producido por el sistema de precios del mercado. Y siguiendo las enseñanzas de la Escuela Austríaca, fue la valoración de quien quería un lápiz aún antes de que éste fuese fabricado lo que imputó valor a la participación de todos quienes contribuyeron en la tarea. Ninguna autoridad decidió que hacían falta lápices en lugar de zapatos. En la medida en que funcione sin trabas el proceso que implica el libre intercambio, el establecimiento de precios y la diseminación de la información, el conocimiento de que algunas personas están dispuestas a pagar cierta suma por un lápiz es lo que pone en marcha la maquinaria de producción.

Milton Friedman alguna vez dijo de este cuento que no conocía otra pieza de literatura que tan directa, persuasiva y efectivamente ilustrara el significado de la mano invisible de Adam Smith —la posibilidad de cooperación sin coerción— y el énfasis de Friedrich Hayek sobre la importancia del conocimiento disperso y el rol del sistema de precios en la comunicación de información, que logre que los individuos hagan cosas deseables sin que nadie tenga que decirles qué hacer³².

³² Tanto el cuento de Leonard Read como los comentarios de Milton Friedman fueron reproducidos en el número de "The Freeman" de mayo de 1996.

Varios años después de que Read escribiera este cuento, un hecho real nos permite comprender claramente cómo se desarrolla este orden espontáneo: Internet. Una red de comunicaciones creada por el gobierno norteamericano para enfrentar las consecuencias de una confrontación armada con la Unión Soviética, y que tras la culminación de la guerra fría fue abandonada al uso público, se convirtió en la más poderosa herramienta de comunicaciones, comercio, acceso a la información y difusión de ideas de que se tenga registros en la historia humana.

Todo el poder económico y militar de que disponía el gobierno norteamericano tan sólo alcanzó para diseñar una red de comunicaciones alternativa. La acción de millones de personas que actúan cada una buscando su propio provecho, sin seguir ningún designio común —en los términos de la famosa frase de Ferguson antes mencionada— convirtió a aquella red de comunicaciones en algo que ninguno de los millones de participantes de la red diseñó ni puede dirigir; y que difícilmente alguien hubiese podido pronosticar a principios de los años noventa.

Se reprodujeron también en esa oportunidad los comentarios de Friedman al utilizar este cuento en uno de sus capítulos de la serie de televisión *Free to Choose*: “Ninguna de las miles de personas involucradas en producir el lápiz trabajaron porque querían un lápiz. Algunos de ellos nunca vieron un lápiz ni saben para qué sirve. Cada uno ve su trabajo como una forma de obtener bienes y servicios que ellos quieren —bienes y servicios que nosotros producimos para poder obtener el lápiz que queremos—. Cada vez que vamos a la tienda y compramos un lápiz, cambiamos una pequeña porción de nuestros servicios por una infinitesimal parte de los servicios de cada uno de los miles de contribuyentes a la fabricación del lápiz.

“Es aún más asombroso que el lápiz haya sido producido. Nadie sentado en una oficina central dio órdenes a esas miles de personas. Ninguna policía militar hizo cumplir por la fuerza esas órdenes que nadie dio. Estas personas viven en muchos lugares, hablan diferentes lenguajes, practican diferentes religiones, pueden incluso odiarse unos a otros, pero ninguna de estas diferencias les impide cooperar unos con otros para producir el lápiz. ¿Cómo es posible que esto ocurra? Adam Smith nos dio la respuesta hace doscientos años”.

Al igual que en el cuento de Read, ninguna autoridad en el mundo podría saber cómo construir esta red, ni tuvo el poder de hacer que tantos millones de personas contribuyeran voluntariamente a su formación. Sólo la generación de las condiciones que permitieron el desarrollo de un orden espontáneo, la definición de derechos de propiedad en él, y la búsqueda del propio provecho de los participantes, hicieron que la red creciera como lo hizo³³.

1.3. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN ESTE ESQUEMA SOCIAL

A partir de estas premisas, la visión sobre la plausibilidad de que el gobernante pueda planificar la sociedad, disminuye drásticamente. En realidad, el orden institucional y jurídico, cuyo marco es la Constitución, debe tender a facilitar la transparencia y libertad en las transacciones interpersonales, y no a tratar de regular el modo en que las personas deben tomar sus decisiones.

En este contexto, no es la sociedad la que debe adaptarse al marco regulatorio del gobierno, sino que precisamente por el contrario, es el gobierno el que debe subordinarse y restringir su acción a lo necesario para que el orden social se desarrolle. La Constitución busca este objetivo, y por ello está por encima del gobierno, lo crea, fija sus atribuciones, le pone sus límites, y de ese modo coadyuva a garantizar la supervivencia del orden social más allá del mandato de cada gobernante en particular.

Como se verá en capítulos posteriores, esta función de la Constitución se hace más importante con el devenir de las formas republicanas y democráticas de gobierno. Los gobiernos autoritarios subordinan la Constitución a sus mandatos. En todo caso la Constitución es un modo de ordenar el poder de decisión del soberano

³³ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, ps. 52-55.

no. Una vez que cambia el soberano —generalmente por algún acto de fuerza o resistencia— también cambia el orden constitucional.

Pero en los gobiernos republicanos, la renovación periódica de los funcionarios del gobierno es una de sus características destacables, y si las constituciones debieran ser ajustadas a los requerimientos de cada gobierno, la conclusión sería que la sociedad civil debería “refundarse” cada cuatro o seis años, con los perjuicios consiguientes.

Lo propio ocurre con el concepto de democracia. Si se pretende que por el principio del gobierno democrático, las mayorías pueden disponer cualquier cambio en cualquier momento, pues al ser depositarias de la soberanía ninguna autoridad podría estar por sobre la decisión mayoritaria, la conclusión sería una sociedad civil eventualmente redefiniéndose todos los días, lo que sería insostenible.

Por eso es que, como veremos también en un capítulo posterior, los principios liminares de la Constitución deben prevalecer incluso por encima de la opinión mayoritaria; y que, en todo caso, la voluntad popular debe expresarse a través de mecanismos formales establecidos en la propia Constitución para producir las reformas que se consideren necesarias; lo que debería ocurrir muy excepcionalmente.

Pero es necesario que quede claro en este esquema, que la Constitución tiene una función instrumental, cual es la creación de un marco de reglas de juego básicas y estables en el tiempo, y no vinculadas de ninguna manera con la consecución de fines concretos. Estos fines, como vimos en el punto anterior, deben ser elegidos y buscados por cada individuo³⁴, y además, la pretensión de que un

³⁴ Resulta muy ilustrativo recordar que en la declaración de independencia de los Estados Unidos, entre los derechos básicos por la consecución de los cuáles se peleaba, estaba el derecho a la “búsqueda de la felicidad”. No el derecho a la felicidad, que algunas constituciones contemporáneas parecieran querer sancionar, sino a su “búsqueda”, esto es, la libertad de seguir el propio curso de acción, orientado hacia aquello que cada uno piense que es lo que le permite orientar su vida de la manera más adecuada, sin verse coaccionados por otras personas o el gobierno.

gobierno o autoridad puede definirlos, y mucho menos proveerlos, chocará con la realidad de que los fenómenos sociales son lo suficientemente complejos como para poder ser dirigidos exitosamente a través de soluciones impuestas.

Al definir un catálogo de derechos y garantías de los habitantes, y restringir el poder del gobierno a la protección de tales derechos y garantías, la Constitución cumple dos roles fundamentales, que tienen su correlato en el crecimiento y prosperidad de la sociedad: contribuye a una mejor definición de derechos, y reduce los costos de transacción, elementos esenciales para que el proceso económico funcione plenamente.

2. EL OBJETO DE LA CONSTITUCIÓN

“Una Constitución es algo que antecede a un gobierno y el gobierno no es sino la criatura de la Constitución. La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo al constituir un gobierno...”.
Thomas Paine, *Man’s Rights*, 1791.

2.1. ¿PARA QUÉ SE SANCIONA UNA CONSTITUCIÓN?

El constitucionalismo liberal que se desarrolló especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y tuvo su primer producto concreto en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, nació como un instrumento en la búsqueda de límites al poder del gobierno.

Los principios que inspiraron a los revolucionarios norteamericanos al diseñar esa Carta Fundamental, podrían sintetizarse en:

- 1) El reconocimiento de la existencia de los derechos individuales como independientes y previos al gobierno.
- 2) La justificación del gobierno como un medio para proteger esos derechos.
- 3) La consecuente limitación de las atribuciones del gobierno a aquellas funciones que permitan lograr esa finalidad.
- 4) La separación de ese gobierno en departamentos independientes y recíprocamente controlados, como una forma de limitar su poder y vigilarlo mejor.
- 5) El desarrollo de mecanismos de publicidad y control popular de los actos del gobierno, como expresión del principio según el cual

los funcionarios son empleados de los ciudadanos y deben rendir cuentas ante ellos en todo momento³⁵.

Para lograr este propósito, quienes se encargaron de proyectar un sistema de gobierno que sustituyera a los anteriores regímenes autoritarios, sabían que la única manera de aumentar los ámbitos de libertad individual y el reconocimiento de los derechos, era limitando el poder del Estado a través del orden jurídico e institucional. Ello debería hacerse por medio de una norma estable, clara, y sobre todo duradera, que estuviese por encima de los poderes ordinarios del gobierno y que estableciese a éste, con mucha precisión, su área de acción y sus límites.

A diferencia de lo sucedido hasta entonces, en que el gobernante definía su propia autoridad, creció la idea de que el gobierno, en definitiva, es una creación de las personas con la finalidad de proteger sus derechos, de modo que su poder debe ser acotado y limitado a lo taxativamente delegado por los mandantes.

La filósofa Ayn Rand explicó los principios que guiaron a los revolucionarios norteamericanos del siglo XVIII con su habitual claridad:

“Todos los sistemas anteriores han considerado al hombre como un medio sacrificable a favor de los fines de los demás y a la sociedad como un fin en sí misma. Los Estados Unidos consideraron al hombre como un fin en sí mismo, y a la sociedad como un medio para la coexistencia pacífica, ordenada y voluntaria de los individuos. Todos los sistemas anteriores habían sostenido que la vida del hombre pertenece a la sociedad, que la sociedad puede disponer de él de cualquier manera que le plazca, y que toda libertad de la que goce le ha sido concedida únicamente como favor, por permiso de la sociedad, que puede ser revocado en cualquier momento. Los Estados Unidos sostuvieron que la

³⁵ Rojas, Ricardo Manuel, *Las contradicciones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 19 y ss.

vida del hombre es suya por derecho (lo que significa: por principio moral y por su naturaleza), que un derecho es propiedad del individuo, que la sociedad como tal no tiene derechos, y que el único propósito moral de un gobierno es la protección de los derechos del individuo”³⁶.

“Violar los derechos del hombre significa compelerlo a actuar contra su propio juicio, o expropiar sus valores. Básicamente hay una sola forma de hacerlo: mediante el uso de la fuerza física. Existen dos violadores potenciales de los derechos del hombre: los criminales y el gobierno. El gran logro de los Estados Unidos fue trazar una distinción entre ambos, prohibiendo al segundo la versión legalizada de la actividad de los primeros.

“La Declaración de Independencia fijó el principio de que ‘para asegurar estos derechos se instituyeron los gobiernos entre los hombres’. Esto proveyó la única justificación válida de un gobierno y definió su único propósito correcto: proteger los derechos del hombre al protegerlo de la violencia física.

“En consecuencia, se cambió la función del gobierno, del rol de mandatario al rol de servidor. El gobierno se instituyó para proteger al hombre de los criminales, y la Constitución se escribió para proteger a los hombres del gobierno. La Declaración de Derechos no estaba dirigida contra los ciudadanos privados, sino contra el gobierno, como una explícita declaración de que los derechos individuales invalidan todo poder público o social”³⁷.

Sobre esta base, la teoría constitucional nutrida de los principios del liberalismo político, desarrolló una serie de pautas que permitieron perfilar el desarrollo de las instituciones republicanas, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo libre a partir de entonces.

³⁶ Ayn Rand, *La virtud del egoísmo*, Plastygraf, Buenos Aires, 1985, p. 106.

³⁷ Op. cit., p. 108.

Por primera vez, una carta política no era el producto de la decisión del príncipe, ya sea con el fin organizar su propio poder, o como una concesión muchas veces arrancada por la fuerza. La Constitución comenzaba a ser un documento emanado de la propia gente, elaborado con el propósito de proveer la protección de sus derechos.

Un siglo después, la teoría constitucional avanzaría lo suficiente como para dotar de mayor contenido técnico a ese “pedazo de papel”, al decir de Lasalle³⁸, especialmente por obra de los tribunales de justicia a los que les tocó interpretar y definir el alcance de las atribuciones del gobierno.

2.2. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Pueden mencionarse los siguientes elementos constitutivos que nutren la Constitución, que han sido objeto de cuidadoso estudio por la teoría constitucional, y que por lo tanto deben ser tenidos en cuenta al enfrentar la tarea de redactarla:

a. El origen popular del poder, y la subordinación del gobierno al pueblo

El *Leviathan* de Thomas Hobbes fue probablemente el primer intento en los tiempos modernos de buscarle al gobierno un fundamento que no fuese la propia relación del Príncipe con Dios.

La justificación de ese gobierno, en el pensamiento hobbesiano, era la necesidad de contener, mediante la fuerza del príncipe, los impulsos agresivos de los hombres: los hombres depositaban en el

³⁸ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, México, 1994.

príncipe el poder absoluto, como una manera de protegerse de sí mismos.

Como un paso adelante en la evolución de la teoría política, autores como John Locke y Algernon Sidney entendieron que el gobierno, es decir, el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil, es el producto de un acuerdo de los propios individuos entre sí, para organizar de un modo más eficiente la protección de sus derechos. El gobierno civil dejó entonces de ser una organización creada alrededor de la figura del Príncipe, para convertirse en una asociación libre de personas basada en la utilidad común que supone concentrar el uso de la fuerza para la protección de los derechos individuales.

A partir de entonces, la idea de un orden constitucional estuvo ligada a la idea de que es el propio pueblo el que organiza el gobierno, y concede a los gobernantes las atribuciones que considera razonables. Los derechos de los habitantes, por lo tanto, son preeminentes y superiores al poder del gobierno, y éste último, se limita a lo taxativamente delegado a través de la Constitución.

b. La limitación constitucional de las funciones del gobierno

Como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, la Constitución no es una norma más, no es una ley con un rango superior a las leyes ordinarias del Congreso.

Es precisamente el marco institucional dentro del cual se dictan las leyes y se gobierna. A los gobernantes sólo les estará permitido realizar aquello a lo que expresamente la Constitución les autoriza. Es a la vez una distribuidora de funciones entre las instituciones políticas del gobierno, y un límite a las atribuciones de esas instituciones.

Por eso es que las cláusulas que otorgan facultades a los poderes del gobierno deberían ser interpretadas siempre en forma restrictiva por los tribunales constitucionales.

c. Los controles a los actos del gobierno

El constitucionalismo liberal recogió la tradición republicana según la cual, para evitar el abuso del poder, es conveniente su distribución en órganos independientes, sometidos al control de otros órganos y de los ciudadanos en general.

Por ello es que las Constituciones liberales se han basado, no sólo en la división de poderes, sino fundamentalmente en el recíproco control de los distintos órganos entre sí. De allí, por ejemplo, el poder de veto del Presidente, la facultad para realizar juicios políticos a las cabezas del Poder Ejecutivo y Judicial que tiene el Congreso, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, el acuerdo que debe prestar el Senado para la designación de ciertos funcionarios, etc.

d. La supremacía de los derechos individuales

Desde que el fundamento del gobierno es la protección de los derechos, la Constitución, que organiza el gobierno, debe garantizar explícitamente la supremacía de esos derechos por encima de la autoridad.

En la teoría constitucional se produjo una controversia respecto de si era necesario o no establecer una declaración de derechos en la Constitución. En la tradición jurídica anglosajona, los derechos ya estaban protegidos por el sistema legal, el *common law*, de modo que no parecía necesario incluir un catálogo de derechos. Sin embargo, dicha declaración fue incluida, para establecer formalmente una serie de garantías que estaban dirigidas, fundamentalmente, a ponerle límites al gobierno, tales como las vinculadas con la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, la libertad de expresión, la garantía contra detenciones arbitrarias, los límites a la expropiación, etc.

Pero para garantizar especialmente esta supremacía de los derechos individuales, que es la razón de ser de la Constitución, se han incluido dos tipos de cláusulas. Por una parte, la cláusula que deja a salvo la existencia de cualquier derecho que no haya sido expresa-

mente incluido en la Constitución (contenida, por ejemplo, en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, o el art. 33 de la Constitución Argentina de 1853).

Por otra parte, especialmente en países de tradición continental europea, en los cuáles el derecho vigente es mayormente elaborado por las asambleas legislativas, se incluyó una cláusula que impide la alteración de los derechos individuales producida a través de las leyes que reglamentan su ejercicio (por ejemplo, art. 28 de la Constitución Argentina de 1853, artículo 37 de la Constitución cubana de 1901, artículo 40 de la Constitución cubana de 1940).

e. La democracia representativa

Un componente fundamental del gobierno surgido de una constitución liberal, es que las autoridades que lo conforman, especialmente para el cumplimiento de funciones políticas, son elegidas por el voto popular. De allí la necesidad de un sistema electoral basado en el voto universal y secreto, que garantice la participación, sin condicionamientos ni presiones, de la mayor cantidad de ciudadanos.

Existen formas de participación más directa de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, como las consultas populares, las iniciativas populares, etc.. Además, a través del derecho de peticionar a las autoridades, las instituciones formales del gobierno deben ser receptivas de cualquier petición, crítica o sugerencia canalizada por carriles institucionales legalmente establecidos.

Pero sobre todo en sociedades con importante población, los intentos por avanzar más allá y encaminarse hacia formas de democracia directa, normalmente desembocan en autoritarismo de corte populista. El “pueblo” es una abstracción, y cada vez que alguien se arroga su representación, en realidad está intentando tomar decisiones por encima de los demás.

Por ello, la Constitución y las leyes deben evitar explícitamente todo intento de arrogarse directamente la representación del pueblo por cualquier persona o grupo de personas.

Precisamente el gran logro del orden constitucional ha sido establecer un mecanismo institucional que permite canalizar del mejor modo posible la participación popular en la toma de aquellas decisiones que quedan bajo la esfera del gobierno.

f. La descentralización política y funcional

Uno de los puntos fundamentales que debe contener la Constitución, se vincula con la distribución del poder del gobierno en los distintos estamentos regionales: el gobierno nacional, el provincial y el municipal.

El principio general ha sido propender a la mayor descentralización del poder, ubicado fundamentalmente en las organizaciones políticas más pequeñas, y por lo tanto, mejor controladas por los propios habitantes.

En países de gran extensión y poca población, como Estados Unidos, Argentina o Canadá, se produjo un gran federalismo, esto es, en general la organización política se produjo desde las provincias, las que constituyeron el gobierno federal.

La idea fundamental en los orígenes de la organización política, tanto en Estados Unidos como en Argentina, fue la creación de una confederación de estados o provincias autónomos. El poder del gobierno federal, en teoría, debería estar limitado a ciertas funciones que garantizaran la unidad de la confederación, el libre tránsito y comercio interestadual, la representación exterior, la defensa común, etc.

En Argentina esta visión del federalismo fue más restringida, concediendo las provincias, al gobierno federal, un poder bastante más amplio, que incluía las atribuciones para legislar homogéneamente para toda la república en una serie de materias, especialmente el derecho común.

En este esquema, por su parte, los estados o provincias deben garantizar el régimen municipal, basado en una gran descentralización de servicios y atribuciones vinculadas con el gobierno municipal.

Ahora bien, este modelo no necesariamente debe ser seguido en otros países con otras características geográficas y demográficas y otra tradición política. Es posible examinar la conveniencia o eficiencia del diseño político, sobre la base de las características propias de cada país.

Así por ejemplo, puede advertirse que Cuba es un país cuyo tamaño y población es inferior al de la mayoría de los estados norteamericanos. Dotar a cada Provincia cubana con fuertes atribuciones políticas podría ser altamente ineficiente y contraproducente desde el punto de vista funcional.

Pensar en que funcionen, por ejemplo, seis legislaturas, seis gobernadores, seis tribunales superiores de justicia, cada uno de los cuales tuviese las amplias atribuciones que normalmente tienen los regímenes federales, podría generar un mecanismo innecesariamente burocrático y complejo, que no se justifica en un país con las características de Cuba.

La ausencia de un sistema federal con provincias autónomas, sin embargo, puede ser compensado con un régimen municipal que garantice una fuerte descentralización, en manos de los municipios, de los principales servicios que debe prestar el gobierno.

En los próximos capítulos volveremos con más detenimiento a varios de estos puntos.

3.

LA EXTENSIÓN Y VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

“...Esta cláusula ha sido formulada en una Constitución destinada a perdurar en las eras futuras, y por consiguiente adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos...”.

Juez John Marshall, “Mc Culloch v. Maryland”, 1819.

3.1. LÍMITES AL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN

La función esencial de la Constitución, por lo que se ha visto, es organizar las instituciones políticas fundamentales que constituyen el gobierno, y fijarle a éste taxativamente sus atribuciones. Esto último la convierte en la más importante salvaguardia de los derechos individuales frente a cualquier abuso del poder, lo que se ve reforzado con la inclusión de un catálogo de garantías de los habitantes que limiten la acción del gobierno.

Para que la Constitución cumpla con sus cometidos, es necesario que pueda soportar y superar los vaivenes de la vida política cotidiana, las crisis institucionales y económicas, los buenos y malos gobiernos, las guerras, etc.

En los países latinoamericanos, que siguen la tradición jurídica continental europea, ha habido una fuerte tendencia a regular a través de normas escritas y minuciosas todos los detalles de las relaciones en sociedad, con la pretensión de que ello otorga seguridad jurídica al sistema.

El problema de esta visión —que se agudiza cuando se trata de una Constitución— es que desconoce el hecho de que una sociedad no es un conjunto estático, sino un proceso dinámico, en constante evolución, y que en general las normas jurídicas, lejos de ser las generadoras de esa evolución, son su producto³⁹.

Esta búsqueda de seguridad jurídica en normas escritas y minuciosas conduce a lo que podría denominarse el “*Dilema de la Ley Positiva*”, cuyo enunciado sería éste:

*Dado un sistema jurídico basado en leyes positivas dictadas por un órgano legislativo, si las leyes son genéricas y abstractas, tendrán mayor probabilidad de perdurar en el tiempo, pero dependerán, para su aplicación concreta, de otras normas de menor jerarquía o del criterio de los jueces. Si, en cambio, son minuciosas, dejarán menos margen a la discrecionalidad futura, pero crecerá la probabilidad de que deban ser reformadas con frecuencia, mermando la estabilidad y seguridad jurídica*⁴⁰.

Precisamente el abordaje de este dilema marca una diferencia fundamental entre la Constitución y la legislación común. La Constitución establece el marco de reglas básicas que permite el de-

³⁹ Como vimos en el Capítulo 1, en la tradición de los llamados autores morales escoceses del siglo XVIII, Adam Ferguson decía que “las naciones tropiezan con instituciones que ciertamente son el resultado de la acción humana, pero no la ejecución del designio humano” (*An Essay on Civil Society*, Edimburg University Press, 1966 [1767]). Esto es, que existen ciertas instituciones que requieren de la acción humana para poder existir, pero ninguna persona o grupo de personas en particular las pudo crear o modificar. Como ejemplo de estas instituciones, Ferguson menciona la moneda, la moral, el mercado, el lenguaje y el derecho.

Mucho más modernamente, Douglas North destacó el rol fundamental de las instituciones en el proceso social, y especialmente cómo tales instituciones se originan muchas veces de manera informal, y luego se formalizan a través de las leyes e incluso de la Constitución, en la medida en que facilitan la cooperación humana y la resolución de conflictos (North, Douglas, *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990).

⁴⁰ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 133.

sarrollo espontáneo y la evolución de la sociedad en forma pacífica. La legislación, sin dejar de lado esa premisa, establece normas de convivencia más específicas, le pone sustancia a los principios de la Constitución.

Desgraciadamente la teoría constitucional de la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, va dejando de lado esta distinción fundamental, y es así como puede verse que muchas veces la redacción de una Constitución es abordada como si se tratase de una ley común; y para peor, una ley que sólo atiende a la coyuntura del momento, y trata de elaborar una carta política a la medida del gobernante.

En su afán por ser cada vez más minuciosas y establecer principios que tienen más que ver con el voluntarismo y las buenas intenciones que con la realidad, incluyen cláusulas impracticables o destinadas a resolver problemas puntuales de la coyuntura, lo que convierte a sus Constituciones en inoperantes al poco tiempo.

Se pueden mencionar algunos ejemplos de esto, no sólo respecto de las constituciones sancionadas en los últimos años, sino en las más antiguas:

1. La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, estableció en su artículo 192, VIII, punto 3: *“Las tasas de interés real, incluidas comisiones y cualquiera otras remuneraciones directa o indirectamente referidas a la concesión de crédito, no podrán ser superiores al doce por ciento anual; el cobro por encima de este límite será considerado como delito de usura, castigándose, en todas sus modalidades, en los términos que la ley determine”*.

Por supuesto que la tasa de interés es el precio del dinero, que sube o baja de acuerdo con leyes económicas que ni el legislador ni el constituyente pueden derogar o alterar. En la mayoría de los casos, además, las tasas de interés aumentan como consecuencia de actos y decisiones del propio gobierno, como la emisión monetaria sin respaldo, ciertas medidas que hacen más riesgosa la inversión a largo plazo o alientan el éxodo de los capitales, etc.; es decir, todo lo que

altere el valor del dinero, o disminuya su oferta en el mercado. Las buenas intenciones que se podrían presumir en los constituyentes brasileños de 1988 chocaron frontalmente con la realidad, y al poco tiempo esta cláusula constitucional perdió todo vigor, al punto de que casi todo el extenso artículo 192, que integraba el capítulo “*Del Orden Económico y Financiero*”, fue derogado en 1996, ocho años después de sancionado.

En un sentido similar al anterior, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su artículo 90, dispuso que: “*La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales...*”. La reforma propuesta por el Presidente Hugo Chávez en 2007 intentó reducir la jornada de trabajo a un máximo de seis horas diarias y treinta y seis semanales.

Nuevamente, para el caso en que se aceptaran que cuestiones como ésta pudieran ser objeto de reglamentación, deberían ser discutidas en leyes comunes y no ser incluidas como cláusulas constitucionales.

2. Otro ejemplo que se puede mencionar tiene que ver con la incorporación de determinados procedimientos judiciales en la Constitución. La Constitución Argentina de 1853-60 dispuso en sus artículos 24, 67, inc. 11 y 102, que el Congreso debía establecer el juicio por jurados. Sucesivas reformas mantuvieron esta cláusula, incluida la Constitución de 1994. Sin embargo, nunca fue organizado el juicio por jurados en Argentina⁴¹.

Esta omisión, basada en los inconvenientes prácticos que supondría organizar este tipo de juicios, unido a la casi virtual desaparición de las razones vinculadas con la desconfianza en los jueces profesionales y la falta de organización suficiente de la judicatura, que se invocaron en sus comienzos, hizo que a pesar de que muchas

⁴¹ Al respecto ver Ricardo Manuel Rojas, “El juicio por jurados y las garantías contenidas en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional”, en *Revista de Análisis Institucional* n° 1, Fundación *Friedrich A. von Hayek*, marzo de 2007, ps. 51-90.

veces se presentaran proyectos de ley en este sentido, nunca fueron aprobados.

La irregularidad fue justificada haciendo una distinción entre las cláusulas constitucionales, sosteniendo que algunas de ellas son “operativas”, que deben ser implementadas de inmediato, como ocurre con las que disponen la organización de los poderes del gobierno, mientras que a otras se las considera “programáticas”, y cuya implementación depende de ciertos factores que pueden demandar más tiempo. Sobre esta distinción volveré enseguida.

Lo cierto es que un siglo y medio parece demasiado tiempo para no cumplir con un punto regido y ordenado directamente por la Constitución.

Más allá de la discusión respecto de la conveniencia o inconveniencia de establecer el juicio por jurados en un país que no tiene esa tradición ni la infraestructura necesaria, la existencia de una cláusula constitucional que ostensiblemente ha sido ignorada, atenta contra la fuerza y aplicabilidad de esa constitución en su conjunto. El problema se origina, a mi entender, en la inclusión como cláusula constitucional, de un asunto que debió ser motivo de tratamiento por parte de la legislación común⁴².

3. Otro ejemplo claro del problema de incluir en la Constitución puntos que deberían ser reglamentados por la legislación común, lo podemos observar en la propia evolución de las constituciones cubanas.

⁴² En este ejemplo posiblemente convenga hacer una observación basada en un hecho histórico. Para mediados del siglo XIX, en un país que necesitaba organizar una judicatura confiable frente a facciones que peleaban por el poder, probablemente el juicio por jurados haya sido visto más como una garantía de imparcialidad a favor de los habitantes, que como una institución procesal. Quizá en la actualidad, con el avance de los mecanismos institucionales para garantizar una justicia profesional imparcial e independiente, se haya relativizado la importancia del juicio por jurados como garantía constitucional.

Sin embargo, en todo caso es un tema cuyo tratamiento corresponde a la legislación ordinaria y no a la Constitución.

Una cuestión que se discutió en la Convención Constituyente de 1901 fue el alcance del derecho al sufragio. Frente a distintas posiciones, el delegado Berriel sostuvo que era:

“más oportuno, más prudente y más previsor... dejar a una ley todo lo relativo a materia de suyo tan opinable como el sufragio universal, que hacer figurar dicha materia en el texto de nuestra Constitución, por la dificultad que ofrece el cambio o reforma de los preceptos constitucionales y por cuanto la conveniencia pública pudiera aconsejar en determinado momento de mayor o menor urgencia, la modificación o restricción del derecho de sufragio”⁴³.

Este prudente consejo no fue acatado, y en el texto constitucional original de 1901 se reconoció el derecho al sufragio a los “cubanos, varones, mayores de veintiún años” (artículo 38). El avance en la lucha por los derechos de la mujer hizo que la Convención Constituyente de 1928 modificara este artículo de la Constitución para eliminar la palabra “varones” e incluir a las mujeres en el derecho al sufragio. Por su parte, la Constitución de 1940 estableció la edad mínima para el derecho al sufragio en veinte años en lugar de veintiuno (art. 99).

Esto es, cada ajuste necesario en ciertos detalles que pueden variar con la evolución de la sociedad, requirió de una reforma Constitucional, con lo cual la idea de la Constitución como un conjunto de principios inamovibles alrededor de los cuales se organizan las instituciones del gobierno, tiende a convertirse en letra muerta.

Vimos entonces algunos casos en los que se incluyen en la constitución cláusulas que son impracticables, cláusulas que nunca se implementan y otras que requieren modificaciones periódicas. El problema en estos casos, es haber incorporado en la Constitución

⁴³ Bernal, Beatriz, “Estudio histórico-jurídico de la Constitución de 1901”, en *Cuba y sus Leyes*, UNAM, México, 2002, p. 93

puntos que a lo sumo debieron ser objeto de discusión por parte de la legislatura ordinaria.

Este problema se agrava, en la medida en que las nuevas constituciones incorporan manifestaciones grandilocuentes, que generalmente no tienen sentido lógico ni posibilidad de aplicación práctica, como ocurre en el caso de los capítulos destinados a organizar los regímenes socio-económicos.

Por ejemplo, la Constitución Bolivariana de Venezuela sostiene en su artículo 299:

“El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”.

Este conglomerado de frases, adjetivos y sustantivos, difícilmente tenga ningún sentido. Por lo pronto, vinculado con el desenvolvimiento del proceso económico, es muy fácil advertir que la aplicación de los principios de justicia social, democracia y solidaridad tienden a ser incompatibles con los de productividad, eficiencia y libre competencia. Pero más allá de que todas estas palabras, así amontonadas, no quieren significar nada en concreto, lo cierto es que el artículo en sí mismo será utilizado por el gobierno como fundamento para dictar todo tipo de medidas de control y regulación en cuestiones sociales y económicas.

Un ejemplo similar se ve en la Constitución de la República de Bolivia, según texto ordenado de 2004, cuyo artículo 144.I, sostiene:

“La programación del desarrollo económico del país se realizará en ejercicio y procura de la soberanía nacional. El Estado formulará periódicamente el plan general de desarrollo económico y social de la República, cuya ejecución será obligatoria. Este planeamiento comprenderá los sectores estatal, mixto y privado de la economía nacional”.

3.2. LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS OPERATIVAS Y PROGRAMÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN

Como se adelantó en el punto anterior, la doctrina ha distinguido dos tipos de cláusulas constitucionales, de acuerdo al momento en que resultan aplicables: operativas y programáticas. Las primeras, que también han sido designadas como autoaplicativas (*self executing*) son de aplicación inmediata y sin condiciones ni necesidad de desarrollo legislativo alguno. Las programáticas (*no self executing*) o no operativas, requieren para su funcionamiento que el legislador común dicte otras normas de carácter reglamentario implementativo⁴⁴.

Esta distinción doctrinaria ha permitido justificar que algunas cláusulas de la Constitución no se apliquen durante largos períodos, sin que esto se entienda como un desconocimiento de la vigencia de la norma.

Ahora bien, el plazo para que el Congreso reglamente la aplicación de esas cláusulas “programáticas” tampoco suele estar bien definido por la jurisprudencia constitucional y la doctrina. Así es como se ha justificado, por ejemplo, que en Argentina transcurriera

⁴⁴ Conf. Vanossi, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, 1976, t. II, ps. 2 y 3; Cavallero, Ricardo y Hendler, Edmundo, *Justicia y Participación*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 51 y su cita.

más de un siglo y medio sin que se reglamentase legalmente el juicio por jurados.

En tal sentido, la Corte Suprema argentina enfrentó varias veces este escollo, sosteniendo invariablemente que la Constitución no había impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados ni existía un término perentorio para ello⁴⁵.

Esta distinción entre cláusulas operativas y programáticas puede ser seriamente cuestionada, y su invocación en muchos casos esconde el problema que genera incorporar a las constituciones temas que deberían ser objeto de legislación ordinaria y no de una cláusula constitucional.

Se puede decir al respecto que:

1. Resulta inexacto hacer recaer la distinción entre estos dos tipos de cláusulas en el hecho de que unas operen inmediatamente y otras requieran de una ley reglamentaria.

Si esto fuese así, prácticamente todas las cláusulas de la Constitución serían programáticas. La organización de cada uno de los poderes del Estado, del Congreso, del Poder Ejecutivo y sus ministerios, de los tribunales, serían cláusulas programáticas pues su puesta en funcionamiento depende de distintas leyes de organización. Lo mismo podría decirse del ejercicio de los poderes políticos, que dependen de una ley electoral; o de la condición de ciudadano, que requiere una ley reglamentaria, etc.

No puede existir virtualmente una Constitución sin un conjunto de leyes reglamentarias de sus cláusulas (sobre esto me extenderé en el Capítulo 8). Por lo tanto, la distinción parece, o bien antojadiza, o bien insuficiente para justificar el transcurso del tiempo sin que se cumpla con lo establecido por la Constitución.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia en los casos “Loveira c/Mulhall”, Fallos: 115:92 (1911); “Ministerio Fiscal c/Director del Diario La Fronda”, Fallos: 165:258 (1932); “Tribuna Demócrata”, Fallos: 208:21 (1947); “David Tiffenberg”, Fallos: 208:225 (1947).

2. Si se admite que la mayoría de las cláusulas constitucionales requieren de leyes complementarias para su vigencia efectiva, no cabe sino entender que existe una obligación del Congreso de sancionar con premura dichas leyes. De lo contrario, habría que admitir que el gobierno, a través del Congreso, tiene la facultad de no cumplir con la Constitución. Como señalan Cavallero y Hendler:

“Admitir que haya cláusulas constitucionales en materias que atañen a instituciones básicas del sistema del gobierno o a garantías individuales que no tengan fuerza obligatoria, sería tanto como aceptar una aberración política: la de un sistema republicano en que los órganos del poder podrían acatar o no las reglas establecidas a la manera de un monarca despótico: según su propio arbitrio soberano”⁴⁶.

3. Si la mayoría de las cláusulas constitucionales requieren algún tipo de ley reglamentaria para su implementación, y no debería dejarse a la arbitraria decisión del legislador cuándo dictar esas leyes, es necesario concluir en que este tipo de leyes deben ser las primeras en ser sancionadas, y que no debe tolerarse demora más allá de lo razonable.

En este sentido, Bidart Campos cita como precedente algún fallo de la jurisprudencia alemana, donde se sostuvo que veinte años de mora es más que suficiente para reputar esa inercia legislativa como inconstitucional⁴⁷.

⁴⁶ Cavallero, Ricardo y Hendler, Edmundo, op. cit., p. 52.

⁴⁷ Bidart Campos, Germán J., “La interpretación constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *El Derecho*, t. 78, 1978, p. 786. En el mismo trabajo agregó: “Es cierto que el primer pecado ha de imputársele al órgano legislativo, pero a continuación, viene otro pecado solidario, cual es el configurado por el escrúpulo de los jueces que directamente resuelven el problema diciendo: mientras el legislador no reglamente la cláusula, yo no puedo darle aplicación directa” (Citado por Cavallero, Ricardo y Hendler, Edmundo, op. cit., p. 53).

4. En consecuencia, puede decirse que todas las cláusulas de la constitución son operativas; que su operatividad, cuando requiere una ley reglamentaria del Congreso, debe hacerse efectiva lo más rápido posible, y que la necesidad de dicha ley nunca puede ser utilizada como excusa para que no tenga vigor la cláusula.

Del mismo modo puede concluirse que esta distinción doctrinaria se debe primordialmente al hecho de que en la Constitución se han incluido cláusulas que no deberían formar parte de ella. Los futuros cambios coyunturales —como pudo haber ocurrido con el juicio por jurados en Argentina— hicieron que las legislaturas no reglamentaran esas cláusulas, y entonces fue necesario recurrir a alguna argumentación teórica para evitar que esta falta de cumplimiento de una parte de la Constitución se extendiera a todo el texto.

Pero la solución a este problema no es inventar teorías que justifiquen la inacción legislativa, sino limitar la Constitución a aquello en lo que verdaderamente debe ocuparse, y que requiere la efectiva acción de los poderes públicos que deben intervenir para su implementación rápida. Probablemente nadie aceptaría que un país no tenga jueces para resolver sus disputas, porque la ley del Congreso que debería reglamentar la organización del Poder Judicial aún no se dictó. Esas leyes se dictan de inmediato. Las que no se sancionan, normalmente son las que se refieren a cláusulas que jamás debieron estar incluidas en la Constitución.

5. Algo parecido podría decirse de la incorporación de los llamados derechos de segunda y tercera generación a la Constitución. Cuando las constituciones pretenden garantizar el goce de ciertos beneficios para todos los habitantes del país, normalmente chocarán con la realidad de que los recursos para ello son escasos, que deberán ser proporcionados por los ciudadanos a través de sus impuestos, que ello provocará que en la medida en que se beneficia a unos se perjudica a otros, y que, en definitiva, es muy probable que los objetivos planteados por la norma no sean alcanzados.

En el próximo capítulo me referiré a este tema con mayor extensión, pero lo cierto es que cuando las Constituciones intentan garantizar resultados económicos a los ciudadanos, corren el serio riesgo de perder su vigencia. Por ejemplo, si una Constitución establece que todos los habitantes tienen el derecho a acceder a una vivienda digna, pero los recursos económicos, de hecho, no son suficientes como para lograr ese objetivo, la Constitución se convierte en letra muerta.

Por lo tanto, en todo caso, el tratamiento de temas vinculados con la educación, la salud, la vivienda, entre otros, no debería ser encarado desde la promesa constitucional de que se alcanzarán resultados efectivos, sino que es necesario buscar otros caminos, si se pretende que la Constitución tenga alguna vigencia real.

3.3. ¿QUÉ ASUNTOS DEBE TRATAR LA CONSTITUCIÓN?

No es tarea sencilla trazar una línea precisa que distinga qué tipo de normas deben integrar la Constitución y cuáles deben ser dejadas a la decisión del Congreso. Del mismo modo que no es fácil determinar qué debe ser regulado por las leyes, y qué debe ser dejado a la libre acción de los particulares y a las decisiones de los jueces al resolver sus disputas.

Sobre este segundo punto volveré más adelante (4.5), pero aquí quisiera detenerme en la trascendental tarea de determinar cuáles son los límites del contenido de la Constitución.

Un primer punto a tener en cuenta es que la cualidad fundamental de una Constitución debería ser su estabilidad. Si está llamada a echar las bases sobre las cuáles las personas tomen sus decisiones, las instituciones nazcan y crezcan, entonces esas bases, ese marco de referencia, debería permanecer inmutable. Para que esto se consiga, debería limitar su contenido a aquellas disposiciones que organicen estos marcos, y desechar —derivándolos a la legislación común o a la decisión de los jueces— todos aquellos aspectos que,

por su naturaleza, es razonable que puedan sufrir modificaciones con el tiempo y la evolución.

La Constitución no debe acomodarse a los requerimientos o necesidades políticas del gobierno; por el contrario, es el gobierno el que debe acomodar siempre su conducta a las atribuciones y límites que le señala la Constitución. Por lo tanto, para evitar las tentaciones de que sucesivos gobiernos traten de modificar las constituciones para rediseñarlas “a su medida”, es que normalmente se prevén mecanismos más o menos complicados o rígidos, para la reforma.

Aún así, si al momento de redactar la Constitución no se tiene en cuenta lo dicho más arriba, y se incluyen en ella detalles coyunturales que muy probablemente se alteren con el tiempo, aún cuando los mecanismos de reforma sean complicados, dichas reformas ya no serán sólo una cuestión de conveniencia y ambición de los gobernantes, sino una necesidad.

Y cuando la Constitución se modifica periódicamente, pierde la mayor parte de su valor.

Lo primero a tener en cuenta al momento de sancionar la Constitución, entonces, es que todo aquello que pueda ser resuelto a través de la legislación común, debe ser dejado a ella y no incluido dentro de la norma fundamental. Seguramente la sanción de la Constitución deberá estar acompañada de una cantidad de leyes que reglamenten puntos directamente regidos por ella, a las que me referiré en el capítulo 8.

Pero al mismo tiempo es esencial tener en cuenta que hay puntos fundamentales, aquellos que constituyen precisamente la base del sistema institucional, que no pueden ser librados a la legislación común, pues ello supondría dejarlos al arbitrio del gobierno de turno; y por ello necesariamente estarán contenidos en la Constitución. Son los temas que deben quedar a salvo de los vaivenes de la política y de la discrecionalidad del eventual gobernante.

La determinación de dichos temas remite a un análisis de eficiencia, evaluando costos y beneficios de incluir o no ciertas cláusulas en el texto constitucional. Incluir un tema en la Constitución

tiene la ventaja de garantizar hacia el futuro que su contenido será difícilmente alterado. Pero al mismo tiempo, tiene la desventaja ya explicada de impedir las modificaciones que el transcurso del tiempo y el cambio en las condiciones pudieran sugerir. Entre estos dos efectos deberá moverse el constituyente, para determinar qué incluirá y qué no en el texto de la carta fundamental.

Entre los puntos que necesariamente deberán estar contenidos en la Constitución, pueden mencionarse: 1) La enunciación de los distintos órganos que constituyen el gobierno; 2) la enumeración minuciosa de la composición de cada órgano, los requisitos para integrarlo, las formas de remoción y renovación de sus integrantes; 3) las atribuciones taxativas de cada órgano (no podrá ir más allá de lo que específicamente la Constitución autoriza); 4) los mecanismos de control recíproco de los distintos órganos; 5) las garantías del ciudadano frente al poder del gobierno, y los consecuentes límites del gobierno impuestos por la supremacía de los derechos; 6) los límites que tiene el gobierno para imponer conductas a las personas, tales como el pago de impuestos o la realización de servicios personales; 7) la distribución y límites de atribuciones entre las jurisdicciones nacional, provincial y municipal.

Es tan inconveniente incluir en una Constitución cuestiones que deben ser resueltas por la legislación común, como que los temas fundamentales mencionados en el párrafo anterior no estén minuciosa y claramente detallados en ella.

3.4. LA CONSTITUCIÓN Y LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Un asunto muy delicado es la previsión en la Constitución de facultades especiales para el gobierno, que le permitan incrementar su poder —ya sea restringiendo las garantías de los habitantes, ya sea extendiendo sus atribuciones— para enfrentar situaciones excepcionales tales como crisis institucionales, económicas, epidemias, guerras, sublevaciones, etc.

En tal sentido, hay quienes han sostenido que las Constituciones funcionan bien en tiempos de estabilidad, pero que en tiempos de crisis deben adecuarse a las medidas enérgicas que el gobierno necesita adoptar, y que normalmente no estarían permitidas como facultades constitucionales.

El profesor Sagüés explica cómo, siguiendo en realidad jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el máximo tribunal argentino ha hablado de una “doble lectura” de la Constitución. Así, el goce de los derechos no sería igual en momentos de normalidad que en momentos de emergencia. Poderes estatales de excepción ejercidos en períodos de estado de necesidad, podrían en cambio ser inconstitucionales durante tramos de normalidad.

Según la explicación dada por la doctrina y jurisprudencia, no se trataría de poderes distintos, sino de los mismos que siempre poseen el Congreso y el Presidente, pero ejercidos de modo pleno y a veces diverso que el practicado en circunstancias ordinarias: “acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios”⁴⁸.

Argumentos y justificaciones de esta clase, han generado dos tipos de consecuencias: 1) la tendencia a dictar leyes y decretos que, en aparente violación a cláusulas constitucionales, disponen coactivamente soluciones para situaciones de emergencia, donde se suelen otorgar ciertos poderes especiales al gobierno y suspender algunas garantías constitucionales; 2) la tendencia, complementaria de la anterior, a que los tribunales judiciales elaboren doctrinas de la “emergencia”, que justifiquen el avance de los poderes del Estado más allá de lo que la constitución autoriza.

⁴⁸ Sagüés, Néstor Pedro, “Conexiones entre la declaración del estado de emergencia económica en el derecho constitucional argentino y en el Pacto de San José de Costa Rica. Su control constitucional”, en María Angélica Gelli (Directora), *Emergencia Económica y Recurso Extraordinario*, La Ley, Buenos Aires, diciembre de 2003, p. 47. Con cita de Fallos: 238:76; 323:1566, cons. 7º.

3.4.1. Las leyes de emergencia

Es bueno recordar que la mayor parte de las crisis institucionales que se han producido en los países latinoamericanos en las últimas décadas, han sido ocasionadas en buena medida por la propia conducta previa de los gobiernos, que extralimitando las atribuciones constitucionales produjeron con determinadas directrices económicas severas crisis monetarias y financieras que desencadenaron en quiebres institucionales. También las luchas partidarias por acaparar poder político suelen ser fuente prolífica de crisis invocadas como justificativo para la intervención de los poderes públicos más allá de las atribuciones normales que la Constitución les confiere.

Por lo tanto, lo primero que podría decirse respecto de la necesidad de prever facultades extraordinarias para paliar las crisis, es que tales crisis suelen ser consecuencia del abuso del poder por el propio gobierno. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se manipula la moneda y el mercado cambiario, o se emplean recursos del Estado para construir e incrementar su poder político, etc. Todo lo cual, finalmente, desencadena en crisis institucionales, para combatir las cuáles invocan la necesidad de suspender derechos y garantías de los ciudadanos; ya sea violando derechos de propiedad para paliar desajustes económicos, o las libertades civiles y políticas cuando se trata de resolver conflictos políticos.

Muchos gobiernos latinoamericanos han abusado de estas cláusulas constitucionales y se han convertido en verdaderos gobiernos autoritarios, justificando su accionar en atribuciones especiales previstas para excepcionales situaciones de emergencia.

3.4.2. La convalidación jurisprudencial de la emergencia

En mucho han contribuido a la “doctrina de la emergencia”, los tribunales superiores que frecuentemente examinan las crisis —especialmente las económicas— como fotografías de un momento en el que tienen que tomar la decisión, sin advertir que el proceso social

es dinámico, y especialmente, que en general es el propio abandono de los principios rectores y normas constitucionales lo que produce las crisis que luego justifican la aplicación de soluciones de “emergencia”.

Por ejemplo, desde las primeras décadas del siglo XX, la Corte Suprema de Argentina ha justificado leyes que permitieron, entre otras cosas, disminuir y congelar alquileres pactados, prorrogar locaciones, establecer moratorias hipotecarias y reducir los intereses pactados en éstas, suspender la ejecución de sentencias y paralizar procesos judiciales de desalojo, fijar precios máximos, disminuir haberes jubilatorios ya acordados, recortar salarios, imponer contrataciones, incautar fondos depositados en bancos para devolverlos diez años después, etc.⁴⁹.

Es interesante advertir que todas estas decisiones, que se plantearon como excepciones a la normalidad constitucional necesarias para resolver situaciones de emergencia, con el tiempo fueron convirtiéndose a la emergencia en la normalidad.

Lo mismo ocurre con las crisis políticas. El golpe de Estado producido por el ejército en Argentina el 6 de septiembre de 1930, motivó una resolución de la Corte Suprema cuatro días después, por la cual el Tribunal sostuvo que, como no se podía discutir judicialmente el título o legitimidad del gobierno de facto, sus decisiones deberían ser admitidas en tanto no violaran las garantías establecidas por la Constitución.

A partir de ese momento, se sucedieron más de cincuenta años de alternancia entre gobiernos constitucionales y de facto. Nuevos golpes militares tuvieron lugar en 1943, 1955, 1966 y 1976, y aquella decisión de la Corte Suprema emitida para paliar la “emergencia” producida como consecuencia de la violación a preceptos constitucionales por parte de un gobierno de facto, se convirtió, durante ese

⁴⁹ Sagüés, Néstor Pedro, op. cit., p.47; Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del orden jurídico*, ps. 119 y ss.

medio siglo, en un mecanismo casi normal de sucesión de gobernantes.

En materia económica, la profunda crisis producida en Argentina en el año 1989, provocó la sanción del Decreto 36/90 del Poder Ejecutivo Nacional, por el cual se dispuso el canje obligatorio del dinero depositado en los bancos a plazo fijo, por Bonos Externos cancelables a los diez años.

Este decreto fue impugnado por dos órdenes de razones: primero, porque en todo caso una decisión de ese tipo debió ser producto de una ley del Congreso y no de un decreto del Presidente. En segundo lugar, porque claramente violaba el derecho de propiedad consagrado por la Constitución.

La Corte Suprema convalidó este decreto en 1991⁵⁰. Con respecto a la posibilidad de avasallar facultades del Congreso a través de decretos de “necesidad y urgencia”, ni siquiera todas las reservas que puso la Corte al hacerlo impidieron que, a partir de entonces, se produjera una avalancha de tales decretos, que se los incluyera en la reforma constitucional de 1994, y se convirtieran en la forma normal de gobernar en abierta oposición al principio republicano de división del poderes.

Con respecto al uso de dicho remedio en el caso concreto, la Corte profundizó peligrosamente la idea de que la emergencia económica obliga a interpretar la Constitución de tal modo que contemple las circunstancias impensadas por los constituyentes.

Entre las excusas invocadas para justificar esta clara violación de derechos, se sostuvo que si no se autorizaba al gobierno a establecer este tipo de medidas, las consecuencias futuras podrían ser mucho peores, al punto de convertir en ilusorio el ejercicio de los derechos. La idea subyacente fue que el “sacrificio” de los derechos en el presente, garantizaría el bienestar de todos en el futuro.

⁵⁰ “Peralta c/ Estado Nacional”, registrado en Fallos: 313:1513.

Sin embargo, diez años después de ese fallo se produjo una crisis económica de características incluso más graves que la de 1989, y la solución fue nuevamente la confiscación de los depósitos bancarios, el manejo arbitrario del tipo de cambio, la alteración de los contratos, la supresión de derechos adquiridos, etc.; y nuevamente la Corte Suprema, con argumentos similares, convalidó estas alteraciones a la Constitución⁵¹.

Resulta importante tener en cuenta de todas estas experiencias, es que se han justificado violaciones institucionales y a los derechos y garantías, sobre la base de considerar a las distintas situaciones de emergencia como algo inevitable, como algo “dado”, que ocurrió de alguna manera que no se pudo prever ni discutir, y que por lo tanto, es necesario paliar aún a expensas del orden constitucional.

Pero lo cierto es que a estas situaciones, generalmente, se ha llegado mediante la tolerancia de pequeñas violaciones constitucionales, de avances de los gobiernos por sobre los límites institucionales, que repetidos en el tiempo desencadenaron en tales situaciones insostenibles.

Curiosamente, los tribunales han resuelto que las situaciones “de emergencia” que se pretendía paliar no habían podido ser previstas por los constituyentes. Probablemente esto sea cierto, y está bien que así sea, pues no podían presumir que los derechos reconocidos y garantizados iban a ser desconocidos, que las autoridades abusarían de sus atribuciones, y en nombre de la “política económica” anularían el derecho de propiedad, la libertad contractual, manejarían antojadizamente la moneda y el tipo de cambio, etc.

Los constituyentes establecieron claramente que determinados límites no podían ser traspasados por la autoridad. Sin embargo, esos límites se violaron, se tomaron decisiones antojadizas, y cuando las tragedias finalmente tuvieron lugar, se pretendió que los constituyentes no hubiesen nunca podido preverlas.

⁵¹ “Bustos, A.R. y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo”, del 26 de octubre de 2004.

La respuesta lógica a este argumento pareciera ser que para evitar las crisis, en lugar de crear excepciones y otorgar poderes extraordinarios al gobierno, debió haberse garantizado la vigencia total de la Constitución, y evitar que las extralimitaciones de los gobernantes inexorablemente condujeran a las crisis.

Es cierto que pueden producirse determinados hechos que requieran una acción más firme del gobierno, o la atenuación parcial del ejercicio de algún derecho, y que esto generalmente ocurre con el propósito de garantizar el goce de esos mismos derechos del modo más rápido posible. Ocurre por ejemplo frente a una epidemia, desastre natural, alzamiento armado de un grupo faccioso, etc. Son circunstancias acotadas en el tiempo y el espacio.

Para enfrentar este tipo de problemas las constituciones normalmente prevén cláusulas que establecen instituciones tales como el estado de sitio. Pero las mismas constituciones fijan a estas medidas excepcionales límites muy severos y plazos perentorios, cuya violación convierte al gobierno en inconstitucional, y genera la responsabilidad política y judicial de las autoridades de facto, una vez que la situación se normalice.

Es que, como ha señalado el jurista Sebastián Soler, invocar la libertad de la Constitución para violar la Constitución es una pretensión ridícula de hacer revoluciones con seguro de vida⁵².

3.5. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

De lo dicho hasta aquí se desprende que la Constitución define un marco institucional, un conjunto de reglas de juego dentro de las cuáles se desarrolla la vida de las personas, se limitan los poderes del Estado, se organiza la protección de los derechos individuales y

⁵² Soler, Sebastián, *Ley, Historia y Libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 190.

se elaboran los mecanismos políticos para tomar aquellas decisiones colectivas que sean necesarias para alcanzar esos objetivos.

Por lo tanto, es necesario que la Constitución permanezca estable en el tiempo, perdure a las crisis de todo tipo que se puedan producir, a los cambios sociales, y fundamentalmente a los vaivenes políticos que normalmente generan incentivos para intentar obtener ventajas o permanecer en el ejercicio del poder a través de reformas a la Constitución.

Por este motivo es que en general, las Constituciones prevén procedimientos más o menos complicados y rigurosos para su propia reforma o sustitución. La idea es que no se modifiquen sus cláusulas por cuestiones coyunturales, por la conveniencia de un gobierno de turno, por una moda política pasajera, etc.

La doctrina constitucional ha clasificado a las Constituciones en rígidas y flexibles, de acuerdo con el procedimiento de su reforma. En realidad, puede decirse que en la actualidad el único caso de una constitución flexible —en la teoría, no en los hechos—, es el de Gran Bretaña. El caso británico es paradigmático y sólo explicable a través de su evolución histórica, pues no existe allí una constitución escrita y codificada, como en casi todo el resto del mundo, sino que lo que se entiende por Constitución Británica es un conjunto de reglas, usos, leyes comunes y declaraciones emitidas a lo largo de varios siglos de historia. En teoría estos principios podrían ser modificados en cualquier momento por el parlamento británico. En la práctica, esto es muy poco probable⁵³.

Pero fuera de este caso peculiar, en general las Constituciones escritas contienen cláusulas que exigen procedimientos especiales y hasta cierto punto engorrosos, para su propia reforma.

De este modo, se intenta evitar la situación lamentablemente frecuente en América Latina, de gobiernos que promueven reformas constitucionales para obtener beneficios particulares, por ejemplo,

⁵³ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, ps. 235 y ss.

para garantizar la posibilidad de reelección del presidente u otras ventajas coyunturales.

Una de las características propias de la Constitución, es que está por encima de cualquier otro poder, incluso, en determinadas condiciones, de la opinión de la mayoría. Los límites que la Constitución establece, por ejemplo, en cuanto a los requisitos para poder ocupar un cargo público, o ser reelecto en él, deben primar sobre la voluntad de la mayoría que estuviese dispuesta a reelegir a esa persona. Pues lo que está en juego es la viabilidad de un sistema político a lo largo del tiempo, los controles republicanos a los abusos del poder, por encima de la personalidad de un eventual candidato del momento.

Por eso, es necesario que esa voluntad popular se exprese de un modo muy particular, a través de determinadas mayorías especiales en el Congreso, para que se ponga en marcha el mecanismo de una reforma constitucional. Esto debería ser excepcional, y mientras no ocurra, las cláusulas constitucionales se oponen incluso a la intención de la mayoría de los ciudadanos.

Como un elemento más de control para evitar intentos de manipular la Constitución a través de su reforma, normalmente se incluyen cláusulas que impiden, a quienes ocupan cargos electivos al momento de la reforma, aprovechar las ventajas que dicha modificación les pudiese otorgar, por ejemplo, para ampliar su mandato o buscar una reelección que antes le estaba vedada.

3.6. CONCLUSIÓN DE ESTE PUNTO: ES NECESARIO TOMAR A LA CONSTITUCIÓN SERIAMENTE

El orden jurídico se integra por un conjunto de normas, algunas de ellas originadas espontáneamente a partir de ciertas costumbres o usos y conductas de las personas, otras veces diseñadas por órganos del gobierno.

De esas normas, algunas tienen alcance individual o limitado, como los contratos, los laudos arbitrales o las sentencias judiciales.

Otras son más genéricas, llegando a las leyes nacionales, aplicables a todos los habitantes del país.

Los errores, tanto en el contenido como en la aplicación de esas normas, tiene consecuencias diversas, de acuerdo con los alcances de cada una. Las normas individuales, en general tienen fuertes efectos sobre unas pocas personas, y casi nulos sobre el conjunto. Las generales, en cambio, afectan a todas las personas, con variación de intensidad.

Sin embargo, estas normas tienen mecanismos correctivos que, de cara al futuro, permiten su modificación y adaptación. En el campo de las normas individuales, la jurisprudencia de los tribunales por un lado, y la doctrina de los jurisconsultos por otro, tienden a corregir los errores de ciertos criterios judiciales o cláusulas contractuales.

La aplicación puntual de las normas generales por parte de los jueces, además, permite realizar evaluaciones respecto de su aptitud para alcanzar sus objetivos, y a través de las reformas legislativas o la interpretación judicial, es posible mejorar tal tipo de normas.

Las modificaciones tanto en las normas individuales como en las generales, se producen a través de procedimientos formales que normalmente se establecen en la Constitución. De modo que la Constitución es el andamiaje sobre el cual reposan todas las demás normas, formales e informales, individuales y generales, que integran el orden jurídico de un país.

Si es la propia Constitución la que contiene errores, o requiere adaptaciones, lo cierto es que no existe un procedimiento, más allá de la reforma de la propia Constitución, que permita realizar ese trabajo. Y entonces, si la Constitución se convierte en una ley más que puede ser periódicamente modificada cuando el gobierno lo considere necesario, todo lo que está debajo de ella, el conjunto de normas formales e informales, individuales y colectivas, se resentirá peligrosamente.

Modificar la Constitución no es lo mismo que modificar cualquier otra norma. Y si las Constituciones no son redactadas de un

modo que se garantice su perdurabilidad, todo el sistema jurídico y político estará sumido en una fuerte inestabilidad.

4.

LA SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN

“Los ciudadanos de Londres deberán tener todas sus antiguas libertades y costumbres libres, tanto por tierra como por agua. Además, decretamos y concedemos que todas las demás ciudades, burgos, villas y puertos, tengan todas sus libertades y costumbres libres”.

Artículo XIII de la Carta Magna, 1215.

El proceso constitucional tuvo su origen histórico en la lucha por el reconocimiento y conservación de ciertos derechos individuales frente al poder del Estado. Como he podido sostener en otra parte, la historia del mundo occidental está jalonada de documentos constitucionales y legales que fueron el producto de esta lucha, victorias parciales, batallas ganadas en defensa de los derechos del hombre⁵⁴.

Se puede tomar como punto de partida de estos documentos políticos a la *Carta Magna* de 1215; y desde allí, hasta finales del siglo XVIII, se produjeron una serie de documentos en Inglaterra: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), *Bill of Rights* (1689). Luego en los Estados Unidos la Declaración de Independencia (1776), las distintas constituciones y declaraciones de derechos producidas en cada uno de los nuevos estados de la Unión, la Constitución (1787), y las primeras diez enmiendas a esa

⁵⁴ Rojas, Ricardo Manuel, *Los Derechos Fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, p. 13.

Constitución (1791); y en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Este conjunto de documentos contiene los principios básicos de la protección de los derechos individuales, que han sido la base de proceso constitucional desarrollado durante el siglo siguiente⁵⁵.

Pero al mismo tiempo que las nuevas cartas constitucionales establecían ámbitos de libertad para los habitantes de determinada región, necesariamente desarrollaban el concepto de soberanía territorial. Tanto el poder político como sus límites, quedaban circunscritos a cierta área geográfica.

Durante los siglos XIX y XX fue notoria la tensión entre el fortalecimiento del concepto de soberanía —que produjo no pocas guerras—, y el desarrollo al interior de cada país de ciertos criterios constitucionales vinculados con la protección de los derechos del individuo.

4.1. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN

Como se dijo, la Constitución fija límites al poder del Estado, al organizar sus instituciones políticas y determinar sus atribuciones taxativamente. El poder de las instituciones no es originario, es derivado de la Constitución, y por lo tanto no puede ir más allá de lo que ella autoriza.

Este principio se vincula con la idea de que el principal objetivo de esta limitación es garantizar el goce y protección de los derechos individuales frente al Estado. Esos derechos justifican la existencia de la Constitución y las leyes. Por ello, en general todas las Constituciones contienen un catálogo de derechos y garantías de los individuos frente al gobierno, que establecen un límite infranqueable que debe ser garantizado por los jueces.

⁵⁵ Rojas, Ricardo Manuel, *op. cit.*, ps. 14 y ss.

Quizá una de las más interesantes discusiones que se produjeron respecto de la incorporación de una declaración de derechos en la Constitución, tuvo lugar en ocasión de discutirse la Constitución de los Estados Unidos.

En el enfrentamiento intelectual entre Federalistas y Antifederalistas, los primeros se oponían a incorporar una declaración de derechos en la Constitución, al entender que su sanción podría interpretarse en adelante como una limitación a los derechos naturales que la ley común, el *common law*, ya reconocía, o que podría reconocer en el futuro.

Entendían además que la Constitución había sido concebida para organizar un gobierno nuevo, al que le daba facultades restringidas y taxativas de las que no se podía apartar, y que la definición y protección de los derechos ya estaba suficientemente garantizada por su sistema legal⁵⁶.

En este sentido, cuestionaba Alexander Hamilton:

“...las declaraciones de derechos y privilegios en el sentido y latitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la constitución propuesta, sino que aún serían también peligrosas. Ellas contendrían varias excepciones de poderes no otorgados, y por este motivo facilitarían un pretexto aparente para reclamar más de lo que estuviese concedido. Porque ¿A qué objeto declarar que no podrá hacerse una cosa, que no hay facultad de hacerla? ¿Para qué, por ejemplo, se diría que la libertad de prensa no podrá restringirse, cuando ningún poder se ha otorgado por el que puedan imponérsele restricciones? No sostendré que semejante disposición conferiría un poder reglamentario; pero es evidente que proporcionaría a los hombres dispuestos a usurpaciones un pretexto plausible para ampararse en aquel poder...”⁵⁷.

⁵⁶ Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, p. 76.

⁵⁷ Hamilton, Alexander, *El Federalista*, n° LXXXIV, Establecimiento Tipográfico de La Pampa, Buenos Aires, 1887, p. 585.

Esta explicación era totalmente coherente con el sistema jurídico heredado de Inglaterra, donde el derecho era una elaboración judicial basada en los tratos individuales, la costumbre, y más tarde los precedentes judiciales, y no en decisiones políticas de asambleas legislativas.

En la postura opuesta, los anti-federalistas, encabezados por Thomas Jefferson, temían a las consecuencias que pudiera tener la concentración de poder en un gobierno federal, y que ninguna salvaguarda sería sobreabundante para evitar futuros excesos o abusos de poder.

Por lo tanto, consideraban indispensable establecer una serie de garantías y declarar la existencia de ciertos derechos que los ciudadanos pudieran invocar, fundamentalmente, frente al propio gobierno. Esto último es muy importante tenerlo en cuenta y vale la pena repetirlo: esos derechos y garantías incorporados a la Constitución, eran fundamentalmente derechos de los ciudadanos para defenderse de los posibles abusos del gobierno. No se trataba ni de la regulación de los derechos para ser gozados entre los ciudadanos, ni la sanción de beneficios positivos que los gobernantes debieran garantizar a los gobernados.

Si bien las posiciones a favor y en contra de una declaración de derechos parecen tajantes, lo cierto es que en la práctica había algunos puntos fuertes de conexión entre ambas. Es que en Inglaterra, el *common law* había ido hilvanando a lo largo de los siglos, aquellas salvaguardias legales que protegían a los individuos de los abusos del poder del gobierno. Como señala Corwin, declarada la independencia de Inglaterra, los autores de la Constitución norteamericana lograron “captar” las normas del derecho natural y las formularon en el texto constitucional⁵⁸.

En ese contexto, la Declaración de Derechos fue incorporada a la Constitución norteamericana en forma de las primeras diez en-

⁵⁸ Corwin, Edward S., “The Higher Law Background of American Constitutional Law”, 42 *Harvard Law Review* 149 (1928).

miendas, aprobadas el 15 de diciembre de 1791. De este modo se estableció un catálogo de importantes garantías, tales como la libertad religiosa, de palabra, de prensa, de reunión y de petición (Enmienda 1ª); el derecho de los ciudadanos de tener y portar armas para protegerse del propio gobierno (Enmienda 2ª); la seguridad personal, del hogar, papeles y efectos personales; contra todo registro, cateo o embargo irrazonable o arbitrario (Enmienda 4ª); las garantías del imputado en causa penal (Enmiendas 5ª y 6ª), y las garantías contra fianzas excesivas, multas desmedidas o castigos crueles y desusados (Enmienda 8ª).

Para responder a la objeción federalista respecto de la necesidad de proteger otros derechos no incluidos en esas enmiendas, la novena dispuso que:

“La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos, no podrá alegarse para negar o desvirtuar otros, retenidos por el pueblo”.

Ahora bien, las diferencias entre federalistas y antifederalistas en este punto parecen disminuir, si se tiene en cuenta que las garantías contenidas en esa declaración de derechos, se referían a la protección de los individuos frente al Estado. No se enunciaban derechos positivos a ser ejercidos directamente por las personas, sino más bien garantías de protección a esas personas, a través de prohibiciones o limitaciones, para que sus derechos no fuesen avasallados por el poder estatal.

Esa declaración de derechos contenida en las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, heredera de la tradición judicial y política inglesa que fue reseñada al comienzo de este capítulo, fue el modelo básico a seguir por las constituciones elaboradas en América Latina durante el siglo XIX.

Sin embargo, la influencia de la tradición legal continental europea, llevó a incluir en las constituciones latinoamericanas, junto con las garantías de protección frente al Estado, otros derechos individuales que en el modelo anglosajón estaban protegidos por el *com-*

mon law con independencia del poder político: por caso, el derecho de propiedad o las libertades de trabajar, de asociarse y contratar.

Estos derechos y libertades, entonces, pasaron a ser gracias concedidas por el constituyente a los habitantes, y por lo tanto podrían ser en el futuro restringidos o incluso eliminados; algo totalmente inconcebible en la tradición constitucional anglosajona.

4.2. EL RESPETO AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El advenimiento del siglo XX y la mayor difusión de la información en el mundo, puso en evidencia dos hechos importantes. Primero, que en muchas ocasiones era el propio Estado el primer y más importante violador de los derechos del hombre, como había demostrado la experiencia de los regímenes totalitarios surgidos entre las dos guerras mundiales. Y segundo, que existía una relación innegable entre el respeto a los derechos individuales dentro de los estados y el mantenimiento de la paz en la comunidad internacional. Las circunstancias que desencadenaron la segunda guerra mundial son también harto elocuentes al respecto⁵⁹.

En suma, finalizada la confrontación en 1945, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y de ahí que su respeto sea una aspiración primordial del derecho internacional contemporáneo, hasta el punto de que hoy se entiende que las normas internacionales sobre protección de los derechos fundamentales de las personas forma parte del *ius cogens* internacional⁶⁰.

Es así como el fin de la segunda guerra mundial dio paso a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya Carta del

⁵⁹ Rojas, Ricardo Manuel, *Los Derechos Fundamentales y el orden jurídico e institucional del Cuba*, ps. 25-26.

⁶⁰ Escobar de la Serna, Luis, *Derecho de la información*, Dykson, Madrid, 1998, ps. 111-112.

26 de junio de 1945 menciona, entre sus propósitos, el de “...realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” (artículo 1º, inciso 3ª). Entre los fines de la cooperación está el de promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de los derechos y libertades” (artículo 55, inc. c).

A partir de entonces se sancionaron, tanto en el ámbito mundial como en el de las distintas regiones del planeta, cartas, declaraciones, convenciones y tratados, que afianzan día a día el cuerpo sólido y coherente del derecho internacional de los derechos humanos.

La idea subyacente es que en un mundo globalizado y cada vez más interconectado, existen ciertos derechos básicos de la persona que no pueden ser desconocidos, ni siquiera porque así lo establezcan las legislaciones internas. Por ser universales, inalienables, inherentes a la persona humana y oponibles *erga omnes*, se ha entendido que la vigencia de estos derechos básicos debe ser reconocida entonces, aún por encima de la legislación interna de cada país.

Por supuesto que esta idea no es novedosa, pues ya estaba arraigada en ciertos principios del derecho internacional público. Antes de la proliferación de los tratados bilaterales y multilaterales, se hizo frecuente que resoluciones judiciales internas, al resolver cuestiones de derecho internacional, hicieran referencia a las “prácticas de las naciones civilizadas”, que en cierto modo significaba el conjunto de principios respetados en aquellos países organizados en nombre de la protección de los derechos individuales. El *ius gentium* de los romanos, desarrollado para tratar con otras civilizaciones y culturas, se basaba en ese principio.

La doctrina internacional desarrolló, entre los principios característicos del derecho internacional público, al de “humanidad”, orientado no ya a la relación entre los Estados, sino a la protección de los individuos, aún frente a las acciones de los propios Estados. Posiblemente fue el Congreso de Viena de 1815 la primera norma

jurídico-internacional en recoger este principio, al prohibir la trata de esclavos⁶¹.

Pero la mayor integración mundial producida en el último siglo marcó una tendencia que parece definitiva, en el sentido de que, por encima de lo que cada Estado legisle en ejercicio de su soberanía nacional, ciertas garantías, ciertos derechos individuales, deben ser siempre respetados.

El derecho constitucional ha receptado esta idea, al incorporar a las Constituciones cláusulas que disponen el sometimiento del poder estatal al respeto a las garantías contenidas en ciertos tratados o convenciones de derechos humanos. Casi todas las constituciones de América Latina se han venido plegando, en las últimas décadas, a esta tendencia mundial⁶².

Como una contraposición a este movimiento, la actitud del régimen autoritario comunista de Cuba, ha sido precisamente la contraria a las costumbres jurídicas del mundo civilizado. Así, el artículo 62 de la Constitución de 1976 retocada en 1992, sostiene:

“Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de constituir el socialismo y el comunismo. La infracción a este principio es punible”.

Sobre este punto me he explayado en un trabajo anterior, al que remito al lector⁶³. Sólo quiero recordar que sobre la base de esta cláusula, el ejercicio de cualquier garantía constitucional o derecho individual mencionado en la Constitución, queda automáticamente supeditado a la voluntad del gobierno; y por eso es que los abusos

⁶¹ Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976, ps. 116-117.

⁶² Ver Rojas, Ricardo Manuel, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, ps. 27 y ss.

⁶³ Rojas, Ricardo Manuel, *Los derechos fundamentales...*, ps. 56 y ss.

más grandes a los derechos humanos, en los países que siguen ese criterio, fueron justificados en nombre de la Constitución.

4.3. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU INTERPRETACIÓN EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A principios del siglo XX, especialmente a partir de las constituciones de México de 1917 y Alemania de 1919, se desarrolló el llamado “constitucionalismo social”, destinado a incluir, entre las garantías y previsiones constitucionales, la satisfacción de ciertos requerimientos de la vida humana, tales como salud, educación, vivienda, la protección de las minorías, el desarrollo de expresiones culturales, etc.

A nivel internacional, el primer documento importante que recoge la protección de estos derechos, llamados de “segunda generación”, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Al momento de examinar la compatibilidad o incompatibilidad de los derechos de primera y segunda generación, y la posibilidad de incorporar a estos últimos dentro de la Constitución, es necesario tener en cuenta algunas premisas que, más allá de buenas intenciones o argumentos voluntaristas, permiten confrontar la teoría con la realidad:

1. En primer lugar, conviene recordar un presupuesto de la teoría económica. La existencia de un gobierno de cualquier tipo, que tenga el poder de cobrar impuestos, generará una redistribución compulsiva que de alguna manera alterará los derechos individuales a la libertad y la propiedad.

Cada persona que paga sus impuestos, en teoría recibe algún servicio del gobierno, pero ese servicio, al ser general, podrá ser más provechoso para algunos y totalmente improductivo para otros. Por ejemplo, muchas constituciones, incluyendo las cubanas de 1901 y 1940 consagran la gratuidad de la administración de justicia. La

teoría económica muestra que en realidad nada es gratis, de modo que el sistema judicial es pagado por las personas a través de sus impuestos.

Ello llevaría, por un lado, a que mucha gente que no requiere del servicio de justicia lo esté pagando, que otros que recurren a él frecuentemente, se vean financiados por los demás, que quienes originan la necesidad del servicio por su conducta criminal o perjudicial para derechos de terceros transfieran esos costos en parte a las propias víctimas, que la gratuidad del servicio fomente la litigiosidad, incrementando los costos para los contribuyentes, etc.

Todo ello nos lleva a examinar el problema de los bienes públicos. La existencia de bienes o servicios pertenecientes al dominio público o colectivo, genera lo que Garrett Hardin denominó “la tragedia de los comunes”⁶⁴.

Estos bienes librados al dominio público, generan una serie de consecuencias desde el punto de vista del análisis económico: 1) Nadie puede ser excluido de su goce, de modo que existe una tendencia al sobre-uso o sobre-explotación, alimentado especialmente por el temor de que el recurso se acabe y no alcance para todos; 2) las personas tenderán a obtener la mayor porción del bien sin pagar por ello, pretendiendo trasladarle los costos al resto, convirtiéndose en *free-riders* (aprovechadores); 3) esto tiende a desplazar los costos de mantenimiento del bien o servicio hacia otras personas, incluso hacia quienes nunca lo usaron ni piensan usarlo.

Para paliar estos problemas se suelen sancionar leyes que intentan reglamentar el uso y suministro del bien o servicio. Ello divide automáticamente a las personas entre los que pagan por la provisión del bien y los que disfrutan de su uso, en diferentes proporciones. Es más, la sanción de la ley generará un reacomodamiento inmediato de las personas, que intentarán colocarse en el grupo de los que disfrutan del bien sin pagar por él.

⁶⁴ Hardin, Garret, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162 (1968).

La circunstancia de que nada es gratis, que no es el gobierno sino los contribuyentes los que pagan por el mantenimiento de los bienes públicos, y de que su escasez impide que sean aprovechados por todos de igual manera, torna inconsistente la pretensión de igualdad que se invoca como justificación para la intervención del gobierno en estos asuntos.

Ciertamente existen servicios del gobierno que son difíciles de individualizar, porque en teoría los destinatarios son todos los habitantes sin distinción. Por ejemplo, la defensa, la seguridad, los gastos de mantenimiento de los oficiales públicos, las relaciones exteriores, la justicia. Pero aún en el caso del servicio de justicia, por ejemplo, estos problemas podrían atemperarse a través de las tasas que deberían pagar los litigantes, y en última instancia, aquel que resulte vencido en un juicio. En lugar de ser pagados por los impuestos generales, buena parte de los gastos de justicia podrían solventarse con tasas pagadas por quienes generaron los costos: quienes no cumplen contratos, provocan daños a terceros, cometen crímenes, etc.

El problema de los bienes públicos se profundiza cuando se pretende extender las funciones del gobierno hacia la garantía de ciertos beneficios para los habitantes concebidos en forma positiva, tales como salud, educación, vivienda, cultura, etc. Independientemente de las consideraciones éticas que se pudieran involucrar en la discusión del tema, lo cierto es que el incremento de la actividad redistributiva tiene efectos directos sobre el comportamiento de las personas, que conspiran contra la posibilidad de que realmente el gobierno pueda alcanzar los fines buscados.

La llamada *curva de Laffer*, elaborada por el economista norteamericano Arthur Laffer, explica que existe un punto óptimo en la recaudación impositiva, más allá del cual las personas perderán los incentivos en continuar contribuyendo, debido a la presión tributaria, y se llegará a la paradoja de que cuanto más alta es la alícuota del impuesto, menor es la recaudación impositiva del gobierno.

Es que el aumento en la presión tributaria genera incentivos para dejar de pagar impuestos. Esto puede ocurrir de distintas ma-

neras: porque las personas restrinjan las actividades gravadas (sea el consumo, la producción, etc.), porque se aliente la evasión impositiva, el fraude fiscal o la corrupción, o que directamente las personas decidan dejar de producir y consumir en el país, y trasladar sus bienes de capital a otros países donde la presión tributaria sea inferior.

Entonces, cuando los gobernantes calculan la ayuda social que harán con dinero de los impuestos, muchas veces no tienen en cuenta que si incrementan el porcentaje de impuestos para hacer frente a esos gastos, la recaudación final disminuirá por las razones mencionadas.

Por lo tanto, la técnica económico-impositiva indicará que lo primero que el gobierno debería hacer es establecer una alícuota óptima, es decir, aquella que permite la recaudación más eficiente —partiendo del postulado de que todo impuesto constituye una redistribución forzosa no deseada por el contribuyente—, y luego calcular, a partir de esa recaudación, cuánto se requiere para los gastos del gobierno.

En tal caso, si el dinero no alcanza, se produce un problema complejo, pues la Constitución y las leyes prometerán determinados servicios y derechos positivos que el Estado debería garantizar a los ciudadanos, pero el dinero no alcanzará para pagarlos. Se estaría entonces prometiendo derechos imposibles de ser garantizados; y como consecuencia de ello, la Constitución pasaría a ser letra muerta, un texto de fantasía.

Es bueno recordar que las declaraciones de derechos surgieron como catálogos de garantías frente a un eventual abuso de poder del Estado, no para tratar de asegurar positivamente ciertos beneficios para las personas. Aquellos primeros derechos negativos (no condenar a nadie sin juicio ni prueba suficiente, no impedir la libre expresión de las ideas, no tomar la propiedad de una persona si no se dan las causales y se siguen los procedimientos de la expropiación, no ingresar a una vivienda sin orden judicial fundada, etc.), podrían ser garantizados con los impuestos normales.

Pero si la idea es otorgar derechos positivos (salud, educación, vivienda, cultura, etc.), que el Estado deba garantizar, a todos por igual, entonces es muy probable que los recursos no alcancen; y que la Constitución no pase de ser un mero conjunto de expresiones de deseos⁶⁵.

2. Como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, la única forma de entender estos derechos sociales, es que el Estado debe promover ciertas condiciones mínimas, en la medida en que sea posible y con los recursos con los que se cuente; pero no garantizar algo que, en última instancia, depende de la cantidad de recursos que la comunidad en su conjunto aporte a través de los impuestos.

Es un principio de interpretación que las cláusulas de la Constitución se complementan unas con otras, y no pueden ser contradictorias entre sí. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha dicho que la Constitución no debe ser entendida sino como un todo o estructura coherente⁶⁶; por lo que debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás⁶⁷ y que en todo caso deben ser interpretadas de un modo tal que se garantice la vigencia de todas ellas.

En tal sentido, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), al sancionar los derechos económicos, sociales y culturales, promueve la acción de los gobiernos en pos de un desarrollo progresivo de estos derechos, *en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados* (artículo 26); lo que es razonable por todo lo dicho en los párrafos anteriores.

⁶⁵ La Corte Suprema Argentina ha resuelto que no puede presumirse que el legislador sancione cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto (Fallos: 311:40); y ello es más aplicable aún a los constituyentes.

⁶⁶ Fallos: 315:71; 320:74.

⁶⁷ Fallos: 17:121; 190:571; 194:371; 240:331; 296:432; 305:1847; 310:2733.

Una interpretación distinta, rápidamente pondría en pugna el derecho de propiedad y la libertad, garantizados por la Constitución, con el goce de determinadas prerrogativas que sólo podrían ofrecerse positivamente sobre la base de alterar la propiedad y la libertad de algunos en beneficio de otros.

3. En todo caso, podría decirse que la enunciación de estos derechos no sanciona resultados, sino intenciones, que los gobiernos, hasta cierto punto, pueden promover indirectamente.

Parece un fin loable buscar los mecanismos para que el gobierno contribuya, dentro de lo posible, a que las personas puedan alcanzar satisfactorios niveles de salud, educación, trabajo, etc. Las legislaciones internas, entonces, deberían contribuir a establecer las condiciones propicias para que ello pueda conseguirse.

Pero pretender de allí que las personas tienen un derecho positivo a exigir vivienda, salud, educación, es algo reñido con la realidad. Las viviendas, hospitales, escuelas, no crecen solos, no se materializan como consecuencia de un acto del gobierno, requieren recursos que nadie más que personas particulares pueden aportar, en forma voluntaria o compulsiva. Una Constitución o una ley no pueden torcer este hecho.

Por ello, más allá de que en ciertos casos los gobiernos utilicen parte de los recursos extraídos compulsivamente a los particulares para contribuir directamente con estas aspiraciones, su tarea fundamental debería consistir en crear las condiciones legales e institucionales aptas para que los propios particulares puedan desarrollarse con integridad.

Puede advertirse un paralelo entre esta argumentación y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en cuanto invoca el “derecho a la búsqueda de la felicidad” como un derecho fundamental del hombre. Esta expresión significa que debe dejarse libres a las personas para que persigan sus propias metas por aquellos medios que consideren más propicios, y es tarea del gobierno crear las condiciones para que esto pueda suceder. Pero no significa que

exista un derecho humano a ser felices, que el gobierno deba efectivamente garantizar.

En consecuencia, puede decirse que la satisfacción de ciertos requerimientos humanos tales como vivienda, salud, educación, deben ser alentados, facilitados, propiciados por la acción indirecta del gobierno. Esto supone dejar abiertas todas las alternativas posibles para lograr estos fines, y fundamentalmente, hacerlo de un modo que no suponga violar los derechos de unos para satisfacer los de otros.

Ello podría hacerse, por ejemplo, eximiendo de impuestos a las actividades vinculadas con la educación, la salud, la construcción de viviendas. También disminuyendo las cargas administrativas y burocráticas vinculadas con dichas actividades. Ello incentivaría la inversión de capitales destinados a esos rubros, y seguramente sería más eficiente que la creación de entidades estatales que pretendan, con el dinero de los contribuyentes, sustituir a los particulares en la producción de estos bienes y servicios; y que a la postre terminan consumiendo esos recursos en burocracia, ineficiencia, corrupción y clientelismo político.

4. Es bueno no olvidar además, que estos derechos pertenecen a las personas, y no son formas de otorgar prerrogativas monopólicas a los estados.

La expresión “derecho sociales” resulta confusa, pues todos los derechos remiten a potestades que tienen determinadas personas; aún las acciones que se deducen en forma colectiva por un grupo, son la representación de múltiples derechos individuales ejercidos en forma conjunta.

En esencia, toda persona tiene derecho a expresar sus ideas libremente sin censura previa, del mismo modo que tiene derecho a buscar la forma de educarse mejor o curar sus enfermedades. La gran diferencia que introdujo el concepto de “derechos sociales” o “derechos colectivos”, fue que en el primer caso, se trata de una libertad negativa, las personas sólo necesitan que otros no les impidan expre-

sarse libremente, para que el derecho esté garantizado; mientras que en el caso de la educación y la salud, ya no se trata de que se dé libertad a las personas para que busquen las mejores formas de educarse o curarse, sino que se pretende que, positivamente, puedan exigir la intervención del gobierno para que les provea educación y salud.

Pero yendo un poco más allá por este camino, ciertas legislaciones o constituciones no sólo establecen que el Estado debe positivamente emplear fondos recaudados compulsivamente para proveer estos bienes y servicios, sino que además imponen su provisión estatal exclusiva y monopólica. Tal es el caso del régimen comunista cubano.

Ello supone un contrasentido y un peligro por cuatro motivos fundamentales:

a) Porque, como todo monopolio, cierra las puertas a la actividad de las personas para lograr esos objetivos por medios particulares. Es contradictorio pretender una mejor y mayor educación o salud, monopolizando esta actividad en manos de los funcionarios del gobierno.

b) Cuando el Estado monopoliza una actividad y pretende prestar un servicio en forma directa, sólo puede hacerlo por medios compulsivos. Serán los impuestos u otros medios de extraer dinero a los ciudadanos los que se utilicen para satisfacer estos fines.

Como se dijo antes, esta redistribución compulsiva en algún punto lesiona los derechos de primera generación, la propiedad, la libertad personal, la libertad de ejercer industria o comercio, el derecho de asociarse con fines lícitos. Además, como enseña la historia con claridad, los intentos gubernamentales tendientes a proveer bienes o servicios a las personas a través de sus propias agencias y gestión, normalmente acaban en un despilfarro de dinero en burocracia, ineficiencia y corrupción, sin alcanzar sus objetivos.

Por el contrario, cuando son los particulares quienes realizan estas actividades en un proceso competitivo, deben recurrir a medios persuasivos y no compulsivos pues —a menos que actúen como concesionarios monopólicos del Estado— no tienen facultad para

imponer acuerdos o quitar dinero por la fuerza a los demás. El alieno a formas privadas de prestar servicios de educación, salud, etc., recurriendo a la iniciativa privada, a la formación voluntaria de cooperativas, mutuales y otras formas de asociación, constituye un mecanismo más apto para compatibilizar los derechos fundamentales, siguiendo el principio *pro homine* en la interpretación de sus cláusulas, tal como lo aconseja el derecho internacional de los derechos humanos.

c) La intervención estatal —sea monopólica o no— distorsiona a los mercados vinculados con áreas esenciales, desalienta inversiones, y finalmente reduce el ámbito en que cuestiones tales como vivienda, salud o educación deberían desarrollarse.

Por eso, no resulta extraño que los gobiernos invoquen la falta de interés particular, para asumir estas tareas. No es falta de interés, en general, sino la imposibilidad de competir con quien ofrece un servicio pretendidamente gratuito (aunque pagado con creces con el aporte de los contribuyentes).

d) Finalmente, y como lo demuestra con crudeza el gobierno comunista de Cuba, la invocación de los derechos sociales para establecer monopolios estatales, generalmente es una de las formas que los regímenes autoritarios encuentran para extender su control sobre la comunidad e impedir el crecimiento de los individuos⁶⁸.

Las inversiones invocadas en materia de educación, salud o vivienda, en un régimen autoritario que monopoliza estas actividades, en realidad no deberían verse como logros, sino como actividades expropiadas por el gobierno, de las cuáles los habitantes son desplazados compulsivamente. Y generalmente la realidad muestra que todos los intentos de este tipo, no sólo han sido insuficientes, sino claramente ineficientes en la inversión de los recursos. Recursos que,

⁶⁸ Rojas, Ricardo Manuel, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, p. 44. En el libro se pueden ver con algún detalle los casos de la educación y el trabajo, invocados como derechos sociales, y empleados como herramientas de control de la población.

es bueno recordarlo, no pertenecen a los gobernantes sino que son previamente quitados a los particulares por un mecanismo compulsivo.

Frecuentemente, las viviendas, alimentos, servicios varios, terminan convirtiéndose en moneda de cambio de los privilegios y favores políticos. La Nomenklatura surgida en todos los países que han pasado por el comunismo (incluyendo a Cuba), nos da un buen ejemplo de esto.

Por lo tanto, es necesario ser cuidadosos cuando se intenta integrar estos llamados “derechos sociales” en la Constitución. Los otros derechos, los “derechos civiles”, implican en general una conducta negativa del gobierno y no positiva; sólo es positiva en tanto debe proteger a las personas del ataque por parte de otras personas. Esta tarea no exige al gobierno una erogación más allá de la normal para cubrir sus gastos operativos.

Por otra parte, si se concibe a los “derechos sociales” como un imperativo a ser satisfecho por el gobierno, se transforman en una ilusión generalmente irrealizable por falta de medios económicos. Y más aún, los intentos de los gobiernos por seguir transitando estos caminos, normalmente acaban en una peor asignación de recursos que aleja cada vez más a las personas del disfrute de servicios tan básicos como educación, salud o el acceso a la vivienda. Porque algo que normalmente no se tiene en cuenta es que, además del despilfarro gubernamental en burocracia, ineficiencia y corrupción, todo ese dinero quitado compulsivamente a los habitantes del país, los priva de buscar por sus propios medios, el bienestar que el gobierno promete y no puede proveer.

Por lo tanto, será una tarea esencial de los constituyentes, establecer la interpretación de estas funciones del Estado y sus limitaciones, para garantizar que la Constitución tenga una vigencia efectiva y real, y no se convierta en un mero conjunto de expresiones de deseos.

4.4. EL CONCEPTO DE “DERECHO” EN LA CONSTITUCIÓN

De lo dicho en los puntos anteriores se desprende la necesidad de determinar cómo se organiza la protección de los derechos en la Constitución, y cuál es su alcance.

Como vimos antes, en la tradición anglosajona en la que se desarrolló el constitucionalismo, esa tarea venía siendo realizada con bastante eficiencia por el *common law*, derecho judicial y consuetudinario. Por eso muchos revolucionarios tenían recelos respecto de que aquellos derechos dependieran ahora de un puñado de principios escritos en una carta constitucional.

El *common law* inglés fue una base ideológica fundamental del movimiento revolucionario norteamericano, y esto puede advertirse, por ejemplo, en el artículo 5º de la Declaración de Derechos del Congreso Continental de 1774:

*“Que las respectivas colonias tienen derecho al common law de Inglaterra y, más especialmente, al grande e inestimable privilegio de ser juzgados por sus iguales en la vecindad, de acuerdo con el procedimiento de esa ley”*⁶⁹.

Por ello, los derechos contenidos en las primeras diez enmiendas a la Constitución que fueron sancionados en 1791, constituían fundamentalmente garantías de protección frente al gobierno, más que derechos para ser invocados ante los demás habitantes, pues para esto último, contaban con el sistema judicial.

En los países de la Europa continental la cuestión era distinta. No sólo primaba el derecho escrito impuesto por un órgano político, sino que primordialmente había una tendencia a identificar el “derecho” con esa actividad legislativa, y los derechos individuales,

⁶⁹ Una cláusula similar contiene la Declaración de Derechos de Maryland, del 14 de agosto de 1776 (sec. 3). Ver Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, p. 75.

en consecuencia, sólo se extendían en la medida establecida por la legislación.

En este contexto, en un intento por independizar los derechos de las decisiones tomadas por asambleas políticas, y siguiendo la tradición social que nutrió a los autores morales escoceses, Savigny definió en el siglo XIX las relaciones de derecho a partir de la siguiente premisa:

“Para que los hombres libres...puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca en el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuáles el desenvolvimiento paralelo de los individuos, encuentre seguridad e independencia; ahora bien, la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama derecho...”⁷⁰.

Savigny era heredero de la visión evolutiva y espontánea de la sociedad que desarrollaron autores como Adam Smith, Adam Ferguson y David Hume, basada en el reconocimiento de las características propias de la persona, y explicaba, tras la cita mencionada en el párrafo anterior, que “la realidad y la necesidad del derecho es una consecuencia de la limitación humana, la cual no es accidental o histórica, sino inseparable de su condición en la tierra”⁷¹.

Por eso, el jurista alemán contraponía su noción de derecho con la de otros autores que partían de un concepto restrictivo, nacido en la injusticia que podrían provocar las personas al actuar, y por lo tanto, lo entendían como limitación o prohibición de determinadas conductas. La noción de Savigny, por el contrario, era amplia, en el sentido de considerar al derecho como la sanción y reconocimiento de la esfera de libertad de una persona, que debía ser protegida por la ley. La ley de la libertad era, para Savigny: “la regla en cuya virtud

⁷⁰ Savigny, M. F. C. de, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, Tomo 1, p. 223.

⁷¹ Ibidem.

se fija la frontera invisible dentro de la cual el ser y actividad de cada individuo tiene una segura y libre esfera”⁷².

Esta distinción que puede hacerse entre la concepción de Savigny de derecho como la protección de la esfera de libertad individual, y aquella otra visión del derecho como la intervención para evitar los abusos de esa libertad, a pesar de que *a priori* puede parecer tan sólo semántica, ha sido la base filosófica de ciertos criterios constitucionales y legislativos que han terminado restringiendo, y aún eliminando, la libertad individual en forma arbitraria.

Conceptos tales como la reglamentación de los derechos o el abuso del derecho, se elaboraron sobre la base de una noción de derecho entendida como la restricción necesaria a una libertad naturalmente ilimitada, más que como la sanción positiva de la esfera de libertad del hombre, que no es permitido traspasar a otros hombres o al propio gobierno.

Esta visión de Savigny es compatible con la desarrollada más moderadamente por Bruno Leoni, también heredero de la tradición evolucionista escocesa a través de su influencia en la Escuela Austríaca de Economía y fundamentalmente en el pensamiento de Friedrich A. von Hayek.

Leoni basó su concepción del derecho en la “reclamación” o “*pretensa*” individual. En la interacción entre los hombres, nacen reclamos producidos por el incumplimiento contractual, la provocación de daños y perjuicios, etc. Estos reclamos son los que dan sustento al orden jurídico, que se convierte así en el modo de canalizar y resolver los conflictos entre individuos y establecer un orden jurídico⁷³.

Por lo tanto, resulta fundamental el modo en que la Constitución organice las instituciones destinadas a establecer ese orden jurídico y

⁷² Savigny, M. F. C. de, op. cit.. El párrafo es citado por Friedrich A. von Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, p. 197.

⁷³ Leoni, Bruno, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Unión Editorial, Madrid, 2008.

el ejercicio de los derechos y reclamos individuales. A este tema me referiré a continuación.

4.5. ¿QUÉ SIGNIFICA REGLAMENTAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS?

Uno de los peligros en la redacción, y sobre todo, en la posterior interpretación de la Constitución, es el de concebir a la actividad legislativa del gobierno como una manera de limitar la libertad individual, al ejercer la función de reglamentar su ejercicio.

Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución argentina de 1853-60, apartándose de la tradición anglosajona e intentando adecuarse al derecho continental europeo, comienza diciendo:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”

A partir de allí enumera una serie de derechos que incluyen los de: trabajar y ejercer toda industria lícita, navegar y comerciar, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles, enseñar y aprender, etc. Se advierte, en primer lugar, que la inclusión de estos derechos se aparta de lo que dijimos al examinar las primeras diez enmiendas de la Constitución norteamericana: no se trata de garantías a ser invocadas como frenos al poder del gobierno, sino de derechos individuales cuyo ejercicio en sociedad debe ser reglamentado a través de leyes generales. En la tradición anglosajona, la definición y protección de esos derechos individuales se vinculaba, en cambio, con el desarrollo evolutivo y espontáneo de su derecho, el *common law*, que no estaba supeditado al poder político, sino que se elaboraba independientemente y por encima de él a través, fundamentalmente, de las decisiones de los jueces.

Ello no obstante, la propia constitución argentina establecía una cláusula aclaratoria para limitar el alcance de la legislación, al disponer en su artículo 28 que:

“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Sin embargo, ya desde los primeros tiempos los jueces confundieron la idea de reglamentar el ejercicio de los derechos con reglamentar el alcance y contenido de los derechos, e invocaron la cláusula inicial del artículo 14 para restringir las libertades individuales. Así, en 1866 la Corte Suprema argentina confirmó una sentencia por la que se convalidaba una disposición que impedía el establecimiento de carnicerías en un radio de seis cuadras alrededor de un mercado. En 1869 convalidó una ley que prohibía la instalación de una plaza de toros en Buenos Aires. En ambos casos, se invocó por los peticionantes el derecho a ejercer toda industria lícita consagrado en la Constitución, y la respuesta fue que esos derechos no son absolutos, sino que deben ser reglamentados por la ley⁷⁴.

A partir de entonces esta doctrina fue creciendo a tal punto que hoy en día casi cualquier ley o acto del gobierno que altere derechos individuales es convalidado con el mismo argumento.

Esto nos lleva a preguntarnos cuál debería ser el ámbito de acción de las instituciones del gobierno vinculadas con el ejercicio de los derechos. ¿Es posible reglamentar los derechos? ¿Se puede abusar de ellos? ¿Qué significa reglamentar su ejercicio?.

Se puede intentar una respuesta a estas preguntas a partir de un ejemplo. Examinemos los derechos a usar y disponer de la propiedad y a comerciar libremente. En ejercicio de estos derechos, una persona celebra un contrato con otra, y esta última no cumple con lo pactado. Por más que la Constitución consagre los derechos mencionados, en la medida en que no existan instituciones tales como jueces que resuelvan controversias siguiendo procedimientos objetivos, o policías que protejan derechos y hagan cumplir las sentencias;

⁷⁴ Fallos: 3:468; 7:150; 11:5. Ver Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional...*, ps. 266 y ss.

si la única forma de hacer cumplir el contrato es el uso personal de la fuerza, el concreto ejercicio de los derechos se tornaría inviable, o al menos estaría supeditado a que quien tiene derecho, además tenga la fuerza. Esto es algo que la teoría política liberal, de Locke para aquí, trató de evitar.

Dentro de este contexto, reglamentar el ejercicio de los derechos, significa establecer *aquellas normas necesarias para que cada derecho pueda ser ejercido en plenitud*. En el ejemplo examinado, ello podría suceder a través de la creación de tribunales donde se pueda reclamar el cumplimiento del contrato; sancionando leyes de procedimientos que permitan una discusión donde se garantice la defensa en juicio, el debido proceso y la igualdad de armas; creando los mecanismos que permitan hacer cumplir las decisiones de los jueces, etc. Pero el contenido del contrato, el objeto de discusión por las partes, no es motivo de reglamentación. Parece claro que lo que se debe reglamentar es el ejercicio del derecho, no el derecho mismo. Esta interpretación está en completa consonancia con la idea de orden jurídico como vehículo canalizador de reclamaciones individuales al que se refería Bruno Leoni.

En palabras de Savigny, el sistema jurídico debe proteger esa esfera libre y segura que contiene el derecho de cada persona. Este entendimiento del tema impide hablar lógicamente de cosas tales como el abuso del derecho o los excesos de la libertad, que requieran reglamentaciones o límites.

Las esferas a las que se refirió Savigny, son como las esferas de jabón. Son independientes, son únicas, y cuando se chocan se rompen. Es imposible que alguien pueda estar al mismo tiempo dentro de su esfera y en la esfera ajena. Cuando alguien entró en la esfera ajena, es porque previamente abandonó la propia. Por eso no es razonable en este contexto hablar del abuso del derecho. Alguien que lesiona derechos ajenos no abusa de su derecho, simplemente lo abandona e invade el ajeno.

La delimitación de las esferas es lo que el gobierno garantiza a través del sistema judicial. Pero es la esfera lo que está en juego, y no

su contenido. En esta concepción no incumbe al gobierno reglamentar el modo en que cada persona ejerce o disfruta del ámbito de su propio derecho. Por eso son tan peligrosas las doctrinas que hablan de evitar los “abusos” del derecho a través de su “reglamentación”; porque por este camino se avanza rápidamente hacia la negación de los derechos.

Lo explicó Juan Bautista Alberdi al comentar la Constitución argentina de 1853, y especialmente el artículo 28 antes mencionado, quizá imaginando lo que luego pasaría en los tribunales argentinos al momento de interpretarla:

“No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley, que con el pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule o falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su acción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete”⁷⁵.

Las constituciones cubanas de 1901 (artículo 37) y de 1940 (artículo 40), han consagrado el mismo principio, al disponer que:

“Las leyes que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulas si los destruyen, restringen o adulteran”.

⁷⁵ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Jorge Mayer (ed.), Sudamericana, Buenos Aires, 1969, p. 418.

4.6. CONCLUSIÓN DE ESTE PUNTO: LA NECESIDAD DE PONER LÍMITES A LAS ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS

La supremacía de los derechos individuales por encima del poder del gobierno, es el presupuesto fundamental para definir los alcances y límites de las facultades legislativas y ejecutivas.

Existe una fuerte tendencia a no reconocer estas limitaciones. Las asambleas legislativas diariamente reglamentan hasta los detalles de las relaciones humanas, se inmiscuyen en la intimidad de las personas, avasallan el derecho de propiedad y generan una fuerte concentración de poder. Incluso el principio de división de poderes tiende a ser alterado, al asumir el Ejecutivo funciones legislativas a través de decretos.

La visión constructivista de la sociedad, ampliamente descrita y cuestionada por Friedrich Hayek, ha conducido paulatinamente a concebir al orden político y jurídico como un orden diseñado por una autoridad central, que tiene por objeto alcanzar fines previamente determinados por el planificador; y para colmo de males, por un planificador esquizofrénico que periódicamente es reemplazado a través de elecciones democráticas, por otro que llega con su nuevo plan.

El paso lógico que sigue a este postulado es el reconocimiento de un poder ilimitado en cabeza de los órganos del gobierno, para producir las normas y disponer esa planificación social.

Esta idea es diametralmente opuesta a la que originó el proceso constitucional. La organización social se produce, en dicho proceso, por obra de la acción libre y voluntaria de los habitantes, cada uno de los cuáles sigue su propio plan y trata de alcanzar sus propias metas. Esta acción debe ser garantizada y no entorpecida por las instituciones del gobierno.

Por ello, resulta indispensable no sólo limitar el poder de los órganos legislativo y ejecutivo, sino asegurarse de que dichos límites

no serán transpuestos con la excusa de que se busca alcanzar fines propios del Estado.

En el esquema constitucional basado en la idea republicana de división de poderes, son fundamentalmente los jueces quienes tienen la responsabilidad de marcar estos límites.

5.

EL SISTEMA REPUBLICANO DE GOBIERNO

“Un gobierno de leyes y no de hombres...”.

James Harrington, *Oceana and other works*, 1743.
Declaración de Derechos de Massachusetts, 1780.
Juez John Marshall, *“Marbury v. Madison”*, 1803.

5.1. LOS PRINCIPIOS REPUBLICANOS

La idea de república está directamente vinculada con la creación de procedimientos que garanticen la limitación del poder y el reconocimiento y protección de los derechos ciudadanos.

Estos procedimientos incluyen el desarrollo de modos diversos de elección de los distintos funcionarios, la periodicidad en sus cargos de aquellos que son elegidos por voto ciudadano, la publicidad de los actos del gobierno, la limitación de las funciones de cada uno de los departamentos del gobierno, y su recíproco control.

El sistema republicano intenta sustituir el gobierno dependiente de la arbitraria voluntad de una persona o grupo de personas, por una serie de instituciones y reglas que están por encima de esas personas, que señalan sus funciones taxativamente, que establecen los límites a su accionar, que obligan al recíproco control, y que suponen mecanismos de selección y elección diferenciados, lo que contribuye, de alguna manera, a evitar contubernios y acuerdos espúrios tendientes a abusar de sus funciones.

A su vez, todos los mecanismos de limitación del poder, permiten potenciar otras formas de mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, fundamentalmente a través de la transparencia en la transmisión de la información de los actos del gobierno, la

responsabilidad de los funcionarios, el ejercicio reglado del derecho de peticionar a las autoridades, la mayor descentralización política y administrativa, etc.

5.2. LA DIVISIÓN DE PODERES

Uno de los mecanismos que la tradición republicana desarrolló para impedir el crecimiento del poder del Estado, fue la separación y recíproco control de ese poder en departamentos independientes.

La división de poderes tuvo su aplicación práctica por primera vez en la Constitución norteamericana de 1787, aunque ya tenía un fuerte desarrollo doctrinario en autores como Aristóteles, Cicerón, Polibio y Locke. Montesquieu, en el famoso capítulo VI del libro XI de *El Espíritu de las Leyes* (1748), explicó con claridad la importancia del principio:

“La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro.

“Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no ay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

“No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

“Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones

*públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares*⁷⁶.

El pensador francés comprendía los peligros que rodean a la concentración de poder del Estado, y de allí su insistencia en la división de las funciones, como modo de fragmentarlo y así hacerlo menos peligroso. Decía al respecto:

“La libertad política no reside fuera de los gobiernos moderados. Pero en los Estados modernos tampoco la encontraremos siempre; sería indispensable para encontrarla en ellos que no se abusara del poder, y nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada.

“Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que ella no manda expresamente ni a no poder hacer lo que expresamente no prohíbe”⁷⁷.

Estas ideas prendieron con fuerza en Norteamérica al momento de su organización constitucional. Así, al resaltar la importancia de la división de poderes en la Constitución de los Estados Unidos, explicaba James Madison:

“La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en la misma mano, sean éstos de uno, de muchos, hereditarios, autonometrados o electivos, puede decirse con exactitud que constituyen la definición misma de la tiranía”⁷⁸.

⁷⁶ Charles de Secondant, barón de la Brede y de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1926, t. 1, ps. 224 y ss.

⁷⁷ Ob.cit., ps. 222-223.

⁷⁸ *El Federalista* n° XLXXVII. Para comprender la importancia que los Padres Fundadores daban a la división de poderes basta recordar estos párrafos de una carta enviada por John Adams a John Taylor en 1814: “¿Hay en la historia una

El modelo norteamericano no se limitó a propugnar la división del poder, sino que estableció un sistema de controles recíprocos, *check and balance*, que convirtió a cada poder del Estado, a la vez, en controlado y controlador de los demás. De este modo, se ha dado preeminencia a las instituciones y sus funciones constitucionales, por encima de las personas que las encarnan o ejercen.

Contrariamente a la visión constructivista desarrollada en el continente europeo, basada en un gobierno dirigido por una mente única, capaz de planificar la sociedad y guiarla hacia sus “metas”, los constitucionalistas norteamericanos vieron la conveniencia de crear instituciones, cada una de ellas dirigida por personas especialmente elegidas, controladas, y periódicamente reemplazadas, que en su interacción ejercieran lo mejor posible las tareas encomendadas por la Constitución. Al modo de lo explicado en el Capítulo 1 respecto de la tradición social de los autores morales escoceses, una suerte de orden espontáneo subyace en esta visión, en la que la colaboración, interacción y recíproco control de cada institución del Estado, termina dando como resultado un orden político mucho más eficiente sólido y duradero que el que podría surgir de una única mente que tratase de planificar la sociedad.

Sin embargo, parte de la teoría política del siglo XX ha intentado minimizar la importancia de la división de poderes, relegando

Constitución con equilibrios más complicados que los nuestros? En primer lugar, dieciocho Estados y algunos territorios contrapesan al Gobierno nacional; (...) en segundo lugar, la Cámara de Representantes contrapesa al Senado, y éste a la Cámara; en tercer lugar, la autoridad ejecutiva contrapesa, en cierta medida, a la autoridad legislativa; en cuarto lugar, el poder judicial contrapesa a la Cámara, al Senado, al ejecutivo y a los Gobiernos de los estados; en quinto lugar, el Senado contrapesa al Presidente en todos los nombramientos para funcionarios públicos y en todos los tratados; (...) en sexto lugar, el pueblo tiene en sus manos la balanza contra sus propios representantes por elecciones...bienales; en séptimo lugar, las legislaturas de los diversos Estados contrapesan al pueblo en la designación del Presidente” (citado por Mario A. Midón, *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y los ordenamientos provinciales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 4 y 5).

este principio a una mera distribución de funciones del Estado, algo así como una división del trabajo entre diferentes órganos⁷⁹.

Esta versión ha sido muy útil para los teóricos de los regímenes autoritarios. El propio Fidel Castro ha sabido aprovechar esta moda crítica a un principio liminar del constitucionalismo liberal, al sostener reiteradamente que:

*“Hay división de funciones, pero no hay división de poderes. El poder es uno, el del pueblo trabajador que se ejerce a través de la Asamblea Nacional y de los organismos del Estado que de ella dependen”*⁸⁰.

La noción de división de poderes, y la existencia de órganos que se conforman por mecanismos distintos y se controlan mutuamente, fue sistemáticamente desechada y bastardeada por quienes han avalado regímenes autoritarios. Basados en la idea constructivista de que un país requiere un gobierno con una mente central que lo dirija, desecharon la pretensión de que esa autoridad única pudiera ser reemplazada por una serie de instituciones independientes.

La necesidad de llevar a cabo un gobierno “eficiente y racional”, o de que el gobierno esté en manos del “pueblo trabajador”, o de que se gobierne para la consecución de los “intereses nacionales”, fueron algunos de los argumentos que con frecuencia han escondido la pretensión de acumular el poder en una sola mano.

Así, por ejemplo, para justificar el régimen vertical y autocrático organizado por la Constitución cubana de 1992, que garantizó la detentación del poder en manos de Fidel Castro, ha dicho el profesor Juan Vega Vega:

⁷⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, ps. 55 y ss.

⁸⁰ *Discurso pronunciado en la sesión solemne de constitución de la Asamblea Nacional del Poder Popular*, La Habana, 2 de diciembre de 1976, Ediciones OR (octubre-diciembre), La Habana, 1976, p. 34.

“La obra determinante en la teoría de la división de poderes fue la de Montesquieu, quien elaboró la tesis de la posible existencia de poderes estatales autónomos que debían ser el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Montesquieu mantuvo que la garantía de la libertad se hallaba no sólo en la existencia de esos tres poderes, sino también en que encarnaran en sujetos diferentes.

“Esta división de poderes ha sido siempre una falacia. En el Estado, en cualquier estado, existe realmente un solo poder, que en el caso de la República de Cuba es el poder del pueblo trabajador.

“El pueblo cubano ejerce este poder a través de los órganos llamados Asambleas del Poder Popular y de los demás órganos estatales que de ellas se derivan. Es un solo poder traducido en diversas funciones que realizan distintos órganos estatales”⁸¹.

El error en este tipo de argumentos, parte de considerar que es la sociedad, o el Estado, o la Nación, la que tiene fines, y que el gobierno es quien encarna la elección y consecución de esos fines. En realidad, son las personas las que tienen fines, proyectos, metas. El gobierno tiene por objeto garantizar un orden dentro del cual cada uno pueda perseguir sus metas, y no imponer las suyas a los demás.

Por el contrario, cuando el gobierno interfiere en la búsqueda individual del propio bienestar, generalmente se producen distorsiones que alteran, no sólo los derechos individuales que el gobierno debería proteger, sino el estándar de vida de las personas en general.

La concentración de poder alienta entonces la corrupción en todas sus variantes, y sobre esto se ha escrito mucho. Basta con recordar la frase de Lord Acton, escrita incidentalmente en una carta enviada a Mandell Creighton el 5 de abril de 1887, y que se hiciera

⁸¹ Vega Vega, Juan, *Cuba: Su historia Constitucional. Comentarios a la Constitución Cubana reformada en 1992*, Ediciones Endimiión, Madrid, 1988, p. 145. Ver Ricardo Manuel Rojas, *Los Derechos Fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba*, Buenos Aires, 2005, ps. 77 y ss.

célebre: “El poder tiende a corromper; el poder absoluto corrompe absolutamente”.

5.3. LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTRA-PODER

La idea tradicional anglosajona de la división de poderes, hacía reposar esta división fundamentalmente en la función de cada poder: el legislativo legisla, el ejecutivo ejecuta, el judicial juzga. En el ejercicio de estas tres funciones básicas, ningún poder estaba facultado asumir funciones del otro; sólo deberán controlarlo para evitar que se extralimite.

Esto sin perjuicio que incidentalmente cada órgano pueda tener funciones constitucionales o atribuciones al interior del propio poder, que lo faculten a realizar tareas que son originariamente extrañas. Esto ocurre con la atribución constitucional del Congreso para juzgar en los casos de juicio político, o en las atribuciones de dictar normas de organización interna, que tienen el Ejecutivo y el Judicial. Pero estas, en todo caso, sin atribuciones excepcionales, taxativamente enunciadas.

La visión de división de poderes desarrollada en Europa continental, y especialmente en Francia, no se concentró en la función de cada poder, para establecer los límites, sino más bien en el órgano. En este sentido, se entendió que aún cuando fuese función básica del Poder Judicial el de juzgar, no podía utilizarlo para juzgar a la administración pública o al parlamento. La independencia requería que cada poder se viera libre de intromisión por los demás.

Esto generó en Francia el desarrollo de tribunales administrativos, esto es, creados al interior del propio poder ejecutivo, aunque con las mayores garantías posibles de independencia respecto de la administración central, que tenían la facultad de juzgar faltas o incluso crímenes cometidos en ejercicio de la función ejecutiva. Ese fue el origen del *Conseil d'Etat*.

Frente a estas dos visiones de la división de poderes, y especialmente vinculada con funciones de contralor técnico, se ha venido desarrollando la idea de que es conveniente la existencia de ciertos órganos que no dependan directamente de ninguno de los tres poderes del Estado, en cuya designación, funcionamiento y control, intervengan los tres, e incluso otras instituciones no gubernamentales, y que posean las suficientes garantías de independencia, inamovilidad y autonomía presupuestaria, que les permita realizar sus actividades libres de presiones por ninguno de los tres poderes.

Pueden mencionarse como ejemplos de este tipo de órganos, al Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura o el Tribunal de Cuentas.

El ministerio público fiscal, encargado de perseguir los delitos y velar por la legalidad de los actos, ha sido organizado de diversas maneras. En países como Estados Unidos, por ejemplo, es un órgano vinculado al Ejecutivo; en Argentina, hasta la sanción de la Constitución de 1994, dependía del Poder Judicial. En el primer caso, existe el peligro de presiones del Ejecutivo, por ejemplo, para que no se investiguen determinados hechos, o para que se dé trascendencia a otros inexistentes. En el segundo caso, el peligro es el de una identificación demasiado profunda entre los fiscales y los jueces, que tampoco es buena.

La Constitución Argentina de 1994 constituyó al Ministerio Público como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones (artículo 120).

En cuanto al Consejo de la Magistratura, parece una buena alternativa al sistema de designación de jueces que propone la tradición constitucional. En efecto, el esquema constitucional norteamericano prevé la designación por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Esto supone que dos poderes tienen que ponerse de acuerdo para la designación de los integrantes del tercero.

Pero en países donde hay una fuerte preponderancia del Ejecutivo, y donde el poder de los partidos políticos tiende a neu-

tralizar la independencia de los legisladores, no parece mala idea que un órgano independiente, incluso integrado por personas que están fuera del ámbito de la política partidaria, tenga intervención en el proceso de selección de los jueces.

La Constitución argentina de 1994 introdujo al Consejo de la Magistratura (artículo 114), pero con ciertas particularidades —intensificadas en las leyes reglamentarias—, que han impedido que tenga los resultados deseados.

En primer lugar, se entendió que su integración debía respetar cierto equilibrio entre miembros del poder judicial, académicos, abogados de la matrícula y representantes de los órganos políticos con representación popular. En la práctica, la mayoría del Consejo está integrada por estos últimos, de modo que se distorsiona la idea original de independencia.

Por otro lado, se le dio al Consejo la administración general del Poder Judicial, lo que también parece exceder la idea original de su establecimiento, creando en la práctica un gobierno bicéfalo (Consejo de la Magistratura – Corte Suprema de Justicia)⁸².

Sin embargo, con otra integración y otras funciones, la idea de un órgano extra-poder, integrado por representantes de los jueces elegidos por sus pares, abogados elegidos por los colegios respectivos, y académicos elegidos por las universidades nacionales, podría resultar bastante eficiente para realizar dos tareas esenciales: 1) evaluar las condiciones intelectuales y personales de los candidatos a ocupar vacantes de jueces, y elaborar ternas vinculantes para los órganos políticos; 2) evaluar la conducta de los jueces en ejercicio, para decidir si corresponde o no someterlos a juicio por eventuales faltas cometidas.

Finalmente, también puede advertirse la conveniencia de que un órgano que no dependa de ninguno de los dos poderes, ejerza el contralor del empleo de los recursos públicos. Los tribunales

⁸² Rojas, Ricardo Manuel, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, ps. 291-293.

de cuentas originalmente estuvieron ubicados dentro del Poder Ejecutivo, intentando rodearlos de las mayores garantías, pero parece más eficiente garantizar efectivamente su independencia funcional y financiera erigiéndolos como órganos extra-poder. Esto ya estaba previsto en la Constitución cubana de 1940, que sostenía que el Tribunal de Cuentas “sólo depende de la Ley, y sus conflictos con otros organismos se someterán a la resolución del Tribunal Supremo de Justicia” (artículo 266).

5.4. OTROS PRINCIPIOS REPUBLICANOS QUE DEBEN NUTRIR LA CONSTITUCIÓN

Junto con el principio de división de poderes, pueden mencionarse otros que igualmente están incluidos en la tradición republicana, y que deben en letra o en espíritu estar contenidos en una Constitución.

5.4.1. Periodicidad en las funciones

Un corolario de la limitación del poder, es que los cargos electivos previstos en la Constitución, operen a través de mandatos limitados y renovables periódicamente.

Incluso resulta conveniente que dicha renovación no se produzca en forma íntegra en un mismo acto electoral. La duración diferenciada de mandatos, y la renovación parcial de cada cámara legislativa, contribuyen a evitar la colectivización de las campañas electorales, que muchas veces se hacen alrededor de la figura de un candidato a Presidente, y arrastran a la elección de cientos de otros cargos sometidos a votación en un mismo día.

5.4.2. Limitaciones para ser candidato

Más allá de los requisitos propios para ser candidato a cada cargo electivo, vinculadas con la condición de ciudadano, edad

mínima, falta de antecedentes criminales, inhabilitaciones, etc., se pueden mencionar algunas otras que tienen directa relación con los controles republicanos.

Una de ellas es la imposibilidad de presentarse a la reelección luego de uno o dos períodos, que contienen ciertas constituciones, especialmente para el caso del Presidente de la República. Este obstáculo está basado en la preeminencia que se otorga a la limitación del poder, por encima de la mejor o peor performance que determinado candidato pudiera ofrecer al electorado.

Un presidente en ejercicio de su mandato, puede verse tentado frecuentemente a utilizar parte del enorme poder del que dispone, para garantizarse una reelección. Puede utilizar el dinero público, directa o indirectamente, para solventar una campaña, o repartir privilegios a cambio de apoyo político o votos; puede obtener propaganda en los medios de comunicación a cambio de cuotas en las pautas publicitarias del Estado, etc.

Esto es, luego de varios años ejerciendo el cargo, eventualmente puede encontrarse en una situación privilegiada para competir con ventaja respecto de otros candidatos; y precisamente este peligro es al que se trata de aventar prohibiendo la posibilidad de reelección en determinadas condiciones. Frente a dos males, el que acabo de mencionar y el de dejar fuera de la puja electoral a una persona con buenas condiciones para el cargo, se ha preferido este último como mal menor. Ello es así, porque, como se dijo, en la visión republicana, el gobierno está conformado por instituciones dirigidas por una enorme cantidad de personas, y en esas circunstancias disminuye la importancia relativa de cada una de ellas. La estabilidad institucional y el progreso social no dependen nunca de una sola persona.

Además, se evita de este modo el peligro de que el presidente esté más preocupado por mantener sus chances de reelección y pagar favores políticos de campaña, que en cumplir con su trabajo.

Otra limitación constitucional en el mismo sentido, que intenta evitar el nepotismo y la acumulación de poder, es la que prohíbe a

ciertos parientes directos de un Presidente o Vicepresidente, presentarse a cargos electivos.

En este sentido, existen nueve países en América Latina que prohíben que un cónyuge suceda inmediatamente al otro en el ejercicio de la presidencia: Brasil, Bolivia, Paraguay, Panamá, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras. Algunos de estos países, además, extienden esa limitación a los cargos del Poder Legislativo y no admiten parentescos de ningún tipo entre presidentes, gobernadores, jefes militares, ni legisladores⁸³.

5.4.3. Imposibilidad de acumular cargos de distintos poderes

Este es un principio básico que emana de la división de poderes. Si bien existe una tendencia a permitir que temporalmente puedan miembros de un poder ejercer funciones en otro, esto no parece conveniente. Así, por ejemplo, la posibilidad de que un legislador o un juez pidan una dispensa temporal en su cargo para ocupar un ministerio en el Poder Ejecutivo.

La propia Constitución, entendiendo la división de poderes como una interacción de los poderes y no su separación en compartimientos estancos, prevé que algunos de los funcionarios a los que se refiere puedan ejercer excepcionalmente funciones en un poder distinto. Pero esto es parte del mecanismo de balances y controles que la propia constitución establece.

Por ejemplo, la circunstancia de que el Vicepresidente de la República sea a la vez presidente natural del Senado, o que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia ejerza ciertas funciones como tribunal político, o que el Senado sea juez en esos mismos procedimientos, es parte de las relaciones necesarias entre los poderes.

⁸³ Conforme trabajo de investigación elaborado por la Fundación Bicentenario de Argentina. http://www.lanacion.com.ar/archivo/Nota.asp?nota_id=932008

Pero fuera de ello, parece inconveniente desde el punto de vista de la esencia de la República, que miembros de un poder soliciten licencia para integrar temporalmente otro.

5.4.4. Responsabilidad de los funcionarios

La responsabilidad de los funcionarios por los actos de gobierno se manifiesta de varias maneras. Hay una primera responsabilidad política, que supone no sólo la comisión de delitos o irregularidades en el ejercicio de su función, sino su ineptitud para ejercerlo, y que se traduce en sanciones políticas vinculadas con su apartamiento del cargo, y posible inhabilitación para ocupar cargos públicos en el futuro.

En este sentido, las constituciones prevén la formación de tribunales políticos normalmente integrados por las Cámaras del Congreso, y eventualmente presididos por el presidente de la Corte Suprema, que tienen por objeto llevar a cabo estos juicios de responsabilidad política de determinados cargos de relevancia institucional.

Fuera de ello, todo funcionario tiene una responsabilidad administrativa y judicial, que se manifiesta por los carriles correspondientes. Ello justifica la conveniencia de crear, en determinadas condiciones, ciertos organismos tales como la Procuración del Tesoro, la Controladuría General, el Consejo de la Magistratura, el Tribunal de Cuentas, etc., que ejercen distintas tareas de control de la gestión de los órganos del Estado.

Contribuye a hacer más transparente y eficiente el control de gestión de ciertos funcionarios, la obligación de presentar declaraciones juradas de bienes, que permitan verificar si durante el ejercicio de su cargo público se produjeron sospechosos incrementos patrimoniales.

La eficiencia de estos órganos se potencia por la aplicación de otros principios republicanos, tales como la publicidad de los actos del gobierno, y el consecuente acceso ciudadano a información fehaciente respecto de la labor de los funcionarios. También será esencial

que estos órganos designen sus autoridades y tengan una organización operativa y financiera que les garantice independencia de los poderes del Estado.

5.4.5. Publicidad de los actos de gobierno

Otro de los principios republicanos que deben estar presentes en la organización constitucional del país, es el de la publicidad de los actos del gobierno. Esto no sólo se refiere a la publicidad de las normas jurídicas, leyes, decretos, resoluciones o sentencias, sino a aquellas decisiones que tienen incidencia indirecta sobre los habitantes, fundamentalmente económica, como los vinculados con el uso de los fondos públicos.

Varias constituciones, e incluso tratados internacionales, han incorporado como una garantía fundamental de los ciudadanos el de recibir información o investigar los actos del gobierno⁸⁴. Los gobernantes no pueden interferir en el ejercicio de este derecho, salvo en los casos taxativamente justificados por el secreto de estado, que en el supuesto en que sean aceptados, deberían estar fuertemente restringidos y contener controles institucionales suficientes.

El avance de la tecnología brinda muchas posibilidades para que el gobierno pueda publicitar suficientemente sus actos con costos mínimos y ponerlos al alcance prácticamente de todos los ciudadanos. Sin embargo, hay que tener cuidado con ciertas modalidades que con distintos justificativos, tales como el secreto de estado, la seguridad nacional, o la preservación de las relaciones internacionales, a veces tienden a burlar este principio republicano.

⁸⁴ Por ejemplo el artículo 4º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1848, artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Es el caso de las leyes o decretos secretos, a los que los ciudadanos —y muchas veces algunos órganos del gobierno— no tienen acceso. También el supuesto de las cuentas reservadas que determinados organismos manejan sin una clara rendición de cuentas, y que frecuentemente se convierten en cajas destinadas a sostener las campañas políticas o las relaciones de poder del Presidente de turno.

Respecto de los argumentos a favor de ampliar las áreas reservadas a la información pública por parte del gobierno, sobre la base de los secretos de Estado, los argumentos en contra son muchos y han sido enunciados en todas las épocas. Baste recordar estas palabras de Spinoza:

“Vale más la honrada política del Estado descubierta a los enemigos, que los perversos proyectos de los tiranos ocultos a los ciudadanos. Aquellos, sean quienes fueren, que tienen a su discreción al Estado, tienden a los ciudadanos emboscadas en tiempos de paz, tal y como lo hacen los enemigos externos en tiempos de guerra... Son precisamente quienes tienen la ambición de mantener para ellos solos el poder absoluto, los que han sostenido este invariable adagio: ‘el interés del Estado exige que sus asuntos sean tratados con el mayor secreto’. Ofrecen varios argumentos del mismo orden, terminando por crear una esclavitud tanto más atroz cuanto que se cubre con la ventaja del pretexto de la mayor utilidad”⁸⁵.

5.4.6. Formas de canalizar la petición a las autoridades

Una consecuencia de varios de los puntos tratados anteriormente, es la necesidad de garantizar en forma efectiva el derecho de peticionar a las autoridades, ya sea para requerir información sobre determinado asunto, ya sea para proponer la discusión de determinada norma.

⁸⁵ Spinoza, B., *Tratado Político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 207.

El derecho de peticionar a las autoridades ha sido desarrollado desde antiguo por la teoría constitucional y reconocido en convenciones internacionales⁸⁶. Supone no sólo la posibilidad de tener un canal formal para efectuar su petición ante una autoridad, sino el de obtener una respuesta, por un funcionario competente, en un plazo razonable.

Cuando esas peticiones se convierten en propuestas concretas de solución legislativa, se canalizan a través de mecanismos tales como la iniciativa popular, que permite a grupos de ciudadanos acercar a las cámaras legislativas proposiciones para su evaluación.

5.5. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA

Para controlar el monopolio del poder en manos del gobierno, no sólo es útil la división de ese poder en ramas autónomas y que se controlen mutuamente. Otra forma de dividir ese poder es a través de la distribución de funciones políticas y administrativas a lo largo del ámbito territorial.

El desarrollo histórico de determinadas partes del mundo produjo confederaciones o estados federales, en los cuáles el poder del gobierno central es derivado de los distintos estados o provincias que, preexistiendo a él, lo crearon y le fijaron sus límites. Es el caso, entre otros, de Estados Unidos o Argentina.

La Constitución Argentina de 1853-60 fue el producto de pactos previos llevados a cabo por líderes provinciales, por los cuáles acordaron finalmente enviar delegados para su discusión y sanción. Por ello el Preámbulo de esa Constitución sostiene:

⁸⁶ El artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés personal, y el de obtener pronta resolución”.

“Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes...”.

La Constitución así sancionada otorga un poder taxativo y limitado al gobierno federal, y el poder residual siempre queda en cabeza de cada Provincia. Al respecto, dispone el artículo 104 (actual artículo 121):

“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

De este modo, se establece un nuevo control al poder del gobierno central, que finca en la circunstancia de que sus atribuciones han sido delegadas por las Provincias, y ellas se han reservado una porción importante de dicho poder.

Si bien las bondades del sistema federal son muchas y notorias, es necesario analizar con cuidado las circunstancias de cada país, pues el intento de introducción de un sistema federal en un ámbito que ni histórica ni geográficamente muestra las condiciones adecuadas, podría terminar en la creación de un sistema burocrático e inviable.

Este puede ser el caso de Cuba. La Isla no ha tenido una tradición de federalismo, sino más bien de gobierno central. Ninguna de las Constituciones democráticas que ha tenido otorgaban atribuciones políticas fuertes a las provincias, y en especial la de 1940 parecía querer concentrar buena parte de las tareas esenciales en los Municipios.

En este contexto, el intento por forzar una descentralización política creando una serie de gobiernos provinciales autárquicos, podría terminar en una excesiva, costosa e innecesaria burocracia.

En cambio, será indispensable contar con una buena ley que determine los recursos con los que contarán el gobierno central, las provincias y los municipios, así como sus formas de recaudación y distribución.

Por su parte, se requerirán sendas leyes de organización de los gobiernos provincial y municipal, que permitan una adecuada y eficiente distribución de tareas, de modo tal que cada uno pueda realizar aquella para la cual está mejor preparado, y no se produzcan superposiciones.

6. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

“No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.

Norberto Bobbio, 1984.

La idea de una república que establezca un gobierno limitado siempre ha estado ligada con la de un poder judicial independiente. La permanente tendencia de los gobernantes a incrementar su poder a expensas de los ciudadanos, tiene como principal barrera de contención la acción de los jueces.

Una de las formas de asegurar la independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes del Estado, es sustrayéndolo de la confrontación política partidaria en la que éstos se hallan inmersos. No es casual que en el mundo anglosajón, donde los jueces juegan y han jugado un papel preponderante, se advierte una histórica separación entre el derecho y la política, y consecuentemente, entre los jueces y el resto del gobierno. De esta manera, los ciudadanos han contado con un muro de contención para proteger sus derechos frente al avance del poder estatal.

Por eso ha podido sostener el juez Frankfurter, que “la historia de la libertad ha sido, en buena medida, la historia del respeto de la salvaguardias procesales”⁸⁷.

⁸⁷ Opinión del Juez Felix Frankfurter en “McNabb vs. United Status”, 318 U.S. 332, 347 (1943).

Las garantías de inamovilidad mientras dure su buena conducta y de intangibilidad de sus remuneraciones, unidos a un mecanismo de designación y remoción que permita la intervención de cuerpos colegiados apolíticos, ayuda mucho a mantener la independencia del Poder Judicial y de ese modo a coadyuvar en su labor de control sobre los demás poderes del gobierno.

Se suelen mencionar como características necesarias al Poder Judicial, que sea independiente e imparcial. Entre los instrumentos internacionales más comunes, estas condiciones de la judicatura están sancionadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1; el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.1; y la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 6.1.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado la distinción entre la independencia y la imparcialidad de los jueces. En tal sentido, ha dicho que la independencia se refiere a la forma de designación de los miembros de un tribunal y a la duración de sus mandatos, a la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el órgano presenta la apariencia de tal independencia⁸⁸.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea, la independencia debe verse desde una perspectiva estructural y funcional. Desde el punto de vista de la función, la independencia se manifiesta en la actuación exenta de presión o injerencia de otros poderes. La independencia estructural se evalúa teniendo en cuenta el método de elección de los jueces, el término de sus mandatos, la inamovilidad de sus cargos, su preparación profesional, las incompatibilidades entre el ejercicio de la judicatura y otras funciones, etc.⁸⁹.

⁸⁸ *Campbell and Fell v. United Kingdom*, sentencia del 28 de junio de 1984, Serie A, n° 80.

⁸⁹ *Sramek v. Austria, Campbell and Fell v. United Kingdom, Ringeisen v. Austria, Ángel v. Netherland, Schesser v. Switzerland*. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Loayza Tamayo*, del 17 de septiembre de 1997. Citados por De Luca, Javier, "El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1998/B, p. 75.

Por su parte, la imparcialidad se refiere a la ausencia de prejuicio o favoritismo⁹⁰. Significa que el juez no tiene opinión formada sobre el caso que debe juzgar, que no se encuentra “contaminado” por una intervención anterior en la causa o por hechos extracausídicos⁹¹. En términos de los tribunales internacionales, un juez no es imparcial cuando tiene una idea preconcebida acerca de la culpabilidad del acusado⁹².

De estos conceptos se puede deducir que, en principio, la independencia es un asunto institucional primordialmente relacionado con ciertas características de la designación y libertad de acción del juez frente a los demás poderes del gobierno; mientras que la imparcialidad es una cuestión de naturaleza operativa, que tiene su principal tratamiento en las normas procesales relativas a la recusación y excusación de los jueces, y a las exigencias en la fundamentación de las sentencias.

Los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, señalan, entre otros aspectos, los siguientes:

“1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos de los que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

⁹⁰ *Piersack v. Belgium*, sentencia del 1º de octubre de 1982, Serie A nº 53.

⁹¹ *Caso De Cubber*, sentencia del 2 de octubre de 1984, Serie A nº 86.

⁹² Caso *Saint-Marie*, sentencia del 1º de diciembre de 1992, Serie A nº 253, párr. 50; caso *Brinceat*, sentencia del 2 de noviembre de 1992, Serie A, nº 249. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al opinar en el caso *Maqueda*. Ver en este sentido, De Luca, Javier, op. cit., ps. 753-773.

3. *La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.*

4. *no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.*

5. *Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.*

6. *El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes*⁹³.

6.1. MECANISMOS CONSTITUCIONALES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

El funcionamiento del Poder Judicial tiene una importancia fundamental vinculada con la protección de los derechos, desde que

⁹³ *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.* Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 12 de diciembre de 1985.

los jueces tienen la particularidad de ser, a la vez, funcionarios públicos, y guardianes de la legalidad de los actos del gobierno. Al mismo tiempo, la tarea judicial tiene una trascendental importancia para permitir un mayor grado de seguridad jurídica, que crea el ámbito propicio para la búsqueda de prosperidad económica.

Por ello, la teoría constitucional ha desarrollado una serie de mecanismos tendientes a garantizar la independencia de los jueces respecto del resto del gobierno:

6.1.1. Designación

El procedimiento de designación de los jueces es una de las primeras condiciones para garantizar su independencia del poder político, así como la calidad profesional de las personas que integran el Poder Judicial. En el esquema constitucional desarrollado por la Constitución de los Estados Unidos, se entendió que la forma de garantizar la correcta selección de los jueces era mediante la intervención conjunta de los otros dos poderes. El Presidente de la República es el encargado de la designación, pero previamente necesita el acuerdo del Senado, que actúa como un tribunal encargado de examinar las cualidades personales y profesionales del candidato.

En la medida en que pueda garantizarse la independencia entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, el mecanismo parece adecuado. Sin embargo, no debe olvidarse que ambos poderes tienen un origen común, la elección popular a través de un sistema de partidos políticos, de modo tal que no es infrecuente —sobre todo en países donde los partidos políticos tienen legalmente una posición de privilegio respecto de la selección de las candidaturas a cargos electivos— que en la práctica no exista tal marcada independencia de criterios entre el Senado y el Presidente de la República. Es más, de acuerdo a cómo sea la integración del Senado, el Presidente podrá darse el lujo de designar casi discrecionalmente a los jueces, o a lo sumo tendrá que negociar algunos cargos con los líderes de algún otro partido político.

Eso ha sido bastante frecuente en países que, como Argentina, han seguido el modelo constitucional norteamericano, y a la vez han desarrollado una legislación que atribuye amplios poderes a los partidos políticos respecto de la selección de cargos electivos.

Por otra parte, siguiendo la tradición parlamentaria, los países de la Europa Continental tuvieron que elegir otro sistema para buscar ese control republicano. En efecto, el régimen parlamentario diluye la separación entre el parlamento y el ejecutivo, de modo que allí se desarrolló con más fuerza la idea de un Consejo de la Magistratura, como órgano democrático extra-poder que pudiese elegir a los jueces con independencia del poder político.

La Constitución Argentina de 1994, apartándose del modelo norteamericano que seguía la de 1853, introdujo un Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno del Poder Judicial, con la tarea de seleccionar ternas vinculantes para que el Presidente de la República escoja de ellas a los jueces que propone al acuerdo del Senado.

Desgraciadamente, tanto en la Constitución como en las leyes reglamentarias, se aseguró que la mayoría de los integrantes de dicho Consejo, provengan directa o indirectamente de los otros poderes, básicamente vinculados con la actividad partidaria⁹⁴. Además, se confirió al Consejo funciones de gobierno del Poder Judicial, generando un conflicto institucional con la Corte Suprema de Justicia, que hasta entonces había desempeñado ese papel.

Esta solución a la larga termina siendo contraproducente porque somete a la designación de los jueces mucho más aún a los vaivenes de la política partidaria de corto plazo.

Sin embargo, no debe descartarse sin más la conveniencia de establecer un Consejo de la Magistratura, aunque con otro diseño y funciones más acotadas. En efecto, teniendo en cuenta estos problemas que ocasiona la intromisión de la política partidaria en la

⁹⁴ Ver en este sentido Ricardo Manuel Rojas, *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, ps. 290 y ss.

selección de jueces destinados a impartir justicia imparcialmente durante mucho tiempo, no parece irrazonable la idea de establecer un Consejo, independiente del poder político, que evalúe objetivamente las condiciones de quienes se postulan para ser elegidos. Pero en tal caso, la integración del Consejo debería tener una amplia mayoría de personas ajenas al ámbito de la política, y sí vinculados con instituciones más permanentes, como la propia judicatura, los colegios de abogados y las universidades.

De este modo, el Consejo tendría por misión elaborar ternas de candidatos a ocupar los cargos, de acuerdo con la evaluación de sus antecedentes y exámenes de oposición, y luego el Presidente de la República escogería a un integrante de la terna y lo sometería a la aprobación del Senado. Este mecanismo parece ser más equilibrado, al incluir una primera etapa de control y evaluación de idoneidad técnica, y luego otra evaluación de carácter político.

En este sentido, es bueno recordar que en países europeos como Italia o España, los consejos de la magistratura están integrados con mayoría de magistrados, juristas y académicos.

6.1.2. Duración

En varios modelos constitucionales latinoamericanos, los jueces, al menos los de las instancias inferiores, son designados por períodos establecidos legalmente, y eventualmente sometidos a renovación por decisión popular o algún procedimiento interno de evaluación.

En el modelo original de los Estados Unidos, seguido por varios otros países, como Argentina, se entendió que los jueces, por su función básica de control de los actos del gobierno, debían quedar al margen de los vaivenes de la política o de ciertas maniobras para manipular su permanencia en el cargo. Los jueces cuya designación no tiene términos temporales, quizá puedan estar condicionados por aquel gobierno que los designó, pero se liberarán de esa dependencia respecto de gobiernos futuros. Es menos probable que los jueces se

vean presionados, si los términos de la permanencia judicial los vuelven independientes de los deseos de gobernantes actuales⁹⁵.

Por ello, en la medida en que existan buenos mecanismos de control de su actuación, parece razonable el principio de que los jueces permanezcan en sus cargos mientras dure su buena conducta.

6.1.3. Inamovilidad

Junto con la garantía de que los jueces no tengan mandatos limitados, debe ponderarse la circunstancia de que su permanencia en el cargo no esté condicionada por presiones o amenazas de destitución, por motivos que tengan que ver con cuestiones de política coyuntural.

Esto se vincula, por un lado, con el procedimiento y las causales por las cuáles puede ser removido un juez de su cargo. Por otro lado, la estabilidad también tiene que ver con la circunstancia de que un juez no pueda ser movido de una jurisdicción a otra —sea territorial o por materia—, de un modo arbitrario por la autoridad política.

El tema requiere encontrar un balance entre dos valores: el de evitar la venalidad, el prevaricato o la negligencia de los jueces, por una parte, y el de garantizar que puedan ejercer su jurisdicción sin presiones. Ambos valores deben ser correctamente sopesados en cada caso por el órgano de control de gestión de la magistratura.

6.1.4. Intangibilidad de sus remuneraciones

Algunas constituciones, como la argentina de 1853, ratificada en este punto por la de 1994, han considerado como una condición fundamental para garantizar la independencia del Poder Judicial, que las remuneraciones de los jueces no puedan ser disminuidas por el gobierno.

⁹⁵ Posner, Richard, *Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 502.

El Congreso y el Poder Ejecutivo tienen intervención fundamental al momento de elaborar el presupuesto nacional y decidir tanto el monto como la distribución de las partidas. De este modo, si intentaran estrangular al Poder Judicial para evitar sentencias que pongan un límite a su acción, podrían fácilmente hacerlo disminuyendo drásticamente el presupuesto.

Ello supondría no sólo un funcionamiento más precario de la administración de justicia, sino seguramente una limitación y hasta una necesaria rebaja en las remuneraciones de los jueces. La presión política unida a bajas remuneraciones y escasos recursos operativos, podría generar una rápida deserción de jueces, que inmediatamente serían reemplazados por otros que pudieran ser más proclives a aceptar directivas del gobierno.

Por ello, la intangibilidad de sus remuneraciones es una garantía complementaria para asegurar la inamovilidad de los magistrados, y refuerza su independencia del gobierno central.

6.1.5. Remoción

Otro punto fundamental para garantizar la independencia del Poder Judicial es que, como ya se adelantó, el procedimiento de remoción garantice su estabilidad frente a consideraciones políticas partidarias u otros motivos que no tengan que ver estrictamente con el desempeño objetivo del juez.

Probablemente sea conveniente que el mismo Consejo de la Magistratura, integrado por jueces, abogados y académicos, sea quien evalúe la procedencia del juicio y formule la acusación ante el Senado, que en tal caso actuaría como tribunal de juicio. De este modo se garantiza que un juez será removido porque ha prevaricado o ha tenido una conducta reñida con su investidura, y no porque el contenido de sus sentencias moleste al gobierno de turno.

7.

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

“Artículo 22. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

Constitución de la Confederación Argentina, 1853.

7.1. ¿QUÉ ES EL PUEBLO Y CÓMO SE EXPRESA?

Etimológicamente, democracia es el gobierno del pueblo. La idea de la democracia es que respecto de las decisiones que incluyan a la comunidad —y que por lo tanto no puedan ser adoptadas por acuerdos individuales entre interesados concretos— todos los habitantes deberían poder participar de alguna manera y manifestar su voz y voto.

Por ser una extensión de los derechos individuales, que deben ser gozados por todos los individuos en las mismas condiciones, los derechos políticos, vinculados con la participación en la toma de decisiones comunes, también deberían ser ejercidos en un pie de igualdad por los ciudadanos.

El liberalismo clásico, fundamentalmente a partir de John Locke, desarrolló la idea del gobierno como un pacto de auto-defensa de los individuos, quienes integran el gobierno civil con el propósito de ver protegidos sus derechos.

El problema con esta visión clásica del gobierno, es que parte del presupuesto de que en algún momento hubo una decisión unánime consensuada de todos los habitantes para constituir el gobierno. A esa idealización del conjunto de los habitantes de un país muchas

veces se le ha dado el nombre de “pueblo”, y ello. puede verse aún desde las primeras constituciones modernas.

Los preámbulos generalmente reconocen que es el “pueblo” el que se reúne para sancionar la Constitución que da vida al gobierno. Así lo dice el de la norteamericana (“*We the people of the United States...*”), la Argentina (“*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina...*”), o las de Cuba (“*Nosotros, los Delegados del pueblo de Cuba...*”).

Pero en realidad, ese “pueblo” no es un ente homogéneo, sino que por el contrario, es un conjunto de muchísimas personas con valores, intereses y opiniones totalmente distintas y frecuentemente contrapuestas. Se produce entonces un dilema: o se puede acreditar de alguna manera que, al menos en su origen, el gobierno ha sido el resultado de la voluntad unánime de quienes habitan un territorio, o se debe aceptar que el gobierno es la imposición de la voluntad de un grupo —mayoritario o no— sobre el resto.

Durante el siglo XX, James Buchanan hizo un importante esfuerzo intelectual para tratar de justificar esa unanimidad de origen, no en los hechos —porque tal cosa es imposible de verificar—, sino al menos desde un análisis teórico.

Para Buchanan, existe un punto en el cual la jungla hobbesiana de la guerra de todos contra todos deja de ser rentable y puede ser económicamente conveniente para todos una pacificación social, sobre la base de un acuerdo de convivencia que parte del reconocimiento del derecho de propiedad. El punto de partida de este acuerdo es lo que él denomina la “distribución natural”, que es un equilibrio conceptual alcanzado el cual ni a unos les interesa matar o robar una unidad añadida del bien que se disputa, ni a los demás les interesa defender una unidad más de dicho bien, y en consecuencia, se puede pensar en una asignación de derechos que deje a todos satisfechos⁹⁶.

⁹⁶ Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, The University of Chicago Press, Cambridge, 1975, p. 24.

A diferencia de Locke, para quien el contrato social era una situación ideal para proteger los derechos, a la cual los individuos llegaban consciente y voluntariamente, deseosos de mejorar su situación, el artificio desarrollado por Buchanan parte de la idea conceptual de que en el estado de naturaleza la situación es tan mala que el acuerdo es la mejor solución, aún en las peores condiciones individuales en que pueda estar cada uno después de él⁹⁷.

Pero esto solo no basta para garantizar la paz. Si bien todos se benefician con la creación del gobierno de la ley y la definición de derechos, alguno o algunos pueden beneficiarse más si el resto respeta la ley y los derechos y ellos no. En la medida en que el pacto sea voluntario, siempre está latente la posibilidad de salirse del pacto y tratar de aprovechar las limitaciones voluntarias aceptadas por los demás, en una situación semejante a la del “dilema del prisionero”.

Esto justifica para Buchanan la inclusión de una cláusula coercitiva dentro del contrato original, y se llega a la constitución de un Estado, destinado a garantizar el respeto de los derechos mediante el uso de la fuerza en caso de que sea necesario.

Sin embargo, la necesidad de establecer ese sistema de coerción en caso de incumplimiento del pacto, complica este ideal de Estado desarrollado por Buchanan. Como él mismo señala:

*“No hay ningún medio obvio y efectivo por el que la institución o agente coercitivo pueda ser refrenada en su propia conducta. De ahí que, como advirtió Hobbes hace más de tres siglos, los individuos que contratan los servicios de instituciones coercitivas necesariamente tienen que rendir su propia independencia”*⁹⁸.

La necesidad de utilizar la coerción para hacer cumplir el pacto evidentemente supone el abandono de la regla de la unanimidad, con lo que los individuos pierden libertad. Ello no se atempera

⁹⁷ Ver Rojas, Ricardo M., *Análisis económico e institucional del orden jurídico*, ps. 228 y ss.

⁹⁸ Buchanan, James, op. cit., p. 67.

por el hecho de que las decisiones las tome la mayoría, pues como Buchanan sostuvo: “En conjunto, 51% de la población votante no parece que sea muy preferible al 49%”⁹⁹.

7.1.1. La decisión “democrática”

A partir de la premisa de que el gobierno es el resultado de la voluntad del “pueblo”, se supone que las decisiones que involucran a los asuntos públicos deben ser tomadas de un modo tal que garantice la mejor participación posible de ese pueblo.

Aparece así la regla de la mayoría como el método más razonable que se ha deducido para la toma de decisiones comunes. Como vimos, el propio Buchanan admite que, una vez justificada teóricamente la unanimidad de origen del gobierno civil, no es posible fundar las decisiones del gobierno en tal unanimidad.

Basar las decisiones comunes en la decisión mayoritaria trae varios tipos de problemas:

a) Si existe una mayoría, necesariamente existirán una o varias minorías. Incluso es posible que todas las minorías juntas superen en número de personas a la mayoría. En consecuencia, habría que reconocer circunstancialmente a algunas personas la potestad de decidir sobre otras que pueden estar en total desacuerdo con esa decisión. Esto supone, al menos, un fuerte punto de tensión con la idea lockeana del gobierno como garantía de protección de derechos individuales.

b) Por otra parte, muchas veces resulta difícil determinar cuál es esa mayoría, aún para temas concretos. Mucho se ha escrito sobre los problemas involucrados en las decisiones colectivas, especialmente a partir de los trabajos de Kenneth Arrow, y su “teorema de la imposibilidad”, también conocida como “paradoja de Arrow”, que muestra la dificultad o incluso imposibilidad de establecer reglas que

⁹⁹ Buchanan, James, *The Calculus of Consent*, University of Michigan, 1965, p. 81.

permitan la toma de decisiones políticas sobre la base de algún set de criterios razonables¹⁰⁰.

El modo en que el problema a decidir sea presentado, el orden o agenda de votación de los distintos aspectos a ser resueltos, los incentivos planteados coyunturalmente, pueden general, incluso, diversas mayorías contextuales, que sumadas concluyan en una decisión que no refleje la voluntad de quienes votaron cada tramo.

c) En tercer lugar, una sociedad en la cuál cada decisión colectiva tuviese que someterse a algún tipo de votación popular, sería insostenible. Cada individuo está inmerso en la resolución de sus propios problemas, busca su propio bienestar y acuerda libre y voluntariamente con los demás, intercambios que le permiten perseguir sus propios objetivos.

Si a ello tuviese que sumar la constante preocupación por asuntos comunes, desde una declaración de guerra hasta la reparación de una calle, su vida se convertiría en un calvario.

d) Ideas desarrolladas académicamente con mucha solidez, desde Adam Smith hasta hoy, muestran de qué modo la división del trabajo, la especialización y la asociación, combinados a través de acuerdos libres y voluntarios, han permitido el desarrollo de comunidades complejas y el más eficiente empleo de los recursos escasos. Friedrich A. von Hayek afianzó este concepto, al mostrar de qué modo las sociedades avanzan superando la natural ignorancia del hombre sobre la mayoría de los temas, a partir de la optimización del conocimiento disperso que el proceso de mercado favorece.

Problemas tales como una enfermedad cardíaca o la construcción de un edificio, no se resuelven con decisiones mayoritarias, sino contratando al mejor médico y arquitecto que se pueda pagar. Con el mismo criterio, pareciera que temas tales como proveer seguridad frente al crimen, defensa ante un posible ataque exterior o adminis-

¹⁰⁰ Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Value*, Willey, New York, 2º edición, 1963. Se trata de su tesis doctoral, aprobada en 1951.

trar justicia, deberían ser cuestiones resueltas por especialistas y no por consultas populares.

e) Por último, pero tal vez más importante, someter el goce de los derechos a la decisión mayoritaria coloca a todas las personas en una situación de constante incertidumbre, pues quien hoy está tranquilo porque está amparado por determinada decisión mayoritaria, puede mañana ser minoría y ver cómo sus derechos pueden resultar lesionados.

7.2. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Se deduce de lo expresado en los párrafos precedentes que la idea de una democracia directa, del “pueblo” tomando decisiones por sí mismo respecto de los asuntos públicos, supone un concepto romántico y entrañable, pero impracticable, especialmente en sociedades complejas y de gran población.

Surge entonces la idea de una democracia indirecta, es decir, la gente eligiendo determinadas autoridades, que se encargarán de tomar las decisiones operativas.

La democracia —esto es la “participación popular”— se expresa fundamentalmente en el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegidos en algunos de los cargos directivos del gobierno.

Pero esta limitación en el ámbito de la toma de decisiones por mayoría no elimina el peligro de violación de derechos individuales, en la medida en que esas autoridades elegidas por las mayorías no vean sus atribuciones limitadas por una norma superior, incluso, a esa propia mayoría, como es la Constitución.

Existe una tendencia a pensar que democracia es sinónimo automático de mayor libertad individual, porque supone la mayor participación de cada individuo en la elección del gobernante. Esta idea muy común, encierra una falacia que, en la práctica, ha justificado buena parte de las dictaduras populistas desarrolladas en el mundo, y en especial en América Latina.

Es que identificar el triunfo en una elección con la legitimación democrática y la libertad del país, lleva muchas veces a convertir las contiendas electorales en campos de batalla que tienen por finalidad justificar la perpetuación en el poder de dictadores.

Entre los muchos ejemplos ilustrativos de esto, se puede mencionar el régimen autoritario de Alfredo Stroessner en Paraguay, quien fue el dictador latinoamericano que más tiempo estuvo en el poder después de Fidel Castro.

Stroessner fue presidente del Paraguay desde 1954 hasta 1989. Durante esos treinta y cinco años, renovó su mandato en elecciones producidas puntualmente cada cinco años, que tuvieron lugar en 1958, 1963, 1968, 1973, 1978, 1983 y 1988. El Partido Colorado, al que manejaba férreamente y que a su vez ostentaba el control absoluto del país, prácticamente no tenía oposición en cada comicio. Los disidentes políticos se auto-exiliaban en países vecinos poco antes de las elecciones, o eran detenidos por el gobierno durante dicho período, y sólo existían unos pocos partidos insignificantes en sus posibilidades electorales, algunas veces avalados secretamente por el propio gobierno para dar la sensación de competencia electoral.

En este contexto, la democracia, entendida como el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos de votar en los comicios, era sólo una fachada formal que el régimen utilizó para justificar la permanencia en el ejercicio del poder absoluto.

Con esto no quiero decir que la democracia, o la elección popular de gobernantes no sirva, o deba ser desechada. Por el contrario parece el método más legítimo y razonable para que millones de personas se pongan de acuerdo en la elección de funcionarios del gobierno. Pero es importante tener en cuenta que el mayor o menor goce de los derechos por parte de los ciudadanos, no depende tanto de su mayor o menor participación en la toma de ciertas decisiones políticas, sino de que las atribuciones del gobierno sean limitadas.

7.2.1. Modos de participación popular en la democracia representativa

La participación ciudadana en la toma de ciertas decisiones o el control de los actos del gobierno, sin embargo, no se limita a la elección de autoridades cada cierto número de años.

Especialmente con el desarrollo de la tecnología, los medios para recabar y solicitar información de las autoridades sobre los actos del gobierno están cada vez más a disposición del ciudadano común; y fundamentalmente a través de instituciones intermedias, medios de prensa, ong's, etc., existen muchas formas de investigar el comportamiento de los funcionarios y poner en marcha los resortes institucionales para su juzgamiento y castigo, cuando corresponda.

Sumando una cantidad suficiente de voluntades, los ciudadanos pueden además, también utilizando los canales institucionales establecidos en la Constitución, presentar proyectos legislativos o peticiones al ejecutivo.

Pero como se ha dicho al comienzo de este trabajo, más importante que la constitución formal, por encima del papel escrito, está la constitución material, el modo en que se verifica en la práctica el correcto funcionamiento de sus instituciones y el respeto de los derechos.

En este sentido, puede advertirse que en Cuba existió la iniciativa legislativa popular en la Constitución de 1940 (artículo 135, inciso f)), y dicha iniciativa fue mantenida en la Constitución comunista de 1992 (artículo 88, inciso g). Sobre la base de esta previsión constitucional Oswaldo Payá Sardiñas presentó el llamado "Proyecto Varela", acompañado por un número de adhesiones que superaba con holgura la exigencia legal; sin embargo, dicho proyecto no sólo fue ignorado por el gobierno y jamás tratado, sino que se persiguió a quienes lo promovieron y firmaron como subversivos y contrarrevolucionarios¹⁰¹.

¹⁰¹ Rojas, Ricardo M., *Los Derechos Fundamentales...*, ps. 180 y ss.

Por el contrario, la participación popular ha sido utilizada como excusa por el régimen dictatorial cubano al crear los Comités de Defensa de la Revolución (CDR) en 1962, con el propósito declarado de cumplir ciertas funciones sociales y organizar la defensa armada frente a una hipotética invasión del país.

En cada rincón de la Isla, los CDR tienen la función de organizar al pueblo para que actúe y se organice espontáneamente en la emergencia. La realidad es que estos Comités han tenido la misión real de espiar a los vecinos e informar a las autoridades sobre los movimientos de cada persona ¹⁰².

7.3. CONCLUSIÓN DE ESTE PUNTO: LA CONSTITUCIÓN DEBE PREVALECER SOBRE LAS MAYORÍAS

Lo dicho hasta aquí refuerza la idea de que la Constitución es una valla, un límite de contención frente al avance del poder sobre los derechos individuales; y no importa que quien pretenda dicho avance lo haga por el mero empleo de las armas, o con el consentimiento de millones de personas.

La propia Constitución establecer mecanismos de reforma que pueden ser accionados si se produce un consenso lo suficientemente fuerte como para generar las mayorías necesarias para que esto ocurra.

Pero en tanto no suceda, la Constitución está por encima de cualquier persona, incluso del gobernante, y muchas veces opera como un freno inestimable de sus intentos de avanzar sobre los derechos individuales.

Se ha visto frecuentemente en los últimos tiempos, cómo determinados presidentes cuyos mandatos están limitados por la Constitución, han intentado, o bien modificar la Constitución para tener la ocasión de extender su poder, o bien hacer interpretaciones

¹⁰² Rojas, Ricardo M., op. cit., ps. 113 y ss.

descabelladas de dicha Constitución, pretendiendo un derecho que ella no les otorga.

En la mayoría de esos casos, se ha invocado la democracia como argumento. Se ha dicho que si la mayoría de la ciudadanía estaba dispuesta a que dicho presidente tuviese un nuevo mandato, la Constitución no podía oponerse a esa voluntad popular.

Pero lo cierto es que la carta fundamental intenta crear un gobierno de leyes, de instituciones, no de hombres, y las limitaciones a los mandatos o las prohibiciones de reelección indefinida, tienen por finalidad evitar que los gobernantes utilicen el poder y los privilegios que pone a su alcance su posición, para perpetuarse en el cargo.

8. LAS LEYES QUE DEBEN COMPLEMENTAR LA CONSTITUCIÓN

“Ninguna Constitución se basta a sí misma, ninguna se ejecuta por sí sola. Generalmente es un simple código de los principios que deben ser base de otras leyes destinadas a poner en ejecución esos principios”.

Juan Bautista Alberdi, 1853.

Como vimos a lo largo de esta primera parte, es cada vez más frecuente en muchas constituciones modernas, e incluso en cierta medida lo fue en la Constitución cubana de 1940, que se toma como modelo en este trabajo, incluir como cláusulas constitucionales la regulación de ciertos aspectos que deberían dejarse librados a la legislación común.

Por ejemplo, las condiciones para ser ciudadano, o para poder ser votante en las elecciones, o el lugar donde estará radicada la capital del país, suelen figurar en las constituciones.

Ello genera un problema ya tratado más arriba, consistente en que por distintas circunstancias algunas de esas cláusulas quedan en desuso o se advierte la conveniencia de modificarlas, y en tal caso, será necesaria una reforma constitucional.

Por ejemplo, como se recordó en el Capítulo 3, la constitución cubana de 1901 estableció el derecho al sufragio a los ciudadanos cubanos a partir de los 21 años (artículo 38). La constitución de 1940 estableció que ese era un derecho-deber que debía ser ejercido a partir de los 20 años (artículo 99). Muchas legislaciones contemporáneas fijan otras edades. Y posiblemente esto sea una cuestión vinculada con la evolución de la sociedad y los estándares relativos

a la mayor o menor madurez, que pueden cambiar a lo largo del tiempo.

Si este requisito fuera establecido en la Constitución, cualquier modificación que se quisiera hacer a este respecto, requeriría una reforma constitucional. Ya vimos por qué es preferible que la constitución permanezca inalterable, y que precisamente su estabilidad es su cualidad más preciosa.

Por ello, resulta conveniente que cuestiones tales como las condiciones para ser ciudadano, el régimen electoral, la organización de los tribunales, la reglamentación del habeas corpus, etc., a pesar de ser cuestiones muy importantes, de todos modos no sean objeto de regulación por la constitución, sino por leyes del Congreso. Estas leyes, no obstante tener la misma jerarquía que las demás, se convertirían en normas fundamentales para la implementación práctica de puntos directamente regidos por la Constitución.

Ahora bien, el hecho de que cuestiones fundamentales deban normarse a través de leyes del Congreso, no invalida el hecho de que sería muy conveniente para la marcha del país que dichas leyes fueran sancionadas contemporáneamente o en un período muy cercano al comienzo de la vigencia de la nueva Constitución.

La Convención Constituyente, actuando como asamblea legislativa en los primeros tiempos hasta que se constituyan las nuevas autoridades, podría aprobar, junto con la Constitución, las primeras leyes de este tipo.

LEYES COMPLEMENTARIAS A LA CONSTITUCIÓN

Tomando como base el proyecto que se incluye en la segunda parte de este trabajo, se pueden mencionar las siguientes leyes que deberían ser prioritariamente sancionadas por el Congreso, y que regulan directamente cláusulas constitucionales:

1. Ley de símbolos patrios (artículo 4).
2. Ley de ciudadanía (artículo 5)

3. Ley de asiento de las autoridades del gobierno (artículo 4).
4. Código penal y de procedimientos penales, que regulen las limitaciones y garantías en materia penal (arts. 7 a 12 y 31).
5. Ley de reglamentación de allanamientos y ocupación de correspondencia y documentos privados (artículo 14).
6. Responsabilidad por las publicaciones (artículo 15).
7. Ley de expropiación (artículo 16).
8. Ley de patentes y marcas, y propiedad intelectual (artículo 16).
9. Ley tributaria (artículo 17).
10. Reglamentación del ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades (artículo 20).
11. Ley sobre validez de títulos profesionales (artículo 22).
12. Ley de inmigración (artículo 23).
13. Régimen tributario (artículo 30).
14. Ley electoral (artículo 33 y siguientes)
15. Ley de organización del censo nacional (artículo 36).
16. Reglamento interno de cada Cámara Colegisladora (artículo 44).
17. Ley de relación entre ambos Cuerpos Colegisladores (artículo 46).
18. Ley que reglamenta la iniciativa legislativa popular (artículo 50).
19. Regulación del ejercicio de la facultad de indulto por el Presidente de la República (artículo 63, inc. 11).
20. Ley de organización de la Administración Pública (artículo 63, inciso 16).
21. Ley de Ministerios (artículo 67).
22. Ley orgánica del Poder Judicial (artículo 74).
23. Códigos de Procedimientos (artículo 82.2).
24. Ley del Ministerio Público (artículo 83).
25. Ley orgánica del Consejo de la Magistratura (artículo 84).
26. Ley de organización de los gobiernos provinciales (artículo 30, 86 y siguientes).

27. Ley de organización de los gobiernos municipales (artículo 30, 98 y siguientes).

28. Ley de organización del Tribunal de Cuentas (artículo 106).

Parte II

**PROYECTO DE CONSTITUCIÓN
PARA LA REPÚBLICA DE CUBA**

En los capítulos precedentes se han esbozado una serie de elementos fundamentales para el desarrollo de un orden constitucional basado en el reconocimiento y respeto de los derechos individuales y los límites al poder.

A continuación se presentará un proyecto de Constitución que recoge fundamentalmente las cláusulas de las cartas cubanas de 1901 y 1940 que están en sintonía con aquellos elementos. No tiene este texto la pretensión de ser un proyecto acabado, pero sí tal vez un buen punto de partida, que toma la tradición constitucional pre-comunista y puede ser por lo tanto de utilidad para reconstruir las instituciones republicanas en el país.

*Nosotros, los Delegados del pueblo de Cuba, reunidos en Convención Constituyente, a fin de redactar la Ley Fundamental de su organización como Estado independiente y soberano, estableciendo un gobierno destinado a asegurar la libertad y la justicia, y a promover el bienestar general, acordamos y adoptamos, invocando el favor de Dios, la siguiente Constitución*¹⁰³.

TÍTULO I

De la Nación, su forma de gobierno y territorio

Artículo 1. El Pueblo de Cuba se constituye en Estado independiente y soberano, y adopta como forma de gobierno la representativa y republicana¹⁰⁴.

La soberanía reside en el pueblo, y de éste emanan todos los poderes públicos, ejercidos a través de las instituciones establecidas en esta Constitución. Ninguna persona o grupo de personas podrá

¹⁰³ Se mantienen los lineamientos del Preámbulo de las constituciones de 1901 y 1940. Se conserva por lo tanto la invocación del favor de Dios, que fue objeto de discusiones en la asamblea Constituyente de la primera de estas constituciones, en la que los delegados Salvador Cisneros Betancourt y Morúa Delgado encarnaron la posición contraria a dicha invocación. Este último sostuvo en la convención: “si como dicen los creyentes...Dios está en todas partes, no es necesario que nosotros lo traigamos a la Constitución” (Bernal, Beatriz, *Cuba y sus Leyes*, UNAM, México, 2002, p. 92). Pero fuera de estas opiniones, pareciera haber consenso en mantener esa invocación.

¹⁰⁴ Artículo 1º de la Constitución de 1901, con el agrado de la expresión “representativa”, como forma de reforzar la idea de democracia indirecta.

arrogarse la representación del pueblo, en tanto no sea a través de las instituciones y los procedimientos que fija esta Constitución¹⁰⁵.

Artículo 2. El territorio de la República está integrado por la Isla de Cuba, la Isla de Pinos y las demás islas y cayos adyacentes que con ellas estuvieron bajo la soberanía de España hasta la ratificación del Tratado de París, del diez de diciembre de 1898; así como las que se hubiesen anexado desde entonces o lo hiciesen en el futuro¹⁰⁶.

Artículo 3. El territorio de la República se divide en Provincias, y éstas en términos municipales. Las actuales provincias se denominan: Pinar del Río, La Habana, Matanzas, Las Villas, Camagüey y Oriente, conservando los límites que actualmente poseen¹⁰⁷.

Las Provincias podrán incorporarse unas a otras o dividirse para formar nuevas Provincias mediante acuerdo de los respectivos Consejos Provinciales y con la aprobación del Congreso¹⁰⁸.

Artículo 4. El nombre oficial del país es República de Cuba, el idioma oficial es el español, y una ley especial del Congreso determinará cuáles son su bandera, su escudo y su himno¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Artículo 2 de la Constitución de 1940, con el agregado que refuerza la idea de democracia indirecta.

¹⁰⁶ Artículo 2 de la Constitución de 1901 y artículo 3 de la Constitución de 1940. Se agrega la cláusula que permite eventuales anexiones territoriales futuras, sin necesidad de reforma constitucional.

¹⁰⁷ Artículo 3 de la Constitución de 1901, artículo 4 de la Constitución de 1940.

¹⁰⁸ Segundo párrafo del artículo 3 de la Constitución de 1901, artículo 234 de la Constitución de 1940.

¹⁰⁹ Se ha preferido dejar la cuestión de la determinación de los símbolos patrios a la decisión del Congreso, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución de 1940. Respecto del idioma oficial, se sigue el artículo 6 de la Constitución de 1940.

Del mismo modo, una ley especial determinará en cual ciudad o ciudades tendrán su asiento las autoridades instituidas en la presente Constitución ¹¹⁰.

TÍTULO II

De los ciudadanos y extranjeros

Artículo 5. La calidad de ciudadano cubano se adquiere por nacimiento o por naturalización, en las condiciones que determine una ley especial del Congreso ¹¹¹.

Asimismo la ley deberá establecer las circunstancias por las cuáles se puede perder o recuperar la ciudadanía ¹¹².

Artículo 6. Los extranjeros residentes en el territorio de la República, están sometidos a las mismas leyes y gozan de los mismos derechos y facultades que los ciudadanos, con excepción de aquellos que por esta Constitución se reservan exclusivamente a estos últimos ¹¹³.

¹¹⁰ Se considera más adecuado a la mecánica constitucional, remitir a una ley del Congreso la decisión del lugar donde tendrá su asiento el gobierno. Dicha ley podrá evaluar, asimismo, si los distintos poderes e instituciones creados por la Constitución deberá instalarse todos en la misma ciudad, o podrán ser descentralizados y localizados en distintos lugares, como ocurre en varios países.

¹¹¹ Artículo 4 de la Constitución de 1901, artículo 11 de la Constitución de 1940.

¹¹² Se ha optado por dejar los requisitos para ser ciudadano, así como las circunstancias por las cuáles se puede perder o recuperar la calidad de ciudadano, a lo que disponga la ley reglamentaria.

¹¹³ Se toman como base los artículos 10 de la Constitución de 1901 y 19 de la Constitución de 1940. En lugar de una referencia casuística de equiparación, se ha preferido hacer una referencia genérica, más amplia, con excepción de los derechos políticos que la propia Constitución reserva a los ciudadanos.

TÍTULO III

De los derechos que garantiza esta Constitución

SECCIÓN PRIMERA

De los Derechos Individuales

Artículo 7. Nadie podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriban las leyes¹¹⁴.

Todo detenido deberá ser entregado al juez o tribunal competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de su detención, o de lo contrario ser puesto en libertad¹¹⁵.

Dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez o Tribunal, éste convertirá la detención en prisión —fundada según lo prescripto por la ley— o la dejará sin efecto¹¹⁶.

Desde el momento en que el detenido sea puesto a disposición del juez deberá garantizarse su derecho a conocer los motivos de su detención y a designar y entrevistarse con un abogado defensor elegido por él, o en su defecto provisto por el juez¹¹⁷.

¹¹⁴ Artículo 15 de la Constitución de 1901. Se prefiere la remisión a la ley procesal en lugar de las regulaciones establecidas respecto de ésta y otras garantías en la Constitución de 1940.

¹¹⁵ Artículos 16 de la Constitución de 1901 y 27 de la Constitución de 1940.

¹¹⁶ Artículos 17 de la Constitución de 1901 y 27 de la Constitución de 1940.

¹¹⁷ Artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución de 1901 y 27 de la Constitución de 1940. Se ha agregado el derecho de entrevistarse previamente con un abogado y la eventual designación de abogado de oficio, como garantías constitucionales que han sido reconocidas y aceptadas pacíficamente en todo el mundo, especialmente en las últimas décadas.

En los casos de estos tres últimos párrafos del artículo 7, se opta por el detalle, pues está en juego el límite del poder del gobierno para mantener detenida a una persona y los derechos de los que goza el detenido, lo que requiere ciertas precisiones para luego ser reglamentadas por las leyes procesales.

Artículo 8. Nadie podrá ser mantenido en prisión, sino en virtud de mandamiento de juez o Tribunal competente, debidamente fundada y con intervención de la defensa.

La ley determinará las condiciones y el plazo durante el cual se podrá extender la prisión, previa a la sentencia ¹¹⁸.

Artículo 9. Nadie podrá ser procesado ni sentenciado sino por juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en las formas que éstas establezcan ¹¹⁹.

Se aplicará siempre la ley más benigna para el imputado, teniendo en cuenta las que estuviesen vigentes entre el momento en que se habría cometido el delito, hasta el agotamiento de la pena ¹²⁰.

Artículo 10. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución o en las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier ciudadano.

La ley determinará las formas de proceder sumariamente en este caso, a través de una acción de habeas corpus ¹²¹.

Artículo 11. No podrá imponerse, en ningún caso, la pena de muerte por delitos políticos o conexos a ellos, los cuáles serán definidos por la ley siguiendo las pautas establecidas en las convenciones internacionales respectivas ¹²².

¹¹⁸ Artículos 18 de la Constitución de 1901 y 27 de la Constitución de 1940. La referencia al plazo máximo de duración de la prisión sin sentencia condenatoria firme, se vincula con el respeto a garantías universalmente reconocidas e incluidas en convenciones internacionales.

¹¹⁹ Artículos 19 de la Constitución de 1901 y 28 de la Constitución de 1940.

¹²⁰ Garantía reconocida ampliamente y que emana de los artículos 12 de la Constitución de 1901 y 21 de la Constitución de 1940.

¹²¹ Artículos 20 de la Constitución de 1901 y 29 de la Constitución de 1940.

¹²² Artículo 14 de la Constitución de 1901. Se tiene en cuenta el artículo 25 de la Constitución de 1940. La referencia a las convenciones internacionales,

Artículo 12. Nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Las normas procesales deberán garantizar la defensa en juicio del imputado y el debido proceso legal ¹²³.

Artículo 13. Todos los habitantes son iguales ante la ley. La República no reconoce fueros ni privilegios personales, más allá de los derechos que exclusivamente gozan los ciudadanos, de acuerdo con las previsiones de esta Constitución ¹²⁴.

Artículo 14. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar, los papeles privados, y cualquier otro tipo de correspondencia o documentación privada, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación ¹²⁵.

Las autoridades deberán asegurar el secreto de los extremos ajenos al asunto que motivara la ocupación o examen de documentación privada ¹²⁶.

y especialmente la jurisprudencia de los tribunales internacionales, conduce a la tendencia a eliminar completamente la aplicación de la pena de muerte.

¹²³ Artículo 21 de la Constitución de 1901. Se receptan en forma genérica varias cláusulas de los artículos 26 y 28 de la Constitución de 1940. Para la integración de los conceptos de “defensa en juicio” y “debido proceso legal”, será fundamental la elaboración jurisprudencial de los tribunales y la aplicación de las convenciones internacionales a las que se refiere el artículo 25 del presente proyecto.

¹²⁴ Artículos 11 de la Constitución de 1901 y 20 de la Constitución de 1940. se prefiere la expresión “habitantes” en lugar de “ciudadanos”, para reforzar la idea de que existen iguales derechos civiles para los extranjeros; y por eso se hace la salvedad de aquellos derechos políticos que son gozados exclusivamente por los ciudadanos.

¹²⁵ Artículos 22 y 23 de la Constitución de 1901 y 32 y 34 de la Constitución de 1940. Se tomó en parte la redacción del artículo 18 de la Constitución Argentina de 1853-60.

¹²⁶ Artículos 22 de la Constitución de 1901 y 32 de la Constitución de 1940.

Artículo 15. Toda persona podrá libremente, y sin sujeción a censura previa, expresar su opinión o pensamiento, de palabra o por cualquier medio, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello se pudieran seguir de acuerdo con las leyes ¹²⁷.

Artículo 16. Todo habitante tiene derecho de usar y disponer de su propiedad.

La propiedad es inviolable, y nadie podrá ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación sólo procede por causa justificada de utilidad pública determinada por una ley especial, y previa la correspondiente indemnización ¹²⁸.

Todo autor o inventor gozará de la propiedad exclusiva de su obra o invención, por el tiempo y en la forma que determine la ley ¹²⁹.

Los derechos adquiridos e incorporados al patrimonio no podrán ser anulados o alterados por actos posteriores del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo ¹³⁰.

Artículo 17. Nadie podrá ser obligado a pagar contribuciones ni impuestos que no estuviesen legalmente establecidos y cuyo cobro no se hiciese en la forma prescrita por la ley; ni se le podrá exigir ningún servicio personal, sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley ¹³¹.

¹²⁷ Artículos 25 de la Constitución de 1901 y 32 de la Constitución de 1940. La expresión “por cualquier medio”, reemplaza a la casuística contenida especialmente en la Constitución de 1940, y permite incluir no sólo a los medios de difusión del pensamiento que se conocen hoy en día, sino los que puedan desarrollarse en el futuro.

¹²⁸ Tomado de los artículos 14 y 17 de la Constitución Argentina de 1853-60. Se siguen lineamientos de los artículos 32 de la Constitución de 1901 y 87 de la Constitución de 1940.

¹²⁹ Artículos 35 de la Constitución de 1901 y 92 de la Constitución de 1940.

¹³⁰ Complemento de la previsión del párrafo anterior.

¹³¹ Artículo 34 de la Constitución de 1901.

No podrá imponerse en ningún caso tributo o carga personal que implique confiscación de la propiedad¹³².

Artículo 18. Las acciones privadas de las personas, que de ningún modo afecten el orden público o perjudiquen a un tercero, quedan exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe¹³³.

Artículo 19. Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, y el de asociarse para todos los fines lícitos de la vida; así como de ejercer toda industria o profesión lícitas¹³⁴.

Artículo 20. Toda persona tiene el derecho de dirigir peticiones a las autoridades, de que sus peticiones sean respondidas y se le comunique la resolución que a ellas recaiga, en un término razonable; todo ello en las condiciones establecidas por la ley¹³⁵.

Artículo 21. Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto del orden público y los derechos de terceros.

La Iglesia está separada del Estado, el cual no podrá subvencionar en modo alguno ningún culto¹³⁶.

¹³² Artículo 24 de la Constitución de 1940.

¹³³ Tomado del artículo 19 de la Constitución argentina de 1853-60.

¹³⁴ Artículos 28 de la Constitución de 1901 y 36 de la Constitución de 1940. Se agrega el derecho de ejercer toda industria o profesión lícita, tomado del artículo 14 de la Constitución Argentina de 1853-60.

¹³⁵ Artículos 27 de la Constitución de 1901 y 36 de la Constitución de 1940. Las condiciones en las que deben producirse las peticiones y sus respuestas, quedan libradas a lo que disponga la reglamentación legal.

¹³⁶ Tomado de los artículos 26 de la Constitución de 1901 y 35 de la Constitución de 1940. La referencia a la moral cristiana parece superflua, tenien-

Artículo 22. Toda persona tiene derecho de aprender y enseñar libremente cualquier ciencia, arte o profesión, y fundar o sostener establecimientos de educación y enseñanza.

Una ley especial determinará cuáles profesiones exigirán títulos especiales, los requisitos necesarios para obtener esos títulos y la expedición de los mismos, así como las condiciones para el ejercicio profesional¹³⁷.

Artículo 23. Toda persona podrá entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de Cuba, sin más requisito que el que establezcan las leyes generales sobre inmigración y las facultades atribuidas a las autoridades en caso de responsabilidad criminal¹³⁸.

Ningún ciudadano cubano podrá ser expatriado, ni a ninguno podrá prohibírsele la entrada en el territorio de la República¹³⁹.

Artículo 24. La enumeración de los derechos garantizados expresamente por esta Constitución, no excluye otros que se derivan del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno¹⁴⁰.

Artículo 25. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el

do en cuenta que el respeto de ejercer cualquier culto tiene como límite el previo respeto a los derechos individuales contenidos en esta Constitución.

¹³⁷ Tomado fundamentalmente del artículo 14 de la Constitución Argentina de 1853-60, con la adaptación a las necesidades actuales de garantizar ciertas cualidades mínimas para el ejercicio de determinadas profesiones, lo que deberá ser regulado por las leyes respectivas.

¹³⁸ Artículos 29 de la Constitución de 1901 y 30 de la Constitución de 1940.

¹³⁹ Artículos 30 de la Constitución de 1901 y 30 de la Constitución de 1940.

¹⁴⁰ Artículos 35 de la Constitución de 1901 y 40, segunda parte, de la Constitución de 1940.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno garantizado por esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.¹⁴¹

Artículo 26. Las leyes que regulen el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulas si los disminuyen, restringen o adulteran¹⁴².

SECCIÓN SEGUNDA

La suspensión de las garantías

Artículo 27. Las garantías constitucionales de los derechos reconocidos en los artículos 7, 14, 19 y 23, de esta Constitución, podrán suspenderse, en todo o en parte del territorio nacional, por un período no superior a sesenta días, cuando lo exija la seguridad

¹⁴¹ Tomado del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Argentina de 1994. Recoge la tendencia internacional a sancionar un conjunto básico de derechos individuales reconocidos en las principales convenciones y tratados internacionales de aplicación generalizada en el mundo y especialmente en la región. Los derechos contenidos en estos instrumentos internacionales son considerados como parte integrante de la Constitución y deben ser interpretados en forma armónica con el resto de sus cláusulas. Los lineamientos filosóficos de esta tendencia ya estaban presentes en el artículo 7 de la Constitución de 1940.

¹⁴² Artículos 37 de la Constitución de 1901 y 40 de la Constitución de 1940. En sentido similar, artículo 28 de la Constitución Argentina de 1853-60.

del Estado, en caso de guerra o invasión del territorio nacional, o de grave alteración del orden que amenace la paz pública¹⁴³.

La suspensión de las garantías constitucionales sólo podrá disponerse por ley especial del Congreso. Si no estuviese reunido el Congreso, podrá disponerlo el Presidente de la República por decreto. En este caso deberá convocar al Congreso a una sesión especial para que, dentro de un plazo de 48 horas y reunido en un solo Cuerpo, ratifique o no la suspensión, en votación nominal y por mayoría absoluta de sus miembros¹⁴⁴.

En el caso en que el Congreso así reunido votase en contra de la suspensión, las garantías quedarán automáticamente reestablecidas¹⁴⁵.

Artículo 28. Vencido el plazo de la suspensión, sólo podrá prorrogarse por un plazo igual, en virtud de una nueva ley del Congreso aprobada por mayoría de dos terceras partes de sus miembros. Una vez agotada la prórroga, no podrá mantenerse la suspensión ni disponerse una nueva suspensión, sino hasta que hubiese transcurrido un plazo de al menos un año.

El mantenimiento de la suspensión de las garantías constitucionales mencionadas más allá del plazo establecido y de su prórroga, en su caso, implicará la suspensión de la vigencia de la presente Constitución, la consecuente ilegitimidad del gobierno que permanezca ejerciendo los poderes públicos y la responsabilidad personal de sus autoridades.

¹⁴³ Artículos 40 de la Constitución de 1901 y 41 de la Constitución de 1940. Se diferencia del texto de 1901 en que se establece un plazo máximo para la suspensión de las garantías, y de la de 1940 en que ese plazo es de 60 días, lo que tiene que ver con la gravedad que deberá mostrar la crisis para justificar la suspensión.

¹⁴⁴ Artículos 42 de la Constitución de 1901 y 41 de la Constitución de 1940.

¹⁴⁵ Artículo 41, in fine, de la Constitución de 1940.

En este último supuesto, una vez reestablecida la legalidad constitucional, los responsables de la suspensión ilegal de las garantías constitucionales deberán ser sometidos a juicio por los tribunales de la República, en orden a los delitos y a la responsabilidad civil correspondientes ¹⁴⁶.

Artículo 29. El territorio en que fueran suspendidas las garantías, se regirá durante la suspensión por la Ley de Orden Público dictada con anterioridad; pero ni en dicha ley ni en otra alguna, podrá disponerse la suspensión de más garantías que las mencionadas en el artículo anterior.

Tampoco podrá, durante la suspensión, crearse nuevos delitos ni imponerse otras penas que las establecidas por las leyes vigentes al decretársela.

Los detenidos por los motivos que hayan determinado la suspensión, deberán ser reclusos en lugares especiales, distintos de los establecimientos públicos destinados a la detención de procesados o condenados por delitos comunes. Queda prohibido al Poder Ejecutivo, durante la suspensión de garantías, la detención de persona alguna por más de siete días sin hacer entrega de ella a la autoridad judicial ¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Por este artículo se otorga un plazo excepcional para la suspensión de las garantías, pero se fijan las bases para que luego de dicho plazo perentorio y definitivo, cualquier supresión de garantías constitucionales signifique la virtual suspensión en la aplicación de la Constitución, y la transformación en un gobierno de facto, con todas las consecuencias que ello podrá traer luego del reestablecimiento del orden constitucional.

La suspensión de las garantías constitucionales es un hecho de suma gravedad, y no podrá tolerarse bajo ninguna circunstancia que se extienda más allá del plazo y la prórroga establecida en este artículo. Transcurrido dicho plazo, de persistir la crisis, habrá que entender que es de tal magnitud que la Constitución ha perdido su vigencia.

¹⁴⁷ Artículos 41 de la Constitución de 1901 y 42 de la Constitución de 1940. Se acortó el plazo de la detención exclusiva por el Poder Ejecutivo a siete días.

Las personas detenidas en virtud de la suspensión de garantías, podrán optar por abandonar el país, en cuyo caso las autoridades podrán impedir su reingreso mientras dure la suspensión.¹⁴⁸

TÍTULO IV

De la soberanía y los poderes públicos

Artículo 30. La soberanía reside en el Pueblo de Cuba y de éste derivan todos los poderes públicos¹⁴⁹.

El Estado ejerce sus funciones por medio de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y los organismos reconocidos en la Constitución o que conforme a la misma se establezcan por la ley¹⁵⁰.

Una ley especial del Congreso dictará los estatutos de organización de los gobiernos provinciales y municipales, que deberán respetar los principios de esta Constitución, y ejercerán sus funciones de manera coordinada con el gobierno de la República, con el propósito de alcanzar más eficientemente sus fines¹⁵¹.

Por su parte, el Congreso organizará, por ley especial, el régimen tributario de la República, y el modo en que los recursos fiscales serán percibidos, distribuidos y aplicados en las distintas jurisdicciones: nacional, provincial y municipal.

Tanto las leyes de organización de los gobiernos provinciales y municipales, como las que organicen el régimen tributario, deberán ser sancionadas y modificadas por el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara Colegislativa.

¹⁴⁸ Se incluye como una garantía más durante la suspensión, la posibilidad de que el detenido opte por abandonar el país, tal como se reconoce en algunas Constituciones, como la Argentina de 1853-60, artículo 23, in fine.

¹⁴⁹ Artículo 43 de la Constitución de 1901.

¹⁵⁰ Artículo 118 de la Constitución de 1940.

¹⁵¹ Se sigue el criterio del artículo 250 de la Constitución de 1940.

Artículo 31. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, autoridades e instituciones creadas por esta Constitución.

Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de sedición, cuya pena será establecida en una ley especial¹⁵².

TÍTULO V

Del Poder Legislativo

SECCIÓN PRIMERA

De los Cuerpos Colegisladores

Artículo 32. El Poder Legislativo se ejerce por dos Cuerpos electivos que se denominan: “Senado” y “Cámara de Representantes”, y conjuntamente reciben el nombre de “Congreso”¹⁵³.

SECCIÓN SEGUNDA

Del Senado, su composición y atribuciones

Artículo 33. El Senado se compone de seis senadores por Provincia, elegidos en cada una para un período de seis años, por sufragio universal, igual, directo, secreto, en un solo día, y en la forma que prescriba la ley.

El Senado se renovará por mitades cada tres años¹⁵⁴.

¹⁵² Tomado de la Constitución Argentina de 1853-60, artículo 22. De este modo se refuerza la noción de democracia representativa.

¹⁵³ Artículos 44 de la Constitución de 1901 y 119 de la Constitución de 1940.

¹⁵⁴ Artículos 45 de la Constitución de 1901 y 120 de la Constitución de 1940. Se mantiene el número de senadores por provincia establecido en la Constitución

Artículo 34. Para ser Senador se requiere:

- 1) Ser ciudadano cubano.
- 2) Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
- 3) Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos ¹⁵⁵.

Artículo 35. Son atribuciones propias del Senado:

1. Juzgar, constituido en Tribunal, al Presidente y/o Vicepresidente de la República cuando fueren acusados por la Cámara de Representantes por infracción de los preceptos constitucionales, o por mal desempeño de sus funciones o crímenes durante su ejercicio.

2. Juzgar, constituido en Tribunal, a los Ministros de Gobierno cuando fueren acusados por la Cámara de Representantes de delito contra la seguridad exterior del Estado, el libre funcionamiento de los Poderes Legislativo o Judicial, infracción de los preceptos constitucionales, o de cualquier otro delito de carácter político que la ley determine.

3. Juzgar, constituido en Tribunal, a los Gobernadores de Provincias, cuando fueren acusados por el Consejo Provincial o por el Presidente de la República por cualquiera de los delitos expresados en el inciso anterior.

4. Juzgar, constituido en Tribunal, a los Jueces del Tribunal Supremo de Justicia y a los miembros del Tribunal de Cuentas, cuando fueren acusados por la Cámara de Representantes, por alguna de las causales enumeradas en el inciso 1º.

de 1901. Se establece un mandato intermedio para los senadores, entre los que contemplan ambas constituciones, que en definitiva se fija en 6 años, renovándose por mitades cada tres años. Se mantiene el voto directo de senadores, que establece la Constitución de 1940.

¹⁵⁵ Artículos 46 de la Constitución de 1901 y 121 de la Constitución de 1940. Se prioriza la condición de ciudadano cubano, entre los requisitos para ser Senador, frente a la exigencia de ser cubano de nacimiento. Se mantiene la edad mínima requerida por la Constitución de 1901.

5. Juzgar, constituido en Tribunal, a Jueces inferiores de la República, cuando fueren acusados por el Consejo de la Magistratura en las condiciones establecidas por el artículo 85, inciso 2º, por alguna de las causales enumeradas en el inciso 1º.

En los casos en que el Senado se constituya en Tribunal, será presidido por el Presidente del Tribunal Supremo; excepto cuando se trate del juzgamiento de alguno de los miembros del propio Tribunal Supremo, en cuyo caso el presidente del tribunal será el Vicepresidente de la República. No podrán imponer a los acusados otras penas que la de destitución o las de destitución e inhabilitación para ejercer cargos públicos, sin perjuicio de que los Tribunales ordinarios les impongan cualquiera otra en que hubieren incurrido ¹⁵⁶.

6. Aprobar los nombramientos que haga el Presidente de la República, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los miembros del Tribunal de Cuentas, por mayoría de dos terceras partes de sus miembros; y de los restantes jueces de la República, por simple mayoría; de los Representantes diplomáticos y Agentes consulares de la Nación, de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, y de los demás funcionarios cuyo nombramiento requiera su aprobación, según la ley ¹⁵⁷.

7. Aprobar los Tratados que negociare el Presidente de la República con otras Naciones ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Tomado de los artículos 47, inc. 1 a 3 de la Constitución de 1901, y 122, incisos a) a c), de la Constitución de 1940. Se incluye entre los funcionarios pasibles de juicio político por el Senado al Vicepresidente de la República y a los jueces del Tribunal Supremo de Justicia.

¹⁵⁷ Artículos 47, inciso 4º, de la Constitución de 1901 y 122, inciso d), de la Constitución de 1940. Se agrega como funciones del Senado, la de otorgar su acuerdo para la designación de todos los jueces nacionales, así como de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (esto es tomado del artículo 99, incisos 4º y 13, de la Constitución Argentina de 1994).

¹⁵⁸ Artículos 47, inciso 6º de la Constitución de 1901 y 122, inciso h), de la Constitución de 1940.

8. Solicitar la comparecencia de los Ministros de Gobierno para responder de las interpelaciones de las que hayan sido objeto, de acuerdo con la Constitución ¹⁵⁹.

SECCIÓN TERCERA

De la Cámara de Representantes, su composición y atribuciones

Artículo 36. La Cámara de Representantes se compondrá por un Representante por cada sesenta mil habitantes o fracción de más de treinta mil. Los Representantes serán elegidos por provincias, por un período de cuatro años, por sufragio universal, igual, directo y secreto, en un solo día y en la forma que prescriba la ley.

Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la base expresada en el párrafo anterior con arreglo al mismo. Una ley establecerá la forma y periodicidad en que se realice el censo mencionado.

La Cámara de Representantes se renovará por mitad cada dos años ¹⁶⁰.

Artículo 37. Para ser Representante se requiere:

1. Ser ciudadano cubano, con al menos cuatro años de ejercicio de la ciudadanía.
2. Haber cumplido veinticinco años de edad

¹⁵⁹ Artículo 122, inciso i), de la Constitución de 1940.

¹⁶⁰ Tomado de los artículos 48 de la Constitución de 1901 y 123 de la Constitución de 1940.

Se incrementa la base a tener en cuenta para la designación de representantes. Se toma el período establecido por la Constitución de 1940, con su renovación por mitades cada dos años. Se dispone, con una redacción que parece más aceptable, el incremento de la base de electores hacia el futuro, supeditada a la realización de censos de población periódicos, de acuerdo con lo que establezca una ley.

3. Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos¹⁶¹.

Artículo 38. Corresponde a la Cámara de Representantes:

1. Acusar ante el Senado al Presidente y Vicepresidente de la República y a los Ministros, así como a los Gobernadores de Provincia, los jueces del Tribunal Supremo de Justicia y los miembros del Tribunal de Cuentas, en los casos determinados en los incisos 1º al 4º del artículo 35, cuando las dos terceras partes del número total de Representantes acordaren la acusación.

2. La prioridad en la discusión y aprobación del Presupuesto general de la Nación¹⁶².

3. La iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas¹⁶³.

SECCIÓN CUARTA

Disposiciones comunes a los Cuerpos Colegisladores

Artículo 39. Los cargos de Senador y Representante son incompatibles con cualquiera otro retribuido por el Estado, Provincia o Municipio, o por organismos mantenidos total o parcialmente con fondos públicos; exceptuándose el de Catedrático por oposición de establecimiento oficial, obtenido con anterioridad a la elección¹⁶⁴.

¹⁶¹ Artículos 49 de la Constitución de 1901 y 124 de la Constitución de 1940. se eliminan las restricciones para los ciudadanos naturalizados —exigiendo en cambio al menos cuatro años de ejercicio de la ciudadanía— así como para los ex miembros de fuerzas armadas, que contenía el artículo 124, inciso d) de la Constitución de 1940. La edad mínima se mantiene en 25 años, como se establece en la Constitución de 1901.

¹⁶² Artículos 50 de la Constitución de 1901 y 125 de la Constitución de 1940.

¹⁶³ Tomado del Artículo 52 de la Constitución Argentina de 1994.

¹⁶⁴ Artículos 51 de la Constitución de 1901 y 126 de la Constitución de 1940. Esta última preveía que también pudieran ser Ministros del gobierno, lo que parece inapropiado, de acuerdo con el principio de división de poderes.

Artículo 40. Los Senadores y Representantes recibirán del Estado una dotación igual para ambos cargos y cuya cuantía podrá ser alterada en todo tiempo, pero no surtirá efecto la alteración hasta que sean renovados los Cuerpos colegisladores¹⁶⁵.

Artículo 41. Los Senadores y Representantes serán inmunes por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo. Sólo podrán ser detenidos o procesados con autorización del Cuerpo a que pertenezcan, excepto en el caso de ser hallados in fraganti en la comisión de algún delito. En este caso, se dará cuenta lo más pronto posible al Cuerpo respectivo para la resolución que corresponda¹⁶⁶.

Si el Senado o la Cámara de Representantes no resolvieren sobre la autorización solicitada dentro de los cuarenta días consecutivos de legislatura abierta y después de recibido el suplicatorio del juez o Tribunal, se entenderá concedida la autorización para instruir el proceso y sujetar al mismo al Senador o Representante. No se proseguirá la causa si el Cuerpo al que el legislador pertenezca niega la autorización para continuar el procedimiento¹⁶⁷.

Artículo 42. Las Cámaras abrirán y cerrarán sus sesiones en un mismo día, residirán en una misma población y no podrán trasladarse a otro lugar ni suspender sus sesiones por más de tres días, sino por acuerdo de ambas.

No podrá abrirse una legislatura ni celebrar sesiones sin la presencia de la mitad más uno de la totalidad de los miembros de cada Cuerpo¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Artículos 52 de la Constitución de 1901 y 126 in fine, de la Constitución de 1940.

¹⁶⁶ Artículos 53 de la Constitución de 1901 y 127 de la Constitución de 1940.

¹⁶⁷ Artículo 127 de la Constitución de 1940.

¹⁶⁸ Artículos 54 de la Constitución de 1901 y 128, primer párrafo, de la Constitución de 1940.

Artículo 43. Cada Cuerpo legislativo resolverá sobre la validez de la elección de sus respectivos miembros y sobre las renunciaciones que presenten. Ningún Senador ni Representante podrá ser expulsado del Cuerpo a que pertenezca sino en virtud de causa previamente determinada y por acuerdo de las dos terceras partes, por lo menos, del número total de sus miembros¹⁶⁹.

Artículo 44. Cada Cuerpo legislativo formará su Reglamento y elegirá su Presidente, Vicepresidente y Secretario de entre sus miembros. El Presidente del Senado sólo presidirá las sesiones cuando faltare el Vicepresidente de la República.

Será presidente del Congreso quien sea el presidente del Senado, y Vicepresidente, el presidente de la Cámara de Representantes¹⁷⁰.

Artículo 45. Ningún Senador o Representante podrá tener en arrendamiento, directa o indirectamente, bienes del Estado ni obtener de éste contratos ni concesiones de ninguna clase. Tampoco podrá poseer cargos de consultor legal, director, ni cargo alguno que lleve aparejada jurisdicción, en empresa que sea extranjera o cuyos negocios estén vinculados de algún modo a entidad que tenga esa condición¹⁷¹.

Artículo 46. Las relaciones entre el Senado y la Cámara de Representantes, no prevista en esta Constitución, se regirán por la Ley de Relaciones entre ambos Cuerpos Colegisladores, la que deberá ser aprobada por al menos dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara¹⁷².

¹⁶⁹ Artículos 55 de la Constitución de 1901 y 129, primera parte, de la Constitución de 1940.

¹⁷⁰ Artículos 56 de la Constitución de 1901 y 129, segunda parte, de la Constitución de 1940.

¹⁷¹ Artículo 130 de la Constitución de 1940.

¹⁷² Artículo 131 de la Constitución de 1940.

SECCIÓN QUINTA

Del Congreso y sus atribuciones

Artículo 47. El Congreso se reunirá, por derecho propio y sin necesidad de convocatoria, dos veces al año. Una empezará el primer lunes de abril y culminará el último viernes de junio, y la otra comenzará el primer lunes de septiembre y culminará el último viernes de noviembre ¹⁷³.

Las Cámaras podrán prorrogar sus sesiones ordinarias o reunirse en sesiones extraordinarias en los casos y en la forma que determinen sus Reglamentos, y cuando el Presidente de la República la convoque con arreglo a esta Constitución. En dichos casos sólo tratarán el asunto o asuntos que motivaron su reunión ¹⁷⁴.

Artículo 48. El Congreso se reunirá en un solo Cuerpo para proclamar al Presidente y Vicepresidente de la República con vista de la certificación del escrutinio respectivo remitido por el Tribunal Superior Electoral ¹⁷⁵.

Artículo 49. Son facultades no delegables del Congreso ¹⁷⁶:

1. Sancionar las Leyes de carácter general, determinar el régimen electoral, dictar las disposiciones que organicen la administración general, provincial y municipal, y todas las demás leyes y resoluciones que estimare convenientes sobre cualquier otros asuntos

¹⁷³ Artículos 67, primer párrafo, de la Constitución de 1901 y 132, primera parte, de la Constitución de 1940. Se optó por establecer un período de aproximadamente seis meses de sesiones al año, dividido en dos períodos.

¹⁷⁴ Artículos 57, segundo párrafo, de la Constitución de 1901 y 132, segunda parte, de la Constitución de 1940.

¹⁷⁵ Adaptado de los artículos 58 de la Constitución de 1901 y 133 de la Constitución de 1940.

¹⁷⁶ Se optó por esta fórmula de la Constitución de 1940, para reforzar la idea de que las facultades del Congreso no pueden ser delegadas, ya sea ampliando la facultad de reglamentación del poder Ejecutivo, ni por ningún otro mecanismo.

de interés público o que sean necesarios para la efectividad de esta Constitución, con las limitaciones contenidas en el artículo 26¹⁷⁷.

2. Discutir y aprobar anualmente los Presupuestos de gastos e ingresos del Estado. El Congreso no podrá incluir en las leyes de presupuestos disposiciones que ocasionen reformas legislativas o administrativas de otro orden¹⁷⁸.

3. Establecer las contribuciones e impuestos de carácter nacional que sean necesarios para la atención del Estado, con las limitaciones fijadas por el artículo 17¹⁷⁹.

4. Resolver sobre los informes anuales que el Tribunal de Cuentas presente acerca de la liquidación de los Presupuestos, el estado de la Deuda pública y la moneda nacional¹⁸⁰.

5. Acordar empréstitos, pero con la obligación de votar al mismo tiempo los ingresos permanentes necesarios para el pago de intereses y amortizaciones. Todo acuerdo sobre empréstitos requerirá el voto de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cuerpo colegislador¹⁸¹.

6. Acordar lo pertinente sobre la emisión de la moneda, determinando en su caso su patrón, ley, valor y denominación¹⁸².

7. Regular el sistema de pesas y medidas¹⁸³.

¹⁷⁷ Artículos 59, inciso 1º, de la Constitución de 1901 y 134, inciso a) de la Constitución de 1940. Se incluye como refuerzo la limitación contenida en el artículo 26.

¹⁷⁸ Artículos 59, inciso 2º y 60 de la Constitución de 1901, y artículo 134, inciso c) de la Constitución de 1940.

¹⁷⁹ Artículos 59, inciso 8, de la Constitución de 1901 y 134, inciso b), de la Constitución de 1940. Se incluye la referencia a la limitación del artículo 17.

¹⁸⁰ Artículo 134, inc. d) de la Constitución de 1940.

¹⁸¹ Artículos 59, inciso 3º, de la Constitución de 1901 y 134, inc. e), de la Constitución de 1940. Se mantiene la mayoría especial para acordar empréstitos contenida en el artículo 59, inciso 3º, segundo párrafo, de la Constitución de 1901.

¹⁸² Artículos 59, inciso 4, de la Constitución de 1901 y 134, inciso f), de la Constitución de 1940.

¹⁸³ Artículos 59, inciso 5, de la Constitución de 1901 y 134, inciso g), de la Constitución de 1940.

8. Dictar disposiciones para el régimen y fomento del comercio interior y exterior, así como de los servicios de comunicaciones¹⁸⁴.

9. Conceder amnistías, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cuerpo colegislador¹⁸⁵.

10. Fijar el número de las Fuerzas Armadas y acordar su organización¹⁸⁶.

11. Citar al Consejo de Ministros o a cualquiera de sus miembros para que respondan a las interpelaciones que se les hayan formulado. La citación deberá hacerse por cada Cuerpo colegislador, previa notificación al Presidente de la República y al Primer Ministro, con diez días de antelación, expresando el asunto sobre el cual versará la interpelación. El Ministro citado podrá hacerse acompañar, cuando haya de responder a una interpelación o informar sobre un proyecto de ley, de los asesores que designe, pero estos asesores se limitarán a rendir los informes técnicos que indique el Ministro interpelado o informante¹⁸⁷.

12. Declarar la guerra y aprobar los tratados de paz que el Presidente de la República haya negociado¹⁸⁸.

13. Acordar todas las leyes que dispone esta Constitución y las que desenvuelvan los principios contenidos en sus normas¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Artículos 59, incisos 6 y 7, de la Constitución de 1901, y 134, incisos h) e i), de la Constitución de 1940.

¹⁸⁵ Artículos 59, inciso 10, de la Constitución de 1901 y 134, inciso k), de la Constitución de 1940, tomando en cuenta la mayoría que requiere esta última Constitución.

¹⁸⁶ Artículos 59, inciso 11, de la Constitución de 1901, y 134, inc. m), de la Constitución de 1940.

¹⁸⁷ Artículo 134, inciso o), de la Constitución de 1940.

¹⁸⁸ Artículos 59, inciso 12, de la Constitución de 1901, y 134, inciso p), de la Constitución de 1940.

¹⁸⁹ Artículo 134, inciso q), de la Constitución de 1940.

SECCIÓN SEXTA

**De la iniciativa y formación de las Leyes.
De su sanción y promulgación**

Artículo 50. La iniciativa de las leyes compete a los Senadores y Representantes, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias de cada Cuerpo, y al Presidente de la República, salvo las excepciones que establezca esta Constitución ¹⁹⁰.

También podrá presentarse una iniciativa legislativa popular, mediante el procedimiento establecido en una ley especial, avalada por la firma de al menos diez mil ciudadanos que tengan la condición de electores.

Toda iniciativa legislativa se formulará como proposición de Ley y será elevada a uno de los Cuerpos colegisladores ¹⁹¹.

Artículo 51. La aprobación de una ley requiere el voto favorable de más de la mitad del total de integrantes de cada Cuerpo colegislador; excepto en los casos en los que esta Constitución requiere un mayor número.

Aprobado un proyecto de ley por el Cuerpo de su origen, pasa para su discusión al otro Cuerpo. Una vez aprobado por ambos, se remite al Poder Ejecutivo para su sanción y promulgación ¹⁹².

Artículo 52. En el término de diez días desde recibido el proyecto de ley aprobado por ambos Cuerpos, el Presidente de la República

¹⁹⁰ Artículos 61 de la Constitución de 1901 y 135, incisos a) y b), de la Constitución de 1940. Se limita la facultad de iniciativa legislativa a los legisladores y al Poder Ejecutivo.

¹⁹¹ Artículo 135, inciso f), de la Constitución de 1940.

¹⁹² Artículos 62, primera parte, de la Constitución de 1901, y 136 de la Constitución de 1940. Se aclara que la mayoría necesaria para aprobar una ley se computa sobre la totalidad de los miembros de cada Cuerpo.

sancionará y promulgará la ley, o la devolverá con las objeciones que considere oportunas, al Cuerpo Colegislador de que procediere.

Recibido el proyecto por dicho Cuerpo, asentará íntegramente en acta las objeciones y procederá a una nueva discusión del proyecto. Si después de esta discusión dos terceras partes del número total de miembros del Cuerpo colegislador votasen a favor del proyecto de ley, se pasará, con las objeciones del Presidente, al otro Cuerpo, que también lo discutirá, y si por igual mayoría lo aprobase, será ley. En todos estos casos las votaciones serán nominales.

Si durante los diez días hábiles siguientes a la remisión del proyecto de Ley al Presidente, éste no lo devolviese, se tendrá por sancionado y será Ley.

Si dentro de los últimos diez días de una legislatura se presentare un proyecto de Ley al Presidente de la República y éste se propusiese utilizar todo el término que al efecto de la sanción se le concede en el párrafo anterior, comunicará su propósito al Congreso, en el término de cuarenta y ocho horas, a fin de que permanezca reunido, si lo quisiere, hasta el vencimiento del expresado término. De no hacerlo así el Presidente, se tendrá por sancionado el proyecto y será ley¹⁹³.

Artículo 53. Ningún proyecto de ley desechado totalmente por alguno de los Cuerpos colegisladores podrá discutirse nuevamente en la misma legislatura.

El proyecto de Ley aprobado por uno de los Cuerpos colegisladores será discutido y resuelto preferentemente por el otro.

Toda Ley será promulgada dentro de los diez días siguientes al de su sanción¹⁹⁴.

¹⁹³ Artículos 62 de la Constitución de 1901 y 137 de la Constitución de 1940.

¹⁹⁴ Artículos 62, último párrafo, y 63 de la Constitución de 1901, y 137, in fine, de la Constitución de 1940.

TÍTULO VI

Del Poder Ejecutivo

SECCIÓN PRIMERA

Del ejercicio del Poder Ejecutivo

Artículo 54. El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la República de Cuba ¹⁹⁵.

Artículo 55. En caso de incapacidad, ausencia, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente de la República. Si la vacante fuese definitiva, durará la sustitución hasta la terminación del período presidencial.

En caso de renuncia, ausencia, incapacidad o muerte de ambos, lo sustituirá por el resto del período el Presidente del Congreso ¹⁹⁶.

Artículo 56. Para ser elegido Presidente o Vicepresidente de la República se requiere haber nacido en territorio cubano o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador ¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Artículos 64 de la Constitución de 1901 y 138 de la Constitución de 1940.

¹⁹⁶ Artículo 148 de la Constitución de 1940. Se incluye a la renuncia del Presidente, entre las causales por las cuáles el Vicepresidente asume el desempeño del Poder Ejecutivo.

¹⁹⁷ Se optó por la condición de cubano nativo o hijo de ciudadano nativo, como exigencia para poder ser electo Presidente o Vicepresidente, con los demás requisitos para ser senador. Ver artículos 65 de la Constitución de 1901 y 139 de la Constitución de 1940.

No podrán ser candidatos a Presidente o Vicepresidente de la República, indistintamente, los cónyuges, padres e hijos del Presidente o Vicepresidente en ejercicio¹⁹⁸.

Artículo 57. El Presidente y Vicepresidente de la República serán elegidos conjuntamente por sufragio universal, igual, directo y secreto, en un solo día y en dobla vuelta, para un período de cuatro años, conforme al procedimiento que establezca la ley; y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo.

Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período¹⁹⁹.

Artículo 58. La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los 30 días de celebrada la anterior²⁰⁰.

Artículo 59. Cuando la fórmula más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y Vicepresidente de la República²⁰¹.

Del mismo modo será proclamada la fórmula que obtenga por lo menos el cuarenta por ciento de los votos afirmativos válidamente

¹⁹⁸ Se recoge la tendencia mundial a poner límites de este tipo que eviten situaciones de nepotismo y perpetuación en el poder a través de familiares directos.

¹⁹⁹ Adaptación de los artículos 66 de la Constitución de 1901 y 140 de la Constitución de 1940. Se optó por un período de cuatro años de mandato, con la posibilidad de una sola reelección sucesiva, contando para ello ambos cargos indistintamente. Se siguió el criterio utilizado en la Constitución Argentina de 1994.

²⁰⁰ Artículo 96 de la Constitución Argentina de 1994.

²⁰¹ Artículo 97 de la Constitución Argentina de 1994.

emitidos, y además existiese una diferencia mayor del diez por ciento respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos en beneficio de la fórmula que le sigue en número de votos²⁰².

Artículo 60. El Presidente y Vicepresidente de la República jurarán o prometerán ante el Tribunal Supremo de Justicia, al tomar posesión de su cargo, desempeñarlo fielmente, cumpliendo y haciendo cumplir la Constitución y las leyes²⁰³.

Artículo 61. El Presidente y Vicepresidente de la República cesan en sus cargos el mismo día en que expira su período de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda ser motivo de que se le complete más tarde²⁰⁴.

Artículo 62. El Presidente y Vicepresidente disfrutarán de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de Provincia o municipio alguno²⁰⁵.

SECCIÓN SEGUNDA

Del Presidente y Vicepresidente de la República, sus atribuciones y deberes

Artículo 63. Corresponde al Presidente de la República:

²⁰² Artículo 98 de la Constitución Argentina de 1994.

²⁰³ Artículos 67 de la Constitución de 1901 y 141 de la Constitución de 1940.

²⁰⁴ Artículo 91 de la Constitución Argentina de 1994.

²⁰⁵ Ver artículos 71 de la Constitución de 1901 y 146 y 150 de la Constitución de 1940. Redacción adaptada del artículo 92 de la Constitución Argentina de 1994.

1. Sancionar y promulgar las leyes, ejecutarlas y hacerlas cumplir, con arreglo a esta Constitución. Expedir los decretos y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias²⁰⁶.

El Poder Ejecutivo no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo²⁰⁷.

2. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, o sólo al Senado, en los casos en que señala esta Constitución, o cuando fuere necesario²⁰⁸.

3. Presentar al Congreso, al principio de cada primera legislatura del año y siempre que fuere oportuno, un mensaje sobre los actos de administración, demostrativo del estado general de la República²⁰⁹.

4. Presentar al Congreso proyectos de ley para su tratamiento, cuando lo considerase oportuno, con las limitaciones establecidas en esta Constitución²¹⁰.

5. Presentar a la Cámara de Representantes, antes del 1º de noviembre, el proyecto de presupuesto anual²¹¹.

6. Facilitar al Congreso los informes que éste solicitase, directamente o por medio de interpelaciones, sobre toda clase de asuntos de su competencia que no exijan reserva²¹².

²⁰⁶ Artículos 68, inciso 1º de la Constitución de 1901 y 142, inciso a), de la Constitución de 1940. Adaptados según artículo 99, inciso 2º, de la Constitución Argentina de 1994.

²⁰⁷ Artículo 99, inciso 3º, segundo párrafo, de la Constitución Argentina de 1994.

²⁰⁸ Artículos 68, inciso 2º de la Constitución de 1901 y 142, inciso b) de la Constitución de 1940.

²⁰⁹ Artículos 68, inciso 4º, de la Constitución de 1901, y 142, inciso d), de la Constitución de 1940.

²¹⁰ Según lo establecido en el artículo 50 de este proyecto.

²¹¹ Artículos 68, inciso 5º, de la Constitución de 1901 y 142, inciso e), de la Constitución de 1940.

²¹² Artículos 68, inciso 6º, de la Constitución de 1901 y 142, inciso f), de la Constitución de 1940.

7. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con otras naciones, debiendo someterlos a la aprobación de la mayoría de los miembros del Senado, sin cuyo requisito no tendrán validez ni obligarán a la República²¹³.

8. Nombrar a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los miembros del Tribunal de Cuentas, y a los restantes jueces de la República, en las condiciones establecidas en el artículo 85, inciso 1º, con aprobación del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros, en sesión pública convocada al efecto²¹⁴.

9. Nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno, dando cuenta al Congreso²¹⁵.

10. Nombrar y remover a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado²¹⁶.

11. Suspender el ejercicio de los derechos que se enumeran en el artículo 27 de esta Constitución, en los casos y en la forma que se expresan en dicha norma y en los artículos siguientes²¹⁷.

12. Acusar a los Gobernadores de Provincia, en los casos expresados en el artículo 35, inciso 3º²¹⁸.

13. Cumplir y hacer cumplir cuantas reglas, órdenes y disposiciones acuerde y dicte el tribunal con jurisdicción electoral²¹⁹.

²¹³ Artículos 68, inciso 7º, de la Constitución de 1901 y 142, inciso g), de la Constitución de 1940.

²¹⁴ Artículos 68, inciso 9º, de la Constitución de 1901 y 142, inciso h), de la Constitución de 1940. Se establece como atribución del Presidente, la designación de todos los jueces de la República, y no sólo los del Tribunal Supremo de Justicia.

²¹⁵ Artículos 68, inciso 8º, de la Constitución de 1901 y 142, inciso p), de la Constitución de 1940.

²¹⁶ Artículos 68, inciso 9, de la Constitución de 1901 y 142, inc. h) de la Constitución de 1940. Redacción según artículo 99, inciso 7, de la Constitución Argentina de 1994.

²¹⁷ Artículos 68, inciso 11, de la Constitución de 1901 y 142, inc. j), de la Constitución de 1940.

²¹⁸ Artículo 68, inciso 14, de la Constitución de 1901.

²¹⁹ Artículo 142, inciso o) de la Constitución de 1940.

14. Conceder indultos con arreglo a lo que prescriba la Ley, excepto cuando se trate de delitos electorales dolosos. Para indultar a los funcionarios y empleados públicos sancionados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, será necesario que éstos hubiesen cumplido por lo menos la mitad de la pena que le fuera impuesta por los Tribunales²²⁰.

15. Recibir a los Representantes diplomáticos y admitir a los agentes consulares de las otras naciones²²¹.

16. Nombrar, para el desempeño de los demás cargos instituidos por la Ley, a los funcionarios correspondientes cuyo nombramiento no esté atribuido a otras autoridades²²².

17. Comandar, como Jefe Supremo, las Fuerzas Armadas de la República. Proveer a la defensa de su territorio y a la conservación del orden interior, dando cuenta al Congreso. Siempre que hubiere peligro de invasión o cuando alguna rebelión amenazare gravemente la seguridad pública, no estando reunido el Congreso, el Presidente lo convocará sin demora, para la resolución que proceda²²³.

18. Ejercer las demás atribuciones que le confieren expresamente la Constitución y las leyes²²⁴.

Artículo 64. El Presidente de la República, o el Vicepresidente cuando lo esté sustituyendo, no podrán salir del territorio de la

²²⁰ Artículos 68, inciso 5, de la Constitución de 1901 y 142, inciso k) de la Constitución de 1940. Se tomó la redacción de esta última norma, con una modificación vinculada con la posibilidad de indultar a funcionarios y empleados públicos.

²²¹ Artículos 68, inciso 16, de la Constitución de 1901 y 142, inciso l) de la Constitución de 1940.

²²² Artículos 68, inciso 10, de la Constitución de 1901, y 142, inciso i) de la Constitución de 1940.

²²³ Artículos 68, inciso 17, de la Constitución de 1901, y 142, inciso m) y n) de la Constitución de 1940.

²²⁴ Artículo 142, inciso q) de la Constitución de 1940.

República por un plazo superior a las cuarenta y ocho horas, sin autorización del Congreso²²⁵.

Artículo 65. El Presidente y Vicepresidente de la República serán responsables ante el Pleno del Tribunal Supremo de Justicia por los delitos de carácter común que cometieren durante el ejercicio de su cargo, pero no podrán ser procesados sin previa autorización del Senado, acordado por el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. En este caso el Tribunal resolverá si procede suspenderlo en sus funciones hasta que recaiga sentencia²²⁶.

Artículo 66. El Vicepresidente de la República ejerce la presidencia del Senado y sólo tendrá voto en los casos de empate²²⁷.

SECCIÓN TERCERA

Del Consejo de Ministros

Artículo 67. Para el ejercicio del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República estará asistido por un Consejo de Ministros, integrado por el número de miembros que determine la Ley, que no podrá ser inferior a cinco ni superior a doce²²⁸.

²²⁵ Artículos 69 de la Constitución de 1901 y 144 de la Constitución de 1940. Se ha establecido un plazo prudencial de cuarenta y ocho horas para que el Presidente pueda ausentarse sin necesidad de dicha autorización.

²²⁶ Artículos 70 de la Constitución de 1901 y 145 de la Constitución de 1940. Se refiere a los delitos comunes no vinculados con el ejercicio de sus funciones. Para estos últimos casos hace falta previamente el juicio político al que se refiere el artículo 35, inciso 1º.

²²⁷ Artículo 150, primera parte, de la Constitución de 1940.

²²⁸ Artículos 76 de la Constitución de 1901 y 151 de la Constitución de 1940.

Uno de estos Ministros tendrá la categoría de Primer Ministro por designación del Presidente de la República, y podrá desempeñar el cargo con o sin cartera²²⁹.

Artículo 68. Todos los Decretos, Ordenes y Resoluciones del Presidente de la República habrán de ser refrendadas por el Ministro correspondiente, sin cuyo requisito carecerán de fuerza obligatoria²³⁰.

No será necesario este refrendo en los casos de nombramiento de Ministros²³¹.

Artículo 69. Para ser Ministro se requiere:

- a. Ser ciudadano cubano;
- b. Haber cumplido treinta y cinco años de edad;
- c. Hallarse en el pleno goce de los derechos civiles y políticos²³².

Artículo 70. El Consejo de Ministros será presidido por el Presidente de la República. Cuando el Presidente no asista a las sesiones del Consejo, lo presidirá el Primer Ministro. El Primer Ministro representará la política general del gobierno y a éste ante el Congreso²³³. A tal efecto podrá concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar²³⁴.

²²⁹ Artículo 151, última parte, de la Constitución de 1940.

²³⁰ Artículos 77 de la Constitución de 1901 y 143 de la Constitución de 1940.

²³¹ Artículo 143, in fine, de la Constitución de 1940.

²³² Complementado de los artículos 76 de la Constitución de 1901 y 152 de la Constitución de 1940.

²³³ Artículo 154 de la Constitución de 1940.

²³⁴ Tomado del Artículo 100, inciso 9, de la Constitución Argentina de 1994.

Artículo 71. Los Ministros tendrán a su cargo el despacho de sus respectivos Ministerios y ejercerán las facultades que les correspondan con arreglo a la Constitución y las leyes²³⁵.

Serán personalmente responsables de los actos que refrendan y, solidariamente, de los que juntos acuerden y autoricen. Esta responsabilidad no excluye la personal y directa del Presidente de la República²³⁶.

Los Ministros serán criminalmente responsables por los delitos comunes que cometieren en el ejercicio de sus cargos, previa destitución por juicio político en las condiciones señaladas en el artículo 35, inciso 2º.²³⁷

Artículo 72. Corresponde al Primer Ministro despachar con el Presidente de la República los asuntos de la política general del gobierno, y acompañado de los Ministros, los asuntos de los respectivos Departamentos²³⁸.

Artículo 73. Son atribuciones de los Ministros:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, decretos, demás resoluciones y disposiciones, y las sentencias judiciales.
2. Redactar proyectos de Ley, reglamentos, decretos y cualesquiera otras resoluciones y presentarlas a la consideración del Presidente.
3. Refrendar, conjuntamente con el Primer Ministro, las leyes y demás documentos autorizados con la firma del Presidente de la República, salvo los decretos de nombramiento o remoción de Ministros.

²³⁵ Artículo 156 de la Constitución de 1940.

²³⁶ Artículo 158 de la Constitución de 1940. Se hace una reserva respecto de la eventual responsabilidad del Presidente de la República.

²³⁷ Artículo 79 de la Constitución de 1901 y artículo 159 de la Constitución de 1940.

²³⁸ Artículo 162 de la Constitución de 1940.

4. Concurrir al Congreso por su propia iniciativa o a instancias de cualquiera de sus Cuerpos, informar ante ellos, contestar las interpelaciones, deliberar en su seno y producir, individual o colectivamente, cuestiones de confianza ²³⁹.

TÍTULO VII

Del Poder Judicial

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones Generales

Artículo 74. El Poder Judicial de la República se ejercerá por un Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales que las leyes establezcan. Esta regulará sus respectivas organizaciones y facultades, el modo de ejercerlas y las condiciones que deben concurrir en los funcionarios y magistrados que los compongan ²⁴⁰.

Artículo 75. Los jueces y fiscales son independientes en el ejercicio de sus funciones y no deben obediencia más que a esta Constitución y las Leyes.

Sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al Poder Judicial. Ningún miembro del Poder Judicial o del Ministerio Público podrán ser ministros del gobierno, ni desempeñar función alguna adscripta a los poderes Legislativo o Ejecutivo. Tampoco podrán figurar como candidatos a ningún cargo electivo ²⁴¹.

²³⁹ Artículo 163 de la Constitución de 1940.

²⁴⁰ Artículos 81 de la Constitución de 1901 y 171 de la Constitución de 1940.

²⁴¹ Artículo 207 de la Constitución de 1940.

En ningún caso el Presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o reestablecer las fenecidas²⁴².

Artículo 76. En ningún caso podrán crearse tribunales, comisiones u organismos a los que se les conceda competencia especial para conocer de hechos, juicios, causas, expedientes, cuestiones o negocios de la jurisdicción atribuida a los tribunales ordinarios²⁴³.

Artículo 77. Los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones²⁴⁴.

SECCIÓN SEGUNDA

Del Tribunal Supremo de Justicia

Artículo 78. El Tribunal Supremo de Justicia se compondrá de nueve miembros.

Para ser Magistrado de dicho Tribunal se requiere:

- 1) Ser ciudadano cubano.
- 2) Haber cumplido cuarenta años de edad.
- 3) Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos, y no haber sido condenado con pena afflictiva por delito común.
- 4) Poseer título de abogado habilitado, con por lo menos diez años de antigüedad²⁴⁵.

²⁴² Artículo 109 de la Constitución Argentina de 1994.

²⁴³ Artículo 197 de la Constitución de 1940.

²⁴⁴ Los artículos 75, 76 y 77 recogen garantías pacíficamente aceptadas, vinculadas con la independencia de la función judicial.

²⁴⁵ Adaptado de los artículos 82 de la Constitución de 1901 y 173 de la Constitución de 1940.

Artículo 79. Además de otras atribuciones conferidas en esta Constitución y la Ley, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia:

1) Conocer en los recursos en los que tenga que intervenir de acuerdo con la ley de organización judicial.

2) Dirimir la competencia entre los tribunales que no tengan un superior jerárquico común.

3) Conocer originariamente de los juicios en que litiguen entre sí el Estado, las Provincias y los Municipios; o en aquellos en que sea parte un diplomático o país extranjero.

4) Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversias entre partes, de acuerdo con los recursos que establezcan las leyes²⁴⁶.

Artículo 80. Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Serán removidos por juicio político efectuado ante el Senado, previa acusación por la Cámara de Representantes²⁴⁷.

Artículo 81. Los miembros del Tribunal Supremo de Justicia designarán al presidente del cuerpo. Asimismo, tendrán las siguientes funciones institucionales:

1) dictar su reglamento interno y nombrar a sus empleados.

2) administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley le asigne al Poder Judicial de la República.

²⁴⁶ Adaptado de los artículos 83 de la Constitución de 1901 y 174 de la Constitución de 1940. Se incorporó en el inciso 3º la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo para conocer en los casos en que sea parte un diplomático o país extranjero, consignada en el artículo 117 de la Constitución Argentina de 1994 (artículo 101 de la Constitución Argentina de 1853-60).

²⁴⁷ Se establece una diferencia entre la designación y remoción de los jueces del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de los demás jueces inferiores, teniendo en cuenta su carácter de cabeza de poder del Estado. Por ello se dejan de lado en este caso los condicionamientos previstos por la intervención del Consejo de la Magistratura. Se sigue al respecto el criterio de la Constitución Argentina de 1994.

- 3) Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados inferiores.
- 4) Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia²⁴⁸.

SECCIÓN TERCERA

De los jueces de la República

Artículo 82. Los demás jueces inferiores serán designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, sobre la base de ternas presentadas por el Consejo de la Magistratura. Serán removidos por juicio político efectuado ante el Senado, previa acusación por el Consejo de la Magistratura.

Estos jueces ejercerán su jurisdicción de acuerdo con la competencia atribuida por la ley de organización judicial.

SECCIÓN CUARTA

Del Ministerio Público

Artículo 83. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en la defensa de la legalidad de los intereses de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un Procurador General de la República y demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

²⁴⁸ Adaptado del artículo 114 de la Constitución Argentina de 1994, pero poniendo estas funciones en cabeza del Tribunal Supremo, en lugar del Consejo de la Magistratura. Se ha preferido que el presidente del Tribunal sea designado por el propio Cuerpo, y no por el Presidente de la República, como preveía la Constitución de 1940, como modo de reforzar la independencia de poderes.

El Procurador General será designado y removido por el mismo procedimiento que los jueces del Tribunal Supremo de Justicia²⁴⁹.

SECCIÓN QUINTA

Del Consejo de la Magistratura

Artículo 84. El Consejo de la Magistratura estará integrado por diez miembros: tres serán jueces de la República, elegidos por sus pares; tres serán catedráticos de derecho elegidos por sus pares en los claustros universitarios, y tres serán abogados, elegidos por votación directa de los abogados en los colegios de respectivos.

El Consejo será completado y presidido por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, quien en las decisiones tendrá voz pero no voto.

La integración del Consejo —excepto su presidente— será renovada cada tres años, y sus miembros no podrán ser reelectos más de una vez²⁵⁰.

Artículo 85. Son atribuciones del Consejo de la Magistratura:

1. Seleccionar, mediante concursos públicos de antecedentes y oposición, los postulantes a magistrados inferiores de la República, y emitir propuestas en ternas vinculantes al Presidente de la República para su nombramiento.

²⁴⁹ Adaptado del Artículo 120 de la Constitución Argentina de 1994, teniendo en cuenta el artículo 188 de la Constitución de 1940.

²⁵⁰ Se ha optado por un Consejo de la Magistratura fundamentalmente académico y jurídico, capaz de evaluar técnicamente las cualidades de los candidatos a jueces, y eventualmente, si se justifica formular acusación contra ellos. Se aparta de este modo de la evolución que ha tenido tanto la redacción de la Constitución Argentina de 1994, como de las sucesivas leyes reglamentarias, que acabaron por darle al Consejo de la Magistratura una integración fundamentalmente política, y las funciones de gobernar el Poder Judicial de la Nación.

2. Decidir la apretura de procedimientos de remoción de magistrados inferiores de la República, y en su caso disponer su suspensión. En tales casos, el Consejo formulará la acusación correspondiente y el Senado actuará como Tribunal.

Serán causales de remoción de jueces el mal desempeño o la comisión de delitos²⁵¹.

TÍTULO VIII

De los Gobiernos de Provincia

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones Generales

Artículo 86. Las Provincias comprenderán los municipios situados dentro de su territorio. Cada provincia estará regida por un Gobernador, quien ostentará la representación de la Provincia, y un Consejo Provincial, encargado de la orientación y coordinación de los intereses provinciales²⁵².

Artículo 87. El Gobernador y los miembros del Consejo Provincial, serán elegidos por sufragio universal, igual, directo y secreto, en la forma que prescriba la ley.

El número de Consejeros en cada una, no será inferior a diez ni superior de treinta²⁵³.

Artículo 88. El Gobernador y los miembros del Consejo Provincial serán elegidos por un período de cuatro años, y podrán ser reelegidos para un solo período consecutivo.

²⁵¹ Una forma embrionaria de comisión extra-poder para el juzgamiento de jueces puede verse en el artículo 208 de la Constitución de 1940.

²⁵² Basado en el artículo 233 de la Constitución de 1940.

²⁵³ Basado en el artículo 92 de la Constitución de 1901.

Para ser Gobernador deberá reunir los mismos requisitos requeridos para ser senador; mientras que para ser Consejero deberá reunir las condiciones establecidas para ser Representante²⁵⁴.

La candidatura a Gobernador tendrá las mismas restricciones previstas en el artículo 56, segundo párrafo, respecto del Presidente y Vicepresidente.

Las elecciones provinciales, así como las municipales, se celebrarán en fecha distinta a las elecciones generales²⁵⁵.

SECCIÓN SEGUNDA

De los Consejos Provinciales y sus atribuciones

Artículo 89. Corresponde a los Consejos Provinciales:

1. Acordar sobre todos los asuntos que conciernan a la Provincia y que, por la Constitución y las leyes, no corresponda a la competencia del gobierno de la República o a la privativa de los Ayuntamientos²⁵⁶.

2. Preparar sus presupuestos, estableciendo los ingresos necesarios para cubrirlos, sin otra limitación que la de hacerlos compatibles con el sistema tributario de la República y de los Municipios²⁵⁷.

3. Acordar empréstitos para obras públicas de interés provincial, pero votando al mismo tiempo los ingresos permanentes necesarios para el pago de sus intereses y amortización.

Para que dichos empréstitos puedan realizarse habrán de ser aprobados por las dos terceras partes de los Ayuntamientos de

²⁵⁴ Basado en artículo 235 de la Constitución de 1940.

²⁵⁵ Artículo 232 de la Constitución de 1940.

²⁵⁶ Artículo 93, inciso 1º, de la Constitución de 1901.

²⁵⁷ Artículo 93, inciso 2º, de la Constitución de 1901. Se agrega la necesidad de compatibilizar el sistema tributario de los Municipios, tal como señala la Constitución de 1940, artículo 242, inc. a).

Provincia y contar con el informe previo favorable del Tribunal de Cuentas²⁵⁸.

4. Acusar ante el Senado al Gobernador, en los casos del artículo 35, inciso 3º, cuando las dos terceras partes del número total de los Consejeros acordare la acusación²⁵⁹.

5. Nombrar y remover a los empleados provinciales con arreglo a lo que establezcan las leyes²⁶⁰.

Artículo 90. El Consejo deberá presentar sus acuerdos al Gobernador de la Provincia. Si éste los aceptare, los autorizará con su firma. En caso contrario, los devolverá con sus objeciones al Consejo, el que discutirá nuevamente el asunto. Si después de la segunda discusión, las dos terceras partes del número total de consejeros votaren a favor del acuerdo, éste será ejecutivo.

Cuando el Gobernador, transcurridos diez días desde la presentación de un acuerdo, no lo devolviera, se tendrá por aprobado y será también ejecutivo²⁶¹.

Artículo 91. Contra los acuerdos de los Consejos Provinciales podrán deducirse los recursos que prevé la ley, cuando se los considere contrarios a la Constitución, tratados internacionales o leyes de la República; o cuando invadan atribuciones conferidas a los Municipios²⁶².

Artículo 92. Los Consejeros provinciales serán personalmente responsables ante los Tribunales, en la forma que las leyes prescriban,

²⁵⁸ Artículo 93, inciso 3º, de la Constitución de 1901 y artículo 242, inciso c), de la Constitución de 1940.

²⁵⁹ Artículo 93, inciso 4º, de la Constitución de 1901.

²⁶⁰ Artículo 93, inciso 5º, de la Constitución de 1901.

²⁶¹ Artículo 95 de la Constitución de 1901.

²⁶² Artículo 96 de la Constitución de 1901 y artículo 245 de la Constitución de 1940.

de los actos que ejecutaren en el ejercicio de sus funciones, o de los delitos que cometieren²⁶³.

Artículo 93. El Consejo provincial y el Gobernador deben acatamiento al Tribunal de Cuentas de la Nación en materia de contabilidad, quedando obligados a suministrarle todos los datos e informes que éste solicite, especialmente los relativos a la formación y liquidación de presupuestos. Para un mejor examen de la contabilidad de la Provincia, el Gobernador podrá designar, en la oportunidad indicada por el Tribunal de Cuentas, un perito para que lo asista²⁶⁴.

SECCIÓN TERCERA

De los Gobernadores de Provincia y sus atribuciones

Artículo 94. Corresponde a los Gobernadores de Provincia:

1. Cumplir y hacer cumplir, en los extremos que les conciernen, las leyes, decretos y reglamentos de la Nación²⁶⁵.
2. Publicar los acuerdos del Consejo Provincial que tengan fuerza obligatoria, ejecutándolas y haciéndolas ejecutar²⁶⁶.
3. Expedir órdenes y dictar además las instrucciones y Reglamentos para la mejor ejecución de los acuerdos del Consejo Provincial, cuando éste no lo hubiese hecho²⁶⁷.

²⁶³ Artículo 98 de la Constitución de 1901.

²⁶⁴ Artículo 247 de la Constitución de 1940.

²⁶⁵ Artículo 99, inciso 1º, de la Constitución de 1901, y artículo 238, inciso a) de la Constitución de 1940.

²⁶⁶ Artículo 99, inciso 2º, de la Constitución de 1901, y artículo 238, inciso b) de la Constitución de 1940.

²⁶⁷ Artículo 99, inciso 3º, de la Constitución de 1901, y artículo 238, inciso c) de la Constitución de 1940.

4. Convocar al Consejo Provincial a sesiones extraordinarias cuando lo considere necesario, expresando en la convocatoria el objeto de esas sesiones²⁶⁸.

5. Suspender los acuerdos del Consejo Provincial y de los Ayuntamientos municipales, en los casos que determine la ley²⁶⁹.

6. Acordar la suspensión de los Alcaldes en los casos de extralimitación de facultades, violación de la Constitución o de las leyes, infracción de los acuerdos de los Consejos Provinciales, o incumplimiento de sus deberes, dando cuenta al Consejo Provincial, en los términos que determinen las leyes²⁷⁰.

7. Nombrar y remover los empleados de su despacho conforme a lo que prescriban las leyes²⁷¹.

Artículo 95. El Gobernador será responsable ante el Senado, en los casos en que esta Constitución señala, y ante los Tribunales en los demás casos de delito, con arreglo a lo prescrito por esta Constitución y las leyes²⁷².

Artículo 96. El Gobernador recibirá del Tesoro Provincial una dotación que podrá ser alterada en todo tiempo; pero no surtirá efecto la alteración sino después que se verifique una nueva elección de Gobernador. El aumento en la dotación del gobernador estará subordinado al aumento efectivo de los ingresos provinciales durante los dos últimos años precedentes a la fecha en que deba hacerse efectivo²⁷³.

²⁶⁸ Artículo 99, inciso 4º, de la Constitución de 1901.

²⁶⁹ Artículo 99, inciso 5º, de la Constitución de 1901.

²⁷⁰ Artículo 99, inciso 6º, de la Constitución de 1901.

²⁷¹ Artículo 99, inciso 7º, de la Constitución de 1901.

²⁷² Artículo 100 de la Constitución de 1901.

²⁷³ Artículo 101 de la Constitución de 1901 y artículo 236 de la Constitución de 1940.

Artículo 97. Por falta temporal o definitiva del Gobernador de la Provincia, le sustituirá en el ejercicio de su cargo el Presidente del Consejo Provincial. Si la falta fuere definitiva, durará la sustitución hasta que terminare el período para que hubiere sido electo el Gobernador²⁷⁴.

TÍTULO IX

Del Régimen Municipal

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales

Artículo 98. Los Municipios serán regidos por Ayuntamientos, integrados por Concejales elegidos por sufragio de primer grado, en el número y en la forma que la ley prescriba.

En las mismas condiciones será elegido un Alcalde en cada Municipio²⁷⁵.

El Alcalde y los Concejales serán elegidos por un período de cuatro años, y podrán ser reelegidos para un solo período consecutivo. Para ser candidatos deberán reunir, en todos los casos, los requisitos exigidos para ser representante.

En la elección de Alcalde y Concejales deberá respetarse lo dispuesto en el artículo 87.

Artículo 99. Los Concejales y Alcaldes serán personalmente responsables ante los Tribunales de justicia, en la forma que las leyes

²⁷⁴ Artículo 102 de la Constitución de 1901. Se prefiere esta solución a la establecida en el artículo 237 de la Constitución de 1940, que dispone la sustitución por el Alcalde de mayor edad.

²⁷⁵ Artículos 103 y 104 de la Constitución de 1901.

prescriban, de los actos que ejecutaren en el ejercicio de sus funciones²⁷⁶.

SEGUNDA SECCIÓN

De los Ayuntamientos y sus atribuciones

Artículo 100. Corresponde a los Ayuntamientos:

1. Acordar sobre todos los asuntos que conciernan exclusivamente al Municipio²⁷⁷.

2. Formar sus presupuestos, estableciendo los ingresos necesarios para cubrirlos, sin otra limitación que la de hacerlos compatibles con el sistema tributario de la República y de la Provincia²⁷⁸.

3. Acordar empréstitos, pero votando al mismo tiempo los ingresos permanentes necesarios para el pago de sus intereses y amortización. Para que dichos empréstitos puedan realizarse deben ser aprobados por las dos terceras partes de los Concejales²⁷⁹.

4. Nombrar y remover los empleados municipales conforme a lo que establezcan las leyes²⁸⁰.

Artículo 101. Los acuerdos de los Ayuntamientos serán presentados al respectivo Alcalde. Si éste los aprobare, los autorizará con su firma. En caso contrario, los devolverá, con sus objeciones, al Ayuntamiento, el cual discutirá de nuevo el asunto. Y si después de la segunda discusión, las dos terceras partes del número total de Concejales votaren a favor del acuerdo, éste será ejecutivo²⁸¹.

²⁷⁶ Artículo 109 y 111 de la Constitución de 1901.

²⁷⁷ Artículo 105, inciso 1º, de la Constitución de 1901.

²⁷⁸ Artículo 105, inciso 2º, de la Constitución de 1901.

²⁷⁹ Artículo 105, inciso 3º, de la Constitución de 1901.

²⁸⁰ Artículo 105, inciso 4º, de la Constitución de 1901.

²⁸¹ Artículo 107 de la Constitución de 1901.

Artículo 102. Los acuerdos de los Ayuntamientos podrán ser suspendidos por el Alcalde, por el Gobernador de la Provincia o por el Presidente de la República, cuando, a su juicio, fueren contrarios a la Constitución, a los Tratados, a las leyes o a los acuerdos adoptados por el Consejo Provincial dentro de sus atribuciones propias. Pero se reservará a los Tribunales el conocimiento y la resolución de las reclamaciones que se promuevan con motivo de la suspensión²⁸².

SECCIÓN TERCERA

De los Alcaldes y sus atribuciones y deberes

Artículo 103. Corresponde a los Alcaldes:

1. Publicar los acuerdos de los Ayuntamientos que tengan fuerza obligatoria, ejecutándolos y haciéndolos ejecutar²⁸³.

2. Ejercer las funciones activas de la administración municipal, expidiendo al efecto órdenes y dictando además instrucciones y reglamentos para la mejor ejecución de los acuerdos del Ayuntamiento, cuando éste no lo hubiere hecho²⁸⁴.

3. Nombrar y remover los empleados de su despacho, conforme a lo que establezcan las leyes²⁸⁵.

Artículo 104. Por falta temporal o definitiva del Alcalde, lo sustituirá en el ejercicio de su cargo el Presidente del Ayuntamiento.

Si la falta fuere definitiva, durará la sustitución hasta que termine el período para el que hubiere sido elegido el Alcalde²⁸⁶.

²⁸² Artículo 108 de la Constitución de 1901.

²⁸³ Artículo 110, inciso 1º, de la Constitución de 1901.

²⁸⁴ Artículo 110, inciso 2º, de la Constitución de 1901.

²⁸⁵ Artículo 110, inciso 3º, de la Constitución de 1901.

²⁸⁶ Artículo 113 de la Constitución de 1901.

Artículo 105. El Alcalde recibirá del Tesoro Municipal una dotación que podrá ser alterada en todo tiempo, pero no surtirá efecto la alteración sino después que se verifique nueva elección de Alcalde²⁸⁷.

TÍTULO X

Del Tribunal de Cuentas

Artículo 106. El Tribunal de Cuentas es el organismo fiscalizador de los ingresos y gastos del Estado, la Provincia y el Municipio, y de las organizaciones autónomas nacidas al amparo de la Ley que reciban sus ingresos, directa o indirectamente, a través del Estado. El Tribunal de Cuentas sólo depende de la Ley, y sus conflictos con otros organismos se someterán a la resolución del Tribunal Supremo de Justicia²⁸⁸.

Artículo 107. El Tribunal de Cuentas estará compuesto por siete miembros, cuatro de los cuales serán abogados y tres contadores públicos o profesores mercantiles. Los miembros que sean abogados, deberán reunir los mismos requisitos exigidos para ser miembro del Tribunal Supremo de Justicia. Los contadores públicos o profesores mercantiles deberán ser mayores de cuarenta años, tener ciudadanía cubana y no menos de diez años en el ejercicio de su profesión.

Los miembros del Tribunal de Cuentas serán designados y removidos por el mismo mecanismo previsto para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia en el artículo 80, y gozarán de las mismas inmunidades y garantías.

El Tribunal por mayoría elegirá a su presidente, elaborará su reglamento interno, designará el personal necesario para su funcionamiento, mediante pruebas acreditativas de capacidad. A tal fin

²⁸⁷ Artículo 112 de la Constitución de 1901.

²⁸⁸ Artículo 266 de la Constitución de 1940.

administrará los recursos y ejecutará el presupuesto que la ley le asigne²⁸⁹.

Artículo 108. Son atribuciones del Tribunal de Cuentas:

1. Velar por la aplicación de los presupuestos del Estado, la Provincia y el Municipio, así como de los organismos autónomos que reciban sus ingresos directa o indirectamente a través del Estado, examinando y fiscalizando la contabilidad de todos ellos.

2. Inspeccionar en general todos los gastos y desembolsos de organismos públicos, tanto para la realización de obras, como para suministros y pago de personal y las subastas hechas con ese fin. A tal fin está facultado a inspeccionar los expedientes y documentación necesaria, y podrá tramitar las denuncias que se formulen con este motivo, debiendo rendir un informe anual al Presidente de la República en relación con la forma en que se han realizado los gastos de las instituciones bajo su fiscalización, para que éste lo envíe con sus respectivas observaciones al Congreso.

3. Pedir informes a todos los organismos y dependencias sujetos a su fiscalización y nombrar delegado especial para practicar las correspondientes investigaciones cuando los datos no sean suministrados, o cuando éstos se estimen deficientes. El Tribunal estará obligado a rendir información detallada al Poder Ejecutivo y al Congreso, cuando sea requerido al efecto, sobre todos los extremos concernientes a su actuación.

4. Rendir anualmente un informe con respecto al estado y administración del tesoro público, la moneda nacional, la Deuda pública y el presupuesto y su liquidación.

5. Recibir declaración bajo juramento o promesa a todo ciudadano designado para desempeñar una función pública, antes de

²⁸⁹ Se ha optado por equiparar a los miembros del Tribunal de Cuentas, en cuanto al modo de designación, destitución e inmunidades, con los del Tribunal Supremo de Justicia. Se incorporan facultades mencionadas en el artículo 269 de la Constitución de 1940.

tomar posesión y al cesar en el cargo, acerca de los bienes de fortuna que posea, y realizando al efecto las investigaciones que estime procedentes. La Ley regulará y determinará la oportunidad y forma de ejercer esta función.

6. Dar cuenta a los fiscales y tribunales correspondientes en caso de verificar conductas que pudiesen ser delictivas, y dictar las instrucciones oportunas en los casos de infracciones en que no hubiere responsabilidad penal, para el mejor cumplimiento de las leyes de contabilidad por todos los organismos sujetos a su fiscalización.

7. Publicar sus informes para general conocimiento.

8. Cumplir los demás deberes que le señalen la Ley y los Reglamentos²⁹⁰.

TÍTULO XI

De la reforma de la Constitución

Artículo 109. Esta Constitución sólo podrá reformarse total o parcialmente por el acuerdo de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cuerpo legislativo.

El Congreso, por la mayoría indicada, declarará por ley la necesidad de la reforma y establecerá en ella si se trata de una reforma integral, o de lo contrario determinará los puntos específicos a ser reformados, y propondrá el texto de las reformas.

Seis meses después de acordada la reforma se procederá a convocar a una Convención Constituyente, que aprobará o desechará la reforma propuesta por los Cuerpos colegisladores, los cuáles continuarán en el ejercicio de sus funciones con entera independencia de la Convención.

También podrán introducirse modificaciones a los textos propuestos, que deberán ser aprobadas por las dos terceras partes del total de los miembros de la Convención Constituyente.

²⁹⁰ Artículo 270 de la Constitución de 1940.

Los Delegados a dicha convención serán elegidos por Provincias, en la proporción de uno cada cien mil habitantes y en la forma que establezca la ley.

Cuando la reforma constitucional tenga por objeto ampliar los períodos de los funcionarios electivos, quienes estén en funciones al momento de la reforma no podrán ser vueltos a elegir en el período posterior, en los términos de la nueva Constitución.

Asimismo, la reforma que tenga por objeto modificar las disposiciones mencionadas en el párrafo precedente, requerirán ser aprobadas por dos terceras partes de los miembros del Congreso y de la Convención Constituyente²⁹¹.

²⁹¹ Artículo 115 de la Constitución de 1901 y artículo 286 de la Constitución de 1940.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de julio de 2008
en **INTERpress**
Av. Directorio 532, CABA
República Argentina

