

EL ORIGEN DE LOS PODERES DE *INDIRIZZO*; SUS TRANSFORMACIONES.

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Para comprender el concepto de indirizzo.* II. *De cómo el indirizzo se desligó de lo arbitrario.*

En democracia, la mayoría está llamada a tomar decisiones en nombre de la colectividad. Pero puede parecer paradójico que la legitimidad del jefe de Estado se enfrente con más y más frecuencia al descrédito popular, no obstante que su permanencia en el cargo resulte jurídicamente incuestionable. Además de esperar pacientemente que se agote el término del mandato, los opositores cuentan con herramientas poco efectivas para poner en la mesa la responsabilidad política del recién electo. Esta condición es todavía más marcada en el sistema presidencial, donde la jefatura de Estado y la de gobierno se concentran en el mismo agente. Dos ejemplos producidos este 2013, a saber, la elección presidencial de Nicolás Maduro en Venezuela y de Mohamed Morsi en Egipto, ilustran esta paradoja. *Cómo podría revocarse el mandato de un gobierno que pierde repentinamente el apoyo mayoritario si no es mediante un golpe de Estado.*

En el ámbito presidencial, el déficit de mecanismos de responsabilidad política de los funcionarios (incluso cuando éstos son electos popularmente) se agrava debido a lo deslavados que están los mecanismos de estabilización de los gobiernos. El segundo caso que aludí, acontecido en Medio Oriente, es el que tal vez muestra una amenaza más clara de retroceso potencial hacia la reinstalación de regímenes militares. Aunque el germen de esa amenaza circundaba ya la región tras la eclosión de la Primavera Árabe.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; agradezco a Luna Mancini y a Ángel Cabrera por su valiosa colaboración en la traducción de la primera versión de este texto, que aparecerá próximamente como “Aux origines des pouvoirs d’indirizzo”, en *Mélanges en l’honneur du Président Jean-Claude Colliard: Le Droit, l’Etat, la Politique*, París, Dalloz, 2014.

Meses antes de los acontecimientos en Egipto, enérgicas protestas realizadas en más de 200 ciudades turcas condenaron indirectamente al primer ministro, Recep Tayyip Erdogan. Aunque el reclamo popular no lo expresaba en esos términos, al favorecer la instauración de un régimen presidencial, se promovía la supresión de los controles del sistema de gobierno vigente en aquel país.¹ En Egipto, el régimen presidencial heredado del periodo de Mubarak evidenció hasta qué punto la fragmentación política podría ocasionar el derrocamiento “popular” sistemático de todo nuevo vencedor electoral; siendo el primer derrocado Mohamed Morsi.

Un ciudadano que vive en un régimen presidencial, exceptuando el de los Estados Unidos de América, tiende a mirar la manera en que los europeos operan para tener gobiernos relativamente estables, por virtud de controles periódicos del propio sistema (y no solo por el ejercicio del derecho electoral, cada 4, 5 o 6 años, como quienes vivimos bajo el sistema presidencial).

En nuestro contexto mexicano, una reflexión seria sobre las limitaciones del sistema presidencial no podría obviar los importantes desarrollos planteados desde la tesis doctoral de don Jorge Carpizo.² Aunque en el presente estudio me centraré en la otra cara de la moneda de las formas de gobierno. Y en particular, una cuestión relacionada con la estabilización de los sistemas parlamentarios,³ que algunos han llamado en castellano poderes de orientación, y que fueron conocidos en Italia bajo el término poderes de *indirizzo*. Sin haber logrado ni pretendido encontrar si existe o no una liga de estas ideas con el contexto de los sistemas presidenciales, el concepto me parece útil para comprender y describir algunas de las bases comunes a ambas formas de gobierno, al justificar la instauración de límites a la arbitrariedad a través del derecho.

Se podría pensar que los sistemas parlamentarios parecen quedar exentos de conductas arbitrarias de los gobernantes. ¿Se debe esto al hecho de que la noción de responsabilidad política funciona (siempre) como fusible del sistema? Pero de forma semejante a los casos venezolano y egipcio, que pudieran anunciar un desolador panorama del sistema presidencial, diversos acontecimientos políticos del pasado reciente nos

¹ Ackerman, Bruce, “To Save Egypt, Drop the Presidency”, *New York Times*, 11 de julio de 2013.

² Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, tesis doctoral (1978), que va en su 17a. reedición, Siglo XXI, 2003, p. 276.

³ Colliard, Jean-Claude, “La atribución de poder gubernamental según el modelo común de la Unión Europea”, *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 2010, t. V, pp. 77-86.

muestran un escenario poco menos alentador al interior de los sistemas parlamentarios. Solo en 2012 fuimos testigos de una muy prolongada ausencia de primer ministro en Bélgica; de la debacle del zar de los medios, y después de la llegada de un payaso como líder de las mayorías en Italia;⁴ de restricciones a la libertad de expresión que terminaron plasmadas como enmiendas regresivas de la Constitución Húngara... De ahí que valga la pena preguntarnos sobre la estabilización de los regímenes y sobre el papel de los jueces constitucionales en la corrección de los excesos de la mayoría del momento. Tal vez esta noción del *indirizzo* pueda arrojar algunas pistas.

I. PARA COMPRENDER EL CONCEPTO DE *INDIRIZZO*

Este concepto alude a los poderes de orientación de un régimen, tanto constitucional como político. Según se describen en su lengua original, los poderes de *indirizzo* se desprenden de las competencias conferidas a la mayoría parlamentaria del momento. Políticamente, el concepto refiere a la liga (de confianza) que se tiende entre gobierno y parlamento. Jurídicamente, el *indirizzo* expresa las limitaciones a los poderes gubernamentales, tal como se ejercen a través de la función de control constitucional.

Se verá más adelante que el concepto (que refería únicamente a la potestad de conducir políticamente el régimen) se originó para justificar el ejercicio de poderes dictatoriales. Pero la caída de las dictaduras y el consecuente advenimiento del constitucionalismo de la posguerra marcó los desarrollos posteriores del concepto y los encuadró en el modelo democrático. La evolución del concepto en dos categorías (a saber, aquella de los representantes políticos *vis a vis* de los jueces constitucionales) explica que con la normalización de la justicia constitucional en Europa, se pudo garantizar jurídicamente que una mayoría que gobierna se colocara bajo el ojo vigilante de una minoría que controla.

1. *Una función de impulso político*

Tratándose de la acción gubernamental, los referidos poderes de dirección política del gobierno pueden equipararse a la funcionalidad de diversas

⁴ Con todo mi respeto y consideración a los payasos, en Bernhard, Paul, “Clowning Achievement”, *Harpers Magazine*, junio de 2013.

nociones fundamentales. Entre estas menciono la soberanía, el multipartidismo, la descentralización política y administrativa, las libertades individuales y sociales, los mecanismos de democracia directa, el sistema de separación de poderes. Todos estos, puestos en marcha por el intermediario de órganos constitucionales en equilibrio.

En virtud de esta multiplicidad de elementos, me parece más sencillo explicar la función de *indirizzo* a través de las formas como se concibe al gobierno. Dejando a un lado la función de administración de justicia, concebida de manera independiente a las fuerzas que componen la mayoría política, el *indirizzo político* influye en todas las funciones fundamentales del Estado.

La distinción entre el *indirizzo* constitucional (léase general) y el *indirizzo* político (digase contingente), radica en que este último pretende traducir sobre el terreno de la decisión colectiva una orientación deseada por la mayoría del momento (más particularmente, por el gobierno y el parlamento). Este aspecto político debe someterse a cierto número de fluctuaciones marcadas, especialmente, en función de los diferentes programas de los competidores políticos. En cuanto al *indirizzo* constitucional, este implica que todo órgano encargado de velar sobre la aplicación de un precepto constitucional, debe someterse a las fluctuaciones, más matizadas, de la interpretación constitucional.⁵

A través del “*indirizzo político de la mayoría*”, los órganos fundamentales de la administración (entre los cuales, el jefe de Estado se ha erigido como piedra angular del poder en Italia, conforme al artículo 95 de su Constitución),⁶ representan también la culminación de un sistema de decisiones políticas sucesivas. Bajo la lógica parlamentaria, estas decisiones son una preparación para delimitar la decisión colectiva en razón de las orientaciones deseadas por la mayoría parlamentaria del momento. No obstante, el margen de maniobra de la mayoría se encuentra sometido a un cierto número de condiciones provenientes del derecho de vigilancia⁷ de la oposición.

Esta función de impulso que corresponde a la mayoría, se ejerce habitualmente con una flexibilidad bastante amplia, limitada únicamente

⁵ Ferrara, Antonio, “indirizzo político”, en Ainis, Michele (ed.), *Dizionario costituzionale*, Bari, Laterza, 2000, p. 245.

⁶ Cavino, Massimo, *L'irresponsabilità d'il Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1958-2008)*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 386.

⁷ N. de T.- El concepto “derecho de vigilancia” se tradujo del francés “droit de regard” el cual también puede comprenderse como el derecho de ejercer un control o supervisión.

en su contenido y en sus procedimientos por las reglas de la Constitución formal. Estas reglas autorizan a los autores de la decisión colectiva a interpretar libremente la manera en que las instituciones perseguirán los objetivos generales del régimen, los cuales son definidos a través de normas y de principios constitucionales.⁸ La decisión que se implementará será determinada por una serie de orientaciones provenientes del cuerpo social, o más específicamente, de las fuerzas mayoritarias (en ocasiones, solo en los parlamentos, en otras, también en congresos y gobiernos locales).

Ahora bien, de la experiencia de los totalitarismos, también se ha establecido en términos actuales que el poder de la mayoría nunca más debe volverse absoluto; éste se encuentra, por definición, limitado por las condiciones impuestas por las fuerzas políticas minoritarias. Incluso, dichas atribuciones políticas de orientación deben estar matizadas por el sesgo de ciertos actores, constitucionalmente facultados para imponer límites a las orientaciones queridas por el polo mayoritario.

2. Una función de contención jurídica

Una segunda manifestación de la orientación del poder involucra a los órganos constitucionales e implica una función más general, encarnada por el “*indirizzo* constitucional”. Según esta variante del concepto, todos los órganos constitucionales participan en la ejecución de decisiones colectivas. Dentro de los sistemas parlamentarios, esta modalidad del *indirizzo*, se manifiesta mediante un rol activo (en la relación entre el cuerpo electoral, el parlamento y el gobierno), pero también a través de un rol de arbitraje (entre ellos, aquél del jefe de Estado y de la Corte constitucional en los sistemas parlamentarios). Se trata entonces de una actividad encaminada a hacer efectivas las restricciones constitucionales en función de una serie de finalidades, que aún si no están enunciadas en la Constitución formal, son coherentes y se desprenden del espíritu de la Constitución material.⁹

Estas funciones de garantía, equilibrio y control de constitucionalidad implican la protección de las reglas previstas en la Constitución. En razón de la fuerte dependencia que existe entre estas funciones, la influencia que ejercen los órganos de garantía sobre los órganos de mayoría es

⁸ Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1970, vol. I, p. 98.

⁹ Barile, Paulo, “La Corte costituzionale, órgano sovrano: implicazioni pratiche”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 3, 1957, pp. 907-908.

muy marcada en Italia. Dichos órganos de control son delimitados en función de la decisión tomada por el legislador.

Tales funciones de garantía, atribuidas constitucionalmente al presidente de la República y a la Corte Constitucional, representan una decisión que no es solo contingente (como la orientación de los partidos dentro de la mayoría política en el parlamento), sino que también es permanente. Ningún objetivo externo a los preceptos de la Constitución formal puede ser propuesto ni por uno ni por otro. El hecho de que el sistema de contrapesos se haya concebido de esta manera para funcionar eficazmente, implica una influencia directa de los órganos de control sobre la actividad del parlamento y del gobierno.

Así pues, la doctrina italiana ha pretendido identificar otra variante del *indirizzo*. Ésta involucra la orientación política de otros órganos, no necesariamente constitucionales. En este sentido, los sindicatos, los partidos políticos y los grupos de presión influyen y condicionan la actividad constitucional en el nivel de los otros dos tipos de *indirizzo*.

De igual forma, es pertinente delimitar dos dimensiones relativas al ejercicio de estas influencias complementarias: junto al *indirizzo político* preconizado por el gobierno central, es posible identificar diversas manifestaciones del *indirizzo* preconizadas por las entidades territoriales. Esta representación, caracterizada como “*indirizzo político-regional*”, se asemeja a las orientaciones provenientes del *indirizzo* político de mayoría. Pero si bien en este caso se trata de decisiones mayoritarias, habiendo sido expresadas dentro de los cuerpos representativos de las entidades territoriales, encuentran su origen en el interior de las voluntades sub-nacionales.¹⁰ Así entonces, en el otro extremo de las percepciones territoriales, es posible hablar de la forma en que el derecho europeo (tanto el emanado a nivel continental en el Consejo de Europa como a nivel de la Unión Europea) se encuentra tímidamente sometido a los escrutinios jurisdiccionales nacionales. En efecto, él mismo está expuesto únicamente al control político de los parlamentos (y frecuentemente escapa del análisis jurídico de las cortes constitucionales). Dicho déficit democrático puede explicarse, ya que las instituciones de la región serían controladas más en términos de política exterior y menos como productoras de normas que afectan a la Constitución.¹¹

¹⁰ Ferreres Comella, Víctor, “Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006”, *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial, diciembre de 2010, pp. 74-78.

¹¹ Giroto, Dimitri, “Parlamentari e diritto comunitario: gli atti parlamentari di indirizzo politico in Italia e in Francia”, *Quaderni Costituzionali*, vol. XXII, núm. 3, 2002, pp. 577-582.

Cualquiera que sea el número aceptable de manifestaciones de *indirizzo* (que en última instancia serían susceptibles de una reevaluación caso por caso, según la Constitución y la práctica institucional de cada país), nos ha sido difícil encontrar referencias teóricas que indiquen de forma unánime los criterios pertinentes para establecer los límites que un sistema constitucional atribuye a los poderes emanados de sus órganos constitucionales. Nada impide que los referidos poderes sean ejercidos de manera arbitraria. De esa manera, las diversas manifestaciones de *indirizzo* deben coexistir y equilibrarse entre ellas.

3. *El efecto buscado: evitar la inestabilidad de los gobiernos*

La intensificación del carácter mayoritario de los regímenes parlamentarios ha contribuido a reducir el impulso de la responsabilidad política. Poco a poco, el aspecto vinculante de los mecanismos previstos para estabilizar al gabinete (también llamados de racionalización del parlamentarismo) tiende a disminuir, a tal punto que la responsabilidad penal llega a percibirse como el único medio para contener las decisiones de los actores políticos.¹² Con respecto a los esfuerzos institucionales desplegados para favorecer dicha estabilización de los gobiernos, las instituciones parlamentarias en Europa parecerían a medio camino de un trayecto marcado por la presidencialización del parlamentarismo.¹³ Tal vez sea por eso que el vínculo entre la toma de decisiones y la responsabilidad (en sentido amplio) siga significando un tema inacabado de los dos lados del Atlántico.

Observando el fenómeno desde el continente americano, no dejamos de preguntarnos sobre la forma en que se toman las decisiones dentro de las instituciones parlamentarias europeas, sobre todo por la forma en que los responsables políticos¹⁴ actúan, a pesar de que la oposición cuenta con mecanismos jurídicos más amenazantes frente a la mayoría (entre los que se puede mencionar la pérdida repentina de la confianza), si los comparamos con la tradición presidencial (que fuera de mecanismos que no

¹² Colliard, Jean-Claude, Conferencias en el TEPJF, del 11 al 13 de junio de 2013.

¹³ La misma cuestión, pero en sentido inverso, en Valades, Diego, *Parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2a. ed., México, 2012.

¹⁴ Nota del traductor. El concepto "responsable político", es utilizado para referirnos al término francés "décideurs politiques", equivalente al concepto inglés "political decision-maker", puesto que aún no se ha acuñado una expresión equivalente en castellano. El significado se refiere a aquellas personas que están la posición de tomar decisiones dentro de una estructura institucional, principalmente en virtud de su puesto.

ocurren jamás, como el del *impeachment*, carece de éstos). Pues aunque en términos actuales, parezca difícil fragilizar a la mayoría y por consiguiente sea cada vez más difícil derrocarla, la posibilidad (aún si teórica) de poner en riesgo al gobierno todavía nos parece fascinante. Y no obstante, parece que su vigencia tiende a retroceder en Europa.

Durante la década de 1970, Maurice Duverger y Jean-Luc Parodi habían propuesto llamar a este [régimen] “parlamentarismo mayoritario”; algunos años más tarde yo propuse el término “estructurado-estabilizado” que a mi juicio hacía resaltar mejor la doble característica de esta práctica, a saber la estructuración mediante grupos parlamentarios disciplinados y la estabilización a través de la solidez de la alianza, sobre todo cuando la mayoría estuviera conformada por dos, y menos frecuentemente por varios partidos. Cualquiera que sea la denominación, y aún si es la primera la que terminó siendo predominante, la realidad descrita permanece igual: el funcionamiento del régimen parlamentario se caracteriza por la estabilidad. La caída del gobierno por el parlamento resulta totalmente excepcional, aún si teóricamente, ésta sigue siendo posible.¹⁵

En los sistemas presidenciales, la posibilidad de una renuncia forzada del presidente o del gobierno no existe siquiera (como acabamos de mencionar, salvo el rarísimo caso de *impeachment*); el electorado no se pronuncia más que una vez cada elección, hasta que llegue el ansiado final del mandato y las consiguientes elecciones (presidenciales o legislativas). Aún si ocasionalmente se han esbozado algunos intentos de adaptación de los mecanismos de responsabilidad política en el contexto latinoamericano,¹⁶ considero que la noción de *indirizzo* podría ofrecer un marco adecuado para describir la manera como se construyen las decisiones colectivas en general: sin importar si se trata de un régimen presidencial o parlamentario; ya sea que analicemos la cuestión desde un punto de vista procesal o estructural, un régimen legítimo exige, entre otras cosas, una condición previa de existencia: la noción de “no-tiranía”.¹⁷ A partir de esta condición de la legitimidad, sobre el aspecto procesal de la democracia, podemos afirmar

¹⁵ Colliard, Jean-Claude, “Les différents modes de gouvernement”, *Cahiers français*, no. 300, enero-febrero 2001, p. 78.

¹⁶ Véase las memorias del coloquio en Orozco, Jesús y Ellis, Andrew, *Cómo hacer que funcione el presidencialismo; Making presidentialism work*, México, UNAM, 2009.

¹⁷ Podemos agregar a esta noción aquellas de la igualdad política y de la deliberación, Laslett P., J., “Tyranny and democratic theory”, en Fishkin, James, *Democracy and de-liberation: new directions for democratic reform*, New Haven, Yale University Press, 1991, p. 197.

que la decisión colectiva está basada sobre principios como el consenso, la mayoría o la búsqueda de la unanimidad. Por otra parte, en el aspecto estructural, la decisión colectiva está paralelamente fundada sobre otros postulados, entre los cuales encontramos el principio de igualdad y aquel de la maximización de la justicia.

Ahora bien, tanto los principios procesales como los estructurales, están en riesgo de ser manipulados a fin de implementar decisiones autoritarias. A pesar de lo anterior, dichas decisiones pueden esconderse detrás de una fachada de falsa legitimidad. Es en virtud de ello que considero más pertinente preguntarse acerca de las dificultades enfrentadas por este modelo *estabilizado*, que sobre la normalidad de los poderes de la mayoría. Sin embargo, como veremos en la segunda parte de este trabajo, resulta acaso de mayor interés revisar por qué un concepto que actualmente sirve a los europeos para entender la estabilidad de los gobiernos, es heredero directo del autoritarismo. Pero sobre todo, para entender cómo fue que logró desprenderse de él.

II. DE CÓMO EL *INDIRIZZO* SE DESLIGÓ DE LO ARBITRARIO

En ocasiones, los conceptos más acabados del constitucionalismo han servido para justificar la negación del ejercicio responsable del poder. Fue hacia finales del siglo XIX que se sentaron unas bases que, construidas por los teóricos del Estado de derecho, contribuyeron indirectamente a justificar los extremos de la arbitrariedad. Sus formulaciones fueron planteadas algunos años antes del avènement de los regímenes totalitarios, mientras que el parlamentarismo sufría el comienzo de una crisis institucional. Durante la primera mitad del siglo XX sucedió el colmo de todas las paradojas: el ascenso al poder de tiranos aceptados formalmente por la mayoría de los electores. Dentro de estos conceptos se encuentra el de los poderes de *indirizzo*.

1. *La mayoría, aunque estable, proclive a la arbitrariedad*

El espectro de la arbitrariedad siempre ha amenazado el desarrollo de los regímenes políticos. Según se expresó a favor de las dictaduras, basándose en el principio hobbesiano *Auctoritas, non veritas facem legem*, la fuerza de un mandato depende menos de su contenido que de su forma. Por primera

vez en los inicios del siglo XX, el derecho público se mostró disociado de los intereses sociales y de las esperanzas religiosas. El imperio de la ley, proclamado durante del siglo de las luces,¹⁸ debía servir a los teóricos contemporáneos para justificar las prácticas institucionales que viraban progresivamente hacia la dictadura. Según Carl Schmitt, por el hecho de emanar de él, “la decisión política del príncipe tiene fuerza de ley”.¹⁹ Para este autor, la solución a la ineficacia que existe en los órganos de decisión parlamentaria, no consiste en volver todo poderoso a un gobierno emanado del parlamento; un régimen de asamblea se mostraba tan sobrepasado como un régimen parlamentario ineficaz.

La inestabilidad gubernamental ocasionada por la sumisión extrema de la función ejecutiva a las asambleas legislativas, justificaba la disminución de los poderes de control parlamentario. Al caracterizar estos poderes como obstáculos al funcionamiento eficaz de la administración, Schmitt incluso declaró que el régimen parlamentario estaba muerto: muerto como forma de gobierno posible en Alemania. Visto desde un punto de vista liberal, su proposición conduciría al sistema parlamentario hacia la instauración de un régimen presidencial democrático. No obstante, su modelo más bien defendía la instalación de una verdadera “dictadura presidencial”.²⁰ La enorme difusión de argumentos en contra de la legitimidad del sistema parlamentario, rápidamente provocó un enfrentamiento entre el régimen de Weimar y su propio proceso de legitimación.²¹ Dentro de este mismo proceso, ningún mecanismo de control podría tomarse en cuenta durante la instauración de una administración eficaz.

¹⁸ Koselleck, Reinhart, *Le règne de la critique*, trad. por H. Hildenbrand, París, Les Éditions de Minuit, 1979, p. 169.

¹⁹ Schmitt, Carl, *Die Diktatur*, Munich, 1921, pp. 21 y ss., citado por Koselleck, Reinhart, *id.*, p. 25.

²⁰ Esto sin olvidar la realidad que se vivía en Alemania en ese momento preciso. La tradición intelectual estaba sobre todo definida en función de las corrientes anti-liberales, como el idealismo, el conservadurismo, el irracionalismo, el anarquismo o el marxismo. Cfr. el prefacio de Manuel Aragón Reyes a Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, trad. por T. Nelsson y R. Grueso (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923), Madrid, Tecnos, 1990, pp. XIX-XVI.

²¹ No se puede perder de vista la crítica de Hans Kelsen sobre este tema, puesto que Schmitt afirmaba que la democracia no podía estar fundada en la pluralidad, sino en la homogeneidad. Dicha concepción monista de la democracia amenazaba, según Kelsen, a toda noción de libertad. Para Schmitt, el poder dentro de una democracia radicaba sobre todo en el proceso de homogeneización de la voluntad popular, confiada ciegamente a los representantes populares, Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 28-32.

La estabilidad del orden público, de esa forma asegurada desde la cúspide hacia la base, estaba fundada sobre el hecho de que la soberanía absoluta del príncipe constituía una necesidad moral aceptada por todos.²² No obstante, el surgimiento del Estado [legal] de derecho como nuevo paradigma, opuesto a los postulados del derecho natural, sería de poca utilidad para aquellos que deseaban proponer una opción de gobierno diferente a la del presidente del *Reich*. En lugar de actuar bajo el esquema de un contrapeso, el sistema jurídico servía de excusa a favor del tirano. Sin que ello se desprendiera de un efecto normativo deseado por el sistema jurídico, los límites al poder soberano se mostraron impracticables durante el régimen dictatorial alemán de la época. El régimen de Weimar erigía al presidente del *Reich* como el único poder de orientación política, encaminado a racionalizar el parlamentarismo.²³ Este rol le fue conferido mediante la facultad de decretar el estado de urgencia “cuando la seguridad y el orden público se encuentren gravemente amenazados” (de conformidad a la disposición, tristemente célebre, del artículo 48 de la Constitución de Weimar). Dicho mandato se traducía, en términos de las atribuciones del presidente del *Reich* no solo en la posibilidad de suspender el disfrute de las libertades. La declaratoria significaba a la vez el ejercicio sin reservas de todas las atribuciones de creación normativa que en tiempos normales estaban concentradas en el poder legislativo, aunque esta vez, dicha función sería ejercida a través de la expedición de ordenanzas administrativas con fuerza de ley (o decretos-ley). Fue así como el régimen Nacional Socialista funcionó fundado en una frecuente utilización de estos métodos excepcionales, que poco a poco tomarían un aspecto de normalidad, sin que para su ejercicio tuviera que mediar justificación o autorización legal alguna.

Es precisamente sobre este ejercicio incontrolado del poder, que la tradición francesa del constitucionalismo se desmarcó a tiempo de la alemana.²⁴ Basados en una desconfianza hacia las limitaciones a la soberanía popular, los teóricos franceses de la época colocaron a la protección de

²² Koriath, Stephan, “The Shattering of Methods in Latewilhelmine Germany”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar, a Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 41-50.

²³ Hucko, Elmar M. (ed.), *The Democratic Tradition: four German Constitutions*, Munich, Berg Publishers, 1987, pp. 155-165.

²⁴ Preconizando la instalación del “parlamentarismo racionalizado”: “un procedimiento se racionaliza en la medida en que es penetrado por el derecho”, en Mirkine Guetzevitch, Boris, “Les nouvelles tendances du droit constitutionnel”, *RDP*, t. XLIX, núm. 1, enero-marzo de 1928, p. 28.

los derechos humanos como un obstáculo a la arbitrariedad del legislador. “Nos damos cuenta de la necesidad de controlar a los parlamentos puesto que su legislación, enmudecida por estas pasiones electorales, se ha tornado en una peligrosa amenaza para las libertades”.²⁵

Ahora bien, la Tercera República francesa (1871-1941) no sobrevivió a la invasión alemana de 1940. Sin insistir demasiado acerca de la forma en que la administración de Vichy retomó la noción de neutralidad del derecho, heredada de Weimar, para justificar abusos como la aceptación de leyes anti-judías,²⁶ la desconfianza hacia las eventuales restricciones a la voluntad popular se enraizó en el seno de la tradición francesa. Aún durante la caída del régimen colaboracionista del mariscal Pétain, ningún órgano fue capaz de paliar las incoherencias jurídicas de un gobierno que durante esos años oscuros, se mostró débil e ineficaz. Pero como era de esperarse, el ejemplo más evidente de la justificación del poder arbitrario a través de instrumentos jurídicos, se observó principalmente en Italia.

2. En el origen, una concepción autoritaria del *indirizzo*

En el periodo que comienza durante los años 1920, surgió en Italia la necesidad de una coordinación entre la acción pública y las finalidades políticas que se pretendían alcanzar, que en ese entonces estaban marcadas por la ideología fascista.²⁷ El método del *Duce*, cuyo acto simbólico de nacimiento data de marzo de 1919 en la Piazza San Sepolcro de Milán,²⁸ parecía congeniar bastante bien con los movimientos conservadores aparecidos a finales del siglo XIX en Francia, Hungría y más adelante en Alemania.

En Italia, esta expresión aparente de voluntad popular a favor del líder nacional, que justificaba su poder absoluto, llevaría incluso a erigir su

²⁵ Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, Recueil Sirey, 1929, p. 270. El texto original dice: “on se rend compte de la nécessité de contrôler les parlements parce que leur législation, mue par ces passions électorales, est devenue une dangereuse menace pour les libertés”.

²⁶ Paxton, Robert O., *La France de Vichy: 1940: 1944*, París, Le Seuil, 1997; Lochak, Danielle, “La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité”, en Amselek, Paul, (ed.) *Théorie du droit et science*, París, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p. 293 sq.

²⁷ Annan, Noël, *Our age*, London, 1990, p. 375, cit. por Badillo O’Farrel (ed.), *Isaiah Berlin: la mirada despierta de la historia*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 310.

²⁸ Paxton, Robert O. *Le fascisme en action*, trad. por W. O. Desmond (*Anatomy of fascism*, 2004), París, Le Seuil, 2004, pp. 18-81.

también aparente legitimidad en términos absolutos. El artículo 2o. de la ley núm. 2663 del año 1925, instituía al jefe de gobierno como el único y sólo protagonista de la dirección política general del Estado. Durante las décadas de los años treinta y cuarenta, esta función de dirección del régimen sería consolidada como una función autónoma, bajo la denominación legal de *funzione d'indirizzo politico*. Lo anterior conllevaba que se incluyeran en la agenda gubernamental, y a que las decisiones políticas expresadas dentro del programa de un partido anti-liberal se volvieran de una normalidad absoluta.

En cuanto a los antecedentes más lejanos, Benjamin Constant un siglo antes propuso la necesidad de una dirección política sometida a la responsabilidad del gabinete en su conjunto. Lo anterior debido a que la confianza depositada en el rey, respecto de los ministros, le confería, según él, el poder de actuar eficazmente.

Colocado en la cima de todos los poderes, él dirige la acción política. Es a partir de ahí que surge su inviolabilidad. Es necesario entonces dejarle esta prerrogativa intacta y respetada. No se debe nunca refutar su derecho a decidir. No es necesario que las asambleas se confieran el derecho de excluir, puesto que dicho derecho, ejercido obstinadamente, implica finalmente el derecho de nombrar... Mi intención es que la Realeza sea investida de toda la fuerza, envuelta de toda la veneración que le es necesaria para el bienestar del pueblo y la dignidad del trono.²⁹

Posteriormente, esta noción sería proyectada por Georg Jellinek en el terreno del legislador bajo la forma de “directivas constitucionales” (*Verfassungsdirektiven*). La Constitución, aún si establecía los límites exteriores a la actividad del legislador, tendía a establecer directivas que la mayoría estaba obligada a respetar a fin de dar cierto contenido a las leyes votadas.³⁰ Al ser retomadas por los italianos, la amplitud de tales atribuciones volvió inevitable el hecho de sucumbir a la tentación totalitaria. A través de esta función de *indirizzo*, la actividad del gobierno se convertía en sinónimo de actividad del Estado, dentro de la cual, la práctica fascista pugnaba por la eliminación de los centros de imputación política fuera del poder del líder nacional.

²⁹ Constant, Benjamin, *De la responsabilité des ministres*, París, Imprimerie de A. Berlin, 1815, pp. 41-42.

³⁰ Jellinek, Georg, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, p. 265, cit. por Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrèeditore, 1952, p. 68.

Después de la caída de las dictaduras, hacia finales de la Segunda Guerra Mundial, la noción de Estado *legal* de derecho mostraría sus límites respecto del control de la arbitrariedad. Es así que el parlamentarismo mayoritario comenzó a construir una noción de *indirizzo* susceptible de ser encuadrada por el poder corrector de controles constitucionales. Es por ello que, al restablecer la democracia, el discurso antiautoritario preconizaba el revés definitivo del ejercicio de poderes concentrados, cuya lectura monista había luchado durante años (con bastante éxito, como se sabe) para cancelar cualquier interés contrario a la dictadura.

3. *La constitucionalización del indirizzo después de la guerra*

Diferenciándose siempre de la noción de oportunidad en política (concebida también en términos de apreciación discrecional), esta reformulación post-autoritaria del *indirizzo* pretendía corregir el funcionamiento de las instituciones de un continente devastado, y sumergido en la inestabilidad política.

Y aunque había que pasar de largo el temor de regresiones autoritarias, también era necesaria una cierta concentración de poderes (si bien, en aras de blindar a las administraciones) con el fin de estructurar, de forma unitaria, a las diversas funciones del Estado. Existía un consenso generalizado para arribar a reconstruir los países a partir de decisiones gubernamentales eficaces. Empero, el objeto de esta reformulación teórica de los poderes de dirección gubernamental, requería poner en sintonía esta tan ansiada eficacia de las administraciones con los principios más elementales del constitucionalismo.

Tales adaptaciones correspondían a la nueva dimensión que adquirieron los contrapesos (entre ellos la noción de *checks and balances*) hacia final de la guerra, como una delegación así deseada por el pueblo soberano.³¹ Los regímenes representativos habían aceptado que el ejercicio del poder soberano estuviera limitado por la Constitución formal. No obstante, estas reglas del constitucionalismo tuvieron que adaptarse con el fin de evitar que la dinámica gubernamental fuera amenazada por el eventual bloqueo de las minorías. De esa manera, los requeridos límites al poder arbitrario fueron redirigidos, y establecidos a favor de los derechos fundamentales. Así, la legitimación constitucional regresó a basarse en la

³¹ Stone Sweet, Alec, “Constitutional courts and parliamentary democracy”, *West European Politics*, vol. 25, núm. 1, 2002, pp. 77-84.

centralidad del individuo, como elemento de naturaleza pre-política e inalienable, dirigido a limitar el ámbito de cualquier poder discrecional, y sobre todo de aquel que pudiera volverse arbitrario.

Una vez normalizadas estas transformaciones, la limitación de poderes se empezó a realizar cotidianamente (y hasta nuestros días) a través de tres formas como el ciudadano común interviene en la mayor parte de las democracias. Tales medios consisten, primero, en la posibilidad de que el cuerpo electoral elija a sus representantes; enseguida, en el establecimiento de mecanismos jurídicos para la garantía de los derechos y las libertades públicas; y finalmente, en la instauración de mecanismos de democracia semi-directa que implican una vía alternativa o concurrente para expresar la voluntad popular, adicional a la de los órganos representativos. No obstante, desde su reestablecimiento, quedó claro que la expresión de aquella voluntad soberana *individual* tampoco debía entenderse como absoluta, aún si emanara de una legitimidad democrática formal. Lo anterior, porque incluso la manifestación de la voluntad del pueblo (como la virtud según Robespierre) es incapaz de institucionalizar un poder sin límites: “La democracia es la masa ilimitada, en la que el poder se ejerce de acuerdo con el derecho y limitado por el derecho”.³²

Una vez asegurada la expresión de la soberanía, el electorado confía en el gobierno para expresar su propia voluntad. La noción de Estado de derecho, es pues concebida en términos de un Estado democrático. Bajo esta lógica, el control de la voluntad popular será coherente con la Constitución, en la medida en que el *indirizzo* de mayoría pueda ser delimitado jurídicamente.

Aún si el gobierno sigue siendo el principal órgano de dirección de la acción pública, los principios del constitucionalismo reconstruidos durante la posguerra limitaron sus atribuciones de dirección en función de las nuevas fuentes de orientación constitucional de las democracias. Estas fuentes, al encontrarse fuera de la administración, implicaban que el reconocimiento de los poderes de orientación política en el parlamento y en el cuerpo electoral, se sometieran progresivamente a la jurisdicción de las cortes constitucionales. ¿Acaso el juez constitucional se constituyó como el último eslabón en la cadena de responsabilidad política de los funcionarios elegidos popularmente?

³² Arendt, Hannah, *Essai sur la révolution*, trad. al francés de M. Chrestien, París, Gallimard, 1967, pp. 128-132.

En términos del Estado *constitucional* de derecho, las decisiones colectivas no pueden ir en contra del sistema constitucional, entendido éste como una integralidad. El equilibrio inherente al mismo sistema, por consiguiente, se pone en entredicho en el instante mismo en que una ley recién aprobada generara condiciones de desigualdad entre los obligados. Es de esta manera que, en función de la racionalidad de las leyes,³³ los jueces constitucionales se ocupan de verificar si el *indirizzo* político determinado por el legislador se cumple por el texto en cuestión, por cada análisis de casos nuevos que pongan en duda la constitucionalidad de las mismas.

Por consiguiente, la justicia constitucional tiene por objeto estabilizar el desarrollo de una política legislativa previamente establecida, ya sea para adaptar la “antigua” política con la “nueva”, o bien para hacer evolucionar la “antigua” manifestación del *indirizzo* hacia la orientación establecida por la “nueva”. Lo anterior no impide que la justicia constitucional sea acusada de parapetarse en un obstáculo para la innovación legislativa, en la medida en que la dimensión del conjunto, tal como ha sido exigida por esta coherencia normativa, se enfrente con la falta eventual de continuidad de la legislación. Cuando las reformas o adiciones a una ley fueron votadas por la mayoría, siendo éstas limitadas a cuestiones puntuales, el *indirizzo* constitucional no puede asegurar con demasiada certeza la ruta que seguirá la evolución de la legislación en general (ver por ejemplo, la falta de esfuerzos legislativos que busquen la armonización del derecho internacional al interior de un país). Dicho riesgo se reduce siempre que estemos en presencia de una mayoría política capaz de expresar claramente el *indirizzo* político que debiera conducir la acción de los órganos representativos. En este caso, cada reforma legislativa asume el carácter de un fragmento integrante del orden normativo, aunque susceptible de encontrar sentido en función de la orientación general dic-

³³ Si se pudiera confiar en la posible racionalidad del legislador, se trataría de principios de igualdad y de coherencia. En cuanto al primer principio, el legislador tiene la facultad de traducir los preceptos constitucionales a partir de “fórmulas elásticas” (tales como la utilidad pública, el interés general, la seguridad colectiva, la buena administración...) que atribuyen al juez un margen de maniobra bastante amplio para analizar la constitucionalidad de una ley. En cuanto a la coherencia de la ley, el juez se sirve de criterios normativos a fin de percibir cuales son las manifestaciones de la contradicción que fragmentan la ley, de su contradicción y de su antinomia respecto de la Constitución. Es pues en función de estos dos criterios que las cortes constitucionales deben circunscribir los límites de dicho margen interpretativo, en Sandulli, A. M., “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale”, *Diritto e Società*, núm. 3, 1975.

tada por la nueva legislación. Es de esta forma que el juez constitucional puede convertirse en un aliado de la mayoría del momento, en la medida en que la racionalidad de las reformas analizadas le permita armonizar todo lo “antiguo” con lo que acaba de ser votado como “nuevo”.³⁴ Así pues, la política legislativa es susceptible de evolucionar, aún si permanece siempre condicionada a ciertos criterios de racionalidad, los cuales determinan el desarrollo posterior del sistema político.

Pero, ¿cómo hace el juez para decidir qué innovaciones legislativas son racionales y cuáles no lo son? El juez debe entonces guiarse por ese *indirizzo* de creación normativa, y trazar un vínculo entre dicha ley y un postulado ya existente en el sistema normativo.³⁵ La ley no puede ser considerada como no-arbitraria, salvo si algún tribunal de constitucionalidad tuvo el cuidado de *purgarla* de vicios (haciendo alusión al *retrait du venin* del contencioso administrativo francés).

Actualmente, las decisiones de la mayoría, que debieran encarnar tanto al *indirizzo* político como a las apreciaciones discrecionales del poder soberano representado por el legislador, no pueden ser ni irracionales, ni irrazonables, ni injustas.³⁶ Esa es la razón por la que los sistemas parlamentarios establecieron los controles derivados del contencioso constitucional, a efecto que la acción del legislador nunca más condujera a la función parlamentaria, ni a la gubernamental, hacia la arbitrariedad.

Los límites de la arbitrariedad se desprenden de principios generales que se encuentran en toda Constitución.³⁷ La definición de estos poderes de *indirizzo* comprende adicionalmente una acción en múltiples etapas, que inician con una fase teleológica (de jerarquización de fines), se continúan de una fase instrumental de elección de medios), y culminan con una fase de aplicación (o de realización de las finalidades, y por ende de los principios).³⁸ Respecto del control de lo arbitrario, éste implica la imposición de límites al ejercicio del poder, en razón del contenido nor-

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 153.

³⁵ Corasaniti, Aldo, “La ragionevolezza come parámetro del giudizio di legittimità costituzionale”, en *Diritto e Società*, núm. 1, 1995, p. 5.

³⁶ “... né irrazionali, né irragionevoli, né ingiuste”, según el significado de estas tres nociones en el contexto del control de la arbitrariedad, *cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *cit.*, núm. 34, pp. 147 y ss.

³⁷ Crisafulli, Vezio, “Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia”, *Studi in onore di E. Crosa*, vol. I, Milano, 1960, p. 43.

³⁸ Martines, Temistocle, “Indirizzo politico”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, Giuffrè Editore, 1971, pp. 136-142.

mativo de diversos actos formales que emanan de la pluralidad de los órganos estatales.³⁹

Según dicha concepción, solo las decisiones políticas que emanen de las fuerzas mayoritarias pueden gozar de una eficacia jurídica, en sí mismo incontrovertible. Mientras se describan en términos de oportunidad, las decisiones de los órganos políticos, únicos facultados para tomar las decisiones sobre la orientación de la decisión colectiva, no podrían ser susceptibles de control. “De esta forma, como consecuencia de la progresión del control, aquello que se entendía como una cuestión de oportunidad se convierte luego en una cuestión de legalidad... hasta que finalmente, no queda control; sólo queda legalidad”.⁴⁰ Es de esta manera que otros intereses que tienen relación con la política, actúan más bien como elementos exteriores de la orientación política de la decisión colectiva, que poco a poco se normalizan como elementos jurídicos. Estas influencias, derivadas del conjunto de relaciones y de interferencias de los actores políticos, son susceptibles de orientar la decisión colectiva, sin necesariamente delimitarla en sentido jurídico. Y el ciclo se repite, de vuelta a lo político. La distinción entre lo político y lo jurídico permite así diferenciar a la simple “actividad política” de su orientación jurídica propiamente dicha. Por virtud de las evoluciones del constitucionalismo, tal como fue descrito en el pasado medio siglo, el *indirizzo* es entonces concebido como un elemento “normativo” y no simplemente como un elemento “fáctico” de influencia.

No es por casualidad que dicha preocupación de volver al autoritarismo haya sido expresada en los primeros años de la posguerra. De toda la evolución, entendida al día de hoy, podemos advertir que el control de la mayoría política implica discernir, como primer problema, si el sistema normativo es o no apto para equilibrar los diferentes componentes de las asambleas representativas, en tanto órganos donde recae directamente la soberanía popular.

³⁹ La libertad del agente o funcionario, al momento de escoger los fines, no implica una discrecionalidad absoluta. Es así que podemos distinguir entre una limitación normativa y aquella que Martines definió en términos de limitación teleológica. La definición normativa de los límites impone a los actores políticos un cierto número de conductas, a la vez que les permite una libertad de movimiento ahí donde el derecho no ha instaurado reglas todavía. Por el contrario, la imposición teleológica conlleva un compromiso “positivo” de los sujetos involucrados, a fin de alcanzar únicamente los objetivos determinados por la norma, en Cheli, Enzo, *Atto político e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, pp. 111-114.

⁴⁰ Chapus, René, *Droit administratif général*, 8a. ed., vol. I, París, Montchrestien, 1995; Timsit, Gérard, *Archipel de la norme*, París, PUF, 1997, p. 107.

Los poderes de orientación de un régimen conducen ocasionalmente a las ramas específicas del poder (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) a persistir en el logro de objetivos concretos. Tomando como caso paradigmático la rama judicial de los continentes americano y europeo, podemos pensar que decisiones como la afirmación nacional del derecho constitucional sobre los tratados internacionales (para el caso norteamericano); como la pluralización de la práctica de los derechos fundamentales (para el caso europeo), o en la normalización del control convencional (para el contencioso constitucional y legal latinoamericano), no sean resultados casuales.

La ruta está trazada en la Constitución; pero los agentes del Estado son los responsables de actualizar esas competencias en la dirección que les ha sido dispuesta por la norma fundamental. Una determinada decisión de los jueces, orientada hacia la estabilización más que a la debilitación de los gobiernos, parece ilustrar la forma en que las cortes constitucionales han orientado el ejercicio de sus competencias en los últimos años. La imbricación de los poderes, así entendida, tiende más a la armonización que a la competencia entre poderes. Acaso sean éstas algunas de las consecuencias que los poderes de *indirizzo* proyectan de manera constante a sistemas parlamentarios y presidenciales.