

PALANZA, Valeria (2019): *Checking Presidential Power. Executive Decrees and the Legislative Process in New Democracies* (Cambridge, Cambridge University Press) 245 pp.

Valeria Palanza, profesora del Instituto de Ciencia Política de la P. Universidad Católica de Chile, ha escrito una magnífica obra a la que debe prestar atención tanto la comunidad jurídica como aquella que reúne a los científicos políticos. Y es que en este libro, publicado por Cambridge University Press, desarrolla al mismo tiempo modelos y fórmulas matemáticas tan comunes en la ciencia política, como reflexiones sobre instituciones jurídicas y reglas constitucionales a las que presta atención el derecho.

El planteamiento de la autora se construye sobre una realidad común en Latinoamérica: los presidentes de la región utilizan como mecanismo para dictar leyes los denominados decretos de emergencia, esto es, fórmulas excepcionales de legislación que no siguen el proceso tradicional de discusión y aprobación de un proyecto de ley. Son, como su nombre lo dice, mecanismos de emergencia, excepcionales, con un ámbito regulatorio teóricamente acotado.

Sobre esta realidad, el libro –y en particular el capítulo 2– gira en torno a una pregunta: ¿por qué los presidentes eligen para llevar adelante su programa, en ocasiones la vía legislativa y en otras los decretos de emergencia? ¿Qué es lo que hace que, estando ambos caminos disponibles, a veces se elija uno y otras veces el otro? La respuesta tradicional para el derecho sería que la vía elegida es aquella que autoriza la Constitución. La ciencia política, más atenta a los incentivos y algo escéptica de los formalismos, ha respondido a esta disyuntiva incorporando factores económicos y partidistas. Así, algunos autores han planteado que en situaciones de crisis económicas o de gobiernos unificados el uso de decretos de emergencia sería más frecuente.

Pero la tesis del libro se aleja de la opinión común y plantea, sobre todo en el capítulo 3, que la elección entre decreto o proyecto de ley está determinada por el derecho, pero también por otro factor determinante: el compromiso institucional que detentan ciertos actores del juego político y, más precisamente, los parlamentarios y jueces. Si el compromiso institucional de estos actores es alto, se reduce la opción de dictar decretos de emergencia. Si es bajo, aumenta.

El concepto de “compromiso constitucional” ya es una novedad para los juristas. La obra nos dice que éste “representa el valor que los políticos asignan a sus prerrogativas” (p. 19); y que será mayor o menor según sea el horizonte de tiempo del político en su cargo actual y las metas de su carrera política (p. 185). Así, llegado el momento de testear la hipótesis con casos reales como Brasil (capítulo 4) y Argentina (capítulo 5), el libro sostiene que en Brasil el uso de decretos de emergencia es menor porque el compromiso institucional de su Congreso es relativamente alto. Por el contrario, en Argentina el uso de los decretos de emergencia es elevado porque el compromiso de los congresistas con su institución es bajo. Lo mismo se desprende del estudio comparado de otra serie de países, incluido Chile, que la profesora Palanza emprende en el capítulo 6.

La idea que sea el vínculo entre un poder y sus integrantes el que aumenta o reduce el cumplimiento de las reglas desafía la mente de los juristas. Aun cuando Madison, en el *Federalista* 51, había destacado que la “motivación personal” de quienes administran cada

uno de los poderes sería el “gran resguardo” contra la concentración del poder, el constitucionalismo levanta la teoría de los pesos y contrapesos desde las atribuciones de las diversas instituciones disociando de alguna manera éstas de quienes las integran. El libro de Palanza profundiza en esta ecuación pues afirma que para hacer exigible los pesos y contrapesos no bastan las normas que establecen las atribuciones y derechos de cada poder ni las reglas que regulan el proceso legislativo. Se necesita, una voluntad de hacer cumplir tales reglas. Y por eso sostiene que “el único factor que puede llevar a los actores del juego político a cumplir los límites constitucionalmente impuestos es la existencia de altos niveles de compromiso con los derechos establecidos para los diversos actores” (p. 47).

¿Y cómo se fortalece el compromiso institucional? El libro entrega algunas señales. Por ejemplo, lo asocia a la duración de las carreras o la seguridad en la posición. Si los ministros de Corte Suprema o los parlamentarios están en sus cargos por muy breve tiempo, el compromiso institucional será menor; y con ello también será bajo el entusiasmo para actuar como contrapeso al otro poder.

Todo lo dicho es valioso pues introduce un elemento esencial en el diseño institucional que ha sido poco estudiado por el derecho. Si el cumplimiento de los roles tiene una relación directa con el compromiso institucional no basta, como escribía Madison, con construir “ambiciones” institucionales, sino que es necesario prestar atención a los compromisos individuales. Y si el compromiso institucional se vincula con el horizonte de tiempo que permanece la autoridad en el cargo, debemos intentar crear cultura y compromiso institucional a través de carreras más estables. Si ese es el camino, tenemos entonces varias respuestas a temas contingentes: ¿vale la pena limitar la reelección de los parlamentarios? ¿Debemos crear un servicio civil más robusto que fortalezca la permanencia en el cargo de los funcionarios públicos?

El libro no responde esas preguntas y no debe hacerlo. Sin embargo, al iluminar el compromiso institucional como un factor determinante para la eficacia de los pesos y contrapesos, la obra nos abre nuevos escenarios en torno a los cuales debemos reflexionar.

Una segunda reflexión que desarrolla el libro se relaciona con el rol del Poder Judicial. El primer capítulo, junto con repasar la literatura sobre congresos y potestad legislativa de emergencia, profundiza en los actores de los procesos de elaboración de políticas públicas. Y entre ellos incorpora al Poder Judicial como un actor clave para el proceso de elaboración de la ley, al punto que puede decirse que trata a los jueces como políticos. El punto no es trivial. Solemos pensar el proceso político como uno en que solo interactúan “políticos elegidos” o “políticos de partido”; y no jueces. Solemos pensar el proceso de elaboración de la política pública como uno en que solo los políticos maximizan sus preferencias; y no pensamos que en ese proceso intervienen jueces que también maximizan sus preferencias sin que éstas sean necesariamente velar por el apego a la ley o la Constitución. El libro lo recuerda una y otra vez.

Está muy bien que la ciencia política nos recuerde que la estructura de incentivos de actores como los jueces no es muy distinta a la estructura de incentivos de los políticos. Richard Posner, profesor de la Universidad de Chicago y, al mismo tiempo, prolífico juez de una de las cortes de apelaciones de Estados Unidos, titulaba una de sus investigaciones preguntándose qué maximizan los jueces. Y su respuesta fue que maximizan lo mismo

que todos nosotros que no somos jueces. Así el juez no es el Hércules de Dworkin; no es el “oráculo viviente” de Blackstone ni (si lo decimos desde la literatura) el juez intuitivo y sensible del “Juez rural” de Pedro Prado; ni el juez reformador social de Emmanuel Carrere en “De vidas ajenas”. Es cierto que tampoco es el magistrado frío y maximizador de Posner. Posiblemente es un poco de todo eso y, como lo muestra Palanza, también un actor más del juego político, con sus legítimos incentivos y compromiso institucional.

Al plantearlo así, no quiero decir que los jueces están traicionando su misión. Solo creo que los juristas y la enseñanza del derecho debe tener en cuenta que los jueces son también actores (a veces más activos; a veces menos activos) del proceso de elaboración de las políticas públicas. Y que también ellos, como todos, pueden tener mayor o menor compromiso institucional que los llevará a velar con indeterminada intensidad por las reglas que deben aplicar y hacer exigibles. Este es un planteamiento recurrente de la autora a lo largo de su obra que los juristas no deben desatender; esto tanto para escrutar el trabajo de esos jueces como para cuestionarlo cuando vayan demasiado lejos.

Un último aspecto en que el libro contribuye al derecho es para ratificar el creciente debilitamiento de la ley como la principal fuente del derecho.

A esta altura ya no es novedad afirmar que la ley ha perdido fuerza en el derecho contemporáneo frente a otras expresiones normativas. Por ejemplo, en aquello que dice relación con ámbitos regulatorios, la ley –general por definición– ha dado paso desde hace décadas a regulaciones infralegales que emanan de agencias o servicios estatales especializados. Igualmente, por la vía del control de convencionalidad y la interpretación conforme a la Constitución los contornos de la ley están siendo dibujados fuera del ámbito legislativo.

Este libro ilumina el mismo fenómeno desde otra perspectiva. Muestra cómo en Latinoamérica la ley, esa fuente del derecho que emana de los congresos tras un proceso de deliberación abierto y competitivo, ha perdido fuerza ante los decretos de emergencia. Estos últimos, que emanan del Ejecutivo tras un proceso de deliberación que no es ni abierto ni competitivo, regulan con igual fuerza diversas materias que antes correspondían a la ley. Una cita del libro a una declaración, tan brutal como sincera, de algún alto oficial argentino nos muestra la tensión. Ante los rumores de la expropiación de Aerolíneas Argentinas el año 2008, un alto oficial sostuvo: “la expropiación se anunciará como primera medida; después se verá qué conviene, si ley o decreto”. Y esto está ocurriendo no solo en Latinoamérica. La obra trae ejemplos de Estados Unidos y Rusia, entre otros.

Lo que ocurre es que estamos ante un fenómeno global: los ejecutivos –sea en regímenes presidenciales o parlamentarios– han empezado a concentrar el poder. Y parece dar lo mismo si la causa de esto es la inoperancia de los congresos, la inmediatez o el menosprecio por la deliberación. Lo relevante es que la ciudadanía exige respuestas inmediatas que la separación de poderes y los pesos y contrapesos parecen dificultar.

Por eso el libro nos muestra un fenómeno que, para el derecho y en general para el ejercicio del poder, es un antecedente más de un fenómeno global: el creciente escepticismo de la ley como fuente central del derecho y el creciente empoderamiento de otras fuentes que emanan directamente de los ejecutivos.

En definitiva, la obra es un aporte novedoso para el derecho y la enseñanza del derecho constitucional. Su lectura no solo sugiere las ideas que he esbozado, sino que abre un

interesante campo para que el derecho constitucional siga profundizando en su diálogo con la ciencia política. Solo así podrá el constitucionalismo tomar de ella conceptos y planteamientos como los que nos propone la autora, que son relevantes para el diseño de instituciones y para la administración del poder.

SEBASTIÁN SOTO VELASCO  
*P. Universidad Católica de Chile*